

MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO

ORGANIZADORA

MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO

ALBERTO SHINJI HIGA

ALINE MARIA DIAS BASTOS

AMANDA ATHAYDE LINHARES MARTINS

ANA RITA DE FIGUEIREDO NERY

ANDRÉA SILVA RASGA UEDA

BRUNO GREGO-SANTOS

BRUNO LUÍS AMORIM PINTO

CARLOS VINÍCIUS ALVES RIBEIRO

DENNYS MARCELO ANTONIALI

DIEGO FRANZONI

EMANUEL PEDRO FERNANDES BATISTA

DIREITO PRIVADO ADMINISTRATIVO

FABIO HENRIQUE DI LALLO DIAS

FERNANDO DIAS MENEZES DE ALMEIDA

FLÁVIA MORAES BARROS MICHELE FABRE

JOSÉ EDUARDO FIGUEIREDO DE ANDRADE MARTINS

LÍVIA WANDERLEY DE BARROS MAIA VIEIRA

MARCELA DE LIMA ALTALE

MARINA FONTÃO ZAGO

OTÁVIO HENRIQUE SIMÃO E CUCINELLI

PATRÍCIA REGINA MENDES MATTOS CORRÊA GOMES

PAULA RACCANELLO STORTO

PEDRO DO CARMO BAUMGRATZ DE PAULA

RAFAEL DIAS CÔRTEZ

WASSILA CALEIRO ABBUD

atlas

Licitação Privada e Licitação Pública: Sigilo do Orçamento no Regime Diferenciado de Contratações Públicas e Prevenção a Cartéis

Amanda Athayde Linhares Martins^{1, 2}

1 Introdução

As fronteiras entre público e privado têm ficado cada vez mais tênues, em decorrência dos movimentos paralelos de publicização do privado e de privatização do público. Por sua vez, a distinção entre o que é uma licitação privada ou uma licitação pública também se torna cada vez menos definitiva. Afinal, o que caracteriza uma licitação como pública ou privada? Será a natureza jurídica do instituidor do procedimento concorrencial? Se sim, como essa regra é adaptável a alguns entes da Administração Pública indireta, dotados de personalidade jurídica de direito privado, mas submetidos às regras de licitação pública?

Ou o que caracteriza uma licitação como pública ou privada seria a natureza jurídica de suas normas? Seria sua materialidade e compatibilidade com os princípios do direito público ou do direito privado? Ou, ainda, o que caracteriza uma licitação pública no Brasil seriam as normas previstas nos estritos termos da Lei nº 8.666, de 21-6-1993? Se sim, e se um ente privado instituisse uma licitação que seguisse o rito idêntico àquele previsto na Lei nº 8.666/93, seria essa uma licitação pública, porque segue as regras da Lei nº 8.666/93, que são de direito público, ou seria uma licitação privada, porque segue o instituidor uma empresa privada?

¹ Mestranda em Direito Comercial pela Universidade de São Paulo (USP), sob orientação da Profª Paula A. Forgoni. Graduada em Administração com habilitação em Comércio Exterior pelo Centro Universitário UNA. Intercambista da Universidade de Paris I – Panthéon Sorbonne em 2009/2010. Ex-coordenadora de processos administrativos nos setores de serviços e infraestrutura na Secretaria de Direito Econômico (SDE/MJ).

² Agradeço à Profª Maria Sylvania Zanella Di Pietro por ter fomentado a discussão sobre a utilização do direito privado pela Administração Pública, nas aulas ministradas em sede de pós-graduação, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP), no segundo semestre de 2012. Agradeço também ao Prof. Fernando Dias Menezes de Almeida, pelos questionamentos relativos ao direito administrativo, a Fernanda Garcia Machado, pelos comentários e sugestões em tema de direito da concorrência, e a Laís Inagaki, pela revisão final.

Finalmente, qual o critério para se definir algo como público ou privado e qual a validade/utilidade desse tipo de classificação? Sem o propósito de exaurir o tema, esses questionamentos são postos para suscitar a reflexão acerca da tradicional dicotomia entre o público e o privado, estudada, a seguir, no item 2.

Nesse contexto de influência recíproca entre público e privado, verifica-se a promulgação da Lei nº 12.462, de 4-9-2011, que institui o regime diferenciado de contratações Públicas (RDC). Esse diploma legal estabeleceu um regime excepcional e transitório, aplicável inicialmente apenas às licitações e aos contratos relacionados à realização dos eventos de impacto mundial que o Brasil sediará nos próximos anos (Jogos Olímpicos e Paraolímpicos, Copa das Confederações e Copa do Mundo). Posteriormente, o RDC foi estendido para as ações do Programa de Aceleração do Crescimento – PAC (conforme Lei nº 12.688, de 18-7-2012), às obras e serviços de engenharia no âmbito dos sistemas de ensino público (nos termos da Lei nº 12.722, de 20-10-2012) e às obras e serviços de engenharia celebrados no âmbito do Sistema Único de Saúde – SUS (conforme Lei nº 12.745, de 19-12-2012). O objetivo do RDC foi o de instituir um regime mais ágil e eficaz do que aquele previsto na regra geral de licitações e contratações públicas – Lei nº 8.666/93 –, por meio da incorporação de institutos típicos das licitações privadas. O quadro geral trazido pelo RDC será estudado no item 3.

O instituto típico das licitações privadas incorporado pelo RDC, a ser analisado no presente trabalho, consta do art. 6º da Lei nº 12.462/11, que determina o sigilo temporário e relativo do orçamento estimado pela Administração Pública para a contratação. Sabe-se que o sigilo do valor orçado é verificado na prática das licitações privadas e que tende a reduzir os preços apresentados pelos fornecedores à empresa contratante. No entanto, a regra definida na Lei nº 8.666/1993 é a publicidade desse orçamento estimado para a contratação. As discussões a respeito desse instituto serão analisadas no item 4.

Com efeito, a adoção do sigilo do orçamento estimado para o RDC, com as características peculiares de temporariedade e de relatividade, traz consigo a perspectiva de ser esta uma importante ferramenta de prevenção a cartéis em licitações públicas no Brasil, conforme a abordagem no item 5.

Finalmente, serão apresentadas as conclusões no item 6.

2 Licitação privada e licitação pública

O termo *licitação* é comumente utilizado como sinônimo de procedimento concorrencial público. Em termos técnicos, no entanto, o instituto é comum tanto ao direito privado quanto ao direito público, adaptável aos dois campos da ciência do direito³ como categoria jurídica.⁴

³ CRETELLA JÚNIOR, José. *Das licitações públicas*. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 50.

