



Rui Piscitelli: RDC é um teste para órgãos de controle da administração

Nestas próximas linhas nos incumbiremos de analisar criticamente a Lei do Regime Diferenciado de Contratação (RDC), passando, fundamentalmente, pela análise da Administração Pública, no tocante às suas fases.

Aos colegas advogados públicos, grandes responsáveis que serão pela análise da legalidade dos editais e seus anexos envolvendo o RDC, quero externar que a advocacia pública tem, ao menos para mim, duas grandes funções: assessorar as autoridades na escolha da melhor alternativa jurídica para implementação de uma política pública, oferecendo meios e opções para que essa autoridade possa fazer sua escolha, isso até o momento da realização do ato administrativo ou da celebração do contrato administrativo. A partir de então, penso que a advocacia pública passa a exercer, concomitantemente, a segunda função do seu vértice, qual seja, a de controle dos atos e contratos administrativos.

Nesse sentido, a advocacia pública encontra afinidades com os demais órgãos de controle, devendo trabalhar com o apoio e a parceria institucional dos órgãos de controle interno e externo, e, também, das demais funções essenciais de Justiça, notadamente o Ministério Público.

Nesse sentido quero dizer que a advocacia pública tem uma função dúplice: até a prática do ato pelo gestor, com o assessoramento e oferecimento de alternativas jurídicas; e, uma vez praticados os atos pelos gestores, a advocacia pública, constitucionalmente, passa ter essa função de controle dos próprios atos e contratos administrativos. Não é à toa que a ação civil pública e a ação de improbidade administrativa titulariza a capacidade postulatória ativa para seus ajuizamentos os membros da advocacia pública. E, nesse sentido, a Advocacia-Geral da União, tem se destacado na propositura de diversas dessas ações, com o viés de controle do interesse público.

Feitos esses esclarecimentos iniciais, adentro ao tema que me foi posto hoje, para fazer uma apresentação do novo Regime Diferenciado de Contratação Pública (RDC) para os Jogos Olímpicos, Copa das Confederações e Copa do Mundo. Grandes eventos esses que serão realizados de 2013, no caso a Copa das Confederações, até 2016, quais sejam, Jogos Olímpicos e Para-olímpicos no Brasil.

Ganha relevo, também, a inclusão na Lei 12.688, de 18 de julho de 2012, que, no seu artigo 28, inseriu dispositivo na Lei 12.462, de 4 de agosto de 2011 (a Lei do RDC), estendendo a aplicação da Lei do RDC também às ações do Plano de Aceleração do Crescimento – PAC (este com o tratamento da destinação de suas fontes de financiamento tratadas na Lei 11.578, de 26 de novembro de 2007).

Pois bem, sabemos que a matéria de licitações e contratos administrativos já vem posta na Constituição em dois tópicos: o artigo 22, inciso XXVII e o artigo 37, inciso XXI.

No nível legal, a Lei Geral de Licitações de Contratos Administrativos no Brasil continua sendo a Lei 8.666, de 21 de junho de 1993, esta editada na competência privativa da União referentemente a disposições de normas gerais acerca da matéria, aplicando-se, conseqüentemente, aos demais entes,



estados e municípios.

Ocorre que nos últimos anos surgiu a expressão “Novo Direito Administrativo” ou “Direito Administrativo Contemporâneo”. Esse processo redonda que alguns dos institutos dos quais classicamente utilizávamos no Direito Administrativo, como o ato administrativo, tiveram de ser paulatinamente transformados, ajustados, de uma perspectiva unilateral-estatal para uma nova realidade, na qual a sociedade participa e exige muito mais da Administração Pública.

Historicamente, o Estado, ao menos na sua versão atual, nasce na Idade Moderna, na fase da formação dos Estados Nacionais. Esse Estado, naturalmente, era voltado, essencialmente, à manutenção de si próprio, com as atividades que denominamos introversas.

Registro importante a se fazer é o rompimento desse modelo com a Revolução Francesa, que trouxe à sociedade mundial o conhecido “não-Estado”, como resposta daquela sociedade insatisfeita em financiar aquele “grande e robusto homem artificial” e não ter o retorno desejado.

Posteriormente, em face do desenvolvimento da sociedade, notadamente no final do século XIX, aquela passa a exigir a presença estatal, mas não naquele modelo introverso, senão para atuar ativamente em defesa da população.

Destacam-se como movimentos desencadeadores desse processo o final da Revolução Industrial que causou uma monopolização privada e uma precarização absoluta das relações decorrentes do trabalho; o início da divulgação pelos emigrantes europeus dos ideários socialistas e, também, a edição da Encíclica Rerum Novarum, do Papa Leão XII, a demonstrar a necessidade de os Estados mundiais atuarem, sob pena de esfacelamento do tecido social.

