

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ
SETOR DE CIÊNCIAS SOCIAIS APLICADAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO

AS INOVAÇÕES DO REGIME DIFERENCIADO DE CONTRATAÇÕES E O
POTENCIAL DE REDUÇÃO DE CUSTOS DO PODER PÚBLICO

CURITIBA

2013

ALAN GARCIA TROIB

AS INOVAÇÕES DO REGIME DIFERENCIADO DE CONTRATAÇÕES E O
POTENCIAL DE REDUÇÃO DE CUSTOS DO PODER PÚBLICO

Artigo de conclusão de curso de especialização do Programa de Pós-Graduação em Desenvolvimento Econômico, Setor de Ciências Sociais Aplicadas da Universidade Federal do Paraná.

Orientador: Prof. Armando João Dalla Costa

CURITIBA

2013

RESUMO

Em 2011, o governo federal introduziu o Regime Diferenciado de Contratações Públicas, um novo regime licitatório diferenciado para as contratações públicas de obras de infraestrutura necessárias para a realização dos jogos esportivos que sediados pelo Brasil. Com o tempo, o RDC foi expandido pra abranger ainda mais hipóteses de contratações. O novo modelo traz diversas alterações ao modelo de licitações no Brasil, mas cabe examinar se as inovações legislativas serão capazes de efetivamente trazer resultados positivos para a redução dos custos associados às contratações da Administração Pública.

PALAVRAS-CHAVE

RDC, Regime Diferenciado de Contratações, Inovações, Custos Administração Pública

ABSTRACT

In 2011, the Brazilian federal government introduced the Differential Procurement Regime (RDC), a new system of public procurement focused on the public work contracts for the infrastructure needed for the sports mega-events being hosted by Brazil. With time, the RDC was expanded to encompass even more cases of public contracts. The new model brings several changes to the Brazilian public procurement model, but it is important to examine if these legislative innovations will effectively be able to bring positive results to the reduction of costs associated with government contracts.

KEY WORDS

RDC, Differential Procurement Regime, Innovation, Government Costs

As Inovações do Regime Diferenciado de Contratações e o Potencial de Redução de Custos do Poder Público

1. INTRODUÇÃO

Em 2011, o governo federal introduziu o Regime Diferenciado de Contratações Públicas, um novo regime licitatório com o propósito de simplificar o procedimento para as contratações públicas de obras de infraestrutura necessárias para a realização dos jogos esportivos que serão sediados pelo Brasil nos próximos anos. O novo modelo traz diversas alterações ao modelo de licitações no Brasil, mas cabe examinar se as inovações legislativas serão capazes de efetivamente trazer resultados positivos para a redução dos custos associados às contratações da Administração Pública.

2. BREVE INTRODUÇÃO AO REGIME DIFERENCIADO DE CONTRATAÇÕES PÚBLICAS – RDC

O Regime Diferenciado de Contratações Públicas foi introduzido no sistema jurídico brasileiro pela Lei 12.462, de 2011, como sistema licitatório alternativo para determinadas situações específicas, especialmente aquelas relacionadas às obras de infraestrutura necessárias para a realização dos megaeventos sediados no Brasil.

2.1 A EVOLUÇÃO DAS FORMAS DE LICITAÇÃO

Não há uma forma única que seja uniformemente considerada melhor para realizar licitações e contratações públicas. Diferentes processos licitatórios foram adotados em diferentes períodos, para resolver os problemas específicos dos contextos fáticos, legais e sociais em que se encontravam. Do mesmo modo que

países distintos possuem regimes legais diferenciados devido à sua história e problemas particulares, a passagem do tempo pode revelar que uma determinada estrutura jurídica anteriormente adotada por um país num determinado contexto se tornou economicamente ineficientes diante dos novos problemas enfrentados.

Assim, é natural que novos diplomas legais surjam para reger as licitações quando os diplomas anteriores passarem a ser considerados insuficientes. Nesse caso, considerou-se necessário estabelecer um novo sistema de licitações e contratações públicas que permitisse mais rapidez, eficiência e um processo licitatório menos custoso.

2.2 AS EXPERIÊNCIAS LICITATÓRIAS ANTERIORES

A Lei 8.666/1993 estabeleceu o regime geral de licitações que prevaleceu no Brasil nos últimos anos. O regime impõe um sistema de licitações e contratações públicas que visa permitir à Administração Pública realizar acordos de vontade com a iniciativa privada, para diversos fins.

Mas a lei é também muitas vezes criticadas em diversos aspectos. Não há uma única avaliação dos “defeitos” da Lei 8.666, mas existe uma insatisfação geral e “concordância sobre a necessidade de reformar a disciplina das licitações e contratações públicas”¹. Nessa linha, a Lei 8.666 sofreu várias reformas, e foram posteriormente instituídos também outros diplomas legais que apresentaram opções de licitação para certas situações específicas.

