

DINHEIRO PÚBLICO

As licitações para a Copa do Mundo e as Olimpíadas

Diante da proximidade da Copa do Mundo e da Olimpíada, o que se busca com um Regime Diferenciado de Contratações? Este objetiva facilitar as contratações e o desenvolvimento das obras, para cumprir os cronogramas. Todavia, a edição do RDC por meio de medida provisória impede que se crie uma visão estratégica, de longo prazo

POR RUBENS NAVES E GUILHERME AMORIM CAMPOS DA SILVA*

A Presidência da República editou a Medida Provisória 527-B, transformada em Projeto de Lei de Conversão n. 17 de 2011, cujo texto recentemente aprovado foi enviado à sanção presidencial no dia 18 de julho.

A nova legislação institui o Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC), altera várias leis sobre contratações de obras públicas e, de carona, cria ministério, cargos de confiança, autoriza contratações temporárias e revoga inúmeras disposições legais.

A iniciativa tem por objetivo evitar o risco, cada vez mais concreto, de o Brasil viver um grande vexame por ocasião da Copa do Mundo de 2014 e dos Jogos Olímpicos de 2016, grandes eventos internacionais que a sociedade brasileira tanto lutou para sediar.

Desde o primeiro instante, a edição da medida provisória levantou polêmicas na sociedade brasileira, especialmente com relação ao denominado "sigilo" de informações centrais na contratação de obras e serviços. Contudo, o foco apenas nesta questão deixa fora das luzes outras tantas indagações pertinentes a uma reflexão sobre os avanços do Estado brasileiro, sua relação com a sociedade civil organizada e com o empresariado e a atuação dos órgãos de controle e da imprensa.

A QUESTÃO [DA AUSÊNCIA] DE PLANEJAMENTO

O Estado brasileiro tem o dever de planejar sua atividade, inclusive de intervenção na ordem econômica, com vistas ao desenvolvimento nacional harmônico e equilibrado. A edição da medida provisória indica o descumprimento desse dever e aponta para a perda da capacidade do Estado de planejar sua atividade para o curto, médio e longo espaço de tempo. Pior do que isso, evidencia a inaptidão para eleger prioridades, organizar políticas públicas e suas respectivas execuções orçamentárias de forma a cumprir o desiderato republicano da transparência e do controle social.

A iniciativa busca recuperar o "tempo perdido" e, mais do que isso, escamotear essa incapacidade estatal de planejar o desenvolvimento nacional. Para tanto, ataca determinadas regras presentes na contratação de obras e serviços, especialmente na Lei Geral de Licitações e Contratos Administrativos (Lei 8.666/93), cuja rígida interpretação privilegia aspectos formais em detrimento da finalidade da licitação, induzindo a percepção de que sua utilização, agora, pelo poder público, certamente impediria a realização de todas as obras de infraestrutura em tempo hábil à realização dos eventos esportivos mencionados.

O problema central, contudo, consiste na concepção burocrática do modelo de Estado adotado pela Constituição da República de 1988, sendo injusto atribuir à Lei de Licitações a culpa por esse estado de coisas. Ocorre que, sob essa escusa, estão sendo adotados mecanismos que, como veremos, podem se mostrar, a longo prazo, perniciosos às melhores práticas administrativas.

MOVIMENTOS PENDULARES

As dificuldades em torno da aplicação de leis que disciplinem a execução orçamentária pública, o planejamento de sua atividade, a transparência na sua realização e o controle social e pelo Poder Judiciário vêm de longa data na história republicana.

Em 1922, tivemos a publicação do Decreto n. 4.536/22, que estabeleceu o Código de Contabilidade Pública da União, adotando critérios que levavam em consideração a arrecadação tributária como pressuposto para o gasto público.

Quatro décadas mais tarde, a Lei 4320/64 foi aprovada pelo Congresso Nacional, estabelecendo normas gerais de direito financeiro para elaboração e controle do orçamento e balanço da União, estados, municípios e Distrito Federal. Essa lei foi considerada avançada para sua época, justamente porque adotava novos paradigmas pa-



© Daniel Kondo

ra a gestão orçamentária, abrangendo planejamento, execução e controle.

Finalmente, esse sistema de responsabilidade é aperfeiçoado com a entrada em vigor da Lei Complementar 101, conhecida como Lei de Responsabilidade Fiscal, que manteve as estruturas básicas da legislação anterior, mas avançou em termos de fixar limites para o gasto público com relação a despesas com pessoal, taxa de investimento e obrigações decorrentes da Constituição Federal.

Como parte integrante desses avanços é preciso destacar as normas de contratação com o poder público para realização de obras e serviços. Após o Código de Contabilidade Pública da década de 1920 e o Decreto Lei n. 200 da década de 1960, o Decreto Lei n. 2300/86 e a Lei 8666/93 buscaram disciplinar procedimentos impessoais e objetivos que levassem a contratações eficientes e econômicas para a realização do interesse público nacional.

Em todo esse período, o que verificamos historicamente é um movimento pendular jurídico institucional: quando há uma concentração maior de poderes na República, a questão da contratação se torna mais flexível; quando há um processo de abertura democrática e uma maior demanda por controle, os processos e procedimentos se tornam mais rígidos.