Pois bem, a Administração Pública, nesse histórico acima resumidamente posto, caminha como um dos braços do Estado (ao lado do governo). Dessa forma, à Administração Pública, contínua por essência, compete a operacionalização das políticas idealizadas pelos agentes governamentais (governos, esses, por essência, temporários, em face do regime democrático).

Inicialmente, com o Estado Absolutista, tínhamos a Escola denominada patrimonialista, na qual os primórdios administrativos são estabelecidos. Mas essa Escola era nitidamente vinculada ao Governo, dele, inclusive, tinha a indicação para compor os quadros administrativos. O controle por parte da Administração Pública, nesse estágio, não foi desenvolvido. Também a qualificação dos quadros administrativos não era sua marca característica, em face das poucas atividades que lhes eram deferidas, quais sejam, notadamente as de manutenção do próprio governo (atividades introversas).

Sob o pálio do Estado liberal, também não podemos cogitar de um maior desenvolvimento da Administração Pública, pela própria essência da missão atribuída ao Estado de somente minimamente adentrar à sociedade.

Já, no final do século XIX, com o clamor social pela atuação estatal, a Administração Pública passou a ter a necessidade de se reformular, afinal, agora passaria a ser a grande realizadora das políticas governamentais. Uma Administração Pública meritocrática, técnica, sem a dependência dos agentes



governamentais para entrada ou manutenção nos quadros administrativos, certamente, reforçaram um dos seus focos de atuação, ao lado da implementação técnica das políticas idealizadas pelos agentes governamentais, qual seja, o controle, este tanto das atividades governamentais quanto da própria Administração.

Temos, assim, os fundamentos da burocracia, a segunda grande Escola Administrativa, idealizada por Max Weber no início do século XX.

Na sequência, durante todo o século XX, temos um Estado cada vez mais demandado pela sociedade a atuar, tanto na economia, quanto na regulação. Um Estado se formou verdadeiramente para a sociedade, o que denominamos extroverso.

Ocorre que, ao final das duas Grandes Guerras Mundiais, o Estado, ainda mais foi demandado pela sociedade, a reconstruir toda a economia mundial, vindo o Estado a recorrer, essencialmente, ao financiamento, para que pudesse soerguer o mundo devastado pelas Grandes Guerras. Temos, aí, a fase do *Welfare State* — o Estado Social.

Todavia, já no final da década de 70 e início da década de 80, no Mundo, assistimos a uma necessidade de reformulação do Estado em nível mundial. A manter aquele nível de atuação, certamente, a sociedade passaria a perder cada vez mais espaço, avizinhandando-se, mesmo, uma socialização na economia.

É a época em que, nos Estados Unidos, Ronald Reagan e, na Inglaterra, Margareth Thatcher, desenham um novo Estado mundial: o Estado gerencial. Um Estado em que a sociedade passaria a assumir as atividades até então públicas, algumas por transferência de titularidade, e, outras, na mera delegação de exercício.

Aí a Escola gerencial de Administração Pública é gestada, devendo a atividade estatal não mais focar a intervenção econômica, tampouco a prestação de serviços públicos (esses devendo continuar prestá-los ao menos minimamente), mas as funções de fomento e de regulação econômica passaram a ser fundamentais.

No Brasil, a Escola Burocrática é fundada no início do governo Vargas, e a Escola Gerencial, na década de 90, notadamente, com a promulgação da Emenda Constitucional 19, de 1998, a Emenda da Reforma Gerencial do Estado Brasileiro.

Pois bem, esse Estado Gerencial não visa a acabar com a burocracia, senão aprimorá-la (o alvo, desde a Escola burocrática é o patrimonialismo, que representa a intromissão do privado no público, com suas formas próprias de corrupção e cooptação). Institutos como a participação popular via consultas e audiências públicas, concessão de serviços públicos, terceiro setor, parcerias com a iniciativa privada, dentre outros, são a tônica do Estado Gerencial. Daí, então, ele se volta para aquilo que a gente chama das Novas Formas do Direito Administrativo.

Nesse contexto, esse Direito Administrativo contemporâneo passou a trabalhar com a principiologia



como vinculação à sua aplicação, ou seja, a constitucionalização do Direito Administrativo. A legalidade é substituída pela juridicidade, a segurança jurídica vem sobrepujar a legalidade, proibindo a anulação dos atos, ainda que ilegais, após o decurso decadencial de 5 anos, a proporcionalidade passa a ser dever do administrador público na aplicação do caso concreto. E mais: toda a principiologia administrativa aplicada pelo gestor passa pelo crivo do Judiciário que, agora não mais se restringe à formalidade jurídica, senão avança à avaliação da essência do ato, e, mesmo, do cotejo dos parâmetros da discricionariedade com os princípios aplicáveis ao Direito Administrativo. Nesse cenário, gestor e Judiciário ampliam sua esfera de atuação.