⁴ Categorias jurídicas como “a formulação genérica, *in abstracto*, com índices essenciais, mas gerais, não comprometida ainda com nenhum dos ramos do direito” (CRETELLA JÚNIOR, José. *As categorias e o direito*

José Cretella Júnior ensina que *licitação* “é o procedimento prévio concorrencial que uma das partes institui para selecionar seu futuro contratante”.⁵ Desse modo, o autor afirma que, se o instituidor do procedimento licitatório for o particular, a licitação será incluída no campo do direito privado, ao passo que, se o instituidor do procedimento for o Estado, a licitação será pública. Assim, o instituto da licitação seria classificado em “*licitação privada e licitação pública*, ambos procedimentos preliminares, o primeiro dependente da vontade do *dominus*, e o segundo sujeito às leis do Estado, as quais disciplinam o instituto, colocando-o *fora* da alçada da *voluntas* do administrador, mas dentro do campo da competência deste”.⁶

Nos dias de hoje, porém, cada vez mais essas fronteiras tradicionais entre o direito público e o direito privado diluem-se e tudo isso se torna misto. Segundo Maria João Estorninho, dois fatores seriam os responsáveis pela diluição das fronteiras tradicionais entre o público e o privado: o movimento de publicização do direito privado e o de privatização de setores administrativos.⁷

Neste último movimento – de privatização do público –, a autora afirma que estaria em curso uma *fuga para o direito privado*,⁸ cujo objetivo seria fugir do regime jurídico administrativo, em especial de suas sujeições. Essa fuga seria uma busca pela dinamização das atividades exercidas pela Administração Pública e pela maior eficiência administrativa, por meio da absorção de institutos e práticas tradicionalmente oriundos do setor privado.

Diante dessa dificuldade em se estabelecer um critério estanque entre o que seja uma licitação privada e uma licitação pública, opta-se no presente trabalho por uma diferenciação pragmática, baseada na legislação vigente. Utilizar-se-á, como *critério para considerar que um determinado instituto da licitação é de direito privado ou de direito público, a verificação da pertença ou não daquele instituto na Lei nº 8.666/93*.

Desse modo, a expressão *licitação pública* será utilizada, neste trabalho, para referir-se ao procedimento concorrencial previsto na Lei nº 8.666/93 e nas leis que expressamente a excepcionam – como é o caso da lei do regime diferenciado de contratações (RDC). Em contrapartida, a expressão *licitação privada* referir-se-á às práticas e institutos excluídos do escopo da Lei nº 8.666/93.

Sabe-se que essa definição ainda apresentará contornos cinzentos, visto que poderia haver, por exemplo, determinadas práticas das licitações privadas também previstas em dispositivos da legislação das licitações públicas. Entretanto, para o objetivo do presente

público. *Revista da Faculdade de Direito da USP*, ano LXII, fase II, 1967. Apud DI PIETRO, Maria Sylvia Zanel-la. Ainda existem os contratos administrativos? In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanel-la; RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (Coord). *Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2010. p. 398-411.

⁵ CRETELLA JÚNIOR, José. *Das licitações públicas*. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 50.

⁶ CRETELLA JÚNIOR, José. *Ob. cit.*, p. 50.

⁷ ESTORNINHO, Maria João. *A fuga para o direito privado: contributo para o estudo da actividade de direito privado da Administração Pública*. Coimbra: Almedina, 1999. p. 360.

⁸ ESTORNINHO, Maria João. *Ob. cit.*, p. 360.

trabalho, que é analisar a incorporação de um instituto da prática das licitações privadas pela legislação de licitações públicas no Brasil, esse critério “legalista” tem sua valia pela clareza e pragmatividade em sua utilização.

Como ocorrem, então, essas licitações privadas? Nas empresas privadas, o gerenciamento de aquisições de materiais para a manutenção da atividade produtiva é executado normalmente por um departamento de compras,⁹ o qual realiza o procedimento concorrencial não só para a compra de produtos, mas também para a execução de obras e serviços. Esse departamento tende a desenvolver suas tarefas por meio de dois modelos, basicamente: o de cotação (mais rígido) e o de negociação (mais flexível), ambos inseridos na categoria aqui denominada de “licitação privada”.

No sistema de cotação, o comprador faz cotações com várias empresas fornecedoras e, de posse dessas cotações, decide pela melhor oferta, baseada em um critério de julgamento (preço do produto, qualidade, histórico de entregas anteriores etc.). Assim, de acordo com Claude Machline,¹⁰ esse sistema de cotação realizado pelas empresas privadas consiste na tomada das seguintes decisões: (i) escolha das firmas participantes; (ii) escolha do órgão de difusão da concorrência; (iii) escolha dos critérios de avaliação dos resultados da concorrência; (iv) escolha das pessoas que devem compor a comissão de julgamento da concorrência. Percebe-se, então, que esse sistema de cotação se assemelha, de algum modo, à Lei nº 8.666/93.

Já no sistema de negociação, o processo de compra inicia-se com a tomada de oferta dos concorrentes, sendo o processo de decisão menos formal e privilegiando a habilidade de negociação. De acordo com S. F. Heinritz e P. V. Farrell, nesse sistema, as ofertas negociadas “tendem a aproximar-se mais do preço exato e justo do que as simples cotações concorrentes, devido ao fato de que todos os fatores pertinentes são analisados e discutidos no decorrer da negociação, e os detalhes dos requisitos e especificações podem ser, muitas vezes, modificados, de modo a permitir o aproveitamento de vantagens ocasionais relativas aos preços que seriam, em caso contrário, perdidas”.¹¹

Nesse contexto, seja em compra, obra ou serviço, utilizando-se do sistema de cotação ou negociação, é a própria empresa privada que define o rito, os critérios, os prazos e tudo o que lhe convier no processo de contratação. Em contrapartida, quando a Administração Pública é que realiza uma compra, obra ou serviço, ela deve obrigatoriamente seguir o procedimento previsto na Lei nº 8.666/93 ou nas leis que expressamente a excepcionam.

⁹ O termo *compras* pode ser entendido como a “função administrativa, dentro da organização, responsável por coordenar um sistema de controle e informação capaz de adquirir externamente, para garantir o fluxo de materiais necessário à missão da organização, bens e serviços na quantidade certa, na qualidade certa, da fonte certa, no exato momento e ao preço certo” (COSTA, André Lucirton. *Sistema de compras: a lei de licitação e a função compras da empresa privada*. Dissertação apresentada na Escola de Administração de empresas de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas. São Paulo: FGV, 1994. p. 17).

¹⁰ MACHLINE, Claude et al. *Manual de administração da produção*. São Paulo: FGV, 1954. p. 170. Apud COSTA, Ob. cit.

¹¹ HEINRITZ, S. F.; FARRELL, P. V. *Compras: princípios e aplicações*. Tradução de Augusto Reis. São Paulo: Atlas, 1983. p. 201. Tradução de: Purchasing. Apud COSTA, Ob. cit.

Qual seria, portanto, a grande diferença entre ambos os procedimentos? Acredita-se que o diferencial seja, sobretudo, a flexibilidade conferida às empresas privadas, que lhes permite, pelo menos em tese, maior dinamicidade, economicidade e eficiência nas contratações. Essa flexibilidade, que não é conferida à Administração Pública, tende a transformar-se não apenas em rigidez, mas em excesso de rigidez.

Se, por um lado, a rigidez do procedimento licitatório público pode ser vista como necessária para se coadunar aos princípios da Administração Pública – que são, de acordo com Maria Sylvia Zanella Di Pietro, o da igualdade, da legalidade, da impessoalidade, da moralidade e da probidade, da publicidade, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo, da adjudicação compulsória, da ampla defesa e da licitação sustentável –,¹² por outro lado, as críticas à rigidez da Lei nº 8.666/93 são muitas, especialmente no que se refere ao engessamento do procedimento, que resulta em morosidade e ineficiência nas contratações.