Esses movimentos pendulares podem ser identificados em inúmeras tentativas de aprimorar procedimentos priorizando resultados. Veja-se, por exemplo, a criação das autarquias, na década de 1960 ou das fundações públicas, na década de 1980. Os instrumentos normativos permitiam que essas instituições fizessem contratações mais céleres, com ênfase em resultados. Na prática, porém, a interpretação e aplicação dessas normas por parte dos órgãos encarregados de supervisioná-las caracterizou-se por uma maior ênfase nos aspectos for-

mais em detrimento de uma análise de resultados.

Outro exemplo são as criações das sociedades de economia mista, para as quais a própria Constituição da República¹ prevê a criação de regulamentos de compras e contratações *próprios* (e, portanto, diversos da Lei 8.666/93), observando-se os princípios gerais do processo licitatório. Novamente, a prática, inclusive dos órgãos de controle, acabou por desprezar esses instrumentos e nivelar toda a parametrização das contratações de obras, serviços e materiais às determinações da Lei Geral de Licitações.

Mais recentemente, o mesmo verifica-se com as denominadas Organizações Sociais (OS) que, autorizadas legalmente a celebrar contratos de gestão com o poder público e a adotar regulamentos próprios para execução orçamentária e para compras e contratações, veem-se, igualmente, sujeitas a um controle externo que as submete à Lei 8666/93.

MODELOS DE ESTADO

O Brasil tem uma tradição jurídica de modelo de Estado burocrático, apontado por Max Weber como aquele em que a evolução do direito formal é um aspecto essencial que leva à burocratização do Estado. Como consequência, a lógica do modelo impõe um controle feito por procedimentos burocráticos e não pelos resultados. Desde a redemocratização do país, contudo, busca-se enfrentar essa questão a partir da proposta de uma reforma do Estado em nível político e jurídico.

No governo de Fernando Henrique Cardoso, ocorre a reforma gerencial do Estado, com a inserção da Emenda 19/98 na Constituição Federal e a inscrição do princípio da eficiência como basilar do Estado democrático de direito.

O professor André Ramos Tavares, em parecer juntado pela Sociedade Brasileira para o Progresso da Ciência e Academia Brasileira de Ciência na ADI 1923, caracteriza muito bem esse momento como uma tensão permanente entre o modelo de Estado burocrático weberiano e o modelo de Estado denominado gerencial, que busca maior agilidade e ser mais efetivo, assertivo, flexível.

Hoje, o Estado brasileiro vê-se obrigado a buscar o desenvolvimento nacional, a realização dos objetivos fundamentais da República e, especialmente, a plena efetividade dos direitos sociais, políticos, culturais, econômicos. Mas, enrijecido, esse mesmo Estado enfrenta muitos obstáculos para atuar em parcerias com a iniciativa privada, fomentar o desenvolvimento e intervir na economia de maneira mais eficiente.

O REGIME DIFERENCIADO

Diante da proximidade da Copa do Mundo e dos Jogos Olímpicos, o que se busca com a previsão de um Regime Diferenciado de Contratações Públicas?

O regime objetiva facilitar as contratações e o desenvolvimento das obras, para cumprir os cronogramas assumidos internacionalmente. Todavia, a edição do RDC por meio de medida provisória, atropelando o Congresso Nacional, impede que se crie uma visão estratégica, de longo prazo, que permita rever o modelo de contratações numa perspectiva para conciliar melhor o Estado gerencial com o Estado burocrático.

Aliás, um Grupo de Trabalho instalado junto ao Ministério do Planejamento, integrado por uma Comissão de Juristas da qual participaram, dentre outros, Azevedo Marques, Carlos Ari Sundfeld e Paulo Modesto, recomendou a consolidação de leis buscando deixar muito claro o que é atividade sujeita a licitação e o que é atividade de fomento do Estado.

A par dessa iniciativa, verifica-se que o próprio Supremo Tribunal Federal, no decorrer do julgamento da ADI 1923, tem tratado de excepcionar o regime da Lei 8.666/93 quando se trata de atividade de fomento do Estado.

Neste contexto, alguns pontos do RDC merecem reflexão especial.

Em primeiro lugar, é preciso reconhecer que o Estado brasileiro perdeu sua capacidade de planejar, sendo fundamental, especialmente no caso de projetos singulares e originais, contar com o apoio da iniciativa privada, com a realização de parcerias estratégicas. E, nesse campo, o RDC traz um risco de retrocesso.

Durante a década de 1970, floresceu no Brasil a engenharia consultiva. Existiam, nessa época, empresas com até 3 mil engenheiros empregados. Muitas delas eram chamadas a atuar na fase de planejamento de obras públicas, auxiliando o poder público na definição dos projetos que seriam executados por outras empresas. Essa separação entre aquele que planeja e aquele que executa é sempre favorável ao interesse público.

Ocorre que o novo modelo da RDC permite a união, em uma única contratação, das atividades de elaboração do projeto e de realização da obra.