Nessa seara, o ato administrativo unilateral clássico, hoje, no Direito Administrativo contemporâneo passa não ser mais o grande objetivo do Direito Administrativo. Como exemplos, podemos citar a Lei Geral de Licitações e a Lei Geral de Processo Administrativo Federal prevendo consultas e audiências públicas, ainda que não vinculantes, antes da edição dos atos administrativos. Um grande avanço no controle da Administração Pública, mormente previamente à realização dos atos administrativos.

Mais, hoje o grande objeto do Direito Administrativo passou do ato administrativo para política pública. Por quê? Porque, nesse novo cenário de política pública, não só o Estado é, isoladamente, o grande guardião dessa política pública, mas toda a coletividade. Ou seja, num conceito de política pública, o Estado coordena, sim, as atividades para a realização dessas políticas, mas ele tem que contar muito com os parceiros da iniciativa privada.

Tratar disso pode parecer um tema relativamente novo, mas se formos um pouquinho atrás, já no Decreto-lei 200, de 67, quando fixou os princípios da administração pública, um deles nos chama a atenção: o princípio da descentralização. O Decreto-lei 200 já iniciou no Brasil, ainda que não se diga muito isso, um novo Direito Administrativo contemporâneo. Isso sem falar no viés de controle, que passa a prestigiar o custo x benefício, e não somente o controle formalístico prévio.

O Decreto-lei 200, de 67 quando dispõe sobre a descentralização assim contém: o Estado deve se concentrar nas atividades finalísticas, quanto às atividades-meio, ele deve se valer do princípios da descentralização, quer via contratos administrativos (para entidades privadas, com prévia licitação, posto atividades de interesses opostos), quer via convênios (para outros entes públicos ou entidades privadas sem fins lucrativos, para atividades de mútua colaboração).

Mas, sem sombra de dúvida, foi a Emenda constitucional 19, de 1998, que consolida esse Estado-Administração gerencial, no qual o Estado passa não mais a ser o ator principal da sociedade, senão como leciona Diogo Figueiredo Moreira Neto, sobre o Princípio da Subsidiariedade, o Estado passa a ser um ator subsidiário na sociedade (e a Ordem econômica na Constituição, nos seus arts. 170 a 175 enfoca isso, devendo o Estado priorizar a atividade de polícia administrativa e fomento).

Nesse sentido, então, para implementação das políticas pública, o Estado não pode mais coercitivamente se valer do ato administrativo, ele tem de se valer das políticas públicas, em harmonia com os demais agentes da sociedade.

Por que foi importante fazer esse pequeno retrospecto? Para que a gente possa entender o regime diferenciado de contratações trazido pela Lei 12.462, de 2011, posto termos de passar por uma análise,



talvez não só literal, que é a mais restrita que a gente conhece no Direito, mas temos de evoluir para uma interpretação sistemática e teleológica das regras e licitações de contratos administrativos.

Quando a Lei 12.462 traz princípios outros que não os clássicos princípios da Lei 8.666, de 1993, como eficiência e economicidade, temos de interpretar que se está implementando esse novo Estado-Administração Pública gerencial, de um Estado subsidiário que não tem mais estrutura para, sozinho, praticar atos unilaterais administrativos. Esse Estado subsidiário precisa cada vez mais de outros agentes para formulação e implementação das políticas públicas.

Pois bem, a Lei 12.462, de 2011, na verdade, foi fruto de emendas parlamentares, posto que a Medida provisória 527, originariamente, tratou sobre a Secretaria Nacional de Aviação Civil.

Já anuncio, preliminarmente, que pendem no Supremo Tribunal Federal o julgamento de duas Ações Diretas de Inconstitucionalidade, a ADI 4.645 e a ADI 4.655, sobre vários artigos dessa nova Lei 12.462 (Regime Diferenciado de Contratação Pública). Os autores dessa lei foram os partidos políticos, em uma delas, e, na outra, o Ministério Público Federal.

Adentrando em alguns pontos específicos da lei, que eu penso deva-se fazer uma análise, temos, além dos já trazidos na Lei 8.666, de 1993, novos princípios no seu artigo 3º, quais sejam, a eficiência e a economicidade.

Importante é entendermos, ao menos originariamente, que a Lei 12.462 foi concebida não para ser permanente, mas exclusiva para esses grandes jogos. Essa é uma lei que tinha prazo de validade, para os Jogos Olímpicos, Copa das Confederações e Copa do Mundo.

Nesse sentido, justifica-se, com base nesses princípios, a necessidade de que alguns institutos que, inclusive sofreram combate de órgãos de controle no âmbito da Lei 8.666, repito, em face da necessidade das grandes obras que se avizinham.

Só não nos esqueçamos de que, em 2012, com a Lei 12.688, o RDC foi estendido às ações do PAC, programa este, ao menos não formalmente, não temporário.

