

**XXIV ENCONTRO NACIONAL DO
CONPEDI - UFS**

DIREITO E ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

FERNANDO GUSTAVO KNOERR

HENRIQUE RIBEIRO CARDOSO

MARIA LÍRIDA CALOU DE ARAÚJO E MENDONÇA

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – Conpedi

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior - UFRGS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes - IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Conselho Fiscal

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG /PUC PR

Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas - PUC SP

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches - UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS (suplente)

Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta - UFBA (suplente)

Representante Discente - Mestrando Caio Augusto Souza Lara - UFMG (titular)

Secretarias

Diretor de Informática - Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC

Diretor de Relações com a Graduação - Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU

Diretor de Relações Internacionais - Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC

Diretora de Apoio Institucional - Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC

Diretor de Educação Jurídica - Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM

Diretoras de Eventos - Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA

Diretor de Apoio Interinstitucional - Prof. Dr. Vladimir Oliveira da Silveira – UNINOVE

D598

Direito e administração pública [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFS;

Coordenadores: Fernando Gustavo Knoerr, Henrique Ribeiro Cardoso, Maria Lírida Calou de Araújo e Mendonça – Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-038-1

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: DIREITO, CONSTITUIÇÃO E CIDADANIA: contribuições para os objetivos de desenvolvimento do Milênio.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Administração pública.
I. Encontro Nacional do CONPEDI/UFS (24. : 2015 : Aracaju, SE).

CDU: 34



XXIV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - UFS

DIREITO E ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Apresentação

O Grupo de Trabalho Direito e Administração Pública I do XXIV Encontro Nacional do CONPEDI, realizado na Universidade Federal de Sergipe (UFS), cidade de Aracaju SE, caracterizou-se pela atualidade dos temas versados. Dentre estes, evidenciam-se, por sua recorrência, a improbidade administrativa e as contratações públicas.

Há uma série de acontecimentos e modificações na área do Direito, as quais emergem altas indagações sobre a essencialidade do estudo relacionado ao Direito Administrativo e à Administração Pública.

Dentro desse contexto é que o livro em apreço aborda questões relacionadas aos mais variados assuntos do Direito Administrativo hodierno, inclusive refletindo acerca dos princípios e do regime geral de licitações no Brasil.

A diversidade dos temas apresentados e reunidos nesse Grupo de Trabalho, além de refletir um anseio generalizado de abordagens da Administração Pública concertada, implica imensa satisfação por parte dos seus Coordenadores ao vivenciarem tão enriquecedora experiência, invulgar nas observações e discussões de si extraídas em conjunto com tais pesquisadores intimamente ligados ao desenvolvimento nacional. E, para facilitar a experiência e revisitação aos temas e seus autores, a seguir faz-se breve descrição do conteúdo que será encontrado ao longo de toda a obra

Tratando da análise da Lei de Acesso à Informação nos portais do Poder Legislativo Federal, a autora Clarissa Teresinha Lovatto Barros realiza esse estudo com o intuito de verificar a efetividade da Lei de Acesso à Informação no Legislativo Federal como ferramenta de controle social e transparência do Poder Legislativo Federal.

Evidenciando as influências da atuação do Tribunal de Contas da União no trabalho de regulação que vem sendo desenvolvido pela Anatel, a autora Ana Cristina Melo de Pontes Botelho buscou verificar se esta vem adotando as medidas necessárias ao atendimento do interesse público e ao desenvolvimento das telecomunicações brasileiras.

Na medida em que a Lei de Licitações é o principal instrumento normativo nas aquisições de bens e serviços para a Administração Pública, o autor João Carlos Medrado Sampaio trata da

eficácia das normas de licitação, em especial da Lei de Licitações (Lei 8.666/93), na promoção da concretização do princípio constitucional da plena satisfação do interesse público.

Versando sobre a legitimidade da ingerência do Judiciário no âmbito da realização e controle das políticas públicas como forma de concretização constitucional dos direitos fundamentais dos cidadãos ou como invasão de competência alheia, a pesquisadora Marília Ferreira da Silva observa que há um espaço de intangibilidade sobre o qual não pode existir qualquer intervenção extraordinária.

No trabalho *Parcerias Público-Privadas (PPP): Uma análise crítica modernização da Administração Pública em face da reforma do Estado*, os autores Gustavo Brígido Bezerra Cardoso e Aldemar Monteiro da Silva Neto tratam do alcance da desestatização por meio das privatizações e das delegações como ferramenta no aprimoramento das relações do Estado com a iniciativa privada.

Em *Improbidade Administrativa no exercício da Função Jurisdicional*, o pesquisador Jailsom Leandro de Sousa trata da sanção por prática de atos de improbidade administrativa prevista na Constituição Federal e na Lei 8.429/92, em especial sobre a possibilidade de os juízes serem responsabilizados por tais atos quando no exercício da função jurisdicional, fundado no fato de a constituição e a lei não terem feito distinção de pessoas e nem de tipos de atividades funcionais.

Realizando uma releitura do Princípio da Supremacia do Interesse Público em detrimento do Interesse Privado à luz do Estado Constitucional de Direito, os autores Gina Chaves e Érico Andrade buscam demonstrar que a Administração Pública tem no princípio da supremacia do interesse público sobre o privado um instrumento efetivo para atender ao Estado Constitucional de Direito, na busca pela implementação dos direitos e garantias fundamentais.

Os autores Guilherme Dourado Aragão Sá Araujo e Maria Lírida Calou de Araújo e Mendonça em *A absolutização do Direito Administrativo na Utopia Racionalista* demonstram como o Direito Administrativo se torna, na visão deles, absoluto ou total nas sociedades utópicas em decorrência da necessidade constante de manutenção da ordem artificial em detrimento da ordem espontânea.

Em A responsabilidade do estado por danos decorrentes do exercício da função jurisdicional, Ronaldo Alves Marinho da Silva e Gustavo Santana de Jesus realizam uma análise do âmbito da responsabilidade do Estado por danos decorrentes do exercício da função jurisdicional em Portugal.

Os autores Jamile Bergamaschine Mata Diz e Roberto Correia da Silva Gomes Caldas realizam uma análise sistêmica das licitações no âmbito do MERCOSUL e dos recursos do Fundo de Convergência Estrutural (FOCEM), dando a ideia da imprescindibilidade de que o Protocolo de Contratações Públicas do MERCOSUL seja efetivamente incorporado pelos Estados, adquirindo vigência no espaço mercosulista e tornando-se, de conseguinte, de obrigatória observância para todos os procedimentos licitatórios realizados pelos Estados-partes e também para o FOCEM.

No artigo Crise de legitimidade do legislativo e a construção de consensos os autores Talia Bárbara Tumelero e Luiz Carlos Cancellier de Olivo tratam dessa crise apontando os fatores determinantes, as consequências deste processo na consolidação da democracia no país e alguma solução possível para esta realidade.

Abordando os principais benefícios e riscos da utilização do procedimento de manifestação de interesse social previsto na Lei 13.019/2014, que disciplina as parcerias entre o poder público e o terceiro setor, a autora Mariana Bueno Resende analisa o procedimento de manifestação de interesse já utilizado nas concessões de serviços públicos e parcerias público-privadas.

Ao tratar do papel das Agências Reguladoras em cenários de instabilidade política e econômica, o autor Francisco Carlos Duarte analisa se as mesmas estão preparadas para agir imediatamente diante de momentos de instabilidade política e econômica, atenuando as consequências para a sociedade e se conferem maior credibilidade à Administração Pública.

O pesquisador Hugo Lázaro Marques Martins, ao realizar uma análise dos Consórcios Intermunicipais e a efetivação da prestação do serviço público de saúde à luz do Princípio Constitucional da Eficiência, demonstra que os Consórcios Públicos apresentam-se como uma das melhores alternativas gerenciais, já que permite a estruturação regional da prestação do serviço público.

No último artigo da coletânea, Emerson Affonso da Costa Moura e Juliana Campos Maranhão demonstram que em uma ordem constitucional voltada à centralidade dos direitos fundamentais, o poder de polícia se submeterá a um juízo de ponderação entre o interesse

público e privado envolvido, de forma a justificar a sua restrição, bem como, a limites procedimentais e substanciais para a sua aplicação.

Com a breve exposição dos trabalhos, é possível ver a atualidade, mediante o emprego de métodos vão além da mera exposição dogmática, a revelar o chamado pensamento tecnológico, voltado para a aplicabilidade e solução dos conflitos com o emprego de uma percepção mais completa e funcional do Direito na Administração Pública, de sorte a revelar investigações científicas cuja leitura recomenda-se vivamente.

Coordenadores do Grupo de Trabalho

Prof. Dr. Fernando Gustavo Knoerr UNICURITIBA

Prof. Dr. Henrique Ribeiro Cardoso - UFS

Profa. Dra. Maria Lírida Calou de Araújo e Mendonça - UNIFOR

REGIME DIFERENCIADO DE CONTRATAÇÕES PÚBLICAS (RDC): LIMITES E POTENCIALIDADES PARA APLICAÇÃO EM MUNICÍPIOS.

DIFFERENTIAL SYSTEM OF PUBLIC CONTRACTING (DRC): LIMITS AND POTENTIAL FOR APPLICATION IN MUNICIPALITIES

Wagner Leandro Rabello Junior

Resumo

As licitações no Brasil são permeadas por problemas de transgressões à legislação, ineficiência e ausência de transparência. Após a Lei Geral de Licitações (Lei 8.666/1993) e a Lei do Pregão (Lei 10.520/2002) está no auge dos debates o Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC) - Lei 12.462/2011 - idealizado para atender às contratações de obras e serviços referentes aos três eventos esportivos internacionais a serem realizados no Brasil entre os anos de 2013 e 2016: Copa das Confederações 2013, Copa do Mundo 2014 e Jogos Olímpicos e Paraolímpicos de 2016. Porém, a partir de 2012, a lei do RDC recebeu acréscimos no seu campo de abrangência, englobando ações do Programa de Aceleração do Crescimento (PAC) (Lei 12.688/2012), licitações e contratos necessários à realização de obras e serviços de engenharia no âmbito dos sistemas públicos de ensino (Lei 12.722/2012) e para as obras e serviços de engenharia no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS) (Lei 12.745/2012). Considerando as ampliações do RDC e os princípios da legalidade, eficiência e transparência, o presente trabalho tem por escopo analisar os limites e potencialidades para aplicação do RDC em municípios.

