

O REGIME DIFERENCIADO DE CONTRATAÇÕES PÚBLICAS: ANÁLISE DA NOVA MODALIDADE DE LICITAÇÃO DO GOVERNO FEDERAL

THE DIFFERENTIAL PUBLIC PROCUREMENT REGIME: ANALYSIS OF THE NEW MODE OF BIDDING FEDERAL GOVERNMENT

Andrea Cecilia Soares Rosset¹
Dartagnan Ferreira de Macêdo²
Diego da Guia Santos³
Andrew Beheregarai Finger⁴

RESUMO: O presente artigo tem como objetivo analisar o Regime Diferenciado de Contratações (RDC) como modalidade de licitação do governo federal, especialmente no que se refere às inovações trazidas ao processo de compras da Administração Pública (AP). Para isto, foi realizada uma pesquisa documental, a qual empregou-se uma abordagem qualitativa, de caráter exploratório e descritivo. Inicialmente foram analisados livros, artigos científicos, legislações e jurisprudências relacionados às Compras Públicas e ao novo regime diferenciado de contratações. Após a análise dos dados coletados, ilustrou-se um cenário geral sobre as contratações na Administração Pública Federal, o surgimento do Regime Diferenciado de Contratações públicas e as inovações trazidas pela lei que o instituiu. Destaca-se a questão do orçamento estimado no RDC, abordando sua previsão legal e finalidade. Por último, são expostas algumas críticas relacionadas ao novo regime. O estudo demonstrou que o novo modelo licitatório trouxe inúmeras vantagens ao ordenamento jurídico brasileiro, em conformidade com os princípios da eficiência, economicidade, e, sobretudo, o da seleção da proposta mais vantajosa para a Administração.

Palavras-chave: Licitações; Orçamento estimado; Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC).

ABSTRACT: This paper aims to analyze the Differential Public Procurement Regime (RDC in Portuguese) as a form of bidding of the federal government, especially with regard to innovations brought to the procurement process Public Administration. For this, a documentary research was carried out, through a qualitative approach, exploratory and descriptive. Initially, were analyzed books, scientific articles, legislation and case law related to Public Procurement and the new differential charging system for hiring. After analyzing the data collected, illustrated is a general scenario of hiring in the Federal Public Administration, the emergence of the Differential Public Procurement Regime and the innovations brought by the law that established it. We emphasize the question of the estimated budget in the RDC, addressing a legal provision and purpose. Finally, it exposes some criticisms related to the new regime. The study showed that the new bidding model has brought many advantages to the Brazilian legal system, in accordance with the principles of efficiency, economy, and, above all, the most advantageous selection for the Administration.

Keywords: Public bidding; Estimated budget; Differential Public Procurement Regime.

Sumário: 1 Introdução – 2 Metodologia – 3 Discussão – 3.1 As contratações na Administração Federal – 3.2 O regime diferenciado de contratações (RDC) – 3.3 Orçamento estimado no regime diferenciado de contratações – 3.4 Críticas ao regime diferenciado de contratações – 4 Considerações finais – 5 Referências.

¹ Mestranda em Administração Pública (PROFIAP/UFAL). Especialista em Administração Pública. Administradora na INFRAERO. Email: ceciliarosset@hotmail.com.

² Mestre em Administração Pública (PROFIAP/UFAL). Especialista em Gestão de Recursos Humanos e em Gestão em Saúde Pública. Professor no Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia de Alagoas (IFAL). E-mail: dartagnan.fm@gmail.com.

³ Mestrando em Administração Pública (PROFIAP/UFAL). Especialista em Gestão Empresarial. E-mail: diego.daguia@outlook.com.

⁴ Doutor em Administração (UNISINOS) e Mestre em Administração (UFSC). Professor Adjunto na Universidade Federal de Alagoas (UFAL). E-mail: finger.andrew@gmail.com

1 INTRODUÇÃO

A Constituição Federal (CF), em seu artigo 22, nos termos do inciso XXVII, aponta que é de competência privativa da União legislar sobre normas gerais de licitação e contrato. Dessa forma, para o poder público contratar é necessário que seja realizado um procedimento licitatório prévio. As licitações têm como finalidade atender ao interesse público, buscando a proposta mais vantajosa para a Administração, em igualdade de condições, considerando os princípios resguardados pela Constituição.

Em uma gestão pública que zela pelos resultados e que busca gerir seus recursos de forma eficiente, deve ser incansável a procura por procedimentos que dotem a Administração Pública de meios mais efetivos para o planejamento, a execução e o controle de suas despesas com aquisições e contratações (VILHENA; HIRLE, 2012).

De acordo com Pereira Júnior (2009), o princípio da eficiência implica no dever jurídico vinculante dos gestores públicos, no dever de agir mediante ações planejadas, executadas com o menor custo possível, controladas e avaliadas em função dos benefícios que produzem para a satisfação do interesse público.

Segundo Lunelli (2013), a necessidade de modernização das regras de contratação pública já era mais do que iminente no nosso ordenamento. O contexto no qual surgiu a Lei de Licitações, em 1993, ou seja, há mais de duas décadas, incluía a comoção social que o país vivia à época.

