

Instituto de Fiscalização e Controle - Regime Diferenciado de Contratações - Parecer



André Luiz Francisco da Silva Vital e

colaboradores: André Vital é servidor do Tribunal de Contas da União e membro do Instituto de Fiscalização e Controle. Graduado em Engenharia Civil, especializado em Matemática pela Universidade de Brasília e bacharel em Direito pelo Instituto de Ensino Superior de Brasília.

A Lei nº 12.462/2011, resultante da conversão da Medida Provisória nº 527, estabelece o Regime Diferenciado de Contratações (RDC) para todos os empreendimentos relativos à realização da Copa das Confederações FIFA 2013, da Copa do Mundo; FIFA 2014, das Olimpíadas de 2016 e das obras de infraestrutura e de contratação de serviços para os aeroportos das capitais dos Estados distantes até 350 quilômetros das cidades sedes dos eventos mencionados.

Os objetivos gerais do RDC, definidos no texto da Lei, são de ampliar a eficiência nas contratações públicas, a competitividade entre os licitantes, promover a troca de experiências e tecnologias, incentivar a inovação, assegurar tratamento isonômico entre licitantes e selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração Pública.

O quadro 1 faz a comparação entre algumas inovações trazidas pelo RDC e os dispositivos vigentes no rito de contratações de obras públicas previstos na Lei 8.666/1993.

Jogando um pouco para escanteio os reais motivos que levaram ao RDC, é certo que te-



Quadro 1

Lei nº 8.666/1993	RDC
As obras e os serviços somente poderão ser licitados quando houver projeto básico de engenharia .	Abre a possibilidade de obras e serviços serem licitados apenas com anteprojeto de engenharia .
Deve existir orçamento detalhado em planilhas que expressem a composição de todos os custos unitários. Disponível aos interessados .	Os valores poderão ser estimados com base no mercado, nos valores pagos pela Administração Pública em serviços e obras similares ou na avaliação do custo global da obra, aferida mediante orçamento sintético ou metodologia expedita ou paramétrica . A estimativa de custos poderá permanecer oculta.
As obras são divididas em tantas parcelas quantas se comprovarem técnica e economicamente viáveis, com vistas ao melhor aproveitamento dos recursos disponíveis no mercado e à ampliação da competitividade sem perda da economia de escala.	Prevê o uso da contratação integrada, licitando a entrega final do produto, obra ou serviço. O parcelamento do objeto poderá ser feito por opção do gestor público.
Há possibilidade de ajustes nos valores dos contratos para atender às exigências da Administração, com acréscimos ou supressões nas obras de até 25% (vinte e cinco por cento) do valor inicial atualizado do contrato, ou de até 50%, no caso de reformas.	Também há possibilidade de ajustes nos valores dos contratos para atender às exigências da Administração. Os limites previstos na Lei nº 8.666/1993 passaram a ser observados na Lei nº 12.462/2011, sendo que na Medida Provisória não havia tal limitação.
Verifica-se a habilitação dos interessados na contratação e, em seguida, realiza-se o julgamento das propostas.	Possibilidade de inversão das fases, julgando as propostas para depois verificar a habilitação.
Quando o primeiro convocado não assinar o termo de contrato, a Administração pode convocar os licitantes remanescentes, para fazê-lo nas mesmas condições propostas pelo primeiro classificado. No caso de ser necessário contratar outra empresa para terminar o remanescente de obra, também devem ser mantidas as mesmas condições ofertadas pelo antecedente.	Será facultado à Administração Pública, quando o convocado não assinar o termo de contrato, convocar os licitantes remanescentes, na ordem de classificação, para a celebração do contrato nas condições ofertadas pelo licitante vencedor. Se nenhum aceitar a contratação nesses termos, a Administração poderá convocar os licitantes remanescentes, na ordem de classificação, para a celebração do contrato nas condições ofertadas por estes. No caso de necessidade de contratar o remanescente de obra, em consequência de rescisão do contrato anterior, não será obrigatória a manutenção dos preços anteriores, podendo a obra continuar com novos preços, ofertados pelo licitante subsequente.

mos a oportunidade de discutir aperfeiçoamentos necessários à Lei nº 8.666/1993, para afastar as brechas existentes nesse estatuto, e, de maneira mais específica, nos procedimentos licitatórios.