Talvez a maior inovação licitatória recente tenha sido a instituição dos regimes do pregão e do pregão eletrônico. O pregão foi uma experiência legislativa de criar um sistema de licitação simplificada, especificamente voltado para a aquisição de bens e serviços comuns. Foi um experimento muito bem sucedido, sendo adotado por um enorme número de órgãos públicos brasileiros e trazendo grande redução de custos de licitação e contratação de bens e serviços comuns.

¹ JUSTEN FILHO, MARÇAL. **Comentários ao RDC: (Lei 12.462/11 e Decreto 7581/11)**. São Paulo: Dialética, 2013, p. 13.

Entretanto, a lei do pregão não permitia a utilização dessa modalidade de licitação para obras de engenharia, limitando sua utilização para contratações de bens e serviços menos complexos. Nesse contexto, o RDC surgiu como tentativa de unir as inovações do pregão a um sistema aplicável para uma gama maior de obras e serviços.

2.3 A APLICAÇÃO DO RDC

Inicialmente, o Regime Diferenciado de Contratações foi aprovado com o propósito de apresentar modalidade licitatória mais célere para a realização de obras para os eventos esportivos que seriam sediados no Brasil, a Copa das Confederações de 2013, a Copa do Mundo de 2014, e as Olimpíadas de 2016, dentro dos prazos estabelecidos pelas respectivas organizações internacionais responsáveis por cada evento². O RDC incorporou diversas das inovações trazidas pelo pregão num sistema mais abrangente, aplicável também a compras, obras e serviços complexos e de maior valor.

Em sua redação original, o art. 1º da lei 12.642, que instituiu o Regime Diferenciado de Licitações, restringia a aplicação do RDC apenas para as licitações relacionadas às contratações para os Jogos Olímpicos e Paraolímpicos de 2016, para a Copa das Confederações de 2013 e a Copa do Mundo de 2014, e para as obras de infraestrutura para os aeroportos próximos das cidades sedes dos jogos mencionados acima.

Entretanto, logo após a instituição da lei houve um processo de expansão das hipóteses de aplicação do RDC. Além das situações indicadas acima, o Regime Diferenciado pode agora ser usado também para a licitação das ações integrantes do Programa de Aceleração do Crescimento (PAC), das obras e serviços de engenharia no âmbito do Sistema Único de Saúde – SUS, obras e serviços de engenharia no âmbito dos sistemas públicos de ensino e as obras da Companhia Nacional de Abastecimento – CONAB geridas pelo Banco do Brasil e suas subsidiárias.

² JUSTEN FILHO, MARÇAL. **Comentários ao RDC....** P. 13.

Vê-se que em pouco tempo o RDC evoluiu de um sistema de aplicação limitada para um regime que abrange uma grande parte das contratações públicas de grande escala no Brasil, particularmente sobre as obras de infraestrutura no país. Conforme Marçal Justen Filho, “pode-se prever que essa tendência será mantida, de modo a generalizar a aplicabilidade da sistemática da Lei nº 12.462”³.

É importante ressaltar que a lei do RDC não revogou qualquer regime licitatório anterior. O regime geral de licitação e o pregão presencial e eletrônico continuam válidos e continuarão a ser utilizados no futuro próximo. Mas em diversas situações a Administração Pública poderá agora optar pelo novo regime licitatório, quando assim julgar conveniente. Por esse motivo, é cabível estudar as principais inovações da lei, bem como sua viabilidade para efetivamente reduzir os custos incorridos pela Administração Pública ao realizar licitações.

3. AS ALTERAÇÕES INTRODUZIDAS PELO RDC

3.1 FOCO: AS ALTERAÇÕES QUE TRAZEM REDUÇÃO DE CUSTOS À ADMINISTRAÇÃO

O Regime Diferenciado de Contratações Públicas trouxe uma vasta gama de alterações e inovações voltadas a estabelecer uma nova modalidade de licitação no sistema brasileiro. Muitas destas inovações foram resultado de experiências bem sucedidas, como aquelas importadas do regime do pregão ou de sugestões internacionais, por exemplo, enquanto outras surgiram diretamente do RDC.

As inovações do RDC tem focos distintos. Algumas pretendem simplificar o procedimento licitatório, enquanto outras procuram possibilitar novas formas de contratações. Não pretende-se aqui, entretanto, fazer uma análise profunda de todos os dispositivos da lei. O foco do presente trabalho é examinar as alterações licitatórias que possibilitam a redução de custos com o procedimento licitatório, e o quão bem essas alterações se adequam à essa proposta, através da análise das alterações que propõe a flexibilização das formas de licitação e também

³ JUSTEN FILHO, MARÇAL. **Comentários ao RDC....** P. 17.

daquelas alterações que trazem certo grau de controvérsia sobre seu funcionamento e efeitos futuros. .

