



## O REGIME DIFERENCIADO DE CONTRATAÇÃO (RDC): DE SUA ESTRUTURA BASILAR AO PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE

José Eduardo Costa Devides \*

### RESUMO

Com o advento da Constituição Federal de 1988 a licitação ganhou *status* de princípio, representando a possibilidade de a Administração Pública realizar a contratação mais vantajosa possível, assegurada a igualdade de participação a todos. Este trabalho realizou um estudo sobre os aspectos basilares do Regime Diferenciado de Contratação, sob a perspectiva do princípio publicidade. A partir disso, objetivou-se verificar se o RDC atende ao interesse público. Destarte, a pesquisa foi desenvolvida com base no método dedutivo e a partir de investigações de cunho qualitativo, mediante ampla análise bibliográfica.

Palavras-chave: Regime Diferenciado de Contratação. Licitação. Publicidade. Eficiência. Transparência.

### THE DIFFERENTIATED RECRUITMENT REGIME (RDC): FROM ITS BASIL STRUCTURE TO THE PRINCIPLE OF PUBLICITY

### ABSTRACT

With the advent of the Federal Constitution of 1988, the bidding process won the status of principle, representing the possibility of the Public Administration to make the most advantageous contracting possible, ensuring equal participation for all. This work carried out a study on the basic aspects of the Differentiated Contracting System, from the perspective of the publicity principle. From this, the objective was to verify if the DRC serves the public interest. Thus, the research was developed based on the deductive method and from qualitative investigations, through a wide bibliographical analysis.

Keywords: Differentiated Hiring Regime. Bidding. Publicity. Efficiency. Transparency.

## 1 INTRODUÇÃO

Desde a promulgação da Constituição Federal de 1988 a licitação pública ganhou *status* de princípio constitucional, representando a possibilidade de a Administração Pública realizar a contratação mais vantajosa possível, desde que fosse assegurada a igualdade de condições de

---

\* Graduado pela Faculdade de Direito de Bauru (ITE). Pós-Graduado em Direito Administrativo pela Faculdade Anhanguera-Uniderp (LFG). Mestre em Empreendimentos Econômicos, Desenvolvimento e Mudança Social pela Universidade de Marília (UNIMAR). Advogado. Agente de Controle Interno da Câmara Municipal de Jahu/SP. Jaú/SP – Brasil. Autor do livro “Licitação Convite & a Nova Lei de Licitações (editora Juruá, 2018). Residente e domiciliado na Avenida Brasil, n.º 381, CEP: 17.202-300 - Vila Brasil, na cidade de Jaú/SP. *e-mail*: [du.devides@gmail.com](mailto:du.devides@gmail.com).





participação a todos os concorrentes.

Neste cenário é que se encontra o problema dos modelos licitatórios estabelecidos pela teoria administrativa moderna. Em especial, a modalidade do convite, amplamente aceita e aplicada nas licitações públicas, permite o questionamento se esta modelagem permite uma ampla publicidade na condução da igualdade exigida em um procedimento licitatório. Isto porque, ao que se verá, embora os sistemas estabeleçam a possibilidade sempre válida do cadastramento de interessados, nem sempre é efetiva, fomentando que uma publicidade formal possa alijar interessados da participação no certame.

Pensando nisso foi criado regime de RDC (Regime Diferenciado de Contratação – RDC), instituído pela Lei n.º 12.462/2011, o qual busca minimamente corrigir algumas deficiências das demais modalidades licitatória, fornecendo não somente um patamar mais alto de para o limite de obras e de compras de bens e serviços, mas buscou corrigir algumas deficiências da modalidade mais célere e comumente utilizada, no caso, a do convite.

Para tanto, o presente trabalho será desenvolvido à luz do método dedutivo e realizará um estudo analítico sobre a modalidade do convite e do RDC, com avaliação das principais leis de incidência sobre o tema, no sentido de apreciar as vantagens e desvantagens, em termos comparativos de tais sistemas, com especial atenção o estudo de tais sistemas à luz do princípio da publicidade administrativa.

## 2 O CONTEXTO HISTÓRICO DA CRIAÇÃO DO RDC

O contexto histórico na qual foi criado o RDC é importante para se entender o que motivou a sua criação. O período de sua edição (2011) era o mesmo de iminentes eventos esportivos que aconteceriam num futuro breve, no Brasil: a Copa das Confederações (2013), a Copa do Mundo de 2014, as Olimpíadas e as Paraolimpíadas de 2016. Não se tratava, pois, de mera coincidência, pois havia a necessidade de se estabelecer um regime de contratação eficiente, econômico e célere, que se distanciasse do regime de licitação geral. Assim, estes motivos (eventos esportivos) foram a grande mola propulsora para a criação do RDC.