Não se trata de engrossar o caldo das críticas lançadas sobre a Lei de Licitações ou alimentar os sofismas surgidos no calor das discussões, unicamente para fazer passar o RDC. Exemplo disso foi a afirmação de que a Lei nº 8.666/1993 não primaria pela qualidade da obra, mas tão somente pelo preço, uma afirmação desarrazoada, uma vez que o projeto básico preceituado por essa lei exige a especificação completa dos materiais a serem incorporados à obra.

Iniciar uma obra com um bom planejamento, contratar com segurança e rapidez aquilo que é realmente necessário, no formato necessário, continua a ser o grande desafio para a Administração Pública, em sua tarefa de efetivar o mais nobre dos seus princípios, a supremacia do interesse público.

Assim, devemos analisar friamente possíveis vantagens objetivas, subjetivas e eventuais riscos associados a este novo regime, de forma a vislumbrar avanços nas contratações em geral, ou mesmo evitar mais desacertos nos objetos do RDC.

VANTAGENS OBJETIVAS

No rol dos avanços objetivos, destacam-se a proibição de aditivos no caso da contratação integrada e a inversão das fases de habilitação e de proposta, modificações constantes do quadro 1.

Além desses novos dispositivos, podemos destacar também a previsão de uso do critério de “maior retorno econômico”, para um julgamento de propostas mais estratégico, e de padronização de minutas de contratos, para maior celeridade dos procedimentos.

Relevam-se, ainda, as diretrizes para a avaliação de benefícios diretos e indiretos de na-

tureza econômica, social ou ambiental, neste último caso demonstrando a salutar preocupação com o desfazimento de resíduos.

NECESSIDADE DE REGULAMENTAÇÃO

Outros pontos, embora propalados como avanços, definem critérios demasiadamente imprecisos, ainda dependentes de muita regulamentação. É o caso da possibilidade de “remuneração variável” (uma espécie de bônus à empresa contratada) e do contrato de eficiência (que possibilita remuneração adicional ao contratado por oferecer contenção de gastos com energia e com outras despesas correntes).

Outros critérios subjetivos foram retirados da proposta inicial, quando da conversão da Medida Provisória na Lei nº 12.462/2011, a exemplo das definições de serviços de “qualidade superior” e de “resultado não satisfatório”.

RISCOS ASSOCIADOS AO NOVO REGIME

a) Sigilo do orçamento

Embora tenha servido de alvo para os opositores, a ocultação do orçamento elaborado no âmbito da Administração Pública, por si só, não representa uma ameaça. É necessário reconhecer que, de fato, uma licitação que mantenha oculto o valor do objeto previamente estimado pode trazer melhores retornos, em determinadas situações, notadamente naquelas em que existam poucos concorrentes, com significativas diferenças de eficiência entre eles. É o que confirmam algumas simulações no campo da teoria dos leilões, embora não se possa obter uma conclusão generalista e segura nessa seara.

Todavia, focando na prática, o primeiro risco que chama a atenção é o de haver assimetria de informações, devido à dificuldade de garantir a confidencialidade. Na falta de um ambiente concorrencial efetivo, a informação privile-

giada quanto ao orçamento estimado pela Administração (preço de reserva) poderá trazer melhores resultados para aquele que a detém.

Se a proposta de deixar em sigilo o orçamento tem, na verdade, o objetivo de ocultar as imprecisões dos estudos técnicos realizados pela Administração, o risco torna-se nitidamente maior. A falta das informações oriundas do orçamento poderá retrair a ampla participação no certame, diminuindo a chance de uma efetiva concorrência. Cabe lembrar que o sobrepreço nos contratos é evitado, mormente, pela ampla participação e pela isonomia, para a qual contribuem os bons projetos e os sistemas oficiais de custos.