3.2 ALTERAÇÕES QUE FLEXIBILIZAM AS FORMAS DE LICITAÇÃO (AUSÊNCIA DA RIGIDEZ DA 8.666)

Entre as diversas críticas à Lei Geral de Licitações, a lei 8.666/1993, está a aparente rigidez de suas regras e procedimentos. A licitação sob esse regramento é estanque, complexa, e repleta de exigências muitas vezes compreendidas como superadas ou desnecessárias. Uma das maiores vantagens do RDC é trazer procedimento com grande flexibilidade.

Isso não é uma mera conveniência aos licitantes e à Administração Pública: a flexibilidade do procedimento permite que cada licitação seja melhor voltada para a satisfação da vontade administrativa específica, o que significa que as licitações do RDC tenderão a ser mais rápidas e eficientes, pois customizadas diretamente para a necessidade a ser atendida. As alterações abaixo demonstram bem a maior flexibilização na forma de licitação.

3.2.1 A apresentação da proposta seguida pela habilitação como procedimento padrão

No regime da lei geral de licitações, a lei 8.666, ao participar de uma licitação os licitantes devem entregar dois envelopes, um contem os documentos que comprovam as condições de habilitação do licitante, enquanto o segundo envelope têm em si a proposta de preços (ou proposta técnica) do licitante. No procedimento das licitações padrão, primeiro são abertos os envelopes com as condições de habilitação de todos os licitantes. Assim, todos os licitantes tem seus documentos examinados e somente aqueles que preenchem as condições de habilitação da determinada licitação terão abertos seus envelopes contendo suas propostas de preço e/ou técnica.

Isso gerava problemas. Em primeiro lugar, o exame dos documentos de todos os licitantes é moroso, pois se gasta muito tempo nessa etapa de análise.

Em seguida, os licitantes que tivessem seus documentos de habilitação negados entrariam com recursos, tanto administrativos quanto judiciais, muitas vezes suspendendo o andar da licitação até decisão judicial sobre a habilitação do licitante. Um terceiro problema é que, considerando que apenas um dos licitantes sagrar-se-ia vencedor com sua proposta, a apreciação dos documentos de *todos* os licitantes apresentava-se muitas vezes desnecessária.

O modelo do pregão trouxe uma alteração a esse procedimento. A lei do pregão introduziu a chamada “inversão de fases”, na qual primeiro todos os licitantes apresentam suas propostas de preço. O pregoeiro escolhe a melhor proposta, entre as apresentadas, e somente o licitante vencedor da fase de propostas tem seus documentos analisados na fase de habilitação. Caso o vencedor seja considerado inabilitado conforme os requisitos do pregão, o licitante com a segunda melhor proposta é chamado e tem seus documentos analisados, e assim em diante, até que seja escolhido o vencedor da licitação.

Essa alteração trouxe uma enorme economia de tempo, tornando o pregão extremamente comum de contratação pública desde sua introdução. A inversão de fases foi tão bem sucedida que passou a ser adotada pela Lei de Concessão de Serviços Públicos, em seu art. 18-A, e pela Lei de Parcerias Público-Privadas, em seu art. 13.

Entretanto, não se deve olvidar que a inversão de fases tem, também, limites. O pregão serve para a contratação de bens comuns. Apesar de a definição de “bem comum” ser, muitas vezes, de difícil interpretação, entende-se que, de modo geral, são bens relativamente uniformes que podem ser adquiridos de quaisquer fabricantes ou distribuidores, mantidas as exigências da contratação. Assim, na aquisição de bens comuns, o preço do bem a ser adquirido tende a possuir caráter muito mais relevante que a habilitação do licitante, que deve apenas fornecer o bem ou serviço comum, capaz de ser adquirido de qualquer outra pessoa jurídica com a mesma qualidade. Isso nem sempre se aplica às contratações de grande porte, ou aquelas que envolvem determinados serviços ou bens. Há situações em que o contratado deve preencher requisitos específicos bastante relevantes para o sucesso da contratação, afinal, de nada basta o Poder Público economizar tempo em dinheiro numa forma de licitação mais célere se acabar por

contratar pessoa inapta à contratação em questão. Nesses casos, é útil e relevante permitir que a fase de habilitação preceda a fase de propostas de preço.

Tendo em vista o acima exposto, o RDC propôs forma bastante flexível de seleção de forma de licitação. A forma padrão do RDC é aquela do pregão, em que os licitantes apresentam a sua proposta e somente o vencedor terá sua habilitação examinada. Isso porque se entende que, para a maior parte das contratações, esse modelo traz maior celeridade sem comprometer a execução do contrato. Entretanto, o RDC possibilita também a “inversão de fases”, na qual são primeiro examinados os documentos de habilitação de todos os licitantes e, em seguida, são examinadas as propostas de preço e/ou técnica. Assim, o RDC optou por uma forma mais célere e eficiente de exame de propostas e habilitação dos licitantes, mas também permitiu a hipótese de inversão desse procedimento, nas situações em que isso se provar mais proveitoso para os fins da contratação.