Palavras-chave: Licitações, Regime diferenciado de contratações públicas, Municípios

Abstract/Resumen/Résumé

Bids in Brazil are permeated by problems transgressions legislation, inefficiency and lack of transparency. After the General Procurement Law (Law 8.666/1993) and Bidding Law (Law 10.520/2002) is at the peak of the debates Distinguished Public Procurement Regime (DRC) - Law 12.462/2011 - designed to meet the contracting works and services for the three international sporting events to be held in Brazil between 2013 and 2016: FIFA Confederations Cup 2013 World Cup and 2014 Olympic Games and Paralympic Games in 2016. However, from 2012, the law of the DRC received increases in their scope, encompassing actions of the Growth Acceleration Program (PAC) (Law 12.688/2012), tenders and contracts necessary for the execution of works and services engineering within the public school systems (Law 12.722/2012) and the works and engineering services under the Unified Health System (SUS) (Law 12.745/2012). Considering the expansion of the DRC and the principles of legality, efficiency and transparency, the present work has the purpose to analyze the limits and potential for application of the DRC in municipalities.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Procurement, Procurement regime differential, Municipalities

INTRODUÇÃO

A trajetória da Administração Pública brasileira é indissociável do federalismo orgânico que assegura aos municípios autonomia política, administrativa e financeira. Portanto, os municípios são entes políticos compostos de órgãos e entidades públicas pertencentes, respectivamente, à administração pública direta e indireta, e possuem, ainda, governo e recursos próprios.

Durante o século XX, considerando as necessidades de modernização da administração pública, o Brasil passou por três grandes reformas administrativas: a Reforma Burocrática da era Vargas (década de 1930); a Reforma do Período Militar (década de 1960) e a Reforma Gerencial (década de 1990).

O processo de desenvolvimento da Administração Pública brasileira foi acompanhado de constantes alterações normativas, sendo as mais emblemáticas a promulgação e outorgação, em um espaço de apenas um século, das constituições de 1934, 1937, 1946, 1967 e 1988.

Acompanhando essa trajetória, alguns princípios a serem observados pelos gestores públicos e operadores do direito foram se consolidando, como é o caso dos princípios da legalidade, eficiência e transparência, que serão abordados nesta pesquisa, conjuntamente com a problemática das licitações públicas municipais.

Licitação pública é objeto de relevante interesse para a ciência do Direito, tanto na esfera legislativa, quanto na executiva e na judiciária. Isso porque, desde os primórdios das licitações no Brasil os operadores do Direito deparam-se com as problemáticas decorrentes do procedimento, seja pela ausência de legislação considerada eficiente, seja pela aplicação equivocada, ou mesmo de má fé, dos preceitos normativos, seja pelo processo crescente de judicialização das licitações.

O Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC), instituído pela Lei 12.462, de 4 de agosto de 2011, foi elaborado como mais uma tentativa de superar a problemática então existente e, conseqüentemente, dotar a Administração Pública brasileira de um instrumento de maior eficiência e celeridade em sede de licitações, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

1 ORGANIZAÇÃO E TRAJETÓRIA ADMINISTRATIVA DO BRASIL

Preliminarmente, cumpre destacar, em perspectiva jurídica, que a administração pública pode ser compreendida como o conjunto de instituições e de servidores, em regra mantidos e

pagos pelos cofres públicos, imbuídos do poder de planejamento, decisão, execução e controle das normas, atividades e políticas públicas relativas ao bem-estar da sociedade e das ações necessárias à gestão da coisa pública.

Para Di Pietro, a expressão Administração Pública pode ser entendida sob duas óticas:

- a) em sentido subjetivo, formal ou orgânico, ela designa os entes que exercem a atividade administrativa; compreende pessoas jurídicas, órgãos e agentes públicos incumbidos de exercer uma das funções em que se triparte a atividade estatal: a função administrativa;
- b) em sentido objetivo, material ou funcional, ela designa a natureza da atividade exercida pelos referidos entes; nesse sentido, a Administração Pública é a própria função administrativa que incumbe, predominantemente, ao poder executivo. (DI PIETRO, 2011, p. 58)

Nas palavras do mestre Hely Lopes Meirelles verifica-se que “subjetivamente a Administração Pública é o conjunto de órgãos e serviços do Estado e objetivamente é a expressão do Estado agindo in concreto para satisfação de seus fins de conservação, de bem-estar individual dos cidadãos e de progresso social” (MEIRELLES, 2013, p.8).

Feitas essas considerações iniciais, sob a ótica jurídica, acerca do significado e do escopo da Administração Pública salutar é que se verifique o conceito e a trajetória da Administração Pública sob a perspectiva da Ciência Política e da Administração Pública. Para tanto, será utilizado o recorte feito pelo professor Frederico Lustosa da Costa, em artigo publicado na Revista de Administração Pública, no ano de 2008, em homenagem ao bicentenário da chegada da corte portuguesa ao Brasil.

É verdade que, até 1808, existia no Brasil e, sobretudo, na sede do governo geral (vice-reino) uma administração colonial relativamente aparelhada. Mas a formação do Reino Unido de Portugal, Brasil e Algarves e a instalação de sua sede na antiga colônia tornaram irreversível a constituição de um novo Estado nacional. Todo um aparato burocrático, transplantado de Lisboa ou formado aqui, em paralelo à antiga administração metropolitana, teve que ser montado para que a soberania se afirmasse, o Estado se constituísse e se projetasse sobre o território, e o governo pudesse tomar decisões, ditar políticas e agir. (COSTA, 2008, p. 831)

Após a instalação da Corte Portuguesa no Brasil, do retorno de dom João VI à Portugal (decorrente da queda de Napoleão), da conseqüente subida de D. Pedro I ao poder, seguida da proclamação da independência, ocorreu a outorga da Constituição de 1824 e a organização do Estado brasileiro conforme resumida a seguir:

A primeira Constituição do Brasil mantinha a monarquia, a dinastia da Casa de Orléans e Bragança e d. Pedro I como imperador e defensor perpétuo do Brasil. Constituíam um Estado unitário e centralizador, cujo território era dividido em províncias, que substituíam as antigas capitanias. Os poderes políticos eram quatro — Legislativo, Moderador, Executivo e Judicial. Cada província era dirigida por um presidente nomeado pelo imperador, que tomava posse perante a câmara da capital. Em cada uma delas havia também um conselho geral, cujos membros eram eleitos juntamente com a representação nacional. O monarca exercia o Poder Moderador, com o apoio do Conselho de Estado, órgão de caráter consultivo e, ao mesmo tempo, o Poder Executivo, auxiliado pelos seus ministros de Estado. O Poder Legislativo era exercido pela Assembléia Geral, formada pela Câmara dos Deputados e pela Câmara dos Senadores ou Senado do império. O Poder Judicial era exercido pelos juizes de direito e pelos juizes de paz, para as tentativas de conciliação prévias a qualquer processo. Na capital do império e nas províncias havia um Supremo Tribunal de Justiça, composto de juizes letrados tirados das relações. A organização dos municípios não mudou de forma significativa, tendo as câmaras o mesmo papel que exerciam na colônia. (COSTA, 2008, p. 837)

Depois de algumas crises institucionais, decorrentes em grande parte da abdicação do trono por D. Pedro I em favor de seu filho D. Pedro II, com apenas 5 anos de idade, da incompetência da Regência Trina e dos crescentes conflitos entre a monarquia e as classes dominantes (detentoras de grandes propriedades rurais e dependentes da escravidão) surgem esboços em prol do republicanismo.

Nesse contexto de crise do regime imperial e da consequente instabilidade política, ganha força o movimento republicano até que, em 15 de novembro de 1889, a tropa comandada por Marechal Deodoro da Fonseca, desferiu o golpe que levou a monarquia à sucumbência e determinou a proclamação da república no Brasil.

Segundo Costa (2008) o fato é que a proclamação da república não trouxe as profundas reformas então esperadas, especialmente no âmbito social e econômico. No entanto, com base em Costa (2008), podemos afirmar que houve algumas reformas necessárias à implantação do novo regime e a convocação de eleições para uma assembleia constituinte, a fim de dar azo à segunda constituição brasileira, inspirada na constituição americana de 1787 e promulgada em 1891. Daí que, a partir da Constituição de 1891:

A separação de poderes ficou mais nítida. O Legislativo continuava bicameral, sendo agora formado pela Câmara dos Deputados e pelo Senado, cujos membros passaram a ser eleitos para mandado de duração certa. Ampliou-se a autonomia do Judiciário. Foi criado o Tribunal de Contas para fiscalizar a realização da despesa pública. As províncias, transformadas em estados, cujos presidentes (ou governadores) passaram a ser eleitos, ganharam grande autonomia e substantiva arrecadação própria. Suas assembleias podiam legislar sobre grande número de matérias. Esse sistema caracterizava o federalismo competitivo. A República federalista, com estados politicamente autônomos, consagrou um novo pacto político que acomodava os interesses das elites econômicas do Centro-Sul e do resto do país. O governo federal

ocupava-se de assegurar a defesa e a estabilidade e proteger os interesses da agricultura exportadora através do câmbio e da política de estoques, com reduzida interferência nos assuntos “internos” dos demais estados. (COSTA, 2008, p. 839-840)

O período compreendido entre 1891 e 1930 ficou conhecido como República Velha. Nessa etapa a Administração Pública brasileira mantinha, ainda, resquícios de uma gestão tipicamente patrimonial, cujas características podem ser verificadas pelo trecho que segue:

No patrimonialismo, o aparelho do Estado funciona como uma extensão do poder do soberano, e os seus auxiliares, servidores, possuem status de nobreza real. Os cargos são considerados prebendas. A *res publica* não é diferenciada das *res principis*. Em consequência, a corrupção e o nepotismo são inerentes a esse tipo de administração. No momento em que o capitalismo e a democracia se tornam dominantes, o mercado e a sociedade civil passam a se distinguir do Estado. Neste novo momento histórico, a administração patrimonialista torna-se uma excrescência inaceitável. (BRASIL. *Mare*, 1995, p. 15)

Em função da administração pública patrimonial, da crise mundial que se asseverava, especialmente a partir da quebra da bolsa de valores de Nova York, em 1929, e do crescente processo de esfacelamento das oligarquias regionais acontece a chamada Revolução de 1930 e a instalação do Estado Novo, sob a presidência de Getúlio Vargas.

O governo de Vargas resolve modernizar a máquina administrativa brasileira através dos paradigmas burocráticos difundidos por Max Weber (modelo racional-legal). O auge dessas mudanças ocorre em 1936 com a criação do Departamento Administrativo do Serviço Público (DASP), que tinha como atribuição modernizar a máquina administrativa utilizando como instrumentos a afirmação dos princípios do mérito, a centralização, a separação entre público e privado (em resposta ao patrimonialismo), a hierarquia, a impessoalidade, a rigidez e universalidade das regras e a especialização e qualificação dos servidores. Assim, a partir da criação do DASP, começou o processo de implantação da Administração Pública Burocrática no Brasil.

