

ano 15 - n. 60 | abril/junho - 2015
Belo Horizonte | p. 1-308 | ISSN 1516-3210
A&C – R. de Dir. Administrativo & Constitucional

Revista de Direito
ADMINISTRATIVO
& CONSTITUCIONAL

A&C

 EDITORA
Fórum

IPDA
Instituto Paranaense
de Direito Administrativo



© 2015 Editora Fórum Ltda.

Todos os direitos reservados. É proibida a reprodução total ou parcial, de qualquer forma ou por qualquer meio eletrônico ou mecânico, inclusive através de processos xerográficos, de fotocópias ou de gravação, sem permissão por escrito do possuidor dos direitos de cópias (Lei nº 9.610, de 19.02.1998).



Luís Cláudio Rodrigues Ferreira
Presidente e Editor

Av. Afonso Pena, 2770 – 16º andar – Funcionários – CEP 30130-007 – Belo Horizonte/MG – Brasil – Tel.: 0800 704 3737
www.editoraforum.com.br / E-mail: editoraforum@editoraforum.com.br

Impressa no Brasil / Printed in Brazil / Distribuída em todo o Território Nacional

Os conceitos e opiniões expressas nos trabalhos assinados são de responsabilidade exclusiva de seus autores.

A246 A&C : Revista de Direito Administrativo & Constitucional. – ano 3, n. 11, (jan./mar. 2003) - -
– Belo Horizonte: Fórum, 2003-

Trimestral
ISSN: 1516-3210

Ano 1, n. 1, 1999 até ano 2, n. 10, 2002 publicada pela
Editora Juruá em Curitiba

1. Direito administrativo. 2. Direito constitucional. I.
Fórum.

CDD: 342
CDU: 342.9

Supervisão editorial: Leonardo Eustáquio Siqueira Araújo
Capa: Igor Jamur
Projeto gráfico: Walter Santos

Periódico classificado no Estrato B1 do Sistema Qualis da CAPES - Área: Direito.

Revista do Programa de Pós-graduação do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar (Instituição de Pesquisa e Pós-Graduação), em convênio com o Instituto Paranaense de Direito Administrativo (entidade associativa de âmbito regional filiada ao Instituto Brasileiro de Direito Administrativo).

A linha editorial da A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional segue as diretrizes do Programa de Pós-Graduação do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar em convênio com o Instituto Paranaense de Direito Administrativo. Procura divulgar as pesquisas desenvolvidas na área de Direito Constitucional e de Direito Administrativo, com foco na questão da efetividade dos seus institutos não só no Brasil como no direito comparado, com ênfase na questão da interação e efetividade dos seus institutos, notadamente América Latina e países europeus de cultura latina.

A publicação é decidida com base em pareceres, respeitando-se o anonimato tanto do autor quanto dos pareceristas (sistema double-blind peer review). Desde o primeiro número da Revista, 75% dos artigos publicados (por volume anual) são de autores vinculados a pelo menos cinco instituições distintas do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar.

A partir do volume referente ao ano de 2008, pelo menos 15% dos artigos publicados são de autores filiados a instituições estrangeiras.

Esta publicação está catalogada em:

- Ulrich's Periodicals Directory
- RVBI (Rede Virtual de Bibliotecas – Congresso Nacional)
- Library of Congress (Biblioteca do Congresso dos EUA)

A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional realiza permuta com as seguintes publicações:

- Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo (USP), ISSN 0303-9838
- Rivista Diritto Pubblico Comparato ed Europeo, ISBN/EAN 978-88-348-9934-2

Diretor-Geral
Romeu Felipe Bacellar Filho

Diretor Editorial
Paulo Roberto Ferreira Motta

Editores Acadêmicos Responsáveis
Daniel Wunder Hachem
Ana Cláudia Finger

Assessor Editorial
Felipe Klein Gussoli

Conselho Editorial

Adilson Abreu Dallari (PUC-SP)	Justo J. Reyna (Universidad Nacional del Litoral – Argentina)
Adriana da Costa Ricardo Schier (Instituto Bacellar)	Juarez Freitas (UFRGS)
Alice Gonzalez Borges (UFBA)	Luís Enrique Chase Plate (Universidad Nacional de Asunción – Paraguai)
Carlos Ari Sundfeld (FGV-SP)	Marçal Justen Filho (UFPR)
Carlos Ayres Britto (UFSE)	Marcelo Figueiredo (PUC-SP)
Carlos Delpiazzo (Universidad de La República – Uruguai)	Márcio Cammarosano (PUC-SP)
Cármem Lúcia Antunes Rocha (PUC Minas)	Maria Cristina Cesar de Oliveira (UFPA)
Célio Heitor Guimarães (Instituto Bacellar)	Nelson Figueiredo (UFG)
Celso Antônio Bandeira de Mello (PUC-SP)	Odilon Borges Junior (UFES)
Clémerson Merlin Clève (UFPR)	Pascual Caiella (Universidad de La Plata – Argentina)
Clovis Beznos (PUC-SP)	Paulo Eduardo Garrido Modesto (UFBA)
Edgar Chiuratto Guimarães (Instituto Bacellar)	Paulo Henrique Blasi (UFSC)
Emerson Gabardo (UFPR)	Pedro Paulo de Almeida Dutra (UFMG)
Enrique Silva Cimma (Universidad de Chile – Chile)	Regina Maria Macedo Nery Ferrari (UFPR)
Eros Roberto Grau (USP)	Rogério Gesta Leal (UNISC)
Irmgard Elena Lepenies (Universidad Nacional del Litoral – Argentina)	Rolando Pantoja Bauzá (Universidad Nacional de Chile – Chile)
Jaime Rodríguez-Arana Muñoz (Universidad de La Coruña – Espanha)	Sergio Ferraz (PUC-Rio)
José Carlos Abraão (UEL)	Valmir Pontes Filho (UFCE)
José Eduardo Martins Cardoso (PUC-SP)	Weida Zancaner (PUC-SP)
José Luís Said (Universidad de Buenos Aires – Argentina)	Yara Stroppa (PUC-SP)
José Mario Serrate Paz (Universidad de Santa Cruz – Bolívia)	
Juan Pablo Cajarville Peluffo (Universidad de La República – Uruguai)	

Homenagem Especial

Guillermo Andrés Muñoz (in memoriam)
Jorge Luís Salomoni (in memoriam)
Julio Rodolfo Comadira (in memoriam)
Lúcia Valle Figueiredo (in memoriam)
Manoel de Oliveira Franco Sobrinho (in memoriam)
Paulo Neves de Carvalho (in memoriam)

A aplicação do regime diferenciado de contratações (RDC) aos megaeventos no Direito Administrativo contemporâneo

Lucas do Monte Silva

Acadêmico do curso de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Norte – UFRN (Natal-RN, Brasil). Bolsista do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq). Membro da Equipe Editorial da Revista Direito e Liberdade (ESMARN). E-mail: <lucasdomonte1@gmail.com>

Patrícia Borba Vilar Guimarães

Professora Adjunta da Universidade Federal do Rio Grande do Norte – UFRN (Natal-RN, Brasil). Doutora em Recursos Naturais pela UFCG. Líder da Base da pesquisa “Direito e Desenvolvimento” da UFRN. E-mail: <patriciaborb@gmail.com>

Resumo: O presente trabalho visa abordar a aplicação do Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC) aos megaeventos desportivos a partir da suposta inadequação aos pressupostos do Direito Administrativo Contemporâneo. A abordagem focou na transparência, fazendo um paralelo com o princípio da moralidade e a governança, com influência do princípio da eficiência, ambos, sobretudo, de acordo com a ótica da Constituição Federal de 1988. Dessa forma, por meio de pesquisa bibliográfica e do método hipotético-dedutivo, buscou-se investigar aspectos inovadores do RDC, a partir de i) Contratação integrada; ii) Remuneração variável; iii) Inversão de fases; iv) Sigilo inicial do orçamento. Analisou-se a experiência da utilização do RDC nas obras contratadas sob esse regime, tendo como estudos de caso os empreendimentos dos aeroportos previstos no conjunto da Matriz de Responsabilidade para a Copa do Mundo FIFA 2014.

Palavras-chave: Regime Diferenciado de Contratações. Direito Administrativo Contemporâneo. Governança. Transparência; Megaeventos.

Sumário: 1 Introdução – 2 A mudança paradigmática do Direito Administrativo: os avanços do Direito Administrativo Contemporâneo – 3 Análise do Regime Diferenciado de Contratações – 4 Experiência da utilização do RDC: casos concretos da Infraero – 5 Considerações finais – Referências

1 Introdução

O presente trabalho visa abordar a aplicação do Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC) (Lei Federal nº 12.462/2011) nos megaeventos desportivos,¹ a partir da

¹ Não há um conceito universal para a ideia dos “megaeventos”, todavia, para que não ocorra a leitura da pesquisa sem a definição técnica deste termo, pode-se citar: na literatura internacional, os megaeventos podem ser definidos como “large-scale cultural (including commercial and sporting) events which have a dramatic character, mass popular appeal and international significance. They are typically organised by variable combinations of national governmental and international non-governmental organisations and thus can be said to be important elements in

investigação de uma possível inadequação aos pressupostos do Direito Administrativo contemporâneo.² A abordagem utilizou-se de dois substratos desse novo paradigma: a transparência, fazendo um paralelo com o princípio da moralidade, e a governança, com influência do princípio constitucional da eficiência.

À vista disso, utilizou-se como esteio para a formulação do problema os seguintes questionamentos: o que é o Direito Administrativo contemporâneo e suas premissas? Quais são as inovações Regime Diferenciado de Contratações? Seus aspectos inovadores mostraram-se úteis nas obras e contratações dos megaeventos dos quais o Brasil foi e será país anfitrião? O RDC se mostrou eficaz nas obras da Matriz de Responsabilidade da Copa do Mundo? Para o equacionamento do problema, levantou-se a seguinte hipótese: as normas do RDC devem constituir-se em conformidade com o novo paradigma do Direito Administrativo contemporâneo, para que, assim, as obras dos megaeventos dos quais o referido regime se propõe a acelerar, possuam um melhor controle e governança dos órgãos responsáveis, a fim de realizar e preparar os mencionados eventos desportivos de forma idônea e de acordo com os princípios que regem a Administração Pública.

Dessa forma, por meio de pesquisa bibliográfica e do método hipotético-dedutivo, buscou-se verificar essa hipótese mediante a investigação dos aspectos inovadores do RDC, analisando-os e conferindo suas respectivas (in)adequações ao Direito Administrativo contemporâneo. Para tanto, optou-se por perquirir o seguinte rol: i) Contratação integrada; ii) Remuneração variável; iii) Inversão de fases; iv) Sigilo inicial do orçamento.

Por fim, analisou-se a experiência da utilização do RDC nas obras contratadas, tendo como estudo de caso os empreendimentos dos aeroportos previstos no conjunto da Matriz de Responsabilidade para a Copa do mundo FIFA 2014, sob a responsabilidade da Infraero. Essa abordagem efetuou-se por meio da análise comparativa de dois substratos: as vantagens obtidas pela Administração (por meio da análise da porcentagem do deságio obtido) e a celeridade das execuções, usando como critério, no primeiro caso, a diferença entre o valor da proposta vencedora das licitações em análise e as previsões dos órgãos públicos; já no segundo caso, analisou-se a situação da execução financeira de determinadas obras e serviços da Infraero, considerados pelo órgão citado.

'official' versions of public culture" (ROCHE, Maurice. *Mega-events and modernity: Olympics and expos in the growth of global culture*. New York: Routledge, 2000); na doutrina nacional, cf. ALMEIDA, Bárbara Schausteck de; MEZZADRI, Fernando Marinho; MARCHI JUNIOR, Wanderley. *Considerações sociais e simbólicas sobre sedes de Megaeventos Esportivos*. *Motrivivência*, Ano XXI, Nº 32/33, p. 178-192 Jun.-Dez./2009.

² Esse novo paradigma ainda não possui um conceito definido no campo doutrinário. Contudo, há alguns consensos, como, por exemplo, a influência do Direito Administrativo contemporâneo na superação do Estado Burocrático em prol do Estado Gerencial; a mudança do foco do Estado, deixando de ser um fim em si mesmo, para ter como finalidade a satisfação dos cidadãos, dentre outros. Convém destacar que o paradigma vigente é o Novo Desenvolvimentismo, no qual o Estado tem um papel subsidiário, com caráter fiscalizador e realista, instrumentalizando e realizando políticas públicas de forma setorializada. A Administração Pública brasileira está no caminho para esse novo paradigma, no entanto, para tanto, está passando por diversas alterações e modificações fundamentais para essa mudança radical. Sobre o Novo Desenvolvimentismo, cf. BRESSER-PEREIRA, L.C. *O novo desenvolvimentismo e a ortodoxia convencional*. São Paulo em Perspectiva, São Paulo, Fundação Seade, v. 20, n. 3, p. 5-24, jul./set. 2006. Disponível em: <<http://www.seade.gov.br>>.

2 A mudança paradigmática do Direito Administrativo: os avanços do Direito Administrativo contemporâneo

Quando se pensa na Administração Pública brasileira, algumas características vêm à mente: a letargia, burocracia, serviços de baixa qualidade, corrupção e, especialmente, os altos custos para poucos resultados, isto é, a diferença entre o que é “planejado” e “prometido” quando cotejado com o que se possui como resultado.³ A reforma do Estado, preconizada pelo Direito Administrativo contemporâneo, possui como objetivo quebrar essa pré-compreensão, por meio de uma mudança paradigmática dos pressupostos e premissas dessa seara do direito, com objetivo de engendrar um novo perfil da Administração Pública no Brasil, cuja legitimidade esteja fundada na eficiência da atuação administrativa, seguindo o modelo gerencial e vinculado à obtenção de resultados.⁴

Os novos axiomas e premissas subjacentes ao Direito Administrativo contemporâneo possuem relações imanentes à discussão relacionada às mudanças estruturais do Estado, de maneira que ambos os temas se complementam e influenciam reciprocamente, com o escopo de tornar um assunto de maior completude.