É bom registrar que já tive a oportunidade de fazer parte de um Grupo Executivo, no âmbito da Advocacia-Geral da União, o GECOPA, que acompanha diuturnamente toda a realização das ações para os grandes jogos, e já pude constatar que os agentes governamentais também justificam essas grandes obras, que serão feitas em face desses jogos, como as arenas multiuso, os aeroportos, as obras de infraestrutura, as obras de mobilidade, não somente para a Copa do Mundo, senão a Copa do Mundo está propiciando, este é um argumento central, que esses jogos, esses grandes eventos, estão propiciando que essas grandes obras sejam feitas, de modo que haja uma necessidade premente, um choque, em cima dessas datas de que essas grandes obras sejam entregues prontas e que, com certeza, elas terão um efeito em termo de PIB muito grande para o país. Ou seja, não só durante a realização dos jogos, mas em decorrência dessas obras que ficarão e serão utilizadas para vários outros instrumentos posteriores, se justificam essas grandes obras e se justifica esse regime especial de contratação pública, objeto da Lei 12.462, de 2011 (Regime Diferenciado de Contratação Pública — RDC).



Adentrando um pouco mais na lei, em seu artigo 4º, ela trata das diretrizes, padronização de objeto, padronização de instrumentos convocatórios, padronização de manifestações jurídicas, parcelamento de objeto (ela vem dando muita ênfase nisso, já é um princípio clássico da Lei 8.666).

Reconhece-se que há alguns problemas que Lei do RDC tentou resolver. Mas, se de um lado, ela dispõe que os projetos básicos, os pareceres e os instrumentos convocatórios devem preferencialmente ser padronizados, de outro, ela, de alguma maneira, delega algumas atividades que deveriam ser da Administração Pública para os contratados da iniciativa privada. Essa lei faz-nos refletir sobre um ponto básico, e esse é meu ponto básico de reflexão da lei RDC.

A Administração Pública brasileira, definitivamente, não estava preparada para essas grandes obras que têm de, compulsoriamente, ser feitas para esses jogos. E aqui eu testemunho isso porque na minha vida diária de procuradorias de várias autarquias, fundações e empresas públicas, a gente sente, no dia a dia mesmo, os reflexos da falta do planejamento da maioria dos gestores públicos.

Verdade é, e isto precisa ser dito, a década de 90 marcou, praticamente, o fim do Estado brasileiro. Os governos que iniciaram o novo milênio tiveram de reconstruí-lo (vide a substituição dos terceirizados por concursados, criação de estatais, consolidação do modelo regulatório, etc.). Uma comparação eu sempre faço: a “Revolução Francesa” ocorreu no Brasil, especialmente na reorganização do Estado e da Administração Pública, na década de 90 do século passado.

Veja bem, só a título de reflexão de alguns institutos polêmicos que eu vou trazer aqui da Lei do RDC. O Brasil foi anunciado como escolhido para sediar a Copa do Mundo, pela FIFA no ano de 2007! A Lei do RDC é de 2011, e pegou “carona” numa Medida Provisória, MP 527, também de 2011, que tratava sobre outro assunto totalmente diferente.

Ou seja, há muitos institutos que já poderiam ter sido adaptados, de há mais tempo, pelo menos de 2007 para cá, a essas grandes obras dos jogos. Por exemplo, a Lei da Parceria Público-Privada (PPP), é uma lei de 2004, (Lei 11.079), sendo que, inclusive, algumas obras no estádio da Fonte Nova, por exemplo, estão se valendo do instituto da PPP, que já significa um novo Direito Administrativo, porque essa parceria não trabalha naquela visão de ato administrativo unilateral, ela concebe já no âmbito de política pública, inclusive, dando contornos específicos para os contratos da PPP. Então, já tínhamos alguns instrumentos desse novo Direito Administrativo, e permanentes, que poderiam dar vazão a essas grandes obras, desde que tivessem sido usados com maior tempo e com maior planejamento.

A minha impressão é de que, no início de 2011, se vislumbrou na integralidade para esse problema das grandes obras, que vão ter de ser feitas de 2012 a 2016. Então, com aquela legislação não seria mais possível cronologicamente fazer essas grandes obras, tendo-se de criar um novo instrumento jurídico. E esse instrumento jurídico veio, a Lei do RDC.

Um dos objetos dessas ADIs (4.645 e a 4.655) que nem análise da liminar ainda tiveram, é quanto à forma. As emendas parlamentares que redundaram na Lei 12.462 foram todas inseridas no ambiente



parlamentar de uma MP, que veio do Poder Executivo (a de número 527), que tratava exclusivamente da criação da Secretaria Nacional da Aviação Civil. Então, nenhuma dessas matérias da MP tratavam de especificações do regime de licitações e contratos para esses jogos. Ou seja, todas vieram por emenda no processo legislativo, já no âmbito do Congresso Nacional. E esse é o primeiro ataque que as ADIs (4.645 e 4.655) fazem: o vício de pertinência formal, não tendo vindo na origem da medida provisória esses dispositivos especiais sobre contratações públicas.

