

O futuro chegou ao Direito Administrativo

É o que se lê na ADI que confirmou a constitucionalidade do Regime Diferenciado de Contratações

VERA MONTEIRO



Crédito: Pexels

O Regime Diferenciado de Contratações (RDC) foi novidade em 2011. Depois de 12 anos e já perto de sua lei ser revogada, qual a utilidade de conhecer as razões pelas quais o Supremo Tribunal Federal (STF), por unanimidade, confirmou a sua constitucionalidade? Porque o STF escolheu não adotar a saída fácil da perda de objeto pela sobrevivência da lei 14.133. Depois, porque aponta que está mudando sua visão sobre o tema das licitações e contratações públicas. E, finalmente, porque o futuro chegou ao direito administrativo, ao menos nesse tema.

Foram duas ADIs questionando o regime de contratações originalmente concebido para obras da Copa. Uma proposta por partidos políticos (PSDB, DEM e PPS) (ADI 4645) e outra pela PGR (ADI 4655). Em setembro de 2023, foram decididas em conjunto, no **plenário virtual**.

Ambas as iniciais têm estilo retórico e viés principiológico. Idealizam da lei 8.666 e desconfiam de outras soluções. São acusações superlativas e abstratas de inconstitucionalidade.

JOTA

Newsletter

Receba as notícias e análises mais importantes do JOTA em seu e-mail!

ASSINAR GRATUITAMENTE



O acórdão não acolheu quaisquer dos argumentos trazidos. O voto do relator, ministro Luiz Fux, foi aceito pelos demais. O ministro Edson Fachin apresentou voto-vista em setembro de 2023 e reforçou os argumentos do relator. Restou confirmado o voto que o ministro Fux já tinha lançado no plenário virtual em maio de 2020.

O estilo adotado, tanto no voto do relator, quanto no voto-vista, é o de uma abordagem realista com olhar para resultado, com base em dados que demonstram os ganhos de eficiência do RDC, comparativamente à lei 8.666. É uma virada de chave importante no tema, historicamente enfrentado por um viés bacharelesco e descolado da realidade.

Uma das afirmações do relator que merece eco é de que não é via modelagem jurídica da licitação que será possível erradicar os malfeitos nas contratações públicas. “São contornos culturais e sociais em que o Direito não é capaz de entrar”. É lúcido aceitar os limites dos instrumentos jurídicos para esse fim. Outra, também relevante, é de que o dever de licitar pode “resvalar em ineficiências econômicas e incentivos perversos”, o que deve ser evitado. Há deveres, desenhados pelas normas, não havendo sentido unívoco e estanque ao vocábulo *licitação*.

Com base na ideia de que é correta a “preocupação com a eficiência, com a simplificação do processo e com a criação de incentivo econômicos mais racionais”, o acórdão concluiu que o RDC aumentou a celeridade e desburocratizou o processo de licitação (pré-qualificação permanente, inversão de fases e fase recursal única), tendo criado incentivos para o cumprimento mais racional do contrato administrativo (publicidade diferida do orçamento estimado na contratação integrada, a remuneração variável do contratado e a limitação dos aditamentos contratuais).

A conclusão sobre a contratação integrada é de que é boa “a fixação de fins sobre a indicação taxativa dos meios”. Quanto à remuneração variável, “é mecanismo de incremento da racionalidade econômica e da eficiência do contrato administrativo”. O diferimento da publicidade do orçamento é “uma assimetria de informações favorável à

administração pública”. Publicação no DO é custo para a administração. “Princípio da publicidade não pode desconsiderar o atual estado da arte tecnológico”. Finalmente, sobre o princípio da legalidade, foi refutada a alegação de que não haveria densidade normativa suficiente na norma para o gestor escolher o regime licitatório a ser adotado. Não houve atribuição de discricionariedade em excesso e “o significado do princípio da legalidade não pode ser o de que a Administração só pode realizar atos ou medidas que a lei ordena”.

O título deste texto é uma homenagem ao José Vicente Santos de Mendonça, que em **artigo publicado** em 2014 previu o futuro e explica com elegância e clareza a tal análise econômica do direito praticada no acórdão.

VERA MONTEIRO – Professora da FGV Direito SP. Mestre em direito pela PUC-SP. Doutora em direito pela USP. Lemann Fellow na Blavatnik School of Government (Oxford). Vice-presidente do República.org. Integrante do Movimento Pessoas à Frente