As críticas em relação ao modelo de Administração Pública brasileira tradicional não são novas. Estas são repetidamente debatidas e questionadas pela literatura sobre o tema. Sendo assim, em vez de repetir o senso comum sobre o tema, limitar-se-á a fazer um breve compêndio, de forma a servir como pano de fundo para a discussão da reforma do Estado.⁵

Não há dúvida que o Estado brasileiro tradicional era uma estrutura lenta, cara, autorreferente, que não se conduz em direção ao que devia ser sua finalidade: a satisfação dos cidadãos.⁶ Ampla parcela das críticas remontam a razões históricas que levaram a dominação do Estado por elites, que buscavam tão somente seus próprios interesses, mediante um modelo exclusivista e ineficiente no que se refere à prestação de serviços públicos para a sociedade. Agregado a isso, frise-se a excessiva burocracia administrativa, arraigada aos rigorosos processos e detalhes insignificantes, possuindo como ponto norteador a ideia do Estado como fim de si mesmo, e não como o meio para a satisfação do interesse público.⁷ Assim, sobrevindo o desvio de finalidade da Administração Pública e, por extensão, de sua respectiva estrutura, forma de atuação e controle, reconhecidos

³ MEDAUAR, O. *Direito Administrativo Moderno*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 142.

⁴ Para uma visão mais ampla, cf. CARVALHO, A.B. *As Vicissitudes da Reforma Gerencial no Brasil: uma abordagem analítica*. Disponível em: <<http://empreende.org.br/pdf/Estado/As%20Vicissitudes%20da%20Reforma%20Gerencial%20no%20Brasil.pdf>>; MIRAGEM, B. *A nova administração pública e o direito administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

⁵ BRESSER-PEREIRA, L.C. *Reforma do Estado nos anos 90: lógica e mecanismos de controle*. Brasília: MARE, Cadernos MARE, n. 1, 1997. Disponível em: <http://www.planejamento.gov.br/secretarias/upload/Arquivos/publicacao/seges/PUB_Seges_Mare_caderno01.PDF>. Acesso em: 29 jun. 2014.

⁶ BRESSER-PEREIRA, L.C. *Da Administração Pública Burocrática à Gerencial*. Revista do Serviço Público, ENAP, v. 120, n.1, jan./abr. 1996. p. 5.

⁷ MIRAGEM, B. *A nova administração pública e o direito administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 24.

pela lentidão, baixa qualidade e onerosidade. O Estado tornara-se óbice, e não agente fomentador do desenvolvimento, por meio da efetivação e concretização dos direitos e garantias fundamentais.

A crise desse estado letárgico-imobilista forneceu a conjuntura propícia para a reforma do Estado. No Brasil, devido a causas político-institucionais, tal como a abertura democrática e a promulgação da Constituição Federal de 1988, essa reforma só recebeu a apropriada atenção, evidenciando-a nas discussões políticas e sociais, na segunda metade dos anos 1990.⁸ Balizou-se por quatro grandes problemas, interdependentes, durante o processo de reformulação do Estado:

(a) um problema econômico-político – a delimitação do tamanho do Estado; (b) um outro também econômico-político, mas que merece tratamento especial – a redefinição do papel regulador do Estado; (c) um econômico-administrativo – a recuperação da governança ou capacidade financeira e administrativa de implementar as decisões políticas tomadas pelo governo; e (d) um político – o aumento da governabilidade ou capacidade política do governo de intermediar interesses, garantir legitimidade, e governar.⁹

Dessa forma, buscando resolver tais celeumas, a reforma do Estado no Brasil fundou-se em, essencialmente, quatro postulados básicos, os quais foram sintetizados por Bresser-Pereira (1997) em: i) a delimitação das funções do Estado, reduzindo seu tamanho em termos principalmente de pessoal através de programas de privatização, terceirização e publicização; ii) a redução do grau de interferência do Estado ao efetivamente necessário através de programas de desregulação que aumentem o recurso aos mecanismos de controle via mercado; iii) o aumento da governança do Estado, ou seja, da sua capacidade de tornar efetivas as decisões do governo, através da reforma administrativa rumo a uma administração pública gerencial (ao invés de burocrática); iv) o aumento da governabilidade, ou seja, do poder do governo, graças à existência de instituições políticas que garantam uma melhor intermediação de interesses.¹⁰ A lógica da reconstrução do Estado reside na busca da criação de novas instituições, assim como a transformação das já existentes, tendo por base novas premissas, visando aumentar a governança, transparência, moralidade e eficiência do aparato estatal. Ou seja, o novo modelo de administração pública, objetiva, precisamente, inverter os adjetivos, da epígrafe já conhecida pela população, segundo a qual o Poder Público tem “grandes custos e poucos resultados”, de forma a alcançar os maiores (e melhores) resultados, com o menor custo possível, dentro das

⁸ MIRAGEM, B. A nova administração pública e o direito administrativo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 26.

⁹ BRESSER-PEREIRA, L. C. Reforma do Estado nos anos 90: lógica e mecanismos de controle. Brasília: MARE, Cadernos MARE, n. 1, 1997. Disponível em: <http://www.planejamento.gov.br/secretarias/upload/Arquivos/publicacao/seges/PUB_Seges_Mare_caderno01.pdf>. Acesso em: 29 jun. 2014. p. 7.

¹⁰ BRESSER-PEREIRA, L. C. Reforma do Estado nos anos 90: lógica e mecanismos de controle. Brasília: MARE, Cadernos MARE, n. 1, 1997. Disponível em: <http://www.planejamento.gov.br/secretarias/upload/Arquivos/publicacao/seges/PUB_Seges_Mare_caderno01.pdf>. Acesso em: 29 jun. 2014. p. 18-19.

baliza o princípio da proporcionalidade e da legalidade.

Por meio de reformas, tanto administrativa como constitucional, a Administração Pública adotou um novo modelo de administração, conhecido como gerencial. Trata-se de uma mudança que aproveita as conquistas do modelo anterior, continuando com seus aspectos positivos, contudo, sem medo de inovar e albergar novas premissas, as quais são fundamentais para verdadeiras mudanças na forma de ser da Administração. Ou seja, não é exatamente uma tábula rasa,¹¹ mas sim uma mudança paradigmática, que não se limita a ser mera reestruturação dos órgãos e carreiras do Estado, indo além, sendo vista como fomento a uma nova visão sobre as relações entre o Estado e a Sociedade,¹² culminando nos novos rumos do Direito Administrativo contemporâneo. Essas mudanças político-institucionais tiveram reflexos no campo jurídico, infraconstitucional e constitucional. A associação do direito administrativo a essa nova fase da Administração Pública aponta a necessidade de mudanças e adequações em seu arcabouço legal, visando albergar situações que o paradigma anterior não correspondia a contento, bem como adaptar os textos existentes às mudanças econômicas, sociais e culturais, para que, assim, haja uma maior fidelidade com o contexto no qual as normas são aplicadas.

A título de exemplo, o direito administrativo clássico era considerado como um mero conjunto de condições necessárias à conformação da estrutura burocrática do Governo às regras criadas pelo Poder Legislativo.¹³ Dessa forma, esse ramo do Direito limitava-se a auxiliar na organização da máquina administrativa do Estado, com características de unidade, centralização e uniformidade, em posição privilegiada em relação ao cidadão e direcionada à manutenção do funcionamento dos serviços públicos.¹⁴

O Direito Administrativo contemporâneo, por sua vez, não se limita a reestruturar a máquina administrativa, mas dessa vez, com novas características, tais como descentralização, cooperação e eficiência, tendo como foco a satisfação dos cidadãos. Trata-se de uma mudança paradigmática que busca expor uma nova perspectiva da Administração Pública, mais moderna e eficiente, aumentando as relações entre o Estado e a Sociedade, isto é, entre o meio e o fim desse processo, como o escopo de “incentivo e promoção à participação direta dos particulares na formação da vontade política”, mediante a “valorização da participação dos cidadãos e extensão dos processos de formação e execução da ação administrativa”.¹⁵

¹¹ BRESSER-PEREIRA, L.C. Da Administração Pública Burocrática à Gerencial. Revista do Serviço Público, ENAP, v. 120, n.1, jan./abr. 1996. p. 24.

¹² MIRAGEM, B. A nova administração pública e o direito administrativo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 48.

¹³ GUERRA, S. Transformações do Direito Administrativo e a (In)segurança jurídica. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 17, março, abril, maio, 2009. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/rere.asp>>. Acesso em: 30 jun. 2014. p. 1.

¹⁴ GUERRA, S. Transformações do Direito Administrativo e a (In)segurança jurídica. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 17, março, abril, maio, 2009. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/rere.asp>>. Acesso em: 30 jun. 2014. p. 1.

¹⁵ MIRAGEM, B. A nova administração pública e o direito administrativo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 18.

A procedimentalização e funcionalização da atuação administrativa são exemplos modelares dessas modificações.¹⁶ Com a preocupação de legitimar a atuação administrativa neste século XXI, ganha força nas leituras mais atualizadas do tema, a preconização da “adoção de um procedimento adequado (processualidade administrativa) inspiradora da ideia de democracia pelo procedimento”, de modo a “justificar/motivar a ação administrativa pela demonstração de sua adequação ao que se reconhece como interesse comum da sociedade (interesse público)”.¹⁷

Essa processualidade administrativa efetiva-se com a publicidade eficaz – divulgação pela internet (Portal da Transparência¹⁸, p. ex.), promoção de Audiência Pública, entre outras – dos procedimentos internos da Administração Pública e a real participação dos grupos interessados nas decisões que ora podem ocorrer, de forma que, dessa maneira, resulte em um Estado gerencial transparente, em que suas escolhas e procedimentos sejam legitimados e baseados na governança.¹⁹

A procedimentalização se trata de um antídoto contra os riscos do arbítrio/tecnocracia, uma vez que “o procedimento, como ‘novo conceito central do direito administrativo’, permite maior participação dos administrados, valorizando a ‘relação jurídico-administrativa’ com o poder público, notadamente diante de casos difíceis submetidos à escolha regulatória”.²⁰ Além disso, esse fenômeno coadjuva com a ideia de funcionalização, a qual, dentre outros conceitos, mostra-se como um processo pelo qual se busca pôr em foco o interesse primário da Administração Pública, os interesses da coletividade, relegando a segundo plano os interesses secundários da Administração, como, por exemplo, aumento da liquidez do caixa público por meio da retenção de valores devidos às pessoas

¹⁶ MEDAUAR, O. O direito administrativo em evolução. 2. ed. São Paulo: RT, 2003, p. 225.

¹⁷ MIRAGEM, B. A nova administração pública e o direito administrativo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 33, grifos originais. Nesse mesmo sentido, cf. ALVES, Davi Costa Feitosa. Supremacia do interesse público: proporcionalidade dos valores constitucionais. Revista Direito e Liberdade, Natal, v. 16, n. 2, p. 11-43, maio/ago. 2014. Quadrimestral.

¹⁸ “Esse instrumento tem como objetivo aproximar o cidadão em relação a governança pública, oferecendo informações detalhadas sobre a execução do orçamento público, de forma acessível e objetiva a qualquer cidadão. Assim, assegurando a boa e correta aplicação dos recursos públicos, além de aumentar a transparência da gestão pública, permitindo que o cidadão acompanhe como o dinheiro público está sendo utilizado e ajude a fiscalizar.” Para uma visão geral, cf. SILVA, L.M.; GUIMARAES, P. B. V. Desenvolvimento pós-social: o Direito e Desenvolvimento sob a perspectiva pós-positivista. Revista do Instituto do Direito Brasileiro, v. 3, p. 5313-5344, 2014. O Portal da Transparência está disponível no seguinte endereço eletrônico: <<http://www.portaltransparencia.gov.br>>.

¹⁹ GUERRA, S. Transformações do Direito Administrativo e a (In)segurança jurídica. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 17, março, abril, maio, 2009. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/rere.asp>>. Acesso em: 30 jun. 2014. p. 17.

²⁰ Cf. GUERRA, S. Transformações do Direito Administrativo e a (In)segurança jurídica. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 17, março, abril, maio, 2009. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/rere.asp>>. Nesse mesmo sentido, ainda sobre a processualidade do direito administrativo, pode-se constatar que “a processualidade pressupõe, além do adequado cotejo dos direitos e interesses em eventual disputa no âmbito da atuação administrativa, também a conformidade desta atuação com os direitos fundamentais e os deveres de proporcionalidade e razoabilidade da conduta da Administração Pública e do seu resultado concreto” (MIRAGEM, B. A nova administração pública e o direito administrativo. São Paulo: Revista dos Tribunais. p. 46).

privadas.²¹ Em outras palavras: funcionalizar significa, in casu, dotar os institutos jurídicos tradicionalmente utilizados pela Administração Pública, tal como as licitações, de imperatividade e eficácia,²² pondo-os em uma nova perspectiva, desta vez, analisando-os sob a ótica da práxis jurídica, de forma a demonstrar que os fins maiores da Administração não são os seus interesses internos, mas sim a satisfação e o serviço de qualidade para os cidadãos, respeitando a Constituição da República de 1988.²³

Conforme dito na introdução desta pesquisa, limitar-se-á a fazer um recorte temático dessa ampla questão do direito pós-moderno, tendo como dois substratos desse novo paradigma: a transparência, fazendo um paralelo com o princípio da moralidade, e a governança, com influência do princípio da eficiência, ambos, sobretudo, de acordo com a ótica da Constituição Federal de 1988.²⁴

Os princípios da moralidade e da eficiência, aqui em destaque, inter-relacionam-se e influenciam-se reciprocamente. Não há uma Administração Pública eficiente, sem moralidade. Não há uma Administração Pública que respeite os padrões éticos, que não atinja os mínimos resultados esperados. Para eficácia de um deles, mostra-se necessário o outro. Por isso, a importância deste estudo.

O princípio da moralidade, que rege a Administração Pública, positivado no art. 37 da Constituição Federal, fixa como diretriz “o dever de boa administração, a garantia dos bons costumes e a noção de equidade no confronto entre o interesse público e os administrados”,²⁵ ou seja, é o dever de respeitar e promover os padrões éticos em suas decisões (dever de probidade), com o escopo de garantir uma boa administração, que busca alcançar os seus fins pelos devidos meios.²⁶ Uma vez que é inaceitável, hodiernamente,

²¹ MOREIRA, E. B. O Direito Administrativo Contemporâneo e a Intervenção do Estado na Ordem Econômica. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 10, maio/junho/julho, 2007. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/redae.asp>>. Acesso em: 2 jul. 2014. p. 4.