Ao instituir o Regime Diferenciado de Contratações (RDC), em 2011, o governo objetivou tornar mais eficiente e rápido o processo licitatório, visto que o país havia firmado compromissos de recepcionar eventos de grande magnitude, como a Copa das Confederações de 2013, a Copa do Mundo de 2014 e os Jogos Olímpicos e Paraolímpicos de 2016; dispondo de pouco tempo para a realização de todas as obras e aperfeiçoamentos dos serviços necessários para o sucesso dos eventos (MENESES, 2015).

É importante destacar que o RDC foi instituído, inicialmente, como um regime essencialmente provisório, pois visava apenas às contratações para os eventos supramencionados. O objetivo era tornar mais célere às contratações públicas, uma

vez que a Lei n. 8.666/93 possui um elevado grau de exigências burocráticas, o que torna difíceis, morosas e ineficientes as contratações feitas pelo poder público.

As novas regras, ainda restritas a alguns tipos de contratações, flexibilizam e agilizam os processos de contratação. Segundo Ventura (2014), os resultados têm sido impressionantes, uma vez que o Estado contrata mais rápido e a preço menor, diminui sensivelmente a litigância no Poder Judiciário, e as obras terminam bem mais rápido do que aquelas regidas pela Lei n. 8.666/1993.

A elaboração deste trabalho justifica-se devido à ausência de estudos científicos que tratem especificamente desse tema, considerando que o regime foi instituído recentemente no país. A propósito, por ter sido o último regime a ser editado, ainda é considerado uma nova modalidade de licitação na Administração Federal.

Diante deste cenário, este trabalho pretende analisar o Regime Diferenciado de Contratações Públicas, especialmente no que tange às inovações trazidas ao processo de compras da Administração Pública.

Este artigo está estruturado e organizado em seções, iniciando por esta introdução. Posteriormente é apresentada a metodologia aplicada. Em seguida, expõe-se a fundamentação teórica e análise do estudo, contemplando quatro subseções: 1) As Contratações na Administração Federal, 2) O Regime Diferenciado de Contratações, 3) Orçamento Estimado no RDC, e 4) Críticas ao novo regime. Por último, são apresentadas as considerações finais do estudo.

2 METODOLOGIA

Este trabalho trata-se de um artigo teórico, o qual buscou analisar a nova modalidade de licitação do governo federal denominado Regime Diferenciado de Contratações (RDC), especialmente no que tange às inovações trazidas ao processo de compras da Administração Pública.

Foi empregada a abordagem qualitativa, resultando em uma pesquisa de caráter exploratório e descritivo. Segundo Gil (2008), a pesquisa descritiva busca descrever as características de determinadas populações ou fenômenos. Já a pesquisa exploratória normalmente visa o esclarecimento de algum fenômeno, e seu objetivo é familiarizar-se com um assunto ainda pouco conhecido, pouco explorado.

Dessa forma, ao final de uma pesquisa exploratória, sempre haverá mais conhecimento sobre aquele assunto (GIL, 2008).

O estudo utilizou-se predominantemente de uma pesquisa documental, já que as principais fontes empregadas foram legislações sobre Compras Públicas, além de publicações e informações disponíveis em sites governamentais, como o Portal de Compras do Governo Federal, o Portal da Transparência e o Portal do Supremo Tribunal Federal.

Também, ainda foram analisados livros e artigos científicos sobre a temática. De acordo com Oliveira (2007), a pesquisa bibliográfica é o estudo e análise de documentos de domínio científico, já a pesquisa documental, utiliza-se de materiais que não receberam ainda um tratamento analítico. Gil (2008) também destaca que a diferença da pesquisa documental, apesar de semelhante a bibliográfica, está na natureza das fontes, pois esta forma vale-se de materiais que não receberam ainda um tratamento analítico, ou que ainda podem ser reelaborados de acordo com os objetos da pesquisa.

Inicialmente foram analisadas legislações e jurisprudências relacionadas às licitações e compras públicas de maneira geral, além de referências científicas relevantes sobre a temática em estudo, para que fosse possível compreender melhor e estudar o RDC propriamente dito. Após a análise dos dados coletados, ilustra-se como são feitas as contratações na Administração Federal, o surgimento da nova modalidade licitatória e as inovações trazidas pela lei que instituiu o novo regime.

Posteriormente, foi enfatizada a questão do orçamento estimado no RDC, abordando sua previsão legal e finalidade. Por último, foram expostas críticas relacionadas ao regime, demonstrando as vantagens e desvantagens da referida modalidade quando aplicadas nas contratações do governo federal.

3 DISCUSSÃO

3.1 AS CONTRATAÇÕES NA ADMINISTRAÇÃO FEDERAL

A CF determina em seu artigo 22, inciso XXVII, que compete exclusivamente à União dispor sobre normas gerais de licitação e contratação para os órgãos da

administração pública direta e indireta da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, observado o disposto no inciso XXI do artigo 37. Este estabelece a obrigatoriedade de a Administração utilizar a licitação nos processos de aquisição e contratação pública.