Diante desse cenário, promulgou-se, em agosto de 2011, a Lei nº 12.462/11, que instituiu o regime diferenciado de contratações públicas (RDC), em nítida busca por maior “simplificação, celeridade, transparência e eficiência nos procedimentos para dispêndio de recursos públicos”.¹³ A promulgação desse novo diploma legal parece ter sido resultado do movimento de aproximação entre o público e o privado, supramencionado.

Como consequência para o futuro, Ivan Barbosa Rigolin apresenta sua esperança de “que algumas das ideias ventiladas na nova Lei [12.462/11] sirvam como patamar inicial para mudança da Lei de Licitações [Lei nº 8.666/93], esta sim emperrada e arcaica e que há muito desserve a Administração, o Direito, as lógicas jurídica e operacional, as mais primitivas das licitações e o senso comum das pessoas”.¹⁴ Tanto o RDC quanto uma de suas inovações – o sigilo do orçamento estimado para a contratação – uma das principais inovações – serão discutidos nos itens 3 e 4, respectivamente.

Como conclusão desse item, pode-se afirmar que os institutos de licitação privada serão definidos por um critério negativo: *será instituto das licitações privadas tudo aquilo que não for previsto como instituto de licitação pública nos termos da Lei nº 8.666/93 e nas leis que expressamente a excepcionam* – como é o caso da Lei do RDC.

3 Licitação pública no regime diferenciado de contratações públicas (RDC)

Instituído pelo Capítulo I da Lei nº 12.462/11 e regulamentado pelo Decreto nº 7.581, de 11-10-2011, o RDC constitui disciplina excepcional e transitória, facultativamente aplicável às licitações e aos contratos no âmbito da Administração Pública brasileira. A

¹² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 372.

¹³ ANDRADE, Ricardo Barretto de; VELOSO, Vitor Lanza. Uma visão geral sobre o regime diferenciado de contratações públicas: objeto, objetivos, definições, princípios e diretrizes. *Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini*, Curitiba, nº 60, fev. 2012. Disponível em: <<http://www.justen.com.br/informativo>>. Acesso em: 11 out. 2012.

¹⁴ RIGOLIN, Ivan Barbosa. Regime diferenciado de contratações públicas. *Revista Zênite de Licitações e Contratos*, ano XVIII, nº 214, dez. 2011.

sua aplicabilidade restringe-se exclusivamente às licitações e contratos relacionados com a realização dos Jogos Olímpicos e Paraolímpicos de 2016, da Copa das Confederações da Federação Internacional de Futebol – FIFA 2013 e da Copa do Mundo FIFA 2014 (art. 1º, I e II); das obras de infraestrutura e de contratação de serviços para os aeroportos das capitais dos Estados da Federação distantes até 350 km das cidades sedes dos referidos mundiais (art. 1º, III); das ações integrantes do Programa de Aceleração do Crescimento – PAC (art. 1º, IV, incluído pela Lei nº 12.688, de 28-7-2012); das obras e serviços de engenharia no âmbito do Sistema Único de Saúde – SUS (art. 1º, V, incluído pela Lei nº 12.745, de 19-12-2012); e de obras e serviços de engenharia no âmbito dos sistemas públicos de ensino (§ 3º do art. 1º, incluído pela Lei nº 12.722, de 20-10-2012).

Consoante ensinamento de Di Pietro,¹⁵ a adoção do RDC não é obrigatória, pois fica a critério da Administração optar pelo regime de contratação que lhe parecer mais conveniente, dentre os da Lei nº 8.666/93 (emprego), da Lei nº 8.987/95 (concessão e permissão de serviço público) ou da Lei nº 11.079/04 (parceria público-privada).

O RDC incorporou reivindicações por dinamicidade do procedimento concorrencial público, não admitidas pela Lei nº 8.666/93, em um nítido movimento de “fuga para o direito privado”.¹⁶ Para Vitor Trigo Monteiro, o objetivo dessa nova lei seria assemelhar o regime de contratações públicas ao regime privado, garantindo que a Administração possa realizar contratos utilizando-se de prerrogativas e vantagens similares àquelas à disposição dos particulares.¹⁷

Consoante o § 1º do art. 1º da Lei nº 12.462/11, o RDC tem por objetivo ampliar a eficiência nas contratações públicas e a competitividade entre os licitantes (inc. I); promover a troca de experiências e tecnologias em busca da melhor relação entre custos e benefícios para o setor público (inc. II); incentivar a inovação tecnológica (inc. III); e assegurar tratamento isonômico entre os licitantes e a seleção da proposta mais vantajosa para a Administração Pública (inc. IV). Para Di Pietro, o grande objetivo do RDC estaria resumido no inciso I, com a ideia de ampliar a eficiência, dado que, “com a proximidade dos aludidos campeonatos mundiais, já com datas definidas, há necessidade de acelerar procedimentos licitatórios, sob pena de ficarem inconclusas as obras necessárias a esse fim”.¹⁸

Dentre as diretrizes mencionadas no art. 4º, a que mais tem pertinência ao objeto deste trabalho é a prevista no inciso III, que determina a busca da maior vantagem para a Administração Pública, considerando custos e benefícios, diretos e indiretos, de natureza econômica, social ou ambiental, inclusive os relativos à manutenção, ao desfazimento de bens e resíduos, ao índice de depreciação econômica e a outros fatores de igual relevância.

¹⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 440.

¹⁶ ESTORNINHO, Maria João. Ob. cit., p. 360.

¹⁷ MONTEIRO, Vitor Trigo. Comentários sobre o regime diferenciado de contratações públicas. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 17, nº 3152, 17 fev. 2012. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/21119>>. Acesso em: 17 out. 2012.

¹⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 442.

De acordo com Justen Filho, “algumas normas do RDC apenas explicitam interpretações extraíveis das normas comuns das Leis nºs 8.666/1993 e 10.520/2002, [...] [outras] poderiam ser reputadas como compreendidas na competência discricionária da Administração Pública, [...] [m]as alguns tópicos configuram inovação digna de referência”.¹⁹

Di Pietro inclusive elenca algumas inovações que considera relevantes, seja quanto à licitação, seja quanto ao contrato, introduzidas no RDC. São elas: (a) ampliação dos objetivos da licitação (art. 1º, § 1º); (b) inclusão do princípio da economicidade e do desenvolvimento nacional sustentável (art. 3º); (c) restrições quanto à publicidade do orçamento estimado (art. 6º); (d) inversão nas fases de habilitação e julgamento (art. 12); (e) novos critérios de julgamento (art. 18); (f) previsão de procedimentos auxiliares das licitações (art. 29); (g) previsão da possibilidade de exigência de amostra para a pré-qualificação e para o julgamento (art. 7º, II); (h) possibilidade de remuneração variável vinculada ao desempenho da contratada (art. 10); (i) previsão da contratação integrada entre os regimes de execução do contrato (art. 8º).²⁰

A inovação elencada no item c, consistente na previsão de restrição à divulgação do orçamento estimado – ou seja, de sigilo temporário e relativo –, constitui um dos pontos mais polêmicos do RDC e será analisada no item 4.

Diante do exposto, como conclusão deste item, tem-se que o RDC promoveu alterações e inovações no procedimento de licitação pública, que antes não eram admitidas na Lei nº 8.666/93. A inovação do sigilo do orçamento estimado para a contratação configura resultado do movimento de “fuga para o direito privado”.