Com efeito, a partir do ano de 2012, várias leis<sup>1</sup> foram editadas com o fito de estender o alcance do RDC a outras áreas do setor público, tais como: as ações integrantes do Programa de Aceleração do Crescimento (PAC); as obras e serviços de engenharia no âmbito do Sistema Único

<sup>1</sup> Leis n.º 12.688 e 12.745 de 2012, Lei n.º 13.190/2015 e Lei n.º 13.243/2016.





de Saúde – SUS; as obras e serviços de engenharia para construção, ampliação e reforma e administração de estabelecimentos penais e de unidades de atendimento socioeducativo; as ações no âmbito da segurança pública; as obras e serviços de engenharia, relacionadas a melhorias na mobilidade urbana ou ampliação de infraestrutura logística; aos contratos a que se refere o art. 47-A<sup>2</sup> do RDC; as ações em órgãos e entidades dedicados à ciência, à tecnologia e à inovação e; às licitações e aos contratos necessários à realização de obras e serviços de engenharia no âmbito dos sistemas públicos de ensino e de pesquisa, ciência e tecnologia.

Saliente-se que a Lei do RDC originou-se a partir da edição da Medida Provisória n.º 527/2011, da qual mostra-se imprescindível a análise dos principais pontos abordados no parecer emitidos pela Comissão Mista de Deputados e Senadores (ritual estabelecido pelo art. 62 da Constituição Federal<sup>3</sup>).

O aludido parecer, que contou com a relatoria do Deputado José Guimarães (do PT-CE) alguns vários argumentos para justificar a criação do regime diferenciado:

Um mínimo de bom senso leva à constatação de que as licitações cada vez mais urgentes necessárias à efetivação da Copa das Confederações, da Copa do Mundo de 2014 e das Olimpíadas de 2016 só serão bem sucedidas se levadas a efeito sob normas jurídicas capazes de multiplicar a **eficiência** da atuação estatal.

[...]

Esta Relatoria dispõe de uma importante análise comparativa, levada a efeito pelo órgão institucional de consultoria, em que se demonstra uma perspectiva em última análise negligenciada pelos meios de comunicação: o regime diferenciado de contratações públicas não advém, ao contrário do que se dissemina, de ideias iluminadas criadas sem amparo em sólida experiência prática. **Resulta, na verdade de uma inteligente fusão entre o procedimento licitatório preconizado pelo atual Estatuto das Licitações e o sistema do pregão eletrônico**, instituído, registre-se, quando integravam o Governo os que hoje se encontram na oposição.

[...]

Em termos sucintos, as seguintes premissas justificam plenamente o acolhimento do projeto de lei de conversão anexado ao presente parecer:

<sup>2</sup> Art. 47-A. A administração pública poderá firmar contratos de locação de bens móveis e imóveis, nos quais o locador realiza prévia aquisição, construção ou reforma substancial, com ou sem aparelhamento de bens, por si mesmo ou por terceiros, do bem especificado pela administração (BRASIL, 2011).

<sup>3</sup>Art. 62. Em caso de relevância e urgência, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional. [...]

§ 8º As medidas provisórias terão sua votação iniciada na Câmara dos Deputados.

§ 9º Caberá à comissão mista de Deputados e Senadores examinar as medidas provisórias e sobre elas emitir parecer, antes de serem apreciadas, em sessão separada, pelo plenário de cada uma das Casas do Congresso Nacional.



a) conforme estabelece de forma expressa o § 1º do art. 1º do PLV, o RDC tem como objetivos a preservação do **tratamento isonômico entre licitantes e o estímulo à competitividade** dos que se candidatam a celebrar contratos com a Administração Pública;

[...]

g) a **abertura de negociações entre a Administração Pública e o licitante primeiro colocado**, com o intuito de se obter **resultados ainda mais satisfatórios** como decorrência do procedimento licitatório, constitui medida de inegável valor prático;

h) a definição de novos e mais eficazes critérios de julgamento nas licitações públicas permitirá que a Administração Pública possa adquirir insumos e disponibilizar **serviços para a população com redução de custos e aumento exponencial de qualidade** (GUIMARÃES, 2011). (grifo nosso)

Não obstante tal parecer contenha discursos de ordem política (e que não fazem parte do estudo jurídico desta pesquisa), é certo que outros deles possuem coerência ao que se propugnava na época: a fusão de todos os procedimentos relativos às licitações públicas, a garantia da isonomia e vantajosidade na contratação e a efetivação dos princípios licitatórios, notadamente ao que tange à eficiência.

