

**O REGIME DIFERENCIADO DE CONTRATAÇÕES: UM CASO DE
INSTITUTIONAL BYPASS?¹**

**THE REGIME DIFERENCIADO DE CONTRATAÇÕES: A CASE OF
INSTITUTIONAL BYPASS?**

Yasser Reis Gabriel²

Resumo: O presente artigo se propõe estudar o Regime Diferenciado de Contratações (RDC) sob a ótica da teoria do *institutional bypass*, desenvolvida por Mariana Mota Prado. Através, primeiramente, da compreensão sobre em que consiste a teoria, e, depois, da comparação sistemática entre os elementos apresentados pela autora e das peculiaridades experimentadas no processo de desenvolvimento do RDC. Procura-se olhar tanto para as questões formais de elaboração dessa instituição, quanto para as questões fáticas que motivaram o seu surgimento. Ao final, o que se procura responder a partir da análise realizada é se seria o RDC um caso de *institutional bypass*?

Abstract: This article proposes to study the Regime Diferenciado de Contratações (RDC) from the perspective of the theory of *institutional bypass*, developed by Mariana Mota Prado. By, first, the understanding of what constitutes the theory, and then a systematic comparison between the evidence presented by the author and the peculiarities experienced in the development process of the RDC. By looking for both formal elements of elaboration of this institution, as to factual issues that motivated its emergence. In the end, what it seeks to answer from the analysis is whether the RDC is a case of *institutional bypass*?

Palavras-chave: Licitação. RDC. *Institutional bypass*.

Key-words: Bidding. RDC. *Institutional bypass*.

¹ Artigo desenvolvido dentro do projeto “Introdução ao Direito e Desenvolvimento”, orientado pelo Prof. Mário Gomes Schapiro no programa de pós-graduação em Direito e Desenvolvimento da FGV/SP.

² Mestrando em Direito e Desenvolvimento pela Fundação Getúlio Vargas (FGV). Turma de 2014.

1. INTRODUÇÃO

Atualmente, no Brasil e no mundo, muitos acadêmicos vêm se dedicando ao estudo da relação entre o Direito e o desenvolvimento, especialmente ao problema de como os institutos do Direito podem servir de fomento para que países ainda não desenvolvidos alcancem a meta desenvolvimentista.

Os percursos que devem ser adotados por esses países, bem como os seus pontos de chegada, não comportam uma definição consensual entre os estudiosos. O campo, hoje, parece estar mais aberto à experimentação e, ao invés de traçar objetivos pré-concebidos, há uma preocupação maior em descobrir de onde se deve iniciar essa busca pelo desenvolvimento. Em outras palavras, quais são os pontos de partida?

Em meio ao mar de incertezas em que paira o Direito e Desenvolvimento, algumas premissas têm ganhado robustez frente aos resultados obtidos a partir da experimentação.

Parece haver entre os novos economistas um consenso sobre o fato de que, no desafio desenvolvimentista, as *instituições importam*.

Rodrik (2003) apresenta essa visão, argumentando que, na análise de países como China, Botswana e Austrália, instituições de qualidade são uma das chaves para o crescimento. Instituições fortes, que oferecem segurança e conseguem unir interesses econômicos e sociais parecem ser fundamentais para o desenvolvimento desses países.

Nessa perspectiva, tomo como instituição foco deste ensaio o Regime Diferenciado de Contratações (RDC), instituído pela Lei 12.462/2011.

Em meio a calorosos debates entre aqueles que se colocam em opostos tão fortes quanto amor e ódio, o RDC surgiu como uma medida pontual e com potenciais promessas de revolucionar o instituto das contratações públicas no Brasil – e que, arrisco dizer, parece estar conseguindo.

Não é desconhecido que o campo das contratações públicas sempre foi objeto de muito polêmica no Direito brasileiro. A Lei 8.666/93 (Lei das Licitações e Contratos), o mais forte diploma normativo a disciplinar o tema, é o âmago do debate. Por um lado, há aqueles que a colocam em um pedestal, criticando vorazmente qualquer ato que considerem ir ao seu encontro; por outro, há aqueles que a consideram um muro construído no meio do caminho da eficiência da Administração Pública, e sua escalada implica em muitas perdas aos administrados.

No entanto, o RDC parece ser um caminho que a Administração conseguiu encontrar para contornar esse problema. Uma forma alternativa de se realizar contratações sem ter que cair nas temidas garras da Lei de Licitações. Por esse motivo, indaga-se se o RDC não seria um exemplo de *institutional bypass*, fenômeno observado por alguns estudiosos do Direito e Desenvolvimento e que tem ocorrido em diversos países, inclusive na experiência brasileira.

Pretende-se, então, a partir de uma visão crítica acerca do atual panorama das contratações públicas no Brasil, concluir se o RDC seria, afinal, um exemplo de *institutional bypass*, conceito esse que será devidamente explicado em seguida.