4 Sigilo do orçamento estimado no regime diferenciado de contratações públicas (RDC)

Nas licitações privadas, as empresas não divulgam aos seus possíveis fornecedores a sua estimativa de custos com a contratação. Isso porque, na esfera privada, não se vê racionalidade em apresentar tal estimativa, uma vez que é justamente a assimetria de informações entre o comprador e o vendedor e entre os próprios vendedores o fator de fomento à redução dos preços das propostas. Por esse motivo, a empresa privada tende a manter apenas internamente a sua previsão de custos, com o intuito de não influenciar nos preços dos seus fornecedores e, assim, obter a proposta mais vantajosa.

Nas licitações públicas, em contrapartida, a regra geral da legislação exige a publicidade do orçamento estimado elaborado pela Administração, para todas as modalidades licitatórias (art. 6º, IX, f; art. 7º, § 2º, II, e § 8º; e art. 40, § 2º, II, da Lei nº 8.666/93). Ademais, de acordo com André Guskow Cardoso, na medida em que o § 1º do art. 44 da Lei nº

¹⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 8. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 483.

²⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Ob. cit., p. 441.

8.666/93 veda a utilização de critérios de julgamento sigilosos ou secretos, confirmar-se-iam as regras que obrigam a divulgação do orçamento estimado no regime da referida lei.²¹

O art. 6º da Lei do RDC, porém, inovou em termos de licitação pública, ao disciplinar a restrição à divulgação do orçamento estimado pela Administração. O artigo diz, *in verbis*:

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.

O § 3º deste mesmo artigo 6º acrescenta o seguinte: “[s]e 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.”

Essa previsão de restrição à publicidade do orçamento estimado vem sendo objeto de uma série de questionamentos. A primeira linha de questionamento é de ordem constitucional, tanto que existem duas ações diretas de inconstitucionalidade (ADIs nºs 4.645 e 4.655) que questionam a previsão contida no art. 6º sob o argumento de ofensa ao princípio da publicidade. Será que há mesmo uma violação ao princípio da publicidade devido a esse retardamento na divulgação do orçamento estimado para após o encerramento da licitação? Entende-se e sustenta-se, neste trabalho, que não há tal violação ao princípio da publicidade.

Di Pietro afirma não ver inconstitucionalidade no sigilo previsto na Lei do RDC, uma vez que o sigilo seria preservado apenas na medida necessária para preservar o interesse público, deixando de existir após o término do procedimento da licitação, oportunidade em que os interessados poderiam ter acesso ao orçamento estimado, inclusive com a possibilidade de oferecer impugnação. Ademais, a doutrinadora aponta que “o artigo 5º, inciso LX, da CF/88 permite seja restringida a publicidade em benefício do interesse social”.²²

Argumentando pela relativização do princípio da publicidade, André Guskow Cardoso afirma que

a consagração da ampla publicidade como vetor de atuação (inclusive no âmbito das licitações), não significa que todo e qualquer ato praticado pelo Estado e, em especial, pela Administração, tenha que ser previamente objeto de ampla publicidade. [...] Isso não significa que tais ações não devam sujeitar-se a ampla divulgação após a sua adoção pelo Poder Público.²³

²¹ CARDOSO, André Guskow. O regime diferenciado de contratações públicas: a questão da publicidade do orçamento estimado. *Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini*. Curitiba, nº 58, dez. 2011. Disponível em: <http://www.justen.com.br/informativo>. Acesso em: 17 out. 2012.

²² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. 25. ed., Ob. cit. nota de referência nº 27.

²³ CARDOSO, André Guskow. O regime diferenciado de contratações públicas: a questão da publicidade do orçamento estimado. *Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini*, Curitiba, nº 58, dez. 2011. Disponível em: <http://www.justen.com.br/informativo>. Acesso em: 17 out. 2012.

Ou seja, existe a publicidade do orçamento estimado pela Administração no RDC, mas esta não será prévia, e sim posterior, uma vez que será *retardada durante um lapso temporal estratégico*, que é durante o curso do procedimento licitatório.

Nessa linha, Fernanda Garcia Machado também aponta que o principal aspecto a ser considerado no que se refere às consequências da publicidade de determinadas informações em licitações é o *momento* em que são publicadas no seu processo licitatório.²⁴ Considerando que após o encerramento da licitação esse valor orçado será amplamente divulgado, entende-se e sustenta-se, neste trabalho, que o que existe é um *sigilo temporário do orçamento estimado para a contratação*. O que se altera no RDC, portanto, não é a obrigatoriedade da publicidade, mas o momento dessa publicidade.

Ademais, o que corrobora a tese de não infringência ao princípio da publicidade é a exigência do § 3º do art. 6º de que o orçamento previamente estimado para a contratação seja disponibilizado permanentemente aos órgãos de controle externo e interno.

A segunda linha de questionamentos é de ordem teleológica, visando a constatar se a *ratio* da publicidade do orçamento continuaria a ser alcançada pelo art. 6º do RDC. Entende-se e sustenta-se, neste trabalho, que não há tal violação à finalidade da norma.

Márcia Walquiria Batista dos Santos aponta algumas finalidades para a pesquisa prévia de preços: dificultar a escolha de uma modalidade licitatória incorreta e impor ao administrador a verificação da previsão de recursos, de modo a ter condições de planejar os gastos e evitar futuro desfazimento ou fracasso do procedimento licitatório.²⁵ Justen Filho acrescenta, aludindo à finalidade de evitar surpresas, desperdício de tempo e de recursos públicos e início de projetos inviáveis.²⁶ Esse conjunto de finalidades compreende-se na fase interna²⁷ da licitação pública, e não deixa de ser atingido no RDC.

²⁴ MACHADO, Fernanda Garcia. *Cartéis em licitações* – formas de prevenção a cartéis aplicáveis ao desenho de licitações na modalidade concorrência. Artigo científico apresentado ao Programa de Educação Continuada e Especialização GVLaw, da Fundação Getúlio Vargas. 2011. p. 14.

²⁵ BATISTA DOS SANTOS, Márcia Walquiria. Escolha da modalidade de licitação. Abertura dos envelopes-proposta. Valores que ultrapassam a modalidade escolhida. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; RAMOS, Dora Maria de Oliveira; BATISTA DOS SANTOS, Márcia Walquiria; D'AVILA, Vera Lúcia Machado. *Temas polêmicos sobre licitações e contratos*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 88-89.

²⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 11. ed. São Paulo: Dialética, 2006. p. 103.

²⁷ O processo licitatório é dividido em duas fases: a interna e a externa. A fase interna compreende os atos que devem ser observados pela Administração na preparação da licitação, tais como: (i) elaboração de projeto básico ou executivo, no caso de obras de engenharia, (ii) estimativa do impacto orçamentário-financeiro, (iii) declaração do ordenador de despesa da adequação orçamentária com sua indicação, (iv) solicitação expressa do setor requisitante interessado, com indicação de sua necessidade, (v) solicitação expressa do setor requisitante interessado, com indicação de sua necessidade, (vi) autuação do processo correspondente, que deve ser protocolado e numerado, (vii) *estimativa de custo/pesquisa de preço*, (viii) elaboração da minuta do edital e seus anexos, os quais devem ser submetidos a (ix) aprovação pela consultoria jurídica do órgão ou entidade. Uma vez ultrapassada a fase interna, inicia-se a fase externa, com a publicação do instrumento convocatório (edital), recebimento de envelopes de habilitação e propostas, análise da habilitação dos interessados, abertura e análise da(s) proposta(s) do(s) habilitado(s), julgamento de eventual(is) recurso(s) e, finalmente, homologação do certame.