Ademais, antes de adentrar a alguns pontos do conteúdo da lei, urge esclarecer que o RDC viola a Lei Complementar n.º 95/1998, que dispõe sobre a elaboração, a redação, a alteração e a consolidação das leis, conforme determina o parágrafo único do art. 59 da Constituição Federal. A infringência à Lei Complementar, notadamente em relação ao artigo 7º, incisos I e II<sup>4</sup>, justifica-se em razão da existência de matérias que não guardam pertinência temática com o conteúdo principal da lei. Ora, não há qualquer afinidade, pertinência ou conexão entre o RDC e matérias relativas à criação da Secretaria de Aviação Civil, cargos de Ministro de Estado, cargos em comissão e cargos de Controlador de Tráfego Aéreo (art. 56 e seguintes). Isto posto, o princípio da legalidade<sup>5</sup> é desrespeitado pelo legislador do RDC.

Assim sendo, pôde-se observar neste tópico inicial que alguns eventos esportivos que aconteceriam no Brasil (Copa do Mundo de 2014, Copa das Confederações de 2013 e Olimpíadas de 2016) foram a grande mola propulsora para a criação do RDC, e que a sua principal proposta

<sup>4</sup> Art. 7º O primeiro artigo do texto indicará o objeto da lei e o respectivo âmbito de aplicação, observados os seguintes princípios:

I - excetuadas as codificações, cada lei tratará de um único objeto;

II - a lei não conterá matéria estranha a seu objeto ou a este não vinculada por afinidade, pertinência ou conexão;

<sup>5</sup> Inobstante a Lei do RDC ser ilegal, por descumprimento do art. 7º, da LC 95/98, prevê esta Lei Complementar que *eventual inexistência formal de norma elaborada mediante processo legislativo regular não constitui escusa válida para o seu descumprimento* (art. 18).



seria a de trazer maior eficiência às contratações públicas (não obstante a estrutura desta Lei viole a Lei Complementar n.º 95/1998, por prever assuntos que não guardam pertinência temática com o conteúdo principal desta).

### **3 OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS RELATIVOS À LICITAÇÃO E OS ASPECTOS BASILARES DO RDC**

A Constituição da República previu, no art. 37, inciso XXI, a obrigatoriedade de a Administração Pública realizar licitação para aquisição de bens e contratação de obras e serviços:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

[...]

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.

Realizando uma interpretação conjunta ente o *caput* e o inciso do dispositivo, nota-se que o administrador público deverá realizar a licitação sempre pautada nos princípios<sup>6</sup> da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. Isto significa que:

a) as contratações devem atender às regras previstas na legislação, notadamente àquelas definidas na Lei nº 8.666/93 (Lei Geral de Licitações) e na Lei nº 10.520/2002 (Lei do Pregão Presencial), em obediência ao princípio da legalidade;

b) é vedada a conduta consistente em garantir tratamentos discriminatórios em relação a algum agente econômico que esteja no mesmo patamar de igualdade em relação aos demais<sup>7</sup>. Ou seja, ao Estado é proibido garantir benefícios, a seu bel-prazer, a determinado licitante;

c) todo o servidor público que participar da licitação, seja na fase interna ou externa,

---

<sup>6</sup> Salienta-se que a licitação ainda deverá respeitar outros princípios do Direito Administrativo: o da supremacia e da indisponibilidade do interesse público, o da igualdade, o da motivação, o da finalidade, o da probidade administrativa, o da vinculação ao instrumento convocatório, o do julgamento objetivo, entre outros.