²² “O direito administrativo brasileiro atual substitui a visão da relação de direito administrativo como relação de poder entre o Estado e os administrados, por uma noção de relação jurídica administrativa de gestão (relação de gestão), na qual, embora o Estado seja titular de prerrogativas jurídicas estabelecidas pelo ordenamento, sua atuação vincula-se ao exercício destas prerrogativas nos exatos limites e modo que lhe são estabelecidos, visando aos fins sociais, e presidida sua atuação pelos deveres de proporcionalidade e razoabilidade” (MIRAGEM, B. A nova administração pública e o direito administrativo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 29, grifos originais).

²³ PEIXOTO, A.C.T. Funcionalização v. Comunitarismo: Análise da Proteção aos Direitos Existenciais. R. Dir. Proc. Geral, Rio de Janeiro, p. 30-40, v. 63, 2008.

²⁴ Antes de adentrar especificamente nas considerações sobre os referidos princípios, cumpre destacar que, no estado de arte do Direito, as normas e princípios informadores do direito administrativo são conteúdo vinculante da atuação administrativa, isto é, ambos possuem eficácia cogente nos atos administrativos. Assim, não estando sujeitos a discricionariedade do Poder Público, ou seja, não podem ser olvidados por mera conveniência, oportunismo ou pragmatismo estatal. Além disso, avulta-se notar que a Administração Pública deve observar, primariamente, os princípios constitucionais que a informam, principalmente aqueles explícitos no texto constitucional, quais sejam, o da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. Nesse sentido, cf. SANTOS, Luiz Elias Miranda dos. Discricionariedade x vinculação: licenças de produção de energia. Revista Direito e Liberdade, Natal, v. 16, n. 2, p. 73-102, maio/ago. 2014. Quadrimestral.

²⁵ TÁCITO, C. Moralidade administrativa. Revista de Direito Administrativo. n. 242. Rio de Janeiro: Renovar, out.-dez. 2005, p. 172.

²⁶ “A valoração dos elementos delineadores da moralidade administrativa não pode ser direcionada por critérios de ordem ideológica ou de estrita subjetividade. Ao interpretar e aplicar a norma, deve o agente considerar os valores norteadores do sistema jurídico, ainda que se apresentem dissonantes de sua visão pessoal. Assumindo esponta-

que a Administração Pública atinja, em grande parcela de suas atuações, a efetividade de suas decisões por meio transversos.

Sobreleva notar a utilização, no conceito acima, do termo “dever”. Trata-se sim de um “dever”, uma vez que é dotado de obrigatoriedade e cogência, e não um “direito”, que possa ser exigido em determinados casos isolados. Ora, é um dever da Administração Pública pautar-se pela transparência e eficiência.

A transparência, resultado da efetivação do princípio da moralidade e da publicidade, “visa a dissipar o mistério que envolve a administração, de modo a permitir a compreensão da lógica que comanda a atuação administrativa”.²⁷ A eficiência, por sua vez, visa orientar a otimização dos recursos do Estado, por meio de uma gestão com base em focos e metas.

O princípio da eficiência, disposto em assento constitucional pela Emenda Constitucional 19 de 1998, possui lugar de destaque na literatura sobre o direito administrativo contemporâneo, sendo uma das principais tônicas da atualidade. Tal princípio possui forte influência no modelo de gestão focado em metas e resultados, o qual busca orientar a otimização dos recursos financeiros como base da atuação administrativa.²⁸

No entanto, convém salientar que o conceito de eficiência na Administração Pública, relaciona-se com a otimização de recursos financeiros, e não se vincula meramente à obtenção de menores custos financeiros, a qualquer custo, pois, conforme salientado por Miragem: “Não há identidade entre menor custo financeiro e maior eficiência. [...] A eficiência da Administração Pública, pois, diz respeito ao melhor modo de realização de suas finalidades, do interesse público [...]”.²⁹ Além disso, aponta que:

O conceito jurídico de eficiência da administração pública, então, abrange a organização da estrutura administrativa, assim como a conduta concreta dos agentes públicos, vinculados à promoção das finalidades da administração pública em favor dos administrados, devendo para tanto coordenar os esforços relativos aos custos financeiros a da atuação administrativa com os interesses legítimos das partes envolvidas e de toda a coletividade, de modo a realizar tais fins da forma mais satisfatória possível. Implica, naturalmente, no dever de atualização da administração, visando ao oferecimento dos melhores esforços com vistas à realização do interesse público, em acordo com a juridicidade da ação administrativa.³⁰

neamente o ônus de gestor da coisa pública, tem o agente o dever de agir em harmonia com as finalidades institucionais próprias do órgão que ocupa, o que demonstra que o conceito de moralidade administrativa tem índole eminentemente teleológica” (GARCIA, E. A Moralidade Administrativa e sua densificação. Revista da EMERJ, v. 6, n. 21, 2003).

²⁷ MIRAGEM, B. A nova administração pública e o direito administrativo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 50.

²⁸ CARVALHO, G. A nova Administração Pública e o direito administrativo. Fórum Administrativo – FA, Belo Horizonte, ano 14, n. 158, p. 37-48, abr. 2014. p. 44.

²⁹ MIRAGEM, B. A nova administração pública e o direito administrativo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 44.

³⁰ MIRAGEM, B. A nova administração pública e o direito administrativo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 44.

Em linhas gerais, o princípio da eficiência, seguindo a linha do direito administrativo contemporâneo, põe em destaque os resultados alcançados e a eficiência para atingi-lo, sem, todavia, olvidar a fiscalização e controle dos meios utilizados para chegar a esse objetivo; ou seja, o referido princípio tem a “finalidade de elevar a eficiência de desempenho, sem incorrer em deficiência de juridicidade”.³¹

A efetivação dos princípios acima considerados possui relação estreita com a ideia de governança. A governança, segundo o entendimento do Banco Mundial, diz respeito “a capacidade dos governos de planejar, formular e implementar políticas e cumprir funções”, buscando atingir suas metas e resultados esperados. A definição da governança surge visando aprofundar as “condições que tornam um Estado eficiente e, neste particular, não apenas associado a aspectos econômicos da atuação estatal, sendo a atuação do Estado-Administração avaliada pelos resultados de suas condutas, assim como o modo de exercício do poder”.³²

Para Bresser-Pereira apenas “existe governança em um Estado quando seu governo tem as condições financeiras e administrativas para transformar em realidade as decisões que toma”.³³ Por isso, mostra-se necessário que a Administração Pública, como um todo, pautar-se pela “existência de um dever de planejamento, que se projeta tanto no tocante ao dever de planejar, quanto no de que esse planejamento seja eficiente, o que não implica atendimento integral a determinada demanda, mas a otimização dos recursos em faces dos resultados alcançados”.³⁴

Por conseguinte, não se pode olvidar a necessidade de qualificação dos agentes públicos. Não há dúvida que o Estado cresceu em termos de pessoal, e principalmente, em termos de receita e despesa,³⁵ no entanto, o investimento em qualificação pessoal não acompanhou tal avanço. A capacitação e melhoria contínua, bem como o aumento da fiscalização da produtividade de tais agentes é insuficiente para manter a qualidade e eficiência necessária para o Estado gerencial contemporâneo.

3 Análise do Regime Diferenciado de Contratações

O Brasil, nesses últimos anos, tornou-se o “país dos megaeventos”. Em 2013, sediou a Copa das Confederações e, em 2014, sediou a Copa do Mundo 2014, ambos de forma

³¹ MOREIRA NETO, D. F. Mutações do direito público. Rio de Janeiro: Renovar, p. 236.

³² MIRAGEM, B. A nova administração pública e o direito administrativo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 61.

³³ BRESSER-PEREIRA, L. C. Reforma do Estado nos anos 90: lógica e mecanismos de controle. Brasília: MARE, Cadernos MARE, n. 1, 1997. Disponível em: <http://www.planejamento.gov.br/secretarias/upload/Arquivos/publicacao/seges/PUB_Seges_Mare_caderno01.pdf>. Acesso em: 29 jun. 2014. p. 40.

³⁴ MIRAGEM, B. A nova administração pública e o direito administrativo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 38, grifos originais.

³⁵ BRESSER-PEREIRA, L. C. Reforma do Estado nos anos 90: lógica e mecanismos de controle. Brasília: MARE, Cadernos MARE, n. 1, 1997. Disponível em: <http://www.planejamento.gov.br/secretarias/upload/Arquivos/publicacao/seges/PUB_Seges_Ma re_caderno01.pdf>. Acesso em: 29 jun. 2014. p. 21.

bem sucedida, recebendo elogios da imprensa tanto nacional como internacional.³⁶ No entanto, cumpre ressaltar que, por um lado, menos da metade das obras prometidas no momento da candidatura para sediar os supracitados megaeventos foram finalizadas tempestivamente para o megaevento, isto é, das 167 intervenções prometidas na Matriz de Responsabilidades para a Copa do Mundo 2014, documento utilizado para fiscalizar o andamento das obras, uma vez que possui nele listadas as pretensões do governo brasileiro para o evento mundial, apenas 68 (ou 41%) ficaram prontas para serem usufruídas pelos visitantes e pelos cidadãos que moram nas cidades-sede, nos 30 dias anteriores à competição. Por outro lado, outras 88 intervenções prometidas (ou 53%) encontraram-se incompletas no momento da realização do mundial, sendo prometido as suas finalizações para depois da Copa. Aliás, ressalta-se que 11 obras (ou 6%) não chegaram a sair do papel, isto é, nem passaram pelo processo licitatório e pelo devido planejamento para a concretização dos compromissos de legado do megaevento.³⁷

A observação dos fatos já aponta que a preparação, a licitação e o financiamento das obras das quais são responsáveis o Brasil, o estado do Rio de Janeiro e o município do Rio de Janeiro, que serão sede dos Jogos Olímpicos e Paraolímpicos em 2016, estão seguindo a mesma linha da Copa do Mundo 2014, passando por diversos atrasos, dessa forma, colocando a realização do megaevento em risco.

Assim, torna-se oportuno discutir o Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC), elaborado, em princípio, com o fito de evitar atrasos e acelerar os processos licitatórios dos megaeventos. Também serão aqui analisados os institutos jurídicos inovadores do supracitado regime, tal como a contratação integrada, remuneração variável e o sigilo inicial de orçamento, mostrando sua adequação ao Direito Administrativo contemporâneo, além de discorrer sobre a eficácia desses novos elementos, fazendo uma análise comparativa com a Lei Federal nº 8.666/93 (Lei Nacional de Licitações).

O RDC é uma nova modalidade de licitação, instituída pela Lei Federal nº 12.462,³⁸ de 4 de agosto de 2011, regulamentada pelo Decreto nº 7.581, de 11 de ou-

³⁶ A título de exemplo, cf. JORNAL NACIONAL. Clima festivo e sucesso da Copa conquistam manchetes internacionais. Disponível em: <<http://g1.globo.com/jornal-nacional/noticia/2014/06/clima-festivo-e-sucesso-da-copa-conquistam-manchetes-internacionais.html>>; FINANCIAL TIMES. Why Brazil's already won. Disponível em: <<http://www.ft.com/intl/cms/s/2/50ceddac-023c-11e4-ab5b-001444feab7de.html#axzz36plRmXeO>>; EXAME. Copa está mais bem organizada que Olimpíadas de Londres. Disponível em: <<http://exame.abril.com.br/brasil/noticias/copa-esta-mais-bem-organizada-que-olimpiada-de-londres/>>.

³⁷ FOLHA DE SÃO PAULO. A 30 dias da Copa, metade das metas não foi cumprida. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/psp/poder/165644-a-30-dias-da-copa-metade-das-metas-nao-foi-cumprida.shtml>>. Acesso em: 16 jun. 2014.

³⁸ Essa lei é objeto de duas Ações Diretas de Inconstitucionalidade: a ADI 4655 e 4645. A primeira foi ajuizada pelo Procurador-Geral da República, Roberto Gurgel, na qual questiona-se: erro formal no processo legislativo dessa normativa, assim como a inconstitucionalidade da contratação integrada e da pré-qualificação. A segunda – ADI 4645 –, ajuizada pelos partidos políticos PSDB, o DEM e o PPS, tem como foco o argumento de que ocorreu “violação do devido processo legislativo”, por meio de um “abuso no poder de emendar” por parte do Governo Federal. Além disso, questiona-se outros aspectos inovadores do RDC, tais como, o sigilo inicial do orçamento, a contratação integrada, remuneração variável, por exemplo. Para uma visão mais completa, cf. REZENDE, R. M. O Regime Diferenciado de Contratações Públicas: comentários à Lei nº 12.462, de 2011. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/senado/conleg/textos_discussao/TD100-RenatoRezende.pdf>.

tubro de 2011, alterada pelo Decreto nº 8.080, de 20 de agosto de 2013, que busca tornar as contratações do Poder Público mais eficientes, eficazes, mais céleres e transparentes, mormente levando em consideração a proximidade e a quantidade de obras necessárias para a realização dos megaeventos no Brasil, tendo sido útil para recuperar o tempo perdido mediante a aprovação da Lei em tela.³⁹ Sendo assim, o Governo Federal observou a necessidade de criar institutos jurídicos mais eficientes para que as obras da “matriz de responsabilidade” da Copa das Confederações da Federação Internacional de Futebol – FIFA 2013, e da Copa do Mundo FIFA 2014, dos Jogos Olímpicos e Paraolímpicos de 2016, estivessem finalizadas tempestivamente para a realização desses megaeventos de maneira satisfatória.

Com a apresentação de alterações e ampliações atinentes aos objetivos, diretrizes e a base principiológica dessa nova modalidade de licitação, tal como a incorporação do princípio da economicidade e o princípio do desenvolvimento nacional sustentável na regulamentação licitatória,⁴⁰ apresentou-se um avanço para a Administração pública pátria, demonstrando paulatinamente a aceitação do Estado Gerencial no ordenamento jurídico, abandonando o Estado burocrático, que se baseia no formalismo e na rigidez de procedimentos, em prol de um paradigma consentâneo com o Direito Administrativo contemporâneo.