Dessa forma, a licitação deve anteceder obrigatoriamente os contratos administrativos de aquisição de bens ou prestação de serviços firmados pela Administração Pública, salvo exceções previstas em lei.

Utilizando-se da competência constitucional supracitada, a União editou como norma geral para tratar de licitação e contratos administrativos alguns diplomas legais, em especial a Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993, que instituiu normas para licitação e contratos (MUKAI, 2013).

Segundo Meirelles (2005), a licitação é o procedimento administrativo mediante o qual a Administração Pública seleciona a proposta mais vantajosa para o contrato de seu interesse. Visa propiciar iguais oportunidades aos que desejam contratar com o Poder Público, dentro dos padrões previamente estabelecidos pela Administração, e atua com fator de eficiência e de moralidade nos negócios administrativos (MEIRELLES, 2005, p.19).

Por sua vez, de acordo com Piscitelli et al. (2008), licitação pode ser entendida como a realização de diversos procedimentos, estabelecidos em legislação específica, por meio dos quais a AP objetiva escolher entre os interessados habilitados aquele que proporcionar as condições que se demonstrarem melhores para a obtenção dos resultados esperados pela gestão pública.

Entretanto, a lei de licitações é alvo de muitas críticas por excesso de formalismo em seus procedimentos. A realização de uma licitação é caracterizada por um processo moroso, pois deve seguir todas as exigências impostas pela lei 8.666/93. Esta, preocupou-se em fornecer disciplina minuciosa e exaustiva para todas as possíveis hipóteses às quais se aplicasse. Visou reduzir ao máximo a liberdade da AP na sua aplicação, gerando um formalismo exacerbado e a impossibilidade de soluções adotáveis ao caso das circunstâncias (JUSTEN FILHO, 2005).

Com o objetivo de simplificar o procedimento licitatório e buscar maior eficiência nas contratações públicas, foi promulgada a Lei n. 10.520/2002, que instituiu uma nova modalidade de licitação para aquisição de bens e serviços

comuns no ordenamento jurídico: o pregão. A partir de 2005, por meio do Decreto n. 5.450, essas aquisições passaram a ser feitas, preferencialmente, pelo Pregão Eletrônico, com intuito de obter ainda mais celeridade e transparência ao processo de compras públicas. Essas inovações trouxeram consideráveis ganhos de eficiência processual, mesmo sendo aplicadas apenas para a aquisição de bens e prestação de serviços comuns.

Em 2011, o governo federal buscou ampliar a eficiência nas contratações que envolvessem a Copa das Confederações de 2013, Copa do Mundo em 2014 e as Olimpíadas em 2016, todos grandes eventos com sede no Brasil. Assim, em 5 de agosto de 2011, foi instituído o Regime Diferenciado de Contratações (RDC), através da Lei n. 12.462, o qual foi fruto da Medida Provisória n. 527/2011, e regulamentado, posteriormente, pelo Decreto n. 7.581/2011.

Segundo Oliveira e Freitas (2011), o Regime Diferenciado de Contratações Públicas contém regras inovadoras ao seu contexto, de forma a desburocratizar o processo de contratação pública e reduzir os custos de sua realização.

Em qualquer modalidade de licitação, as Compras Públicas visam obter os melhores preços e condições mais vantajosas para a Administração. A evolução normativa e arcabouço legal que constitui as Compras Públicas no Brasil demonstra que o governo vem buscando mais eficiência e flexibilidade das regras impostas desde 1993.

3.2 O REGIME DIFERENCIADO DE CONTRATAÇÕES (RDC)

O Regime Diferenciado de Contratações Públicas foi inspirado nas regras de contratação da União Europeia, dos EUA, nas diretrizes da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE, e também na legislação que disciplina as contratações por meio do Pregão no Brasil.

Em 2011, o Congresso Nacional aprovou a conversão da Medida Provisória n. 527/2011 na Lei n. 12.462/2011, a qual instituiu um novo regime licitatório denominado Regime Diferenciado de Contratações (RDC).

Originalmente, a aplicabilidade do RDC era restrita às licitações e contratos necessários a realização dos Jogos Olímpicos e Paraolímpicos de 2016; da Copa das Confederações da Federação Internacional de Futebol Associação - Fifa 2013;

da Copa do Mundo Fifa 2014; e ainda para obras de infraestrutura e de contratação de serviços para os aeroportos das capitais dos Estados da Federação distantes até 350 quilômetros das cidades sedes dos eventos supracitados.

Em 2012, estendeu-se a aplicabilidade do regime para aquelas licitações e contratos necessários a realização das ações integrantes do Programa de Aceleração do Crescimento (PAC), das obras e serviços de engenharia no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS), e obras e serviços de engenharia no âmbito dos sistemas públicos de ensino. Mais recentemente, em 2015, o RDC obteve maior amplitude com a possibilidade de aplicação também para obras e serviços de engenharia para construção, ampliação e reforma de estabelecimentos penais e unidades de atendimento socioeducativo, e ações no âmbito da Segurança Pública.