Após o governo de Vargas, o fato mais compulsado pela doutrina diz respeito à presidência de Juscelino Kubitschek (JK) e seu tão propalado plano de metas que veio à tona através da chamada Administração Paralela. Em linhas gerais, a Administração Paralela foi um artifício utilizado pelo governo JK para atingir o seu Plano de Metas (50 anos em 5) e seguir firme no seu projeto desenvolvimentista. Ela surgiu com a criação de estruturas alheias à Administração Direta para, dessa forma, fugir das amarras burocráticas.

Assim, a chamada Administração Paralela (também conhecidas como Ilhas de Excelência) foram instituições criadas, via decreto presidencial, pelo governo JK, com o objetivo de obter mais flexibilidade e agilidade necessárias à implantação do seu plano de metas, tendo em vista que os organismos públicos então existentes estavam impregnados por uma cultura burocrática que era rígida e excessivamente lenta.

Durante o período militar a administração pública passa por novas transformações. Três aspectos podem ser ressaltados nessa época: A ampliação da função econômica do Estado com a criação de várias empresas estatais; facilidade de implantação de políticas, em decorrência da natureza autoritária do regime; o aprofundamento da divisão da administração pública, mais especificamente através do Decreto-Lei 200/67, que distinguiu claramente a Administração Direta (exercida por órgãos diretamente subordinados aos ministérios) da indireta (formada por autarquias, fundações, empresas públicas e sociedades de economia mista).

A reforma do período militar – que atingiu bons índices de modernização – também teve como pontos importantes a padronização e normatização nas áreas de pessoal, compras e execução orçamentária, estabelecendo ainda cinco princípios estruturais da administração pública: planejamento, coordenação, descentralização, delegação de competências e controle.

Após a queda do regime militar e do reestabelecimento da democracia foi promulgada a Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988, (CRFB/1988). A nova Constituição tornou a fortalecer a administração direta instituindo regras iguais às que deveriam ser seguidas pela administração pública indireta, principalmente em relação à obrigatoriedade de concursos públicos para investidura na carreira (o que diminuiu a política clientelista) e aos procedimentos de compras públicas.

Em seguida à promulgação da CRFB/1988 tivemos a primeira eleição direta para presidente da era pós-militar, tendo sido eleito para o cargo Fernando Collor de Mello. Essa etapa da administração pública brasileira é marcada pelo desmonte da máquina administrativa pelo governo Collor – sem nenhum planejamento – sob o argumento, amplamente difundido pelo presidente de que os servidores públicos eram verdadeiros “marajás”, ou seja, trabalhavam pouco e ganhavam muito.

Assim, pouco tempo depois da posse, o governo Collor promoveu a extinção de milhares de cargos de confiança, a reestruturação e a extinção de vários órgãos, a demissão de outras dezenas de milhares de servidores sem estabilidade e tantos outros foram colocados em

disponibilidade. Segundo estimativas do MPOG, foram retirados do serviço público, num curto período e sem qualquer planejamento, cerca de 100.000 (cem mil) servidores. Tais fatos resultaram numa avalanche de processos judiciais que perduram até hoje, tendo a maior parte dos servidores conseguido retornar ao serviço público.

Após o *impeachment* de Collor, seu vice, Itamar Franco, assumiu o governo e não tomou decisões significativas em termos de gestão pública.

No ano de 1994, Fernando Henrique Cardoso (FHC) assume a presidência da república, onde ficou por dois mandatos consecutivos. A reforma administrativa foi o ícone do governo FHC em relação à administração pública brasileira. Inserida no contexto da reforma do Estado e capitaneada por Luis Carlos Bresser-Pereira à frente do então recém-criado Ministério da Administração Federal e da Reforma do Estado (MARE), a chamada reforma gerencial teve como instrumento básico o Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado (PDRAE), que visava à reestruturação do aparelho do Estado para combater, principalmente, a cultura burocrática.

Durante o governo Lula, em documento elaborado pela Secretaria de Gestão (SEGES) do Ministério do Planejamento Orçamento e Gestão (MPOG) há referência ao programa intitulado “Gestão Pública para um Brasil de todos – Plano de Gestão do Governo Lula” cuja escopo parte do pressuposto de que há um déficit institucional, resultante de um processo histórico de ausência do Estado na garantia de direitos individuais e sociais básicos. Segundo o documento há déficit de governança, ou seja, há incapacidade do Estado em formular e implementar políticas.

Embora se apresente como um modelo que procura diferenciar-se das experiências anteriores, são encontrados muitos pontos em comum entre as soluções apresentadas pela SEGES no governo Lula e as soluções da “nova administração pública” implantada pelo governo FHC.

O governo Dilma, em andamento, continua com o programa proposto por seu antecessor. Desse modo, até o momento, as pesquisas não revelaram nenhum ponto de inovação em termos de gestão pública.

1.2 Legalidade, eficiência e transparência na administração pública

A escolha do tripé: legalidade, eficiência e transparência, atrelados à licitação pública municipal, decorreu do fato de as pesquisas terem revelados que são estes os pontos mais problemáticos no que diz respeito aos procedimentos licitatórios. Seja porque a estrita

observância à letra da norma acaba por tornar o procedimento extremamente rígido, moroso e ineficiente, seja porque, em consequência disso, o princípio da eficiência termina posto em segundo plano e, ainda, pelo fato de o gestor público, na maior parte dos casos, adotar os ditames de publicidade como obrigação legal de divulgação de alguns de seus atos, deixando de perceber que a transparência na administração pública, como será visto mais adiante, vai muito além da publicação de atos administrativos em jornais oficiais.

Antes de analisar cada um dos princípios, convém esclarecer que, segundo Cretella Junior (Revista de Informação Legislativa, v. 97:7 apud DI PIETRO, 2011, p. 63), “os princípios de uma ciência são as proposições básicas, fundamentais, típicas que condicionam todas as estruturas subsequentes. Princípios são os alicerces de uma ciência”. Nessa esteira, Di Pietro afirma que:

Sendo o Direito Administrativo, em suas origens, de elaboração pretoriana e não codificado, os princípios sempre representaram papel relevante nesse ramo do direito, permitindo à Administração e ao Judiciário estabelecer o necessário equilíbrio entre os direitos dos administrados e as prerrogativas da Administração. Os dois princípios fundamentais e que decorrem da assinalada bipolaridade do Direito Administrativo – liberdade do indivíduo e autoridade da Administração – são os princípios da legalidade e da supremacia do interesse público sobre o particular, que não são específicos do Direito Administrativo porque informam todos os ramos do direito público; no entanto, são essenciais, porque, a partir deles constroem-se todos os demais. (DI PIETRO, 2011, p. 64)

Por sua vez, Bandeira de Mello, faz uma análise acurada dos princípios que regem o Direito Administrativo atrelada às consequências decorrentes do descumprimento de eventual preceito, nos seguintes termos:

Princípio - já averbamos alhures - é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. É o conhecimento dos princípios que preside a inteligência das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo. Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma qualquer. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra. Isto porque, com ofendê-lo, abatem-se as vigas que o sustentam e alui-se toda a estrutura nelas esforçada. (BANDEIRA DE MELLO, 2013, p. 620)

Constata-se, em decorrência dos preceitos acima elencados, que os princípios são mais amplos do que os dispositivos normativos de um sistema jurídico e, portanto, servem como guia à

atuação do legislativo, do executivo e do judiciário. Partindo dessa concepção é que se pretende analisar os princípios da legalidade, eficiência e transparência.

O *princípio da legalidade*, insculpido na CRFB/1988, possui diversas funções no que diz respeito à atuação do gestor público e dos agentes políticos do Estado. Podemos observar, notadamente, as seguintes nuances deste princípio no texto constitucional: a legalidade penal (artigo 5º, inciso XXXIX), a legalidade administrativa (artigo 37, *caput*) e a legalidade tributária (artigo 150, inciso I).

O conceito de legalidade evoluiu e, embora inserido, por exemplo, de forma positiva, nos artigos 5º, II e no *caput* do artigo 37 CRFB/1988, não é mais tido pela doutrina e pela jurisprudência pátria como mera observância à lei em sentido formal, tendo ocorrido o que Di Pietro denomina de “alargamento do princípio da legalidade, pela adoção dos princípios do Estado Democrático de Direito” (DI PIETRO, 2011, p. 29). Não obstante, Di Pietro, em conceituação mais contida, assevera, sobre o princípio da legalidade, que:

Este princípio, juntamente com o de controle da Administração pelo Poder Judiciário, nasceu com o Estado de Direito e constitui uma das principais garantias de respeito aos direitos individuais. Isto porque a lei, ao mesmo tempo em que os define, estabelece também os limites de atuação administrativa que tenha por objeto a restrição ao exercício de tais direitos em benefício da coletividade. É aqui que melhor se enquadra aquela ideia de que, na relação administrativa, a vontade administrativa é a que decorre da lei. Segundo o princípio da legalidade, a Administração Pública só pode fazer o que a lei permite. (DI PIETRO, 2011, p. 64-65)

Percebe-se pela análise da obra e, especialmente, através dos trechos citados que, embora Di Pietro concorde com a existência da atual amplitude do conceito de legalidade, a autora opta, na maior parte dos seus escritos, por uma reflexão mais clássica, ou seja, mais ligada à concepção formal da legalidade.

Celso Antônio Bandeira de Mello parte da base do Estado Democrático de Direito, insculpida no art. 1º da CRFB/88, de que “Todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição” (BRASIL. Constituição, 1988) para sustentar que “O princípio da Legalidade contrapõe-se, portanto, e visceralmente, a quaisquer tendências de exacerbação pessoalista dos governantes” (BANDEIRA DE MELLO, 2011, p. 71).

O princípio da legalidade, atrelado especificamente aos procedimentos licitatórios, nas palavras de Palavéri (2003) deve ser compreendido como um princípio geral da administração

pública, tanto de índole constitucional quanto de cunho legal, neste último caso tendo em vista a Lei Geral de Licitações. Assim, para o autor:

Tendo em vista que administrar nada mais é que “aplicar as leis de ofício” na precisa e sempre lembrada lição de Seabra Fagundes, no caso das licitações, realizá-las nada mais é que seguir o exigido pela legislação vigente, mormente a Lei 8.666/1993 e suas alterações, adotada como norma geral para os municípios dentro da competência legislativa conferida à União para editar tais regras (art. 22, XXVII, da Constituição Federal). (PALAVÉRI, 2003, P. 16)

Convém ressaltar que à época do lançamento da obra de Palavéri sequer havia sido esboçado o projeto de lei do RDC, tanto é que seus exemplos restringem-se, quando tratam de norma geral, à Lei Geral de Licitações. Entretanto, importante observação é feita pelo autor quando afirma que “outras normas não de ser aplicadas, em atenção ao referido princípio, podendo os municípios – o que é pouco usual – editar regras específicas sobre a matéria” (PALAVÉRI, 2003, p. 16).