Posto isto, mostra-se oportuno discutir, mesmo que em linhas breves, as principais inovações dessa modalidade de licitação, que possui como escopo dar uma maior efetividade e agilidade às celebrações contratuais.⁴¹

Tendo em vista a demarcação científica a qual esta pesquisa se propõe investigar, mostra-se necessário um recorte temático para que seja possível uma breve investigação dessas inovações, sem, contudo deixar de lado a clareza e objetividade. Nesse sentido, as subseções posteriores, limitar-se-ão a analisar as alterações relevantes do RDC no que atine aos pressupostos e ideais do Direito Administrativo contemporâneo, vistos na seção

³⁹ Sobreleva alertar, nesse sentido, questionamento de Rezende: “Sendo do conhecimento de todos, há mais de três anos, no caso da Copa do Mundo, e há mais de um ano, no caso das Olimpíadas, que o Brasil sediará os jogos, cabe perguntar por que o Poder Executivo não encaminhou, há mais tempo, um projeto de lei ao Congresso Nacional, tampouco acionou sua base para aprovar o projeto de reforma da Lei Geral em tramitação. O afã de recuperar o tempo perdido mediante a lei recentemente aprovada pode, contudo, resultar em frustração ou, no mínimo, levar a prolongadas discussões judiciais, exatamente o contrário da celeridade pretendida pelo Governo” (REZENDE, R. M. O Regime Diferenciado de Contratações Públicas: comentários à Lei nº 12.462, de 2011. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/senado/conleg/textos_discussao/TD100-RenatoRezende.pdf>. Acesso em: 17 jun. 2014. p. 6).

⁴⁰ Para uma visão mais ampla, cf. DI PIETRO, M.S.Z. Direito Administrativo. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

⁴¹ Segundo Di Pietro, o RDC, seja quanto ao aspecto licitatório, seja quanto ao aspecto contratual, apresenta as seguintes inovações: a) ampliação dos objetivos da licitação (art. 1º, §1º); b) inclusão do princípio da economicidade e do desenvolvimento nacional sustentável (art. 32); c) restrições à publicidade do orçamento estimado (art. 62); d) inversão nas fases de habilitação e julgamento (art. 12); e) novos critérios de julgamento (art. 18); f) previsão de procedimentos auxiliares das licitações (art. 29); g) previsão da possibilidade de exigência de amostra para a pré-qualificação e para o julgamento (art. 7º, II); h) possibilidade de remuneração variável vinculada ao desempenho da contratada (art. 10); i) previsão da contratação simultânea ou possibilidade de contratação de mais de uma empresa para realizar o mesmo serviço (art. 11); j) previsão da contratação integrada entre os regimes de execução do contrato (art. 82) (DI PIETRO, M.S.Z. Direito Administrativo. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 456).

anterior. Para tanto, optou-se por perquirir o seguinte rol: a) contratação integrada; b) remuneração variável; c) inversão de fases; d) sigilo inicial do orçamento.

3.1 A contratação integrada

A contratação integrada, conforme averbado no art. 9º, §1º, do diploma legal em análise, constitui um novo regime de execução indireta de obras e serviços de engenharia, no qual o contratado fica responsável pela elaboração e o desenvolvimento dos projetos básico e executivo, a execução de obras e serviços de engenharia, a montagem, a realização de testes, a pré-operação e todas as demais operações necessárias e suficientes para a entrega final do objeto.⁴² Em outras palavras: a empresa vencedora do certame possui responsabilidade pela execução desde o projeto básico até a entrega final do objeto contratado, isto é, além de possuir o compromisso de executar as obras e serviços (projeto executivo), também possui o encargo de promover as etapas prévias de elaboração e desenvolvimento dos projetos básico e executivo correspondentes,⁴³ com base no anteprojeto de engenharia fornecido no termo licitatório. Nesse sentido, segundo Heinen, a “lógica da contratação integrada reside no fato de se intentar obter ganho de eficiência no momento em que se transfere para o contratado o risco do projeto, e as consequências financeiras decorrentes da imperfeição dele.”⁴⁴

A contratação integrada, no âmbito do RDC, só pode ser utilizada nas licitações e contratações de obras e serviços de engenharia nas quais sua aplicação seja técnica e economicamente justificada, bem como seu objeto envolva, pelo menos, uma das seguintes condições: I – inovação tecnológica ou técnica; II – possibilidade de execução com diferentes metodologias; ou III – possibilidade de execução com tecnologias de domínio restrito no mercado (art. 9º). É de se notar a vagueza e imprecisão da expressão “técnica e economicamente justificada”, sendo esta condição sine qua non para utilização dessa forma de execução, que acaba ensejando uma abertura para a discricionariedade excessiva dos administradores. Ora, quem é que irá informar se o certame licitatório atinge os critérios do aludido dispositivo? A própria Administração Pública que, por sua vez, possui tanto interesses diretos como indiretos na validade da contratação integrada, principalmente quando se leva em consideração a proximidade dos megaeventos, os constantes atrasos e alterações de última hora, que acabam permitindo a utilização dessa opção de

⁴² Ressalta-se a clara inspiração dessa norma com um dos pontos do regulamento de procedimento licitatório simplificado da Petrobras, Decreto n. 2.745/98. 1.9. Sempre que economicamente recomendável, a Petrobras poderá utilizar-se da contratação integrada, compreendendo realização de projeto básico e/ou detalhamento, realização de obras e serviços, montagem, execução de testes, pré-operação e todas as demais operações necessárias e suficientes para a entrega final do objeto, com a solidez e segurança especificadas.

⁴³ REZENDE, R. M. O Regime Diferenciado de Contratações Públicas: comentários à Lei nº 12.462, de 2011. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/senado/conleg/textos_discussao/TD100-RenatoRezende.pdf>. Acesso em: 17 jun. 2014. p. 45.

⁴⁴ HEINEN, J. A contratação integrada no Regime Diferenciado de Contratações: Lei nº 12.462/11. Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP, Belo Horizonte, ano 13, n. 145, p. 37-45, jan. 2014. p. 40.

execução de forma casuística.

Aliás, é oportuno destacar que nem sempre a contratação integrada terá como resultados processos de licitações e execução de obras de mais céleres, conforme observado em uma análise comparatória por Baeta,⁴⁵ na qual se mostrou que o prazo total para execução de uma edificação com aproximadamente 20 mil metros quadrados com a contratação integrada é de 1050 a 1070 dias; enquanto, para outros regimes de execução, tal prazo fica entre 990 a 1620 dias.

A polêmica que envolve essa nova forma de execução indireta de obras e serviços de engenharia reside, fundamentalmente, em dois pontos: a) a indefinição do objeto que está sendo contratado, devido a inexistência do projeto básico na licitação; b) a dificuldade de fiscalização das obras e serviços que utilizam a contratação integrada.

Quanto ao primeiro ponto, a questão controvertida diz respeito à falta de balizamento mínimo, fixado pelo Poder Público, do que deverá ser executado pelo vencedor do certame, de sorte que os próprios parâmetros das obras são de poder do contratado, o qual possui o condão de definir o projeto inicial da obra, por meio da elaboração e desenvolvimento do projeto básico, bem como de como ela será executada, mediante projeto executivo. Ou seja, o contratado possui o poder de definir o que será executado e como essa execução ocorrerá. Dessa forma, os órgãos fiscalizadores acabam com poucos parâmetros comparativos para a aferição do grau de adequação das propostas às necessidades do Poder Público, abrindo azo, novamente, para subjetivismo no julgamento da execução de determinada obra.⁴⁶

O papel do projeto básico é precisamente expor os parâmetros desejados pelo Poder Público para a execução da obra e, seguindo essa linha, estar-se-ia removendo essa competência dele e transferindo-a para o ente privado, vencedor do certame, o qual teria uma liberdade excessiva na condução das obras e serviços. Dessa forma, seriam contratadas obras e serviços, sem a devida e clara definição do que o Poder Público deseja.⁴⁷

⁴⁵ BAETA, A. P. Boas Práticas em RDC: Regime Diferenciado de Contratações Públicas. V Fórum de Controle. nov. 2013. Disponível em: <<http://ead.tce.to.gov.br/rdc/images/stories/material/RDCtocantins.ppt>>. Acesso em: 4 jul. 2014.

⁴⁶ REZENDE, R. M. O Regime Diferenciado de Contratações Públicas: comentários à Lei nº 12.462, de 2011. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/senado/conleg/textos_discussao/TD100-RenatoRezende.pdf>. Acesso em: 17 jun. 2014. p. 46. Nesse aspecto, deve-se salientar que a celebração de termos aditivos fica restrita a uma das seguintes hipóteses: (a) em decorrência de caso fortuito ou força maior; (b) por necessidade de alteração do projeto ou das especificações técnicas, desde que não decorrentes de erros ou omissões por parte do contratado.

⁴⁷ Alerta Dal Pozzo que: "Se a Administração Pública deixar de estabelecer, de maneira completa, o conjunto de elementos suficientes para caracterizar o que está pretendendo contratar, não haverá torneio possível, pois, em verdade, estarão sendo oferecidas propostas para alguma coisa que não se sabe ao certo o que efetivamente é: trata-se de um pressuposto lógico do certame. E as consequências são absolutamente nefastas, pois essa imprecisão possibilita o oferecimento de propostas com valores que podem ser ínfimos e, portanto, inexequíveis de plano, ou então propostas com valores muito acima daqueles que efetivamente se poderiam conseguir, caso estivesse bem delineado o objeto da contratação a ser entabulada" (DAL POZZO, A. N. Panorama geral dos regimes de execução previstos no Regime Diferenciado de Contratações: a contratação integrada e seus reflexos. In: CAMMAROSANO, Márcio; DAL POZZO, Augusto Neves; VALIM, Rafael (Coord.). Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC (Lei nº 12.462/11; Decreto no 7.581/11): aspectos fundamentais. 2 ed. rev., ampl. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 71.

A argumentação dos que se posicionam favoravelmente à pré-existência do projeto básico e, por extensão, de forma contrária ao disposto pelo art. 9º do RDC, repousa em três pontos: a) contradição com a Lei Geral, a LNL; b) a insuficiência das exigências do anteprojeto de engenharia; c) a contradição entre a contratação integrada e os princípios constitucionais.

Primeiro, o art. 9º do referido diploma mostra-se em clara contradição com o art. 7º, §2º, I e II, Lei nº 8.666, segundo o qual as obras e os serviços somente poderão ser licitados quando houver projeto básico aprovado pela autoridade competente e disponível para exame dos interessados em participar do processo licitatório, e existir orçamento detalhado em planilhas que expressem a composição de todos os seus custos unitários; bem como o art. 40, §2º, I e II, do mesmo diploma, de acordo com o qual é necessária a constituição de anexos do edital, dele fazendo parte integrante, o projeto básico e/ou executivo, com todas as suas partes, desenhos, especificações e outros complementos.⁴⁸ Nesse contexto, aliás, há discussão, que não será aqui adentrada a fundo, se o Regime Diferenciado de Contratações, sendo, a princípio, um conjunto de normas transitórias e casuísticas que acabou sendo estendido, de forma perene, a outros setores da Administração Pública, além da sua aplicação nos megaeventos, poderia regulamentar de forma contrária determinados pontos já dispostos na norma geral das licitações, qual seja, a Lei Nacional das Licitações. Convém notar, conforme visto anteriormente, a ligeira expansão do âmbito de incidência desse regime especial de contratações, assim, tornando essa discussão cada vez mais pertinente.

Segundo, o Poder Público visando não abdicar de forma plena do devido planejamento, prevê a necessidade da disposição, no Edital, do “anteprojeto de engenharia” (art. 11, §2º, inciso I), em contraposição à necessidade do “projeto básico” da Lei Geral nº 8.666. A partir dessa mudança, indaga-se: será que as exigências do anteprojeto de engenharia são suficientes para a definição do objeto a se contratar? A mitigação das exigências para definição do objeto da licitação mostra-se aceitável diante do princípio da eficiência e do princípio da segurança jurídica?

Antes de abordar diretamente os questionamentos acima indagados, cumpre diferenciar os elementos mínimos do “anteprojeto de engenharia” do “projeto básico”. Para tanto, mostra-se adequado a ilustração de Rezende, com o escopo de facilitar a compreensão de tais diferenças, na comparação abaixo:

1) Elementos do projeto básico (art. 2º, parágrafo único): a) Desenvolvimento da solução escolhida de forma a fornecer visão global da obra e identificar seus elementos constitutivos com clareza; b) Soluções técnicas globais e localizadas, suficientemente detalhadas, de forma a restringir a necessidade

⁴⁸ REZENDE, R. M. O Regime Diferenciado de Contratações Públicas: comentários à Lei nº 12.462, de 2011. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/senado/conleg/textos_discussao/TD100-RenatoRezende.pdf>. Acesso em: 17 jun. 2014. p. 46.

de reformulação ou de variantes durante as fases de elaboração do projeto executivo e de realização das obras e montagem a situações devidamente comprovadas em ato motivado da administração pública; c) Identificação dos tipos de serviços a executar e de materiais e equipamentos a incorporar à obra, bem como especificações que assegurem os melhores resultados para o empreendimento; d) Informações que possibilitem o estudo e a dedução de métodos construtivos, instalações provisórias e condições organizacionais para a obra; e) Subsídios para montagem do plano de licitação e gestão da obra, compreendendo a sua programação, a estratégia de suprimentos, as normas de fiscalização e outros dados necessários em cada caso; f) Orçamento detalhado do custo global da obra, fundamentado em quantitativos de serviços e fornecimentos propriamente avaliados.

2) Elementos do anteprojeto de engenharia (art. 9º, §2º, I): a) Demonstração e justificativa do programa de necessidades, visão global dos investimentos e definições quanto ao nível de serviço desejado; b) Condições de solidez, segurança, durabilidade e prazo de entrega; c) Estética do projeto arquitetônico; d) Parâmetros de adequação ao interesse público, à economia na utilização, à facilidade na execução, aos impactos ambientais e à acessibilidade.⁴⁹

Observa-se, logo de início, a quantidade superior de elementos exigidos pelo projeto básico quando comparado com o anteprojeto de engenharia, facilitando, assim, a definição, com maior nitidez, do objeto de contratação. Por um lado, o projeto básico expõe uma visão global do que se quer contratar, sem deixar de identificar seus elementos constitutivos com clareza, informando soluções técnicas globais e localizadas, suficientemente detalhadas, de forma a restringir a necessidade de reformulação ou de variantes durante as fases de elaboração do projeto executivo e de realização das obras e montagem a situações devidamente. Por outro, o anteprojeto de engenharia demonstra e justifica as necessidades da obra e dos serviços, expondo uma visão global do objeto da licitação, mas sem especificar os pormenores da licitação, tampouco aponta soluções técnicas para o projeto executivo. Em palavras simplórias: o projeto básico diz o que o Poder Público quer, e como ele quer que isso seja feito, ou seja, diminui o campo de discricionariedade no que atine à forma de execução da obra pela empresa vencedora do certame; já o anteprojeto de engenharia, por sua vez, "propõe-se a dizer o que o Poder Público quer, sem falar como",⁵⁰ isto é, expõe o que quer, em linhas breves, delegando as minúcias e a forma de como será desempenhada a obra para a empresa contratada.