2. DEFININDO *INSTITUTIONAL BYPASS*³

2.1 Conceituando

Quando uma instituição não está funcionando de uma forma desejável, é natural que se planeje a sua reforma. No entanto, essa reforma, conforme tem-se verificado, não é fácil de ocorrer.

A reforma de instituições problemáticas, segundo Prado (2011), apresenta três obstáculos comuns: fatores histórico-culturais-sociais, a falta de recursos e problemas político-econômicos.

Primeiramente, os fatores histórico-culturais-sociais representam uma série de valores, normas, atitudes e práticas que estão incutidos na sociedade. Esse conjunto pode formar um ambiente hostil para a reforma de instituições, pois, não raramente, as pessoas apresentam uma atitude de desconfiança em relação à mudança. A concepção de que a mudança, por exemplo, é uma forma de facilitar a corrupção ou aumentar a burocracia do Estado demonstra uma visão receosa com o novo.

Em segundo lugar, a reforma de instituições é algo dispendioso. Envolve investimentos que podem ser altíssimos - como de fato o são, na maioria das vezes. Além disso, para a reforma surtir melhores efeitos, há a necessidade de um aparato tecnológico que, muitas vezes, não está à disposição do Estado. A tecnologia

³ É fundamental ressaltar que o conceito de *institutional bypass* foi desenvolvido por Mariana Mota Prado, em seu artigo “*Institutional Bypass: An Alternative for Development Reform*”. A exposição que faço aqui sobre a teoria é baseada em suas conclusões.

representa um importante elemento na reforma das instituições porque está diretamente ligada ao aumento de sua eficiência.

Terceiro, há os problemas político-econômicos. Aqui se concentram os grupos de interesse. A situação das instituições já existentes, normalmente, apresentam algumas vantagens para determinados grupos e esses grupos possuem forte influência na viabilidade da reforma institucional. É claro, por mais que tais grupos sejam compostos por uma minoria, a reforma fará com que eles percam sua posição proveitosa, o que fará com que, muito provavelmente, se imponham de forma contrária à essa mudança.

Caso consiga-se ultrapassar esses três obstáculos, a reforma de uma instituição já existente pode ainda não alcançar o resultado esperado. Na prática, elas têm propiciado resultados insatisfatórios ou, até mesmo, desapontadores. Isso porque há um forte elemento de incerteza presente na mudança. Ao reformar uma instituição já existente, não existe qualquer garantia do que se alcançará com o resultado final. E, uma vez realizada essa reforma, dificilmente poder-se-á voltar ao *status quo ante* – e mesmo que possível, não seria desejável já que ele apresentava insuficiências.

O *institutional bypass* apresenta uma alternativa para esse problema.

A estratégia ocorre da seguinte forma: a instituição existente é preservada, nos termos em que estava funcionando. Cria-se uma nova instituição, objetivando alcançar os mesmos fins da pré-existente, mas que utilize meios diferentes, uma nova abordagem. Há aí um componente de escolha. O ator que precisa chegar àqueles fins pode eleger qual o caminho pretende adotar: a primeira instituição ou a nova, originária do *institutional bypass*.

2.2 As vantagens da adoção do *institutional bypass*

Compreendido o que é o *institutional bypass*, quais seriam as vantagens de adotar esse *approach* como uma pseudo-reforma das instituições?

A primeira delas, seria ultrapassar os três obstáculos comuns à reforma institucional.

Como as instituições originais são mantidas, o *institutional bypass* pode começar com um investimento relativamente pequeno, uma alternativa bem menos onerosa do que a reforma da instituição original. As reformas demandam

modificações espessas no sistema em funcionamento, o que implica em um grande volume de gastos sem ainda ter certeza se os resultados produzidos serão vantajosos.

Em relação aos fatores histórico-culturais-sociais, como normalmente os projetos de *institutional bypass* iniciam de forma tímida, a sociedade provavelmente não apresentará como reação uma forte oposição. Ela poderá existir, claro, mas em proporções muito menores que a reforma da instituição pré-existente poderia causar.

Sobre os problemas político-econômicos, esses podem ser evitados ou minimizados pelo *institutional bypass* uma vez que não modifica a estrutura da instituição. É claro que os grupos de interesse irão reagir, uma vez que há uma nova alternativa para chegar à determinado fim que, muitas vezes, só poderia ser alcançado anteriormente pela via que lhes beneficiava. Mas essa reação também não será tão forte quanto seria caso houvesse uma reforma institucional propriamente.