Conclui-se, portanto, que desde a edição da Lei Geral de Licitações os municípios possuem parcela de competência em matéria de licitações, especialmente no que diz respeito à elaboração de decretos regulamentadores. Nessa esteira também caminha o RDC, vez que, vários de seus dispositivos exigem regulamentação, como por exemplo: o art. 14, I, que admite a possibilidade de participação de consórcios de empresas; art. 16, caput, que cuida do modo aberto ou fechado de disputa; art. 29, parágrafo único, que trata dos procedimentos auxiliares de licitação, dentre outros.

Assim, compete aos municípios normatizar a aplicação dos procedimentos licitatórios através de normas de sua competência. Daí porque a importância de cotejar legalidade com eficiência administrativa e transparência, entendida esta última, como veremos adiante, de forma mais ampla que a mera publicidade de atos legislativos, judiciais ou administrativos na imprensa oficial. Por enquanto, ater-nos-emos ao princípio da eficiência.

O *princípio da eficiência*, corolário da Emenda Constitucional nº19/1998, é aquele que, invariavelmente, vai de encontro ao princípio da legalidade. Sob o manto de cumprir os ditames normativos expressos, não raro, o gestor público tende a observar a legalidade em detrimento da eficiência.

Descendente direto da Reforma do Estado e do Aparelho do Estado, de 1995, o princípio da eficiência, antes de ser elevado ao patamar de norma constitucional, veio declarado no PDRAE, nos seguintes termos:

A reforma do Estado permitirá que seu núcleo estratégico tome decisões mais corretas e efetivas, e que seus serviços - tanto os exclusivos, que funcionam diretamente sob seu comando, quanto os competitivos, que estarão apenas indiretamente subordinados na medida que se transformem em organizações públicas não-estatais - operem muito mais eficientemente. Reformar o aparelho do Estado significa garantir a esse aparelho maior governança, ou seja, maior capacidade de governar, maior condição de implementar as leis e políticas públicas. Significa tornar muito mais eficientes as atividades exclusivas de Estado, através da transformação das autarquias em “agências autônomas”, e tornar também muito mais eficientes os serviços sociais competitivos ao transformá-los em organizações públicas não-estatais de um tipo especial: as “organizações sociais”. (BRASIL. *Mare. Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado*. 1995. p. 44-45)

Podemos concluir pelo trecho acima que, durante a reforma ocorrida a partir de meados da década de 90 (noventa) do século passado, chegou-se à conclusão de que o Brasil estava imerso em uma administração pública tipicamente burocrática, auto referenciada e distante, portanto, das boas práticas de governança. Constatou-se que o Estado e seu Aparelho passavam por severa crise de eficiência, muito por conta da cultura extremamente legalista que permeava a administração pública brasileira. Desse modo, se antes a eficiência era almejada pela Administração Pública, após sua elevação a princípio expresso na Carta Magna sua observância tornou-se inafastável para a Administração Pública.

Bandeira de Mello assevera que o princípio da eficiência não passa de mera retórica, vez que, seu efeito é de difícil mensuração. Assim, o autor sustenta que falar em eficiência “é juridicamente tão fluido e de tão difícil controle ao lume do Direito, que parece mais um simples adorno agregado ao art. 37 ou o extravasamento de uma aspiração dos que burilam no texto” (BANDEIRA DE MELLO, 2011, p. 92).

No que diz respeito aos procedimentos licitatórios, até o advento do RDC, não havia norma expressa, nas leis sobre licitações, acerca do princípio da eficiência. Na Lei Geral de Licitações, por exemplo, temos enumerados os princípios no art. 3º:

Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos. (BRASIL. Lei nº12.462, 2011)

Ser eficiente, em suma, significa utilizar os recursos disponíveis, sejam eles humanos, financeiros, tecnológicos e afins, da melhor forma possível, de modo que além de questões econômicas a Administração Pública possa, conseqüentemente, oferecer aos cidadãos serviços públicos de qualidade.

Nesse ponto, o RDC inovou de tal maneira que, além de trazer expresso o princípio da eficiência como um de seus paradigmas, estabeleceu a possibilidade de a Administração Pública celebrar contratos de eficiência com particulares. Como será visto no capítulo pertinente, o contrato de eficiência está atrelado à consecução do objeto em alto nível de desempenho de forma que a Administração Pública obtenha o máximo de retorno financeiro no contrato. Como exemplo de quesitos de eficiência na Lei do RDC podemos citar:

Art. 1º É instituído o Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC), aplicável exclusivamente às licitações e contratos necessários à realização:

1º O RDC tem por objetivos:

I - ampliar a eficiência nas contratações públicas e a competitividade entre os licitantes;

Art. 3º As licitações e contratações realizadas em conformidade com o RDC deverão observar os princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da eficiência, da probidade administrativa, da economicidade, do desenvolvimento nacional sustentável, da vinculação ao instrumento convocatório e do julgamento objetivo.

Art. 23. No julgamento pelo maior retorno econômico, utilizado exclusivamente para a celebração de contratos de eficiência, as propostas serão consideradas de forma a selecionar a que proporcionará a maior economia para a administração pública decorrente da execução do contrato. (BRASIL. Lei nº12.462, 2011)

Oferecer serviços públicos de qualidade envolve, ainda, ser transparente para com o cidadão. Transparência vai além da publicação de atos legislativos, judiciais e administrativos em jornais oficiais. Transparência envolve dever de prestar contas de todos os atos possíveis, dever de disponibilizar constantemente aos cidadãos acesso aos dados e informações inerentes à gestão da coisa pública.

O *princípio da transparência*, embora não capitulado de forma expressa no texto constitucional e na legislação sobre licitações, vem sendo considerado um desdobramento do princípio da publicidade, de modo que:

Pode-se definir transparência da gestão como a atuação do órgão público no sentido de tornar sua conduta cotidiana, e os dados dela decorrentes, acessíveis ao público em geral. Suplanta o conceito de publicidade previsto na Constituição Federal de 1988, pois a publicidade é uma questão passiva, de se publicar determinadas informações como requisito de eficácia. A transparência vai mais além, pois se detém na garantia do acesso as informações de forma global, não somente aquelas que se deseja apresentar. O que caracteriza a transparência é o seu aspecto proativo, ou seja, de não existir, via de regra,

a necessidade do cidadão buscar informações via requerimento. Essa postura proativa traz benefícios aos governos, pois melhora o fluxo das informações gerenciais com os cidadãos, contribuindo para a eficiência da ação governamental (DARBISHIRE, 2009), fortalecendo a governança e a materialização dos direitos sociais à população. (VIANA, 2011, p. 4)

Não há na legislação contemporânea sobre licitações, nem mesmo na Lei do RDC, menção expressa à transparência nos termos tratados neste trabalho. Contudo, na Lei de Acesso à Informação, combinando-se os artigos 3º, 5º e 6º podemos verificar que a transparência é princípio a ser observado em sede de licitação:

Art. 3º Os procedimentos previstos nesta Lei destinam-se a assegurar o direito fundamental de acesso à informação e devem ser executados em conformidade com os princípios básicos da administração pública e com as seguintes diretrizes:

[...]

IV - fomento ao desenvolvimento da cultura de transparência na administração pública;

Art. 5º É dever do Estado garantir o direito de acesso à informação, que será franqueada, mediante procedimentos objetivos e ágeis, de forma transparente, clara e em linguagem de fácil compreensão.

Art. 6º Cabe aos órgãos e entidades do poder público, observadas as normas e procedimentos específicos aplicáveis, assegurar a:

I - gestão transparente da informação, propiciando amplo acesso a ela e sua divulgação;

[...] (BRASIL. Lei nº12.527, 2011)

A fim de que tais preceitos legais sejam postos efetivamente em prática é necessária a implantação de um processo gradual e contínuo que estimule Administração Pública e cidadão ao ato comunicativo, especialmente no que tange ao *modus operandi* do processo ligado às expressões utilizadas em sede de licitação, normalmente muito técnicas. Assim é que poderemos, dentre outros, agregar cidadania aos princípios da legalidade, eficiência e transparência em termos de licitações públicas.

2 PROCEDIMENTOS LICITATÓRIOS

A partir da promulgação da CRFB/1988 as licitações públicas, com as ressalvas legais cabíveis, tornaram-se obrigatórias para a Administração Pública direta e indireta, dos três poderes e de todos os entes da federação.

A Lei 8.666, de 1993, foi o primeiro diploma legal a cuidar extensivamente do assunto e ficou conhecida como Lei Geral de Licitações, tanto pelo fato de estabelecer normas gerais quanto pelo poder de obrigar Ministério Público e todos os órgãos e entidades dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário.

Quase uma década após a publicação da Lei Geral de Licitações foi publicada a Lei que cuida da modalidade de licitação denominada Pregão. Trata-se da Lei 10.520, de 2002.

Embora haja um cipoal de leis e regulamentos adjacentes às normas supra citadas, o fato é que as pesquisas doutrinárias e, principalmente, jurisprudenciais, demonstram que os procedimentos licitatórios são, frequentemente, jungidos pela morosidade, ineficiência, falta de transparência e toda sorte de burla aos ditames legais.

2.1 Licitações nos municípios brasileiros

O Estado brasileiro adotou o modelo federativo em sua organização. A CRFB/1988, em seus artigos 1º e 18, torna incontestável tal afirmação:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal. [...] Art. 18. A organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos, nos termos desta Constituição. (BRASIL, Constituição, 1998)

O atual modelo federativo brasileiro começou a ser desenhado ainda no século XIX. A Constituição de 1891 consagrou algumas características que percorreram os séculos e continuam presentes em nosso ordenamento jurídico, tais como: a tripartição, independência e harmonia entre os poderes, o Presidencialismo como forma de governo e, especialmente, a repartição de competência entre o governo central e os estados-membros.

A Constituição de 1934, por sua vez, revelou características extremamente centralizadoras, chegando ao ponto de conceder à União poderes para cobrar impostos dos municípios que, embora desprovidos de poder, eram considerados, conforme art. 7º, I, d, entes autônomos da federação.

Ao longo de todo século XX, as demais Constituições da República Federativa do Brasil (1937, 1946, 1967) seguiram o intento de conceder à União a maior parte das competências estipuladas pelas cartas políticas. Não obstante às oscilações referentes à distribuição de competências ao longo do tempo, o fato é que o federalismo tornou-se uma forma de Estado consolidada no Brasil e a partir da CRFB/1988, nos termos do art. 60, §4º, I, o modelo transformou-se em cláusula pétrea constitucional.