3.2.2 Critérios de julgamento distintos

Há cinco critérios de julgamento permitidos no Regime Diferenciado de Contratações Públicas. Os critérios estão dispostos no art. 18 da Lei do RDC, e são voltados a melhor permitir contratações com características diferentes.

Alguns destes critérios já eram estabelecidos por outros regramentos e regimes licitatórios. Assim, o critério de licitação de menor preço ou maior desconto, que se traduz como o critério de menor desembolso pela Administração Pública⁴, é o critério já visto em outras modalidades de licitação, na qual os licitantes apresentam o preço pelo qual se propõe a prestar a obrigação licitada. Também o critério de técnica e preço já existe sob o regime da Lei 8.666. Trata-se de modalidade de licitação em que os licitantes devem apresentar proposta de preço, mas também serão classificados conforme as qualificações técnicas da proposta que apresentarem. O critério de julgamento de melhor técnica ou conteúdo artístico volta-se às contratações em que os aspectos técnicos ou artísticos do objeto contratado são mais relevantes que o preço a ser pago. O critério de julgamento de maior oferta de preço, por sua vez, é aquele no qual o licitante apresenta uma

⁴ JUSTEN FILHO, MARÇAL. **Comentários ao RDC....** P. 350.

determinada de quantia dinheiro “como contrapartida pela aquisição de um direito ou de um direito real sobre bem ou da faculdade de exercício de uma atividade”⁵. Essa fórmula apresenta semelhanças com soluções de outras modalidades licitatórias, mais marcadamente a concessão de uso de bem público.

O critério de julgamento do maior retorno econômico é a maior inovação da lei do RDC. Esse critério surgiu como resultado da vontade do Poder Público de permitir a realização de “contratos de eficiência” com particulares. Os contratos de eficiência foram desenvolvidos basicamente nos EUA, e servem como solução inovadora para financiar obras de construção e renovação de edifícios⁶.

No contrato de eficiência, o particular apresenta proposta de percentual de economia que será obtido pela administração pública como resultado das obras a serem realizadas em edifícios, compreendendo a construção de novos edifícios e a renovação de edifícios antigos. A ideia é que as obras a serem realizadas pelo parceiro privado gerem uma economia nas despesas correntes da Administração, resultantes da redução de custos de energia, manutenção, entre outros, construindo edifícios “verdes”. Pretende-se que a economia nos custos correntes seja suficiente para que o poder público remunere o particular com o valor que teria sido gasto com as despesas de custeio. Essa forma de contrato impõe certos riscos ao particular, visto que “se não for alcançada a meta prevista no contrato, fixada com base na proposta vencedora, o particular estará sujeito às sanções previstas no §3º do art. 23 – desconto na diferença na sua remuneração, multa, além de outras cabíveis pelo descumprimento do contrato”⁷.

Assim, o RDC é bem sucedido ao introduzir método de custeio de obras e renovações da estrutura da Administração Pública sem que o governo incorra em custos. Após o fim da remuneração do particular, a Administração terá uma estrutura mais moderna e, espera-se, mais eficiente, com um mínimo de gastos por parte dos cofres públicos. Desse modo, ao introduzir a hipótese do contrato de eficiência, o RDC possibilitará uma salutar inovação à economia pública brasileira.

⁵ JUSTEN FILHO, MARÇAL. **Comentários ao RDC....** P. 396.

⁶ JUSTEN FILHO, MARÇAL. **Comentários ao RDC....** P. 407.

⁷ NESTER, ALEXANDRE WAGNER. Os Critérios de Julgamento Previstos no Regime Diferenciado de Contratações Públicas. In: JUSTEN FILHO, MARÇAL; PEREIRA, CESAR AUGUSTO GUIMARÃES PEREIRA. **O Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC): Comentários à Lei nº 12.462 e ao Decreto nº 7.581**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 253.

3.2.3 Preferência pela forma eletrônica de licitação

Uma das características do RDC que pode trazer ainda maior redução de custos das contratações públicas é a preferência pela forma eletrônica das licitações.

A forma eletrônica de licitações não se originou com o RDC. A legislação do pregão eletrônico introduziu a possibilidade de licitações realizadas inteiramente por meio de programas eletrônicos em conexão com a internet, e a experiência de mais de quase uma década garantiu que os principais problemas do sistema foram reconhecidos e resolvidos desde sua origem⁸. O RDC aproveitou a experiência bem sucedida do pregão eletrônico e tornou a forma eletrônica preferencial no curso de todas as contratações públicas.