Em primeiro lugar, porque se mantém o cuidado com a escolha de uma modalidade licitatória incorreta, dado que o orçamento será realizado – na fase interna – e continuará a balizar a escolha da modalidade licitatória.

Em segundo lugar, porque a função de impor ao administrador a verificação da previsão de recursos não será prejudicada, pois o orçamento – na fase interna – continuará servindo de base para o planejamento interno dos órgãos instituidores da licitação.

Em terceiro lugar, porque a finalidade de evitar surpresas, tempo e recursos públicos não deixa de ser atingida se o orçamento continua a ser realizado – na fase interna – e se os órgãos de controle externo e interno têm permanente acesso a ele.

Compreende-se, portanto, que a realização de estimativa de orçamento para a contratação, pela Administração, é atividade de trâmite interno à licitação, que cumpre, também, algumas funções externas.

Uma de suas funções externas seria possibilitar aos licitantes o conhecimento prévio dos parâmetros e limites do objeto licitado. Ocorre que essa função não é prejudicada no RDC, porque se o objetivo da publicização é permitir aos licitantes o conhecimento dos termos exigidos pelo órgão, na medida em que não é impedida a divulgação de quantitativos e outras informações necessárias para a elaboração de propostas, tais dados suprem a demanda dos licitantes por informações e permitem a elaboração de propostas autônomas e não viesadas pelas empresas.

Outra função externa seria a verificação, pelos licitantes, da correção do julgamento da Comissão de Licitação. De acordo com Di Pietro, o orçamento serve de baliza ao julgamento das propostas, sendo importante para motivação feita pela Comissão de Licitação.²⁸ Assim, o RDC continuará a permitir essa função externa, uma vez que a motivação da decisão e os dados que balizaram o julgamento (dentre eles o orçamento estimado) serão divulgados aos licitantes após o encerramento da licitação, momento em que eles podem inclusive oferecer impugnação ao certame.

Não obstante o cumprimento das finalidades e funções da estimativa do orçamento no RDC, várias são as críticas – de ordem pragmática – a essa restrição de publicidade.

Paulo Sérgio Monteiro Reis questiona a vantagem desse sigilo e afirma não encontrar “qualquer risco na prévia divulgação do valor orçado, desde que esse valor efetivamente represente a média ou mediana dos preços praticados no mercado e que o mesmo seja estabelecido no ato convocatório como critério de aceitabilidade, como preço máximo aceitável”.²⁹ Isso porque, segundo o autor, o licitante participaria do certame sabendo que o preço de sua proposta não pode suplantiar o teto estabelecido, sob pena de desclassificação.

Com a devida vênia, entende-se que a estimativa, exatamente por ser realizada com a média de preços, tende a elevar os preços dos fornecedores inicialmente orçados por

²⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Ob. cit., p. 443.

²⁹ REIS, Paulo Sérgio Monteiro. *O regime diferenciado de contratações públicas*. Disponível em: <http://www.jmleventos.com.br/arquivos/coluna_juridica/doutrina_parecer_72_artigo__obras_copa.pdf>. Acesso em: 25 out. 2012.

preços inferiores, dada a convergência de preços para aquele divulgado. Nesse mesmo sentido, aponta Gabriel Santana Mônaco, para quem,

*[d]o ponto de vista da promoção da competitividade do certame e a obtenção de preços mais vantajosos para a Administração, a Comissão de Licitação não deve divulgar previamente o valor referencial máximo encontrado (os elementos da pesquisa devem, preferencialmente, ir para os autos do procedimento licitatório quando da prolação de decisão administrativa acerca da aceitabilidade das propostas, servindo como fundamento da decisão). Tal cuidado visa a impedir que os licitantes se sintam incentivados a apresentar ofertas muito próximas ao ‘teto’ estabelecido ou atuem de forma concertada para escolher qual membro do cartel ganhará a licitação e qual será o preço a ser praticado em detrimento da competitividade do certame e do interesse da coletividade, com a imposição de preços excessivos ao Erário.*³⁰

Concorda-se com esse autor, por considerar-se que a tendência à elevação artificial do preço das propostas, resultante da publicidade do orçamento estimado pela Administração, conflita com o objetivo de ampliação da eficiência e da competitividade e o de seleção da proposta mais vantajosa para a Administração Pública.

Ivan Barbosa Rigolin também critica esse dispositivo da nova lei, ao dizer que “a ideia não é simpática, lembra os tempos da ditadura, não parece ser técnica e, em princípio, faz retroceder a institucionalização das licitações no País. Nenhuma justificativa desse segredo convence, e não se vislumbra por que a Lei o impõe”.³¹

Inicialmente há que se pontuar que o sigilo do orçamento estimado é sim de caráter essencialmente técnico, baseado em recomendação da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) em suas *Guidelines for fighting bid rigging in public procurement* (Diretrizes para combater o conluio entre concorrentes em contratações públicas).³² Recomenda-se o seguinte: “Use um preço máximo somente quando ele for baseado em minuciosa pesquisa de mercado e os funcionários convencidos de que ele é muito competitivo. Não publique o preço, mas o mantenha confidencial, em arquivo, ou o deposite junto a outra autoridade pública”. Ademais, não há razões para se entender pelo retrocesso das instituições de licitações no Brasil, mas sim em avanço, porque os órgãos licitantes serão capazes de viabilizar contratações mais vantajosas para a Administração Pública e, em paralelo, prevenir cartel em licitações, o que certamente não configura re-

³⁰ MÔNACO, Gabriel Santana. Mecanismos da Lei nº 8.666/93 para combater a prática de cartéis e preços excessivos em procedimentos licitatórios. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 12, nº 1558, 7 out. 2007. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/10505>>. Acesso em: 25 out. 2012.

³¹ RIGOLIN, Ivan Barbosa. Regime diferenciado de contratações públicas. *Revista Zênite de Licitações e Contratos*, ano XVIII, nº 214, dez. 2011.

³² Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) em suas *Guidelines for fighting bid rigging in public procurement* (Diretrizes para combater o conluio entre concorrentes em contratações públicas). Disponível em: <<http://www.oecd.org/competition/cartelsandanti-competitiveagreements/42851044.pdf>>. Acesso em: 25 out. 2012.

trocesso, mas sim avanço. Di Pietro inclusive avalia ser conveniente a extensão da não divulgação do orçamento estimado antes do encerramento do procedimento de licitação a todas as modalidades de licitação, por entender que “a sua divulgação influencia os licitantes na apresentação de suas propostas, podendo resultar em resultados danosos para a escolha da melhor proposta”.³³

Diante desse cenário, como conclusão deste item, e utilizando o critério negativo supramencionado de definição do que é público e do que é privado, conclui-se que o art. 6º do RDC – o qual prevê o sigilo do orçamento estimado pela Administração, prévio à contratação – é um instituto das licitações privadas que foi incorporado pelo procedimento de licitação pública do RDC.