A segunda vantagem desse mecanismo é que ele permite a experimentação e a inovação. Essa característica é uma eficiente forma de lidar com a incerteza das consequências causadas pelas reformas institucionais. É possível ir modelando a forma de atuação da nova instituição conforme os resultados que se almeja alcançar sem prejuízo para aqueles que necessitam daquele meio, uma vez que a instituição original ainda continua em vigor. A *institutional bypass* oferece uma escolha pela qual os indivíduos podem ou não optar.

Como terceira vantagem, há a promoção da competição entre instituições.

Ao criar duas instituições paralelas que atuam na mesma função, abre-se espaço para a competição entre a primeira instituição e a nova. Presume-se que ambas estarão competindo pelos seus usuários, que poderão escolher qual pretendem utilizar. A dedução racional é que escolham aquela que melhor realiza a função. Dessa forma, há uma tendência que elas busquem formas de aprimorar o seu funcionamento.

2.3 Os possíveis resultados do *institutional bypass*

Como aponta Prado, o resultado gerado a partir do *institutional bypass* irá depender de seus impactos sobre a instituição pré-existente e de como essa instituição irá reagir. Em síntese, os resultados poderão ser os seguintes.

(a) A instituição pré-existente reage ao *institutional bypass* e tenta destruí-lo

Nesse cenário, a instituição anterior possivelmente reconhece a nova como uma ameaça e tenta boicotá-la. Ela pode se utilizar de vários meios para tanto, como a assimetria de informações, que provoca o receio em seus usuários de migrarem para a nova instituição. Ou ainda, buscar formas de coibir os recursos que seriam destinados ao desenvolvimento da nova instituição.

(b) Extinção da instituição pré-existente

Se considerarmos que a *institutional bypass* atua nas mesmas funções que a instituição anterior de uma forma melhorada, talvez seja uma conclusão natural que, eventualmente, ela irá absorver toda a demanda existente. Dessa forma, ocasiona um esvaziamento da instituição pré-existente e, posteriormente, a sua extinção.

(c) A instituição pré-existente entra na disputa

Em cenário diverso do apresentado no item anterior, há aqui uma competição entre as duas instituições. Cada uma busca a sua modernização e aumento de eficiência, iniciando uma verdadeira disputa entre ambas.

Essa alternativa, na verdade, acaba sendo um pré-estágio de algumas das outras possibilidades, pois terminará por resvalar em uma das seguintes: ocorre uma fusão entre as duas; as instituições acordam em uma divisão de tarefas, onde cada uma ficará responsável por determinada função; uma delas não consegue mais competir, culminando em sua eliminação.

(d) Fusão

No caso da fusão, as instituições se unem, tornando-se uma só e apresentando um monopólio sobre aquela função que exercem.

(e) Divisão de tarefas

Nessa possibilidade, haverá a convivências de ambas as instituições a partir da uma divisão de tarefas que elas irão assumir. A *institutional bypass* perde o seu caráter de experimentação e se torna uma instituição singular pelo fato de que terá o

monopólio sobre determinadas funções. Ou seja, aquele conjunto de funções não será mais competência da instituição pré-existente.

2.4 Conclusões parciais

O *institutional bypass* tem se demonstrado como uma valiosa alternativa à reforma institucional frente aos obstáculos que ela enfrenta.

Contudo, há de ser advertido que, conforme restou demonstrado, essa estratégia apenas consegue contornar um universo limitado de aspectos de instituições tidas como problemáticas. Ela não substitui a necessidade de promover uma reforma institucional.

O *institutional bypass* promove uma característica que, via de regra, não deveria acontecer: duas instituições com a mesma função convivendo dentro de uma mesma estrutura organizacional. O correto seria que uma única estrutura detivesse a competência para desenvolver determinadas funções e o fizesse da melhor maneira possível. Como essa é uma realidade difícil de se obter, surge essa alternativa como uma forma de ajudar a se chegar na solução do problema, mas não como a solução em si.

Seu espaço de experimentação permite com que se vá aprimorando determinado instituto até alcançar com sucesso uma conclusão de como determinada instituição funciona da melhor maneira possível no desenvolvimento de certa função. Uma vez obtida essa resposta, a reforma institucional deve acontecer.

Com isso em mente, avanço agora ao estudo da problemática existente no campo das contratações públicas no Brasil, tendo como diretriz a seguinte pergunta: seria o RDC um caso de *institutional bypass*?

3. O QUE SE PASSA NO MUNDO DAS CONTRATAÇÕES PÚBLICAS NO BRASIL: DA LEI DE LICITAÇÕES E DO RDC

3.1 A Lei de Licitações, o seu paradigma e a Administração Pública: uma relação insuficiente

Ao ler o título desse subtópico, pode-se pensar que a nomenclatura “insuficiente” a qual me refiro foi usada de maneira equivocada, uma vez que a Lei de

Licitações apresenta uma abordagem extremamente detalhada sobre o tema das contratações públicas, podendo ser qualquer coisa, menos insuficiente.