Devido ao formato eletrônico, as licitações podem abranger mais facilmente uma área geográfica maior e também acarretam custos menores. Por esse motivo, a forma eletrônica de licitação, realizada inteiramente por meio da internet, é a forma de licitação padrão do RDC. Entretanto, a Lei do RDC sabiamente optou por também permitir que as licitações sejam realizadas na forma presencial, quando apropriado e necessário. Isso porque a forma eletrônica traz, também, potenciais problemas que podem interferir no andamento adequado da licitação, tais como uma possível vantagem de grandes empresas sobre as pequenas e microempresas, questões de disponibilidade de internet de alta velocidade, entre outras⁹.

Assim, a lei do RDC mais uma vez optou por estabelecer como padrão a opção que normalmente traz a maior redução de custos, a forma eletrônica de licitação, mas possibilita também a escolha pela forma presencial quando esta for considerada mais eficiente para satisfazer as necessidades contextuais de cada licitação.

3.2.4 A simplificação da publicidade da licitação

⁸ JUSTEN FILHO, MARÇAL. **Comentários ao RDC....** P. 263.

⁹ JUSTEN FILHO, MARÇAL. **Comentários ao RDC....** P. 264.

O RDC apresentou novas normas para a publicidade do edital e dos atos da licitação. A Lei 8.666 determinava que a publicidade das licitações devia se dar por meio da imprensa oficial, ou seja, diários oficiais e de justiça, mas também através da publicação de avisos na imprensa comum. Isso envolvia custos maiores, que a lei do RDC considerou desnecessários na maior parte dos casos.

O Art. 15 da lei do RDC impõe a obrigatoriedade de publicação de aviso de licitação nos Diários Oficiais e em sítio eletrônico oficial que centralize a divulgação de licitações de cada ente federativo. Essa alteração permite a organização dos editais em núcleo único, bem como a redução dos custos incorridos pela Administração Pública quando necessita custear a publicidade de licitações em jornais da imprensa comum, normalmente com circulação significativa.

3.3 AS INOVAÇÕES CONTROVERSAS

Além das inovações previamente descritas, a Lei do RDC apresentou uma série de soluções que propõe novos modos de contratação e resolução de problemas encontrados nas contratações públicas. Entretanto, diversas dessas propostas contém prescrições controversas, que foram alvo de críticas devido aos possíveis riscos derivados de sua utilização pelo Estado. Pretende-se aqui examinar os pontos mais controversos do RDC, a intenção de cada uma dessas inovações, e os riscos associados a elas.

3.3.1 A questão da publicidade do orçamento estimado

Certamente, o ponto que foi alvo do maior número de críticas ao novo sistema de contratações públicas introduzido pelo RDC foi a questão da publicidade do orçamento estimado. As críticas a esse ponto superaram os confins da doutrina especializada e chegaram a surgir inclusive por meio da imprensa geral, que o intitulou de “orçamento sigiloso”¹⁰. Apesar das críticas, a publicidade limitada do

¹⁰ Por todos, e como exemplo das críticas da imprensa geral ao sistema de orçamento sigiloso contido pelo RDC, confira-se: Dilma diz que sigilo de orçamentos da Copa foi mal interpretado. **Folha de S. Paulo**. 17 junho 2011. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/poder/931459-dilma-diz-que-sigilo-de-orcamentos-da-copa-foi-mal-interpretado.shtml>. Acesso em 22.08.2013.

orçamento de alguns processos licitatórios foi aprovado como parte da Lei do RDC, que em seu art. 6º, §3º, ao tratar do orçamento estimado para contratações, dispõe:

§ 3º Se não constar do instrumento convocatório, a informação referida no caput deste artigo possuirá caráter sigiloso e será disponibilizada estrita e permanentemente aos órgãos de controle externo e interno.

Trata-se, entretanto, de questão complexa, e uma avaliação dos potenciais benefícios às despesas públicas trazidos pelo dispositivo requer uma melhor compreensão da regra e seu propósito. Sob o regime da Lei 8.666, lei geral de licitações, o orçamento deve ser disponibilizado aos licitantes, bem como à população em geral, como afirmação do princípio da publicidade na Administração Pública. Ao tratar do acesso dos cidadãos às informações da licitação, inclusive a estimativa de orçamento, Marçal Justen Filho comenta que a “negativa da Administração Pública em fornecer as informações caracteriza ilicitude, assujeitando o agente público à responsabilização civil, penal e administrativa cabível”¹¹.

De modo controvertido, a Lei do RDC optou por estabelecer que os orçamentos elaborados para as contratações realizadas sob o regime diferenciado de contratações permaneçam sigilosos ao público até o término da licitação. Isso não significa que a licitação será feita sem orçamento. André Guskow Cardoso ressalta que “a Lei nº 12.462 não alterou a obrigação de elaboração do orçamento estimado pela Administração, apenas o regime de sua divulgação”¹². Além disso, o sigilo do orçamento estimado não exclui a supervisão por meio dos órgãos de controle, tais como os Tribunais de Contas, permanecendo a obrigação do Estado de prestar contas.