Assim, cada ente federativo - União, Estados, Municípios e Distrito Federal - possui competência legislativa própria, autonomia política, administrativa e financeira. Sendo, em regra, vedada qualquer interferência de um ente na competência do outro.

Os municípios, que estão no bojo deste trabalho, tendo em vista o que dispõe o art. 22, XXVII da CRFB/1988, possuem competência limitada em matéria licitatória, ou seja, podem criar normas complementares às estabelecidas pela União. Assim, além de criar normas residuais de caráter geral e abstrato também compete aos municípios regulamentar os dispositivos legais pertinentes em matéria de licitação. Para Justen Filho, no que diz respeito à competência municipal, temos que:

A reserva de competência local para dispor sobre licitações e contratos administrativos relaciona-se, em primeiro lugar, com a organização federativa do Estado brasileiro. Um dos princípios constitucionais mais relevantes é o da Federação, e adotar estrutura federativa acarreta decorrência inafastável. Assegura-se a cada ente federal uma margem de autonomia mínima. [...] As competências locais derivadas da organização federal não podem ser limitadas através de lei da União, destinada a veicular normas gerais. Em termos ainda mais diretos: norma geral não é instrumento de restrição de autonomia federativa. (JUSTEN FILHO, 2012, p. 17)

A licitação pública, enquanto procedimento administrativo possui conceitos bastante parecidos na doutrina. Assim, licitação pública pode, por exemplo, ser definida como:

Procedimento administrativo pelo qual um ente público, no exercício da função administrativa, abre a todos os interessados, que se sujeitem às condições fixadas no instrumento convocatório, a possibilidade de formularem propostas dentre as quais selecionará e aceitará a mais conveniente para a celebração do contrato. (DROMI apud DI PIETRO, 2011, p. 368)

Ao se tratar a licitação como um procedimento administrativo deve-se observar que a expressão 'procedimento' diz respeito a uma série de atos administrativos encadeados, que vão desde o planejamento da licitação até a adjudicação do objeto ao vencedor, caso o procedimento, por motivo de oportunidade ou conveniência não seja revogado, ou, por motivo de ilegalidade seja anulado.

Marçal Justen Filho revela uma visão bastante atual sobre o conceito de licitação:

Licitação é o procedimento administrativo destinado a selecionar, segundo critérios objetivos predeterminados, a proposta de contratação mais vantajosa para a administração e a promover o desenvolvimento nacional sustentável, assegurando-se ampla participação dos interessados e o seu tratamento isonômico, com observância de todos os requisitos legais exigidos. (JUSTEN FILHO, 2012, p. 11)

A primeira norma geral surgida após a CRFB/1988 foi a Lei 8.666, de 21 de junho de 1993 (alterada pelas Leis 8.883/94, 9.648/98 e 9.854/99), em vigor atualmente, que disciplina as licitações e contratos da Administração Pública. Esta Lei estabelece, em seu artigo 22, cinco modalidades licitatórias: concorrência, tomada de preços, convite, leilão e concurso.

2.2 Lei Geral de Licitações (Lei 8.666, de 1993)

A primeira regra licitatória de que se tem notícia é Decreto nº 2.926, de 14 de maio de 1862, promulgada, portanto, há quase um século e meio. O referido decreto regulamentava as arrematações dos serviços a cargo do então Ministério da Agricultura, Comércio e Obras Públicas.

Após o decreto de 1862, somente em 1922 surgiu o Código de Contabilidade da União, que em seus artigos 49 a 53, consolidou o procedimento licitatório na Administração Pública brasileira. A partir de então houve uma gradual evolução das licitações no Brasil.

Foi a partir da instauração do Governo Provisório do Presidente Getúlio Vargas (1930-1934), em um contexto de enfrentamento da crise econômica internacional e seus impactos internos, que se originou a política de estabilização do novo Ministro da Fazenda, José Maria Whitaker, que previa medidas de redução de despesas que incluíam a centralização das compras do governo.

Desde a década de 30 do século passado o processo de compras no Brasil vem evoluindo gradativamente, por meio de um número considerável de leis, decretos e regulamentos, dentre os quais podemos destacar os decretos lei 200/1967 e 2.300/1986.

O Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967, em seus arts. 125 a 144, estabeleceu a reforma administrativa federal do período militar e estendeu, logo após, através da edição da Lei nº 5.456, de 20 de junho de 1968, as licitações às Administrações dos Estados e Municípios.

O Decreto-lei nº 2.300, de 21 de novembro de 1986, atualizado em 1987, pelos Decretos-Lei 2.348 e 2.360, instituiu, pela primeira vez no Brasil, o Estatuto Jurídico das Licitações e Contratos Administrativos, reunindo normas gerais e especiais relacionadas à matéria.

Nessa trajetória, em 1993, surge a lei 8.666 que regulamenta o art. 37, inciso XXI, da CRFB/1988, instituindo normas para licitações e contratos da Administração.

Atualmente, embora a Lei Geral de Licitações ainda seja o principal diploma normativo em matéria de licitação no Brasil “o núcleo primordial da disciplina encontra-se na Constituição Federal, que consagra os princípios e normas fundamentais acerca da organização do Estado e do desenvolvimento da atividade da Administração” (JUSTEN FILHO, 2012, p. 13).

Seja como for, o fato é que a atual Lei Geral de Licitações é resultado desse processo histórico, como afirma Justen Filho:

As regras originais da Lei nº8.666 foram resultado da evolução histórica que não pode ser olvidada. O diploma consagrou regras e princípios derivados das leis anteriores, amoldados ao sistema da Constituição de 1988 e tendo em vista as necessidades derivadas dos fatos históricos ocorridos no início da década de 1990. (JUSTEN FILHO, 2012, p. 13)

A Lei Geral de Licitações é diploma amplo, ou seja, é aplicável a praticamente todas as compras, de serviços ou bens, da Administração Pública direta e indireta, com exceção da opção expressa de utilização, atualmente, da modalidade Pregão, quando cabível e, mais recentemente, do RDC. A amplitude da lei pode ser verificada já nos seus artigos 1º e 2º:

Art. 1º Esta Lei estabelece normas gerais sobre licitações e contratos administrativos pertinentes a obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações e locações no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

Parágrafo único. Subordinam-se ao regime desta Lei, além dos órgãos da administração direta, os fundos especiais, as autarquias, as fundações públicas, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

Art. 2º As obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações, concessões, permissões e locações da Administração Pública, quando contratadas com terceiros, serão necessariamente precedidas de licitação, ressalvadas as hipóteses previstas nesta Lei. (BRASIL. Lei nº12.462, 2011)

Os tribunais superiores, notadamente o Superior Tribunal de Justiça (STJ) e o Supremo Tribunal Federal (STF), já assentaram que a realização da licitação é regra, sendo a dispensa e a inexigibilidade as exceções, conforme restou assentado no julgamento do Recurso Especial 2010/0142113-5, em 15/08/2013, de relatoria da Ministra Eliana Calmon, nos seguintes termos:

1. É inadmissível o recurso especial se a análise da pretensão da parte recorrente demanda o reexame de provas (Súmula 7/STJ).
2. Nas contratações da Administração Pública, a regra é a realização de prévia licitação. Os casos de dispensa e inexigibilidade são exceções e exigem justificativa fundamentada do gestor público. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, 2013)

No que diz respeito aos casos de dispensa e inexigibilidade de licitação importante observação deve ser feita, na medida em que - no caso de dispensa (art. 24, da Lei 8.666) - a licitação, ao menos em tese, é possível de ser realizada, no entanto, considerando todas as delongas e percalços que um procedimento licitatório exige não seria eficiente levar a cabo tal procedimento. Por outro lado, no caso inexigibilidade (art. 25, da Lei 8.666), tendo em vista a absoluta inviabilidade de competição, não há discricionariedade à Administração Pública, ou seja, a licitação não pode ser, em hipótese alguma, realizada.

Apesar de toda mudança e inovação ocorrida quando da sua publicação, no ano de 1993, o que se verificava era o martírio da Administração Pública em função da complexidade – e da morosidade - dos procedimentos licitatórios. A partir da percepção dessas disfunções surgiu nova modalidade de licitação, denominada Pregão, contida na Lei 10.520, de 2002.

2.3 Pregão (Lei 10.520, de 2002)

A modalidade de licitação denominada pregão teve sua origem, no Brasil, com o advento da Lei Geral de Telecomunicações (Lei nº9.472/1997) que tinha por escopo dispor sobre a organização dos serviços de telecomunicações, criação e funcionamento de um órgão regulador e outros aspectos institucionais. Na referida lei há um título inteiro (Título VI – das contratações) dedicado às compras e contratações públicas a serem realizadas pela Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL) onde consta, em seus artigos (54 a 59), o pregão como modalidade de licitação.

Poucos anos após a Lei Geral de Telecomunicações surge a Lei nº 9.986/2000, que dispõe sobre a gestão de recursos humanos nas Agências Reguladoras e também amplia as possibilidades de utilização do pregão, conforme previsto em seu art. 37, para todas as demais agências reguladoras.

No mesmo ano, a Medida Provisória nº 2.026/2000 instituiu, no âmbito da União, na esteira do art. 37, XXI, da CRFB/1988, o pregão como modalidade de licitação para aquisição de bens e serviços comuns. Como não foi votada no prazo constitucionalmente determinado, a referida Medida Provisória (MP) foi transformada na MP nº 2.182/2001 e reeditada várias vezes até que, finalmente, foram convertidas na Lei nº 10.520/2002.

O pregão, conforme estabelecido em lei, poderá ser presencial ou eletrônico. Em qualquer dos casos, aplicar-se-á a Lei nº 10.520/2002 e, subsidiariamente, a Lei nº 8.666/93. Nesse ponto,

é oportuno ressaltar que o governo federal, via decreto, regulamentou o pregão presencial e o eletrônico. Assim, em relação ao pregão presencial, foi editado o Decreto nº 3.555/2000 e, em relação ao pregão eletrônico, o Decreto nº 5.450/05, ambos com esteio no art. 2º § 1º da Lei nº 10.520/2002.

Apesar de suas limitações quanto aos objetos a serem contratados, uma vez que tal modalidade somente pode ser utilizada para, conforme consta no caput do seu artigo 1º, aquisição de bens e serviços considerados comuns, o pregão apresentou avanços significativos em relação à Lei Geral de Licitações. Segundo a própria lei do pregão, no parágrafo único do artigo 1º, são tidos como bens e serviços comuns aqueles “cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais no mercado”. (BRASIL. Lei nº 10.520, 2002).

