

O Regime diferenciado de contratações veio para ficar?

Por: Guilherme Jardim Jurksaitis

O REGIME DIFERENCIADO DE CONTRATAÇÕES VEIO PARA FICAR? *

Guilherme Jardim Jurksaitis é professor e coordenador do curso de direito administrativo da Sociedade Brasileira de Direito Público – sbdp. Mestrando em direito administrativo na USP. Advogado.

Já faz algum tempo que assistimos a um movimento de enfraquecimento da lei 8.666, de 21/6/1993. Um bom exemplo é o aumento das hipóteses de contratação direta, previstas pela própria lei. A licitação na modalidade de pregão e os regimes simplificados de licitação para as empresas estatais exploradoras de atividades econômicas também fazem parte desse processo.

O advento da lei 12.462, de 4/8/2011, consolidou essa tendência. A criação do Regime Diferenciado de Contratações – RDC foi, desde o início, identificada como um passo relevante para acabar com a rigidez do modelo previsto pela lei 8.666/93 para as licitações. E talvez justamente por ser um duro golpe na sistemática da lei 8.666/93 é que o RDC enfrenta tanta resistência.

A oposição feita ao RDC parte do pressuposto de que a lei 8.666/93 funciona bem e gera ótimos negócios para a Administração Pública. Ao olhar para a experiência contemporânea das contratações, o que se vê é o contrário. Sua rigidez impede que a Administração faça adaptações na licitação a depender do que se pretende obter no final do certame. Essa circunstância se agrava quando estamos diante de uma lei que foi feita para atender a um tipo muito específico de contratação de obras e serviços de engenharia. Querer aplicá-la a todos os negócios que a Administração Pública venha a celebrar é um equívoco (não é a toa que existem tantas hipóteses de contratação direta).

É preciso haver mais modelos de licitação e de contratação para a Administração Pública. Não se defende que essas opções sejam feitas *ad hoc*, ao arbítrio do administrador, mas nos termos e nos limites da lei. Nesse sentido, o RDC representa uma alternativa viável para melhorar as contratações e a gestão públicas.

Ao completar um ano de vigência, o RDC já teve seu regulamento editado (decreto 7.581, de 11/10/2011) e sua aplicação estendida para as obras do Programa de Aceleração do Crescimento – PAC (lei 12.688, de 18/7/2012) e dos sistemas públicos de ensino (lei 12.722, de 3/10/2012). Parece confirmar-se, assim, a expectativa de que a sistemática do RDC acabe por substituir a da lei 8.666/93.

Por ora, vale dizer que a circunstância de ter um âmbito de incidência restrito não faz do RDC uma lei de emergência, ou feita às pressas para atender aos eventos esportivos dos próximos anos – o RDC não foi usado nas licitações dos estádios ou nas dos aeroportos. Trata-se, na verdade, de um ensaio a ser cuidadosamente observado antes de ser definitivamente posto em cena. Vale lembrar que com a licitação na modalidade de pregão também foi assim. No início, o pregão estava restrito apenas à Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL. E só depois de constatado o seu sucesso é que ele foi ampliado para a toda a Administração Pública.

Uma crítica muito repetida contra o RDC, porque de grande apelo popular, é dirigida ao sigilo do orçamento (art. 6º § 3º). Como o orçamento é o valor máximo que a Administração está disposta a pagar na licitação, e, no caso do RDC, esse valor poderá ser sigiloso até o final do certame, a tendência natural é a de que os licitantes procurem reduzir seus preços, ao invés de correrem o risco de oferecer um valor acima do estimado e serem afastados da disputa (art. 24, II). Essa é a ideia por trás do sigilo do orçamento: incentivar os licitantes a apresentar o preço mais baixo.

A principal crítica que se faz em relação ao sigilo é a de que ele não seria preservado, pois sempre haveria alguém disposto a burlar a regra e a quebrar o segredo. Não se pode, com base nessa desconfiança, impedir a adoção de um mecanismo que pretende forçar o mercado a oferecer preços menores para a Administração, beneficiando o interesse público. E vale chamar a atenção para a possibilidade de se chegar a uma estimativa do orçamento, ainda que sigiloso, uma vez que o RDC determina a adoção dos preços de referência definidos pelos órgãos de controle (art. 8º, §§ 3º e 4º). Independentemente do que foi dito, o orçamento sigiloso já foi aceito e regulamentado internamente pelo Tribunal de Contas da União (portaria 85, de 3/4/2012).