Com essas últimas inclusões na lei, percebe-se que o legislador se voltou para outras aplicações que poderiam ser dadas ao RDC, de modo a torná-lo optativo também para serviços públicos essenciais à sociedade, e não apenas aqueles ligados exclusivamente aos eventos desportivos.

No entanto, o RDC foi concebido como um modelo basicamente provisório e diferenciado, com o fito de conferir maior agilidade às contratações de bens e serviços e de diminuir os procedimentos fraudulentos ocasionados pelas brechas da Lei n. 8.666/93 (MENESES, 2015). Caracteriza-se, assim, como diploma de exceção, porém, vem se tornando regra em nosso sistema mediante reformas legislativas e intenso uso pelo Poder Público, sobretudo pela União (QUINTELA, 2015).

Nesse sentido, Gasparini (2012) também apontou que o regime foi instituído com os objetivos legalmente declarados de ampliar a eficiência nas contratações públicas e a competitividade entre os licitantes; promover a troca de experiências e tecnologias em busca da melhor relação entre custos e benefícios para o setor público; incentivar a inovação tecnológica; e assegurar tratamento isonômico entre os licitantes e a seleção da proposta mais vantajosa para a administração pública.

O novo regime se apresenta como uma lei especial em relação às Leis n. 8.666/93 (Lei Geral de Licitações e Contratos) e a n. 10.520/02 (Lei do Pregão). Nesta condição de lei especial, não revoga qualquer dispositivo das leis existentes, mas sim, inova o sistema jurídico e confere especial tratamento para as situações que regula (FERREIRA; SANTOS, 2012).

Destacam-se algumas características do RDC, que divergem da tradicional Lei n. 8.666/93, e por isso caracterizam inovações no ordenamento jurídico brasileiro:

- I. É uma modalidade opcional;
- II. É uma modalidade única, ou seja, não prevê modalidades diferentes de acordo com o objeto ou valores da contratação;
- III. Preza pelos princípios da economicidade e eficiência;
- IV. Possibilidade de realizar a contratação integrada;
- V. Inversão das fases de habilitação e julgamento das propostas;
- VI. Previsão de remuneração variável ao contratado;
- VII. Sigilo do orçamento estimado.

Extraíndo o § 2º do art. 1º da Lei n. 12.462/2011, tem-se que a opção pelo RDC deverá constar de forma expressa no instrumento convocatório e resultará no afastamento das normas contidas na Lei n. 8.666/93, exceto nos casos expressamente previstos na lei, e, como se trata de ato discricionário, deve ser devidamente motivada (QUINTELLA, 2014).

Outra característica é que, ao contrário da Lei n. 8.666/93, a Lei n. 12.462/2011 não prevê modalidades diversas de licitação de acordo com o objeto ou valores estimados da contratação. Apresenta, assim, uma espécie única que atende às necessidades de contratações para o setor público de forma geral. Zymler e Dios (2013) sublinham que:

A Lei n. 12.462/2011 prevê uma nova sistemática para as contratações públicas. Trata-se de uma modalidade licitatória única, afastando-se, pois, a divisão do procedimento em diversas modalidades licitatórias definidas exclusivamente em função do valor da contratação (ZYMLER; DIOS, p. 12)

Em análise aos princípios norteadores das normas gerais de licitações, contratos e do RDC, constata-se que dois princípios antes não adotados, se apresentaram como balizadores da aplicação do Regime diferenciado, são eles: Princípio da Economicidade e Eficiência.

A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos. (Lei n. 8.666/1993, art. 3º).

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 sustentável, da vinculação ao instrumento convocatório e do julgamento objetivo. (Lei 12.462/2011, art. 3º)

Assim, a Lei do RDC buscou modificar a Lei n. 8.666/93 em seus aspectos considerados mais embargados. Compreende-se que a nova lei teve a pretensão de dar maior efetividade e celeridade aos procedimentos licitatórios, com a inclusão desses novos princípios.

Outra característica trazida por essa nova modalidade é a possibilidade de realizar a “contratação integrada”, estabelecida no art. 9º, § 1º da Lei n. 12.462/2011, nos seguintes termos:

Art. 9º. Nas licitações de obras e serviços de engenharia, no âmbito do RDC, poderá ser utilizada a contratação integrada, desde que técnica e economicamente justificada.

§ 1º A contratação integrada compreende a elaboração e o desenvolvimento dos projetos básico e executivo, a execução de obras e serviços de engenharia, a montagem, a realização de testes, a pré-operação e todas as demais operações necessárias e suficientes para a entrega final do objeto.

Em uma contratação integrada, o vencedor do certame será responsável pela execução de todas as fases da obra ou serviço de engenharia contratado, incluindo, além do projeto executivo, também o projeto básico, o qual normalmente fica a cargo da Administração Pública. Essa prerrogativa é um dos resultados da eficiência, pois ao retirar a responsabilidade da Administração em elaborar o projeto básico, o contratado teria que elaborar todos os projetos e intervenções suficientes para a entrega final do objeto, o que resulta também em impossibilidades de se firmar termos aditivos ao contrato, o que geraria mais custos e demora na conclusão das obras.