Daí, voltando à pergunta inicial, será que as exigências deste último são suficientes para a definição do objeto da licitação? A resposta é negativa. A intenção do legislador é correta, isto é, eliminar uma das fases mais burocráticas da licitação: o planejamento

⁴⁹ REZENDE, R. M. O Regime Diferenciado de Contratações Públicas: comentários à Lei nº 12.462, de 2011. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/senado/conleg/textos_discussao/TD100-RenatoRezende.pdf>. Acesso em: 17 jun. 2014. p. 48.

⁵⁰ HEINEN, J. A contratação integrada no Regime Diferenciado de Contratações: Lei nº 12.462/11. Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP, Belo Horizonte, ano 13, n. 145, p. 37-45, jan. 2014. p. 43.

da contratação, o qual é, em grande parcela, preenchido pela criação do projeto básico, passando essa incumbência para o ente privado, elaborá-lo e pô-lo em execução. Não há dúvida que a utilização da contratação integrada resultará em maior rapidez na execução dos serviços e obras de engenharia. No entanto, não se pode olvidar que essa celeridade e eficiência não deve ser alcançada com a preterição a princípios basilares da licitação, quais sejam, a isonomia, a moralidade, a impessoalidade e o do julgamento objetivo.⁵¹

A partir dessa breve explanação sobre os balizamentos mínimos do projeto básico e do anteprojeto de engenharia, baseia-se o terceiro ponto defendido pelos autores que se posicionam favoravelmente à pré-existência do projeto básico: a contradição entre a contratação integrada e os princípios constitucionais. Ao permitir que a empresa vencedora da licitação defina os parâmetros da obra, encarregando-a de definir e determinar o objeto, de forma que a licitação não disponha de maneira satisfatória, com clareza, a determinação do objeto, estar-se-ia violando o princípio da competitividade, isonomia e da impessoalidade, uma vez que não seria possível o julgamento objetivo da licitação. Do mesmo modo, ainda nesse contexto, não se pode olvidar, que os aspectos inovadores do Direito Administrativo contemporâneo não podem ser positivados por vias transversas. Na disposição em análise, há evidente proposta de buscar o princípio da eficiência, no entanto, esse esforço macula-se pela criação, direta e indireta, de brechas e possíveis desvios que podem ser utilizados tanto pelo Administrador quanto pelas empresas candidatas às licitações, para outros fins que não o interesse público. Dessa forma, o dever de probidade deixa de ser um dever e torna-se uma mera faculdade, a qual pode ser contornada e dominada ao livre-arbítrio dos envolvidos.

Quanto ao segundo ponto polêmico – a dificuldade de fiscalização das obras e serviços que utilizam a contratação integrada –, pela exposição acima já se pode notar “uma verdadeira rendição de órgãos de controle e de organizações de auditoria de obras, que sempre lutaram por precisas definições e elaborações de projetos básicos, que pudessem alicerçar as fases posteriores de uma boa licitação”.⁵² A eliminação da necessidade do projeto básico é contrária aos esforços atuais da Administração Pública, de “assegurar um melhor planejamento das obras públicas, que evite problemas de execução, o encarecimento dos custos para Administração e a celebração de aditivos”.⁵³ Ora, quais os parâme-

⁵¹ Seguindo essa linha, o Ministério Público Federal, em nota técnica, afirma que: “Ocorre que o conteúdo do denominado ‘anteprojeto de engenharia’ é extremamente vago, genérico, e implicará a não definição adequada do objeto da licitação e do futuro contrato, violando expressamente o artigo 37, inciso XXI, que impõe o dever de licitar para contratações de obras e serviços de engenharia e pressupõe logicamente a sua exata configuração. Não há licitação sem prévio e determinado objeto, porque sem isto não há condições de disputa. Admitindo-se o ‘anteprojeto de engenharia’, isto implicará violação do princípio da competitividade, isonomia e da impessoalidade, porque impedirá o julgamento objetivo da licitação”.

⁵² SANTOS, L.W.M.; COSTA, L.S.M. O RDC e outras mudanças recentes em licitações, contratos e convênios – Impactos na auditoria de obras públicas. In: XIV Simpósio Nacional de Auditoria de Obras Públicas (Sinaop), Cuiabá, 7 a 11 de novembro de 2011. p. 5.

⁵³ REZENDE, R. M. O Regime Diferenciado de Contratações Públicas: comentários à Lei nº 12.462, de 2011. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/senado/conleg/textos_discussao/TD100-RenatoRezende.pdf>. Acesso em: 17 jun.

tros comparativos que os órgãos de controle utilizarão para fiscalizar as obras e serviços que aplicam essa forma de execução indireta de obras públicas? Os próprios balizamentos e parâmetros criados e postos pela empresa vencedora do certame. Vislumbram-se, assim, algumas mudanças que se mostram necessárias para que o RDC revele-se adequado e propício a se tornar a regra geral das licitações, sob a égide do Direito Administrativo contemporâneo.

3.2 A remuneração variável

O art. 10 da Lei do RDC prevê a remuneração variável vinculada ao desempenho da contratada, com base em metas, padrões de qualidade, critérios de sustentabilidade ambiental e prazo de entrega definidos no instrumento convocatório e no contrato, sendo a sua utilização motivada e sempre respeitando o limite orçamentário fixado pela administração pública para a contratação.

Nas licitações que utilizam a remuneração variável, a empresa vencedora do certame auferirá maior remuneração na medida em que cumpre determinadas metas, padrões de qualidade e prazos, devidamente estabelecidos previamente no edital da licitação e no contrato. Com a utilização desse instituto jurídico, há um estímulo à eficiência e à legitimidade das contratações públicas, ao mesmo tempo em que as desvantagens para a Administração Pública são mínimas. O risco em si da contratação, isto é, de não alcançar determinadas metas e, por isso, não receber determinado “bônus” que teria chance de lograr caso estas fossem atingidas, é do contratado. A Administração, caso a empresa contratada falhe em atingir os objetivos previamente estabelecidos no edital e no contrato, não possui “nada” a perder caso essas metas não sejam atingidas. Afinal a remuneração variável prevista no RDC é um mecanismo de sanção premial, em que se põe em prática a função promocional do direito,⁵⁴ e não um instrumento de punição ou coação das empresas vencedoras. Trata-se de um estímulo ao melhor cumprimento do contrato, e não uma sanção por inexecução contratual.⁵⁵

Em palavras simplórias: a remuneração variável é um plus ao modo de remuneração tradicional, estabelecendo uma relação mutuamente benéfica, na qual tanto a Administração beneficia-se pelo maior compromisso e esforço do contratado em finalizar as obras nos prazos de entrega definidos, atingindo as metas e padrões de qualidades positivos para o interesse público, como o ente privado – contratado –, é beneficiado pelo

2014. p. 46.

⁵⁴ SCHWIND, R. W. Remuneração variável e contratos de eficiência no regime diferenciado de contratações públicas (Lei 12.462/2011). Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini, Curitiba, n. 56, out. 2011. Disponível em: <<http://www.justen.com.br/informativo>>. Acesso em: 15 jun. 2014.

⁵⁵ OLIVEIRA, R.C.R.; FREITAS, R.V. O Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC) e a Administração de Resultados. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 27, agosto/setembro/outubro, 2011. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/redae-27-agosto-2011-rafael-oliveira-freitas.pdf>>. Acesso em: 27 jun. 2014. p. 13.

“bônus”, isto é, remuneração complementar devido ao sucesso em alcançar os objetivos – metas e padrões, definidos previamente no edital de contratação.⁵⁶

É de ressaltar que tais “critérios que influem na remuneração variável do contratado devem ser claros, objetivos e previamente estabelecidos no contrato – e, antes disso, no edital da licitação”,⁵⁷ senão dar-se-ia abertura para o subjetivismo do Administrador e da empresa contratada afirmarem terem atingidos objetivos inexistentes.

Além disso, convém salientar, conforme alertado por Schwind⁵⁸ que: “a Administração não poderá se descuidar da qualidade das prestações contratualmente estabelecidas. Há, de um lado, condições mínimas de qualidade a serem observadas pelo contratado, que devem ser suficientes para o atendimento das finalidades públicas e cujo descumprimento acarretará a imposição de sanções”, de outro, há metas adicionais que, se alcançadas, proporcionarão vantagens ainda maiores à Administração e incrementarão a remuneração do contratado, mas cujo o não atendimento não implicará a imposição de sanções”.

Tais metas e padrões de qualidade devem possuir benefícios concretos e vantajosos ao interesse público, de sorte que ao atingir as metas estabelecidas, o Poder Público logre efeitos econômicos e sociais capazes de beneficiar a população e o erário público, ou seja, dito de outro modo, as metas não podem frívolas e banais, devem possuir benefícios reais e efetivos. Ademais, o valor “premiado” deve ser proporcional ao benefício que será gerado para a administração pública.

É certo que a previsão de metas na execução das atividades que o Estado possui interesse, tal como ocorre na remuneração variável, mostra-se deveras atual. No Direito Administrativo contemporâneo, a busca e obtenção de resultados eficientes ganham merecida posição de destaque, uma vez que no Estado gerencial o rigorismo desnecessário e o legalismo exacerbado entram em segundo plano, enquanto os fins desses procedimentos adentram em primeiro plano.

Além disso, frise-se que o instituto jurídico em tela também se mostra consentâneo com o declínio da coercibilidade, definido por Carlos dos Santos, Maria Eduarda Gonçalves e Maria Manuel Leitão Marques como uma das principais características do Direito Econômico contemporâneo.⁵⁹ Trata-se, conforme visto acima, de um mecanismo

⁵⁶ Dessa forma, mostra-se condizente com a tônica contemporânea das relações entre a Sociedade, Estado e Empresas. Nos dizeres de Guerra: “se uma determinada atividade puder ser cumprida com equivalente nível de eficácia, seja pelo cidadão, seja pelos grupos sociais, e, ainda, pelo Estado, deverá ser reservada àquele que estiver em plano mais próximo do indivíduo” (GUERRA, S. Transformações do Direito Administrativo e a (In)segurança jurídica. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 17, março, abril, maio, 2009. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/rere.asp>>. Acesso em: 30 jun. 2014. p. 10-11).

⁵⁷ SCHWIND, R. W. Remuneração variável e contratos de eficiência no regime diferenciado de contratações públicas (Lei 12.462/2011). Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini, Curitiba, n. 56, out. 2011. Disponível em: <<http://www.justen.com.br/informativo>>. Acesso em: 15 jun. 2014. p. 5.

⁵⁸ SCHWIND, R. W. Remuneração variável e contratos de eficiência no regime diferenciado de contratações públicas (Lei 12.462/2011). Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini, Curitiba, n. 56, out. 2011. Disponível em: <<http://www.justen.com.br/informativo>>. Acesso em: 15 jun. 2014. p. 5.

⁵⁹ MOREIRA, E. B. O Direito Administrativo Contemporâneo e a Intervenção do Estado na Ordem Econômica. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 10, maio/

de sanção premial, em que se põe em prática a função promocional do direito,⁶⁰ e não um instrumento de punição ou uma sanção por inexecução contratual.⁶¹ Dessa forma, há menos constrangimentos e menor nível de repressão, ao mesmo tempo em que há estímulo para o cumprimento de metas e objetivos previamente definidos.⁶²

3.3 A inversão de fases do procedimento licitatório

O procedimento licitatório do Regime Diferenciado de Contratações, como qualquer procedimento, deve obedecer a uma sucessão preordenada de atos, previamente estabelecidos em lei. No caso do RDC, no art. 12 da Lei Federal 12.462, estabeleceu-se a seguinte ordem de fases: I) preparatória; II) publicação do instrumento convocatório; III) apresentação de propostas ou lances; IV) julgamento; V) habilitação; VI) recursal; e VII) encerramento. Nesse regime, a fase de julgamento antecede a de habilitação, ou seja, primeiramente, julga-se a melhor proposta para a administração e, depois, verifica-se os requisitos de idoneidade e capacitação técnica da empresa que busca vencer o certame e ofereceu a melhor proposta. Dessa forma, a Administração não terá a necessidade de examinar os documentos de habilitação de todos os candidatos à licitação, mas sim apenas do licitante vencedor do julgamento de propostas, tornando, assim, todo o procedimento licitatório mais célere e eficaz.⁶³

Em outras palavras, a Lei Federal nº 12.462 estabelece como regra dos procedimentos licitatórios do RDC, a inversão de fases, de forma que as propostas sejam analisadas a priori, e somente após o julgamento das melhores propostas, ocorra a análise dos documentos da habilitação. Essa inversão de fase mostra-se contrária ao que dispõe a Lei nº 8666, de acordo com a qual todos os concorrentes devem ser previamente habilitados, para apenas após essa fase de habilitação, seja possível o julgamento e a escolha da melhor proposta.⁶⁴ Conforme pode ser visto no quadro a seguir (Quadro 1):

junho/julho, 2007. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/redae.asp>>. Acesso em: 2 jul. 2014. p. 7.

⁶⁰ SCHWIND, R. W. Remuneração variável e contratos de eficiência no regime diferenciado de contratações públicas (Lei 12.462/2011). Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini, Curitiba, n. 56, out. 2011. Disponível em: <<http://www.justen.com.br/informativo>>. Acesso em: 15 jun. 2014.

⁶¹ OLIVEIRA, R.C.R.; FREITAS, R.V. O Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC) e a Administração de Resultados. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 27, agosto/setembro/outubro, 2011. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/redae-27-agosto-2011-rafael-oliveira-freitas.pdf>>. Acesso em: 27 jun. 2014. p. 13.

⁶² MOREIRA, E. B. O Direito Administrativo Contemporâneo e a Intervenção do Estado na Ordem Econômica. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 10, maio/junho/julho, 2007. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/redae.asp>>. Acesso em: 2 jul. 2014. p. 7.