No entanto, a insuficiência a que me refiro aqui está empregada no sentido de que o atual funcionamento da Administração Pública demanda procedimentos ágeis, eficazes e que lhe garantam boas contratações. É bem verdade que esta sempre foi uma exigência da Administração - o que explica porque a referida lei foi alvo de críticas desde o seu surgimento.

Mas, mais do que nunca, a complexidade que envolve as relações da Administração Pública, bem como a sua aproximação cada vez mais forte com os setores da economia, exige que a sua atuação ocorra de forma a conciliar essa dinamicidade do mercado com os primados norteadores do seu funcionamento.

No entanto, a Lei de Licitações evidentemente possui uma lógica peculiar em sua composição que vai em sentido diametralmente oposto a esse pensamento. Isso pode ser explicado, sobretudo, por fatores políticos e de mercado⁴.

Primeiramente, a lei surge na ressaca de dois escândalos políticos: o impeachment do presidente Collor e os esquemas de corrupção no Congresso Nacional, envolvendo fraudes no orçamento da União, deputados caçados e jogos de influência – o caso que ficou conhecido como “Anões do Orçamento”. Há, nesse contexto, um senso de moralização que respinga nas compras públicas.

Esse quadro, alinhado com a não tão distante ditadura por qual o Brasil havia passado, gera uma forte preocupação com a segurança jurídica nas legislações.

Por outro lado, o mercado das compras governamentais também vivenciava uma transação. Algumas grandes e tradicionais empresas estavam desaparecendo. Simultaneamente, existia a emergência das pequenas construtoras. Tendo essas empresas grande influência entre os congressistas, a Lei de Licitações é elaborada pensando no interesse dessas empresas se firmarem no mercado.

O resultado dessas variáveis no curso do processo legislativo foi uma lei geral altamente restritiva, que acabou por instituir um procedimento altamente burocrático. Houve o engessamento da Administração e pouco proveito para a estimada

⁴ O contexto de elaboração da Lei de Licitações é explicado minuciosamente por André Rosilho. Em sua obra, comenta: “As normas contidas na Lei Geral de Licitações e Contratos, ao contrário do que se poderia imaginar, não são neutras. A legalização das regras sobre licitações foi conduzida por grupos de interesses que as moldaram de modo não a atender o interesse público, mas daqueles que foram capazes de influir decisivamente no processo legislativo” (Licitação no Brasil, São Paulo, Malheiros Editores, 2013, p. 21).

moralidade, implicando, finalmente, em uma dificuldade brutal à sua dinâmica de funcionamento.

Em virtude dessas suas características, a Lei de Licitações representa grande empecilho às contratações públicas, o que levou a Administração a procurar formas de contornar essa deficiente instituição.

Nesse sentido, o primeiro grande passo que deu foi através da implementação da licitação na modalidade de pregão.

O pregão foi originalmente instituído no âmbito da Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL), pela Lei 9.472/97. Criada a pedido do então Ministro das Comunicações, Sérgio Motta, como forma da agência reguladora ficar livre das amarras da Lei de Licitações. O pregão se mostrou um sucesso.

Foi instituído depois, através da Medida Provisória 2.026/00, em todo nível federal e, em 2002, a Lei 10.520 levou a possibilidade do pregão aos demais entes federativos.

Em que pese o pregão ter sido uma verdadeira – e, aqui, devo utilizar essa palavra – revolução para as contratações públicas, os investimentos em infraestrutura, de uma forma geral, ainda ficavam atrelados ao uso da antiquada Lei de Licitações. O fato, inclusive, foi criticado pelo ex-presidente Lula à época do lançamento do Programa de Aceleração de Crescimento (PAC).

Quanto então ficou oficializado que o Brasil iria sediar a Copa das Confederações em 2013, a Copa do Mundo de 2014 e os Jogos Olímpicos de 2016, o que se poderia fazer para agilizar as contratações necessárias às reformas de infraestrutura imprescindíveis dado o porte desses eventos?

Criou-se o RDC.

3.2 O RDC no campo das contratações públicas

Como se pode imaginar a partir da exposição anterior, o RDC veio para facilitar os investimentos em infraestrutura.

Ele surgiu por meio da Medida Provisória nº 527/11. A Medida Provisória instituía a Secretaria de Aviação Civil, bem como regras para o seu funcionamento. Mediante a preocupação que existia dentro da Administração Pública com as contratações vinculadas a infraestrutura dos eventos anteriormente mencionados, o

deputado federal José Guimarães (PT-CE) inseriu nela um apenso tratando sobre o RDC. A medida foi aprovada pelo Congresso Nacional e convertida na Lei 12.462/11.

Originalmente, o RDC seria utilizado apenas para as contratações que dissessem respeito às Copas e às Olimpíadas. No entanto, depois houve a expansão de suas áreas de incidência.