Dentre os avanços mais significativos que o pregão revelou podemos citar a inversão nas fases de julgamento e habilitação. Nas licitações realizadas sob os auspícios da Lei 8.666/1993 a Administração Pública deve, preliminarmente, analisar toda documentação pertinente dos licitantes interessados para que possa admiti-los, ou não, no certame. No pregão essa exigência não ocorre, ou seja, primeira realiza-se a disputa de preços para, após, somente em relação ao vencedor, a Administração Pública compulsar a documentação.

De todo modo, o pregão, assim como a Lei Geral de Licitações, apresenta problemática procedimentais, como se verá adiante.

2.4 A problemática procedimental das licitações

Apesar da existência de uma complexa rede de leis e regulamentos relativos às licitações públicas no Brasil a problemática procedimental das licitações será analisada em relação às duas principais normas existentes antes do advento do RDC, quais sejam: a Lei Geral de Licitações e o pregão.

A Lei Geral de Licitações (Lei 8.666/1993) é, frequentemente, alvo de críticas por parte dos atores que, direta ou indiretamente, estão no entorno dos procedimentos licitatórios. As principais reclamações à Lei Geral de Licitações asseveram a morosidade do procedimento, a facilidade para ocorrência de fraudes e corrupção, o encarecimento de bens e serviços fornecidos e, como consequência, a judicialização das licitações.

No que diz respeito à morosidade do processo, as pesquisas revelaram que há exigência de documentação em excesso, como, por exemplo, no que diz respeito ao grande número de certidões exigidas, fazendo com que, não raro, seja necessária consulta em várias bases de dados.

No que tange à fragilidade da Lei Geral de Licitações ante aos casos de fraude e corrupção as mais comuns são as decorrentes da utilização inidônea dos supostos casos de dispensa e inexigibilidade previstos nos artigos 24 e 25 da lei.

Acerca dos problemas relativos à fraude e à corrupção, Carolina Alves (2013, p. 13), em artigo publicado no periódico Brasil Econômico, discorrendo sobre entrevista dada pelo secretário-executivo da Controladoria Geral da União, Luiz Navarro, revela dados alarmantes em relação aos municípios brasileiros:

As licitações fraudadas são as campeãs de irregularidades apuradas pela Controladoria-Geral da União (CGU). As suspeitas envolvem mais de R\$ 860 milhões em recursos públicos, segundo levantamento este é o resultado da última auditoria feita em 60 municípios - dos quais 57 apresentaram irregularidades. Dentre os casos mais comuns estão alteração nos documentos licitatórios depois de assinados, uso de uma mesma licitação para projetos diferentes e vínculo familiar com a empresa contratada. Isso quando a prefeitura não "esquece" de divulgar os editais. Esse quadro não é diferente dos últimos 29 levantamentos feitos pela CGU desde 2003. Segundo o secretário-executivo, Luiz Navarro, já foram inspecionados 1.761 municípios (32%) em operações que ultrapassam R\$ 12 bilhões. "A cada apuração, feita com 60 municípios por vez, encontramos fraudes em 90% a 95% dos casos." Fazem parte do sorteio cidades abaixo de 500 mil habitantes. Os prejuízos à sociedade, porém, transcendem as cifras analisadas. "É muito difícil estimar os danos, pois as fraudes são feitas para gerar superfaturamento e desvio de recursos", explica. O maior problema, contudo, é a impunidade. "Todos os casos são repassados ao Ministério Público e ao Tribunal de Contas da União. Quando chegam às instâncias jurídicas, porém, os gestores municipais são liberados de qualquer responsabilidade por meio de recursos previstos na legislação", diz Navarro. (ALVES, 2010, p. 13)

O encarecimento dos bens e serviços estão diretamente relacionados aos extensos prazos para realização de todo procedimento licitatório, além de, em muitos casos, serem necessários diversos acréscimos durante a execução do contrato em função do planejamento deficiente da licitação.

3 O REGIME DIFERENCIADO DE CONTRATAÇÕES PÚBLICAS (RDC)

O Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC), instituído pela Lei 12.462, de 4 de agosto de 2011, é uma nova modalidade de licitação pública que tem como grande objetivo ser um instrumento eficiente em sede licitações e contratos administrativos.

3.1 A gênese e o escopo do RDC

O RDC foi instituído pela Lei 12.462, de 05 de agosto de 2011, e considerado pelo governo federal, inicialmente, como instrumento capaz de dotar o poder público de maior eficiência e transparência no que diz respeito às contratações de obras e serviços públicos referentes aos três grandes eventos esportivos, todos de cunho internacional, a serem realizados no Brasil entre os anos de 2013 e 2016: Copa das Confederações da Federação Internacional de Futebol Associação - Fifa 2013, Copa do Mundo Fifa 2014 e Jogos Olímpicos e Paraolímpicos de 2016. Cuidava-se, portanto, quando de sua publicação de “disciplina cuja aplicação foi inicialmente apresentada como opção excepcional e transitória para as licitações e para os contratos celebrados no âmbito da Administração Pública brasileira”. (ANDRADE; VELOSO, 2013, p.31). Em arremate, Andrade e Veloso ainda asseveram que:

Por fim, é importante frisar que a Lei nº12.462 instituiu o RDC como um regime efêmero, aplicável apenas às hipóteses dos incisos I a III do art. 1º. Assim, passados os eventos esportivos, não mais haveria fundamento legal para se lançar novas licitações pelo regime diferenciado, sendo, entretanto, cabível a sua utilização para a disciplina de contratos que, celebrados antes, tivessem de ser executados no todo ou em parte depois dos eventos. (ANDRADE; VELOSO, 2013, p.34).

Entretanto, menos de um ano após a sua publicação, a lei que trata do RDC começou a sofrer modificações substanciais no seu campo de abrangência, passando a englobar “as ações integrantes do Programa de Aceleração do Crescimento – PAC” (inserção dada pela Lei 12.688, de 18 de julho de 2012), “as licitações e contratos necessários à realização de obras e serviços de engenharia no âmbito dos sistemas públicos de ensino” (inserção dada pela Lei 12.722, de 03 de outubro de 2012) e ainda para as “obras e serviços de engenharia no âmbito do Sistema Único de Saúde – SUS” (incluída pela Lei 12.745, de 19 de dezembro de 2012). Desse modo, “o RDC passou a ter, ao menos normativamente, a natureza de um perene regramento licitatório” (ANDRADE; VELOSO, 2013, p.34).

A ampliação do escopo do RDC, e sua conseqüente passagem de norma transitória à condição de norma perene, é explicada, substancialmente, pela necessidade de reforma dos procedimentos licitatórios brasileiros em função dos problemas anteriormente analisados neste trabalho. Segundo Andrade e Veloso (2013) a tendência é o que RDC tenha seu âmbito de aplicação ainda mais alargado tendo em vista que as primeiras licitações sob os auspícios do novo

regime lograram êxito considerável no aspecto eficiência. Segundo Oliveira, Pessoa Neto e Torres:

A burocracia excessiva da Lei nº 8.666/93 e ausência de acompanhamento do uso da Tecnologia da Informação nos processos de compras públicas, motivaram o Congresso Nacional a Editar novo Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC, de modo a simplificar e agilizar as contratações públicas que envolvem a realização dos grandes eventos que ocorrerão no Brasil, tendo sido ampliada posteriormente para obras do PAC, Educação e Saúde. (OLIVEIRA, PESSOA NETO, TORRES, 2013, p. 3).

Foi a partir da constatação inicial de que o RDC, na prática, era efetivamente eficiente que sua aplicação, através das leis já citadas, foi estendida às áreas de saúde e educação. A partir de então, todos os entes da federação, e não mais somente aqueles envolvidos com os eventos esportivos já citados, poderão utilizar o novo regime.

Assim, considerando as recentes ampliações do RDC e considerando, ainda, os princípios da legalidade, eficiência e transparência, pretendemos responder ao seguinte questionamento: Quais são os limites e possibilidades para aplicação do RDC em municípios?

A razão para a escolha do tema deve-se às profundas inovações trazidas pelo Regime Diferenciado de Contratações Públicas, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, com ressalva especial para este último ente federativo, que está no bojo da nossa pesquisa

3.2 Aplicação do RDC na área de educação

A extensão do RDC às contratações de obras e serviços de engenharia na área de educação decorreu da publicação da lei 12.722/2012, que inseriu o parágrafo 3º no artigo primeiro da Lei do RDC e, segundo a qual “além das hipóteses previstas no caput, o RDC também é aplicável às licitações e contratos necessários à realização de obras e serviços de engenharia no âmbito dos sistemas públicos de ensino” (BRASIL. Lei nº12.462, 2011).

A partir de tal previsão nota-se um crescimento constante da aplicação do RDC na área de educação. Podemos citar o caso, no governo federal, do Edital do Regime Diferenciado de Contratações Públicas para Registro de Preços nºXX/2012, por meio do qual o Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação (FNDE), abre licitação para o Registro de Preços consignado em Ata para eventual construção de escolas do Programa Proinfância Tipo B e Tipo C, obedecendo às tipologias dos Projetos Padrão do Fundo Nacional de Desenvolvimento da

Educação – FNDE, utilizando-se de sistemas construtivos que permitam a otimização dos processos para execução das obras, incluindo o fornecimento de projetos executivos das edificações denominados Projetos de Transposição, e dos Projetos Executivos de Implantação para cada uma das unidades a serem construídas nos Estados, Distrito Federal e Municípios, de acordo com as especificações, quantidades estimadas e condições constantes do Projeto Básico.

Em sede de estado-membro da federação, as pesquisas revelaram que ainda não houve aplicação do RDC na área de educação.

Por sua vez, os municípios brasileiros demonstram interesse crescente pelo novo regime e, sem maiores dificuldades, é possível encontrar na internet editais de licitações realizadas através da modalidade RDC. Para ilustrar, é possível citar o Aviso de Licitação RDC presencial nº92/2013 da Prefeitura Municipal de Campinas (SP) que estabelece o Regime Diferenciado de Contratações Públicas, no Processo Administrativo nº 13/10/17.699, cujo objeto é a execução das obras de construção da unidade de educação infantil Nave Mãe Residencial Porto Seguro.

Portanto, constata-se que a aplicação do RDC na área de educação avança em todos os entes da federação, assim como vem ocorrendo na área de saúde.

3.3 Aplicação do RDC na área de saúde

A aplicação do RDC para obras e serviços de engenharia na área de saúde é decorrência da publicação da lei 12.745/2012 e da consequente inserção do inciso V, no art. 1º, tornando, então, o RDC aplicável as licitações e contratos de obras e serviços de engenharia no âmbito do SUS.