Para atender uma emergência, que se apresenta em face dos cronogramas para os eventos esportivos, até se pode conjecturar sobre a oportunidade desse novo regime, mas, a longo prazo, ele pode se revelar ruinoso. A possibilidade de contratar como único objeto a formulação de projeto e a execução da obra não atende o interesse público e turva a necessária transparência que deve permear o relacionamento do poder público com a

aquisição de projetos e execução de obras de engenharia.

Os tribunais de contas recebem denúncias permanentes de irregularidade em compras, obras, que seguramente dizem respeito à ausência de um projeto básico e/ou executivo adequado, o que asseguraria melhores condições de controle por parte de técnicos do TCU e outros órgãos. A eficácia do controle externo fica condicionada à objetividade e transparência na formulação de projetos e na sua projeção orçamentária.

O grande equívoco da nova lei se relaciona diretamente com a perda da capacidade de planejamento do Estado: como assegurar a existência de projetos amadurecidos na medida em que não se tem uma engenharia consultiva adequada, promovida e apoiada?

O SIGILO COMO BODE EXPIATÓRIO

Outro aspecto relevante diz respeito ao propalado sigilo das propostas. A questão do sigilo foi um bode expiatório jogado na discussão e os meios de comunicação compraram essa ideia sem uma reflexão mais crítica.

Na verdade, não existe sigilo. O que o RDC estabelece é que o orçamento público para a realização de obra e serviço seja elaborado anteriormente à licitação, mas que não seja divulgado nessa etapa inicial, de modo a evitar conluios ou manipulação dos preços. Tão somente isso. Assim que houver a entrega de propostas comerciais, o orçamento, bem como todos os demais preços ofertados, serão tornados públicos para a indispensável verificação de compatibilidade com o interesse público perseguido.

Essa prática era muito comum na década de 1970, quando, inclusive, havia um sistema de escolha da melhor proposta em que se fazia pela média ponderada das propostas e do preço orçado.

Trata-se de um sistema de escolha e o argumento de que não se pode controlar preços que não são divulgados publicamente é uma falácia. A própria norma diz que a partir da apresentação das propostas, eles se tornam públicos. É uma medida que pode trazer ganhos, dependendo do tipo e das condições da licitação, e das características da empresa licitante.

Outra questão é o fracionamento ou parcelamento do objeto a ser contratado em vários objetos menores como forma de agilizar a realização do interesse público, previsto expressamente na proposta do governo. Essa prática, até o presente, é rechaçada pelos tribunais de contas de todo o país.

O art. 15, II, § 3º, do texto, ainda que afirme que serão preservados os ganhos de escala que seriam obtidos com a oferta de serviços para a globalidade do objeto, é passível de inúmeros questionamentos uma vez que dificul-

ta a padronização de procedimentos ou ganhos de economia de escala na realização do interesse público.

Finalmente, vale destacar que a nova lei, ao tratar das relações entre Estado e iniciativa privada, define que na contratação das obras e serviços, inclusive de engenharia, poderá ser estabelecida remuneração variável vinculada ao desempenho da contratada, com base em metas, padrões de qualidade, critérios de sustentabilidade ambiental e prazo de entrega definidos no instrumento convocatório e no contrato.

Reforçam-se, assim, aspectos fundamentais do Estado gerencial. Ainda que isso se aplique apenas no âmbito do Regime Diferenciado de Contratações, trata-se de inovação que pode e deve ser estendida aos demais contratos da administração pública, condicionando desembolsos e pagamentos ao atendimento de padrões e indicadores previamente estabelecidos, propiciando melhor avaliação e mensuração de resultados e contribuindo para a transparência das informações e, por consequência, dos aspectos essenciais do controle social e democrático.

CAMINHOS POSSÍVEIS

O Estado brasileiro precisa avançar em relação à sua capacidade de exercer um efetivo controle sobre suas ações, de modo a superar a rigidez burocrática aqui destacada. O estabelecimento de um Regime Diferenciado de Contratações específico para os eventos esportivos que se anunciam para os próximos anos, ainda que se destaque o atropelo e a falta de planejamento que evidencia, identifica a necessidade de adoção de instrumentos finalísticos, voltados para o resultado da ação estatal e não tanto para seu procedimento.

Nisso constituem importante avanço as iniciativas que privilegiam o controle do interesse público por meio do estabelecimento de remuneração variável, com base em metas e a avaliação por indicadores também pode se constituir em modelo a ser estendido para a administração pública como um todo.

A tecnologia da informação, as novas formas de controle finalístico e por resultados, a criação de indicadores e o controle social permitem que surjam novas formas de relacionamento com a administração pública, privilegiando, inclusive, a participação de entidades não estatais nas iniciativas em prol do interesse público. 

*Rubens Naves, advogado, é professor licenciado de Teoria Geral do Estado da PUC/SP; Guilherme Amorim Campos da Silva, advogado, é doutor e mestre em Direito do Estado pela PUC/SP. Ambos são sócios de Rubens Naves, Santos Jr. – Hesketh Escritórios Associados de Advocacia.

1 Artigo 173, §1º, II da Constituição.