Assim, o RDC passou a abranger: as ações do PAC (incluído pela Lei 12.688/12); obras e serviços de engenharia do Sistema Único de Saúde (SUS) (incluído pela Lei 12.745/12); obras e serviços de engenharia em estabelecimentos penais e unidades de atendimento socioeducativos (incluído pela Medida Provisória nº 630/13). O RDC ainda poderá ser utilizado no uso de recursos do Fundo Nacional da Aviação Civil (Fnac) para a reforma de aeroportos públicos (conforme a Medida Provisória nº 600/12), e, nos termos em que preceitua a nova Lei dos Portos (Lei 12.815/13), para as contratações das obras e serviços no âmbito do Programa Nacional de Dragagem Portuária e Hidroviária II.

Percebe-se que o caráter pontual do RDC foi rapidamente modificado. Em um lapso de dois anos, a circunferência que delimitava a sua incidência foi se alargando. O que explica esse fenômeno?

A “febre do RDC” se espalha pela Administração Pública devido a instituição apresentar um procedimento simplificado em relação à tortuosa Lei de Licitações, com particularidades que poupam tempo e gastos para a Administração.

Entre as principais vantagens do RDC, podemos apontar: a possibilidade de a administração pública contratar mais de uma empresa ou instituição para executar o mesmo serviço (a multiadjudicação); a inversão da ordem de fases da licitação nos termos da Lei de Licitações; seu uso preferencialmente eletrônico; a adoção do sistema de lances; o sigilo dos orçamentos. Vale atentar que o RDC apresenta uma estrutura em muitos aspectos semelhante ao pregão. Arriscaria dizer, até mesmo, que constitui um “super-pregão”, com algumas qualidades adicionais em razão de ter como seu objeto as contratações de infraestrutura.

Essas vantagens têm, na prática, empregado grande eficiência às contratações públicas submetidas ao RDC. Os resultados de sua utilização estavam gerando tanta satisfação para a Administração que fazer parte do reservado “clube dos usuários do RDC” era uma posição cobiçada pela maioria dos gestores públicos.

Diante desse cenário, parecia ser só uma questão de tempo até que o RDC fosse expandido para as demais áreas das contratações públicas. Alguns previram que

esse seria um provável desdobramento do instituto vis-à-vis as melhorias que trazia, não definindo o RDC como uma aposta qualquer da Administração⁵.

Assim, em março de 2014, a senadora Gleisi Hoffmann (PT-PR) divulgou relatório sobre a Medida Provisória nº 630/13, onde defendia a extensão do RDC para todas as licitações e contratos da União, estados e municípios, para todos os tipos de licitação e contratos. Em abril de 2014, o texto apresentado foi aprovado pela Câmara dos Deputados, seguindo para ser analisado pelo plenário do Senado.

Ao que tudo indica, o RDC brevemente poderá ser adotado pelos gestores públicos para qualquer tipo de contratação que almejem fazer, em qualquer um dos entes federativos, tornando-se, assim, a menina dos olhos da Administração.

3.3 *Quem não gosta do RDC?*

Pode parecer que o artigo está ficando à deriva de seu foco principal (*seria o RDC um caso de institutional bypass?*), mas a contextualização do surgimento da Lei de Licitações, passando pelo Pregão, até o atual momento com o alargamento do RDC é de suma importância para compreender sua problemática central. Dito isso, a inclusão desse tópico – que prometo ser breve – não aconteceu por acaso.

A criação do RDC não foi algo que aconteceu de maneira passível diante de todos aqueles que convivem no mundo das contratações públicas. Um grupo bastante expressivo tem contestado intensamente a sua utilização. Pelo histórico contado previamente, não é difícil concluir quem compõe esse grupo: aqueles que se beneficiam do formato quadrado da Lei de Licitações. As empresas do ramo de infraestrutura, que até então tinham suas competições regidas pelas normas dessa lei, parecem estar preocupadas pelo fato do RDC não manter o sistema pseudocompetitivo que imperava nas licitações que lhes interessavam.

O RDC é a primeira proposta legal a apresentar real ameaça ao “monstro 8.666”. Outras propostas de alteração ou substituição da Lei de Licitações já tentarem

⁵ Carlos Ari Sundfeld e Mario Gomes Schapiro, em artigo que escreveram para o jornal Valor Econômico, de 27 de outubro de 2011, intitulado “Uma Copa para uma nova licitação”, argumentavam: “(...) o RDC é imune a riscos e blindado contra a corrupção? Não. Mas a aposta em uma lei menos formalista não parece ser uma aventura. As suas inovações decorrem de boas experiências da administração pública e também das más experiências proporcionadas pela lei 8.666. A atual configuração das contratações públicas não é satisfatória. Bem por isso, projetos piloto como RDC são bem vindos. Que a Copa sirva ao menos como uma janela de oportunidade para uma boa reforma da gestão pública”.

ser implementadas – atualmente, mais de 500 delas estão percorrendo os corredores do Congresso Nacional⁶ - mas não obtiveram sucesso frente aos fortes *lobbys* e pressões políticas desses grupos de interesses.