<sup>7</sup> Existem situações previstas na legislação em que é possível o tratamento discriminatório, como aqueles elencados na Lei nº 123/2016, atinentes ao tratamento diferenciado concedido às microempresas e às empresas de pequeno porte.



como ser humano dotado da capacidade de atuar, deve, necessariamente, distinguir o Bem do Mal, o honesto do desonesto. E, ao atuar, não poderá desprezar o elemento ético de sua conduta (MEIRELES, 2009, p. 90). Assim, acima de tudo, o servidor deverá atender a lei ética e não somente a lei jurídica, tendo em vista que nem tudo que é legal é honesto;

d) a publicidade é medida de rigor na administração pública, para que a transparência e o direito à informação da população sejam efetivados. *A licitação não pode ser sigilosa, sendo públicos e acessíveis ao público os atos de seus procedimentos. Impõe-se, contudo, o sigilo do conteúdo das propostas até a respectiva abertura* (BRAZ, 2009, p. 330). A publicação dos avisos de edital, dos próprios editais e extratos de contrato são alguns exemplos que traduzem o princípio da publicidade;

e) o procedimento licitatório deve ser eficiente, o que significa dizer que deve *acontecer com racionalidade, o que implica medir os custos que a satisfação das necessidades públicas importam em relação ao grau de utilidade alcançado. [...] Rege-se, pois, pela regra da consecução do maior benefício com o menor custo possível* (SILVA, 2009, p. 671).

No que tange ao teor do RDC, nota-se que o art. 1º definiu que as contratações regidas pelo RDC devem ser vinculadas aos Jogos Olímpicos e Paraolímpicos de 2016 e à Copa das Confederações de 2013 e a Copa do Mundo de 2014. Isto significa que, quanto aos jogos olímpicos, caberia à Autoridade Pública Olímpica (APO) definir as contratações a serem incluídas no RDC e, quanto às copas, competiria ao Grupo Executivo – Gecopa 2014 decidir sobre a necessidade das contratações.

Assim, *o legislador ao escrever a lei não delimitou claramente quais são os contratos ou as licitações necessários para a realização dos eventos esportivos, deixando a critério dos comitês responsáveis a definição dos contratos que seriam tramitados mediante o RDC* (TELO, 2016). Consequentemente, tais poderes decisórios concedidos a estas entidades contrariam a competência atribuída constitucionalmente ao Poder Executivo.

No tocante ao § 2.º do artigo acima referenciado, o mesmo estabelece que *a opção pelo RDC deverá constar de forma expressa do instrumento convocatório e resultará no afastamento das normas contidas na Lei n.º 8.666/93* (BRASIL, 2011), exceto nos casos expressamente previstos na lei. A partir deste dispositivo, é possível constatar que a utilização do RDC é facultativo<sup>8</sup>, devendo o administrador ponderar se, no caso concreto, será mais adequada a

---

<sup>8</sup> A criação de uma nova diretriz para dar tratamento às contratações públicas (sem eliminar outro mecanismo já existente) é um típico caso de *institutional bypass*. Esta afirmação é pautada pelo seguinte argumento: *A estratégia*



utilização deste modelo ou da Lei Geral de Licitações. Caso opte pelo RDC, esta decisão deverá estar prevista de forma expressa no edital.

Com relação ao procedimento, o art.12 da Lei do RDC dispõe o seguinte:

Art. 12. O procedimento de licitação de que trata esta Lei observará as seguintes fases, nesta ordem:

- I - preparatória;
- II - publicação do instrumento convocatório;
- III - apresentação de propostas ou lances;
- IV - julgamento;
- V - habilitação;
- VI - recursal; e
- VII - encerramento.

Parágrafo único. A fase de que trata o inciso V do caput deste artigo poderá, mediante ato motivado, anteceder as referidas nos incisos III e IV do caput deste artigo, desde que expressamente previsto no instrumento convocatório.<sup>9</sup>

Observa-se que a fase de julgamento de propostas antecede à de habilitação, da mesma forma como ocorre na modalidade licitatória pregão. Na prática, a possibilidade de inversão de fases, cumulada com a possibilidade de lances, tem se mostrado uma contratação mais atrativa ao Poder Público.

É muito menos provável a celebração de contratos com preços excessivos quando o certame se processa com inversão de fases. Os dados relativos às licitações na modalidade pregão, que comprovam o barateamento dos contratos delas resultantes, falam por si. Já os contratos originados de licitações promovidas nas modalidades tradicionais, nas quais não há inversão de fases, têm apresentado um elevado número de irregularidades, dentre as quais superfaturamento e sobrepreço (REZENDE, 2011).

No entanto, nos termos do parágrafo único do art. 12, estas fases poderão ser invertidas, passando a fase de habilitação a anteceder à do julgamento de proposta, desde que disciplinado em edital.