No âmbito do governo federal, a Fundação Nacional de Saúde (FUNASA), entidade vinculada ao Ministério da Saúde, através do Edital de Regime Diferenciado de Contratações Públicas nº06/2012 é considerada a precursora na aplicação do RDC. O referido edital tinha por objeto a contratação de serviços especializados de construção de poços tubulares parcialmente revestidos em localidades integrantes de municípios nos Estados de Alagoas, Bahia, Ceará, Minas Gerais, Paraíba, Pernambuco, Piauí, Rio Grande do Norte e Sergipe.

No âmbito dos estados podemos citar o caso de Tocantins que, somente no ano de 2013, na área de saúde, já utilizou em 3 (três) editais o RDC. Vejamos 2 (dois) deles:

- 1. Edital Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC presencial nº3/2013, por meio do qual a Secretaria de Estado da Saúde, por intermédio de sua Comissão Permanente de Licitação, torna público, que realizará na data e horário acima descrito,*

o Regime Diferenciado de Contratação Pública - RDC Presencial em tela, visando à seleção para CONTRATAÇÃO INTEGRADA de empresa especializada para executar a prestação de serviços de elaboração de projeto executivo de arquitetura e engenharia, licenciamentos ambientais e de execução de reforma e ampliação do Hospital Regional Público de Miracema -HRPM, localizado na Avenida Irmã Emma Rodolfo Navarro, S/Nº, Setor Sussuapara em Miracema - TO, com fornecimento de mão de obra e dos materiais necessários, conforme especificações constantes no Edital e seus anexos. O RDC será realizado de acordo com o disposto na Lei Federal nº. 12.462/2011, bem como o Decreto Federal nº. 7.581/2011. O Critério de Julgamento é Técnica e Preço; o Modo de Disputa é Aberto; o Regime de Execução é o de Contratação Integrada.

- 2. Edital Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC presencial nº4/2013, por meio do qual a Secretaria de Estado da Saúde, por intermédio de sua Comissão Permanente de Licitação, torna público, que realizará na data e horário acima descrito, o Regime Diferenciado de Contratação Pública - RDC Presencial em tela, visando à seleção para CONTRATAÇÃO INTEGRADA de empresa especializada para executar a prestação de serviços de elaboração de projeto executivo de arquitetura e engenharia, licenciamentos ambientais e de execução de reforma e ampliação do Hospital Regional de Paraíso do Tocantins -HRP, localizado na Quadra 02, Rua 03, Lote 01 à 19, Setor Aeroporto, na cidade de Paraíso do Tocantins, com fornecimento de mão de obra e dos materiais necessários, conforme especificações constantes no Edital e seus anexos. O RDC será realizado de acordo com o disposto na Lei Federal nº. 12.462/2011, bem como o Decreto Federal nº. 7.581/2011. O Critério de Julgamento é Técnica e Preço; o Modo de Disputa é Aberto; o Regime de Execução é o de Contratação Integrada.*

Verificou-se que a aplicação do RDC na área de saúde vem ocorrendo de forma mais intensa do que na de educação. Seja como for, o fato é que, em área cuja eficiência diz respeito à saúde e à dignidade da pessoa humana o RDC revela potencial para se tornar a modalidade de licitação mais utilizada.

4 LIMITES E POTENCIALIDADES PARA APLICAÇÃO DO RDC NOS MUNICÍPIOS

Nesse capítulo será verificado os limites e as potencialidades para aplicação do RDC nos municípios brasileiros, tendo em vista que, embora crescente, sua utilização ainda está muito aquém de suas potencialidades.

4.1 Regulamentos municipais acerca do RDC

Consoante analisado anteriormente, a ampliação do escopo do RDC trouxe a todos os municípios brasileiros a possibilidade de aplicação do regime, ainda que limitado às obras e serviços de engenharia nas áreas de saúde, educação e do PAC

Desse modo, considerando a competência legislativa e regulamentar atinentes aos municípios, surgem as primeiras normas visando a implementação do RDC. Porém, as pesquisas revelaram que, comparativamente à quantidade de licitações sob a égide do novo regime, ainda é escassa a normatização independente por parte dos municípios. O que se verifica é que, na maior parte dos casos, os editais do RDC vem utilizando o decreto federal nº 7.581, de 11 de outubro de 2011 como normatizador de suas ações.

Apesar disso, já é possível constatar alguns casos de regulamentação própria, como é possível se verificar Decreto nº069, de 29 de maio de 2013, da Prefeitura Municipal de Contagem (MG) como norma autônoma de regulamentação. Ocorre que, com poucas exceções, tal qual a do art. 6º, II, do decreto, a Prefeitura de Contagem limitou-se a repetir dispositivos da Lei do RDC e do seu regulamento federal. Na mesma linha seguiu a Prefeitura Municipal de Porto Velho ao editar o Decreto nº13.116, de 05 de julho de 2013. Não obstante, a Prefeitura Municipal de Curitiba, através do Decreto nº884/2013, também não inovou na regulamentação da aplicação do RDC.

Constata-se, assim, que os municípios brasileiros, em que pese a utilização crescente do RDC, ainda não se debruçaram com firmeza sobre o tema deixando, portanto, de extrair as potencialidades de aplicação do regime em função de suas peculiaridades.

4.2 Legalidade, eficiência e transparência na aplicação do RDC nos municípios

O RDC, como modalidade de licitação que é, está, obrigatoriamente, atrelado aos princípios constitucionais e legais pertinentes à Administração Pública. Relativamente à legalidade, o RDC, desde sua gênese, vem sofrendo severos ataques da doutrina e mesmo pelo Ministério Público.

De acordo com matéria publicada no site do Supremo Tribunal Federal, o Ministério Público Federal questiona o RDC em seus aspectos formais e materiais, nos seguintes termos:

Inconstitucionalidade formal

O procurador-geral informa que a norma questionada resultou da conversão em lei da Medida Provisória 527/11, editada originalmente para modificar a estrutura organizacional e as atribuições dos órgãos da Presidência da República e dos Ministérios. No curso da tramitação da MP na Câmara, o deputado José Guimarães (PT-CE) incluiu os dispositivos sobre o regime diferenciado de contratação.

Gurgel afirma que a inclusão de matéria estranha à tratada na medida provisória viola o devido processo legislativo e o princípio da separação dos Poderes, já que as MPs são de iniciativa exclusiva do presidente da República.

“Portanto, como a Lei 12.462/11, quanto aos dispositivos impugnados, é fruto de emenda parlamentar que introduz elementos substancialmente novos sem qualquer pertinência temática com aqueles tratados na medida provisória apresentada pela presidente da República, sua inconstitucionalidade formal deve ser reconhecida”, afirma Gurgel.

Vícios materiais

Ao longo da ADI, que tem 35 laudas, o procurador-geral afirma que os dispositivos da Lei 12.462/11 que tratam do RDC são inconstitucionais porque ferem os balizamentos que necessariamente devem ser observados pelas normas infraconstitucionais que regulam as licitações e os contratos administrativos no país.

Gurgel lembra que, de acordo com o inciso XXI do artigo 37 da Constituição Federal, ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes.

Segundo ele, essa regra não é respeitada na Lei 12.462/11 porque a norma não fixa parâmetros mínimos para identificar as obras, os serviços e as compras que deverão ser realizadas por meio do RDC. “Não há, reitere-se, qualquer parâmetro legal sobre o que seja uma licitação ou contratação necessária aos eventos previstos na lei, outorgando-se desproporcional poder de decisão ao Executivo”, conclui.

Segundo Gurgel, a experiência mostra o risco que essa delegação representa para o patrimônio público. Ele lembra que, “por ocasião dos Jogos Panamericanos de 2007, a União, estado e município do Rio de Janeiro não conseguiram organizar-se e identificar as obras e serviços que deveriam ser realizados”. Ele afirma que “essa foi uma das razões para que o orçamento inicial do evento, de 300 milhões de reais, tenha sido absurdamente ultrapassado, com um gasto final na ordem de 3 bilhões de reais”. (www.stf.jus.br)

Além das questões relativas à possível inconstitucionalidade da Lei do RDC, as pesquisas revelaram pontos em comum que são alvo constantes de críticas ao regime, como o sigilo dos orçamentos (art. 6º); a utilização de critérios carregados de subjetividade, como a consideração de custos sociais e ambientais, no julgamento das propostas (art. 4º); pagamento de valores adicionais a título de premiação por desempenho (art. 10).

Caminhando em sentido oposto às diversas problemáticas acerca de sua legalidade, a Lei do RDC vem se fortalecendo como um instrumento de notória eficiência em termos de licitação. “Nesse contexto, pode-se afirmar que um dos relevantes objetivos do RDC é conferir maior celeridade às licitações e contratações realizadas com base no novel regramento”. (ANDRADE, VELOSO, 2013, p. 36).

A proposta de eficiência revelada pelo RDC tem origem na necessidade de celeridade exigida pelo cronograma dos eventos esportivos para o qual o regime foi inicialmente elaborado. Segundo Andrade e Veloso:

A busca pela eficiência, veiculada na Lei do RDC tanto como objetivo quanto como princípio, parece indicar, no âmbito das licitações e contratos por si disciplinados, a persecução de interesses coletivos qualificados pela utilização ótima do tempo, dos procedimentos e dos recursos disponíveis. [...] Com efeito, são diretrizes da lei que

contribuem à eficiência nas licitações e contratos: 1. “A padronização do objeto da contratação relativamente às especificações técnicas e de desempenho e, quando for o caso, às condições de manutenção, assistência técnica e de garantia oferecidas” (art. 4º, I). Com esse propósito, a lei instituiu o catálogo eletrônico de padronização de compras, serviços e obras (art. 33). 2. A padronização de instrumentos convocatórios e minutas de contratos (art. 4º, II), que possivelmente visa conferir maior racionalidade e previsibilidade à ação administrativa [...]. 3. A “busca da maior vantagem para a administração pública, considerando custos e benefícios, diretos e indiretos, de natureza econômica, social ou ambiental” (art. 4º, III) [...]. 4. Outra diretriz do RDC condizente com o princípio da eficiência diz respeito à adoção de “condições de aquisição, de seguros e de pagamento compatíveis com as do setor privado, inclusive mediante pagamento de remuneração variável conforme desempenho” (art. 4º, IV). 5. Por fim, também condiz com o princípio da eficiência a diretriz que apregoa a “utilização, sempre que possível, nas planilhas de custos constantes das propostas oferecidas pelos licitantes, de mão de obra, materiais, tecnologias e matérias-primas existentes no local” da execução contratual, “desde que não se produzam prejuízos à eficiência na execução do respectivo objeto e que seja respeitado o limite do orçamento estimado para a contratação” (art. 4º, V). (ANDRADE, VELOSO, 2013, p. 36).