O motivo por atrasar a divulgação do orçamento estimado pela administração é, em tese, compatível com o fim de redução de custos nas licitações. No regime

¹¹ JUSTEN FILHO, MARÇAL. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 15. ed. São Paulo: Dialética, 2012, p. 182.

¹² CARDOSO, ANDRÉ GUSKOW. O Regime Diferenciado de Contratações Públicas: a questão da publicidade do orçamento estimado. In: JUSTEN FILHO, MARÇAL; PEREIRA, CESAR AUGUSTO GUIMARÃES PEREIRA. **O Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC): Comentários à Lei nº 12.462 e ao Decreto nº 7.581**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 81.

atual, os licitantes começam a participar dos certames licitatórios já com conhecimento do valor que a Administração pretende gastar no contrato. Assim, mesmo que os licitantes possam realizar o serviço por valor muito inferior ao do orçamento estimado, a presença de um valor “âncora” garante que todas as propostas de preço tenderão a ser próximas do orçamento e também umas das outras. Sob o regime proposto no RDC, os licitantes não terão esse chamado “valor âncora”, com base em que fixar suas propostas, e, por esse motivo, tenderão a apresentar lances mais atinentes à realidade de seus custos e previsão de lucros. Ao mesmo tempo, a Administração teria um orçamento estimado interno e sigiloso, com a qual poderá comparar a viabilidade das propostas dos licitantes.

A proposta de tornar sigiloso o orçamento estimado da Administração Pública é inovadora no Brasil, mas tem como fundamento os mecanismos adotados pelos Estados Unidos, União Europeia e, também, as recomendações da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE)¹³. Trata-se de tentativa de utilizar a previsão de comportamento econômico dos licitantes para levar à redução dos custos incorridos nas contratações públicas através do incentivo à competitividade¹⁴.

Apesar de ser louvável a tentativa de estabelecer novos mecanismos que permitem a redução dos custos públicos através da alteração do comportamento dos licitantes, deve-se avaliar se essa inovação efetivamente possibilitará os efeitos pretendidos. E nesse sentido, a doutrina especializada suspeita que a sistemática de sigilo de orçamento não somente será incapaz de implantar uma efetiva redução dos custos do modo como é esperada, como também poderá trazer efeitos maléficos às futuras licitações.

Marçal Justen Filho ilustra os problemas previstos com a implantação e utilização do orçamento sigiloso em contratações futuras. Um primeiro problema identificado é que a utilização de sigilo requer exigências sérias que permitam o efetivo funcionamento desse regime¹⁵. A violação do dever de sigilo por parte de funcionário integrante da Administração Pública não é absurda nem improvável, e o licitante que tiver acesso ao orçamento estimado terá para si enorme vantagens no

¹³ CARDOSO, ANDRÉ GUSKOW. O Regime Diferenciado.... P. 92.

¹⁴ JUSTEN FILHO, MARÇAL. **Comentários à Lei de Licitações**.... P. 114.

¹⁵ JUSTEN FILHO, MARÇAL. **Comentários à Lei de Licitações**.... P. 112-114.

prosseguimento da licitação. Em segundo lugar, o doutrinador também questiona a tese de que a divulgação do orçamento levaria a preços maiores. Isso porque o “sistema de licitações se alicerça no pressuposto de que será vencedor o licitante que ofertar o menor preço possível”¹⁶, e, por isso, o estabelecimento de um preço âncora não impedirá os licitantes de apresentarem suas melhores propostas, para que possam se sagrar vencedores da licitação. Por fim, o autor também ressalta que a combinação de sigilo com sistema de desclassificação das propostas que superem o orçamento estimado (não conhecido pelos licitantes) seria muito propícia a corrupção e de difícil controle pela população em geral¹⁷.

André Guskow Cardoso também indica que, devido ao sigilo no orçamento, existe grande chance de que a Administração Pública realize orçamentos muito elevados ou muito inferiores aos preços efetivamente praticados no mercado, sem que os licitantes possam pleitear a alteração do orçamento com base em estudo de mercado mais abalizado¹⁸.

Assim, por todo o exposto e tendo em vista a opinião da doutrina especializada, adota-se aqui a posição de que, apesar de o atraso na divulgação do orçamento estimado ter sido implantado com base em visão salutar para as contratações públicas, suas alterações podem não trazer a esperada redução de preços nas contratações públicas e, além disso, poderão propiciar corrupção e desvios no correto funcionamento público. Por esses motivos, considera-se que a opção pelo sigilo do orçamento não é a mais acertada para os fins buscados pela Administração Pública.

