



**RAFAELA APARECIDA FONSECA**

**O REGIME DIFERENCIADO DE CONTRATAÇÃO E  
A GOVERNANÇA PÚBLICA NO BRASIL**

**LAVRAS – MG**

**2013**

**RAFAELA APARECIDA FONSECA**

**O REGIME DIFERENCIADO DE CONTRATAÇÃO E A GOVERNANÇA  
PÚBLICA NO BRASIL**

Dissertação apresentada à Universidade Federal de Lavras, como parte das exigências do Programa de Pós-Graduação em Administração Pública, área de concentração em Gestão de Organizações Estatais, para obtenção do título de Mestre.

Orientador

Prof. Dr. José Roberto Pereira

**LAVRAS - MG  
2013**

**Ficha Catalográfica Elaborada pela Coordenadoria de Produtos e  
Serviços da Biblioteca Universitária da UFLA**

Fonseca, Rafaela Aparecida.

O regime diferenciado de contratação e a governança pública no  
Brasil / Rafaela Aparecida Fonseca. – Lavras : UFLA, 2013.

110 p. : il.

Dissertação (mestrado) – Universidade Federal de Lavras, 2013.

Orientador: José Roberto Pereira.

Bibliografia.

1. Sustentabilidade ambiental. 2. *Accountability* democrática. 3.  
Contrato administrativo. 4. Função social. I. Universidade Federal  
de Lavras. II. Título.

CDD – 352.53

**RAFAELA APARECIDA FONSECA**

**O REGIME DIFERENCIADO DE CONTRATAÇÃO E A GOVERNANÇA  
PÚBLICA NO BRASIL**

Dissertação apresentada à Universidade Federal de Lavras, como parte das exigências do Programa de Pós-Graduação em Administração Pública, área de concentração em Gestão de Organizações Estatais, para obtenção do título de Mestre.

Aprovada em 30 de julho de 2013

Dra. Ana Alice Vilas Boas

UFLA

Me. Maria Celina Almeida Coelho

UNILAVRAS

Dr. José Roberto Pereira  
UFLA  
(Orientador)

**LAVRAS – MG  
2013**

*À memória de Amélia Custódia Fonseca.*

**DEDICO**

“De todo o amor que eu tenho  
Metade foi tu que me deu  
Salvando minh'alma da vida  
Sorrindo e fazendo o meu eu.”  
(Maria Gadú)

## AGRADECIMENTOS

Inicialmente, agradeço a Deus por esta imensa conquista. Ele, que me concedeu bênçãos e incidiu a Sua divina luz sobre o meu caminho, iluminou o meu entendimento e me concedeu a capacidade necessária para o desenvolvimento deste trabalho. “*Pelos caminhos da sabedoria, te ensinei e pelas veredas da retidão, te fiz andar*” (Prov. Cp. 4-11).

Agradeço à minha avó Amélia (*in memoriam*), a pessoa a quem devo todas as minhas vitórias e conquistas. À minha querida avó, que apesar da sua simplicidade, ofereceu-me a maior de todas as riquezas: os valores que cultivarei por toda a minha existência.

Ao meu amado Maykon Chalfun, meu grande incentivador, pessoa que esteve ao meu lado em todas as horas de dúvidas, angústias e desespero. A ele, reconheço o papel fundamental em meu autoconhecimento, suas palavras de incentivo fizeram-me acreditar nas imensas possibilidades da vida.

À minha irmã do coração Vanessa Mussly Resende, agradeço imensamente pelos incentivos e pelas providenciais correções, desde a mais tenra infância, seu otimismo e as suas projeções para um futuro brilhante. Obrigada pelas suas apostas.

À minha mãe Maridéa e à minha irmã Karla, fonte de todas as minhas preocupações e motivo do meu desejo de superação inquebrantável. A elas, dedico este trabalho como manifestação de coragem para enfrentar as adversidades e desafios da vida. Aos meus pequenos sobrinhos e ao pai Wilson, com carinho, também, dedico.

Agradeço ao meu papai emprestado Nilton Nagib Jorge Chalfun, que me acolheu no seio de sua família e me proporcionou momentos inigualáveis com os seus. Também agradeço, igualmente, à Aliane e Chico Rosa pelo carinho.

Agradeço ao professor José Roberto Pereira, meu orientador, pelos ensinamentos, pela paciência e a oportunidade de crescer profissionalmente.

Meus respeitosos agradecimentos ao professor Samuel Pereira de Carvalho, pessoa a quem admiro profundamente pela bondade e o respeito com que sempre

buscou tratar o próximo. Obrigada pela paciência e pelas palavras de incentivo nos primórdios de minha carreira.

Às professoras Rosemary Gualberto, Maria Cristina Bressan e Maria Celina de Almeida e o procurador Meurenir José de Paula como grandes incentivadores, também, ofereço os meus agradecimentos. Ao professor José Fernando de Carvalho Pinto (*in memoriam*), cujo entusiasmo sempre me motivará a seguir os melhores caminhos do Direito.

Aos membros das bancas de exame de qualificação e de defesa de dissertação pelas valorosas contribuições a este trabalho e, aos professores do curso de Mestrado em Administração Pública da UFLA, pela contribuição para a minha formação pessoal e pela salutar atuação na profissionalização do serviço público.

Aos amigos Edmar, Dany, Jefferson, Diego, Mirielle, Jota, meus queridos companheiros e aos meus colegas de trabalho da UFLA, muito obrigada pelas muitas horas gratuitas de terapia e pelos momentos de diversão e distração compartilhados.

Enfim, a todos que colaboraram, que acreditaram e me incentivaram, o meu mais profundo e sincero agradecimento.

## RESUMO

O presente estudo foi realizado com o propósito de analisar o recentemente criado regime diferenciado de contratações públicas, à luz da ótica principiológica da governança, identificando limites e avanços nas contratações públicas brasileiras em uma nova modalidade licitatória. No trabalho buscou-se, por meio de pesquisa exploratória e processo de análise de conteúdo da legislação de regência, realizar uma análise sobre as mudanças ocorridas no cenário das contratações públicas, comparando o modelo tradicional de contratações públicas e o novo regime de contratação, bem como contextualizar os reflexos da adoção do regime diferenciado na consolidação da governança pública no Brasil. O regime diferenciado de contratações prevê institutos como o orçamento sigiloso, a contratação integrada, a inversão de fases do procedimento licitatório e consagra o contrato de eficiência, além de adotar o princípio do desenvolvimento nacional sustentável, como diretriz para as contratações públicas, promovendo o alinhamento do Estado brasileiro com políticas públicas de proteção ao meio ambiente propostas por organismos internacionais. Nesse aspecto, o estudo destacou a função social do contrato administrativo e a relevância da atuação estatal interorganizacionalizada na instrumentalização e na concretização do interesse público. As inovações introduzidas no procedimento licitatório foram tratadas, como enfoque prático, para orientar a atuação dos gestores públicos. Do ponto de vista teórico-conceitual de identidade entre o regime diferenciado e a governança pública, constatou-se a previsão de mecanismos de racionalização e flexibilização dos atos administrativos que convergem para a eficiência do procedimento licitatório. A adoção do critério de sustentabilidade nas licitações aponta para a consolidação da governança pública ao promover medidas administrativas que refletem na escolha pública e que convergem para a busca de um futuro sustentável para as gerações vindouras. Por outro lado, constatou-se que o orçamento sigiloso se distancia dos pressupostos da governança relativamente ao critério de transparência pública. Por fim, também, verificou-se a inexistência de canais de participação popular que promovam a *accountability* democrática no procedimento de contratação pública, conforme proposta da nova administração pública para o desenvolvimento.

Palavras-chave: Sustentabilidade ambiental. *Accountability* democrática. Contrato Administrativo. Função social

## ABSTRACT

This study aimed to analyze the recently created differentiated regime of public procurement in the light of the principles of optical governance, identifying limitations and advances in public contract in Brazil a new bidding modality. The work sought through exploratory research and the process of content analysis of current law to perform an analysis of changes occurring in the setting of the public contract, comparing the traditional model of the contracts and the new regime of public contract to contextualize reflections of the adoption of different arrangements in the consolidation of the public governance in Brazil. The scheme provides a differentiated hiring institutes such as confidential budget, the hiring integrated, the inversion of the phase of the bidding process and, also, to affirm the efficiency contract, in addition to adopting the principle of sustainable national development as a guideline for public contracts and the alignment of the Brazilian's State with the Public Policies of the Protect of the Environment proposed by international organizations. In this respect, the study highlighted the social function of contract administration and relevance performs of the interorganization state of the instrumentation and implementation of public interest. The innovations introduced in the bidding process were treated as a practical approach to guide the actions of public interest group. From the standpoint of theoretical and conceptual identity between the different arrangements and public governance, it was found to foresee mechanisms of rationalization and the flexibility of the administrative acts that converge to produce an efficiency bidding process. The adoption of sustainability criteria indicates to the consolidation of public governance to promote administrative measures that reflect on the public choice and converge on the pursuit of a sustainable future for generations to come. Moreover, it was found that the confidential budget moves away from the purpose in relation to the governance of transparent public criteria. Finally, it also found the lack of channels to promote popular participation in democratic accountability public contract procedure, as proposed by the new development government.

Keywords: Environmental sustainability. *Accountability* democratic. Administrative Contract. Social function.

## LISTA DE FIGURAS

Figura 1 Fase preparatória .....	63
Figura 2 Fase de Publicação do Instrumento Convocatório .....	69
Figura 3 Modos de disputa na Fase de Apresentação das Propostas.....	73
Figura 4 Variáveis componentes da vantajosidade no RDC .....	80
Figura 5 Fase Recursal.....	83
Figura 6 Atos finais do procedimento licitatório do RDC .....	83

## **LISTA DE SIGLAS**

<b>BDI</b>	<b>Benefícios e Despesas Indiretas</b>
<b>ES</b>	<b>Encargos Sociais</b>
<b>LGL</b>	<b>Lei Geral de Licitações</b>
<b>RDC</b>	<b>Regime Diferenciado de Contratações Públicas</b>
<b>SINAPI</b>	<b>Sistema Nacional de Pesquisa de Custos e Índices da Construção Civil</b>
<b>SICRO</b>	<b>Sistema de Custos Rodoviários</b>
<b>OECD</b>	<b>Organization for European Cooperation and Development</b>
<b>ONU</b>	<b>Organização das Nações Unidas</b>

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO</b> .....	13
<b>2 A REFORMA DO ESTADO E A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NO BRASIL</b> .....	18
<b>2.1 A noção de Administração Pública: uma abordagem interdisciplinar</b> .....	18
<b>2.2 Os Modelos de Administração Pública no Estado Brasileiro ...</b>	20
<b>2.2.1 A Herança Colonial do Patrimonialismo</b> .....	21
<b>2.2.2 O Legado de Weber nas Contratações do Estado</b> .....	23
<b>2.2.3 A Guinada do Gerencialismo</b> .....	25
<b>2.2.4 A Vertente Societal</b> .....	28
<b>3 A GOVERNANÇA PÚBLICA PARA <i>ACCOUNTABILITY</i> E A INTEGRAÇÃO DEMOCRÁTICA</b> .....	30
<b>3.1 A Atuação Estatal em Redes Interorganizacionais</b> .....	32
<b>3.2 O Federalismo de Cooperação</b> .....	35
<b>3.3 A Governança Interativa</b> .....	37
<b>4 A FUNCIONALIZAÇÃO DO CONTRATO PÚBLICO</b> .....	42
<b>4.1 A Doutrina do Neoconstitucionalismo</b> .....	42
<b>4.2 A Exegese Constitucional</b> .....	46
<b>4.3 A Teoria Funcionalista do Contrato Público: o Estruturalismo de Perlingieri</b> .....	48
<b>5 METODOLOGIA</b> .....	51
<b>6 O REGIME DIFERENCIADO DE CONTRATAÇÕES PÚBLICAS: ASPECTOS TEÓRICOS E PRÁTICOS</b> .....	54
<b>6.1 Antecedentes Históricos</b> .....	56
<b>6.2 O Âmbito de Alcance do Regime Diferenciado de Contratações Públicas</b> .....	58
<b>6.3 O Procedimento Licitatório do RDC</b> .....	60
<b>6.3.1 Fase preparatória</b> .....	61
<b>6.3.1.1 A Elaboração dos Projetos de Engenharia</b> .....	63

<b>6.3.1.2 Os Regimes de Execução .....</b>	<b>66</b>
<b>6.3.2 Publicação do Instrumento Convocatório .....</b>	<b>67</b>
<b>6.3.3 Apresentação de Propostas e Lances .....</b>	<b>69</b>
<b>6.3.4 Fase de Julgamento das Propostas .....</b>	<b>74</b>
<b>6.3.5 Fase de Habilitação .....</b>	<b>80</b>
<b>6.3.6 Fase Recursal .....</b>	<b>81</b>
<b>6.4 O Orçamento Sigiloso: inconstitucionalidade ou publicidade diferida? .....</b>	<b>84</b>
<b>6.5 A Contratação Integrada no RDC .....</b>	<b>86</b>
<b>6.6 O Contrato de Eficiência para a boa governança .....</b>	<b>89</b>
<b>6.6.1 Avaliação de Desempenho do Contratado .....</b>	<b>92</b>
<b>7 O REGIME DIFERENCIADO SOB A ÓTICA DA GOVERNANÇA PÚBLICA .....</b>	<b>95</b>
<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS .....</b>	<b>102</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>104</b>

## 1 INTRODUÇÃO

A consolidação dos ideais do Estado Democrático, considerados como essenciais para a promoção do bem estar social, remete-nos ao papel preponderante da governança pública no atual debate sobre a modernização do Estado. A nova governança pública se estabelece no terceiro milênio, marcada pela atuação estatal organizada em redes de cooperação, buscando a superação de um modelo de gestão pública em que os Estados atuam, isoladamente, atendendo a questões locais.

As mudanças no cenário político-administrativo, propostas pela governança pública, baseiam-se na reafirmação do papel do Estado e na atribuição de seu papel central na integração do desenvolvimento econômico, do desenvolvimento social e da sustentabilidade ambiental, requerendo o desenvolvimento de modelos integrados de gestão para resultados no sentido de otimizar o desempenho de governos e buscar soluções para problemas conjunturais (KISSLER; HEIDEMANN, 2006).

Orientada pelos princípios da governança, a estruturação de uma nova administração pública integrada e orientada para o atendimento de interesse público, que extrapola a esfera de atuação local do Estado, faz emergir novos pressupostos e impõe a adoção de novos conceitos e novas formas de atuação para o administrador público. Nesse contexto, a finalidade social do contrato administrativo se destaca como meio de instrumentalização da tutela do interesse público e de promover o alinhamento de políticas públicas entre os entes estatais para atuarem de forma interorganizacionalizada<sup>1</sup>.

Pelo princípio da função social, o contrato é considerado um fim que se justifica com a imposição de preceitos inderrogáveis e inafastáveis pela vontade

---

<sup>1</sup> Para o presente estudo, considera-se interorganizacionalidade, a organização e a integração estatal para a formação de redes na persecução de finalidades públicas.

das partes. Ao lado de atender aos interesses privados, a função social importa a imposição de deveres extracontratuais e socialmente relevantes tutelados constitucionalmente nas contratações públicas. Logo, deduz-se que além de atender os próprios interesses perseguidos pelo regulamento contratual, o contrato público deve perseguir interesses extracontratuais socialmente relevantes, dignos de tutela jurídica.

A proteção ao meio ambiente, para a garantia das gerações futuras, impõe a integração de diversos estados na formulação de políticas públicas, não sofrendo restrições de ordem espacial para a sua implementação e consolidação. A adoção do critério de sustentabilidade nas contratações públicas impõe a formulação de políticas públicas que atendam à necessidade de promover o desenvolvimento nacional sustentável. Considerando que a proteção integral do meio ambiente para a garantia das gerações futuras transpõe como *princípio* que ultrapassa a esfera de atuação do Estado. Nessa perspectiva, o contrato administrativo passa a ser concebido com uma visão macro, como instrumento de realização dos objetivos fundamentais do Estado (BRASIL, 1988), em vez de regulador de interesses intersubjetivos.

A previsão do critério de sustentabilidade nas licitações públicas tem o seu aprofundamento de objetivos no chamado Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC, instaurado com a promulgação da Lei nº 12.462, de 4 de agosto de 2011 e regulamentado pelo Decreto nº 7.581, de 11 de outubro de 2011 (BRASIL, 2011a, 2011b). Criado como via alternativa para garantir a celeridade das contratações públicas para a realização de eventos de grande vulto no país, o regime diferenciado vem se consolidando como uma nova modalidade de licitação no Estado brasileiro.