Em relação à quinta característica acima descrita, ainda com o mesmo propósito de dar celeridade ao procedimento de contratação, no RDC a fase de habilitação poderá ser posterior à da apresentação e julgamento das propostas. Dessa forma, habilita-se apenas àquele que apresentou a melhor proposta, tornando assim, o processo mais célere, pois evita a perda de tempo habilitando todas as empresas participantes do certame.

Outra inovação introduzida pela Lei n. 12.462/2011 trata-se da previsão de remuneração variável ao contratado, disposta no artigo 10, senão vejamos:

Art. 10. Na contratação das obras e serviços, inclusive de engenharia, poderá ser estabelecida remuneração variável vinculada ao desempenho da contratada, com base em metas, padrões de qualidade, critérios de sustentabilidade ambiental e prazo de entrega definidos no instrumento convocatório e no contrato.

Segundo Vasconcelos (2014), esta possibilidade se alia ao objetivo do RDC de buscar maior eficiência e economicidade para o Estado, que remunerará o particular de acordo com o grau de desempenho, e de certa forma pela satisfatoriedade do serviço prestado, tendo em vista que qualquer licitação, seja qual rito seguir, deve sempre atender ao interesse público coletivo.

No que se refere à última característica supracitada, o sigilo do orçamento estimado é considerado um dos atributos mais polêmicos do RDC, e por isso merece maior destaque em uma seção exclusiva.

3.3 ORÇAMENTO ESTIMADO NO REGIME DIFERENCIADO DE CONTRATAÇÕES

Nas modalidades licitatórias tradicionais, de acordo com o art. 40, § 2º, II, da Lei n. 8.666/93, o orçamento estimado constitui anexo obrigatório ao edital que reza: “Constituem anexos do edital, dele fazendo parte integrante: [...]. II – Orçamento estimado em planilhas de quantitativos e preços unitários”

Embora exista previsão expressa na Lei n. 8.666, de 1993 acerca da necessidade da publicação do orçamento, a Lei n. 10.520, de 2002 que regula o pregão não traz tal obrigatoriedade. Esta última dispensou a presença do orçamento estimado do edital, exigindo-o apenas como peça indispensável ao procedimento preparatório do pregão.

De acordo com o Acórdão n. 392/2011, no caso do pregão, a jurisprudência do TCU é no sentido de que a divulgação do valor orçado seja meramente facultativa.

Já no Regime Diferenciado de Contratações Públicas, a Lei n. 12462, de 2011, determinou, em seu art. 6º, que o orçamento estimado tenha caráter sigiloso até o encerramento do certame.

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.

Segundo Carvalho (2012), a divulgação do orçamento poderia influenciar os licitantes a apresentarem preços próximos do valor orçado, desestimulando uma queda expressiva dos preços. Quando os licitantes não têm conhecimento do orçamento estimado, a tendência é os fornecedores ofertarem propostas mais vantajosas para a Administração, atendendo ao princípio da economicidade e eficiência.

De acordo com Cardoso (2013), há menção de estudos internacionais que indicam que essa prática desestimula o conluio e outras condutas anticoncorrenciais, motivo pelo qual o sigilo da estimativa do orçamento é adotado em diversos países, incluindo Estados Unidos e União Europeia.

A ausência da divulgação do orçamento pode interferir no comportamento dos licitantes. Assim, por não se ter a certeza sobre o valor do orçamento, os fornecedores se sentem obrigados a reduzirem ao máximo suas propostas. Ou seja, há um incentivo à redução de preços quando os licitantes não sabem, de antemão, qual o orçamento estimado pela Administração para aquele determinado objeto.

Cardoso (2013) complementa que esse incentivo é ainda maior especialmente pelo fato de os proponentes não terem conhecimento das propostas ofertadas pelos demais licitantes. Quando o orçamento é divulgado, existe um parâmetro inicial, o qual é seguido por todos os licitantes para formularem suas propostas. Sem a divulgação deste, um licitante jamais terá como saber qual parâmetro está sendo observado pelos demais participantes do certame, e assim é “forçado” a ofertar, de fato, o seu melhor preço.

Ocorre que o orçamento sigiloso além de ter colisão com preceitos da Lei n. 8.666/93, tem também com o princípio da publicidade. De acordo com Ferreira e Santos (2012, p. 08), “tal norma é inconstitucional, e somente pode ser aproveitada se aplicada de acordo com o princípio da publicidade expresso nos artigos 5º, XXXIII, e 37, caput da CF”.

Segundo Molina (2014), a criação de um regime diferenciado das licitações e contratações públicas suscita o debate no tema da possibilidade constitucional de mitigação do princípio de publicidade.

Destacam-se alguns dispositivos referente ao Princípio da Publicidade do texto constitucional:

É assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional (art. 5º, XIV, CF)

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 (art. 5º, XXIII, CF)

São a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas, o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder e a obtenção de certidões em repartições públicas, para defesa de direitos e esclarecimento de situações de interesse pessoal (art. 5º, XXXIV, CF)

A lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem (art. 5º, LX, CF).

