

- TATIANA MARTINS DA COSTA CAMARÃO -

CRÉDITO: EDUARDO FRANCO



A professora universitária Tatiana Camarão é bacharel em Direito e mestre em Direito Administrativo pela UFMG. Atualmente exerce o cargo de Coordenadora dos cursos de Direito Público da Escola da OAB/MG. Também é coautora de diversos livros sobre o assunto, como o Manual prático do pregão, processo administrativo (Comentários à Lei n. 9.784/99), Licitações e contratos (aspectos relevantes) e Termo de referência.

Nesta edição da Revista do TCEMG, a autora de Ensaio traz sua vasta experiência para discorrer sobre o Regime diferenciado de contratações e suas implicações.

Das vantagens e desvantagens do Regime Diferenciado de Contratações: reflexões e perspectivas

A Lei n. 8.666/93, que regula as contratações públicas em nosso país, foi concebida num momento histórico de muita turbulência interna¹ em decorrência de denúncias de corrupção². Com o objetivo de combater esse grande mal³ e moralizar⁴ as ações governamentais nessa área, foi elaborada uma legislação burocrática, apegada a ritos, prestigiando o formalismo em detrimento de quaisquer bons resultados. Mas

¹ O ano de 1992 foi marcado por denúncias de corrupção política, tráfico de influência e fraudes nas licitações públicas, envolvendo o presidente Fernando Collor de Mello e Paulo César Farias, o que levou à instauração de uma Comissão Parlamentar Mista de Inquérito (CPMI), que concluiu, no relatório final, que o presidente agira contra a honra e o decoro e recomendou o processo de *impeachment*.

² A essência humana suporta a degenerescência a partir do que nominamos corrupção (*corruptio*: deterioração): “a alteração da pureza ou integridade de uma substância, pelo desvio de seu curso esperado”. ANDRADE, Maria Inês Chaves de. *A fraternidade como direito fundamental*; entre o ser e o dever ser na dialética dos opostos de Hegel. Lisboa: Almedina, 2010.

³ “A resolução do insolúvel mistério do Mal no problema dos muitos males que afligem o homem não é um ato de insolência racionalista. É, ao contrário, muito modestamente, a primeira condição para que se possa consentir ao homem de razão e de ciência, ainda que consciente de seus próprios limites, o encontro de algum remédio eficaz pra tornar o mal mais suportável”. (BOBBIO, Norberto. *Elogio da serenidade e outros escritos morais*. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Ed. Unesp, 2002. p. 27).

⁴ Do embate de moralidades, consciências particulares de certo e errado, de justo e injusto que digladiam, a eticidade exige um direito que as submeta na busca pela eficácia da vontade transcendental. Portanto, de todos na revelação do que deve ser, e não privatística na expansão autoritária da vontade que é, se de apenas um ou do grupo que este representa.

os procedimentos estabelecidos diagnosticaram-se morosos, não alcançando a qualidade esperada nem possibilitando a assunção da finalidade desejada de minimizar naquele momento as fraudes no processo licitatório. Pelo contrário, a experiência demonstrou que a referida norma veio engessar as contratações públicas, porquanto a lei de licitações prevê procedimentos rígidos compostos por uma série de atos que, se não forem observados, importarão na ilegalidade da contratação.

Em face disso, tornou-se absolutamente necessário alterar a Lei Geral de Licitações com o implemento de procedimentos que fossem mais eficazes e rápidos na promoção das licitações públicas. De pronto, aponte-se a adoção do chamado pregão, modalidade licitatória que se inscreve como um dos principais instrumentos para efetivar o propósito de eficiência e celeridade. O pregão permitiu que as contratações ocorressem de forma mais breve, em decorrência da inversão de fases, unicidade de recursos e prazos menores. Ademais, por meio desse procedimento foi possível obter preços melhores para a administração pública, dada a criação do momento de lances na fase de julgamento de propostas. Com efeito, essa modalidade licitatória, que passou a ser referência para todas as licitações em âmbito federal, estadual e, até mesmo, municipal, foi direcionada para a contratação de bens e serviços comuns, deixando de fora apenas as contratações de obras e serviços de engenharia.