Além da observância obrigatória de parâmetros de sustentabilidade para as contratações públicas, o regime diferenciado evoca em seus preceitos a padronização de instrumentos e a concentração e aproveitamento dos atos

administrativos, como forma de instrumentalização do princípio da eficiência. Ademais, propõe a mitigação do princípio da publicidade pela instituição do orçamento sigiloso e consagra o chamado “contrato de eficiência” como mecanismo de incentivo econômico.

O RDC tem por objetivos ampliar a eficiência nas contratações públicas e a competitividade entre os licitantes, promovendo a troca de experiências e tecnologias em busca da melhor relação entre custos e benefícios para o setor público. Além disso, visa a incentivar a inovação tecnológica e a assegurar tratamento isonômico entre os licitantes, bem como selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração Pública. Nesse aspecto, a busca da maior vantajosidade para a Administração Pública não está atrelada, necessariamente, à obtenção maior vantagem de natureza econômica, pois, no regime diferenciado, devem ser sopesados os custos diretos e indiretos da contratação, inclusive, os de natureza social e ambiental, as vantagens quanto à manutenção e o desfazimento dos bens e resíduos, bem como a depreciação econômica e outros fatores de igual relevância a que estiverem atrelados.

O presente trabalho foi realizado com o objetivo geral de analisar o papel do contrato administrativo regido pelo Regime Diferenciado de Contratações sob a ótica da governança pública. Como objetivos específicos, buscou-se analisar, detalhadamente, o contrato administrativo regido pelo Regime Diferenciado de Contratações, sob a ótica principiológica da governança pública e identificar elementos nos contratos que consolidam e reforçam os princípios da governança pública.

Com a finalidade de apresentar o percurso histórico da Administração Pública no Brasil e contextualizar o contrato administrativo em cada modelo de administração pública, o presente trabalho foi introduzido por uma abordagem sobre a Reforma do Estado e a Administração Pública, para destacar avanços e retrocessos no processo de contratação do Estado brasileiro.

No tópico seguinte, foi trazida a conceituação de Governança Pública, destacando-se a importância da interação em rede entre os Estados nacionais e os entes federados para a satisfação de necessidades públicas e seus reflexos na estrutura e no funcionamento da administração pública brasileira. Buscou-se compreender a complexidade das questões que norteiam as contratações públicas ao se orientar por princípios transnacionais. No subtópico “Governança Interativa”, foram destacados os aspectos propulsores da participação popular nas atividades do Estado e os reflexos decorrentes da *accountability* democrática no processo de tomada de decisão do gestor público. O federalismo de cooperação complementou a seção, destacando as formas de interação estatal sob a ótica da interorganizacionalidade.

A teoria da funcionalização do contrato público buscou compreender a vinculação da atuação administrativa ao princípio do desenvolvimento nacional sustentável e promover uma discussão teórica a respeito da atuação dos órgãos e entidades estatais alinhados com os objetivos constitucionais. Para atingir esse escopo, foram introduzidas noções sobre o neoconstitucionalismo e o pós-positivismo, a fim de compreender a atual dimensão de base axiológica da Constituição e seus reflexos na interpretação da norma.

A seção dedicada a analisar o contrato administrativo regido pelo Regime Diferenciado de Contratações destacou seus antecedentes históricos, o âmbito do alcance de suas disposições e os aspectos relacionados à procedimentalização da licitação. Além disso, destacou o orçamento sigiloso, a contratação integrada e o contrato de eficiência para analisar os pressupostos de identificação da governança com os institutos trazidos pelo RDC.

Ao analisar os limites e avanços no campo das contratações públicas brasileiras, ocorridos com a criação do RDC, buscou-se, em suma, subsidiar a atuação dos gestores públicos diante de uma nova modalidade licitatória. Para atingir esse propósito, o Regime Diferenciado de Contratações Públicas foi

analisado sob a ótica axiológica da governança pública, além de serem destacados os aspectos teóricos e empíricos para a adoção do regime diferenciado pelos gestores públicos, com ênfase na procedimentalização da licitação.

## **2 A REFORMA DO ESTADO E A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NO BRASIL**

### **2.1 A noção de Administração Pública: uma abordagem interdisciplinar**

O conceito de administração pode ser definido, em sentido lato, como sendo a racional utilização dos recursos para a realização de fins determinados. Na perspectiva de Paro (1986), a administração pode ser analisada pela conjugação entre a racionalização do trabalho e a coordenação, conceituada como a utilização racional do esforço humano coletivo, fruto das relações entre os homens.

Paro (1986) analisa as práticas administrativas segundo os seus níveis de consciência respectivos. O autor subentende que as práticas administrativas podem ser espontâneas ou reiterativas ou, ainda, criadoras ou reflexivas.

Isto significa que tanto pode existir uma prática administrativa espontânea, na qual a utilização dos recursos, embora realizada de maneira racional, é feita mais de modo a atender às necessidades imediatas que vão surgindo no processo prático, sem que se tenha uma visão clara e consciente de como isso se dá, quanto uma administração reflexiva, na qual, além da consciência prática, representada pela utilização racional dos recursos, o sujeito (individual ou coletivo) se acha consciente da racionalidade do processo e da participação nele de sua consciência (PARO, 1986, p. 25).

A racionalidade da administração reflexiva, destacada por Paro (1986), em que a consciência e a participação podem ocasionar práticas administrativas inovadoras, podem subsidiar a compreensão da complexidade das questões internas e externas que influenciam e determinam o microcosmo da administração pública, trazendo uma reflexão aprofundada sobre mudanças necessárias na esfera pública. A administração pública em sua visão micro não

comporta mais espaço, carece de uma visão globalizante em mundo interligado e interorganizado marcado pela atuação consciente intersubjetiva.

Para complementar a noção de administração, trazida por Paro (1986), a acepção de administração pública, traçada por Di Pietro (2009), pode ser alcançada em seu sentido objetivo, material ou funcional ou em sentido subjetivo, formal ou orgânico. Em seu sentido objetivo, a administração pública constitui a atividade concreta e imediata que o Estado desenvolve para a consecução do interesse público, sob o regime jurídico administrativo. Na sua concepção subjetiva, a administração pública figura como o conjunto de órgãos e de pessoas jurídicas aos quais a lei atribui o exercício da função administrativa do Estado.

As dimensões da administração pública, apresentadas por Di Pietro (2009), oferece-nos um paralelo entre o sentido objetivo que se liga à funcionalidade e finalidade do Estado, em contraponto à acepção subjetiva, que leva em conta a personalização do agente público como agente precursor das práticas administrativas.

Para além de tais considerações gerais, necessário se faz apresentar, ainda, as três dimensões de análise apontadas por Paula (2005), ao se tratar da construção conceitual de administração pública, quais sejam: a dimensão econômico-financeira, a dimensão institucional-administrativa e a dimensão sociopolítica.

Segundo Paula (2005), a dimensão econômico-financeira da administração pública se relaciona com os problemas do âmbito das finanças públicas e investimentos estatais, envolvendo questões de natureza fiscal, tributária e monetária. A dimensão institucional-administrativa abrange os problemas de organização e articulação dos órgãos que compõem o aparato estatal, como as dificuldades de planejamento, direção e controle das ações estatais e a questão da profissionalização dos servidores públicos para o

desempenho de suas funções. Por último, a dimensão sociopolítica compreende problemas situados no âmago das relações entre o Estado e a sociedade, envolvendo os direitos dos cidadãos e a sua participação na gestão.

Em suma, seja compreendida como atividade criadora e reflexiva, seja entendida em seu aspecto finalístico ou teleológico, a administração pública busca estabelecer um modelo de gestão que atenda ao interesse público. Para isso, transforma-se ao longo da história, transmudando-se, diuturnamente, para acompanhar a dinamicidade das relações sociais.

## **2.2 Os Modelos de Administração Pública no Estado Brasileiro**

Os paradigmas de administração pública identificados no Brasil serão analisados para compreender as nuances do regime juspublicista<sup>2</sup> vigente na esfera das contratações públicas e a interface entre governança pública e a interação em rede entre os Estados para a satisfação do interesse público.

Perfazendo uma análise da conjuntura da administração pública brasileira, podem-se caracterizar no Brasil três formas históricas de administrar o Estado: a administração patrimonialista, a administração burocrática e a administração gerencial. Paula destaca (2005), ainda, um quarto modelo em emergência: a administração societal. Entretanto, este último tipo, ainda, configura-se como um “modelo ideal”, com experiências isoladas.

Desde o período colonial até as primeiras décadas do século XX, a administração pública brasileira foi marcada pelo forte traço do patrimonialismo. Para superar as disfunções do modelo patrimonialista, o Governo de Getúlio

---

<sup>2</sup> Denomina-se regime juspublicista ou regime jurídico administrativo, ou ainda, regime de direito público, o conjunto de traços e conotações que tipificam o Direito Administrativo e que colocam a Administração Pública numa posição privilegiada, em situação verticalizada relativamente ao particular, na relação jurídico-administrativa (DI PIETRO, 2009).

Vargas promoveu o que se convencionou denominar a primeira reforma administrativa no Brasil, introduzindo os pressupostos identificados com a burocracia weberiana ao longo da década de 30.

A reforma getulista passou por várias fases e reveses, oscilando de acordo com os momentos históricos da política brasileira e sofrendo influências externas. Com o advento do gerencialismo no governo estadunidense e inglês, nas décadas de 80 e 90, a reforma administrativa no Estado brasileiro sofreu grande impacto, introduzindo mudanças significativas na administração pública a partir do Governo Fernando Henrique Cardoso, que promoveu um amplo movimento de reforma no setor público.

### **2.2.1 A Herança Colonial do Patrimonialismo**

O patrimonialismo tem por características basilares a captura por interesses privados na esfera pública, havendo a não-distinção entre o público e o privado, o caráter personalista do poder, a tendência à corrupção do quadro administrativo e a presença marcante do clientelismo, da corrupção e do nepotismo.

O modelo de Estado patrimonial que se instalou na administração pública brasileira, desde a formação do Estado, constitui uma herança da colonização portuguesa. No Estado colonial português, a estrutura de poder era baseada na monarquia absolutista que se mantinha por meio do monopólio exercido sobre o comércio. À época, a administração caracterizava-se por um enorme aparelho estatal, composto por uma elite improdutiva (MARTINS, 1997).

O modelo patrimonialista tem se perpetrado na administração pública brasileira em maior ou menor grau na esfera pública, remetendo-nos ao conceito weberiano de dominação exercido com base no poder pessoal. Na concepção de

Faoro (2001), resquícios do patrimonialismo, ainda, estão presentes na administração pública brasileira, em que a confusão do público e privado se verifica na concessão de cargos públicos e no desfrute de bens e vantagens obtidas por meio do Estado. Para Paula (2005), o patrimonialismo, ainda, manifesta-se no Brasil pela concessão de empregos e benesses ligados a interesses pessoais e não a interesses públicos.

A dominação da estrutura do Estado pela classe política e pela tecnocracia, que emergiram como novos detentores de poder no Estado moderno, remete-nos ao que Schwartzman (1988) denominou de neopatrimonialismo. Para o autor, o neopatrimonialismo é a manifestação moderna do patrimonialismo inserido no modelo gerencial.

É visível a influência do Estado patrimonial na formação do contrato administrativo. No Estado patrimonial, a confusão dos interesses do governante com os interesses do Estado fizeram prevalecer o império do arbítrio no campo das contratações públicas. Segundo Pereira (2012), até o início do século XX, a contratação administrativa, por meio do procedimento licitatório, tratava-se de uma mera discricionariedade da Administração, que tanto podia contratar pela via licitatória ou diretamente em uma relação subjetiva de confiança entre Administração Pública e o particular.

A discricionariedade estatal exacerbada existente no modelo patrimonialista propiciava a apropriação da “*res publica*” por uma minoria de “servidores” amigos do governante. As relações entre a Administração Pública e os licitantes/contratantes caminhavam, portanto, no sentido de fortalecer os laços de confiança e para estabelecer alianças políticas, marcando o processo de licitação pela corrupção.

Com o advento do Estado Democrático de Direito, aventado na Constituição da República de 1988, no que concerne à instituição de normas gerais de licitação e contratos (BRASIL, 1988), a obrigatoriedade do

procedimento licitatório para se realizar as contratações públicas objetivou mais coibir a corrupção do que adequar o sistema normativo às atuais concepções do novo Estado emergente (BAZILLI, 1996).

Com a tentativa de burocratizar o processo licitatório, o Brasil de elevados índices de corrupção buscou, por meio do formalismo e do regramento procedimental, coibir desvios e impedir a malversação da *coisa pública*. Destarte, o que se observou em termos práticos foi a ocorrência de alguns entraves nas contratações públicas, gerados pela formalização e procedimentalização excessiva.

### **2.2.2 O Legado de Weber nas Contratações do Estado**

A burocracia constituiu-se como sendo um modelo proposto para superar as mazelas do patrimonialismo e como esforço para racionalizar a administração pública. Bresser-Pereira (1996) destaca que o modelo foi proposto no Brasil, a partir da década de 30, tendo se difundido pela Europa no século XIX.

A administração pública burocrática, proposta por Weber (1999), estabelece-se como sendo um modelo em que vigoram as regras, os estatutos e os regulamentos. O modelo weberiano é marcado pela hierarquia de cargos e instâncias que ordena o sistema de mando e subordinação, pelos registros sob a forma de documentos escritos, pela administração dos funcionários segundo regras que podem ser aprendidas e pela impessoalidade nas relações entre as pessoas.

A experiência tende, universalmente, a mostrar que a organização burocrática de tipo puramente administrativo — isto é, a burocracia de variedade monocrática — é, do ponto de vista puramente técnico, capaz de atingir o mais alto grau de eficiência e, nesse sentido, é formalmente o meio

racional mais conhecido de executar o controle imperativo sobre os seres humanos. Ela é superior a qualquer outra forma em termos de precisão, estabilidade, rigor de sua disciplina, e confiabilidade. Ela é finalmente superior tanto na sua eficiência intensiva e no escopo de suas operações, e é formalmente capaz de aplicar todos os tipos de tarefas administrativas (WEBER, 1947 apud BEHN, 1998, p. 14).

Embora o modelo burocrático tenha vislumbrado superar o patrimonialismo na administração pública brasileira, observa-se, ainda, a prevalência de alguns de seus traços remanescentes na esfera pública. Segundo Abrúcio (1997), o modelo burocrático tradicional no Brasil funcionou de forma limitada, sem dar conta da superação do patrimonialismo e reforçando traços de autoritarismo nos cargos públicos. A dominação racional-legal típica da burocracia, ao enfatizar a hierarquia e o controle administrativo, fez emergir uma elite de burocratas – os tecnocratas, que fizeram da exclusão a sua fonte de poder.

Bresser-Pereira (1996) considera disfunções do modelo burocrático a lentidão dos procedimentos e a sua consequente onerosidade para o Estado, considerando o modelo pouco voltado ao atendimento das necessidades dos cidadãos. Para Nogueira (1998), o ideal de burocracia insulada deixa de ser o caminho para assegurar o interesse público, pois há um conflito entre a interlocução direta com a sociedade e a configuração de um aparato administrativo tipicamente racional-legal.

O Estado burocrático coincide com o conceito de Estado Democrático de Direito, isto é, um Estado construído e orientado a partir de normas jurídicas. Segundo Pereira (2012), o processo de contratação pública no Estado burocrático tem como premissa o valor determinante do princípio da legalidade, o formalismo, como premissa à submissão estatal, historicamente, construída no percalço do interesse público. Essa proposta se apresenta inversa ao interesse

privado, que busca o informalismo e a “relativização das concepções pelo bem de sua própria construção” (PEREIRA, 2012, p. 6979).

Nas contratações públicas, a introdução do modelo burocrático rompeu com a administração patrimonialista, onde prevalecia a discricionariedade excessiva do administrador público e a tradição da arbitrariedade e da corrupção. Todavia, o excesso de formalismo e os entraves inerentes ao modelo burocrático, fizeram emergir a necessidade de flexibilização em prol da busca pela eficiência dos serviços públicos. Muito embora o processo licitatório, ainda, seja fortemente marcado pela rigidez e pelo formalismo típicos da burocracia, o gerencialismo introduziu mudanças significativas no campo das contratações públicas e continua promovendo mudanças no sentido de propiciar a otimização do funcionamento do aparelho estatal.