Antes de concluir este tópico, importante colacionar o teor do art. 4º da Lei n.º 12.462/11:

---

*ocorre da seguinte forma: a instituição existente é preservada, nos termos em que estava funcionando. Cria-se uma nova instituição, objetivando alcançar os mesmos fins da pré-existente, mas que utilize meios diferentes, uma nova abordagem. Existe, aqui, um componente de escolha. O ator que precisa chegar àqueles fins pode eleger qual o caminho pretende adotar: a primeira instituição ou a nova, originária do institucional bypass (GABRIEL, 2017). É o que ocorre no caso em comento (criação do RDC sem revogação da Lei de Licitações). Destarte, pode-se afirmar que o RDC é um exemplo de *institutional bypass*.*

<sup>9</sup> Idem.



Art. 4º Nas licitações e contratos de que trata esta Lei serão observadas as seguintes diretrizes:

I - padronização do objeto da contratação relativamente às especificações técnicas e de desempenho e, quando for o caso, às condições de manutenção, assistência técnica e de garantia oferecidas;

II - padronização de instrumentos convocatórios e minutas de contratos, previamente aprovados pelo órgão jurídico competente;

III - 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;

IV - condições de aquisição, de seguros, de garantias e de pagamento compatíveis com as condições do setor privado, inclusive mediante pagamento de remuneração variável conforme desempenho, na forma do art. 10;

V - utilização, sempre que possível, nas planilhas de custos constantes das propostas oferecidas pelos licitantes, de mão de obra, materiais, tecnologias e matérias-primas existentes no local da execução, conservação e operação do bem, serviço ou obra, desde que não se produzam prejuízos à eficiência na execução do respectivo objeto e que seja respeitado o limite do orçamento estimado para a contratação; e

VI - parcelamento do objeto, visando à ampla participação de licitantes, sem perda de economia de escala.

VII - ampla publicidade, em sítio eletrônico, de todas as fases e procedimentos do processo de licitação, assim como dos contratos, respeitado o art. 6º desta Lei (BRASIL, 2011).

Observa-se que o art. 4º do RDC preocupou-se em descrever pormenorizadamente quais seriam os mecanismos capazes de materializar a eficiência no setor público, não apenas ocupando-se em informar, genericamente, a tutela da eficiência. Assim, segundo este artigo, são eficientes as condutas relativas à: padronização do objeto das licitações, instrumentos convocatórios e minutas de contratos; busca da maior vantajosidade, sendo ela de natureza econômica, social ou ambiental; o pagamento ao contratado de acordo com o cumprimento de metas<sup>10</sup>; a ampla publicidade em sítios eletrônicos; entre outras condutas disciplinadas.

Destarte, viu-se neste tópico que a licitação sempre deverá ser pautada pelos princípios previstos no *caput* do art. 37 da Constituição Federal (legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência) e que o RDC cuidou em dar aplicabilidade a eficiência do procedimento, ao passo que passou a prever a possibilidade de inversão de fases e a padronização de objetos e instrumentos convocatórios.

<sup>10</sup> No tocante a esta medida, o art. 4º, inciso IV faz remissão ao art. 10 da Lei do RDC, que assim dispõe: 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. Parágrafo único. A utilização da remuneração variável será motivada e respeitará o limite orçamentário fixado pela administração pública para a contratação.





### 3 A QUESTÃO DA PUBLICIDADE NO RDC E O PROCEDIMENTO SIMILAR AO CONVITE DA LEI N.º 8.666/93

É notório que todo ato ou procedimento administrativo deve ser realizado sempre com ampla publicidade, para que a sociedade possa ser cientificada sobre a destinação que é dada ao dinheiro público.

Um ponto que vem causando diversas discussões jurídicas sobre o tema (além do descumprimento do princípio da legalidade, como já discutido no tópico anterior) é o atinente ao desacato ao princípio da publicidade. O primeiro conflito (e o mais polêmico) é o alusivo ao orçamento sigiloso, que se encontra previsto no art. 6º, § 3º:

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.

[...]

§ 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 (BRASIL, 2011).

Constata-se que o orçamento estimado pela administração será sigiloso até o encerramento da licitação, sendo fornecidas aos interessados, tão somente, informações referentes ao detalhamento dos quantitativos e demais informações necessárias para a elaboração das propostas. Além disso, apenas os órgãos de controle interno<sup>11</sup> e externo<sup>12</sup> deverão ter ciência do valor do orçamento sigiloso, ficando estes agentes *compromissados, sob pena de crime de responsabilidade, a manterem segredo sobre o que tiverem conhecimento* (RABELLO JUNIOR, 2015).