No entanto, cumpre registrar que os princípios constitucionais não são absolutos, de modo que, se houver confronto entre eles, será aplicado o juízo de ponderação. Assim, na hipótese de eventual antagonismo entre dois princípios — no caso o da publicidade em contraposição aos da eficiência e/ou da economicidade —, deve-se buscar harmonizá-los (ZYMLER; DIOS, 2012).

Destarte, embora o sigilo do orçamento fira (temporariamente) o princípio da publicidade, o mesmo encontra amparo legal nos princípios da eficiência, economicidade e, sobretudo, no princípio da seleção da proposta mais vantajosa para a Administração.

Cabe ainda destacar que o artigo 6º da Lei n. 12.462,2011, contempla duas exceções ao sigilo do orçamento. Nas hipóteses em que for adotado o critério de julgamento por maior desconto, e no caso de julgamento por melhor técnica, o orçamento estimado será incluído no instrumento convocatório. Adicionalmente, no § 3º, o legislador ressalva que a informação que for sigilosa será disponibilizada estrita e permanentemente aos órgãos de controle externo e interno. Ou seja, o sigilo “temporário” não se impõe aos órgãos de controle. Então, para tais entes não há que se falar em qualquer restrição de publicidade.

Utilizando-se do entendimento da ponderação de princípios exposta acima, Molina (2014) entende estar justificada a ausência temporária da divulgação do orçamento, pois está amparada no princípio da busca da melhor proposta pela Administração. Ademais, pouco ou nada estaria afetado o princípio da publicidade, pois, ao final, o orçamento será divulgado.

Importante ressaltar que a lei apenas não autorizou a divulgação do orçamento estimado. Todas as demais informações necessárias à formulação das propostas dos interessados são divulgadas e públicas. Dessa forma, não são atingidos os demais atos do certame, os quais recebem ampla publicidade.

De acordo com Carvalho (2012), é também inquestionável que nem todo ato administrativo demanda divulgação. Segundo o autor, há diversos exemplos de atos estatais, que atingem administrados, que não são objetos de prévia publicidade, tais como, medida de autoridade monetária sobre o regime cambial (Banco Central), fiscalização de trânsito, fiscalização sanitária, inclusive, os atos incluídos no bojo do processo licitatório, indispensáveis à sua regularidade, não demandam publicidade, tais como o parecer da consultoria jurídica, o ato da autoridade que aprova o termo de referência, dentre outros.

3.4 CRÍTICAS AO REGIME DIFERENCIADO DE CONTRATAÇÕES

Mesmo considerando que o surgimento do RDC tenha trazido muitos benefícios, inovações e melhorias para o ordenamento jurídico brasileiro, cabe ressaltar que existem críticas e algumas opiniões contrárias à sua legalidade.

De acordo com Santos (2012), surgiram algumas polêmicas e sustentações acerca da inconstitucionalidade do RDC, levadas ao Supremo Tribunal Federal por meio das Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIN's) n. 4645 e n. 4655, respectivamente ajuizadas por partidos políticos e pelo Procurador-Geral da República.

As referidas ADIN's tratam de supostas inconstitucionalidades formais e materiais. As formais podem ser resumidas em: ausência dos requisitos de urgência e relevância para edição do RDC via medida provisória; e abuso do poder de emendar na conversão da MP n. 527/11 na Lei 12.462/11.

Já as supostas inconstitucionalidades materiais, conforme ADIN's supracitadas são: a delegação ao Executivo acerca da escolha do regime jurídico aplicável; o sigilo do orçamento; a contratação integrada; a remuneração variável aos contratos de desempenho; a dispensa de publicação dos atos praticados; e a pré-qualificação permanente.

A Lei n. 12.462/2011, que instituiu o novo regime, resultou da conversão da Medida Provisória n. 527/2011. Para os partidos políticos PSDB, DEM e PPS, houve abuso no poder de emendar, pois a medida provisória não tratava de licitações ou contratos públicos. A MP tratava apenas sobre a organização da Presidência da República e dos ministérios, criação da Secretaria da Aviação Civil, alteração da lei da ANAC e da Infraero, criação de cargos em comissão, bem como a contratação de

controladores de tráfego aéreo. Ademais, os partidos políticos citados acima entenderam que a lei decorreu de violação ao devido processo legislativo, e ainda que não respeita a regra constitucional que rege as licitações públicas (inciso XXI do artigo 37) e os princípios da eficiência, moralidade e publicidade.

Segundo Vasconcelos (2014), há críticas que ofendem a regra estabelecida no art. 37, XXI da CF/88, que dispõe:

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

De acordo com Menezes (2015), há imprecisão do que sejam obras, serviços e compras efetivamente voltados aos eventos esportivos internacionais, já que a lei não indica os respectivos parâmetros. Outra ofensa trata da ilegalidade da contratação integrada. Segundo Carvalho Filho (2012), essa característica que contempla a possibilidade de um só interessado ter a seu cargo não só a elaboração dos projetos básico e executivo, como também a própria execução da obra, concentrando atividades que, por sua natureza, reclamaria executores diversos. Dessa forma, o autor entende que haveria afronta também ao princípio da ampla competitividade.