5 Prevenção a cartéis em licitações públicas via sigilo do orçamento estimado no regime diferenciado de contratações públicas (RDC)

Em licitações privadas, o comprador tem mais flexibilidade do que em licitações públicas para reagir tempestivamente caso perceba algum sinal de conluio entre seus fornecedores, em virtude do regime jurídico aplicável às licitações públicas (Lei nº 8.666/1993), que nem sempre oferece condições ao agente público de reagir a tempo nesses casos.³⁴ Pois então o que é, tecnicamente, um conluio?

Quando se fala em conduta colusiva pode-se estar referindo tanto à colusão horizontal quanto à colusão vertical.³⁵ Para fins do presente trabalho, a preocupação é com as condutas colusivas horizontais. Segundo Salomão Filho, “[p]or colusão horizontal deve-se entender qualquer tipo de acordo expresso ou tácito, firmado entre concorrentes”, que tem como objetivo a fixação conjunta de uma das variáveis concorrenciais (preço, quantidade, qualidade e mercado).³⁶ Trata-se, portanto, do ilícito *antitruste de formação de cartel*.

De acordo com Paula Forgioni, “os cartéis são acordos entre concorrentes, atuais ou potenciais, destinados a arrefecer ou neutralizar a competição entre eles e que têm seu

³³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Ob. cit., p. 443.

³⁴ Cartilha SDE. *Combate a cartéis em licitação*. Guia prático para pregoeiros e membros de comissões de licitação. Coleção SDE/DPDE 2/2008. p. 14. Segundo recomendação do órgão antitruste, caso se identifiquem indícios do funcionamento de um cartel em uma determinada licitação, o pregoeiro ou membro de comissão de licitação apresente tais informações imediatamente ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), especificamente à Superintendência Geral, responsável pela investigação de condutas anticompetitivas segundo a Lei nº 12.529/2011.

³⁵ SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito concorrencial – as condutas*. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 261. Segundo o autor, “[q]uando se fala em condutas colusivas é natural que venha à mente o acordo entre concorrente, a chamada ‘formação de cartel’. [...] A colusão não se resume a isso, no entanto. [...] Na linha vertical existe ainda outro problema além daquele identificado na linha horizontal: com frequência os acordos levam também à exclusão de empresas do mercado, sejam elas concorrentes do produtor ou do distribuidor. [...] É o que ocorre nas hipóteses de discriminação entre concorrentes e imposição de condições de revenda”.

³⁶ SALOMÃO FILHO, Calixto. Ob. cit., p. 262.

objeto ou efeito tipificado nos incisos do art. 36, *caput*, da Lei 12.529 de 2011”.³⁷ Cartéis consistem em acordos ilícitos entre concorrentes que, em vez de definirem suas estratégias comerciais de forma independente, passam a atuar de forma coordenada, definindo artificialmente variáveis comercialmente sensíveis, como preços, quantidades de produção e venda, ou mesmo dividindo entre si áreas de atuação ou clientes. Como regra, esses acordos resultam em significativos prejuízos para os consumidores e para o bem-estar social, como preços mais elevados, menor qualidade de produtos e serviços, menor investimento em inovação, já que a pressão competitiva gerada pela saudável disputa pelos consumidores é mitigada.

Os cartéis são considerados, nacional e internacionalmente,³⁸ a mais grave lesão à concorrência, uma vez que prejudicam seriamente os consumidores ao aumentar preços e restringir a oferta, tornando os bens e serviços mais caros ou indisponíveis.³⁹ Com efeito, o Estado também pode ser vítima dos cartéis, pois os licitantes podem fraudar o caráter competitivo de licitações, resultando em contratações mais caras de bens, serviços e obras, desperdiçando o dinheiro do contribuinte e tornando mais difícil a prestação de serviços públicos para os cidadãos.

Especificamente no que se refere ao cartel em licitação, sua tipificação como ilícito consta do art. 36, § 1º, I, d, da Lei nº 12.529/2011 (Lei de Defesa da Concorrência), que caracteriza como *infração à ordem econômica acordar, combinar, manipular ou ajustar com concorrente, sob qualquer forma, preços, condições, vantagens ou abstenção em licitação pública*. O resultado desse ilícito concorrencial, em termos financeiros, é a transferência indevida de renda do Estado para as empresas,⁴⁰ mas em termos sociais é muito mais grave, pois prejudica a alocação dos recursos estatais no desenvolvimento do país.

Um exemplo paradigmático de condenação de cartel em licitações, que retrata tais efeitos sociais perniciosos decorrentes desse ilícito, pode ser verificado nos autos do Processo nº 2005.51.01.515714-0, da Justiça Federal, Seção Judiciária do Estado do Rio de Janeiro.⁴¹ Nesse caso, investigaram-se duas organizações criminosas que, mediante divisão de tarefas e cooptação de servidores públicos, obtinham alta e ilícita lucratividade por meio de fraude ao caráter competitivo de licitações realizadas por órgãos e entidades atuantes na área de saúde pública (compra de insumos utilizados na fabricação de medicamentos e contratação do serviço de lavanderia por hospitais públicos). O juiz, quando

³⁷ FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 338.

³⁸ O termo em inglês utilizado para se referir à conduta de cartel em licitações é “*bid rigging*”.

³⁹ Cartilha SDE. *Combate a cartéis em licitação*. Guia prático para pregoeiros e membros de comissões de licitação. Coleção SDE/DPDE 2/2008. p. 8.

⁴⁰ GUSMÃO, Rossana Malta de Souza. A tipificação na Lei Antitruste da prática de cartel em licitação pública. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 17, nº 3274, 18 jun. 2012. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/22038>>. Acesso em: 26 out. 2012.

⁴¹ Autos do Processo nº 2005.51.01.515714-0, da Justiça Federal, Seção Judiciária do Estado do Rio de Janeiro. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/dl/roupa-suja-setenca-4a-vara.pdf>>. Acesso em: 26 nov. 2012.

da sentença, constatou que as nocivas consequências dos crimes investigados nesses autos são mais sensíveis aos milhares de cidadãos brasileiros miseráveis.

Outro exemplo paradigmático, dessa vez na esfera administrativa, é o “Cartel dos Vigilantes”,⁴² condenado pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE).⁴³ O cartel fraudava licitações organizadas pela Superintendência Regional da Receita Federal do Rio Grande do Sul e pela Secretaria Municipal de Saúde de Porto Alegre, que contratavam serviços de vigilância. Diante da denúncia de um dos membros do cartel, o CADE teve conhecimento da suposta conduta contra a concorrência e realizou busca e apreensão juntamente com a Polícia Federal para a obtenção de provas. Ao final, o Conselho emitiu sua decisão e impôs multas que variaram de 15% a 20% de faturamento bruto a 16 empresas, a executivos das empresas condenadas e a três associações de classe. Além disso, as empresas foram proibidas de participar de licitações por cinco anos.