Em entrevista concedida no final de 2013, Luís Roberto Andrade Ponte, ex-deputado federal, engenheiro e um dos principais responsáveis pela elaboração da Lei de Licitações, mostrou visível repúdio à utilização do RDC nas contratações públicas. Para ele:

(...) A “8.666” poderia ser obedecida rigorosamente como está, sem muda uma vírgula, e seria perfeitamente possível atender ao que o governo diz pretendes atingir com o RDC. Não seria necessário mudar nada na lei, desde que ela fosse obedecida com rigor.⁷

O ex-deputado ainda parece defender que o procedimento licitatório, mais do que assegurar à Administração Pública boas contratações, *deve atender a uma prerrogativa básica: garantir a igualdade de condições de participação a todos. Isto é crucial. Constitucional.* Sem dúvidas, esse foi o pensamento que esteve presente em toda origem da Lei de Licitações.

Da mesma forma, o jornal Folha de São Paulo, em 26 de abril de 2014, publicou artigo intitulado “Quem tem medo do RDC?”, onde expôs pontos de vistas divergentes sobre a utilização do RDC. De um lado, a senadora Gleisi Hoffmann expõe as vantagens que a instituição já está trazendo para as contratações públicas. De outro, Sérgio Magalhães, presidente do Instituto de Arquitetura do Brasil, argumenta que essas vantagens não têm sido tão vantajosas assim, visto o claro atraso na entrega das obras para a Copa do Mundo.

De uma forma geral, os defensores da Lei de Licitações combatem o RDC com argumentos de que seria um meio facilitador da corrupção, desvios e projetos mal executados. Além disso, um desaforo para a garantia de isonomia entre participantes.

⁶ Conforme os dados dispostos no relatório final da Comissão Especial Temporária de Modernização da Lei de Licitações e Contratos – CTLICON, que tem como relatora a senadora Kátia Abreu (PMDB-TO). Esse relatório, inclusive, integra um desses projetos de reforma da Lei de Licitações.

⁷ Entrevista concedida ao sítio eletrônico www.rodoviasvias.com/site/?p=669. Acesso em 03.05.2014.

Essa resumida exposição não tem a intenção de demonizar pontos de vista, muito menos estigmatizar como vilões os defensores da Lei de Licitações – pois não estou colocando em dúvida que suas preocupações sejam legítimas - mas, simplesmente, expor o conflito de ideias existentes no meio para melhor elucidar a sua problemática central.

3.4 *Conclusões parciais*

A Lei de Licitações não foi uma lei consenso. Houve resistência à forma com que foi construída desde o início de sua vigência. A lei não se mostrou prática nem suficiente para atender as necessidades da Administração Pública. Esse talvez tenha sido o principal motivo de ter sofrido diversas emendas em seu texto, especialmente no que tange ao aumento de casos de dispensa de licitação, que mais que dobrou no decorrer desses 21 anos.

Devido a dificuldade em se aprovar uma nova lei que trate do tema no Congresso Nacional, pelos motivos que foram expostos, procurou-se uma forma da Administração se livrar de sua utilização, especialmente com a necessidade das reformas de infraestrutura para as Copas e as Olimpíadas, que não poderiam ser feitas por meio do pregão.

Mediante a resistência da Lei de Licitações, o RDC veio como uma alternativa legal para contornar a instituição sem, no entanto, eliminá-la. A partir disso, podemos passar à análise do RDC sob a lupa do *institutional bypass*.

4. AFINAL, SERIA O RDC UM CASO DE *INSTITUTIONAL BYPASS*?

4.1 *Notas metodológicas*

Para responder a pergunta nodal deste ensaio, precisei refletir sobre qual seria a forma metodológica mais correta para chegar a uma conclusão.

O modo que me pareceu permitir uma abordagem mais sincera do tema foi comparar os pontos centrais da teoria do *institutional bypass* com os elementos peculiares ao RDC e o contexto de sua criação. A resposta seria positiva (*sim, é um caso de institutional bypass*) se esses elementos se encaixassem ao padrão

estabelecido pela teoria; seria negativa (*não, não é um caso de institutional bypass*) se, por mais que fossem detectadas zonas de interseção, existissem divergências.

4.2 *O RDC está de acordo com a teoria do institutional bypass?*

Na primeira parte deste ensaio, elenquei as principais características que levam o surgimento de uma instituição a ser considerada como um caso de *institutional bypass*. Esses pontos seriam: a instituição pré-existente é preservada; a nova instituição possui as mesmas funções que a instituição pré-existente; há o elemento de escolha entre instituições que por quem irá utilizá-las; a nova instituição visa contornar problemas de reforma da instituição pré-existente.