Todavia, as informações deste gênero são imprescindíveis para os agentes econômicos elaborarem suas propostas e para os cidadãos exercerem o controle sobre os gastos públicos e a atividade administrativa da Administração Pública. Aliás, eventual quebra deste sigilo pode

---

<sup>11</sup> Previsto nos arts. 70 e 74 da Constituição Federal, o controle interno é um importante mecanismo de proteção ao erário e possui a finalidade de auxiliar o Tribunal de Contas na adoção de medidas que previnam e repreendam irregularidades e ilegalidades de cada Poder. Além disso, o controle interno deve primar pela economicidade, objetivando que os recursos sejam utilizados de forma eficiente nas operações cotidianas.

<sup>12</sup> Conforme dispõe a Constituição Federal (arts. 31, 70 e 71) o controle externo é aquele realizado pelo Poder Legislativo, com o auxílio do Tribunal de Contas.



acarretar no cometimento de condutas reprováveis por parte de agentes públicos e representantes de empresas. Esse é o posicionamento de Justen Filho, do qual se perfilha:

[...] a manutenção do sigilo acerca do orçamento ou preço máximo produz o enorme risco de reintrodução de práticas extremamente nocivas, adotadas antes da Lei n.º 8.666. É que, se algum dos licitantes obtiver (ainda que indevidamente) informações acerca do referido valor, poderá manipular o certame, formulando proposta próxima ao mínimo admissível. O sigilo acerca de informação relevante, tal como o orçamento ou preço máximo, é um incentivo a condutas reprováveis. Esse simples risco bastaria para afastar qualquer justificativa para adotar essa praxe (JUSTEN FILHO, 2014, p. 640/641).

Outro argumento que reforça a impropriedade do orçamento sigiloso é que podem existir possíveis equívocos da Administração Pública quando da elaboração do mesmo. Sendo impróprio o orçamento (seja por possuir preço irrisório ou por se encontrar superfaturado), o licitante não poderá impugnar o instrumento convocatório pelo simples fato de não ter sido cientificado desta informação relevante. Se o orçamento realizado for muito baixo, a procura pelo certame será reduzida. Por outro lado, se se cogitar do superfaturamento da contratação, a vantajosidade estará comprometida. Portanto, tanto num caso quanto no outro, a finalidade da licitação restará desvirtuada.

Salienta-se que o argumento utilizado para defender o orçamento sigiloso é que o mesmo evita o conluio entre licitantes. No entanto, conforme argumenta Rezende, tal argumento é ineficaz, pois

Evidentemente, a formação ou não de um cartel independe da divulgação dos orçamentos prévios elaborados pela Administração promotora do certame. Com ou sem orçamento, cartéis poderão se formar. O que pode variar é o êxito dessa estratégia. Os cartéis costumam dividir o mercado de obras públicas mediante combinação dos preços das propostas apresentadas pelos seus integrantes. Escolhe-se previamente que licitante vencerá cada certame. Todos os demais participantes do conluio oferecem propostas em valor superior, de modo a possibilitar a sua vitória. Com isso, e tendo acesso ao orçamento previamente divulgado, o integrante do cartel ao qual foi atribuído o objeto da contratação pode oferecer uma proposta de preço mais próxima do valor máximo admitido pela Administração, mas que não o ultrapasse, evitando sua desclassificação (REZENDE, 2011).

Além disso, a boa-fé nas relações entre particulares e autoridades públicas tem de ser presumidas, pois, primordialmente, o que se espera da sociedade é a existência de relações honestas e recíprocas. Dessa forma, *pressupor no início do processo contratual o conluio entre*



*os licitantes não satisfaz as características básicas de um Estado democrático constitucional* (TELLO, 2016).

Adicionalmente, existe na Lei do RDC outro dispositivo que viola o princípio da publicidade e que guarda certa similitude com a falta de ampla publicidade da modalidade licitatória convite. Nos termos do artigo 15:

Art. 15. Será dada ampla publicidade aos procedimentos licitatórios e de pré-qualificação disciplinados por esta Lei, ressalvadas as hipóteses de informações cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado, devendo ser adotados os seguintes prazos mínimos para apresentação de propostas, contados a partir da data de publicação do instrumento convocatório:

[...]