Como agravante aos efeitos perniciosos supramencionados, reconhece-se que as licitações públicas são um ambiente propício à atuação dos cartéis.⁴⁴ Mas como combater os cartéis em licitações públicas? Como eles ocorrem? De acordo com a cartilha da Secretaria de Direito Econômico⁴⁵ intitulada “Combate a cartéis em licitação”, os cartéis podem agir de várias formas:

“(a) *Fixação de preços*, na qual há um acordo firmado entre concorrentes para aumentar ou fixar preços e impedir que as propostas fiquem abaixo de um ‘preço base’;

(b) *Direcionamento privado da licitação*, em que há a definição de quem irá vencer determinado certame ou uma série de processos licitatórios, bem como as condições nas quais essas licitações serão adjudicadas;

(c) *Divisão de mercado*, representada pela divisão de um conjunto de licitações entre membros do cartel, que, assim, deixam de concorrer entre si em cada uma delas. Por exemplo, as empresas A, B e C fazem um acordo pelo qual a empresa A apenas participa de licitações na região Nordeste, a empresa B na região Sul e a empresa C na região Sudeste;

⁴² Cartilha SDE. *Combate a cartéis em licitação*. Guia prático para pregoeiros e membros de comissões de licitação. Coleção SDE/DPDE 2/2008. p. 19.

⁴³ O Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) é uma autarquia federal, vinculada ao Ministério da Justiça, com sede e foro no Distrito Federal, que exerce, em todo o Território nacional, as atribuições dadas pela Lei nº 12.529/2011. O CADE tem como missão zelar pela livre concorrência no mercado, sendo a entidade responsável, no âmbito do Poder Executivo, não só por investigar e decidir, em última instância, sobre a matéria concorrencial, como também fomentar e disseminar a cultura da livre concorrência. Mais informações em: <<http://www.cade.gov.br/Default.aspx?e041c34cd04fd168fc>>. Acesso em: 26 out. 2012.

⁴⁴ Cartilha SDE. *Combate a cartéis em licitação*. Guia prático para pregoeiros e membros de comissões de licitação. Coleção SDE/DPDE 2/2008. p. 9.

⁴⁵ A Secretaria de Direito Econômico era responsável pela investigação de condutas contra a concorrência e foi transformada pela Lei nº 12.529/2011 em Superintendência Geral do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE).

(d) *Supressão de propostas*, modalidade na qual concorrentes que eram esperados na licitação não comparecem ou, comparecendo, retiram a proposta formulada, com intuito de favorecer um determinado licitante, previamente escolhido;

(e) *Apresentação de propostas ‘pro forma’*, caracterizada quando alguns concorrentes formulam propostas com preços muito altos para serem aceitos ou entregam propostas com vícios reconhecidamente desclassificatórios. O objetivo dessa conduta é, em regra, direcionar a licitação para um concorrente em especial;

(f) *Rodízio*, acordo pelo qual os concorrentes alternam-se entre os vencedores de uma licitação específica. Por exemplo, as empresas A, B e C combinam que a primeira licitação será vencida pela empresa A, a segunda pela empresa B, a terceira pela empresa C e assim sucessivamente;

(g) *Subcontratação*, pela qual concorrentes não participam das licitações ou desistem das suas propostas, a fim de serem subcontratados pelos vencedores. O vencedor da licitação a um preço supracompetitivo divide o sobre-preço com o subcontratado”.⁴⁶

Diante desse rol exemplificativo de formas de cartel em licitação, e considerando, em primeiro lugar, que as licitações são um ambiente propício à cartelização, em segundo lugar, que o ilícito do cartel é lesivo à concorrência e aos consumidores, e em terceiro lugar, que o dano decorrente do cartel é ampliado e aprofundado quando ocorrido em sede de licitações, visto que o Estado se utiliza da licitação pública para cumprir suas funções primordiais nas áreas de saúde, educação, segurança pública, infraestrutura e tantas outras, há que se buscar ferramentas para se evitar – ou pelo menos dificultar – esse ilícito anticoncorrencial.

Em face dessa necessidade de alteração estrutural do procedimento licitatório público na prevenção a cartéis, compreende-se que a norma do art. 6º da Lei do RDC, referente ao sigilo do orçamento estimado para contratação, é uma interessante ferramenta para se prevenir que os concorrentes licitantes apresentem propostas em conluio. Isso porque a publicidade – nos moldes exigidos pela Lei nº 8.666/93 – pode facilitar a estruturação e o funcionamento de um cartel.⁴⁷

Em uma licitação privada ou em uma licitação pública com sigilo do orçamento estimado para a contratação, a racionalidade econômica do fornecedor é oferecer o preço mais baixo e as melhores condições para poder então vencer a licitação, pois não há qualquer referência de valor disponível de dispêndio.

Em contrapartida, em uma licitação pública com publicidade do orçamento estimado para a contratação, a Administração divulga o seu “valor de reserva máximo”/“valor de

⁴⁶ Cartilha SDE. *Combate a cartéis em licitação*. Guia prático para pregoeiros e membros de comissões de licitação. Coleção SDE/DPDE 2/2008. p. 9-10.

⁴⁷ Cartilha SDE. *Combate a cartéis em licitação*. Guia prático para pregoeiros e membros de comissões de licitação. Coleção SDE/DPDE 2/2008. p. 13.

referência”⁴⁸ / “valor orçado” no Edital, ou seja, o teto que o Estado está disposto a pagar. A racionalidade econômica do fornecedor, nesse contexto, se altera diametralmente, pois a Administração já divulgou o valor máximo, reduzindo as assimetrias de informação entre Administração Pública e o licitante, de modo que o agente econômico tentará obter nada menos do que esse máximo. O fornecedor, portanto, objetivando extrair toda a renda possível e disponível (que já é conhecida), tende a ofertar esse valor ou algo muito próximo a ele, sendo que, nesse contexto, o conluio entre os licitantes encontra o seu ambiente mais fértil, pois os licitantes já terão uma baliza na definição de suas propostas perdedoras e ganhadoras.

A publicidade do orçamento estimado pela Administração favorece, portanto, o contato entre os licitantes – concorrentes – para a formação de uma proposta conjunta para a licitação, a fixação de preços, o direcionamento privado da licitação, a divisão de mercado, a supressão de propostas, a apresentação de propostas *pro forma*, a definição de rodízio, a subcontratação ou algumas dessas formas de conluio combinadas. Ilustrar-se-á a afirmação com um exemplo.

Suponha que as empresas X, Y e Z sejam construtoras, especializadas na edificação de grandes empreendimentos. Suponha também que a empresa ALFA, privada, queira construir um estádio de futebol para os seus funcionários e familiares. Para tanto, divulga no mercado que realizará uma licitação privada e fornece aos interessados as informações necessárias para a elaboração da proposta pelas construtoras. Com base nas informações, X, Y e Z, individualmente e buscando vencer a concorrência privada, elaboram seus orçamentos com base em seus custos individuais, e alcançam os valores de 80, 100 e 120, respectivamente. Pelo sistema de cotação – mencionado no item 2 –, a vencedora da licitação privada seria a empresa X, que apresentou o menor preço para a construção do estádio.

Agora suponha que exatamente o mesmo estádio venha a ser construído pelo município BETA. Em se tratando de uma licitação pela regra geral da Lei nº 8.666/1993, o orçamento estimado deverá ser divulgado. Como ele é realizado com a média de preços, supõe-se que seja divulgado o valor de referência de 100. Nesse caso, conhecendo desde já o máximo que o município está disposto a desembolsar, teria a empresa X incentivos a continuar apresentando a proposta de 80? A tendência é que todas as empresas elaborem orçamentos próximos ao valor máximo, que é 100.

