

Reformando o RDC – Regime Diferenciado de Contratação

Mauricio Portugal Ribeiro*

Ministrei algumas semanas atrás palestra no 8º Encontro de Logística e Transportes da FIESP, cujo objetivo central era avaliar o RDC – Regime Diferenciado de Contratação em vista dos diversos problemas que enfrentamos atualmente no mundo das contratações públicas brasileiras.

Criado originalmente para as licitações relacionadas à Copa e Olimpíada, o RDC se tornou a pedra de toque do Governo Federal para atualizar as contratações públicas brasileiras. Primeiro, pela emissão de medidas provisórias que estendiam a sua aplicação a todas as obras do PAC e às contratações no setor de saúde e educação; depois, pela prática, cada vez mais comum, de condicionar, formalmente ou informalmente, as transferências de recursos do PAC para Estados e Municípios à utilização pelas seus destinatários do RDC.

Dessa forma, o Governo Federal está, de pouco em pouco, substituindo a Lei 8.666/93 pelo RDC.

Há 3 pautas principais que qualquer reforma legislativa sobre as contratações públicas deveria atualmente atacar:

- a) Redução de burocracia;
- b) Aumento das oportunidades de competição;
- c) Incentivo ao estabelecimento nos editais de linhas de corte para que a competição se dê apenas entre os capazes de desempenhar o objeto contratual, de modo a evitar os problemas de descumprimento de contrato e falso cumprimento de contrato, tão comuns por consequência da contratação de empresas, na prática, incapazes de executar os contratos.

O RDC buscou resolver os dois primeiros temas acima mencionados. Deixou, contudo, o terceiro intocado.

Em relação à redução de burocracia e ao aumento das oportunidades de competição, pode-se dizer que o RDC consolidou uma série de experiências que vinham ocorrendo no Brasil desde a aprovação da Resolução nº 65/98, da ANATEL – Agência Nacional de Telecomunicações,

* Especialista na estruturação e regulação de contratos da Administração Pública, sócio do Portugal Ribeiro & Navarro Prado Advogados, Professor de Direito de Infraestrutura da FGV-Rio, autor de vários livros e artigos sobre melhores práticas na estruturação de licitações e contratos com a Administração Pública, inclusive o livro *“Regime Diferenciado de Contratação: Licitação de Infraestrutura para Copa do Mundo e Olimpíadas”*, em coautoria com Lucas Navarro Prado e Mario Engler Pinto Junior, e publicado pela Editora Atlas, em 2012.

experiências essas que foram disseminadas pelo país e se tornaram conhecidas nos mais distantes rincões após a aprovação da Lei do Pregão (Lei Federal nº 10.520/02), que se inspirou, em vários aspectos, naquela Resolução.

Entre outros, criou-se e se consolidou a inversão de fases nas licitações, a possibilidade do saneamento de falhas formais dos documentos de habilitação, e, com isso, obteve-se, em vários casos, a redução da burocracia e, portanto, dos prazos para o processamento de licitações.

Para aumentar as oportunidades de competição, permitiu-se – ao lado do modo tradicional de julgamento de preço das licitações (realização de proposta, em uma única rodada e em envelope fechado, que o RDC chama de “proposta fechada”) – a realização de licitações com múltiplas rodadas de lances (o que o RDC chama de proposta aberta, e é internacionalmente conhecido como leilão inglês), combinado ou não com uma primeira rodada de envelopes fechados.

Além disso, com o objetivo de gerar propostas mais competitivas, permitiu-se o aumento da assimetria de informações dos participantes da licitação entre si e em relação ao Poder Público, por meio do sigilo do orçamento das propostas, de modo a evitar o que, na literatura econômica, é chamado, muitas vezes, de “efeito âncora”, isto é a convergência dos preços dos participantes da licitação na direção do preço-teto ou do preço de referência disponibilizado pelo Poder Público. Essa assimetria de informação e de avaliação sobre o contrato tem o potencial de beneficiar o Poder Público, na medida em que a maior disparidade entre as propostas tende a gerar pelo menos algumas propostas mais interessantes para o Poder Público.

O RDC, contudo, lamentavelmente não adotou qualquer medida para prevenir ou remediar a contratação de empresas que são incapazes de prestar o serviço e que, por isso, dão azo a situações de descumprimento de contrato e/ou de falso cumprimento de contratos.

O fenômeno das licitações vencidas por empresas que depois se mostram incapazes de executar o contrato se tornou ainda mais comum recentemente exatamente pela ênfase, nos últimos 15 anos, na criação de regras e no desenvolvimento de uma cultura de maximização da competição nas licitações, tutelada pelos órgãos de controle da Administração Pública, em prejuízo, muitas vezes, do estabelecimento de barreiras de entrada aptas a vedar a participação nas licitações dos incapazes de executar os contratos.

Em um contexto em que os órgãos de controle da Administração Pública desconfiam de qualquer dispositivo que reduza a competição das licitações, o RDC deveria, em primeiro lugar, ter adotado um conjunto de princípios e regras que balizassem a distinção entre restrições à competição necessárias para excluir os incapazes e restrições lesivas à concorrência.

Para isso, pelo menos em relação às licitações para objetos contratuais de maior porte ou complexidade, seria preciso incentivar a realização, pelos agentes públicos responsáveis pela licitação, de mapeamento de mercado, que possa correlacionar o objeto contratual, as linhas de corte de cada licitação, e os potenciais contratados. Esse mapeamento do mercado permitiria também correlacionar o porte e expertise das empresas *vis a vis* o objeto contratual.

Essa atividade de mapeamento do mercado traz para o centro da modelagem das licitações a discussão sobre o perfil do contratado desejado em cada caso pela Administração Pública e da efetividade das linhas de corte a serem inseridas em cada edital, seja como exigência de técnica

(qualificação ou proposta), qualificação econômico-financeira, ou condições para assinatura do contrato (exigências de contratação de seguros, de garantia de cumprimento do contrato etc.).

Trazer para o centro da modelagem das nossas licitações a discussão sobre o perfil desejado do contratado e da efetividade das linhas de corte permitiria que o RDC contribuísse para corrigir em larga escala uma série de imperícias muito comuns nas nossas licitações. Apenas como exemplo, é comum, nas nossas licitações a exigência de índices contábeis produzidos a partir das rubricas do balanço e das demonstrações financeiras dos participantes da licitação, em situações em que é difícil ter clareza sobre a sua correspondência com a realidade. É comum também que as regras sobre exigências de garantias de proposta e de cumprimento de contrato deixem espaços relevantes para a entrega de garantias ao Poder Público, que, na prática, são de questionável solvabilidade. Essas imperícias são reflexo de uma visão formalista das exigências mencionadas, sem conexão com o seu objetivo de selecionar empresas capazes de executar o contrato.

Por fim, para remediar o problema dos descumprimentos e falsos cumprimentos de contratos, seria preciso que o RDC facilitasse a extinção dos contratos por descumprimento pelo contratado das suas obrigações principais e a aplicação de penalidades (particularmente suspensão de direito de contratar e declaração de inidoneidade para contratar), permitindo, inclusive, que tais penalidades alcançassem não só os contratados, mas também os seus controladores.

A maior parte das sugestões acima poderiam ser implantadas por mera inserção de regras de melhor qualidade nos editais de licitação e contratos do RDC. E é possível que órgãos públicos que possuem corpo técnico de melhor qualidade caminhem nesse sentido.

Contudo, a mudança que se faz necessária para que essas melhorias se difundam pelo país e se tornem parte da nossa cultura de contratações, lamentavelmente, só será feita por meio de mudança legal. Por isso, é preciso reformar o RDC.