Existem outros dispositivos que podem ser relacionados ao princípio da eficiência, entretanto os mesmos não podem ser considerados inovações, vez que, também estão inseridos em outros diplomas legais, como a Lei Geral de Licitações e a Lei do Pregão. De todo modo, e com alguns limites, é inegável a potencialidade do RDC enquanto instrumento de eficiência em matéria licitatória.

No que diz respeito ao princípio da transparência no RDC o ponto mais debatido pela doutrina é o relativo ao sigilo do orçamento previsto no art. 6º, §3º da lei 12.462. Nesse ponto, há posição majoritária da doutrina no sentido de que tal dispositivo é mola propulsora para práticas espúrias nos procedimentos licitatórios. Entretanto, é importante ressaltar que o sigilo do orçamento não é uma exigência da lei, mas tão somente uma discricionariedade que, seja como for, deve ser devidamente fundamentada.

Deve-se ressaltar que, sigiloso ou não, o orçamento estipulado para determinada licitação deverá sempre ser disponibilizado aos órgãos de controle interno e externo, ficando os agentes que tiverem acesso ao conteúdo, compromissados, sob pena de crime de responsabilidade, a manterem segredo sobre o que tiverem conhecimento. Ademais, ao final do procedimento licitatório o orçamento estimado para o objeto do certame deverá ser tornado público.

Sendo assim, conclui-se, que o RDC não burla o princípio da transparência, sendo apenas contida, até determinado momento, a publicação do orçamento sigiloso. Não obstante, é de se ressaltar, como verificado em capítulo precedente, que a transparência vai além da publicação de um ato da Administração Pública.

4.3 Limites e potencialidades para aplicação do RDC Públicas nos municípios

Ao longo do trabalho ficou constatado que o RDC, nos municípios brasileiros em geral, pode ser utilizado em ações integrantes do PAC, em obras e serviços de engenharia no âmbito do SUS e à realização de obras e serviços de engenharia no âmbito dos sistemas públicos de ensino. É justamente nesse ponto que reside a maior limitação do RDC: os objetos possíveis de serem licitados. De todo modo, a tendência, segundo as pesquisas, é que o RDC seja ampliado e se torne uma modalidade de licitação bem mais abrangente do que na atualidade.

Embora, como será visto adiante, as tecnologias da informação sejam ferramentas de impacto positivo nos procedimentos licitatórios, é necessário que o gestor público não a utilize indistintamente, tendo em vista que, dependendo da localidade, do porte das empresas que seria as potenciais participantes e do objeto a ser licitado, o efeito poderia ser o contrário, ou seja, haveria uma restrição na competitividade.

As potencialidades do RDC estão atreladas à celeridade, eficiência, economicidade e à possibilidade de os municípios estabelecerem seus próprios regulamentos e demais normas que venham complementar a lei 12.462.

Estudo realizado por Oliveira, Pessoa Neto e Torres revelou que as licitações realizadas na modalidade RDC têm sido até 40% (quarenta por cento) mais céleres do que nas demais modalidades, especialmente em comparação àquelas realizadas à luz da Lei Geral de Licitações.

Dentre os fatores que podem explicar a redução significativa do tempo entre o início e o término do procedimento está a inversão das fases, ou seja, somente será verificada a documentação de habilitação do licitante vencedor, sendo descartados todos os demais.

Outro ponto potencial é a possibilidade de utilização de tecnologias da informação, notadamente a internet, para realização do procedimento licitatório. Devendo ser considerado, nesse ponto, a redução do custo de participação dos interessados e da própria Administração Pública, vez que, há economia com deslocamento, papel e tempo.

A realização do RDC reduz a possibilidade de arranjos entre os concorrentes quando estabelece o sigilo do orçamento e, ainda, quando realiza o procedimento à distância, pela internet.

Por fim, verifica-se como um todo que a realização de formalidades prévias gera economia de tempo, recursos, pessoas e, conseqüentemente, diminui custos e aumenta a vantajosidade para a Administração Pública Municipal.

CONSIDERAÇÕES

As licitações e contratações públicas, não raro, são permeadas por problemas como ineficiência, excesso de burocracia, morosidade, fraude, corrupção, enfim, toda uma gama de fatores que afastam o procedimento licitatório dos princípios basilares da Administração Pública: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

A sociedade clama por serviços públicos de melhor qualidade, transparentes, eficientes e pelo uso probo dos recursos públicos, o que não vem ocorrendo em sede de licitações. Nesse contexto, modernizar a Administração Pública, deve ser pauta constante dos governantes.

As reformas do Estado e da máquina administrativa do Estado pelas quais o Brasil passou (décadas de 1930, 1960, 1990), com algumas variações, buscaram modernizar, dentre outros pontos, os processos de compras da Administração Pública. Contudo, foi a partir da CRFB/1998 que as licitações ganharam *status* constitucional e passaram a integrar o núcleo formal da Administração Pública.

As modalidades de licitações existentes no Brasil antes do RDC, estabelecidas pela Lei Geral de Licitações e pela lei do pregão não vêm dando conta de atribuir aos processos de compras e contratações públicas o efeito eficiente desejado. Daí que surge o RDC como modalidade de licitação que vem se mostrando capaz de modernizar as licitações brasileiras.

Muito haverá que ser trilhado, problemas certamente ocorrerão e não há como imaginar que o RDC seja a solução para todos os percalços que acontecem nas licitações brasileiras. De todo modo, nunca é demais repisar, o novo regime vem se solidificando como ferramenta eficiente em matéria de licitação.

REFERÊNCIAS

1. ABRÚCIO, Fernando Luiz; PEDROTI, Paula; PÓ, Marcos Vinícius. A formação da burocracia brasileira: a trajetória e o significado das reformas administrativas. *In*: ABRÚCIO, Fernando Luiz; LOUREIRO, Maria Rita; PACHECO, Regina Silvia (Orgs.). *Burocracia e Política no Brasil: Desafios para o Estado democrático no século XXI*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2010. p. 27-71.
2. ALVES, Carolina. *Fraude em licitações atinge 95% dos municípios, diz CGU*. *In*: Brasil Econômico. Disponível em: <http://www.brasileconomico.com.br/noticias/fraude-em-licitacoes-atinge-95-dos-municipios-diz-cgu_89290.html>. Acesso em: 08 de nov. 2013.
3. ANDRADE, Ricardo Barreto de; VELOSO, Vitor Lanza. Uma visão geral sobre o Regime Diferenciado de Contratações Públicas: objeto, objetivos, definições, princípios e diretrizes.

- In: JUSTEN FILHO, Marçal; PEREIRA, Cesar A. Guimarães (Coord.). *O Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC): Comentários à Lei n. 12.462 e ao Decreto n.7.581*. 2. ed. rev., ampl. e atual. Belo Horizonte: Forum, 2013. p. 31-47.
4. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 28. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2011.
 5. BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado, 1998.
 6. BRASIL. *Lei nº8.666, 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. In: *Vade Mecum Saraiva*. São Paulo: Saraiva, 2013.
 7. BRASIL. *Lei nº10.520, de 17 de julho de 2002*: Institui, no âmbito da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, nos termos do art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, modalidade de licitação denominada pregão, para aquisição de bens e serviços comuns, e dá outras providências. In: *Vade Mecum Saraiva*. São Paulo: Saraiva, 2013.
 8. BRASIL. *Lei nº12.462, de 04 de agosto de 2011*: Institui o Regime Diferenciado de Contratações Públicas - RDC. In: *Vade Mecum Saraiva*. São Paulo: Saraiva, 2013.
 9. BRASIL. *Lei nº12.527, de 18 de novembro de 2011*: Regula o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do art. 5º, no inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216 da Constituição Federal. In: *Vade Mecum Saraiva*. São Paulo: Saraiva, 2013.
 10. BRASIL. *Mare. Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado*. Brasília: Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado (Mare), 1995.
 11. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial 2010/0142113-5*. Brasília, 2013. Disponível em:
 12. <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=201001421135&dt_publicacao=22/08/2013>. Acesso em: 05. out. 2013.
 13. COSTA, Frederico Lustosa. Brasil: 200 anos de Estado; 200 anos de administração pública; 200 anos de reformas. *Revista de Administração Pública*, v. 42, p. 829-874, set./out. 2008.
 14. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012.
 15. JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 15. ed. São Paulo: Dialética, 2012.
 16. LEFÈVRE, Mônica Bandeira de Mello. O procedimento licitatório e a fase de habilitação no Regime Diferenciado de Contratações Públicas. In: JUSTEN FILHO, Marçal; PEREIRA, Cesar A. Guimarães (Coord.). *O Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC): Comentários à Lei n. 12.462 e ao Decreto n.7.581*. 2. ed. rev., ampl. e atual. Belo Horizonte: Forum, 2013. p. 199-217.

17. LIMA JUNIOR, Olavo Brasil de. As reformas administrativas no Brasil: modelos, sucessos e fracassos. *Revista do Serviço Público*. Ano 49, 2, p. 5-32, abr./jun. 1998.
18. MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 39. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.
19. _____. *Licitação e Contrato Administrativo*. 15. ed. atual. por José Emmanuel Burle Filho, Carla Rosado Burle e Luís Fernando Pereira Franchini. São Paulo: Malheiros, 2010.
20. MOÁS, Luciane da Costa. *Cidadania e poder local*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.
21. PALAVÉRI, Marcelo. *Municípios e licitações públicas*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2003.
22. SÁ, Mayara Ruski Augusto. As diretrizes para as licitações e contratos realizados em conformidade com o RDC. In: JUSTEN FILHO, Marçal; PEREIRA, Cesar A. Guimarães (Coord.). *O Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC): Comentários à Lei n. 12.462 e ao Decreto n.7.581*. 2. ed. rev., ampl. e atual. Belo Horizonte: Forum, 2013. p. 49-60.
23. SOUZA, Celina. Regiões metropolitanas: reforma do regime político e vazio de governança. In: DINIZ, Eli (Org.). *Globalização, Estado e Desenvolvimento: dilemas do Brasil no novo milênio*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2007. p. 235-261.
24. TEIXEIRA, Marco Antônio Carvalho. *Estado, governo e administração pública*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2012.
25. TORRES, Marcelo Douglas de Figueiredo. *Fundamentos de administração pública brasileira*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2012.
26. _____. *Estado, democracia e administração pública no Brasil*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2004.
27. VIANA, Pereira Cesar. *O princípio constitucional da transparência e a sua relação com o modelo de excelência em gestão pública*. In: CONGRESSO CONSAD DE GESTÃO PÚBLICA, 2011, Brasília. Anais. Disponível em: http://www.sgc.goias.gov.br/upload/arquivos/2011-06/painel_44-155_156_157.pdf. Acesso em: 10 out. 2013.

Sites consultados:

www.cgu.gov.br

www.stj.jus.br

www.stf.jus.br