### **2.2.3 A Guinada do Gerencialismo**

O gerencialismo surgiu como estratégia para suplantar as disfunções do modelo burocrático. A origem do gerencialismo remonta da crise de governabilidade, ocorrida nas décadas de 1980 e 1990, sendo oriunda dos debates sobre a reforma do Estado, ocorridos nos Estados Unidos e na Europa, cujo ideário aflorou nos governos de Ronald Reagan e Margareth Thatcher.

Segundo Morris (1991), com o avanço de outros países no mercado internacional, o governo inglês buscou com o gerencialismo superar o *think tanks* neoconservadores e resgatar os valores vitorianos, como o esforço e o trabalho duro, cultivando-se, também, a motivação, a ambição criativa, a inovação, a excelência, a independência, a flexibilidade e a responsabilidade pessoal para aumentar o nível de produtividade do país e introduzir mudanças significativas no campo da economia, da política e do governo.

Nos Estados Unidos, o culto à excelência resgatou os ideários do *american dream* e impulsionou os movimentos de reforma do Estado no governo Reagan (DU GAY, 1991). Sob o ideário do gerencialismo, Reagan promoveu uma maior descentralização do Estado, realizando privatizações e terceirizações, ao mesmo tempo em que conferiu continuidade à ruptura com o modelo keynesiano, iniciado no pós Segunda Guerra Mundial (PAULA, 2005).

As mudanças introduzidas no Reino Unido, na era Thatcher, fez do modelo britânico o referencial para as reformas realizadas em outros países. A “nova administração pública”, como foi denominado o modelo britânico, teve o culto ao empreendedorismo e a incorporação de valores do setor privado no setor público as suas características marcantes.

A nova administração pública emergiu como o modelo ideal para o gerenciamento do Estado reformado pela sua adequação ao diagnóstico da crise de governabilidade e credibilidade do Estado durante as décadas de 1980 e 1990. De acordo com Bresser-Pereira (1996), a nova administração pública se diferencia da administração pública burocrática por seguir os princípios do gerencialismo. Para alcançar seus objetivos, o novo modelo de gestão deveria enfatizar a profissionalização e o uso de práticas de gestão do setor privado.

Na visão de Paula (2005), o modelo gerencial de Administração Pública tem sua maior ênfase nas dimensões institucional-administrativa e econômico-financeira, haja vista que tal modelo está imbricado com o projeto político do ajuste estrutural para reorganizar o aparelho do Estado e reestruturar a sua gestão, focalizando as questões administrativas.

No Brasil, o modelo gerencialista foi introduzido, a partir da reforma administrativa, iniciada em 1995 pelo governo Fernando Henrique Cardoso. A reforma administrativa se iniciou com a reforma constitucional que flexibilizou as regras de estabilidade e privilégios dos servidores públicos e inseriu o princípio da eficiência no rol dos princípios constitucionais sensíveis

estampados na Carta Magna. Nesse período, também, foram criadas as agências reguladoras e estabelecidas, por lei, as atividades não-estatais que seriam realizadas pelas organizações sociais. Outrossim, buscou-se introduzir os contratos de gestão para descentralizar as atividades do Estado e firmar uma administração centrada em indicadores de desempenho. O fortalecimento do núcleo estratégico do Estado, a profissionalização do serviço público e a gestão pela qualidade total, também, marcaram o gerencialismo brasileiro.

No campo das contratações públicas, a reforma administrativa do aparelho estatal estabeleceu uma ponte entre a Administração Pública burocrática, baseada no formalismo e no controle rígido dos processos e a administração gerencial, focada na eficiência e nos resultados capazes de atender as exigências da flexibilização. O gerencialismo enfatizou “a necessidade de um direito público flexível com uma homogeneização cultural ou não de normativos jurídicos” (PEREIRA, 2012, p. 6978).

A busca pela eficiência na gestão dos serviços públicos trouxe mudanças nas atividades procedimentais contratuais. A confluência de instrumentos estruturais normativos, como os contratos de gestão e de concessão de serviços públicos, transferindo parcela dos encargos estatais à iniciativa privada, transparecem como reflexos do gerencialismo nas contratações públicas, enfatizando a tendência à descentralização política e administrativa do modelo gerencial à qual se refere Mafra (2005).

Por outro lado, apontam alguns autores como Paula (2005), que a centralização das atividades estratégicas no núcleo estratégico do governo e a necessidade de abertura às instituições de participação popular propiciam a emergência de uma nova forma de administrar o Estado: o modelo societal.

#### **2.2.4 A Vertente Societal**

A concentração da formulação de políticas públicas no núcleo estratégico de governo no modelo gerencial promoveu o que Diniz (2000) denominou de insulamento burocrático e a centralização do poder decisório na administração pública brasileira, após o advento da Reforma do Estado. Segundo Diniz (2000), o desenho da nova administração pública aumentou o isolamento das decisões, estimulando as práticas personalistas e voluntaristas. A necessidade de administrar divergências internas aumentou a oposição da cúpula tecnocrática do governo, o que inviabilizou a continuidade da reforma do aparelho estatal.

A elite tecnocrática sofreu críticas dos seus opositores em relação à concentração do poder e o excesso de discricionariedade das decisões públicas, o que abriu espaço para surgimento do neopatrimonialismo (SCHWARTZMAN, 1988). Nesse contexto, a necessidade de controle social e de uma maior participação popular nos processos decisórios deu margem ao desenvolvimento de práticas identificadas com o modelo societal de administração pública.

O modelo societal se caracteriza, essencialmente, pela democratização da gestão pública. Segundo Paula (2005), no modelo gerencialista não há um canal de mediação entre entidades do terceiro setor e a cúpula governamental, o que evidencia a necessidade de elaborarem arranjos institucionais para viabilizar uma maior participação dos cidadãos na gestão pública e que estimulem as práticas democráticas.

No campo das contratações públicas, a vertente societal impõe à Administração a adoção de novos institutos e atributos, a fim de proporcionar maior participação popular na tomada de decisões. Justen Filho (1998) observa que, à medida que o Estado caminha para o aperfeiçoamento de sua feição democrática, observa-se uma tendência à contratualização da atividade

administrativa como reflexo da ampliação dos limites do conceito de Estado Democrático de Direito.

Como todo poder é de titularidade do povo, o exercício das competências públicas torna-se cada vez mais sujeito à negociação com a comunidade. Assiste-se um fenômeno muito peculiar, consistente na organização da sociedade civil. Surgem entidades privadas, sem fins lucrativos, que se interpõem entre o Estado e a comunidade. Os poderes públicos deixam de ser exercitados autoritariamente e a democracia se manifesta com concordância das decisões públicas com os interesses concretos da comunidade [...]. Daí a crescente importância do instrumento contratual, que tende a substituir amplamente as figuras unilaterais (JUSTEN FILHO, 1998, p. 39).

Conforme assinalado por Justen Filho (1998), o contrato administrativo transparece na vertente social como instrumentalizador da interação entre Estado e sociedade civil no processo decisório, propiciando a integração entre o público e o privado para a consecução do interesse público e a legitimação da atividade estatal. Isto posto, o contrato instrumentaliza a tutela de interesses coletivos, provendo a aplicação imediata do interesse público em prol da sociedade.

### **3 A GOVERNANÇA PÚBLICA PARA *ACCOUNTABILITY* E A INTEGRAÇÃO DEMOCRÁTICA**

Contemporaneamente, os Estados modernos passam por mudanças significativas em função dos aspectos relacionados com a globalização e os efeitos gerados pela internacionalização da economia. A emergência de problemas globais relacionados ao clima e à necessidade de zelar pela preservação da vida das gerações futuras impõem o desenvolvimento de modelos de governança que atentem para a necessidade de alinhamento de modelos de gestão pública para atender aos requerimentos dos novos tempos.

A complexidade das condições contextuais e os desafios surgidos com o desenvolvimento impõem a necessidade de intervenção Estatal em diversos campos e a adoção de regras universais para subjugar a natureza individualista do ser humano em prol da sociedade e das nações em benefício do planeta.

A consolidação de um Estado de Direito cujos ideais estão voltados para o bem estar coletivo e para o desenvolvimento sustentável clama para o desenvolvimento de um modelo de governança que pressuponha a cooperação entre os Estados nacionais, os entes federados e entre o Estado e a sociedade. Segundo Martins e Marini (2010), o mundo contemporâneo impõe arranjos de governança não apenas estatais, mas antes requerem um modelo de governança social em vez de tipicamente de gestão pública. A concepção de um Estado que opera em um arranjo multi-institucional, em um tipo de Estado-rede, com caráter consensual, relacional e contratual seria a nova orientação para os tempos atuais, em que a coprodução e a cogestão de políticas públicas são marcos norteadores da atuação Estatal.

A mitigação de efeitos sociais negativos, a busca pela construção do futuro em novas bases tecnológicas e a conservação dos recursos naturais constituem, para Martins e Marini (2010), o advento de uma nova geração de mudanças, baseada na reafirmação do papel do Estado, isto é, de uma “nova

administração para o desenvolvimento”. Essa concepção atribui papel central ao Estado na integração do desenvolvimento econômico, do desenvolvimento social e da sustentabilidade ambiental, requerendo o desenvolvimento de modelos integrados de gestão para resultados no sentido de otimizar o desempenho de governos e buscar soluções para problemas globais complexos. Em suma, a construção do Estado deverá se constituir em um fator ativo a benefício do bem comum, cujas bases de construção enfrentam o desafio de modernizar a gestão pública.

A perspectiva de criar modelos estatais, para o desenvolvimento de um futuro sustentável para todas as nações, está alinhada com a perspectiva de governança de Löffler (2001), segundo o qual uma nova geração de reformas administrativas e de Estado se impõem, no mundo globalizado, para a busca de soluções inovadoras dos problemas sociais da sociedade contemporânea. Para criar as chances de um futuro sustentável, a governança pressupõe a ação conjunta, levada a efeito de forma eficaz, transparente e compartilhada, pelo Estado, pela iniciativa privada e pela sociedade civil.

A governança pública paira sobre as formas de interação da sociedade desenvolvida a respeito das disfunções geradas pela economia globalizada em que se busca superar os problemas gerados pela internacionalização e atender às expectativas dos cidadãos, a partir de novas formas de interação e engajamento. Para Kissler e Heidemann (2006), a governança pública busca transformar o Estado tradicional, guardião e protetor do bem comum em um Estado ativo, que aciona e coordena outros atores a produzir o bem público em regime de cooperação.

Surgiu na Alemanha a discussão internacional sobre a gestão pública e a questão da amplitude da atuação estatal. Segundo Kissler e Heidemann (2006), o modelo alemão obedece a diferentes lógicas de gestão: controle hierárquico no setor público, concorrência no setor privado e solidariedade/negociação no

terceiro setor (grupos de auto-ajuda, iniciativas comunitárias, associações, cooperativas, grupos de interesse organizados). Nesse modelo, o Estado atua como propulsor do setor privado e do terceiro setor que passam a assumir as funções estatais de baixa relevância estratégica e baixa especificidade de recursos, objetivando a articulação entre Estado e sociedade. Por isso, a governança pública torna-se a chave para as atividades coordenadas, seja em nível local de interação, seja sobre o aspecto global de interação.

Na perspectiva de Kissler e Heidemann (2006), a governança pública propõe um novo modelo político, marcado por alianças e redes sociais, situando-se nos extremos da regulação político-administrativa autônoma e da auto-regulação pura de mercado. Para os autores, nas estruturas de governança pública, as relações de trabalho repousam sobre o consenso e a cooperação. A interação, geralmente, dá-se mediante um sistema de trocas marcado pela reciprocidade. Para realizar as atividades e os objetivos das alianças, a máxima adesão e depósito de confiança dos parceiros geram o empoderamento necessário para alcançar os objetivos acordados. Para tanto, as alianças precisam de condução ou coordenação, além do autocomprometimento dos atores envolvidos e de avaliação para controle dos resultados.

### **3.1 A Atuação Estatal em Redes Interorganizacionais**

A criação de redes estatais e a interorganizacionalidade são processos políticos cada vez mais relevantes no contexto globalizado e representam o reconhecimento dos próprios limites da ação Estatal: “Governar torna-se um processo interativo porque nenhum ator detém sozinho o conhecimento e a capacidade de recursos para resolver problemas unilateralmente” (STOKER, 2000, p. 93). Nestes termos, a governança interativa passa a ser um novo

paradigma a orientar os Estados modernos e constituir um novo parâmetro para a atuação Estatal.

O alinhamento de políticas públicas em nível global busca garantir a salvaguarda de direitos fundamentais universais, alicerçados sobre a atuação em rede dos Estados soberanos. Novas formas de interação sociopolítica entre os Estados visam a mitigar os efeitos nocivos da economia internacionalizada e modular as ações públicas de forma ampla e irrestrita, afastando as disfunções causadas pelo mundo globalizado. Neste contexto, os Estados buscam alinhar-se para formular políticas públicas globais e universalizantes, orientados por princípios transnacionais, como o princípio da dignidade da pessoa humana e do desenvolvimento nacional sustentável, na medida em que os próprios governos assumem um papel propulsor na formulação de políticas públicas globalizantes capazes de integrar a dimensão governamental que desempenha papel central na configuração administrativa.

A crescente abertura da estadualidade, decorrente da integração do Estado em “constelações jurídicas pós-nacionais” e da sua colocação em rede com outros Estados, tem contribuído para modificar as características do direito administrativo geral, entendido sobre os cânones do método jurídico tradicional com um direito subordinado à lei, correspondendo esta à expressão legítima do poder democrático de acordo com as normas constitucionalmente estabelecidas, e pertencendo ao poder judicial verificar a legalidade (juridicidade) da actividade administrativa (SILVA, 2010, p. 11).

A gestão nacional de interesses públicos globais (ex. meio ambiente, energia, direitos humanos, dentre outros) fazem com que a decisão administrativa local tenha relevo ao refletir em diversos ordenamentos jurídicos. Nesse diapasão, o novo direito administrativo deixa de se concentrar, exclusivamente, na aplicação da norma para construir pontes entre diversos

ordenamentos jurídicos que, apesar de não serem idênticos, comunicam-se e alinham-se nas questões que envolvem interesses públicos de caráter global.

De par com ela [a globalização] e em grande medida por reação a ela está emergindo uma outra globalização, constituída pelas redes e alianças transfronteiriças entre movimentos, lutas e organizações locais ou nacionais que nos diferentes cantos do globo se mobilizam para lutar contra a exclusão social, a precarização do trabalho, o declínio das políticas públicas, a destruição do meio ambiente e da biodiversidade, o desemprego, as violações dos direitos humanos, as pandemias, os ódios interétnicos produzidos direta e indiretamente pela globalização neoliberal (SILVA, 2010, p. 13).

Ao traçar os efeitos da intensificação exponencial das relações transfronteiriças, Silva (2010) destaca a ação política, por via da explosão das unidades de decisão, em que o espaço nacional se transforma na instância de mediação entre o global e o local. Para Silva (2010), no mundo globalizado, a hierarquia entre países se expressa na dicotomia local-global e a prevalência de um Estado sobre o outro, opera-se mediante a sua capacidade de se autodesignar como global, fazendo prevalecer a sua posição.

A partir dessa perspectiva, novos rumos se abrem para a lógica governamental, em que a atuação Estatal em rede busca adequar o papel do Estado aos parâmetros universais fixados pelos princípios transnacionais<sup>3</sup>. A proliferação dessa nova forma de governança representa uma adaptação à complexidade da sociedade contemporânea. Enquanto as fronteiras entre os Estados nacionais na formulação de políticas públicas globalizantes se tornarem

---

<sup>3</sup> Utiliza-se a expressão *princípios transnacionais* para sugerir que a base axiológica formadora dos ordenamentos jurídicos transnacionais seria a proteção de questões entendidas em dimensão ampla, que ultrapassam a esfera de soberania dos Estados para além das suas fronteiras. São princípios dedicados a resolver políticas de aspirações globais: direitos humanos, movimentos ecológicos, etc.

mais tênues, multiplicam-se os processos interativos institucionalizados, envolvendo níveis e dimensões variadas.