A possibilidade de contratação integrada, sem prévia definição do objeto por meio do projeto básico, levaria ao conhecimento das características e do valor das obras somente após a assinatura do contrato, bem como o procedimento de pré-qualificação permanente, que impediria a ampla competitividade entre os concorrentes. Segundo Menezes (2015b), há uma violação ao princípio da isonomia entre os licitantes, já que o ajuste foi elaborado sem que o objeto tenha sido previamente estipulado.

Mais uma crítica refere-se à inovação que trouxe o artigo 6º da Lei 12.462/11: o sigilo do orçamento estimado. Tal atributo estaria acometido de inconstitucionalidade por ofensa ao princípio da publicidade expresso no artigo 37 da CF/88. Molina (2014) sublinha que a publicidade dos atos administrativos não se revela como uma faculdade ou mero adorno, mas condição *sine qua non* de consolidação do exercício do poder democrático.

Entretanto, para Vasconcelos (2014), possivelmente a intenção do legislador com a adoção dessa nova característica era a de evitar superfaturamento de obras e serviços nos quais houvesse a escolha pelo RDC. Sendo o orçamento divulgado apenas no fim da licitação, um particular apresentaria suas propostas independentemente das dos demais participantes, o que evitaria que estes entrassem em qualquer tipo de acordo em relação às propostas apresentadas (VASCONCELOS, 2014).

Existem críticas também no que tange ao meio ambiente. Menezes (2015) discorre que a nova lei fere os artigos 215, 216 e 225 da Constituição Federal, dispositivos voltados à proteção do meio ambiente, pois o disposto no art. 4º da Lei n. 12.462/2011 permite a dispensa das exigências estabelecidas nas normas que regulam o licenciamento ambiental.

Todavia, mesmo considerando todas as críticas discutidas nesta seção, não se pode falar que o RDC é inconstitucional, visto ainda não haver decisão, nem deferimento de limitar, das ADIN's que tramitam no Supremo Tribunal Federal. Portanto, enquanto não houver decisão do STF, presume-se que a lei foi editada conforme ordenamento constitucional, sendo, assim, sua vigência legal e legítima. Além do mais, segundo Vasconcelos (2014), a lei 12.462/2011 é comprovadamente benéfica ao interesse público.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O objetivo deste artigo foi analisar a nova modalidade de licitação do governo federal denominado Regime Diferenciado de Contratações (RDC), especialmente no que tange as inovações trazidas ao processo de compras da Administração Pública. Trata-se de um artigo teórico, elaborado a partir de uma pesquisa documental, a qual foi empregada uma abordagem qualitativa de caráter exploratório e descritivo.

Com este estudo, foi possível identificar que o novo modelo licitatório, instituído através da Lei n. 12.462/11, é considerado um bom ponto de partida para tornar as Compras da Administração Pública mais eficientes, pois trouxe inovações muito positivas, como por exemplo: inclusão dos princípios da economicidade e eficiência nos processos licitatórios; possibilidade da contratação integrada; inversão da fase de habilitação e julgamento das propostas, tornando mais célere o certame; remuneração variável ao contratado conforme resultados; e sigilo do orçamento

estimado, o qual objetiva a obtenção de propostas ainda mais vantajosas, e a mitigação de conluio.

Constatou-se que a característica mais marcante do RDC é a proibição de divulgação prévia do orçamento estimado. Tal atributo ainda é alvo de muita polêmica, visto que muitos autores entendem ser inconstitucional por ferir o princípio da publicidade. Entretanto, foi possível concluir que o sigilo do orçamento estimado não afronta o princípio da publicidade, pois é sabido que tais elementos são divulgados imediatamente no encerramento da licitação. Ademais, a informação sigilosa estará disponibilizada aos órgãos de controle interno e externo a qualquer tempo. O sigilo do orçamento encontra amparo legal nos princípios da eficiência, economicidade, e, sobretudo no princípio da seleção da proposta mais vantajosa para a Administração.

Em que pese o RDC ter trazido benefícios e inovações positivas ao ordenamento jurídico brasileiro, o mesmo é objeto de críticas e opiniões contrárias a sua legalidade. São consideradas críticas ao RDC: ausência dos requisitos de urgência e relevância para edição do RDC via medida provisória; abuso do poder de emendar na conversão da MP n. 527/11 na Lei 12.462/11; a delegação ao Executivo acerca da escolha do regime jurídico aplicável; o sigilo do orçamento; a contratação integrada; a remuneração variável aos contratos de desempenho; a dispensa de publicação dos atos praticados; e a pré-qualificação permanente.

As limitações desta pesquisa referem-se à ausência de estudos científicos que tratam desse tema na perspectiva da Administração Pública. Os poucos trabalhos até então desenvolvidos restringem-se a autores da área de direito, o que tornam os estudos técnicos, com jargões especializados.

