http://infraestruturaurbana17.pini.com.br/imagens/IU_logotipo.jpg

Regime diferenciado de contratação

Aprovação do RDC para obras da Copa do Mundo e Olimpíada pode agilizar as licitações, mas sob o risco de equívocos como falta de segurança e de controle nas contratações públicas

Edição 5 - Julho/2011

|  |
| --- |
| acervo pessoal |
| Benedicto Porto Neto |

Não é de hoje que se sabe que a Lei Geral de Licitações precisa ser alterada para conferir agilidade às contratações públicas, ainda que haja divergências quanto às melhores medidas para alcançar esse objetivo. Já por ocasião da divulgação do primeiro Programa de Aceleração do Crescimento (PAC), o Poder Executivo apresentou Projeto de Lei nesse sentido, que aguarda votação final pelo plenário do Senado desde 2009.

O Brasil tão pouco foi pego de surpresa com sua escolha para receber a Copa do Mundo de 2014 e a Olimpíada de 2016; as entidades responsáveis pelos eventos escolhem os países-sede com antecedência suficiente para que sejam adotadas todas as providências necessárias à sua organização. O governo, porém, nem conduziu a sério o processo para modificação da lei, no qual fossem enfrentadas e resolvidas as discordâncias em torno do tema, nem promoveu as licitações relativas aos jogos com a antecedência que o atual regime impõe. Deixou tudo para a última hora, e agora alega a situação de urgência que ele mesmo provocou para justificar a criação às pressas do Regime Diferenciado de Contratação (RDC), regras especiais para licitações e contratos de obras e serviços relacionados aos eventos esportivos.

Já aprovado pela Câmara dos Deputados, parece-me certo que o Senado também dirá amém ao RDC, que entrará no mundo jurídico pelas portas do fundo do Congresso Nacional, de carona em Medida Provisória que trata de outros assuntos, aprovada na calada da noite, sem oportunidade para debates nem para aperfeiçoa­mentos. Esse quadro é muito grave, e naturalmente desperta desconfiança.

O declarado objetivo do RDC é tornar mais ágeis as licitações, preocupação que até recentemente absorvia as atenções e os debates sobre o assunto. Mas a agilidade nos procedimentos de contratação não é suficiente para garantir o sucesso na implantação da infraestrutura necessária à realização dos jogos. É preciso mais. As regras especiais de licitação também devem assegurar: a) que os contratos delas decorrentes sejam especialmente seguros, com segurança além da normalmente exigida nas contratações públicas, para garantir a fiel execução das obras e serviços dentro dos prazos necessários à realização dos eventos esportivos; b) que, em nome da agilidade, não se comprometa o controle da Administração, uma das finalidades essenciais da licitação.

Sob esse enfoque mais amplo, não me parece o momento para experiências radicais, que nunca foram testadas nem debatidas. Se a necessidade de viabilizar o fiel cumprimento de contratos rigorosamente dentro de prazos exíguos está a justificar a adoção de soluções extraordinárias, não é hora de arriscar. O Projeto aprovado, contudo, vai em sentido inverso. Ele adota soluções inéditas, algumas que podem colocar em risco o fiel cumprimento dos contratos, outras que enfraquecem o controle da atuação administrativa.

Inserem-se na primeira situação, por exemplo, as normas que admitem lances verbais e sucessivos no curso de licitação com qualquer objeto, inclusive para contratação de obras e serviços de engenharia, medida adotada no pregão, procedimento reservado para contratação de bens e serviços comuns. Trata-se de disputa aberta, no lugar da tradicional disputa fechada.

Acontece que em algumas contratações, pela simplicidade de seu objeto e pela inexistência de graves consequências para a Administração em caso de eventual inadimplência da contratada, é possível - e deve-se - prestigiar a ampliação da disputa. Em outras, em nome da segurança da contratação, impõe-se a adoção de mais cautelas e de mecanismos mais rigorosos para seleção de propostas.

A licitação de obras e serviços de engenharia enquadra-se na segunda hipótese, especialmente diante da delicada situação em que se encontram as contratações relativas aos eventos esportivos, muito atrasadas e sem espaço para erros. O art. 17, III, do RDC revela com muita clareza a impropriedade dessa forma de disputa para contratação de obras e serviços de engenharia. Segundo ele, depois de proclamada a proposta vencedora com base em lances verbais, a autora da proposta deverá reelaborar as planilhas de custos inicialmente apresentadas, com os respectivos valores adequados ao lance vencedor. Ora, são as planilhas de custos que devem se adequar ao lance vencedor? Não é a proposta final que deve ser compatível com as planilhas de custos prévias e, supõe-se, cuidadosamente elaboradas?

É até intuitiva a conclusão de que a redução indiscriminada de preços nas licitações de obras e serviços de engenharia pode conduzir à vitória de proposta inexequível, que coloque em dúvida o cumprimento do contrato. O RDC, é verdade, não impõe a disputa aberta em nenhuma hipótese, mas o uso apropriado da medida ficará na dependência de que os agentes públicos tenham juízo. De qualquer forma, não é o momento de conferir se a disputa aberta funciona ou não para contratação de obras e serviços de engenharia.

|  |
| --- |
| DIVULGAÇÃO: DISSAT |
| Novo regime diferenciado de contratação prevê mecanismos diferenciados de licitação para agilizar obras emergenciais para a Copa do Mundo de 2014 |

**Contratação integrada**

O regime da chamada contratação integrada, nova modalidade de contrato criada pelo RDC, não está bem resolvido. Ele pode representar risco de descumprimento das obrigações pactuadas ou ameaça ao tratamento isonômico entre os interessados em participar da disputa. A licitação dessa modalidade de contrato é promovida com base em simples anteprojeto, que apenas identifique genericamente as características da obra ou serviço pretendido - embora até recentemente defendia-se a realização de licitação com projetos mais precisos, até mesmo com projeto executivo.