⁶³ CARVALHO FILHO, J.S. Manual de direito administrativo. 22. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

⁶⁴ Cabe esclarecer, ainda nesse contexto, a utilização da expressão “inversão de fases”, conforme Motta e Bicalho apontam: “A doutrina e a jurisprudência sempre definiram a ‘inversão de fases’ com fulcro no modelo da Lei 8.666/93, segundo o qual a habilitação dos licitantes vinha antes do julgamento das propostas. Assim, o ‘inverso’ desse modelo seria proceder primeiro ao julgamento, depois à habilitação. Constata-se, todavia, que a Lei do RDC institucionalizou, como procedimento padrão, a habilitação pós-julgamento o art. 12. Tendo-o feito, passa a designar como inversão de fases o modelo tradicional de habilitação prévia ao julgamento [...]. Trata-se, como visto, de uma pequena complicação sem consequências, ficando o leitor avisado que, a partir do dispositivo em exame, a lei emprega a

Fases da licitação (Lei nº 8.666)	Fases da licitação (Lei nº 2.462) (Inversão de fases)
Preparatória	Preparatória
Publicação do instrumento convocatório	Publicação do instrumento convocatório
Habilitação	Apresentação de propostas ou lances
Apresentação de propostas ou lances	Julgamento
Julgamento	Habilitação
Recursal	Recursal
Encerramento	Encerramento

QUADRO 1 – Comparação da ordem das fases das licitações entre a Lei 8.666 e a Lei 12.462.

Essa é uma tendência da legislação atual, não sendo considerada uma novidade no ordenamento jurídico brasileiro, uma vez que já foi incorporada por outros setores normativos, tal como a Lei do Pregão (Lei Federal nº 10.520/02) e a Lei de Parcerias Público-Privadas (Lei Federal nº 11.079/04).

A modificação da ordem de fases da licitação adotada pelo RDC apresenta-se como uma complementação legislativa benéfica para a Administração e, por extensão, para a sociedade, levando em consideração que transferindo a habilitação para um momento pós-julgamento, o procedimento licitatório torna-se mais célere e menos dispendioso, dado que a Administração em vez de analisar os documentos de habilitação de todos os candidatos da licitação, por meio de um procedimento moroso e letárgico, limitar-se-á a investigar os requisitos da habilitação do ofertante vencedor. Ora, “o dispêndio de tempo e recursos para o exame dos requisitos de habilitação de um licitante que, ao final do certame, não apresentará a melhor proposta à Administração Pública vai de encontro às diretrizes emanadas dos princípios da Eficiência (artigo 37 da CRFB) e da Economicidade (artigo 70 da CRFB)”⁶⁵

Além disso, a aplicação da inversão de fases também serve como instrumento de tutela do princípio da moralidade, coibindo diversos arranjos ilícitos, conforme analisa Rezende:⁶⁶ “Mesmo na hipótese de parte dos licitantes atuar em conluio, a inversão de

expressão inversão de fases em sentido contrário ao encontrado habitualmente na legislação, na jurisprudência e nos estudos sobre o tema” (MOTTA, C.P.C; BICALHO, A.P.N. RDC: Contratações para as copas e jogos olímpicos: Lei nº 12.462/2011, Decreto nº 7.581/2011. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 172).

⁶⁵ OLIVEIRA, R.C.R; FREITAS, R.V. O Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC) e a Administração de Resultados. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 27, agosto/setembro/outubro, 2011. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/redae-27-agosto-2011-rafael-oliveira-freitas.pdf>>. Acesso em: 27 jun. 2014. p. 14.

⁶⁶ REZENDE, R. M. O Regime Diferenciado de Contratações Públicas: comentários à Lei nº 12.462, de 2011. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/senado/conleg/textos_discussao/TD100-RenatoRezende.pdf>. Acesso em: 17 jun. 2014. p. 28.

fases apresenta vantagens;” isso ocorre porque, “em licitações sem inversão de fases, ainda que os integrantes do cartel não interponham recursos contra a habilitação uns dos outros, fazem-no em relação aos concorrentes que não participam do conluio, para não correrem o risco de ver sua estratégia falhar, no julgamento das propostas”.

Sobreleva notar, no entanto, que segundo o art. 12, parágrafo único, a Administração Pública, mediante ato motivado e previsão expressa no instrumento convocatório, poderá aplicar a regra disposta na Lei Federal nº 8.666, de sorte que a habilitação ocorra previamente ao julgamento da melhor proposta.⁶⁷

3.4 O sigilo inicial do orçamento

O orçamento sigiloso, previsto no art. 6º da Lei nº 12.462, de 2011, é um ponto deveras controverso na literatura sobre o tema, não apenas na seara jurídica, mas também pela imprensa e pelos economistas. Sendo, inclusive, uma das matérias questionadas pela ADI n. 4.645, a qual afirma que a disposição do referido artigo estaria afrontando o princípio da publicidade.

Mas, afinal, o que seria o orçamento sigiloso ou, mais especificamente, o sigilo inicial do orçamento? Segundo o art. 6º, do diploma do RDC, o orçamento previamente estimado para a contratação será tornado público apenas e imediatamente após o encerramento da licitação, sem prejuízo da divulgação do detalhamento dos quantitativos e das demais informações necessárias para a elaboração das propostas. Se o orçamento não estiver presente no instrumento convocatório, presumir-se-á que este possui o caráter sigiloso, sem, contudo possuir o caráter de obrigatoriedade.⁶⁸ Em outras palavras: o sigiloso inicial do orçamento pode ser compreendido como a postergação da divulgação pública do orçamento previamente estimado para a contratação até o encerramento da licitação, com o escopo de evitar a prática de elevação dos preços e de formação de cartéis. Essas informações não são totalmente sigilosas, posto que são disponibilizadas estrita e permanentemente aos órgãos de controle externo e interno. No entanto, continuando secretas e sigilosas para a sociedade, de modo a dificultar assim o controle prévio (e preventivo)

⁶⁷ Cabe esclarecer que a adoção dessa exceção não pode se tornar regra, a inversão de fases é uma regra, e não uma faculdade, qualquer entendimento contrário afrontaria os objetivos da lei em comento, tornando o certame mais burocrático e moroso, bem como a inversão de fases.

⁶⁸ O Tribunal de Contas da União, em caso relacionado ao RDC, se posicionou afirmando que o sigilo no orçamento-base não é obrigatório, conforme pode ser visto no trecho a seguir destacado: AC 3011/2012 – Plenário (Copa 2014) (...)“75. Concluo, então, que, como o sigilo no orçamento-base não é obrigatório, e pelo dever de motivação de todo ato, se possa recomendar à Infraero que pondere a vantagem, em termos de celeridade, de realizar procedimentos com preço fechado em obras mais complexas, com prazo muito exíguo para conclusão e em que parcela relevante dos serviços a serem executados não possua referência explícita no Sinapi/Sicro, em face da possibilidade de fracasso das licitações decorrente dessa imponderabilidade de aferição de preços materialmente relevantes do empreendimento. 76. Quero deixar claro que entendo ser o RDC um avanço histórico em matéria licitatória. Contratos por desempenho, inversão de fases, fase recursal única, disputa aberta, pré-qualificação permanente, sustentabilidade... Incluiu-se um arsenal de mecanismos para melhor dotar os gestores de instrumentos para contratações que mais atendam o interesse público”.

dos atos da Administração Pública pelos cidadãos.

Trata-se de uma mudança em que, em princípio, as empresas licitantes desconhecendo o valor máximo admitido pela Administração Pública, acabam abaixando o valor de sua proposta, ante a ameaça de vê-la desclassificada, resultando, dessa forma, em maiores descontos à Administração Pública em relação a valores que constam do orçamento público.

Essa forma de divulgação orçamentária é reconhecida pelo Tribunal de Contas da União, conforme analisa Cardoso:⁶⁹ “[...] o TCU reconhece a possibilidade de que não seja dada ampla publicidade ao orçamento estimado, nas hipóteses em que isso prejudique a atividade-fim da PETROBRAS e causa empecilhos à sua atividade negocial”. Sob o argumento de que “o prejuízo à atividade negocial que derivaria da divulgação prévia do orçamento estimado corresponde justamente aos efeitos que se pretende evitar quando se defende a não divulgação de informações a respeito do preço estimado do objeto licitado”.

Além disso, é recomendada pela Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), contida no Guidelines for fighting bid rigging in public procurement (Diretrizes para combater o conluio entre concorrentes em contratações públicas): “Use um preço máximo somente quando ele for baseado em minuciosa pesquisa de mercado e os funcionários estejam convencidos de que ele é muito competitivo. Não publique o preço, mas o mantenha confidencial, em arquivo, ou o deposite junto a outra autoridade pública”.

Pois bem, daí o questionamento: se o sigilo inicial de orçamento é recomendado tanto nacional quanto internacionalmente, qual é a polêmica que envolve esse tema? Há, fundamentalmente, três pontos mais debatidos: a) contradição com as normas da Lei Nacional de Licitações; b) violação dos direitos fundamentais reconhecidos em assesto constitucional pela Constituição Federal de 1988, notadamente o direito do acesso à informação; c) abertura para a violação do princípio da moralidade e do princípio da publicidade.

A primeira polêmica refere-se à contradição do art. 6º, da Lei do RDC, com os dispositivos referentes a mesma matéria na Lei Federal nº 8.666. Por meio de uma análise comparatória, verifica-se a contradição com o art. 3º, §3º, da Lei Federal nº 8.666, segundo o qual a licitação não deverá ser sigilosa, sendo públicos e acessíveis ao público os atos de seu procedimento, salvo quanto ao conteúdo das propostas, até a respectiva abertura; bem como, com art. 44. §1º, do referido diploma, o qual veda a utilização de qualquer elemento, critério ou fator sigiloso, secreto, subjetivo ou reservado que possa ainda que indiretamente elidir o princípio da igualdade entre os licitantes. Nesse contexto, volta-se a discussão, conforme visto anteriormente, levando-se em considera-

⁶⁹ CARDOSO, A.G. O Regime Diferenciado de Contratações Públicas: A questão da Publicidade do orçamento estimado. Disponível em: <http://www.justen.com.br/pdfs/IE58/Andre_RDC.pdf>. Acesso em: 29 jun. 2014. p. 90.

ção a expansão do Regime Diferenciado de Contratações, o qual, a princípio, era um conjunto de normas transitórias e casuísticas que acabou sendo estendido, de forma perene, a outros setores da Administração Pública, se seria possível que esse regime diferenciado pode regulamentar de forma contrária determinados pontos já dispostos na norma geral das licitações, qual seja, a Lei Nacional das Licitações.

Quanto ao segundo ponto em relevo, torna-se imperioso, inicialmente, relembrar os direitos fundamentais e princípios constitucionais da Administração Pública, os quais estão no raio de incidência dessa temática. Primeiro, quanto aos direitos fundamentais, vislumbra-se o art. 5º, XIV, cujo conteúdo assegura o acesso à informação, bem como, ainda no sobredito artigo, XXXIII, de acordo com o qual é direito de todos receberem dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado. Segundo, no que alude aos princípios constitucionais da Administração Pública, não se deve olvidar o art. 37, da Constituição Federal, segundo o qual toda a administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios deve obedecer aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

A partir dessas menções, indaga-se: ao possibilitar o sigilo do orçamento, mesmo que temporário, estar-se-ia violando o direito de acesso à informação e ao princípio da publicidade (o qual é um dever da Administração) ou essa mitigação da publicidade do orçamento seria justificável pela diminuição de custos que o erário público poderá lograr?

A resposta para esse questionamento, já se levando em conta o terceiro ponto polêmico – a abertura para a violação do princípio da moralidade e do princípio da publicidade – é negativa, devido a três razões, quais sejam: o descabimento do sigilo dessa informação no contexto do Estado Democrático de Direito, principalmente, do Direito Administrativo contemporâneo, segundo o qual se deve buscar um Estado democrático e transparente; a eficácia duvidosa do sigilo, com o risco de ter o efeito oposto, assim aumentando o preço das propostas; e, a impossibilidade de impedir a formação de um cartel, por meio dessa alteração da Lei do RDC.

Em primeiro lugar, a argumentação do Poder Executivo repousa na necessidade do sigilo do orçamento, sob o fundamento de que se está a evitar a formação de um cartel, o que é uma falácia. Conforme alerta Rezende,⁷⁰ a formação ou não de um cartel independe da divulgação dos orçamentos prévios elaborados pela Administração; é evidente que “com ou sem orçamento, cartéis poderão se formar. O que pode variar é o êxito dessa

⁷⁰ REZENDE, R.M. O Regime Diferenciado de Contratações Públicas: comentários à Lei nº 12.462, de 2011. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/senado/conleg/textos_discussao/TD100-RenatoRezende.pdf>. Acesso em: 17 jun. 2014. p. 40.

estratégia”.⁷¹

Em segundo lugar, convém salientar a necessidade de uma visão holística da Administração Pública atual, a partir da qual se perceberá que essa alteração não pode ser “transportada” para o ordenamento jurídico pátrio sem as devidas contextualizações e alterações às idiossincrasias brasileiras, entre elas, vale destacar: a corrupção de agentes públicos. O sigilo inicial do orçamento poderia funcionar como instrumento eficaz de combate à formação de cartel e de aumento de competitividade das empresas apenas em nações utópicas em que não haja a corrupção dos agentes públicos, todavia, no mundo atual, não há nenhum país capaz de fazer essa afirmação, principalmente o Brasil, que está ainda caminhando no sentido da transparência e da abertura das informações para o controle prévio dos cidadãos.

Por fim, seguindo essa linha, em terceiro lugar, cabe ressaltar a importância do princípio da moralidade, garantia fundamental do Direito Administrativo contemporâneo de clara relevância para essa discussão, levantando-se, basicamente, duas questões:⁷² (a) cultural, refere-se à dificuldade em se criar cenários de real moralidade, probidade e boa conduta na Administração Pública brasileira; (b) organizacional, referente às próprias dificuldades que a Administração “teria ao se deparar com possíveis propostas que ultrapassem, em percentual muito pequeno, o orçamento mantido em sigilo, especialmente diante dos inovadores quesitos de qualidade e desempenho que o RDC traz como pontuáveis e impactantes no preço”.