### **3.2 O Federalismo de Cooperação**

A centralização das atividades estatais no governo central tem caracterizado o Estado brasileiro desde o período colonial. Segundo Arrecthe (1999), a adesão dos governos locais à transferência de atribuições depende diretamente de um cálculo no qual são considerados, de um lado, os custos e os benefícios fiscais e políticos derivados da decisão de assumir a gestão de uma dada política e, de outro, os próprios recursos fiscais e administrativos com os quais cada administração conta para desempenhar tal tarefa. Para Arrecthe (1999), a coordenação federal dos programas sociais se justifica para corrigir desigualdades de capacidade de gasto entre Estados e municípios. Entretanto, assinala que a concentração de recursos financeiros pela União, em função da repartição constitucional tributária entre os entes federados, bem como a prerrogativa na formulação de políticas públicas estratégicas para o Estado, pode gerar uma concentração de competências e atribuições, advertindo sobre “a possibilidade de dominação política” entre os entes federados (ARRECTHE, 1996).

Segundo Arrecthe (1996), embora se preconize que a descentralização promova a equalização das atribuições estatais no contexto do pacto federativo, a forma como a descentralização tem sido operacionalizada no Brasil garante, *contrario sensu*, o estabelecimento de um contrassenso: o fortalecimento do governo central pela não transmissão das faculdades decisórias. O “aparente paradoxo”, observado no processo de descentralização no Brasil, evidencia-se, na visão de Arrecthe (1996), pelo fortalecimento das capacidades institucionais e administrativas no governo central, gerando uma forma de dominação

inadmissível no sistema democrático, ao que a autora denuncia como “conflito federativo”.

Para a construção de um novo “equilíbrio federativo”, Arrecthe (1996) pondera que devam as instituições de âmbito local serem dotadas de efetivo poder decisório, representando um incentivo à participação política, na medida em que, dessa forma, poderiam ser viabilizadas formas efetivas de controle social sobre as ações do governo.

Para além dos esforços de descentralização de alguns programas públicos e dos resultados descentralizados que as iniciativas dos níveis subnacionais têm ensejado, não existe uma estratégia ou programa nacional de descentralização que, comandado pela União, proponha um rearranjo das estruturas político institucionais do Estado (DRAIBE; ARRETCHE, 1995 apud ARRECTHE, 1996).

A maior autonomia tributária, viabilizada pela Constituição da República de 1988, tem dado lugar a uma verdadeira “guerra fiscal” entre Estados e municípios, na busca de captar investimentos produtivos, bem como a um processo de deslegitimação das instâncias reguladoras federais (RODRIGUEZ, 1994). A forma centralizada do Estado que privilegia a concentração de recursos financeiros e a capacidade de formulação de políticas públicas de longo prazo e que vinculam as atividades estatais e municipais, desencadeou uma bem-sucedida estratégia de fortalecimento institucional do governo federal. Entretanto, a maior participação política dos demais entes federados poderia incrementar a participação cívica pela proximidade do cidadão com os problemas locais e setoriais.

Hommes (1995, p. 2) enuncia que “o modelo centralizador inibiu o desenvolvimento de instituições cívicas de base comunitária, porque criou uma forte dependência das comunidades em relação ao governo central e a suas instituições”. Para Borja (1988), fortalecer institucional e politicamente os

municípios e conferir poder efetivo aos gestores das cidades significa criar (ou fortalecer) instituições que, próximas dos cidadãos, poderiam superar os vícios do velho aparato do Estado Nacional. Não se trata, portanto, de eliminar as antigas instituições da democracia representativa, mas de superar seus limites pelo fortalecimento de novas instituições que fortaleçam a democracia de base territorial. Nesse diapasão, a descentralização seria um instrumento de fortalecimento da vida cívica, portanto, da sociedade civil, inibida por um Estado excessivamente centralizador.

Nessa perspectiva, a descentralização configura como condição para o rompimento com as estruturas políticas tradicionais que, por serem centralizadas, impedem o desenvolvimento das virtudes cívicas (ARRECTHE, 1996). A concepção que a efetiva repartição de receitas e competências no pacto federativo, vê na descentralização a condição para uma revolução no comportamento social, capaz de gerar comportamentos políticos e econômicos caracterizados por maior capacidade de iniciativa e, portanto, menos dependentes do Estado. Logo, a descentralização como forma de redução das atribuições do governo central na gestão das políticas públicas, transferindo parte da esfera decisória para Estados e municípios, assim como a atuação interorganizacionalizada marcada pela cooperação entre os entes federados, podem ser entendidas como fatores de promoção de democratização do sistema político.

### **3.3 A Governança Interativa**

O novo paradigma de gestão governamental, baseado na ideia de *accountability* democrática e na participação popular nos atos de governo, é a nova orientação da governança pública, assim como a interorganizacionalidade das entidades Estatais alinhadas em rede atuando em prol da concretização do

interesse público. A concepção de governança interativa compreende uma nova dinâmica na participação política na gestão governamental em que se estimula a “participação ampliada como estratégia político-administrativa de governar as interações por medidas estruturais e intencionais” (FREY, 2004, p. 119).

O “drama teórico toquevilleano”, segundo Quirino (1998, p. 248), consiste na esperança da ação política de homens dotados de espírito cívico que, ao perseguir o ideal de liberdade, promovem a complementação entre democracia representativa e participativa. Esse é um dos caminhos de reinvenção da chamada “emancipação social”, como enuncia Santos (2002). Santos (2002) argumenta que se deve cada vez mais criar as condições para democratizar a sociedade e, em um movimento dialético, democratizar o próprio Estado. Sustenta, ainda, que a visão contratualista de Rousseau constitui a base da modernidade, ao trazer consigo uma tensão dialética entre regulação social e emancipação social, entre a vontade geral e as vontades particulares.

No que diz respeito às vontades particulares e à participação política, Tenório e Rozemberg (1997) consideram que a participação integra o cotidiano de todos os indivíduos, haja vista a coexistência em sociedade. Voluntariamente ou não, os indivíduos são levados a participar da vida social e se associar para atingir objetivos. Logo, participação e cidadania referem-se à apropriação pelos indivíduos do direito de construção democrática de seu próprio destino:

Sua concretização passa pela organização coletiva dos participantes, possibilitando desde a abertura de espaços de discussão dentro e fora dos limites da comunidade até a definição de prioridades, a elaboração de estratégias de ação e o estabelecimento de canais de diálogo com o poder público (TENÓRIO; ROZEMBERG, 1997, p. 6).

Como instância global da legitimidade democrática, o povo tem na democracia participativa o viés para propiciar uma forma alternativa na gestão da coisa pública (MÜLLER, 2003). Antes desacreditada e marginalizada, a

democracia participativa tem assumido uma dinâmica transformadora, embora ainda de abrangência limitada e localizada, na medida em que grupos sociais marginalizados têm buscado melhores condições de vida pelo exercício da cidadania. Lüchmann (2007, p. 143) destaca que a legitimidade das decisões políticas advém de processos de discussão que, “orientados pelos princípios da inclusão, do pluralismo, da igualdade participativa, da autonomia e do bem-comum, conferem um reordenamento na lógica de poder tradicional”. A partir da democracia participativa, buscar-se-ia fazer com que os mecanismos de controle da sociedade civil, sob a administração pública, se tornassem mais efetivos, indo além de uma democracia que restringe seu papel apenas no voto, mas, estende-se a democracia à legítima participação da população nos processos decisórios.

A democracia participativa “é construída em torno de uma afirmação central de que os indivíduos e suas instituições não podem ser considerados isoladamente” (PATERMAN, 1992, p. 60). Isto posto, pode-se afirmar que a atuação das instâncias representativas desvinculadas da participação da sociedade é insuficiente para a legitimação do processo democrático; necessária se faz a participação dos governados no processo político e social, por meio da socialização dos indivíduos, nas diversas esferas da vida social. A principal função dessa participação para a teoria da democracia participativa seria a promoção de uma consciência cívica, educativa, em que o cidadão desenvolve habilidades para o desempenho dos procedimentos democráticos. “A participação promove e desenvolve as próprias qualidades que lhe são necessárias, quanto mais os indivíduos participam, melhor capacitados eles se tornam para fazê-lo” (PATERMAN, 1992, p. 61), o que certamente se relaciona ao que Dahl (2001) denomina “treinamento democrático”. O sistema participativo se autossustentaria por meio do impacto educativo do processo participativo.

Em razão do crescente individualismo na sociedade moderna, a que se acrescenta o risco de perda da liberdade, da autodeterminação e da dignidade humana, conduz ao declínio da virtude cívica, evidenciam a necessária busca e o estabelecimento de “um corpo político-social apoiado em laços fortes de solidariedade, o qual só pode ser alcançado por uma prática de ampla participação da população no processo político” (FREY, 2000, p. 89).

Ao traçar o esqueleto do contexto político-democrático, Tocqueville (1987) vislumbra que livres de toda responsabilidade para com seus semelhantes, e ocupados, exclusivamente, com seus interesses pessoais, os indivíduos se entregariam a um perigoso conformismo, aceitando docilmente todas as regras sociais impostas pelo individualismo. Essa passividade, certamente, produziria um comportamento de indiferença para com a gestão da coisa pública, permitindo, assim, que a representação majoritária exercesse um autoritarismo de novo tipo sobre a minoria, autoritarismo este exercido com o consentimento popular, o chamado, “despotismo pelo consentimento do povo” (JASMIM, 1996, p. 27). Tocqueville (1987) conclui que só se pode esperar um envolvimento maior por parte da população na vida política no momento em que a prática pública integrar-se ao mundo dos cidadãos, mostrando-se preocupado com o estabelecimento de uma ordem que seja firmemente ancorada no pensar, no agir e nos costumes da coletividade.

No pensamento tocquevilleano, o individualismo decorrente das condições objetivas da existência social, resulta da ideia democrática de massa de iguais, igualdade de condições, que oferece aos olhares dos homens desprovidos de condições, o desejo de ascensão social e a possibilidade de, por meio de seu próprio esforço, obterem uma posição mais confortável. “Daí a generalização do sentimento do amor ao lucro e da atividade incessante que quer a ampliação do bem-estar material” (JASMIM, 2005, p. 56). Decorre disso, o que Tocqueville (1987) relata como uma instabilidade democrática, em que os

homens precisam despende seu tempo na manutenção de sua posição pessoal, o que resulta em individualismo e indiferença cívica. Tal base individualista, confina os homens no interior dos muros da privacidade, destrói as possibilidades de desenvolverem paixões pela coisa pública, pela participação cívica, de enxergar no seio da sociedade o homem político. Na visão de Jasmin (2005, p. 59), no “mundo burguês, a única paixão política que, ainda, sobrevive é a da tranquilidade pública que exige segurança para o livre gozo dos prazeres privados”.

A lógica da igualdade, para Dahl (2001), estimulou a formação de assembleias locais, em que homens livres pudessem participar das decisões do governo. Segundo Putnam (2002), as democracias escandinavas estão mais próximas do que outras da realização de uma forte democracia representativa constituída por uma base popular sólida. Nesses termos, Marshall (1950 apud AMNA, 2006) afirma que a democracia não pode ser entendida sem a sua estreita dependência com a cidadania, uma vez que os cidadãos estão conectados ideológica e institucionalmente com o Estado. A tradição da participação popular na Suécia reinventou a dinâmica do *riksdag*, ou parlamento, que passou a apresentar fortes canais deliberativos. A democracia sueca, conforme Westerstahl (1970 apud AMNA, 2006), foi interpretada como a realização da vontade coletiva do povo (*folkviljansforverkligande*) por eleição representativa, cuja capacidade de compreender e responder às demandas populares é uma condição prévia para legitimidade e estabilidade do Estado. Assim, o envolvimento do cidadão, a sua participação e a oportunidade de exercer influência são vistos como uma dinâmica eterna necessária para a transparência e a igualdade política (AMNA, 2006).

## 4 A FUNCIONALIZAÇÃO DO CONTRATO PÚBLICO

### 4.1 A Doutrina do Neoconstitucionalismo

O constitucionalismo do pós-guerra, surgido com a reconstitucionalização da Europa após 1945, tem sido considerado o marco histórico do denominado neoconstitucionalismo, que aflorou com vigor, especialmente, na Alemanha e na Itália na segunda metade do século XX. O fenômeno do neoconstitucionalismo, sob o aspecto filosófico, identifica o direito com a lei (CAMBI, 2007). Nessa perspectiva, o comando da lei como expressão da vontade geral foi superada pela hermenêutica jurídica que, ao promover a distinção entre as regras e os princípios, concede força normativa aos princípios para ampliar a efetividade da Constituição.

O neoconstitucionalismo propõe a ampliação da cogência<sup>4</sup> principiológica para garantir a eficácia das regras constitucionais e a materialização dos direitos fundamentais. Com isso, os princípios de direito não mais transparecem como meros vetores de interpretação da norma lacunosa, mas configuram verdadeiros comandos de observância obrigatória.

A junção da ideia de constitucionalismo e democracia produziu uma nova forma de organização política, que culminou com a constituição do chamado Estado Democrático de Direito ou Estado Constitucional de Direito. No Brasil, a ascensão científica do direito constitucional se deu após a

---

<sup>4</sup> A cogência principiológica remete à imperatividade do preceito do princípio. As disposições cogentes do ordenamento são de efeito prescritivo, na medida em que fixam um determinado comportamento de observância obrigatória. Contrariamente aos regramentos dispositivos em que há espaço para a autonomia da vontade, a cogência impõe uma proposição imperativa de comando, aconselhamento ou advertência (MARSHALL, 2010).

promulgação da Constituição de 1988, tendo por marco filosófico a doutrina do pós-positivismo.

O pós-positivismo parte da confluência entre o jusnaturalismo<sup>5</sup> e o positivismo<sup>6</sup>. O jusnaturalismo se funda na crença da existência de princípios de justiça universalmente válidos. Em contraponto, o positivismo, em busca de objetividade científica e da proteção da legalidade estrita, preconiza a subsunção da conduta à norma, sem maiores entraves filosóficos. A corrente pós-positivista busca realizar uma leitura moral do Direito para ir além da legalidade estrita, reaproximando Direito e Filosofia.

Segundo Barroso (2005), o plano teórico do neoconstitucionalismo é marcado por três características fortemente distintivas: o reconhecimento de força normativa à Constituição, a expansão da jurisdição constitucional e o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional. Para o autor, uma das grandes guinadas paradigmáticas ocorridas no século XX foi a superação da visão política da Constituição e a atribuição à norma constitucional do *status* de norma jurídica dotada de imperatividade plena. O caráter de normatividade e cogência das normas constitucionais, destacado por Cambi (2007), assinala uma ruptura do neoconstitucionalismo com a dogmática constitucional tradicional. Em vez de meros vetores de conduta destituídos de

---

<sup>5</sup> O jusnaturalismo ou direito natural pode ser concebido como “conjunto de normas ou de princípios morais, que são imutáveis, consagrados ou não na legislação da sociedade, visto que resultam da natureza das coisas e dos homens” (DINIZ, 2003, p. 37). Na perspectiva jusnaturalista, a moralidade corresponde ao que é permanente e universal na natureza do homem, independentemente de sua cultura ou civilização, sendo algo perceptível de imediato pela razão comum da generalidade dos homens. A lei é imutável, segundo os princípios do jusnaturalismo, sendo o direito natural imanente à natureza humana e independe das leis constituídas na sociedade.

<sup>6</sup> O positivismo jurídico procura reconhecer tão somente o direito positivo como “fenômeno espaciotemporal”, ou seja, “delimita o conhecimento jurídico-científico ao estudo das legislações positivas” ou ao direito vigente e eficaz em uma determinada sociedade (DINIZ, 2003, p. 102).

positividade e eficácia vinculante, a Constituição passa a ser concebida dotada de normatividade plena.

A ideia de supremacia da Constituição atribuiu ao Judiciário a incumbência de promover a proteção das normas constitucionais, causando, consequencialmente, o empoderamento dos Tribunais Constitucionais Superiores incumbidos de realizar o controle de constitucionalidade – difuso (*inter partes*) ou concentrado (*erga omnes*)<sup>7</sup>. O excesso de intervenção do Judiciário provocado pelo ativismo judicial tem sido destacado por Barroso (2005, p. 2) como uma das principais disfunções da constitucionalização do Direito: “a ideia de constitucionalização do Direito está associada a um efeito expansivo das normas constitucionais, cujo conteúdo material e axiológico se irradia, com força normativa, por todo o sistema jurídico”. Os valores estampados no texto constitucional condicionam a validade e o sentido de todas as normas do direito infraconstitucional, repercutindo sobre a atuação dos Poderes.