Porém o pregão acabou por minimizar somente parte do problema, haja vista as obras de engenharia permanecerem, ainda, sob a égide da Lei Geral de Licitações, que tece uma série de exigências preliminares para a contratação desses serviços, quais sejam: projeto básico, planilha que expresse custos unitários, observância de um elenco de requisitos, tais como segurança, impacto ambiental, entre outros. De toda forma, como é pisado e repisado, não há, na maior parte das vezes, o envolvimento de profissionais com a habilitação necessária para a produção desses documentos ou, quando presentes, não têm eles preocupação em construir essas informações, considerando tanto as questões técnicas quanto o interesse público. É mais ou menos o fazer por fazer. E, não fosse bastante a frustração assim parametrizada, na contratação de obras, segundo a Lei Geral de Licitações, ainda deve-se atentar para procedimentos que acabam por gerar uma profunda morosidade e se caracterizam por uma imensa complexidade, contrariando todos os princípios basilares de uma gestão eficiente.

Ante todos os compromissos firmados e a necessidade de atender às novas demandas de obras de infraestrutura de grande vulto decorrentes dos eventos esportivos (Copa das Confederações de 2013, Copa do Mundo de 2014 e Jogos Olímpicos e Paraolímpicos de 2016), foi editada a Lei n. 12.462/11, batizada de Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC). O RDC não revogou a Lei n. 8.666/93 e regula matérias que não foram por esta abrangidas, tais como contratos, inexigibilidade e dispensa, sanções administrativas e crimes.

Tendo por escopo, desde o seu nascedouro, objetivos específicos e prazo de vigência vinculados ao atendimento de propósitos com tamanha magnificência, o RDC vem sendo estendido para o empreendimento de outras ações e atividades, como para as contratações dos serviços de engenharia dos sistemas públicos de ensino e saúde, em nível federal, mudando, com isso, toda a lógica de sua redação original.

Não se pode olvidar que o RDC veicula normas gerais sobre licitação bem como atinge todas as esferas federativas quando o objeto a ser contratado inclui-se no escopo referenciado. Porém, é necessário que cada ente da federação edite sua própria lei instituindo o RDC em seu âmbito e baixe seu próprio regulamento, como fez a União com a edição do Decreto n. 7.581/2011.

Daí advém a necessidade de tratarmos alguns aspectos desse novel diploma.

É interessante notar que o RDC, ao contrário da Lei Geral de Licitações, se voltou para a aferição de resultados e se preocupou com um dos momentos mais importantes da licitação, que é a fase de deflagração do processo licitatório, sempre esquecida ou relegada a um segundo plano.

Para tanto, o RDC deu ênfase, quando da descrição do objeto, a procedimentos tais como: padronização, pré-qualificação de bens e exigência de amostras. Além disso, ainda permitiu a indicação de marca/modelo por meio de justificativa técnica ou como parâmetro qualitativo, desde que acompanhada da expressão “similar”, “equivalente” ou “de melhor qualidade”, refletindo entendimento sedimentado do Tribunal de Contas da União⁵, e ressaltou, de forma contundente, a importância da observância do propósito da sustentabilidade, não como fator estanque, mas dinâmico, já que a descrição do objeto deve ser pensada do início ao fim, isto é, da sua fabricação ao descarte.

De mais a mais, fica claro que o RDC não trata o licitante como inimigo, mas, ao contrário, permite que sejam levantadas — junto às empresas do ramo, mediante reuniões, audiências e entrevistas — todas as informações necessárias acerca do objeto que se pretende contratar, tudo para uma construção mais sólida do termo de referência e dos editais.

Com isto, temos que as boas práticas transformam o RDC em uma interessante alternativa legal para as contratações públicas.

No que concerne à fase externa da licitação, algumas novidades foram implantadas por meio desse novo regulamento.

Primeiramente, tem-se que o RDC prevê a inversão das fases da licitação — antes de tudo, o julgamento da proposta; depois, a análise de habilitação do licitante classificado em primeiro lugar — e a unicidade de recurso, que são peculiaridades exitosas do Pregão, sendo permitido, também, o uso do procedimento comum mediante justificativa da autoridade competente.