3.3.2 As contratações integradas

Outra das inovações controversas trazidas pelo RDC é a previsão da contratação integrada. As contratações integradas já existiam no âmbito do Procedimento. A alteração está contida na redação do art. 9º, §1º da lei do RDC, que dispõe:

¹⁶ JUSTEN FILHO, MARÇAL. **Comentários à Lei de Licitações**.... P. 114.

¹⁷ JUSTEN FILHO, MARÇAL. **Comentários à Lei de Licitações**.... P. 120.

¹⁸ CARDOSO, ANDRÉ GUSKOW. **O Regime Diferenciado**.... P. 100.

§ 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.

Trata-se de inovação legal na medida em que permite que uma mesma pessoa elabore os projetos de execução da obra e, também, a efetiva execução das obras e serviços que compõe a contratação. As funções de elaboração de projeto e execução de obra são distintas, e sob o regime da lei geral de licitações, a lei 8.666, elas não podem ser realizadas pela mesma pessoa numa mesma licitação. É essa junção do papel de elaboração de projeto e execução do contrato na mesma pessoa que se intitula contratação integrada.

Na contratação integrada, o contratado assume o risco e a responsabilidade de realizar uma obra ou serviço do começo ao fim, o que inclui “o dever-poder de escolher as soluções, de determinar as etapas, de conceber as medidas e tudo o mais necessário para produzir o objeto”¹⁹. Trata-se, em outras palavras, de um contrato *turn-key*, em que o particular é responsável por todas as etapas necessárias para a entrega de um produto final²⁰. Além disso, a contratação integrada não pode ser usada livremente pela Administração Pública, mas somente quando for considerada “técnica e economicamente justificada”, nos termos do art. 9º da Lei do RDC.

A contratação integrada oferece alternativa distinta para facilitar o planejamento de algumas contratações, mas o faz atribuindo ao particular enorme responsabilidade pela realização do projeto e também grande risco caso ocorram problemas na execução do contrato. Assim, a contratação integrada pode ser eficiente na redução de custos públicos se o contrato for executado com eficiência, mas isso requererá grande trabalho de controle e supervisão por parte da

¹⁹ JUSTEN FILHO, MARÇAL. **Comentários à Lei de Licitações**.... P. 183.

²⁰ ZYMLER, BENJAMIN; DIOS, LAUREANO CANABARRO. **Regime Diferenciado de Contratação – RDC**. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 180.

Administração Pública. Isso porque a atribuição de risco aos particulares pode trazer problemas e, inclusive, um resultado final que fique aquém do necessário²¹.

Por esse motivo, considera-se que a contratação integrada é uma alternativa interessante para contratações em que se busca um determinado fim, sem que os meios a serem utilizados sejam de particular interesse do poder estatal. Entretanto, requerem um grande impacto de supervisão e controle, pois há também um grande risco de o resultado final ser insatisfatório ao interesse do poder público, o que poderia resultar em gastos futuros ainda maiores.

3.3.3 A introdução de etapa de negociação

A última inovação controversa que será discutida é a introdução de uma etapa adicional de negociação do preço da contratação, que passa a ocorrer após a seleção do vencedor da licitação. Ou seja, após todo o processo licitatório e o julgamento que seleciona a proposta vencedora, o licitante passará por nova etapa de negociação com a Administração Pública, na qual haverá tentativa de reduzir ainda mais os preços da proposta já consagrada vencedora.

A implantação de uma fase de negociação, similar àquela já existente no âmbito do pregão, é criticada por trazer riscos aos objetivos buscados pela Administração Pública. Marçal Justen Neto ressalta, por um lado, que a negociação para uma proposta significativamente distinta daquela proposta pode representar uma burla à licitação. Por outro, o autor também nota que a ampla discricionariedade na fase de negociação pode resultar em condutas ilícitas e atos de corrupção, o que faz com que o procedimento de negociação requeira critérios objetivos²².

²¹ REISDORFER, GUILHERME FREDHERICO DIAS. A Contratação Integrada no Regime Diferenciado de Contratações Públicas. In: JUSTEN FILHO, MARÇAL; PEREIRA, CESAR AUGUSTO GUIMARÃES PEREIRA. **O Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC): Comentários à Lei nº 12.462 e ao Decreto nº 7.581**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 174.

²² JUSTEN NETO, MARÇAL. A Negociação de Condições Mais Vantajosas. In: JUSTEN FILHO, MARÇAL; PEREIRA, CESAR AUGUSTO GUIMARÃES PEREIRA. **O Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC): Comentários à Lei nº 12.462 e ao Decreto nº 7.581**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 289-290.