Afinal, conforme visto na seção anterior, o princípio da moralidade, que rege a Administração Pública, positivado no art. 37 da Constituição Federal, fixa o dever de respeitar e promover os padrões éticos em suas decisões (dever de probidade), com o escopo de garantir uma boa administração, que busca alcançar os seus fins pelos devidos meios.⁷³ Para tanto, é necessário buscar a transparência, visando dissipar o mistério que envolve a administração, e não o caminho contrário.

4 Experiência da utilização do RDC: casos concretos da Infraero

Posto o pano de fundo teórico, mostra-se oportuno, nessa derradeira seção, analisar

⁷¹ “Os cartéis costumam dividir o mercado de obras públicas mediante combinação dos preços das propostas apresentadas pelos seus integrantes. Escolhe-se previamente que licitante vencerá cada certame. Todos os demais participantes do conluio oferecem propostas em valor superior, de modo a possibilitar a sua vitória. Com isso, e tendo acesso ao orçamento previamente divulgado, o integrante do cartel ao qual foi atribuído o objeto da contratação pode oferecer uma proposta de preço mais próxima do valor máximo admitido pela Administração, mas que não o ultrapasse, evitando sua desclassificação” (REZENDE, R.M. O Regime Diferenciado de Contratações Públicas: comentários à Lei nº 12.462, de 2011. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/senado/conleg/textos_discussao/TD100-RenatoRezende.pdf>. Acesso em: 17 jun. 2014, p. 40).

⁷² SANTOS, L.W.M.A; COSTA, L.S.M. O RDC e outras mudanças recentes em licitações, contratos e convênios Impactos na auditoria de obras públicas. In: XIV Simpósio Nacional de Auditoria de Obras Públicas (Sinaop), Cuiabá, 7 a 11 de novembro de 2011. p. 2.

⁷³ GARCIA, E. A Moralidade Administrativa e sua densificação. Revista da EMERJ, v. 6, n. 21, 2003.

a experiência da utilização do RDC nas obras contratadas com esse regime, verificando se este cumpriu sua função ou não, tirando conclusões a partir dessa investigação.

Para tanto, utilizou-se como foco os empreendimentos dos aeroportos previstos no conjunto da Matriz de Responsabilidade, uma vez que as aplicações do RDC se concentraram na contratação da execução de obras aeroportuárias da Infraero. Essa abordagem efetuou-se por meio da análise comparatória de dois substratos: as vantagens obtidas pela Administração (por meio da análise da porcentagem do deságio obtido) e a celeridade das execuções (isto é, se as obras ficaram prontas tempestivamente para serem usufruídas na Copa do Mundo 2014). Optou-se por esses dois critérios, tendo em vista que grande parcela da argumentação do Governo Federal em favor do RDC baseia-se nesses dois pontos principais.

Como amostra dessa investigação, extraíram-se os casos concretos apresentados pela Infraero como “experiência” da aplicação do RDC. À primeira vista, pode-se entender que esses dados estariam nitidamente tendenciosos, uma vez que a Infraero, empresa pública federal brasileira de administração indireta, teria interesse em mostrar o sucesso do Regime Diferenciado de Contratações, e não o seu fracasso. Contudo, conforme será observado nos resultados obtidos, não foi isso que ocorreu.

Pois bem, no que se refere ao primeiro substrato, advém o questionamento: com a aplicação do RDC, modalidade de licitação que teve objetivo explícito em tornar as contratações do Poder Público mais eficientes, eficazes, céleres e transparentes, a Administração Pública obteve benefícios reais e efetivos?

Para responder a esse questionamento, utilizou-se como amostra seis casos concretos de contratação da execução de obras aeroportuárias nos quais foram aplicados o RDC com sucesso.⁷⁴ Tais casos foram apresentados pelo presidente do Tribunal de Contas da União, ministro Benjamin Zymler, em palestra sobre o Regime Diferenciado de Contratação (RDC), promovida pelo Tribunal de Contas do Estado da Paraíba, como exemplos da experiência da Infraero (Quadro 2).

Experiência da Infraero – Porcentagem do deságio obtido		
Objeto da contratação:	Valor da proposta vencedora (R\$)	Percentual de Deságio
Aeroporto de Salvador: obras de construção da nova torre de controle e edificações do Destacamento de Controle do Espaço Aéreo (DTCEA);	14,7 milhões	2,6%
Aeroporto do Galeão: obras de reforma e modernização do terminal de passageiros nº 1;	153 milhões	0,3%

⁷⁴ Sucesso, no caso vertente, refere-se ao sucesso do processo licitatório, e não ao sucesso da aplicação do Regime Diferenciado de Contratações (RDC).

Aeroporto do Galeão: aquisição do novo sistema de transporte e manuseio de bagagens do Terminal 2;	59,5 milhões	50,6%
Aeroporto de Fortaleza: obras de reforma, ampliação e modernização do terminal de passageiros;	336,6 milhões	2,7%
Aeroporto de Manaus: prestação de serviços de apoio à fiscalização da execução das obras e serviços de engenharia de reforma e ampliação do terminal de passageiros;	6,82 milhões	14,4%
Aeroporto de Confins (MG): serviços técnicos especializados de engenharia para gerenciamento, assessoramento e apoio técnico à fiscalização do projeto executivo e das obras de reforma, ampliação e modernização da área do terminal de passageiros.	8 milhões	19,8%
Valor Total	578,6 milhões	15% ⁷⁵

QUADRO 2 – Experiência da Infraero – Porcentagem do deságio obtido.

Vislumbra-se, diante do que foi observado, que não se verifica amplas diferenças entre os resultados dos deságios obtidos pelas licitações que utilizaram o RDC e as realizadas com fulcro na Lei Federal nº 8.666/1993 (Lei Nacional de Licitações). Enquanto, a média de deságio das licitações realizadas mediante pregão eletrônico, instituto jurídico que influenciou as inovações do RDC, é de 21%; o RDC ficou abaixo desse valor, com apenas 15%.

Sobreleva notar, no entanto, que estes são apenas resultados preliminares em relação à eficácia do RDC. Dessa forma, não sendo de bom alvitre generalizar esta ineficácia vista nos seis casos concretos apontados acima, para todas as possíveis obras que utilizarem o referido regime. Principalmente, devido a duas razões apontadas em Benjamin Zymler, adiante comentadas. Primeiro essa comparação pode ser considerada precoce, uma vez que, até o momento, pode ser vista grande diversidade no que atine à natureza dos objetos contratados em cada um dos regimes. Segundo, o deságio não deve ser considerado isoladamente, sem analisar a qualidade do orçamento efetuado pela administração, visto que este pode ter sido exagerado, isto é, inflacionado, proporcionando “deságios significativos sem que haja maiores vantagens para a contratante”; ou, deveras preciso, de forma a apresentar “deságios insignificantes e representar uma contratação bastante econômica”.⁷⁶

Finda essa análise, tem-se o segundo substrato, a partir do qual advém o segundo questionamento: o RDC proporcionou a celeridade desejada para as execuções das obras e serviços de engenharia da Matriz de Responsabilidade da Copa do Mundo 2014, isto é, os objetos licitados foram executados tempestivamente para serem usufruídos na Copa

⁷⁵ Valor calculado em relação ao total orçado pela administração.

⁷⁶ Palestra sobre o “Regime Diferenciado de Contratação (RDC)” proferida pelo Ministro Benjamin Zymler, no Tribunal de Contas do Estado da Paraíba em 16 de julho de 2012.

do Mundo 2014?

Para responder tal questionamento, utilizou-se como amostra 15 casos concretos de contratação da execução de obras aeroportuárias nos quais foram aplicados o RDC, expostos pela Diretoria de Administração (DA) e Superintendência de Licitações e Compras (DALC), na 8ª Câmara Temática de Transparência da Copa 2014, como exemplos de processos licitatórios em que a Infraero adotou o Regime Diferenciado de Contratações. Tais informações foram, em seguida, cruzadas com outros dados, fornecidos pelo Portal Copa Transparente,⁷⁷ mantido pelo Senado Federal e a Câmara dos Deputados, e o Portal da Transparência, mais especialmente, no sítio específico elaborado para os megaeventos, denominado “Copa 2014 – Transparência em 1º lugar”,⁷⁸ de iniciativa do Governo Federal, mantido pelo Controladoria-Geral da União (CGU)⁷⁹ (Quadro 3).

Casos Concretos da experiência da Infraero – RDC Presencial (Atualização dos dados até o dia 31.05.2014)			
Objeto da contratação:	Valor da Contratação (R\$)	Situação (Execução financeira – R\$):	Execução Física ⁸⁰
001/DALC/SBSV/2011 – Execução obras/serviços de construção da Torre de Controle e Edificações destinadas ao DTCEA – Destacamento de Controle do Espaço Aéreo do Aeroporto Internacional de Salvador – Deputado Luís Eduardo Magalhães – Salvador/BA.	14.677.895,15	Em andamento Executado: 14.279.704,16	97%

⁷⁷ O Portal Copa Transparente é uma ferramenta que busca permitir aos cidadãos e aos órgãos técnicos de controle (CMA, TCU e TCEs) o acesso a informações confiáveis, fidedignas e tempestivas, facilitando, tanto quanto possível, o exercício da fiscalização. Esse Portal está disponível no seguinte endereço eletrônico: <<http://www.copatransparente.gov.br/homecopa>>.

⁷⁸ O portal “Copa 2014 – Transparência em 1º lugar” é uma iniciativa do Governo Federal que tem o objetivo de dar transparência às ações e despesas do Poder Executivo Federal relativas aos jogos da Copa do Mundo de Futebol de 2014, seja na forma de gastos diretos ou de transferências aos estados e municípios envolvidos com o evento. O Portal está disponível no seguinte endereço eletrônico: <<http://www.portaltransparencia.gov.br/copa2014/>>.

⁷⁹ Por fim, foi solicitado, por meio do Sistema Eletrônico de Informação ao Cidadão, no pedido protocolado sob o nº 99927.000145/2014-30, tendo como Órgão Superior Destinatário a INFRAERO – Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária, as informações mais completas quantas a essas obras, como, por exemplo, a Execução Física, o Andamento Geral das Obras e a Execução Financeira das mencionadas obras aeroportuárias. Dentro de doze dias, a solicitação obteve resposta. A Equipe de Serviço de Informação ao Cidadão, da Infraero, informou que três das obras arroladas no pedido (no qual foram citadas todas as obras expostas pela DA e DALC como exemplos da experiência do RDC), mais especificamente as seguintes: 001/DALC/SBFL/2012; 004/DALC/SBRF/2012; 001/ADSU/SBFL/2012), não eram de cidades-sede da Copa e, por isso, não eram empreendimentos-Copa. Contudo, deixaram de responder outros pedidos na inicial, uma vez que não se logrou êxito na obtenção das informações solicitadas no pedido inicial, isto é, não foram informadas a situação geral das obras aeroportuárias, mesmo que os responsáveis pela resposta tenham informado que “verificaram” e “constataram” tais dados. Em razão da insuficiência de tal resposta, impetrou-se recurso, o qual teve resposta após quatro dias. Nele, novamente não foram fornecidas as informações desejadas na inicial.

⁸⁰ A porcentagem de execução física refere-se ao empreendimento do qual a licitação faz parte e, não necessariamente, o nível de execução do contrato em si.

Casos Concretos da experiência da Infraero – RDC Presencial (Atualização dos dados até o dia 31.05.2014)			
002/DALC/SBGL/2011 – Fornecimento e instalação do sistema de transporte e manuseio de bagagens (STMB) do Terminal nº 2 do Aeroporto Internacional do Rio de Janeiro/Galeão – Antônio Carlos Jobim, incluindo operação e manutenção do sistema.	59.500.000,00	Em andamento Executado: 23.958.744,49	81%
003/DALC/SBGL/2011 – Execução de obras de reforma e modernização do Terminal de Passageiros nº 1 do Aeroporto Internacional do Rio de Janeiro/ Galeão – Antônio Carlos Jobim.	154.150.588,12	Em andamento Executado: 64.025.051,33	53%
004/DALC/SBFZ/2011 – Projeto executivo e da execução das obras e serviços de engenharia para reforma, ampliação e modernização do Terminal de Passageiros/TPS, adequação do sistema viário de acesso e ampliação do pátio de aeronaves do Aeroporto Internacional Pinto Martins, Fortaleza/ Ceará – SBFZ.	336.772.462,75	Em andamento Executado: 46.809.375,04	16%
001/ADSE/SBCF/2011 – Serviços técnicos especializados de engenharia para gerenciamento, assessoramento e apoio técnico à fiscalização do projeto executivo e das obras de reforma, ampliação e modernização da área do Terminal de Passageiros (TPS) e construção da Central de Utilidades (CUT) do Aeroporto Internacional Tancredo Neves, em Confins – Minas Gerais.	8.009.238,42	Em andamento Executado: 6.692.339,47	50%
001/ADNR/SBEG/2011 – Prestação de serviços de Apoio à Fiscalização da execução das obras e serviços de engenharia de reforma e ampliação do Terminal de Passageiros I do Aeroporto Internacional Eduardo Gomes, em Manaus/AM.	6.825.000,00	Em andamento Executado: 6.362.392,87	89%
001/ADRJ/SBGL/2012 – Contratação para fornecimento e instalação da complementação do sistema de ar condicionado, automação e exaustão do Terminal de Passageiros 2 do Aeroporto Internacional do Rio de Janeiro/Galeão – Antônio Carlos Jobim – RJ.	15.273.782,89	Execução Completa 15.273.782,89	81%

(Continua)

Casos Concretos da experiência da Infraero – RDC Presencial (Atualização dos dados até o dia 31.05.2014)			
002/DALC/SBCY/2012 – Apoio ao gerenciamento, assessoramento e fiscalização de projetos executivos e das obras para: reforma e ampliação do terminal de passageiros, estacionamento do tps, vias de acesso, central de utilidades, construção do edifício administrativo e estacionamento, kf, cag, área de apoio a equipamentos de rampa e nova ETE do Aeroporto Internacional Marechal Rondon, em Várzea Grande/MT.	3.999.019,01	Em andamento Executado: 3.813.433,94	70%
007/DALC/SBFZ/2012 – contratação de empresa para fornecimento e instalação de pontes de embarque, para as obras de reforma e ampliação do terminal de passageiros do Aeroporto Internacional Pinto Martins, em Fortaleza–CE.	12.000.000,00	Em andamento Executado: 3.289.412,70	16%
003/DALC/SBFZ/2012 – Assessoramento e apoio técnico à fiscalização dos projetos de engenharia na etapa de projeto executivo e das obras e serviços de engenharia para a reforma, ampliação e modernização do TPS, adequação do sistema viário de acesso, ampliação do pátio de aeronaves, construção do centro de manutenção, 27/04/12 construção da subestação de 69kv, fornecimento e instalação dos equipamentos eletromecânicos e pontes de embarque do Aeroporto Internacional Pinto Martins, Fortaleza/Ceará – SBFZ.	19.515.120,83	Em andamento Executado: 4.254.239,20	16%
006/DALC/SBSV/2012 – Contratação de empresa para execução das obras/serviços de engenharia referentes ao LOTE 08 – estacionamento de aeronaves, do Aeroporto Internacional de Salvador, Deputado Luis Eduardo Magalhães/ SBSV.	16.196.132,00	Execução Completa 16.196.132,00	100%

QUADRO 3 – Casos Concretos da experiência da Infraero/RDC Presencial.