Como sugestão para pesquisas futuras, propõe-se a elaboração de estudos de casos com empresas que praticam o Regime Diferenciado de Contratações, como modalidade licitatória, e avaliar, na prática, a eficiência e eficácia preconizadas pela teoria e intenção do legislador ao instituir o novo regime. Ademais, é imprescindível que sejam ampliados os estudos sobre os processos de compras públicas em uma abordagem crítica, considerando as discussões existentes sobre possíveis alterações na legislação pertinente.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, R. B. de; VELOSO, V. L. Uma visão geral sobre o Regime Diferenciado de Contratações Públicas: objeto, objetivos, definições, princípios e diretrizes. **O Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC):** comentários à Lei, n. 12.462/11, 2013.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 de 5 de outubro de 1988.

BRASIL. Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993.

BRASIL. Lei n. 12.462, de 04 de agosto de 2011.

BRITO, R. A. G. Regime diferenciado de contratações públicas: diferenças entre anteprojeto e projetos básico e executivo. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 19, n. 3916, 22 mar. 2014.

CARDOSO, A. G. O Regime Diferenciado de Contratações Públicas: A questão da publicidade do orçamento estimado. **O regime diferenciado de contratações públicas (RDC):** comentários à lei, n. 12.462, 2013.

CARVALHO, A. P. Edital de licitação: limites à divulgação do orçamento estimado. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 17, n. 3435, 26 nov. 2012.

CARVALHO FILHO, J. S. **Manual de direito administrativo**. 25. ed. rev., ampl. e atual. Até a Lei n. 12.587, de 3-1-2012. São Paulo: Atlas, 2012.

FERREIRA, D.; SANTOS, J. A. A. Licitações para a Copa do Mundo e Olimpíadas: comentários sobre algumas inovações da Lei n. 12.462/2011. **Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP**, Belo Horizonte, ano 10, n. 117, p. 46-58, set. 2011.

GASPARINI, D. **Direito administrativo**. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

JESUS, M. L. Contratação Integrada pela Infraero: análise do TCU. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 18, n. 3710, 28 ago. 2013. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/25167>>. Acesso em: 30 out. 2015.

GIL, Antônio Carlos. **Como elaborar projetos de pesquisa**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

JUSTEN FILHO, M. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativo** s. 11 ed. São Paulo: Dialética, 2005.

LUNELLI, R. G. M. Lei do RDC: a nova lei de licitações. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 18, n. 3510, 9 fev. 2013. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/23697>>. Acesso em: 30 out. 2015.

MUKAI, S. T. A ampliação do campo de aplicação do Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC). **Fórum de Contratação e Gestão Pública**. 2013.

MEIRELLES, H.L. **Licitação e Contrato Administrativo**, 30.ed., São Paulo: Malheiros, 2005.

MENESES, Fabrício Cardoso de. Regime diferenciado de contratação - Lei n. 12.462/2011. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 20, n. 4301, 11 abr. 2015. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/32444>>. Acesso em: 30 out. 2015.

MENESES, Fabrício Cardoso de. A necessária modernização e aperfeiçoamento da lei de licitações. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 20, n. 4350, 30 maio 2015. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/33006>>. Acesso em: 30 out. 2015

MOLINA, Cássia Molina S. Henriques. Publicidade no regime diferenciado de contratação. O orçamento sigiloso. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 19, n. 4032, 16 jul. 2014. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/28822>>. Acesso em: 30 out. 2015.

PEREIRA JUNIOR, J. T.; DOTTI, M. R. **Políticas Públicas nas Licitações e Contratações Administrativas**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

PISCITELLI, R. B. et al. **Contabilidade Pública: uma abordagem da administração financeira pública**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

QUINTELLA, Luiz. A Lei 12.462/2011 como norma geral de licitações. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 19, n. 4128, 20 out. 2014. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/30394>>. Acesso em: 29 out. 2015.

RÊGO, E. C. A ampliação do regime diferenciado de contratações públicas e a transformação de sua finalidade inicial. **Revista Zênite – Informativo de Licitações e Contratos (ILC)**. Zênite, Curitiba, n. 226, p.1232–1233, dez. 2012.

OLIVEIRA, R. C. R.; FREITAS, R. V. O Regime Diferenciado de Contratações públicas (RDC) e a administração de resultados. **Revista brasileira de direito público**, 2011.

SANTOS, G. M. A. **O regime diferenciado de contratações públicas à luz das Adins 4645 e 4655 – Análise Crítica**. 2012.

VASCONCELOS, C. A. R. Regime diferenciado de contratações públicas é legal?. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 19, n. 3839, 4 jan. 2014. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/26334>>. Acesso em: 30 out. 2015.

VENTURA, O. O círculo vicioso do controle administrativo no Brasil. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 19, n. 4039, 23 jul. 2014. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/28926>>. Acesso em: 30 out. 2015.

VILHENA, R. M. P.; HIRLE, A. L. C. **Gestão de compras e qualidade do gasto público: A experiência de Minas Gerais com o planejamento de compras e a integração da gestão de compras à gestão orçamentária**. 2012.

ZYMLER, B.; DIOS, L. C. O Regime Diferenciado de Contratação (RDC) aplicável às contratações necessárias à realização da Copa do Mundo de 2014 e das Olimpíadas de 2016. **Fórum de contratação e gestão pública**, 2012. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/47229>>. Acesso em: 4 out. 2015.

Artigo recebido em: Março/2017
Aceito em: Junho/2017