Por outro lado, nenhuma empresa entregará o objeto contratado tendo que para isso arcar com prejuízos. Cabe lembrar que a “praga do vencedor”, que ocorre quando um participante arremata algo por um valor acima do mercado, representa um efeito desafiador no caso de leilões reversos. Assim, a publicação do preço base será a melhor solução para a maioria dos casos e não o contrário.

Os textos dos artigos 5º e 6º da Lei nº 12.462/2011 merecem atenção. Eles definem, respectivamente, a obrigatoriedade da definição do objeto de forma “clara e precisa” e a possibilidade de ocultação do orçamento elaborado no âmbito da Administração. Ocorre que os orçamentos previamente estimados pela Administração apresentam-se, nas situações práticas regidas pela Lei nº 8.666/1993, como importantes instrumentos para a definição precisa e completa do objeto do certame. Assim, a sua ocultação é incompatível com o ideal de definição das obras com clareza e precisão.

A parte final do art. 6º diz, ainda, que a ocultação deverá ser feita “sem prejuízo da divulgação do detalhamento dos quantitativos e das demais informações necessárias para a elaboração das propostas”. Trata-se de mais um ponto duvidoso. Dificilmente a descrição quantitativa da obra terá a precisão adequada, tendo em vis-

ta que será baseada em anteprojeto. Novamente subjaz a ideia de que o risco será assumido pelo contratado.

É necessário relembrar que todo orçamento de obra praticamente se desvenda pela leitura dos seus quantitativos. Apondo-se a eles os respectivos preços unitários e os custos indiretos, obtêm-se a estimativa do valor total da obra. Assim, ao considerar-se a importância da “quantificação” em um orçamento de obra, perde o sentido a ocultação de outras informações dessa peça.

Inolvidável que a contratação de obras com valores razoáveis decorrem de um edital fundado nos princípios da publicidade, da informação e, sobretudo, da isonomia. É imprescindível a mitigação dos riscos para as partes, o que ocorre com a definição segura, ao menos, dos itens essenciais de cada objeto, ou seja, a sua correta especificação e valoração.



b) Licitação baseada em anteprojeto

O projeto básico é uma fase perfeitamente definida de um conjunto mais abrangente de estudos e projetos, precedido por estudos preliminares, anteprojeto, estudos de viabilidade técnica, econômica e avaliação de impacto ambiental e sucedido pela fase de projeto executivo ou detalhamento. A existência de projeto básico, em conformidade com os parâmetros legais, favorece a isonomia e diminui os riscos para as partes na contratação de obras públicas.

A etapa definida pelo anteprojeto destina-se à concepção e à representação provisória de detalhamentos da obra e de seus elementos, instalações e componentes, suficientes à elaboração de estimativas aproximadas de custos e de prazos dos serviços. Uma licitação baseada no anteprojeto associa-se à imprecisão e à falta de parâmetros técnicos para a presciência dos custos finais de cada empreendimento, fatores agravantes das tensões já existentes nos certames públicos.

Conforme o RDC, o contratado para a execução da obra poderá, ele próprio, elaborar o projeto básico.

Nesse ponto, pode ser observada nítida semelhança com o modelo de concessão de serviços públicos, no qual se admite deixar para o contratado o encargo da elaboração do projeto básico. A expectativa em uma concessão é a de conseguir projetos otimizados e obras eficientes, na medida da conveniência do concessionário, já que ele assume a obrigação de manter por longo tempo tais suportes físicos para a realização dos serviços.

Todavia, na prática, o modelo brasileiro de contratação de concessões de serviços públicos impõe, em primeiro momento, dúvidas quanto à definição de um teto para as tarifas, por faltarem elementos de convicção acerca dos custos dos investimentos, e, posteriormente, incertezas no controle do desempenho contratual.