No mérito, quero destacar alguns pontos mais problemáticos da lei, por exemplo, o inciso 2º de seu artigo 7º, que traz a questão das amostras já passíveis de exigência na pré-qualificação das propostas. Visa-se a dar celeridade ao processo licitatório porque agora não se pode perder mais nenhum segundo no procedimento (ou as obras não são entregues a tempo), na medida em que flexibiliza-se um pouco a questão das amostras.

Sabe-se que o entendimento dos órgãos de controle é de que podem e até devem ser exigidas amostras nas licitações. Só que, se forem exigidas amostras antes de ter um classificado final, pode-se levar a um estreitamento da competitividade. Tem-se aceito, até hoje, que essas amostras sejam feitas do classificado em primeiro lugar. Se essa amostra não for aprovada, então, passa-se ao segundo lugar. Mas a Lei 12.462 já amplia um pouco mais essas amostras, e aqui vai-se testar os órgãos de controle.

Já o seu artigo 8º traz uma grande novidade, e, inclusive, é um dos objetos das ADIs (4.645 e 4.655), que é o Regime de Contratação Integrada.

O que é o Regime de Contratação Integrada? A definição vem no artigo 9º da própria lei. Ele permite que, com base num anteprojeto (conceito novo na legislação licitatória), com os elementos mínimos que devem nele constar, o mesmo contratado forneça para a administração o projeto básico, o projeto executivo e o objeto principal da contratação. Isso é um grande óbice que se enfrenta no âmbito da Lei 8.666, porque já se permite que o projeto executivo possa ser contratado junto com o objeto principal da licitação, mas nunca o projeto básico. A Administração pode até não ter condições técnica de fazer o seu projeto básico no âmbito da Lei 8.666, mas ela vai fazer o processo de licitação distinto para sua aquisição.

Aqui eu lanço uma reflexão, recordando a questão do planejamento na Administração Pública: tenho sérias dúvidas se a Administração não vai ficar, absolutamente, dependente do contratado. Eu até entendo que muitos órgãos e entidades públicas não têm qualificação técnica administrativa para fazer esses grandes projetos básicos, mas permitir que o próprio contratado do objeto principal o faça pode levar a que o próprio contratante não tenha condições de avaliá-los, inclusive no sentido da realização do próprio objeto principal contratado.

O problema vai ser aqui, eminentemente, a fiscalização desses contratos administrativos, porque o projeto básico é justamente aquele instrumento no qual a Administração explicita do que vai contratar, faz a especificação do objeto, etc. E, na medida em que se permite que uma empresa faça o projeto básico para a Administração (a própria empresa contratada pelo objeto principal) não se está assumindo que não sabemos exatamente o que queremos contratar? E, na medida em que se permita que a mesma empresa, que vá fazer o objeto principal, também faça o projeto básico, além do projeto executivo, vejo que aqui vai haver um problema na fiscalização desses contratos. Talvez o princípio da segregação de



funções tenha sido um pouco afetado.

Mas qual é o grande argumento aqui? É que a Administração não teria condição de fazer nesse exíguo prazo todos os projetos básicos necessários, ou licitações próprias diferenciadas do objeto principal, para a realização desses projetos básicos.

É o regime de contratação integrada, sem dúvida, um dos pontos mais polêmicos da lei, ao permitir que o executante do objeto principal da licitação, também no mesmo contrato, seja contratado para fazer o projeto básico, o projeto executivo e a execução do projeto principal.

Outro ponto muito polêmico da lei é a questão do sigilo das propostas, também alvo das ADIs 4.645, 4.655. O quê ocorre? No procedimento licitatório clássico, temos as fases interna e externa. Na fase interna, dentre vários procedimentos, devem ser feitas pesquisas prévias de mercado, com várias finalidades: elas delimitam o valor máximo de contratação, dão suporte para averiguar se há dotação orçamentária própria, propiciam que a Administração busque propostas cada vez mais vantajosas em relação a essa média de mercado, etc.

E a Lei do Regime Diferenciado de Contratação traz que, com exceção aos órgãos de controle, essas propostas de preços, colhidas na fase interna, que redundam num valor estimado, hoje públicas e com a média publicada nos Editais, não sejam publicados, sejam, pois, um dado sigiloso.

Qual é a argumentação para a Lei do RDC ter trazido isso? A de que, se os licitantes souberem desse valor estimado, isso pode não redundar em propostas suficientemente mais vantajosas e melhores do que essa para a Administração.