§ 1º A publicidade a que se refere o *caput* deste artigo, sem prejuízo da faculdade de divulgação direta aos fornecedores, cadastrados ou não, será realizada mediante:

I - publicação de extrato do edital no Diário Oficial da União, do Estado, do Distrito Federal ou do Município, ou, no caso de consórcio público, do ente de maior nível entre eles, sem prejuízo da possibilidade de publicação de extrato em jornal diário de grande circulação; e

II - divulgação em sítio eletrônico oficial centralizado de divulgação de licitações ou mantido pelo ente encarregado do procedimento licitatório na rede mundial de computadores.

§ 2º No caso de licitações cujo valor não ultrapasse R\$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil reais) para obras ou R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais) para bens e serviços, inclusive de engenharia, é dispensada a publicação prevista no inciso I do § 1º deste artigo (BRASIL, 2011).

Segundo o artigo supra, a ampla publicidade nos procedimentos licitatórios é medida que se impõe, tendo de se ressaltar às informações sigilosas (como o orçamento sigiloso) que são imprescindíveis à segurança da sociedade e do Estado. Sendo ampla esta publicidade, o § 1º do mesmo artigo determina que a publicidade deve ser realizada por intermédio da divulgação, do extrato do edital, em órgãos oficial e em jornal diário de grande circulação (inciso I - BRASIL, 2011). De igual forma, a lei exige que o RDC seja divulgado em sítio eletrônico oficial de divulgação de licitações (inciso II - BRASIL, 2011). Esta é a regra encampada no art. 15 para as contratações que se utilizem do regime diferenciado.

Entretanto, o § 2º do art. 15 dispensa a publicidade do extrato de edital em jornais oficiais e de grande circulação quando as licitações não ultrapassarem o montante de cento e cinquenta mil reais, nos casos em que o objeto for a contratação de obras, e oitenta mil reais, em se tratando da aquisição de bens e serviços, inclusive de engenharia.



Evidencia-se que tal dispensa de publicidade guarda similitude com a forma de divulgação do aviso da carta-convite, inserto na Lei n.º 8.666/93. Isto porque, da mesma forma como ocorre com a publicidade do aviso do convite, o RDC também dispensa a publicação do aviso do instrumento convocatório nos jornais oficiais, em contratações que envolvam valores mais módicos. Inclusive, referidos valores são idênticos aos limites que autorizam a utilização da modalidade licitatória convite (até oitenta mil reais, para aquisição de bens e serviços comuns, e até cento e cinquenta mil reais, para contratações relativas à obras e serviços de engenharia<sup>13</sup>).

Ora, o que justificaria a redução da publicidade, se quanto maior ela for, melhor serão os benefícios à sociedade (aos cidadãos, que poderão exercer o seu direito democrático, aos agentes econômicos, que conseguirão desenvolver suas atividades e fomentarão à economia, e à Administração Pública, que poderá realizar a contratação mais proveitosa)?

É hialino que em tempos modernos, inadmite-se a minimização da transparência dos atos que envolvam, principalmente, as contratações do setor público, ainda mais porque a Lei de Acesso à Informação exige a transparência passiva<sup>14</sup> de dados imprescindíveis ao desenvolvimento das atividades dos órgãos públicos. Ou seja, independentemente de requerimento, informações de interesse coletivo ou geral deverão ser divulgadas em local de fácil acesso (art. 8º da Lei n.º 12.527/11).

Desta feita, as conclusões estabelecidas no decorrer deste tópico foram atinentes a refutar o orçamento sigiloso e rechaçar a falta de publicidade nas contratações de pequena monta previstas no RDC, tendo em vista que tais mecanismos não atendem a fundo o princípio da publicidade.

## CONCLUSÃO

De forma geral, a Lei do RDC tem se mostrado mais eficiente que a Lei de Licitações, ao passo que possibilita a inversão de fases do procedimento (tornando-o mais célere e econômico) e garante uma série de mecanismos eficientes à Administração Pública, tratados em

<sup>13</sup> Conforme previsão do art. 23, inciso I, alínea *a* e inciso II, alínea *a*, da Lei. n.º 8.666/93, que se relaciona aos valores limites do convite.

<sup>14</sup> Importante salientar que a transparência passiva relaciona-se a três diretrizes: o serviço de informações ao cidadão – SIC; o serviço eletrônico de informações ao cidadão – e-SIC; e a divulgação da estrutura e forma de contato (DEVIDES; ROCHA, 2016).





seu artigo 4º. No entanto, questões relacionadas à violação da legalidade (LC n.º 95/98) e da publicidade (orçamento sigiloso) são contrapontos que devem ser alterados nesta Lei.