Mas a negociação apresenta também aspectos positivos, que podem trazer bons resultados à Administração Pública²³. A etapa de negociação permite que os licitantes realizem a contratação sob preços ainda melhores que a proposta vencedora, aumentando ainda mais a diferença em relação às propostas que não foram escolhidas como vencedoras da licitação. Permite tornar a contratação ainda mais melhor do ponto de vista dos princípios da “economicidade, da eficiência e da contratação mais vantajosa à administração”²⁴.

Assim, e desde que regida por critérios efetivamente objetivos e supervisionada por meios adequados de controle, considera-se que a fase de negociação posterior ao julgamento das propostas é meio eficiente de trazer a redução dos custos das contratações, e benefícios aos cofres públicos.

4. Conclusão

O RDC traz diversas inovações ao sistema de licitações e contratações públicas no Brasil. Como visto, muitas dessas inovações são consideradas uniformemente positivas, mas outras apresentam complexidades que podem levar a problemas futuros.

Tendo em vista o enfoque na redução dos custos incorridos pela Administração Pública na realização de contratações públicas, considera-se que o RDC introduz sistema majoritariamente positivo. Entretanto, deve-se estar ciente das diversas facetas dessas alterações e, com a implantação definitiva do sistema, manter o trabalho constante de examinar o impacto real sofrido na economia pública a partir de sua utilização.

²³ JUSTEN NETO, MARÇAL. A Negociação de Condições.... P. 288.

²⁴ JUSTEN NETO, MARÇAL. A Negociação de Condições.... P. 288.

REFERÊNCIAS

CARDOSO, ANDRÉ GUSKOW. O Regime Diferenciado de Contratações Públicas: a questão da publicidade do orçamento estimado. In: JUSTEN FILHO, MARÇAL; PEREIRA, CESAR AUGUSTO GUIMARÃES PEREIRA. **O Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC): Comentários à Lei nº 12.462 e ao Decreto nº 7.581**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

Dilma diz que sigilo de orçamentos da Copa foi mal interpretado. **Folha de S. Paulo**. 17 junho 2011. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/poder/931459-dilma-diz-que-sigilo-de-orcamentos-da-copa-foi-mal-interpretado.shtml>. Acesso em 22.08.2013.

JACOBY FERNANDES, JORGE ULISSES. **RDC: Regime Diferenciado de Contratações Públicas: Lei nº 12.642, de 5 de agosto de 2011**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

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

JUSTEN FILHO, MARÇAL. **Comentários ao RDC: (Lei 12.462/11 e Decreto 7581/11)**. São Paulo: Dialética, 2013.

JUSTEN NETO, MARÇAL. A Negociação de Condições Mais Vantajosas. In: JUSTEN FILHO, MARÇAL; PEREIRA, CESAR AUGUSTO GUIMARÃES PEREIRA. **O Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC): Comentários à Lei nº 12.462 e ao Decreto nº 7.581**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

NESTER, ALEXANDRE WAGNER. Os Critérios de Julgamento Previstos no Regime Diferenciado de Contratações Públicas. In: JUSTEN FILHO, MARÇAL; PEREIRA, CESAR AUGUSTO GUIMARÃES PEREIRA. **O Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC): Comentários à Lei nº 12.462 e ao Decreto nº 7.581**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

REISDORFER, GUILHERME FREDHERICO DIAS. A Contratação Integrada no Regime Diferenciado de Contratações Públicas. In: JUSTEN FILHO, MARÇAL; PEREIRA, CESAR AUGUSTO GUIMARÃES PEREIRA. **O Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC): Comentários à Lei nº 12.462 e ao Decreto nº 7.581**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

ROST, MARIA AUGUSTA. As Exigências de Amostra e de Carta de Solidariedade. In: JUSTEN FILHO, MARÇAL; PEREIRA, CESAR AUGUSTO GUIMARÃES PEREIRA. **O Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC): Comentários à Lei nº 12.462 e ao Decreto nº 7.581**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

SCHWIND, RAFAEL WALLBACK; REISDORFER, GUILHERME FREDHERICO DIAS. A Exigência de Certificação de Qualidade nas Licitações e o Regime Diferenciado de Contratações Públicas. In: JUSTEN FILHO, MARÇAL; PEREIRA, CESAR AUGUSTO GUIMARÃES PEREIRA. **O Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC): Comentários à Lei nº 12.462 e ao Decreto nº 7.581**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

TROIB, ALAN GARCIA. A Indicação de Marcas ou Modelos para a Aquisição de Bens no Regime Diferenciado de Contratações Públicas. In: JUSTEN FILHO, MARÇAL; PEREIRA, CESAR AUGUSTO GUIMARÃES PEREIRA. **O Regime**

Diferenciado de Contratações Públicas (RDC): Comentários à Lei nº 12.462 e ao Decreto nº 7.581. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

ZYMLER, BENJAMIN; DIOS, LAUREANO CANABARRO. **Regime Diferenciado de Contratação – RDC.** Belo Horizonte: Fórum, 2013.