Verdade é que, hoje, na modalidade pregão, que é o que mais se tem utilizado (pelo Decreto 5.450, de 2005, inclusive o pregão já é obrigatório para a aquisição de bens e serviços comuns da Administração pública Federal), autores que já discutem isto: se no pregão a divulgação da média estimada é ou não obrigatório, ou é ou não vantajoso, para Administração. O problema é que a gente cria uma reflexão interessante: o processo administrativo, no inciso LV do artigo 5º da Constituição Federal, assim como o processo judicial, é público. E o sigilo de documentos só encontra guarida na Lei de Acesso à Informação, Lei 12527, de 2011, nos casos de ameaça à segurança da sociedade ou do Estado, nos casos trazidos nos incisos do seu artigo 23.

Avançando, a própria Lei do RDC também incentiva que os procedimentos licitatórios sejam feitos de forma eletrônica, mas independentemente da forma eletrônica eles vão ter autos físicos para o seu acompanhamento.

Talvez esse seja o terceiro ponto mais combatido: o primeiro é a questão formal da MP 527, que originariamente não trazia nenhum artigo sobre o Regime Diferenciado de Contratação, sendo todas essas emendas feitas no processo parlamentar; o segundo, é o regime de contratação integrada que permite que seja feito uma licitação só para a contratação do projeto básico, executivo e do objeto principal (exclusivamente pelo tipo de melhor técnica e preço), procedimento que, até hoje, não se



conhecia, haja vista o projeto básico ser uma prerrogativa própria da Administração, a não ser que fosse feito um processo licitatório só para a contratação desse projeto básico; por fim, o terceiro, trata do sigilo das propostas até o julgamento das mesmas. Ainda, o seu artigo 13 traz a preferência pela forma eletrônica.

Nesse sentido, a Lei do RDC traz muitas vantagens, mas com institutos já tinham sido trazidos na lei do pregão. A questão da forma eletrônica do processo licitatório e a questão da inversão de fases são exemplos disso.

Sobre a inversão de fase (primeiro julga-se a proposta, para, somente após habilitar-se o licitante), já prevista no pregão, tem as vantagens de economicidade e da celeridade. Destaque-se que, se a proposta vencedora não for habilitada, habilita-se a segunda licitante, e assim sucessivamente.

Repito, os instrumentos da preferência pela forma eletrônica e a inversão de fases são vantagens que já deveriam ter sido trazidos permanentemente à Lei 8.666, a lei geral de contratações públicas.

Outra questão que a lei do Regime Diferenciado de Contratação traz, do pregão eletrônico, é a da negociação das propostas, com a possibilidade de que a proposta do vencedor seja renegociada conforme a Administração entenda se aquela proposta continua ou não sendo a proposta mais vantajosa.

Outros pontos que penso serem necessários trazer-se: a Lei de RDC diminui alguns prazos, eminentemente os prazos recursais e o prazo de apresentação de propostas, tudo isso com o objetivo de aumentar a celeridade do procedimento; prevê, salvo regra contaria, a fase dos recursos administrativos como somente uma fase; reduz o prazo de apresentação das propostas, que é aquele prazo que medeia a publicação do edital e a abertura das propostas das empresas.

Acerca da vigência dos contratos a regra dos contratos administrativos, da Lei 8.666, no seu artigo 57, é a de que é duração da vigência dos créditos o seu prazo, podendo os contratos durarem até um ano, e, no caso da contratação de serviços continuados, até cinco anos.

Já, a Lei do RDC, prevê que os contratos possam valer até o fim das atividades da autoridade pública olímpica, que é o ano de 2018, do que prevê-se esse regime diferenciado de contratação até ano de 2018.

Ainda, no seu artigo 29, é trazido um outro ponto muito combatido pelas ADIs 4.645 e 4.655, ao tratar no título "Procedimento auxiliares das Licitações" da pré-qualificação permanente, que é um instituto previsto na Lei 8.666, de 1993, como exceção.

A Lei do RDC traz a pré-qualificação como permanente, ou seja, antes de abrir o procedimento licitatório já se prevê a possibilidade de obrigar os licitantes que apresentem determinados requisitos para entrarem naquele procedimento licitatório. Os autores administrativistas e os órgãos de controle não gostam muito disso porque isso poderia ferir o próprio inciso XXVII do artigo 22 da Constituição Federal, que manda que os requisitos de habilitação devem se restringir ao necessário ao procedimento licitatório. Ou seja, na medida em que eu tenho uma pré-qualificação, e dita pela lei do RDC pré-qualificação permanente, eu posso estar restringindo um pouco a competitividade.



Registre-se que a lei do RDC também privilegia bastante as atas de registro de preços como celeridade e como economicidade, e, aqui, remetemos à questão da limitação dos “caronas” e, ao menos no âmbito federal, de utilização das atas de outros entes federativos.

A Lei do RDC traz outra questão interessante que é a da remuneração variável do contratado, sendo outro ponto, também, combatido nas ADIs 4.645 e 4.655, na qual no transcorrer do contrato, se o contratado economizar insumos da sua planilha de custos, prevista inicialmente, poderá a Administração conceder uma remuneração variável a esse contratado, conforme o retorno econômico que ele der para a Administração.