Na visão de Canotilho (1995), a positividade jurídico-constitucional proposta pelo neoconstitucionalismo significa a vinculação do legislador, de forma permanente, à sua realização, vinculação positiva de todos os órgãos concretizadores (Executivo, Legislativo e Judiciário), os quais devem tomá-las como diretivas materiais permanentes. Além disso, servem de limites materiais negativos dos poderes públicos, devendo ser considerados inconstitucionais os atos que as contrariam. Nesse aspecto, a constitucionalização limita a discricionariedade do Legislativo, estabelecendo regras instrumentais e limites

---

<sup>7</sup> O controle de constitucionalidade difuso ou controle por via de exceção ou defesa, caracteriza-se pela permissão a todo e qualquer juiz ou tribunal realizar no caso concreto a análise sobre a compatibilidade do ordenamento jurídico com a Constituição Federal. O controle concentrado é atribuição exclusiva da Corte Constitucional para processar e julgar as ações que visam a garantir a prevalência das normas constitucionais no ordenamento jurídico.

materiais na elaboração das leis em geral, bem como lhe impõe o dever de atuação em relação às normas programáticas. Quanto ao Poder Judiciário, serve de parâmetro para a interpretação de todo o ordenamento jurídico exercido pelo controle de constitucionalidade. No que se refere à Administração Pública limita o campo da discricionariedade do administrador público, além de impor deveres de atuação e regras de observância obrigatória para legitimação do ato administrativo.

O *caput* do art. 37 da Constituição da República de 1988 (BRASIL, 1988) enuncia os princípios aplicáveis à Administração Pública: legalidade, moralidade, impessoalidade, publicidade e eficiência (princípios constitucionais formais ou expressos). Para além destes, o ordenamento jurídico reconhece outros decorrentes da interpretação da Constituição, chamados de materialmente constitucionais (princípios constitucionais implícitos) igualmente dotados de cogência e de efeito vinculante para os demais poderes e para a Administração Pública.

Na perspectiva da governança pública, o advento do neoconstitucionalismo impõe à atividade estatal a observância dos princípios cujos comandos positivados expressamente ou implicitamente no texto constitucional, determinam ao administrador a adoção de um *dever* de atuação vinculado aos preceitos da Carta Magna. O caráter vinculante das normas e princípios constitucionais impõe ao administrador público o reconhecimento de uma atuação que se fundamenta na *mens legis*<sup>8</sup> constitucional. Nessa perspectiva, a governança deve refletir os anseios expressos material ou formalmente na Constituição da República para que a atuação estatal seja legitimada em seu aspecto político e histórico.

---

<sup>8</sup> *Mens legis* ou "espírito da lei" (Rudolph von Ihering) refere-se ao significado atribuído ao texto jurídico.

## 4.2 A Exegese Constitucional

A hermenêutica constitucional possui especificidades que levaram a doutrina e a jurisprudência a desenvolver ou sistematizar um elenco próprio de princípios de natureza instrumental. Além dos pressupostos básicos da exegese jurídica<sup>9</sup>, como a interpretação gramatical, histórica, sistemática e teleológica<sup>10</sup>, bem como os critérios da hierarquia, temporalidade e especialidade, princípios de natureza instrumental tem sido destacados por vários constitucionalistas para ordenar as circunstâncias em que se prescreve a ordem constitucional. Dentre as técnicas que comportam a “nova interpretação”, incluem-se as cláusulas gerais, os princípios, as colisões de normas constitucionais, a ponderação e a argumentação (BARROSO, 2005).

Os princípios da supremacia da Constituição, o da presunção de constitucionalidade das normas e atos do Poder Público, o da interpretação conforme a Constituição, o da unidade, o da razoabilidade e o da efetividade são destacados por Barroso (2005) como sendo os vetores essenciais da hermenêutica constitucional brasileira. Sem dúvida, o sincretismo metodológico destacado por Barroso (2005), em que se opera a chamada “nova interpretação constitucional”, contribui para o avanço do direito constitucional, ao atribuir

---

<sup>9</sup> A exegetismo se funda na ideia da função específica do jurista de ater-se a revelar o sentido e o alcance do texto legal.

<sup>10</sup> Segundo Diniz (2003), a hermenêutica gramatical, também chamada literal, semântica ou filológica, o hermeneuta busca o sentido literal do texto normativo, buscando estabelecer uma definição, ante a indeterminação dos vocábulos normativos. A interpretação histórica baseia-se na averiguação dos antecedentes da norma referindo-se à averiguação do histórico do processo legislativo, os motivos ensejadores da elaboração da norma e as condições sociais que precederam o surgimento do preceito normativo. O processo de interpretação sistemática considera a amplitude do sistema jurídico em que se insere a norma, relacionando-as com outras normas com idêntico objeto para determinar o seu sentido e alcance. A hermenêutica teleológica tem como objetivo adaptar a norma a sua realidade finalística em razão das novas exigências sociais.

eficácia plena, imperatividade e coercibilidade às disposições constitucionais. Nesse contexto, as normas de interpretação elástica dotadas de “conceitos jurídicos indeterminados<sup>11</sup>” e as normas programáticas não são esvaziadas em seu sentido e alcance, sendo possível a imediata e efetiva garantia dos direitos tutelados.

Segundo Barroso (2005), o reconhecimento de normatividade aos princípios e sua distinção qualitativa em relação às regras é um dos símbolos do pós-positivismo. Princípios são vetores de interpretação do ordenamento jurídico que impõem condutas obrigatórias, embora não detenham comandos descritivos de regras de conduta. A existência de colisões de normas constitucionais e entre princípios impõe ao intérprete a ponderação dos valores sobrepujados, a fim de atingir concretamente o sentido e o alcance da norma. A definição do conteúdo de cláusulas como dignidade da pessoa humana<sup>12</sup>, a razoabilidade e a eficiência transfere para o intérprete uma dose importante de discricionariedade, em cuja argumentação deverá extrair toda a densidade normativa para possibilitar a solução do caso *in concreto*. Ao lidar com questões de ordem pública, interesse social, boa fé, função social, dentre outras, o intérprete precisa fazer a valoração de fatores objetivos e subjetivos, presentes na realidade fática, de modo a obter a solução que não se encontra integralmente no enunciado normativo, necessitando realizar toda uma análise perfunctória para sustentar a validade do argumento que torna plausível a integração da norma.

---

<sup>11</sup> As denominadas cláusulas gerais ou conceitos jurídicos indeterminados contêm termos ou expressões de textura aberta, dotados de plasticidade, que fornecem um início de significação a ser complementado pelo intérprete, levando em conta as circunstâncias do caso concreto.

<sup>12</sup> Para Cambi (2007), com o advento do neoconstitucionalismo e do pós-positivismo, a dignidade da pessoa humana passa a ser o núcleo axiológico da tutela jurídica, cuja acepção ontológica se estende para toda e qualquer relação em que, pela manifestação do poder, uma pessoa tivesse seus direitos fundamentais violados ou ameaçados de lesão.

### 4.3 A Teoria Funcionalista do Contrato Público: o Estruturalismo de Perlingieri

Em termos gerais, o contrato pode ser concebido como a relação jurídica negocial estabelecida em comum entendimento pelas partes signatárias, tornando obrigatórias as disposições aventadas na esfera interindividual. Como regra, a manifestação da vontade faz lei entre as partes como reflexo do axioma da “*pacta sunt servanda*”<sup>13</sup>. A liberdade de contratar, entretanto, sofre algumas limitações irradiadas pelo ordenamento jurídico, especialmente no que diz respeito aos contratos de direito público.

A função social do contrato administrativo se expressa por meio de institutos presentes de forma difusa no ordenamento e no regime juspublicista. Pelo princípio, o contrato é considerado um fim que se justifica com a imposição de preceitos inderrogáveis e inafastáveis pela vontade das partes. Sob o aspecto da transcendência das disposições contratuais, ao lado de atender aos interesses privados, a função social importa a imposição de deveres extracontratuais e socialmente relevantes tutelados constitucionalmente nas contratações públicas. Logo, deduz-se que, ao lado de atender os próprios interesses perseguidos pelo regulamento contratual, o contrato público deve perseguir interesses extracontratuais socialmente relevantes, dignos de tutela jurídica. Tais interesses dizem respeito, dentre outros, à proteção ao meio ambiente e à mitigação da livre concorrência em prol da igualdade substancial entre os indivíduos.

A função social do contrato deve ser entendida como princípio que, informado pelos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), do valor social da livre iniciativa (art. 1º, IV) e da igualdade substancial (art. 3º, III) e da solidariedade social (art. 3º, I) impõe às partes o dever de

---

<sup>13</sup> Do latim "os pactos devem ser respeitados" ou ainda "os acordos devem ser cumpridos". Segundo o axioma da *pacta sunt servanda*, o contrato faz lei entre as partes.

perseguir, ao lado de seus interesses individuais, interesses extracontratuais socialmente relevantes que se relacionam com o contrato ou são por ele atingidos (BRASIL, 1988).

Perlingieri (2002), ao correlacionar os efeitos estruturais e funcionais do contrato, compreende que a função social associa-se ao fenômeno conhecido como “funcionalização das estruturas jurídicas”. Enquanto a estruturação regula os poderes conferidos ao titular da situação jurídica subjetiva, a funcionalização explicita a finalidade prático-social a que se destina a contratação pública. O aspecto funcional condiciona o estrutural, determinando a disciplina jurídica aplicável às situações jurídicas subjetivas.

As situações subjetivas podem ser consideradas ainda sob dois aspectos: aquele funcional e aquele normativo ou regulamentar. O primeiro é particularmente importante para a individuação da relevância, para a qualificação da situação, isto é, para a determinação da sua função no âmbito das relações sócio-jurídicas. [...] No ordenamento, o interesse é tutelado enquanto atende não somente ao interesse do titular, mas também àquele da coletividade (PERLINGIERI, 2002, p. 106).

Desse modo, os legítimos interesses individuais somente merecerão tutela na medida em que se transformem em interesses socialmente relevantes, posto que alheios à esfera individual, venham a ser igualmente tutelados. Vincula-se, assim, a proteção dos interesses privados ao atendimento de interesses sociais, a serem promovidos no âmbito da atividade econômica (socialização dos direitos subjetivos).

A função social, como um princípio ordenador de condutas que extravasam a esfera individual de interesses dos contratantes em prol de interesses públicos subjetivos, pode ensejar a mitigação ao direito de concorrência em prol do atendimento do princípio do desenvolvimento nacional sustentável erigindo no regime diferenciado de contratações públicas (BRASIL,

2011b). A proteção ao meio ambiente, como princípio transnacional que ultrapassa a esfera de interesses individuais, tem na função social do contrato administrativo o argumento válido para criar preferências, dando lugar ao exame do merecimento de tutela para o caso em concreto.

O contrato administrativo, como instrumento de concretização do interesse público, como a defesa da sustentabilidade ambiental, insere-se na perspectiva de governança de Löffler (2001), segundo o qual a governança pública deve buscar soluções para os problemas sociais da sociedade contemporânea do mundo globalizado. Para criar um futuro sustentável, a governança propõe que o contrato público esteja inserido na acepção funcionalista, alinhando-se, portanto, com os objetivos políticos do Estado.

A função social, assim, será relevante para orientar a conduta do gestor público, ensejando novas interpretações do ordenamento jurídico que orientem para a realização de contratações que atinjam, diretamente, interesses externos à estrutura contratual, passando a consubstanciar instrumento para a concretização das finalidades públicas do Estado.

## 5 METODOLOGIA

O presente trabalho de pesquisa teve um caráter eminentemente exploratório. A concepção de pesquisa, no modelo proposto, foi definida em Malhorta (2006), que apresenta uma estrutura de pesquisa genérica para a administração. Malhorta (2006) propõe a realização de pesquisa exploratória nos casos em que existe a necessidade de maior precisão do problema, no desenvolvimento de hipóteses e no estabelecimento de prioridades de pesquisa, sendo um processo flexível e não estruturado. No presente trabalho, a pesquisa exploratória será representada pelo desenvolvimento da revisão bibliográfica e do referencial teórico sobre a temática proposta.

A análise de um fenômeno jurídico, proposto no presente trabalho, buscará estabelecer a interdisciplinaridade entre a Ciência Jurídica e a Administração Pública, como fator positivo para a evolução do conhecimento na área, buscando uma cooperação teórica entre os dois campos de conhecimento.

Considerando a amplitude e a complexidade do tema, percebe-se que o mesmo poderia ser tratado com vários enfoques e linhas metodológicas. Entretanto, optou-se pela linha jurídico-sociológica proposta por Herrea (1998) e Witker (1985) apud Gustin e Dias (2010) para compreender o fenômeno jurídico da funcionalização contratual em um ambiente social mais amplo. Segundo os autores, a vertente jurídico-sociológica analisa o Direito como uma variável dependente da sociedade e se preocupa com a realização concreta dos objetivos propostos pela lei, por regulamentos de todas as ordens e de políticas públicas ou sociais. Isto posto, a vertente jurídico-sociológica, ao se comprometer com a análise de demandas e de necessidades sociais e de sua adequação aos institutos jurídicos, sociais e políticos, serve como pano de fundo para a discussão proposta.

Por meio do método de abordagem teórico-comparativo, objetiva-se tecer algumas comparações entre os modelos tradicional e diferenciado de contratações, como forma de propiciar conclusões acerca de seu atendimento aos anseios da sociedade. Por fim, será utilizado o método monográfico donde poderão ser estabelecidas diversas avaliações acerca de normas e princípios aplicáveis ao tema. Para tanto, o estudo pretende versar sobre diversas polêmicas acerca da introdução do regime diferenciado de contratações públicas, no contexto brasileiro, sob um enfoque eminentemente constitucional e de acordo com a dimensão do impacto na governança pública.

O percurso metodológico do presente estudo foi compreendido em quatro etapas distintas e complementares:

(i) a realização de pesquisa bibliográfica para desenvolver o referencial teórico necessário à análise e compreensão da Governança Pública e do regime diferenciado de contratações públicas e a correlação entre os institutos sob a ótica principiológica;

(ii) a realização de um processo de análise de conteúdo da legislação pertinente à matéria, como o escopo de estabelecer um panorama comparativo entre a modelo tradicional de licitações e o regime diferenciado de contratações públicas, destacando avanços e limitações;

(iii) a análise do procedimento licitatório do regime diferenciado de contratações, com enfoque prático para o gestor público, e

(iv) a identificação de possíveis vantagens comparativas dos institutos típicos do regime diferenciado de contratações para o fortalecimento da governança pública, identificando avanços e distorções.

Para alcançar os objetivos propostos neste trabalho, foi realizado o levantamento do referencial teórico do tema proposto com a sistematização de estudos publicados na literatura de alto impacto na área de governança pública, na doutrina constitucionalista, administrativista e civilista e na legislação federal

de regência da matéria. A seguir, desenvolveu-se a problematização teórica do tema central do estudo.

A pesquisa bibliográfica foi constituída, considerando a coleta de informações em livros e periódicos, que tratavam do tema objeto da pesquisa, além de consultas a estudos acadêmicos, para a construção do substrato teórico sobre o qual o trabalho se debruça.

O processo de análise de conteúdo da legislação pertinente buscou estabelecer uma base comparativa entre o modelo tradicional e o regime diferenciado, destacando tendências e disfunções entre os regimes de contratação.

Segundo Salinas (2008), o método de avaliação legislativa busca (i) explorar, descrever ou explicar os fenômenos sociais que ensejam a elaboração de uma norma; (ii) os objetivos estabelecidos pelo legislador; (iii) os instrumentos de intervenção selecionados pelo legislador para promover os objetivos pretendidos; (iv) os efeitos produzidos pela intervenção legislativa; (v) a relação entre causa e efeito entre os objetivos pretendidos e os resultados obtidos com a produção da norma; (vi) as causas determinantes dos efeitos detectados.

A avaliação legislativa realizada pretendeu explorar o conteúdo normativo da Lei 12.462/2011 e do Decreto nº 7.581/2011, que trata sobre o regime diferenciado de contratações públicas, relativamente ao que se optou em denominar “modelo tradicional de contratação pública”, para responder às questões propostas e identificar avanços ou retrocessos na modalidade licitatória objeto do estudo (BRASIL, 2011a, 2011b).

## **6 O REGIME DIFERENCIADO DE CONTRATAÇÕES PÚBLICAS: ASPECTOS TEÓRICOS E PRÁTICOS**

Em um cenário marcado pela infringência de dispositivos rígidos e inflexíveis e regramentos distantes da realidade administrativa, o campo das contratações públicas no Brasil se apresenta, no início do século XXI, marcado pelo forte traço da burocracia.