Durante o desenvolvimento do trabalho, foi constatado que a questão relativa ao orçamento sigiloso é prejudicial à publicidade e, conseqüentemente, a vantajosidade da contratação pública.

Ademais, com relação ao procedimento que se assemelha ao convite na Lei do RDC, têm-se que o mesmo é mais eficiente porque também pode seguir o método da inversão de fases, bem como a sua realização não fica condicionada à número mínimo de convidados.

Todavia, a questão relacionada à publicidade também guarda certa mácula ao convite da Lei n.º 8.666/93, ao passo que prevê a hipótese de dispensa de publicação do extrato do edital nos jornais oficiais e nos de grande circulação.

De tal forma, embora o sistema do RDC tenha trazido inúmeras transformações para uma conjuntura específica voltada a um evento esportivo, é possível encontrar no seu bojo procedimentos que poderiam ser incrementados no sistema atual de licitações, notadamente em relação à publicidade, com fito de se garantir maior transparência (principalmente na modalidade passiva) às contratações públicas.

## **REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 12 set. 2018.

BRASIL. Lei n.º 12.462, de 04 de agosto de 2011. Institui o Regime Diferenciado de Contratações Públicas - RDC; altera a Lei n.º 10.683, de 28 de maio de 2003, que dispõe sobre a organização da Presidência da República e dos Ministérios, a legislação da Agência Nacional de Aviação Civil (Anac) e a legislação da Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária (Infraero); cria a Secretaria de Aviação Civil, cargos de Ministro de Estado, cargos em comissão e cargos de Controlador de Tráfego Aéreo; autoriza a contratação de controladores de tráfego aéreo temporários; altera as Leis n.ºs 11.182, de 27 de setembro de 2005, 5.862, de 12 de dezembro de 1972, 8.399, de 7 de janeiro de 1992, 11.526, de 4 de outubro de 2007, 11.458, de 19 de março de 2007, e 12.350, de 20 de dezembro de 2010, e a Medida Provisória n.º 2.185-35, de 24 de agosto de 2001; e revoga dispositivos da Lei n.º 9.649, de 27 de maio de 1998. Disponível em:



<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2011/lei/112462.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112462.htm)>. Acesso em 18 abr. 2017.

BRAZ, Petrônio. *Tratado de direito municipal*. Poder Legislativo Municipal. vol. IV. São Paulo: Mundo Jurídico, 2009.

DEVIDES, José Eduardo Costa; ROCHA, Guilherme Aparecido da. *Manual prático de transparência para câmaras municipais: Do dever de transparência ao direito de informação*. Jaú: Guilherme Aparecido da Rocha Editor, 2016.

GABRIEL, Yasser Reis. *O regime diferenciado de contratações: um caso de institutional bypass?*. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=3ce4204132dd23eb>>. Acesso em 13 abr. 2017.

GUIMARÃES, José. Parecer proferido em plenário n.º 1: Medida Provisória 527/2011. Brasília: Câmara dos Deputados, 2011. Disponível em: <[http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_pareceres\\_substitutivos\\_votos?idProposicao=495378](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_pareceres_substitutivos_votos?idProposicao=495378)>. Acesso em: 30 ago. 2018.

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

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

RABELLO JUNIOR, Wagner Leandro. *Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC): limites e potencialidades para aplicação em municípios*. Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br/publicacoes/c178h0tg/64czmib9/HdvN6esQQ1209VWD.pdf>>. Acesso em 14 abr. 2017.

REZENDE, Renato Monteiro. *O regime diferenciado de contratações públicas: comentários à Lei n.º 12.462, de 2011*. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/textos-para-discussao/td-100-o-regime-diferenciado-de>>



contratacoes-publicas-comentarios-a-lei-no-12.462-de-2011>. Acesso em 13 abr. 2017.

SILVA, José Afonso Da. *Curso de Direito Constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 2009.

TELLO, Diana Carolina Valencia. *Críticas ao regime diferenciado de contratações públicas*. Revista Prolegómenos - *Derechos y Valores*. vol. 19. n. 38, pp. 61-75, 2016. Disponível em: <<http://www.scielo.org.co/pdf/prole/v19n38/v19n38a05.pdf>>. Acesso em 13 abr. 2017.