Secundariamente, aponte-se que no RDC os procedimentos a serem adotados se diferenciam daqueles realizados nas licitações tradicionais, visto que o modo de apresentação das propostas e dos lances pode ser aberto ou fechado. No modo de disputa aberto, os licitantes apresentam sua proposta e lhes é dada a prerrogativa de dar lances diminuindo o preço ofertado. Já no modo de disputa fechado, as propostas apresentadas pelos licitantes são sigilosas e divulgadas na data e hora marcadas da sessão pública. Não há etapa de lances. Demais disso, temos a possibilidade da combinação dos dois modos de disputa, aberto e fechado.

O RDC manteve as formas de execução indireta (empregada por preço unitário, global e integral) previstas na Lei Geral de Licitações, mas criou um novo procedimento, que é a contratação integrada. De todo modo, tem-se que esse regime só pode ser adotado se ficar demonstrado o alto grau de complexidade técnica do empreendimento, que se caracteriza por transferir a responsabilidade para a contratada de produzir o projeto básico e executivo sendo um dos momentos de maior vulnerabilidade das licitações. Ainda, a cargo da Administração, fica a elaboração do anteprojeto de engenharia, em conformidade com a ideia macro do que se pretende contratar, auxiliando na precificação do empreendimento, sendo do contratado todo o risco da execução, inclusive com relação ao prazo e à revisão de valores.

Sequencialmente, tem-se que também é aceita pelo RDC a previsão de remuneração variável vinculada ao desempenho da contratada, com base em metas, padrões de qualidade, critérios de sustentabilidade ambiental e prazo de entrega definidos no edital e contratos, permitindo que o contratado incremente sua remuneração caso obtenha vantagem para a Administração Pública. Esse procedimento já era previsto na Lei n. 11.070/06 (regulamento da PPP).

⁵ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Segunda Câmara. Acórdão n. 887/2010. Relator: min. José Jorge. *DOU*, 12 mar. 2010.

_____. Primeira Câmara. Acórdão n. 1.437/2004. Relator: min. Augusto Sherman Cavalcanti. *DOU*, 15 jun. 2004.

_____. Primeira Câmara. Acórdão n. 3.796/2007. Relator: min. Valmir Campelo. *DOU*, 5 dez. 2007.

_____. Plenário. Acórdão n. 2.300/2004. Relator: min. Aroldo Cedraz. *DOU*, 5 nov. 2007.

Outra mudança trazida pelo RDC diz respeito à previsão de sigilo do orçamento, que se tornou exigência a partir desse novo regramento, admitindo exceção quando o critério de julgamento for o de “maior desconto” ou “melhor técnica”. De acordo com a norma, o orçamento prévio, decorrente das pesquisas realizadas na fase interna da licitação, só será divulgado após o encerramento do certame, assegurados aos órgãos de controle externo e interno o acompanhamento e a consulta do documento de forma irrestrita e permanente.

Por se tratar de regulamentação recente, que introduz institutos e práticas inéditos no nosso ordenamento jurídico, faz-se necessário maior estudo, debate e reflexão sobre os resultados alcançados. São várias as críticas apresentadas acerca da contratação integrada, orçamento sigiloso e remuneração por desempenho. Os críticos mais radicais refutam sua utilização, já que pode se transformar em instrumento de negociatas, e em dano ao erário⁶.

Instituto inédito que se acopla à legislação hodierna, a contratação integrada exige para sua exata compreensão a sedimentação de convicções a partir das experiências que suscita. Como dito, esse regime atribui ao contratado responsabilidade por todo o empreendimento, inclusive pela produção do projeto básico. A questão que se coloca aqui, de todo modo, é se temos profissionais com a *expertise* necessária para a elaboração do referido anteprojeto de engenharia, que deve conter todos os elementos técnicos destinados a possibilitar a caracterização da obra ou serviço bem como a estimar o valor da contratação com o tratamento estatístico que um levantamento de custos deve sofrer. Ademais, a lei não deixa claro como se dará a disputa entre os licitantes, visto que não constam do normativo os critérios objetivos de julgamento. Por fim, fica evidente a vulnerabilidade de aditamento quando o fundamento for caso fortuito ou força maior⁷.