No caso do RDC, cabe ressaltar, haverá risco significativamente maior de existirem maus projetos e obras ruins, pois esse regime não impõe a permanência do vencedor do certame na operação dos serviços, como ocorre nas concessões em geral.

No RDC, o controle do projeto pelo contratado, assim como no caso das concessões, dificulta a avaliação do poder público quanto à qualidade do objeto construído e da sua vantagem relativa.

Tal regime demonstra a preocupação com as “especificações excessivas, irrelevantes ou desnecessárias”, contudo, tal apreensão não deve ser traduzida, nos casos concretos, em indefinições dos editais quanto ao essencial, em muitos casos relacionados aos materiais de acabamento das obras.

A solução para coibir projetos falhos e obras malfeitas novamente passa pela definição prévia, clara e segura, de um rol de itens essenciais, sob a ótica do valor, a partir do que se diminuiria o aspecto contingencial para a alteração do objeto licitado. O projeto será mais adequado ao interesse público se a concepção essencial, considerando a qualidade dos materiais e os custos envolvidos, for definida pela própria Administração, que poderá, simplesmente, utilizar-se de um concurso para tal finalidade, nos termos do §1º, do art. 13, da Lei nº 8.666/1993.

c) Contratação integrada

No que tange à contratação de forma integrada, destaca-se o risco de haver restrição à concorrência e o banimento das empresas de menor porte. Por outro lado, há que se reconhecer, ela facilita a gestão do empreendimento por parte da Administração Pública. Grande atenção deve ser conferida aos editais, para que os administradores neles não tratem de matéria reservada à lei, em sentido estrito.

d) Aditivos sem limitação

Motivo de grande perplexidade, a Medida Provisória trazia a possibilidade da prática ilimitada de realizar ajustes nos valores dos contratos, para atender às exigências do Comitê Olímpico Internacional (COI). Tal falta de limites não subsistiu com a conversão da MP em Lei.

Ainda serão possíveis ajustes nos valores dos contratos, para atender às exigências da Administração, todavia, há o dever de se observar limites, correspondentes a acréscimos de até 50% para o caso das reformas de edifícios ou de equipamentos.

Do mesmo modo, vem à tona a necessidade de bons projetos, que assimilem definições prévias e reduzam as incertezas executivas, de modo a evitar a proliferação de aditivos.

e) Convocação do segundo colocado

Por derradeiro, destaca-se a prudência necessária quanto à possibilidade de convocação do segundo colocado no certame, para assumir o contrato na desistência do primeiro. Pelo RDC, não há obrigatoriedade de manutenção das mesmas condições da proposta vencedora, abrindo a possibilidade de serem feitos acordos deploráveis na fase de licitação, com eventual abandono da primeira proposta para o favorecimento da segunda.

Por tal motivo, fazem-se necessários critérios de aceitação dos custos para as propostas subsequentes, com o estabelecimento de percentuais máximos de acréscimo em relação à proposta primeira colocada.

CONCLUSÃO

O RDC trouxe à tona o debate acerca dos possíveis avanços nas contratações públicas. Manifestamente, a Lei 8.666/1993 necessita de aperfeiçoamentos em face do princípio da

eficiência e demais preceitos fundamentais do artigo 37 da Carta Magna. Cabe, contudo, ponderar que o regime diferenciado de contratações acentua riscos intrínsecos à atual estrutura administrativa e a sua implantação representa um grande desafio para o país. Das respostas advindas do controle interno, externo e social em relação aos problemas práticos que, certamente, serão enfrentados poderá emergir a experiência necessária para aprimorar os procedimentos de contratação e incrementar ferramentas de controle sistemáticas e eficientes.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 22 jun. 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8666cons.htm>. Acesso em: 21 nov. 2011.

_____. Lei nº 12.462, de 4 de agosto de 2011. Institui o Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC... *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 5 ago. 2011. Edição extra e retificada em 10 ago. 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12462.htm>. Acesso em 21 nov. 2011.