Isso aqui é um típico instrumento bem gerencial. Se recordarmos da Emenda constitucional 19, de 1998, quando ela criou os contratos de gestão, que pouco foram operacionalizados na Administração Federal, temos também a questão do direcionamento dos resultados positivos para os órgãos e entidades que tivessem aderido àqueles contratos. Recorde-se que esse recurso economizado poderia reverter, em parte inclusive, até como forma de gratificação para os servidores daqueles órgãos e entidades públicos.

Repita-se é um instrumento gerencial, absolutamente novo no ordenamento de licitações brasileiras, onde o equilíbrio econômico financeiro é fixado no início do contrato, podendo ser mudado, no caso da Lei do RDC, se o contratado, conforme o dispositivo específico, economizar insumos da sua planilha de custos apresentada no processo onde ele sagrou-se vencedor na licitação, passando a fazer jus a uma remuneração adicional em face dessa economia que ele faça para o contratante público.

Aqui eu volto à reflexão inicial: eu entendo que o Estado brasileiro já não ocupa e não pode ocupar, pela complexidade da sociedade brasileira, o papel central na economia. Temos, aqui, o princípio da subsidiariedade, trazido pelo professor Moreira Neto. Eu só tenho dúvidas de como é que se vai introduzir isso na cultura da Administração pública brasileira. Como é que vamos ter um instrumento objetivo para aferir essa economia do contratado e mudar essa equação econômica financeira no curso do contrato administrativo. E, como aditivo contratual, as Procuradorias vão ter de se manifestar previamente, nos termos do parágrafo único do artigo 38 da Lei Geral Licitação, aplicável subsidiariamente à Lei do RDC.

Gize-se: devem-se estabelecer critérios objetivos no edital, sob pena de ferir-se o princípio da vinculação ao instrumento convocatório.

Essa questão da remuneração dos contratados com base no retorno econômico, também é uma questão muito combatida para as ADIs 4.645 e 4.655.



Não pode nos passar despercebido também o contido no parágrafo 2º do seu artigo 20 que altera a tradicional ponderação igualitária entre os requisitos preço e técnica, no caso do tipo de licitação técnica e preço. Veja-se que o critério técnica pode chegar até a setenta por cento, o que, sem dúvida, torna ainda mais necessário serem fixados critérios os mais possíveis objetivos, e passíveis de medição, sem qualquer tipo de direcionamento. Agregue-se a isso que o regime de contratação integrada tem, no tipomelhor técnica e preço, a única possibilidade de aplicação. Mais uma tarefa singular à análise dos pareceristas jurídicos, por ocasião de seu parecer prévio.

É importante registrar que em 11 de outubro de 2011 foi editado o Decreto regulamentando a Lei do RDC, qual seja, Decreto 7.581, de 2011, dele destacamos:

- a) O inciso II do parágrafo 1º de seu artigo 3º veda a participação na licitação, no caso de contratação integrada, da pessoa física ou jurídica que realizar o anteprojeto, o que sugere que, mesmo o anteprojeto, poderá ser licitado pela Administração;
- b) O seu artigo 4º enumera os requisitos da fase interna do procedimento do RDC;
- c) Nos seus artigos 18 a 22, estabelece-se que as propostas dos licitantes poderão ser públicas ou sigilosas, o que significa que não somente o orçamento da estimativa é divulgado após o encerramento da licitação, mas as próprias propostas dos licitantes podem ser sigilosas, até o momento de suas divulgações;
- d) O parágrafo 3º de seu artigo 102 autoriza quem não participou do Edital de SRP/RDC a contratar até 5 vezes a quantidade prevista para cada item.

Comentando o decreto regulamentador, temos que a diretiva dos Órgãos de Controle estava indo na direção de limitação dos “caronas” ao total da ata originária. A propósito, veja-se Parecer 348/PGF/RMP/2010. Haverá, no meu entender, uma tendência administrativa a querer utilizar a analogia para o SRP da Lei Geral Licitatória.

Resumindo-se, tem-se que essas duas ADIs, uma proposta do Ministério Público Federal e a outra dos partidos políticos praticamente têm objetos similares, quais sejam: o vício formal da MP 527, onde todos esses pontos da Lei de RDC foram inseridas por medidas parlamentares, não tendo ido ao Parlamento no texto original da MP; a questão do regime de contratação integrada, onde permite-se que o mesmo licitante vencedor faça projeto básico, executivo e o próprio objeto principal; a questão da remuneração variável pelo contratado, prevendo, acaso haja economia na planilha de custos do contratado, uma remuneração que poderá ser acrescida com base nessa economia que ele gerou na execução; a questão do sigilo das estimativas de preços coletadas na fase interna e, finalmente, a questão da pré-qualificação permanente, poderíamos dizer são os grandes pontos que são tratados nas duas ADIs, que não tiveram, até o momento, sequer examinada a liminar pelo STF.