Em que pese o Governo Federal afirmar que o RDC garante a realização de obras de forma rápida e eficiente e, consecutivamente, a sua devida entrega “rápida” ao público, pela análise dos dados expostos da experiência da Infraero, pode-se observar que isso não ocorreu nos casos concretos em comento.

A maioria da execução financeira das obras aeroportuárias analisadas não foram finalizadas a tempo para a Copa do Mundo 2014. Por um lado, algumas ficaram perto de sua conclusão, de forma que foi possível suas respectivas inaugurações, mesmo sem a execução total da obra, isto é, inaugurou-se uma obra com escopo reduzido para a Copa. Por outro, algumas obras não chegaram nem a completar 25% de sua realização,

(Conclusão)

ou seja, no momento que devia estar pronta, nem um quarto da execução financeira da obra estava finalizada financeiramente. Apenas um empreendimento teve sua execução física completa para a Copa; outros quatro ficaram na zona de possível inauguração sem execução total das obras e serviços, isto é, entre 80% a 99% de execução; e, por fim, seis empreendimentos tiveram níveis baixos de execução, estando abaixo de 60%, alguns com até mesmo ínfimos 16% de execução.

A questão é que o maior benefício da aplicação do RDC é a agilidade do processo licitatório, quanto a isso não há dúvida. No entanto, o período “economizado” acaba sendo utilizado, no momento da execução das obras ou serviços de engenharia, pelos contratados, devido a erros, inadequações ou atrasos, que acabam não resultando em uma entrega mais rápida das obras do RDC. Conforme pode ser visto pela análise dos dados anteriormente, mais da metade das obras aeroportuárias que fizeram parte deste estudo de caso não chegaram a níveis suficientes nem para uma inauguração pública satisfatória, ocorrendo tão somente inaugurações às avessas, escondendo os canteiros de obras em relação ao público e aos cidadãos.

5 Considerações finais

Por todo exposto, confirmou-se a hipótese de que as normas do Regime Diferenciado de Contratações públicas devem constituir-se em conformidade com o novo paradigma do Direito Administrativo, o Direito Administrativo contemporâneo, para que, assim, as obras dos megaeventos os quais o referido regime se propõe a acelerar, possuam um melhor controle e governança dos órgãos responsáveis, a fim de realizar e preparar os mencionados eventos desportivos de forma idônea e de acordo com os princípios que regem a Administração Pública.

Observou-se que o RDC mostra-se como ponto de partida para uma discussão mais ampla sobre o modo de contratação desejado pela Administração Pública brasileira e, conseqüentemente, a regulamentação infraconstitucional das licitações. Além disso, percebeu-se que variados elementos inovadores do referido regime ainda estão imaturos para chegar a conclusões mais ambiciosas.

No entanto, pode-se perceber a nítida discussão dos princípios informadores do direito administrativo, notadamente os pontos em destaque do Direito Administrativo contemporâneo, nos novos elementos adotados pelo regime aqui em destaque. O RDC não se limita a repetir os princípios tradicionais que regem as licitação, quais sejam, o princípio da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo, mas os fortalece e os potencializa, com a apresentação de dois novos princípios: o princípio da economicidade e o princípio do desenvolvimento nacional sustentável.

Outro exemplo discutido nesta pesquisa é a questão da remuneração variável, a qual adota a previsão de metas na execução das atividades que o Estado possui interesse. Dessa forma, mostrando-se atual, uma vez que, no Direito Administrativo contemporâneo, a busca e obtenção de resultados eficientes ganhou merecida posição de destaque, dado que no Estado gerencial o rigorismo desnecessário e o legalismo exacerbado entram em segundo plano, enquanto, os fins desses procedimentos adentram em primeiro plano.

Sem embargo, também se pode constatar a hipótese desta pesquisa nas discussões referentes ao: (i) sigilo inicial do orçamento, que busca o princípio da eficiência, mas acaba envolvendo-se em uma violação do princípio da moralidade e do princípio da publicidade; (ii) contratação integrada, a qual resulta em uma maior rapidez na execução dos serviços e obras de engenharia, no entanto, abrindo azo para que essa celeridade e eficiência seja alcançada em preterição a princípios basilares da licitação, quais sejam, a isonomia, a moralidade, a impessoalidade e o do julgamento objetivo; (iii) inversão de fases, de acordo com qual a Administração não terá mais a necessidade de examinar os documentos de habilitação de todos os candidatos à licitação, mas sim apenas do licitante vencedor do julgamento de propostas, tornando, assim, todo o procedimento licitatório mais célere e eficaz. Dessa forma, adotando-se o princípio da eficiência, sem, contudo, olvidar a competitividade necessária para as licitações.

Por derradeiro, investigou-se a eficácia da aplicação do RDC nas obras e serviços de engenharia do megaevento, utilizando como foco os empreendimentos dos aeroportos previstos no conjunto da Matriz de Responsabilidade, uma vez que as aplicações do RDC se concentraram na contratação da execução de obras aeroportuárias da Infraero. Tal abordagem buscou responder dois questionamentos: (1) Com a aplicação do RDC, modalidade de licitação que teve objetivo explícito em tornar as contratações do Poder Público mais eficientes, eficazes, céleres e transparentes, a Administração Pública obteve benefícios reais e efetivos? (2) O RDC proporcionou a celeridade desejada para as execuções das obras e serviços de engenharia da Matriz de Responsabilidade da Copa do Mundo 2014, isto é, os objetos licitados foram executados tempestivamente para serem usufruídos na Copa do Mundo 2014?

As respostas para as duas questões foram negativas. Notando-se que ambas mantiveram-se nos patamares das outras modalidades de licitações adotadas pelo Brasil, tal como o Pregão, por exemplo. Convém salientar, contudo, que foram apresentados apenas resultados preliminares em relação à eficácia do RDC, de sorte que generalizar a ineficácia vista nos casos concretos analisados nesta pesquisa para todas as possíveis obras que utilizarem o referido regime, seria uma falácia, já que esse sistema evolui a cada vez que é utilizado, julgado, enfim, é um regime novo, que se mostra como ponto de partida para as novas discussões atinentes ao sistema de licitações brasileiro, apresentando grandes avanços.

The application of the differential public procurement regime in mega-events in contemporary Administrative Law

Abstract: This article aims to address the Differential Public Procurement Regime application (RDC) in mega-events leading to the adequacy of contemporary administrative law in Brazil, according to: transparency and morality legal principles, according to 1988's Federal Constitution. In that way, using literature research and hypothetical-deductive method, it attempted to verify this hypothesis by investigating the innovative aspects of the RDC, analyzing some fundamental points due to evaluate the RDC model efficiency.

Keywords: Differential Public Procurement Regime. Contemporary Administrative Law. Governance. Transparency. Mega events.

Referências

- ALVES, Davi Costa Feitosa. Supremacia do interesse público: proporcionalidade dos valores constitucionais. *Revista Direito e Liberdade*, Natal, v. 16, n. 2, p. 11-43, maio/ago. 2014. Quadrimestral.
- BAETA, A. P. Boas Práticas em RDC: Regime Diferenciado de Contratações Públicas. V Fórum de Controle. nov. 2013. Disponível em: <<http://ead.tce.to.gov.br/rdc/images/stories/material/RDCtocantins.ppt>>. Acesso em: 4 jul. 2014.
- BRESSER-PEREIRA, L.C. Da Administração Pública Burocrática à Gerencial. *Revista do Serviço Público*, ENAP, v. 120, n.1, jan./abr. 1996.
- _____. O novo desenvolvimentismo e a ortodoxia convencional. *São Paulo em Perspectiva*, São Paulo, Fundação Seade, v. 20, n. 3, p. 5-24, jul./set. 2006. Disponível em: <<http://www.seade.gov.br>>.
- _____. Reforma do Estado nos anos 90: lógica e mecanismos de controle. Brasília: MARE, Cadernos MARE, n. 1, 1997. Disponível em: <http://www.planejamento.gov.br/secretarias/upload/Arquivos/publicacao/seges/PUB_Seges_Mare_caderno01.pdf>. Acesso em: 29 jun. 2014.
- CARDOSO, A.G. O Regime Diferenciado de Contratações Públicas: A questão da Publicidade do orçamento estimado. Disponível em: <http://www.justen.com.br/pdfs/IE58/Andre_RDC.pdf>. Acesso em: 29 jun. 2014.
- CARVALHO, G. A nova Administração Pública e o direito administrativo. *Fórum Administrativo – FA*, Belo Horizonte, ano 14, n. 158, p. 37-48, abr. 2014.
- CARVALHO FILHO, J.S. *Manual de direito administrativo*. 22. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- DAL POZZO, A. G. Panorama geral dos regimes de execução previstos no Regime Diferenciado de Contratações: a contratação integrada e seus reflexos. In CAMMAROSANO, Márcio; DAL POZZO, Augusto Neves; VALIM, Rafael (Coord.). *Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC (Lei nº 12.462/11; Decreto nº 7.581/11): aspectos fundamentais*. 2 ed. rev., ampl. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2012.
- _____. *Direito Administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014.
- FOLHA DE SÃO PAULO. A 30 dias da Copa, metade das metas não foi cumprida. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/poder/165644-a-30-dias-da-copa-metade-das-metas-nao-foi-cumprida.shtml>>. Acesso em: 16 jun. 2014.
- GARCIA, E. A Moralidade Administrativa e sua densificação. *Revista da EMERJ*, v. 6, n. 21, 2003.
- GUERRA, S. Transformações do Direito Administrativo e a (In)segurança jurídica. *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 17, março, abril, maio, 2009. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/rere.asp>>. Acesso em: 30 jun. 2014.

HEINEN, J. A contratação integrada no Regime Diferenciado de Contratações: Lei nº 12.462/11. Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP, Belo Horizonte, ano 13, n. 145, p. 37-45, jan. 2014.

JUSTEN FILHO, M. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 14. ed. São Paulo: Dialética, 2010.

MEDAUAR, O. O direito administrativo em evolução. 2. ed. São Paulo. RT, 2003.

_____. Direito Administrativo Moderno. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MIRAGEM, B. A nova administração pública e o direito administrativo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MOREIRA NETO, D. F. Mutações do direito público. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

MOREIRA, E. B. O Direito Administrativo Contemporâneo e a Intervenção do Estado na Ordem Econômica. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 10, maio/junho/julho, 2007. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/redae.asp>>. Acesso em: 2 jul. 2014.

MOTTA, C.P.C. Eficácia nas licitações e contratos: legislação, doutrina e jurisprudência atualizadas. 12. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

_____; BICALHO, A.P.N. RDC: Contratações para as copas e jogos olímpicos: Lei nº 12.462/2011, Decreto nº 7.581/2011. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

OLIVEIRA, R.C.R.; FREITAS, R.V. O Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC) e a Administração de Resultados. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 27, agosto/setembro/outubro, 2011. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/redae-27-agosto-2011-rafael-oliveira-freitas.pdf>>. Acesso em: 27 jun. 2014.

PEIXOTO, A.C.T. Funcionalização v. Comunitarismo: Análise da Proteção aos Direitos Existenciais. R. Dir. Proc. Geral, Rio de Janeiro, p. 30-40, v. 63, 2008.

REZENDE, R. M. O Regime Diferenciado de Contratações Públicas: comentários à Lei nº 12.462, de 2011. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/senado/conleg/textos_discussao/TD100-RenatoRezende.pdf>. Acesso em: 17 jun. 2014.

ROCHE, Maurice. Mega-events and modernity: Olympics and expos in the growth of global culture. New York: Routledge, 2000.

SANTOS, Luiz Elias Miranda dos. Discricionariedade x vinculação: licenças de produção de energia. Revista Direito e Liberdade, Natal, v. 16, n. 2, p. 73-102, maio/ago. 2014. Quadrimestral.

SANTOS, L.W.M.; COSTA, L.S.M. (2011). O RDC e outras mudanças recentes em licitações, contratos e convênios Impactos na auditoria de obras públicas. In: XIV Simpósio Nacional de Auditoria de Obras Públicas (Sinaop), Cuiabá, 7 a 11 de novembro de 2011.

SCHWIND, R. W. Remuneração variável e contratos de eficiência no regime diferenciado de contratações públicas (Lei 12.462/2011). Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini, Curitiba, n. 56, out. 2011. Disponível em: <<http://www.justen.com.br/informativo>>. Acesso em: 15 jun. 2014.

SILVA, L.M.; GUIMARAES, P. B. V. Desenvolvimento pós-social: o Direito e desenvolvimento sob a perspectiva pós-positivista. Revista do Instituto do Direito Brasileiro, v. 3, p. 5313-5344, 2014.

SINAENCO. Panorama das obras da Copa de 2014. Maio de 2014. Disponível em: <<http://sinaenco.com.br/downloads/tabelas%20RDC.pdf>>. Acesso em: 30 jul. 2014.

TÁCITO, C. Moralidade administrativa. Revista de Direito Administrativo. n. 242. Rio de Janeiro: Renovar, out.-dez. 2005.

Artigo produzido em jun./jul. de 2014, em Natal, Rio Grande do Norte, Brasil.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

SILVA, Lucas do Monte; GUIMARÃES, Patrícia Borba Vilar. A aplicação do regime diferenciado de contratações (RDC) aos megaeventos no Direito Administrativo contemporâneo. A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional, Belo Horizonte, ano 15, n. 60, p. 243-277, abr./jun. 2015.

Recebido em: 11.08.2014
Aprovado em: 15.12.2014

