

Extensão do RDC a todas as licitações deve mudar regras de garantias

A nova lógica trazida pelo regime diferenciado de contratações impactará diretamente o mercado garantidor, acredita advogados

Por Rosane Menezes Lohbauer e Rodrigo Sarmento Barata
Edição 38 - Maio/2014

Recentemente, uma emenda apresentada no Projeto de Lei de Conversão da Medida Provisória 630 (que traz modificações pontuais ao Regime Diferenciado de Contratações - Lei no 12.462/2011) colocou em pauta a substituição da já bastante conhecida Lei federal nº 8.666/93, a Lei de Licitações e Contratos Administrativos.

A proposta da ex-ministra e agora senadora Gleisi Hoffmann busca estender a aplicação do RDC a todas as licitações e contratações realizadas pelas administrações federal, estaduais, do Distrito Federal e dos municípios, tornando-se, pois, a nova lei geral de licitações e contratos administrativos.

A nova lógica trazida pelo RDC, especialmente na formatação dos contratos administrativos, impactará diretamente no mercado garantidor

O RDC realmente tem o potencial de modificar substancialmente as práticas licitatórias e os contratos celebrados pela Administração Pública. Diversos mecanismos diferenciados daqueles disponíveis atualmente na legislação, novos conceitos e um racional muito mais voltado à eficiência do que à forma, visam a aprimorar o funcionamento do aparato público nacional.

Dentre diversos pontos relevantes a serem analisados sobre a adoção do RDC em todas as licitações públicas destacam-se, neste artigo, as garantias contratuais. Duas são as motivações mais evidentes desta opção: a primeira se deve a um interesse pelo aprofundamento do estudo das garantias no contexto das contratações públicas, que ainda carecem de análises substanciais sobre o assunto; por outro lado, também chama a atenção as possíveis modificações que o RDC poderá trazer para o mercado de garantias (especialmente seguros e fianças) prestadas pelos agentes privados quanto à execução de seus compromissos.

Vale salientar que a proposta de conversão da MP 630 também poderá modificar este cenário, na medida em que introduz normas específicas para a prestação de

garantias nos contratos de obras e serviços de engenharia. Tais propostas também serão abordadas nesta análise.

Garantias de mercado

A situação presente do RDC é de quase completa ignorância quanto ao tema das garantias contratuais. A situação somente não é de completa ignorância exatamente porque a MP 630, em sua redação original e vigente no País, prevê como diretriz dos procedimentos licitatórios, após a alteração que promoveu no art. 4º, IV, que poderão ser exigidas do licitante e, posteriormente, do contratado, "garantias de pagamento compatíveis com as condições do setor privado".

Esta inclusão já estava a gerar dúvidas no mercado, na medida em que a referida compatibilidade das garantias àquelas exigidas no setor privado poderia diferir em muito da prática atual da Lei nº 8.666/93, que estabelece expressamente a estrutura de garantias a serem admitidas pela Administração Pública.

Essa problematização não pode, contudo, ser vista de forma rasa, simplesmente compreendendo uma discricionariedade da Administração no estabelecimento das garantias a serem exigidas ou remetendo-se à própria Lei nº 8.666/93. Conforme já se pode identificar em algumas movimentações do próprio mercado de prestadores de garantias (especialmente seguradoras e instituições financeiras), a nova lógica trazida pelo RDC, especialmente na formatação dos contratos administrativos, impactará diretamente no mercado garantidor.

As formas de avaliação, precificação e absorção de riscos nos novos contratos do RDC - notadamente nas contratações integradas - demandará uma adaptação no setor, na medida em que: (i) não será mais necessário apresentar projeto básico para a licitação de uma obra pública, dificultando a precificação do ativo; (ii) o orçamento da obra elaborado pela Administração não mais será público na fase de licitação, na mesma linha do item anterior; (iii) a lógica da contratação integrada também transferirá ao construtor mais riscos do que se costuma transferir atualmente, uma vez que a lógica do contrato é muito mais em seu resultado.

A falta de especificações maiores na legislação pode culminar em uma proliferação de exigências peculiares em cada procedimento licitatório, dificultando que interessados busquem tais garantias no mercado. Caso a Administração não tenha consciência e se aproxime do mercado segurador, este risco poderá culminar em processos licitatórios pouco eficientes e piores contratações ao Estado.