O modelo tradicional de contratações, normatizado pela Lei Geral de Licitações – Lei nº 8.666/1993 (BRASIL, 1993), foi objeto de inúmeras críticas ao longo de sua vigência, principalmente em razão do formalismo excessivo, traço do modelo burocrático que se instalou na administração pública brasileira após o advento da Constituição da República de 1988. Como tentativa de tornar mais céleres e eficientes as contratações do Estado, vislumbrou-se a adoção da sistemática do pregão eletrônico, veiculado pela Lei nº 10.520/2002 (BRASIL, 2002). Com efeito, a modalidade de pregão tornou as contratações públicas de fornecimento de bens e serviços – e, ainda, obras e serviços de engenharia, conforme a hermenêutica proposta pelo Tribunal de Contas da União, mais ágeis e eficientes em alguns aspectos. Todavia, sobram, ainda, críticas quanto à capacidade do sistema de licitações brasileiro de atender a tempo e a contento as necessidades da administração pública, fazendo emergir um novo modelo de contratação para o Estado.

Como via alternativa, o Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC, instituído pela Lei nº 12.462/2011 e regulamentado pelo Decreto nº 7.581/2011, foi criado com a finalidade precípua de atender a uma necessidade contingencial do Estado de conferir celeridade às contratações para a realização de obras para eventos esportivos no Brasil. Entretanto, a nova sistemática de contratação vem se consolidando como uma nova modalidade de licitação em caráter permanente, na medida em que o rol de objetos possíveis de serem

contratados pelo RDC foi, significativamente, ampliado por meio de sucessivas alterações legislativas (BRASIL, 2011a, 2011b).

O regime diferenciado de contratações públicas se orienta pelos princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da eficiência, da probidade administrativa, da economicidade, do desenvolvimento nacional sustentável, da vinculação ao instrumento convocatório e do julgamento objetivo (BRASIL, 2011b). A previsão do critério de sustentabilidade nas licitações públicas tem o seu aprofundamento de objetivos no RDC, na medida em que o regime prevê medidas de observância obrigatória para a concretização das chamadas licitações verdes. A observância das normas relativas à Política Nacional de Resíduos Sólidos, a disposição final, ambientalmente, adequada dos resíduos sólidos gerados pelas obras contratadas ou a adoção de medidas ambientais compensatórias são regramentos consolidados no regime diferenciado.

O RDC tem por objetivos ampliar a eficiência nas contratações públicas e a competitividade entre os licitantes, promover a troca de experiências e tecnologias em busca da melhor relação entre custos e benefícios para o setor público, incentivar a inovação tecnológica e assegurar tratamento isonômico entre os licitantes e a seleção da proposta mais vantajosa para a administração pública. No regime diferenciado, a busca da maior vantagem para a Administração Pública não está atrelada necessariamente à ideia de maior vantagem de natureza econômica, mas antes considera os custos diretos e indiretos da contratação, inclusive os de natureza social e ambiental, as vantagens quanto à manutenção e o desfazimento dos bens e resíduos, bem como considera a depreciação econômica e outros fatores de igual relevância a que estiverem atrelados (BRASIL, 2011b).

Relativamente ao regime tradicional de contratações, alguns preceitos apregoados pelo novo sistema de contratações manifestam-se como

completamente distintos. Este antagonismo é fruto de um rompimento de fundamentos e de objetivos. Logo, em uma breve análise, por mera comparação legal, surte efeitos anômalos, oferecendo solução para alguns e entraves para outros no certame licitatório.

### **6.1 Antecedentes Históricos**

O compromisso assumido no cenário internacional pelo Estado brasileiro de realizar eventos esportivos de grande vulto no país e a necessidade decorrente de promover contratações céleres e eficientes, exigiu do Poder Público a concepção de um novo modelo de licitações públicas marcado pela racionalização e a padronização do procedimento administrativo. Em decorrência, em maio de 2010, foram editadas as Medidas Provisórias nº 488 e 489, que ao disciplinarem a sistemática de contratações para atender a uma demanda contingencial do Estado, consolidaram um novo modelo de contratações públicas – o Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC).

Instaurado por iniciativa do Poder Executivo, as medidas provisórias que criaram o RDC perderam a sua eficácia pelo decurso do tempo e a inércia legislativa. Por essa razão, a matéria foi reintroduzida, em regime de urgência, no texto da Medida Provisória nº 527, que acabou por ser convertida na Lei Federal nº 12.462/2011, também denominada “Lei da Copa” (BRASIL, 2011b).

A veiculação consecutiva da matéria por meio de dupla iniciativa do Chefe do Poder Executivo e o desvio temático do conteúdo inicial da Medida Provisória nº 527, ocasionaram diversas discussões doutrinárias a respeito da legitimidade do processo legislativo de conversão da Medida Provisória nº 527, por aparente violação do art. 7º, inciso II, da Lei Complementar Federal nº 95: “a lei não conterá matéria estranha a seu objeto ou a este não vinculada por afinidade, pertinência ou conexão” (BRASIL, 1998). Considerando que a

Medida Provisória nº 527 versava unicamente sobre matéria afeta à organização administrativa federal, a emenda que introduziu o RDC em seu texto não possuiria pertinência temática com o conteúdo inicial da medida provisória, eivando, portanto, de nulidade o processo legislativo de conversão.

Para Zockun (2012), a impertinência temática entre a emenda que incluiu o RDC no texto da Medida Provisória nº 527, não acarreta a invalidade da Lei Federal nº 12.464/2011. Segundo Zockun (2012), a Lei Complementar nº 95 (BRASIL, 1998) não prevê sanção ao descumprimento de suas disposições, portanto, seria defeso ao Poder Judiciário atuar como legislador positivo em hipóteses em que a lei não faz reprimenda à sua violação.

Destarte, observa-se que, embora de fato a Lei Complementar nº 95 não estabeleça sanção ao desatendimento do preceito de pertinência temática na aglutinação de temas no texto de medida provisória, o sistema de controle de constitucionalidade brasileiro estabelece que a violação do procedimento legislativo se apresente como motivo que ocasiona a inconstitucionalidade formal da lei. Segundo Barroso (2008), a Constituição da República disciplina tanto o modo de produção de leis e demais atos, por meio da definição de competências e procedimentos, como determina condutas a serem seguidas, enuncia valores a serem preservados, denotando sua dimensão substantiva. Assim, a inconstitucionalidade formal decorre da criação de um ato legislativo em desconformidade com normas de competência e os procedimentos estabelecidos para o seu devido ingresso no ordenamento jurídico.

Isto posto, considerando a divergência surgida a respeito da inconstitucionalidade formal da Lei nº 12.462/2011 em sede das Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 4.645 e 4.655, a Corte Constitucional brasileira ao emitir juízo definitivo a respeito da ocorrência de vício insanável no processo legislativo de sua formação, declarará ou não a perda da eficácia do ato

normativo com efeito *erga omnes*<sup>14</sup>. Por consequência, tal decisão afetará de forma conclusiva o Regime Diferenciado de Contratações Públicas e o modo como se consolidará no Estado Brasileiro. Se considerada inconstitucional a norma de instauração do RDC, a reintrodução legislativa da matéria poderá apresentar retrocessos, se desconsiderados os motivos ensejadores da medida em razão da desnaturação da necessidade contingencial do Estado, ou ainda, apresentar avanços, se na reintrodução da matéria forem identificadas as anomalias do regime passíveis de adequação e correção.

## 6.2 O Âmbito de Alcance do Regime Diferenciado de Contratações Públicas

O RDC foi instituído por lei especial<sup>15</sup> em relação à Lei Geral de Licitações e à Lei do Pregão Eletrônico. Na qualidade de lei especial, editada, posteriormente, a outras leis de caráter geral, embora regule de forma autônoma as situações previstas, não revoga as normas previstas no modelo tradicional de contratações, mas confere tratamento especial a situações específicas. Em outras palavras, o regime diferenciado e o modelo tradicional podem conviver

---

<sup>14</sup> A expressão *erga omnes*, de origem latina, significa "*para todos*", e implica em linguagem jurídica, que um determinado ato ou decisão tem efeito contra todos, pois o comando de conteúdo decisório se destina a todos os indivíduos da população. Antagonicamente, o efeito *inter partes* se refere à decisão ou ato normativo que se destina a uma situação singular ou "entre as partes". No caso das decisões emanadas do Supremo Tribunal Federal, as decisões definitivas de mérito, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal (art. 102, § 2º, da Constituição Federal de 1988), em que efeito *erga omnes* decorre do reconhecimento da repercussão geral da matéria (BRASIL, 1988a).

<sup>15</sup> Considera-se lei de natureza especial a norma que rege um ou mais fatos sociais, ou parte de certa matéria, de modo particular, excepcional ou supletivo. Segundo Ferreira e Santos (2012), a lei especial é aquela norma editada posteriormente a outras leis de caráter geral, que passa a regular de forma diversa e autônoma as situações com constituem o suporte fático da situação jurídica regulada.

simultânea e harmonicamente no ordenamento jurídico, *cada qual em seu âmbito de aplicação devidamente delimitado e demarcado* (FERREIRA; SANTOS, 2012).

A adoção do RDC é facultativa e o âmbito de incidências de suas regras é expressamente previsto em lei. Somente poderão adotar o regime diferenciado de contratações públicas, as licitações que tenham por objeto a realização dos Jogos Olímpicos e Paraolímpicos de 2016, da Copa das Confederações da Federação Internacional de Futebol e da Copa do Mundo de 2014 e as obras de infraestrutura e de contratação de serviços para os aeroportos das capitais dos Estados da Federação distantes até 350 Km das cidades sedes dos mundiais. Em momento posterior, foram introduzidas, em seu âmbito de aplicabilidade, as ações integrantes do Programa de Aceleração do Crescimento – PAC (Lei nº 12.688/2012) e as obras e serviços de engenharia do Sistema Único de Saúde – SUS (Lei nº 12.745/2012). A seguir, a Lei 12.722/2012, acrescentou as obras e serviços de engenharia no âmbito dos sistemas públicos de ensino.

Para Ferreira e Santos (2012), para aferir sobre a possibilidade de utilizar o regime diferenciado de contratações, a autoridade competente deverá correlacionar o objeto da licitação com as hipóteses de admissibilidade previstas no art. 1º da Lei nº 12.462/2011, e em despacho motivado, indicar a razões para a adoção do RDC. Segundo os autores, o regime diferenciado não poderá ser utilizado pelo simples fato do ente federado ter participação na organização dos eventos esportivos, sendo necessário que a contratação tenha vínculo efetivo com as competições.

A adoção do regime diferenciado de contratações públicas fora das hipóteses previstas na lei de regência, importa a nulidade de todos os atos do processo administrativo licitatório incompatíveis com a Lei Geral de Licitações. Via de regra, se a nulidade ocorre *ab initio* no procedimento licitatório e não podendo os atos serem convalidados, todos aqueles que lhe forem posteriores –

inclusive o contrato administrativo, serão nulos, devendo, assim, serem declarados pela administração pública no exercício do seu poder de autotutela. A nulidade, em face de ilegalidade em matéria de ordem pública, não se trata de mera faculdade, mas impõe um dever de ação para a Administração. Em se mantendo inerte, o ato ilegal, ainda assim, não se convalida, podendo a autoridade judiciária invalidar o ato em sede de controle judicial dos atos da Administração Pública.

### **6.3 O Procedimento Licitatório do RDC**

O procedimento de licitação instituído no Regime Diferenciado de Contratações Públicas possui características próprias e noções singulares.

Para promover a celeridade na contratação, o regime conta com a padronização dos instrumentos e a inversão das fases do procedimento, cuja principal inovação é a transferência da fase de habilitação ao momento imediatamente anterior ao encerramento da licitação. Como regra no regime diferenciado, somente serão averiguados os requisitos de habilitação do licitante vencedor do certame e após a fase de julgamento das propostas.

Para efeitos de comparação, a habilitação dos licitantes no modelo tradicional é sempre anterior ao julgamento das propostas (BRASIL, 1993). A averiguação prévia da habilitação de todos os licitantes participantes do certame, como condicionante para a participação na licitação, produz o efeito anômalo de morosidade no procedimento, pois além da necessidade de verificação de toda a documentação de habilitação exigida no ato convocatório, em geral o procedimento é suspenso para a abertura do prazo recursal do resultado da fase de habilitação (art. 109, inc. I, alínea “a”, da Lei nº 8.666/93). No regime diferenciado, a fase recursal, em regra, é *una* e abrange todas as fases anteriores do procedimento (art. 12, inc. VI, da Lei nº 12.462/2011).

De acordo com o art. 12 da Lei nº 12.462/2011 (BRASIL, 2011b), adotado o regime diferenciado, o procedimento licitatório seguirá as seguintes fases, nesta ordem: i) fase preparatória; ii) publicação do instrumento convocatório; iii) apresentação de propostas ou lances; iv) julgamento; v) fase de habilitação; vi) fase recursal; vii) encerramento da licitação.

### **6.3.1 Fase preparatória**

Na fase preparatória, a administração pública elaborará os atos do procedimento e expedirá os documentos necessários para a caracterização do objeto a ser licitado e para a definição dos parâmetros e critérios do certame. O objeto da licitação deverá ser definido de forma clara e precisa no instrumento convocatório, sem especificações excessivas, irrelevantes ou desnecessárias.

Após a análise de enquadramento em umas das hipóteses previstas no art. 1º da Lei 12.462/2011 (BRASIL, 2011b) e às finalidades do regime diferenciado de contratações, a autoridade pública competente, em despacho fundamentado, determinará a abertura do procedimento licitatório com fundamento no RDC. Os fundamentos evocados pela autoridade pública deverão destacar os pressupostos de fato e de direito que suficientemente justifiquem a opção pelo regime diferenciado, pois, como dito, a adoção errônea do regime em hipótese de contratação não incidente, acarreta, inevitavelmente, a nulidade dos atos do procedimento incompatíveis com a Lei Geral de Licitações.

Inicialmente, a Administração deverá promover estudos técnicos para a definição do objeto da contratação, do orçamento e do preço de referência ou da remuneração ou, ainda, do prêmio, conforme o critério de julgamento adotado. Após, definirá os requisitos de conformidade das propostas e os requisitos de habilitação dos licitantes, levando em consideração as peculiaridades do objeto a ser licitado. A seguir, buscará definir as cláusulas que deverão constar do

contrato, inclusive as referentes a sanções e, quando for o caso, a prazos de fornecimento.

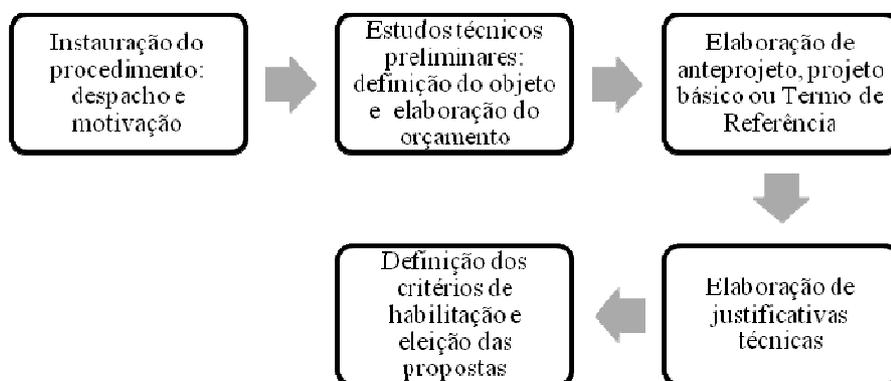
O procedimento da licitação, com a indicação da forma de execução, do modo de disputa e do critério de julgamento, deverá estar suficientemente descrito no ato convocatório da licitação.

Nota-se que sempre que se pretender a inversão das fases do procedimento, que no caso do RDC, é a transferência da fase de habilitação dos licitantes em momento anterior do oferecimento das propostas e lances (art. 14, do Decreto n° 7.581/2011), o processo deverá ser instruído com justificativa técnica, aprovada pela autoridade competente. De forma semelhante, o processo, também, deverá ser instruído com justificativas, quando houver a indicação de marca ou modelo, houver a exigência de amostra do produto ou a exigência de certificação da qualidade do produto ou do processo de fabricação, bem como se houver a exigência de carta de solidariedade emitida pelo fabricante (art. 4º, inc. IV, do Decreto n° 7.581/2011) (BRASIL, 2011a).