A licitação para a contratação integrada, outra inovação do RDC (art. 8º, V e art. 9º, § 1º), tem despertado as críticas mais duras, sobretudo pela possibilidade de ser realizada sem um projeto básico feito pela Administração. O que se diz é que a ausência do projeto básico tornaria subjetiva a comparação entre as propostas. Ao admitir que cada licitante apresente métodos de execução distintos e estabeleça características específicas para a futura obra, o que interferiria no preço apresentado, a Administração estaria abrindo mão da isonomia no julgamento.

Mas algo muito semelhante acontece quando se licita uma concessão de serviço público precedida de obra pública. Nesse caso, o edital também não contém um projeto básico da futura obra. E o motivo é simples. Ao invés de jogar para a Administração o dever de prever as características gerais da obra e o método de execução, o RDC permite transferir ao particular essas atribuições e, com isso, o futuro contratado passa a assumir os riscos do projeto e da realização da obra. Esse, aliás, é o motivo pelo qual a contratação integrada tentou ser mais restritiva em relação aos aditivos contratuais (art. 9º, § 4º).

Ao transferir a elaboração do projeto básico para o particular, abre-se a possibilidade de soluções diferentes para a execução da obra, que podem ser mais econômicas e eficientes. O julgamento, nesses casos de contratação integrada, deverá, obrigatoriamente, ser por técnica e preço (art. 9º, § 2º, III), adotando-se critérios objetivos previstos pelo edital.

Os procedimentos licitatórios mais flexíveis que os da lei 8.666/93 e independentes dos valores envolvidos também constituem uma característica do RDC. No RDC, não é o valor que define o procedimento de licitação. Ao invés disso, a Administração Pública pode escolher a modalidade de licitação que melhor se adequa aos objetivos da futura contratação, do tipo de negócio que se pretende celebrar e com quais atores do mercado. Nessa linha, o RDC rompeu com a crença de que a lei deve cercear qualquer tipo de escolha feita pela Administração em matéria de contratações.

Apesar de prever que a fase de propostas antecede a da habilitação, o RDC autoriza a Administração Pública a inverter essa ordem (art. 12 e parágrafo único), justificadamente e desde que previsto no edital. Também é facultado o estabelecimento de uma fase de lances, como no pregão (arts. 16 e 17). E, ao final da licitação, é autorizada a negociação do preço ofertado pelo vencedor (art. 26) – que, neste momento, ainda não saberá, no caso de orçamento sigiloso, se o valor oferecido está ou não abaixo do orçado pela Administração. Por esse motivo, espera-se que ele reduza ainda mais o seu preço, se estiver mesmo interessado em fechar o negócio.

O RDC incorporou os avanços do pregão, trazendo para as licitações de obras a inversão de fases, que desde 2005 também vale para as concessões (art. 18-A da lei 8.987/1995), e a disputa por lances, que incentiva a concorrência entre os licitantes e, conseqüentemente, a obtenção de um negócio mais vantajoso para a Administração Pública. É a evolução natural dos benefícios já constatados fora da lei 8.666/93 e uma oportunidade de se buscar novas soluções que atendam ao interesse público.

Não se pode ler o RDC com as lentes da lei 8.666/93. Esse conservadorismo, além de inconsistente, seria improdutivo e até mesmo perigoso, pois perpetuaria uma lei que, embora importante no passado, está ultrapassada e tem se mostrado excessivamente propensa a desvios contrários ao interesse público. Há poucas experiências para avaliar o RDC. Mas parece que a novidade veio para ficar, a depender apenas do resultado do julgamento das ações de inconstitucionalidade propostas (Adin 4645/DF e Adin 4655/DF).

SP, 04/10/2012.

*Esse artigo é uma versão atualizada e revisada do artigo "RDC: Uma resposta à ditadura conservadora da lei 8.666/93", publicado no jornal *Carta Forense*, em outubro de 2012.