Esses pontos corresponde a realidade do RDC? Parece que sim.

Quanto ao primeiro ponto (preservação da instituição), é notório que, no atual ordenamento jurídico, há a convivência da Lei de Licitações e o RDC. A criação de uma instituição não eliminou a outra. Ambas possuem validade no plano jurídico e constituem meios pelos quais a Administração Pública deve se utilizar para efetuar suas contratações.

Em segundo lugar, sobre as funções que as instituições exercem, também são similares. A utilização tanto de uma quanto de outra tem como fim a contratação pública. Nos dois casos, a Administração fica submetida a um conjunto de normas e princípios que, no fundo, protegem os mesmos preceitos: assegurar boas contratações e isonomia entre os participantes.

Em relação ao terceiro ponto (existir o elemento de escolha), a permissão do RDC não torna obrigatória a sua utilização para todas as obras de infraestrutura. A Lei de Licitações ainda continua vigente, constituindo escolha legítima para o gestor público que entender que a sua utilização é a melhor opção.

Em relação aos motivos do surgimento do RDC, não há dúvidas que ocorreu em um contexto de contornar os problemas existentes na órbita da Lei de Licitações.

Os fatores histórico-culturais-sociais surgem toda vez que se especula uma reforma na gestão da máquina estatal que implique em uma flexibilização de um sistema. A sociedade, de uma forma geral, tende a entender essa flexibilização como uma facilitadora da corrupção.

No caso do RDC, a opinião popular, normalmente emitida por pessoas que desconhecem a rotina da Administração Pública fora das notícias que leem em jornais

e revistas, é de que a instituição seria uma forma de abrir a torneira dos gastos públicos. Não é correto fazer essa análise a partir de informações superficiais, emitidas, muitas vezes, a partir do senso comum e, não raramente, afetadas pelo elemento de preferências políticas.

A sociedade, via de regra, preza pela manutenção de leis com caráter construtivo, concluindo erroneamente que esse é um modo de combater a corrupção. Não é verdade. A Lei de Licitações talvez seja o melhor exemplo disso.

Todavia, ao não eliminar a lei anterior e instituir o RDC como uma opção do gestor público, as reações contrárias a sua criação talvez tenham sido expressivamente reduzidas.

O alto custo da reforma institucional também é outro problema que se pode identificar no caso.

Ao tratar de contratações públicas, o RDC está mexendo diretamente com uma fonte de despesas para a Administração. Seu caráter experimental foi uma alternativa à mudança brusca na forma de contratações, pois não se sabia o que esperar. Caso seus impactos fossem negativos, a Administração Pública poderia sofrer grandes prejuízos. À medida em que foi se mostrando proveitoso, foi sendo ampliada a sua área de incidência, até chegarmos no atual estágio.

Finalmente, no que tange ao elemento político-econômico, vimos na contextualização da Lei de Licitações que os grupos de interesses têm grande peso na hora de verificar a viabilidade de uma reforma institucional.

Não querendo perder as vantagens que a utilização da Lei de Licitações traz para si mesmos, reagem através de influências no Congresso Nacional de modo a obstar quaisquer modificações que lhes afetem. Prova disso é que, nas diversas causas de dispensa de licitação que foram criadas após a redação original da lei, nenhuma diz respeito a contratações de infraestrutura.

Dessa forma, os elementos observados na teoria do *institutional bypass* se encontram também presentes no contexto do RDC, levando-nos a concluir que a resposta à pergunta feita no título deste ensaio é positiva: sim, o RDC é um caso de *institutional bypass*.

4.3 Qual deverá ser o futuro do RDC e da Lei de Licitações?

Prever o futuro é uma tarefa difícil e, sobretudo, incerta. O Direito tenta fazê-lo, mas nunca consegue abranger a totalidade de hipóteses que as relações juridicamente relevantes fazem surgir.

O raciocínio se aplica aqui.

É impossível esgotar aqui todos os possíveis desdobramentos que o RDC poderá trazer ao mundo das contratações públicas. Entretanto, podemos analisar os prováveis efeitos que poderá gerar a partir da análise dos resultados futuros teóricos do *institutional bypass*, vistos anteriormente.

Duas delas podemos, desde logo, descartar.

A primeira, a hipótese da Lei de Licitações tentar extinguir o RDC, parece-me que já aconteceu e foi ultrapassada. Não foi diretamente a instituição que reagiu dessa forma, mas os seus fiéis guardiões. Defensores da Lei de Licitações tentaram fazer com que o RDC não vigorasse, mas as tentativas se mostraram infrutíferas dado o aumento de possibilidades de sua incidência.