Enfim, é possível que ocorram excessos e distorções no RDC, sendo recomendada, pois, sua implantação com cautela e com o máximo rigor da fiscalização pelos órgãos de controle.

No que se refere ao sigilo das propostas, para a doutrina especializada, a argumentação sedutora de que esse procedimento assegura uma melhor negociação merece maior reflexão, já que não há comprovação cabal dessa vantagem que pelo menos justifique a violação do princípio constitucional da publicidade. Em recente decisão, o TCU entendeu que na fase de negociação é permitida a divulgação do orçamento inclusive para legitimá-lo⁸.

Ressalta-se, com efeito, a existência de entendimento doutrinário distinto do que se tem a relevar⁹:

Note-se que a restrição a certas informações relativas ao orçamento é ferramenta cada vez mais utilizada internacionalmente como obstáculo à corrupção e à superação de ineficiências na licitação. A limitação à sua ampla publicidade pretende evitar a prática do alinhamento das ofertas com o valor orçado pela Administração. Argumenta-se que sua divulgação prévia aos participantes da licitação minimiza os ganhos que a pressão da disputa livre poderia gerar — atenuando os efeitos benéficos da livre concorrência. A veiculação precedente do orçamento pode inibir a prática de descontos mais significativos, uma vez que os interessados possuem incentivos para oferecer preços aproximados àquele que a Administração já estimou para a contratação. Afinal, o reconhecimento acerca de certo orçamento para a contratação presume a disposição da Administração em praticá-lo; mais do que isso, instala a certeza quanto à

⁶ A falta de planejamento e controle possibilita a contratação de obras superfaturadas ou desconectadas com o *briefing storm* das necessidades do órgão que foram originalmente levantadas.

⁷ A Lei n. 12.462/2011 prevê no art. 9º, § 4º, I, que é possível a celebração de termos aditivos no caso de “recomposição do equilíbrio econômico-financeiro decorrente de caso fortuito ou força maior”. Como sabemos, a definição desses dois institutos é discricionária, por se tratar de conceito jurídico indeterminado que deixa uma margem de liberdade para o gestor público e o contratado.

⁸ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Plenário. Acórdão n. 306/2013. Relator: min. Valmir Campelo. *Informativo de licitações e contratos* n. 141, 2013.

⁹ MOREIRA, Egon Bockmann; GUIMARÃES, Fernando Vernalha. Regime Diferenciado de Contratações: alguns apontamentos. *Revista de Contratos Públicos – RCP*, Belo Horizonte, v. 1, n. 1, p. 81-124, mar./ago. 2012.

existência de recursos necessários à sua execução. Portanto, no caso da publicidade prévia não há nenhum estímulo a que os interessados ofereçam valores significativamente mais baixos do que o orçamento (o que significa dizer que a Administração está destinada a pagar mais caro e a não se beneficiar dos ganhos de eficiência do contratado).

Nessa linha de raciocínio, certo é que o sigilo das propostas contribui para o alcance da oferta mais vantajosa. Ademais, cabe considerar que o orçamento não é totalmente sigiloso, já que fica disponível para quaisquer órgãos de controle. Além do sigilo em si como recurso para evitar o conhecimento prévio de preços, há de se guardar a informação daqueles que participarão do certame, visto que esta ficaria disponível para controle.

Assim, apesar dos avanços — com toda a certeza —, o RDC não pode ser considerado, ainda, um modelo incólume de técnica legislativa, tanto que foram propostas ações diretas de inconstitucionalidade contra alguns dos seus dispositivos¹⁰. Mas não podemos deixar de reconhecer que, de toda maneira, ele traz avanços significativos para incrementar as contratações públicas, vindo até mesmo a aditar, porquanto faltosa, a Lei Geral de Licitações, que já não se presta, por si só, ao atendimento das demandas licitatórias da contemporaneidade.

Conclui-se por todo o exposto que o RDC apresenta instrumentos para resolver a situação aflitiva das licitações públicas, incorporando boas práticas de gestão.

¹⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade n. 4655. Relator: min. Luiz Fux. Brasília, DF. Conclusos ao relator em 9 set. 2011. *DJe*, Brasília, DF, n. 177, 15 set. 2011.