A primeira constatação, portanto, é a de que a divulgação desse orçamento estimado é a elevação dos preços contratados pela Administração Pública. Nesse sentido, cumpre transcrever interessante trecho do Processo nº 2005.51.01.515714-0, da Justiça Federal, Seção Judiciária do Estado do Rio de Janeiro, citado anteriormente nesta seção, em que o juiz descreve com clareza a avaliação dessa elevação de preços para o Estado:

⁴⁸ Segundo o Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão (MPOG), o valor de referência “é o valor máximo que o Governo está disposto a pagar na aquisição de um bem e/ou contratação de um serviço. Esse valor é obtido mediante pesquisa de preços no mercado e/ou consulta ao Sistema de Preços Praticados (SISPP).

[...] pouco importa o valor de mercado, o preço de referência ou mesmo o custo de produção do bem ou mercadoria, uma vez que, *para os cofres públicos, o melhor é e será sempre alcançar o menor preço possível*, independentemente destes patamares. A decisão sobre se vale a pena ou não oferecer preço abaixo do que se considera lucrativo ou ideal cabe aos licitantes, mas deve ser tomada individualmente, sem conchavos visando a congelar a cotação. Há claro erro de perspectiva por parte daqueles que pensam que a lesão ao erário é pressuposto típico que deve ser aferido apenas de acordo com o preço de mercado ou de referência. Nesta linha de raciocínio, acredita-se que não há crime caso seja ajustado previamente preço igual ou abaixo do que se considere o valor de mercado ou de referência (supostamente pesquisado pelo órgão ou entidade licitante).

Aliás, acerca do multicitado “preço de referência” que seria fixado pelo próprio licitante como valor máximo, é de se dizer que, *após óbvia consulta a seus constituintes, várias das defesas admitiram que o preço atingido na licitação anterior guiava o preço de referência do certame subsequente, o que confirma veementemente a nociva repercussão da prática combinada de congelamento de preços*.

Diante desse trecho, baseado em um caso real de cartel em licitações, constata-se que o município paga um preço superior ao que poderia ser obtido no mercado, pelo simples fato de divulgar o seu orçamento estimado para a contratação. Esse sobrepreço seria materializado nos 20 a mais que são pagos no exemplo hipotético acima. Como se não bastasse, há nesse contexto, também, o favorecimento ao conluio.

Esse favorecimento ao conluio existe porque as empresas, sabendo que podem apresentar uma proposta no máximo de 100, têm maiores incentivos para combinarem quem irá ganhar a licitação pública. Assim, as empresas X, Y e Z, que possivelmente já conhecem os participantes da licitação pela Lei nº 8.666/93 (por se tratar de um mercado oligopolizado), poderiam apresentar, em conluio, as propostas de 99, 100 e 100, respectivamente. Diante disso, configurar-se-ia a formação de cartel entre X, Y e Z, em que a empresa X seria a vencedora (direcionamento privado da licitação pública) ao preço de 99 (fixação de preço). O resultado seria uma transferência indevida de recursos para as empresas, prejuízo à concorrência, aos consumidores e, principalmente, à sociedade, que incorre em maiores gastos em decorrência do conluio entre os licitantes.

O que se argumenta no presente trabalho é que, caso não fosse divulgado o orçamento estimado pela Administração Pública, consoante o art. 6º da Lei do RDC, a licitação correria nos moldes daquela promovida pela empresa ALFA, privada (pelo menos no que se refere à formação de propostas), a qual consegue obter proposta mais vantajosa e ser, conseqüentemente, mais eficiente.

O que se vislumbra, portanto, é que o orçamento estimado para contratação é elemento estratégico para a perda de competitividade das licitações e que sua publicidade, durante o processo licitatório, prejudica a obtenção de melhores propostas pela Administração Pública. A sua divulgação faz com que os licitantes não tenham mais incentivos econômicos para apresentar propostas em valores muito inferiores àquele patamar. Com isso, os preços pa-

gos pelo Estado para a contratação de produto, serviço ou obra tendem a ser superiores àqueles que se poderia obter caso se mantivesse em sigilo – temporário e relativo – o valor orçado, do mesmo modo como fazem as empresas privadas, que mantêm o orçamento como um procedimento interno.

Assim, uma vez que se trata de sigilo apenas temporário (pois há a publicidade do valor orçado após o encerramento do procedimento) e relativo (pois os órgãos de controle interno e externo têm acesso a ele), argumenta-se no sentido da adequação do sigilo do orçamento estimado, presente nas licitações privadas, à legislação de licitação pública.

Conclui-se que o art. 6º da Lei do RDC, que institui o sigilo temporário e relativo do valor orçado estimado pela Administração, não obstante todas as críticas, constitui importante avanço para o ordenamento jurídico brasileiro – influenciado pela prática das licitações privadas. Esse instituto encontra-se eficazmente inserido para a consecução dos objetivos de ampliar a eficiência nas contratações públicas e a competitividade entre os licitantes (art. 1º, § 1º, I, da Lei nº 12.462/11), bem como assegurar seleção da proposta mais vantajosa para a Administração Pública (art. 1º, § 1º, IV, da mesma lei), pois consubstancia ferramenta de combate a cartéis em licitações públicas no Brasil.

6 Conclusão

Os movimentos paralelos de publicização do privado e de privatização do público influenciaram a definição do que seja uma licitação privada e uma licitação pública. No presente trabalho, considerou-se como critério de diferenciação a verificação da presença ou não daquele instituto na Lei nº 8.666/93. Ou seja, a expressão *licitação pública* foi utilizada para referir-se ao procedimento concorrencial previsto na Lei nº 8.666/93 e nas leis que expressamente o excepcionam – como é o caso da Lei do Regime Diferenciado de Contratações (RDC). Em contrapartida, a expressão *licitação privada* referiu-se às práticas e institutos excluídos do escopo da Lei nº 8.666/93.

Afirmou-se que o RDC consubstanciou um novo modelo de procedimento de licitação pública, aplicável às licitações e aos contratos relacionados à realização dos eventos de impacto mundial que o Brasil sediará nos próximos anos (Jogos Olímpicos e Paraolímpicos, Copa das Confederações e Copa do Mundo), de obras do PAC, do sistema educacional e da saúde pública. O RDC incorporou reivindicações por dinamicidade do procedimento concorrencial público, não admitidas pela Lei nº 8.666/93, em um movimento de *fuga para o direito privado*. O art. 6º da Lei nº 12.462/11, que prevê o sigilo do orçamento estimado pela Administração, prévio à contratação, seria então um instituto das licitações privadas, incorporado pelo procedimento de licitação pública no RDC.

Argumentou-se no sentido de que o art. 6º da Lei do RDC, por instituir uma modalidade de sigilo temporário e relativo, está em consonância com a legislação de licitações públicas no Brasil. Ademais, sustentou-se que o sigilo do valor orçado estimado pela Administração constitui importante avanço para o ordenamento jurídico brasileiro – influenciado pela prática das licitações privadas. Afirmou-se acreditar que esse instituto se encontra inserido

com eficácia na legislação de licitações públicas no Brasil, pois consubstancia ferramenta de prevenção a cartéis em licitações públicas e tende a alcançar os objetivos de ampliação da eficiência nas contratações públicas e da competitividade entre os licitantes (art. 1º, § 1º, I, da Lei nº 12.462/11) e de garantia da seleção da proposta mais vantajosa para a Administração Pública (art. 1º, § 1º, IV, da Lei nº 12.462/2011).