Por outro lado, engessar a estruturação de garantias com disposições muito extensas e/ou específicas, limitando a ação dos agentes, pode acomodar o mercado e reduzir o potencial inovador e benéfico de novos produtos e serviços. Outra consequência pode ser a perda de efetividade da garantia, permitindo aos licitantes que ofereçam bens ou direitos de baixa liquidez e difícil execução. Em outras palavras, enrijecer em demasia a estruturação de garantias contratuais, no

âmbito da legislação, afastando quase que por completo a margem de atuação do gestor público, pode fadar o mecanismo de garantia a ficar ultrapassado ou ineficaz.

A legislação, neste cenário, teria que assumir a função de norma-diretriz da atuação do gestor público, de modo que se estabeleçam padrões de atuação e resultados esperados com a garantia contratual. Isso permitiria ao gestor público escolher a melhor garantia aos fins da contratação almejada, sem que se corra o risco de estipulações demasiado restritivas - aumentando os custos e reduzindo a competitividade do certame - ou cujos resultados são ineficazes - quando a garantia não consegue prestar aos seus fins, quais sejam: garantir o cumprimento das obrigações asseguradas, desincentivando o agente privado de inadimplir com suas obrigações e assegurando a reparação de eventuais prejuízos decorrentes das falhas na execução contratual.

Propostas da MP 630

A proposta veiculada com o relatório atualmente em votação na Comissão Mista do Congresso Nacional para a aprovação da MP 630 - este texto foi finalizado em 24/03/2014 - talvez não seja a melhor alternativa.

Em linhas gerais, três são as propostas de inovações ao RDC: (i) faculdade e, em alguns casos, obrigação de contratar seguro-garantia nas contratações integradas; (ii) possibilidade de que o segurador assuma o controle da obra - mediante subcontratação de um construtor; e (iii) possibilidade do segurador receber pagamentos direto da Administração, quando executada a garantia de execução.

Ainda que traga mecanismo interessante e aparentemente positivo para o aumento do mercado segurador no segmento de obras e redução dos custos das garantias contratuais, a proposta parece muito restritiva, na medida em que restringe a aplicabilidade das garantias às contratações integradas. Isso porque, muito embora o art. 4º, IV, do RDC deva ser modificado nos termos acima expostos, a tendência da jurisprudência e dos Tribunais de Contas é de interpretar a legislação restritivamente, buscando dotar os agentes de maior previsibilidade. Neste sentido, uma interpretação - ainda que totalmente válida - que faça a leitura do RDC no sentido de permitir a exigência de garantias de execução contratual de forma ampla a todos os contratos envolvidos na legislação, tenderá a ser rechaçada.

Talvez o Congresso deveria aproveitar a abertura da pauta sobre a legislação de licitações e contratos administrativos - nos limitaremos apenas ao escopo deste texto - para reformular de maneira racional e eficiente as disposições sobre as garantias contratuais passíveis de inclusão nos processos de contratação pública. Não somente as contratações integradas mereceriam a prestação de garantias contratuais pelos agentes privados (os contratos de eficiência podem demandar também, por exemplo), como também não somente os seguros-garantia deveriam

ser previstos na legislação sobre contratações públicas - outros mecanismos poderiam ser plenamente acatados, sem a perda de eficácia da garantia.

O tema das garantias contratuais decerto não se esgota aqui. O objetivo deste artigo foi ressaltar que a compreensão e análise dos mecanismos de garantia contratual nas contratações públicas merece atenção. A importância das garantias para o Estado é inegável, de modo que deveríamos voltar a atenção ao tema e aproveitar a abertura das discussões inauguradas com o RDC para aprimorar este instituto na legislação. De fato, o tema está ultrapassado na legislação geral vigente e foi totalmente esquecido no RDC. O momento de aprimorar a legislação é agora, antes de, eventualmente, emplacar o RDC como norma geral.

Rosane Menezes Lohbauer e Rodrigo Sarmiento Barata são, respectivamente, sócia e associado do escritório Madrona Hong Mazzuco - Sociedade de Advogados (MHM).