No caso das licitações em que o critério de julgamento seja *melhor técnica e preço*, também, será exigida a respectiva justificativa para se averiguar os critérios de ponderação na avaliação das propostas eleitas pela Administração. Haverá justificativa, ainda, quando o objeto da licitação for dividido em lotes ou parcelas para ampliar a competitividade do mercado, desde que não haja perda de economia de escala. Nesse caso, deverá ser demonstrada a vantajosidade da opção e a viabilidade técnica e econômica da medida.

Nos atos preparatórios, a Administração, também, deverá indicar a fonte de recursos suficiente para a contratação e instruir o processo com a declaração de compatibilidade com o plano plurianual, no caso de investimento cuja execução ultrapasse um exercício financeiro.

Na fase preparatória, a administração procederá aos estudos técnicos e à formulação do Termo de Referência<sup>16</sup> ou do projeto básico e do projeto executivo, conforme o caso, para a contratação de obras e serviços de engenharia, ou ainda, do anteprojeto da obra ou serviço de engenharia, quando se tratar de hipótese de contratação integrada.



FI

GURA 1: Fase preparatória

### 6.3.1.1 A Elaboração dos Projetos de Engenharia

Em não se tratando de contratação integrada, o instrumento convocatório deverá vir acompanhado de projeto básico elaborado pela Administração. O projeto básico de uma obra ou serviço de engenharia constitui o conjunto de

<sup>16</sup> O Termo de Referência corresponde ao conjunto de elementos necessários e suficientes, com nível de precisão adequado, para caracterizar os serviços a serem contratados ou os bens a serem fornecidos (art. 4º, inc. VII, do Decreto nº 7.581/2011).

elementos necessários e suficientes, com nível de precisão adequado, para caracterizar a obra ou serviço de engenharia ou complexo de obras ou serviços objeto da licitação, considerando as indicações de serviços técnicos preliminares, para fins de assegurar a viabilidade técnica e o adequado tratamento do impacto ambiental do empreendimento, possibilitar a avaliação do custo da obra ou serviço e a definição dos métodos e do prazo de execução (BRASIL, 1993).

Na hipótese de contratação integrada, apenas o anteprojeto da obra ou serviço de engenharia deverá ser elaborado pelo poder público, que enumerará os dados técnicos para a caracterização do objeto pretendido pela Administração, além de fornecer as seguintes diretrizes: a justificativa do programa de necessidades, a visão global dos investimentos e as definições quanto ao nível de serviço desejado, as condições de solidez, segurança, durabilidade e prazo de entrega, a estética do projeto arquitetônico e os parâmetros de adequação ao interesse público, à economia na utilização, à facilidade na execução, os impactos ambientais e à acessibilidade.

À guisa de melhores definições para a completa caracterização da obra ou serviço, a composição dos custos da obra ou serviço de engenharia tem como parâmetro no regime diferenciado, os custos unitários e de insumos ou serviços menores ou iguais à mediana de seus correspondentes no Sistema Nacional de Pesquisa de Custos e Índices da Construção Civil (SINAPI) ou na tabela do Sistema de Custos de Obras Rodoviárias (SICRO), em caso de obras rodoviárias (art. 8º, §3º), seguindo a tendência jurisprudencial do Tribunal de Contas da União. Dessa forma, a estimativa dos custos da obra tem como base tabelas de referência, formalmente, aprovadas no âmbito de órgãos ou entidades da administração pública, em sistema específico de pesquisa de mercado.

Apesar da tentativa de buscar-se a adoção de um critério homogêneo na definição precisa do custo da obra pública, Ferreira e Santos (2012) advertem

que a adoção de um orçamento sintético ou metodologia expedida ou paramétrica (art. 9º, §2º, inciso II, da Lei 12.462/2011) como referência na contratação, poderá produzir resultados econômicos e jurídicos desastrosos para a Administração. As avaliações, considerando tais critérios de aferição, são realizadas por meio de indicadores que refletem custos médios por unidades de obras de edificações (metros quadrados), cujo grau de imprecisão produz apenas um indicativo do custo do empreendimento. A supressão do orçamento detalhado em planilhas, que oferece uma dimensão exata dos custos da obra, poderia gerar toda espécie de distorções, anomalias e fraudes na licitação, pois não se saberia precisar, objetivamente, o custo da contratação pública.

Dal Pozzo (2012) destaca, ainda, a possibilidade de o administrador encontrar lacunas nas tabelas SINAPI, fato impeditivo para dimensionar o custo da obra pública, além de ponderar que tais preços podem estar distantes da realidade mercadológica, considerando as discrepâncias de preços nas diversas regiões do Brasil.

Alternativamente, ao levantamento dos custos do empreendimento com base nos sistemas SINAPI e SICRO, os governos estaduais, distrital e municipais, desde que a obra ou serviço de engenharia não envolvam recursos federais, podem adotar outros sistemas de custos anteriormente adotados pelos respectivos entes e aprovados pelos tribunais de contas (art. 8º, §6º). Entretanto, se em tais obras forem empregados recursos advindos dos orçamentos da União, ainda que com fundamento na descentralização orçamentária, a adoção dos sistemas SINAPI e SICRO apresenta-se como regra, aplicando-se a previsão do §3º do art. 8º da lei do RDC.

O projeto executivo, constituído do conjunto dos elementos necessários e suficientes à execução completa da obra, de acordo com as normas técnicas pertinentes (art. 2º, inciso V, da Lei 12.462/2011), poderá ser elaborado em momento posterior ao da publicação do instrumento convocatório, podendo ser

desenvolvido, concomitantemente, durante a elaboração do projeto básico no caso da contratação integrada (DAL POZZO, 2012).

### **6.3.1.2 Os Regimes de Execução**

De acordo com as finalidades pretendidas com a contratação, o regime de execução deverá ser fixado no instrumento convocatório. Os regimes de execução passíveis de adoção são aqueles enumerados no art. 8º da Lei 12.462/2011: i) o regime de empreitada integral; ii) o regime de empreitada por preço global; iii) o regime de empreitada por preço unitário; iv) a contratação por tarefa; v) a contratação integrada.

Se adotado o regime de execução de empreitada integral, o objeto contratado engloba o empreendimento em sua integralidade, compreendendo a totalidade das etapas da obra, serviços e instalações necessárias. Na hipótese, o contratado deverá entregar o objeto contratado em perfeitas condições para uso imediato da Administração e sob a sua inteira responsabilidade.

No regime de execução de empreitada por preço global, o contratado se obriga pela execução da obra ou serviço por preço certo e total, enquanto que no regime de empreitada por preço unitário, o objeto é desmembrado em unidades determinadas (metros quadrados e quilômetros).

Justen Filho (2012) diferencia os regimes de execução tendo por critério a abrangência da prestação imposta ao contratado. Se o escopo da licitação é a obtenção de um empreendimento pronto e acabado em sua integralidade, a opção deverá ser pelo regime de empreitada integral. Se, por sua vez, a obra puder ser fracionada, os regimes de execução convergirão ou para a empreitada por preço global ou para a empreitada por preço unitário.

A empreitada por preço global deverá ser adotada quando a fração da obra seja contratada por um preço que abranja todas as prestações do particular

(DI PIETRO, 2009). Em se desmembrando a obra ou serviço em partes unitárias ou em unidades de execução, o regime de execução deverá ser o de empreitada por preço unitário.

O regime de execução de contratação por tarefa deverá ser adotado, quando o objeto da licitação se ajusta à mão de obra para pequenos trabalhos por preço certo, com ou sem fornecimento de materiais - art. 2º, inc. VI, da Lei 12.462/2011 (BRASIL, 2011b).

A contratação integrada poderá ser adotada quando, nas licitações de melhor técnica e preço, pretender-se transferir ao contratado, de forma concomitante, o ônus da elaboração do projeto básico e a execução da obra ou serviço. Nessa hipótese, o empreendimento é transferido em sua totalidade ao contratado, que será responsável pela concepção e execução do projeto da obra ou serviço de engenharia em sua totalidade.

Diante das hipóteses apresentadas, a autoridade competente deverá, portanto, analisar as variantes que permeiam a hipótese de contratação em concreto, para definir a adequação de regime de execução eleito para a obra ou serviço, fazendo-se as devidas projeções quanto às finalidades perseguidas com a contratação.

### **6.3.2 Publicação do Instrumento Convocatório**

A adoção do RDC deverá constar de forma expressa no instrumento convocatório (art. 1º, §2º, da Lei 12.462/2011) e de forma imediata, resultará no afastamento das normas contidas na Lei nº 8.666/93, exceto quando a própria lei excepcionar a regra.

O extrato do instrumento convocatório conterà a definição precisa, suficiente e clara do objeto, a indicação dos locais, dias e horários em que poderá ser consultada ou obtida a íntegra do instrumento convocatório, bem

como o endereço onde ocorrerá a sessão pública, a data e hora de sua realização e a indicação de que a licitação, na forma eletrônica, será realizada por meio da internet (art. 11, §1º, do Decreto 7.581/2011).

Os prazos para publicação dos atos do procedimento variam conforme a finalidade da contratação (art. 15, da Lei 12.462/2012).

No caso da aquisição de bens, o prazo para a apresentação das propostas será de, no mínimo, 5 (cinco) dias úteis, contados a partir da data de publicação do instrumento convocatório, quando adotado os critérios de julgamento *menor preço* ou *maior desconto*; ou de 10 (dez) dias úteis nas demais hipóteses.

Na hipótese de contratação de serviços e obras, o ato convocatório deverá ser publicado com antecedência mínima de 15 (quinze) dias úteis, quando adotados os critérios de julgamento de *menor preço* ou *maior desconto* e, de 30 (trinta) dias úteis, nas demais hipóteses.

Nas licitações em que se adote o critério de julgamento de *maior oferta*, o prazo para apresentação das propostas será de, no mínimo, 10 (dez) dias úteis.

Quando o critério de julgamento combinar as variáveis *melhor técnica* e *melhor preço*, como a hipótese de contratação integrada, ou ainda, *melhor técnica* ou *melhor conteúdo artístico*, o prazo mínimo para apresentação das propostas será de 30 (trinta) dias úteis, contados da publicação do instrumento convocatório.

A publicidade aos procedimentos licitatórios e aos procedimentos de pré-qualificação deverá ser realizada no Diário Oficial da União, do Estado, do Distrito Federal ou do município, bem como no sítio eletrônico oficial do ente federado contratante e, facultativamente, em jornal diário de grande circulação. Nota-se que a o art. 15, §2º, da Lei nº 12.462/2011, dispensa a publicação nos Diários Oficiais das licitações cujo valor não ultrapasse R\$150.000,00 (cento e cinquenta mil reais) para obras e R\$80.000,00 (oitenta mil reais) para bens e serviços, inclusive de engenharia (art. 15, §2º). Nesses casos, os atos do

procedimento poderão ser restritos ao sítio eletrônico do órgão, pois a lei excepciona a incidência da regra contida no inciso I, do §1º, do art. 15, facultando ao administrador a dispensa da publicação nos diários oficiais.

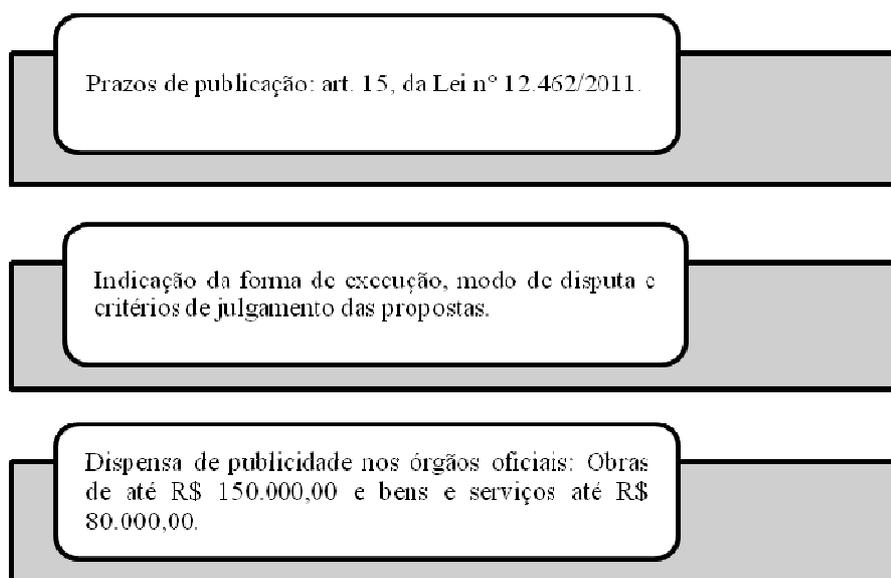


FIGURA 2: Fase de Publicação do Instrumento Convocatório

### 6.3.3 Apresentação de Propostas e Lances

Com o intuito de conferir maior celeridade ao procedimento licitatório, bem como obter a melhor vantagem para a Administração, o regime diferenciado de contratações públicas possibilita que as licitações adotem a dinâmica do pregão eletrônico, o que confere ao licitante a possibilidade de apresentar lances públicos e sucessivos no julgamento das propostas.

Os modos de disputa deverão ser previamente definidos no edital da licitação e poderão adotar a forma de aberto, fechado ou aberto e fechado.

No denominado modo de disputa aberto, a ideia de lances públicos é similar à sistemática do pregão eletrônico. Os licitantes apresentam as suas propostas em sessão pública por meio de lances públicos e sucessivos. Na abertura da sessão pública, os licitantes apresentam declaração de que atendem aos requisitos de habilitação fixados no edital, bem como declaração de enquadramento na condição de microempresas ou empresas de pequeno porte, conforme o caso. A verificação dos documentos de habilitação pela Comissão de Licitação somente será feita em relação ao licitante vencedor, após o julgamento das propostas (BRASIL, 2011).

No modo de disputa aberto, os lances são públicos podendo o edital estabelecer intervalo mínimo de diferença de valores entre os lances (art. 18, parágrafo único, do Decreto nº 7.581/2011), tendo por parâmetro a proposta mais vantajosa apresentada pelos licitantes, uma vez que o orçamento é sigiloso.

É possível estabelecer, ainda, a apresentação de lances intermediários na disputa aberta. Se adotado o critério de julgamento de maior oferta de preço, o licitante pode oferecer lances com valores iguais ou inferiores ao maior lance já considerado, desde que sejam superiores ao maior lance já ofertado pelo próprio licitante. Nas demais hipóteses, o licitante pode ofertar lances iguais ou superiores ao menor lance já ofertado, desde que inferiores ao último lance ofertado pelo próprio licitante.

Segundo Bariani Júnior (2012), o modo de disputa aberto favorece a competição entre os licitantes, pois sem a obrigação de oferecer a proposta de melhor valor econômico, como ocorre no pregão eletrônico, a disputa tende a se tornar mais equilibrada.

A disputa aberta terá prosseguimento até que inexistam novos lances, momento em que ficará definida a melhor proposta apresentada pelos licitantes. Após a definição da melhor proposta na fase de lances, proceder-se-á à classificação das propostas dos licitantes.

Se a diferença entre a melhor proposta e a proposta que ficou em segundo lugar for igual ou superior a 10% (dez inteiros por cento) entre o melhor lance e o do licitante subsequente, a disputa aberta poderá ser reiniciada (art. 17, II, Lei 12.462/2011), se o instrumento convocatório assim o permitir. Nessa hipótese, todos os demais licitantes poderão oferecer novos lances. Após essa nova oportunidade de oferecer lances, o licitante que tiver oferecido a melhor proposta será classificado em primeiro lugar.

A licitação de modo de disputa aberto, também, poderá adotar a forma presencial. Nesse caso, as propostas iniciais serão classificadas de acordo com a ordem de vantajosidade. Em termos procedimentais, a comissão de licitação convidará individual e sucessivamente os licitantes, de forma sequencial, a apresentar lances verbais, a partir do autor da proposta menos vantajosa, seguindo-se dos demais licitantes.

No modo de disputa fechado, à semelhança do que ocorre no modelo tradicional da Lei nº 8.666/93, as propostas são entregues à Administração em envelopes fechados e ficam sob sigilo até o momento designado no instrumento convocatório para a sua revelação.