Será responsabilidade das licitantes a definição das soluções concretas para execução do objeto licitado, com apresentação de preços baseadas em tais soluções individuais. É verdade que o RDC amplia os riscos da contratada nessa modalidade de contrato, atribuindo-lhe responsabilidade por encargos extraordinários decorrentes de áreas econômicas e sujeições técnicas imprevistas que afetem a execução dos trabalhos.

A questão que se põe é: e se a contratada tiver avaliado mal todos os elementos necessários para formulação de sua proposta, tornando excessivamente oneroso seu cumprimento, a ponto de levá-la a abandonar a obra? Qual a solução? Dizer que os ônus decorrentes dessa situação devam ser suportados pela contratada é muito pouco. O mais grave é que o Projeto confere o singelo prazo de 30 dias úteis para formulação de propostas em licitação para contratação integrada, período que as licitantes terão para identificar soluções que reputem adequadas, promover levantamentos técnicos, desenvolver o projeto básico e elaborar os correspondentes orçamentos. De duas, uma: ou as propostas não serão confiáveis ou apenas algumas poucas empresas participarão da disputa, aquelas que, com informações privilegiadas, estejam desenvolvendo seus respectivos projetos há muito tempo. Falha-se no controle da segurança da contratação e no da lisura do certame. A contratação integrada pode ser uma solução interessante, mas não para uso indiscriminado, como previsto no RDC, muito menos sem instrumentos eficientes para assegurar igualdade entre os licitantes.

**Avaliação técnica**

Outro ponto que causa preocupação é a definição de requisitos menos rigorosos para adoção do critério de julgamento baseado em avaliação técnica das propostas (ainda que os preços devam ser levados em conta). A avaliação de propostas por critérios técnicos sempre comporta uma margem de subjetividade. Qual a melhor solução técnica, essa ou aquela? O julgamento de propostas com base em alegadas vantagens técnicas nelas contidas era o caminho tradicionalmente percorrido para dirigir licitações antes do advento da lei 8.666/93, que veio restringir a adoção desse critério justamente para coibir abusos e desvios. O mais grave é que, a depender do edital de licitação, os preços propostos poderão ter peso de apenas 30% na classificação final das propostas; ou seja, a disputa pode ser resolvida com base exclusivamente em critérios técnicos.

A polêmica em torno dos orçamentos sigilosos está fora de foco. Em primeiro lugar, é preciso distinguir o preço da contratação realizada pela Administração dos orçamentos com base nos quais sejam promovidas as respectivas licitações. O RDC não contempla o sigilo dos contratos celebrados, nem poderia fazê-lo, pelo que as informações sobre gastos públicos com obras e serviços estarão permanentemente disponíveis.

Já quanto aos orçamentos, o RDC prescreve que eles serão cobertos pelo sigilo apenas até o resultado final da licitação. O sigilo não pode ir além, porque o RDC impõe a desclassificação de propostas com preços acima do orçamento. Não seria possível que a Administração acolhesse ou rejeitasse proposta sem indicar o preço aceitável, com base em seu orçamento. Mesmo assim, a medida não é satisfatória.

É falso o argumento de que o sigilo do orçamento dificulta conluio entre licitantes e que, mesmo em condições de normalidade, força a apresentação de propostas mais favoráveis à Administração. A razão é simples: segundo o RDC, se a proposta vencedora estiver acima do orçamento, a Administração pode negociar com a autora da melhor proposta a redução de preço até o limite aceitável. Ou seja, com ou sem conluio, a autora da melhor proposta terá oportunidade de ajustar sua proposta ao orçamento, a não ser que a Administração prefira instaurar nova licitação, quando o orçamento para a licitação seguinte, claro, deixará de ser sigiloso. Mas se o sigilo não traz nenhum benefício, ele é muito perigoso: permite que alguém, com informação privilegiada, participe da licitação em posição de vantagem frente às demais licitantes. Onde há sigilo, há propícias condições para corrupção.

A flexibilização da licitação, com mais opções à disposição da Administração, deve vir acompanhada de maior rigor na fiscalização de cada ato do procedimento: com prévia audiência pública para justificativa da modalidade contratual escolhida, do critério de julgamento, da forma de disputa (aberta ou fechada); com fornecimento de todas as informações disponíveis e demonstração de que o prazo para apresentação de propostas é suficiente; com comissão de licitação integrada por profissionais de reputação ilibada quando adotado critério técnico para julgamento das propostas, que devem proferir votos individuais fundamentados, entre outras medidas de natureza semelhante, tudo acompanhado muito de perto pelo Tribunal de Contas competente e pelo Ministério Público.

O RDC possui pontos positivos, que de fato podem agilizar as contratações, mas essas vantagens podem se perder no meio dos equívocos nele contidos.

**Benedicto Porto Neto**, jurista especializado em licitações públicas e contratos administrativos, e sócio do escritório Porto Advogados