Outra hipótese que me parece poder ser descartada é a divisão de tarefas, pois esse foi o plano inicial do RDC, onde ele era aplicado apenas em áreas restritas. O que se observou foi que a instituição caminhou no sentido contrário: houve uma inflação nas possibilidades de sua aplicação. Uma futura redução nessas possibilidades parece ser algo extremamente improvável.

Quanto os outros três resultados, esses parecem ser hipóteses mais factíveis.

A Lei de Licitações, sentindo-se intimidada pelo sucesso do RDC, poderá entrar na disputa e tentar se modernizar para não cair no ostracismo. A alternativa é viável, mas contaria com a conscientização daqueles que idolatram essa instituição de que a modernização, provavelmente, iria acabar por diminuir ou eliminar os aspectos que lhes conferem vantagens na competição. Viável, sim; provável, não.

Outra possibilidade seria a fusão das duas instituições, RDC e Lei de Licitações. Essa não parece ser algo difícil de acontecer, dados os interesses vigentes no Congresso Nacional. Mas sua ocorrência seria algo lamentável, pois certamente acabaria com o caráter de agilidade e eficiência que está presente nas normas do RDC. Isso porque, arrisco dizer, esse possibilidade provavelmente deixaria a instituição final mais próxima ao regime da Lei de Licitações do que do RDC.

Finalmente, a última possibilidade seria o caso da extinção da Lei de Licitações, passando as suas funções a serem compreendidas dentro daquelas da nova instituição, o RDC. Dado o olhar crítico que foi destinado à Lei de Licitações durante

todo esse artigo, podemos facilmente concluir que essa seria a melhor opção. De fato, o é.

Não digo que é a melhor opção por o RDC ser perfeito. A instituição não é perfeita e, com certeza, o tempo e a prática irão mostrar os pontos em que deverá ser aperfeiçoada. Mas, a eliminação da Lei de Licitações implica, sobretudo, na libertação da Administração Pública de um procedimento de contratação ruim, condizente não com o modelo de gestão atual do Estado, mas um modelo já exausto.

No momento, a única certeza sobre os desdobramentos do RDC é a incerteza. Mas acredito que tal instituição é um caso emblemático a ser observado. Não só por ser um exemplo de como a Administração Pública tem tentado adaptar o seu comportamento às complexidades de mercado e de gestão atuais, mas por ser um processo que ainda está no início, sendo fascinante para os estudiosos das áreas de Direito Administrativo e de Direito e Desenvolvimento poder acompanhar a sua evolução.

5. CONCLUSÕES

Como disse na introdução do artigo, há um consenso entre os novos economistas que estudam o Direito e Desenvolvimento de que as instituições importam.

De fato, os países que querem seguir a rota do desenvolvimento precisam ter uma base forte e segura para construir seus caminhos. As instituições parecem estar nessa base.

Contudo, de acordo com o que foi exposto no decorrer deste ensaio, não podemos confundir o conceito de uma instituição forte e segura com uma instituição que engessa e restringe.

Os caminhos para o desenvolvimento brasileiro são ainda incertos, e, dada essa incerteza, parece que é mais prudente que a Administração Pública tenha certa mobilidade para poder atuar e descobrir quais são os melhores caminhos para ela trilhar.

As contratações públicas estão fortemente presentes nesse conceito, sobretudo quando falamos em investimentos de infraestrutura. Se podemos tirar pontos comuns entre países que alcançaram o status de desenvolvidos, em geral, uma boa infraestrutura está presente entre eles.

O RDC parece ser mais um passo em direção ao objetivo do desenvolvimento, seguramente sendo um avanço em matéria de contratações públicas. Diante das dificuldades de promover uma reforma institucional, parece que o *institutional bypass* foi útil para darmos esse passo.

Contudo, deixo a ressalva: o *institutional bypass* não é a solução, mas um meio. As vantagens advindas de seu caráter experimental são essenciais para averiguar as possibilidades existentes dentro de um campo de incertezas. Mas não se pode utilizá-lo como uma saída fácil para a solução de problemas.

As reformas institucionais são imprescindíveis para qualquer país que esteja seriamente comprometido em seguir em frente, rumo à linha de chegada do desenvolvimento.

Referências

PRADO, Mariana Mota. **Institutional Bypass: An Alternative for Development Reform** – 2011. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1815442>. Acesso em: 20.05.2014.

Rodovias e Vias. Disponível em: <www.rodoviasevias.com/site/?p=669>. Acesso em 03.05.2014.

RODRIK, Dani. **Country Narratives**. Princeton: Princeton University Press, 2003.

ROSILHO, André Janjácomo. **Licitação no Brasil**. São Paulo: Malheiros, 2012.

SCHAPIRO, Mário Gomes; SUNDFELD, Carlos Ari. **Uma copa para uma nova licitação?** Valor Econômico. São Paulo, 27 de outubro de 2011.