Minha impressão até este momento dessa nova lei passa pelo entendimento que temos de ter que o Estado brasileiro não pode ser mais o ator principal da economia. O problema é que, mais uma vez, do meu ponto de vista, faltou planejamento, faltou preocupação como o tempo hábil para essas obras, repetindo: em 2007 o Brasil já sabia que ia sediar esses jogos, essa lei é agora de 2011.

Aponte-se, por oportuno, que a União nesse processo não está diretamente como grande executora dos projetos. As construções são de responsabilidade primária dos Estados membros, mas a União está como



garantidora dessas operações e fazendo essas supervisões.

No tempo em que atuei no Grupo Executivo – GECOPA, no âmbito da AGU, verifiquei que de há mais tempo a União e estados-membros deveriam estar interagindo na execução de grandes projetos em comum, que essas interações deveriam ter sido muito mais frequentes e de há algum tempo.

Nesse sentido, há uma súmula, de número 222, do Tribunal de Contas da União (TCU), que traz que as interpretações do TCU, sobre a Lei 8.666, têm força vinculante aos estados-membros, porque se a Lei 8.666 é uma lei geral de licitações e contratações administrativas, o TCU, interpretando os dispositivos da referida Lei, dita essa interpretação para os estados e municípios.

Ainda, esses institutos que são trazidos na lei do RDC visam, como eu disse, basicamente a dar celeridade ao processo e visam a dar garantias institucionais, mas num ponto de vista excepcional, para os grandes jogos de 2013 e 2018, com alegação de que essas grande obras realmente , e isso acontecerá, alavancarão o PIB nos próximos anos da sociedade brasileira , mas, repito, o planejamento na hora adequada poderia ter evitado muitos desses problemas.

Como operador do direito, sempre fico com um pouco de medo sobre leis especiais para determinadas ocasiões. Isso pode nos lembrar dos tribunais de exceção.

Verdade é que alguns dos instrumentos trazidos pela Lei do RDC, como a questão da forma eletrônica das licitações, da inversão das fases, da obrigatoriedade das negociações com os licitantes, mesmo depois de ter-se a melhor proposta, repito, deveriam ser trazidas permanentes para a Lei 8.666. São dispositivos que já existem na lei do pregão.

Finalizando, estes são os pontos centrais: a contratação integrada, o sigilo das propostas até seu julgamento e a remuneração variável ao contratado.

Não podemos de gizar que, com o advento da Lei 12.688, de 2012, a Lei do RDC perdeu o caráter de temporariedade, passando a ser permanentemente autorizada para utilização nas ações do PAC, obras essas de grande impacto econômico e social, o que, aqui, temos de sopesar o argumento de temporariedade, originariamente adotado na defesa das medidas no âmbito dos grandes jogos apenas.

Ainda, tenha-se que as ações do PAC, via transferências obrigatórias de recursos federais aos estados e municípios beneficiados (via o instrumento dos Termos de Compromisso), não são definidas pelo Poder Legislativo, senão administrativamente pelo Poder Executivo, por proposta do Comitê Gestor do Programa de Aceleração do Crescimento (CGPAC), como define o artigo 2º da Lei 11.578, de 2007.

Ou seja, os mecanismos e instrumentos da Lei do PAC passaram a vigor permanentemente no ordenamento jurídico brasileiro, ao menos, até o presente, para as ações de investimento do PAC. Deve-se refletir sobre a profundidade desse assunto.

Pessoalmente, penso, no mínimo, que a comunidade jurídica está iniciando a sua discussão e vai levar algum tempo ainda para sopesar esses institutos no âmbito da nova Administração Pública brasileira, sob o pálio do Direito Administrativo contemporâneo. Muita doutrina e jurisprudência ainda vão se firmar



acerca desses temas.

Espero, neste curto espaço, ter mostrado alguns pontos, os mais específicos da Lei RDC, o ambiente em que eles se inserem, as dificuldades que os operadores do Direito vão ter para entender esses novos institutos, institutos esses novos que, na forma ordinária, vinham recebendo resistências dos órgãos de controle, mas vejo a parceria, inclusive do TCU, instrumento de grande valia, mormente no controle prévio e concomitante de muitas dessas obras.

E esse controle, muitas vezes prévio e concomitante, deve ser mais exercido, mormente com a ferramenta do RDC tender a atingir a quase totalidade dos investimentos públicos no país.

Como sempre digo: o maior instrumento para a fiscalização dessa lei vai ser a publicidade, instrumento necessário que os Poderes constituídos devem maximizar para que o controle popular também possa exercer o seu papel, tão necessário à sociedade brasileira.

Date Created

09/10/2012