Os modos de disputa aberto e fechado, também, podem ser combinados em uma mesma licitação, se houver previsão no instrumento convocatório. Se o procedimento se iniciar pelo modo de disputa fechado, serão classificados para a fase de lances públicos os licitantes que apresentarem as três melhores propostas. Por outro lado, se o procedimento se iniciar pelo modo de disputa aberto, os licitantes que apresentarem as três melhores propostas, segundo os critérios de vantajosidade definidos no ao convocatório, oferecerão as suas propostas finais, lacradas.

Para Bariani Júnior (2012), as licitações de obras e serviços de engenharia, assim como as licitações para a aquisição de bens, poderão adotar procedimento de apresentação de lances. Mesmo no caso das licitações, cujos

critérios de julgamento sejam melhor técnica e preço, assim como ocorre na contratação integrada, poderão ser objeto de lances, pois, nesse caso, o preço é uma variável que poderá comportar disputa.

O art. 17, inciso III, da Lei 12.462/2011 (BRASIL, 2011b), apresenta importante inovação no que tange à contratação de obras e serviços de engenharia. Nesse caso, após o julgamento das propostas, o licitante vencedor deverá reelaborar e apresentar à administração pública, por meio eletrônico, as planilhas com indicação dos quantitativos e dos custos unitários, bem como do detalhamento das Bonificações e Despesas Indiretas (BDI) e dos Encargos Sociais (ES), com os respectivos valores adequados ao lance vencedor. Como existe a possibilidade de alterar a proposta comercial, durante o procedimento licitatório, a proposta vencedora poderá ter as variáveis de BDI e encargos sociais significativamente alterada, fato que enseja a sua correção em planilhas que deverão ser entregues à Administração.

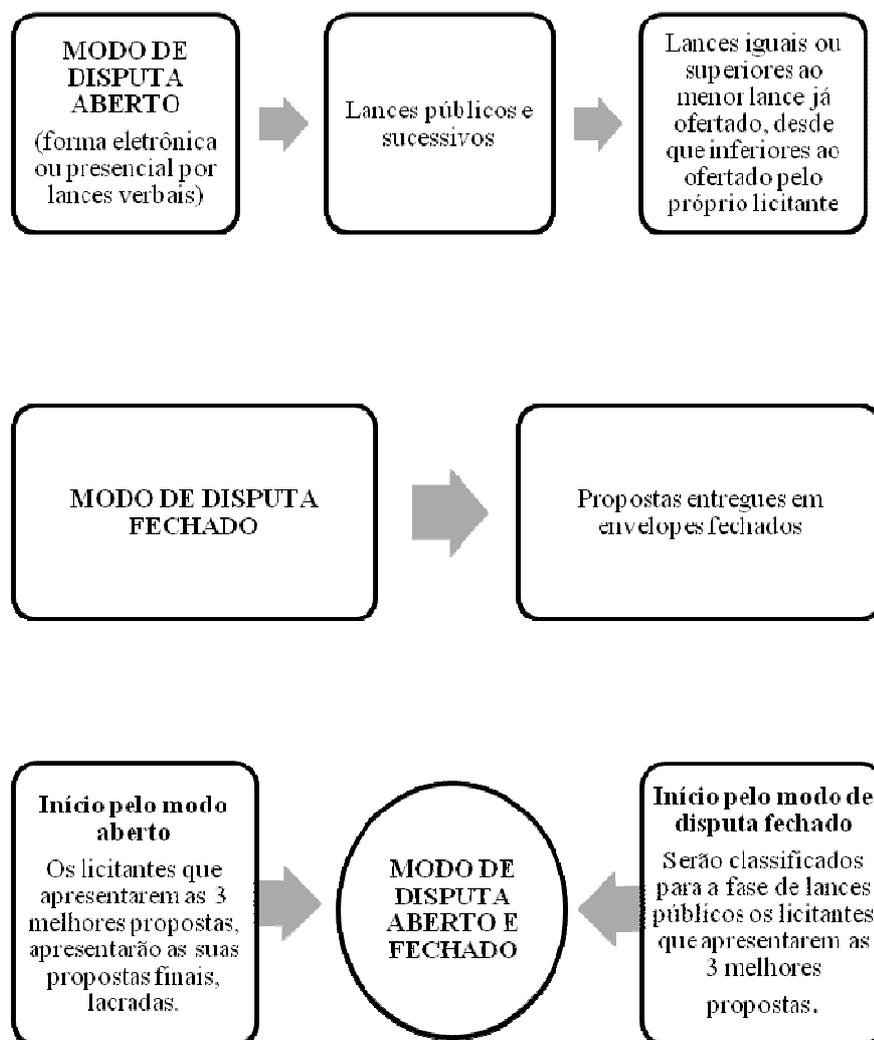


FIGURA 3: Modos de disputa na Fase de Apresentação das Propostas

#### **6.3.4 Fase de Julgamento das Propostas**

Os critérios de julgamento das propostas deverão ser definidos pelo gestor público em consonância com as finalidades pretendidas com a contratação e estar claramente previstos e, suficientemente, detalhados no instrumento convocatório, sendo expressamente vedado computar vantagens não previstas no edital da licitação. Para o julgamento das propostas, a Administração poderá adotar os seguintes critérios, conforme o disposto no art. 18 da Lei nº 12.462/2011 e definidos no instrumento convocatório: i) menor preço e maior desconto; ii) melhor técnica e preço; iii) melhor técnica ou conteúdo artístico; iv) maior oferta de preço; ou, v) maior retorno econômico.

No caso de julgamento das propostas pelos critérios de menor preço e maior desconto, será considerado o menor dispêndio para a Administração Pública, atendidos os parâmetros mínimos de qualidade definidos no instrumento convocatório. Na hipótese, os custos indiretos poderão ser considerados para a definição do menor dispêndio, tais como despesas de manutenção, utilização, reposição, depreciação e impacto ambiental, entre outros fatores, desde que, objetivamente, mensuráveis.

O regulamento do RDC prevê que a mensuração dos custos indiretos poderá ser regulado por ato normativo secundário a ser editado por órgão executivo do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão (art. 26, §2º). À guisa da omissão regulamentar para a mensuração dos custos indiretos pelo órgão competente, para garantir a operacionalidade imediata do dispositivo, poderão ser considerados como parâmetros os limites mínimos e máximos fixados pelos julgados do Tribunal de Contas da União, que vem buscando uniformizar a matéria de custos indiretos em licitações.

Na hipótese de julgamento da proposta pelo critério de maior desconto, será utilizado como referência o preço global estimado no instrumento

convocatório. Por consequência, nessa espécie de licitação, não haverá orçamento sigiloso. O desconto vincula os aditivos do contrato, devendo ser a eles estendidos, incidindo, ainda, sobre todos os itens do orçamento estimado nas contratações de obras e serviços de engenharia.

Nas licitações de melhor técnica e preço, as propostas técnicas e as propostas de preço deverão ser ponderadas, mediante a aferição de parâmetros objetivos descritos no ato convocatório. Tais licitações se destinam a contratações cujos objetos sejam de natureza predominantemente intelectual e de inovação tecnológica ou técnica ou que possam ser executados com diferentes metodologias ou tecnologias de domínio restrito no mercado, pontuando-se as vantagens e qualidades que eventualmente forem oferecidas para cada produto ou solução. Na hipótese, é permitida a atribuição de fatores de ponderação distintos para valorar as propostas técnicas e de preço, sendo limitado a 70% (setenta inteiros por cento) o percentual de ponderação mais relevante (art. 20, §2º, da Lei 12.462/2011) (BRASIL, 2011b). Isto posto, tanto a nota da proposta técnica quanto a nota atribuída à proposta de preço, possuem como limite máximo o valor de setenta por cento no valor de ponderação que compõe a nota final atribuída ao licitante no certame.

O edital deverá mencionar quais os percentuais de ponderação correspondentes a cada um dos critérios – técnica e preço, limitando-se, em qualquer caso, a setenta por cento da nota final obtida. Como exemplo, se o fator de ponderação técnica for fixado em setenta por cento da nota final, implica que o fator preço está fixado em trinta por cento na composição da nota e vice-versa. Evidentemente, outros percentuais podem ser adotados para cada um dos fatores de ponderação no ato convocatório, mas estes estarão sempre limitados a setenta por cento, relativamente, ao outro fator de ponderação considerado, que será analisado em conjunto na composição da nota.

Registre-se, ainda, que segundo a previsão do art. 29, §2º, do Decreto nº 7.581/2011, também, poderão ser utilizados no julgamento das propostas técnicas parâmetros de sustentabilidade ambiental.

Para a contratação de projetos, inclusive arquitetônicos, e trabalhos de natureza técnica, científica ou artística, o julgamento das propostas poderá adotar os critérios de melhor técnica ou melhor conteúdo artístico, conforme os critérios, objetivamente, descritos no edital. Na hipótese, a lei expressamente excepciona os projetos de engenharia (art. 21, parágrafo único). Para auxiliar a Comissão de Licitação na escolha da proposta com melhor conteúdo técnico ou artístico, poderá ser constituída comissão auxiliar especial, composta por, no mínimo, três pessoas de reputação ilibada e notório conhecimento da matéria em exame (art. 32, Decreto nº 7.581/2011), que responderão, solidariamente, por todos os atos praticados, salvo se a divergência individual for registrada em ata.

Nos contratos em que se tem por escopo auferir receita para a Administração Pública, como no caso das concessões públicas, a licitação deverá adotar o critério de maior oferta de preço, podendo ser dispensados os requisitos de qualificação técnica e econômico-financeira dos licitantes por expressa previsão legal (art. 22, §1º, da Lei nº 12.462/2011). Na hipótese, a Administração poderá exigir como requisito de habilitação, o recolhimento de 5% (cinco por cento) do valor ofertado a título de garantia, montante que será retido em favor do ente estatal contratante, caso o contratado não efetive o pagamento devido no prazo estipulado.

O critério de maior retorno econômico deverá ser utilizado, exclusivamente, na celebração dos denominados contratos de eficiência. Nesse caso, o certame licitatório terá por escopo selecionar a proposta que proporcione a maior economia para a Administração Pública na forma de redução de despesas correntes. Para aferir o retorno econômico, o licitante deverá apresentar proposta de trabalho, com a previsão da economia que estima gerar e proposta

de preço, que corresponderá ao percentual sobre a economia que se estima gerar durante determinado período. Assim, o contratado será remunerado, considerando percentual da economia gerada com a execução de sua proposta de trabalho, deduzida a proposta de preço.

Em qualquer hipótese de licitação do regime diferenciado de contratações públicas, o julgamento das propostas deverá considerar as situações de empate técnico das propostas apresentadas por licitantes que se enquadrem na condição de microempresa ou empresa de pequeno porte, que possuem tratamento diferenciado e favorecido em licitações públicas.

Nos termos da Lei Complementar n° 123/2006 (BRASIL, 2006), consideram-se empatadas as propostas realizadas por microempresas ou empresas de pequeno porte que sejam iguais ou até dez por cento superiores à proposta mais bem classificada. Nesse caso, a microempresa ou empresa de pequeno porte que apresentou proposta mais vantajosa poderá apresentar nova proposta de preço inferior à proposta mais bem classificada, desde que aquela não tenha sido ofertada por empresa em condição análoga.

Caso não seja apresentada nova proposta pela microempresa ou empresa de pequeno porte com a melhor proposta classificada, às demais empresas licitantes em condição análoga, será conferido o direito de fazê-lo, conforme a ordem de vantajosidade de suas propostas. No caso, as novas propostas de preço deverão ser até dez por cento superiores à proposta mais bem classificada (art. 38 do Decreto n° 7.581/2011). Persistindo o empate, será realizada disputa final entre os licitantes empatados, que poderão apresentar nova proposta fechada, se assim permitir o instrumento convocatório. Em não havendo previsão expressa, as propostas poderão ser ordenadas, segundo o desempenho contratual prévio dos respectivos licitantes, desde que haja sistema objetivo de avaliação instituído. Caso permaneçam empatados, serão considerados os critérios de

desempate de que tratam o art. 25, inc. III da Lei nº 12.462/2011<sup>17</sup> e o art. 39, § 2º, do Decreto nº 7.581/2011<sup>18</sup>, e, como última medida, proceder-se-á ao sorteio.

Deverão ser desclassificadas todas as propostas que apresentem desconformidade com quaisquer exigências previstas do instrumento convocatório, inclusive quanto às especificações técnicas pormenorizadas nos termos de referência, projeto básico ou anteprojeto, contenham vícios insanáveis, apresentem preços manifestamente inexequíveis<sup>19</sup> ou permaneçam

---

<sup>17</sup> O art. 25, inc. III da Lei nº 12.462/2011, remete aos critérios estabelecidos no art. 3º da Lei no 8.248, de 23 de outubro de 1991, e no § 2º do art. 3º da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Em igualdade de condições, como critério de desempate, será assegurada preferência, sucessivamente, aos bens e serviços, nesta ordem: produzidos no País, produzidos ou prestados por empresas brasileiras, ou, produzidos ou prestados por empresas que invistam em pesquisa e no desenvolvimento de tecnologia no País (§ 2º do art. 3º da Lei nº 8.666/93). Os órgãos e entidades da Administração Pública Federal, direta ou indireta, as fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público e as demais organizações sob o controle direto ou indireto da União darão preferência, nas aquisições de bens e serviços de informática e automação, observada a seguinte ordem, a bens e serviços com tecnologia desenvolvida no País e bens e serviços produzidos de acordo com processo produtivo básico, na forma a ser definida pelo Poder Executivo (art. 3º da Lei no 8.248/91).

<sup>18</sup> Nos termos do art. 39, § 2º, do Decreto nº 7.581/2011, caso a regra prevista no §1º não solucione o empate, será dada preferência: I - em se tratando de bem ou serviço de informática e automação, nesta ordem: a) aos bens e serviços com tecnologia desenvolvida no País; b) aos bens e serviços produzidos de acordo com o processo produtivo básico definido pelo Decreto no 5.906, de 26 de setembro de 2006; c) produzidos no País; d) produzidos ou prestados por empresas brasileiras; e, e) produzidos ou prestados por empresas que invistam em pesquisa e no desenvolvimento de tecnologia no País; ou II - em se tratando de bem ou serviço não abrangido pelo inciso I do § 2o, nesta ordem: a) produzidos no País; b) produzidos ou prestados por empresas brasileiras; e c) produzidos ou prestados por empresas que invistam em pesquisa e no desenvolvimento de tecnologia no País.

<sup>19</sup> São consideradas propostas inexequíveis, as propostas com valores globais inferiores a setenta por cento do menor dos seguintes valores: média aritmética dos valores das propostas superiores a cinquenta por cento do valor do orçamento estimado pela administração pública, ou valor do orçamento estimado pela administração pública. O

acima do orçamento estimado para a contratação, ou ainda, quando não tenham sua exequibilidade demonstrada, quando exigido pela Administração Pública. Para promover a celeridade procedimental, a verificação do atendimento dos critérios de adequação das propostas com as exigências edilícias deverá ser feita somente em relação à proposta vencedora do certame.

Encerrada a fase de apresentação das propostas, as mesmas serão classificadas por ordem de vantajosidade. Se a proposta classificada em primeiro lugar estiver acima do orçamento estimado pela Administração, a comissão de licitação está autorizada a negociar condições mais vantajosas com o licitante vencedor ou com os demais licitantes, segundo a ordem de classificação, caso o licitante classificado em primeiro lugar permaneça com a sua proposta acima do orçamento estimado (§ único do art. 26 da Lei nº 12.462/2011). Segundo Valim (2012), a negociação de que trata o ar. 26 não remete a uma suposta “autonomia da vontade” da Administração Pública, segundo a qual lhe seria autorizado negociar livremente as condições contratuais com os particulares no momento da licitação. Para Valim (2012), na hipótese de negociação aventada, seria defeso o oferecimento de vantagem não prevista no edital ou convite para efeito de julgamento das propostas, caso expressamente vedado pelo art. 44, § 2º, da Lei 8.666/93. Valim (2012) esclarece que a negociação de condições mais vantajosas deve ser restrita à proposta já considerada vencedora do certame, sob pena de violação da igualdade entre os licitantes. A negociação com os demais particulares somente ocorreria na hipótese de desclassificação da proposta vencedora em razão da superação do valor do orçamento estimado para a

---

regimento se aplica às licitações de obras e serviços de engenharia no âmbito do Regime Diferenciado de Contratações Públicas (art. 41, do Decreto nº 7.581/2011).

contratação. Nesse caso, a Administração poderá negociar condições mais vantajosas, segundo a ordem de classificação dos licitantes.

Terminada a fase de julgamento, o resultado final será registrado em ata.

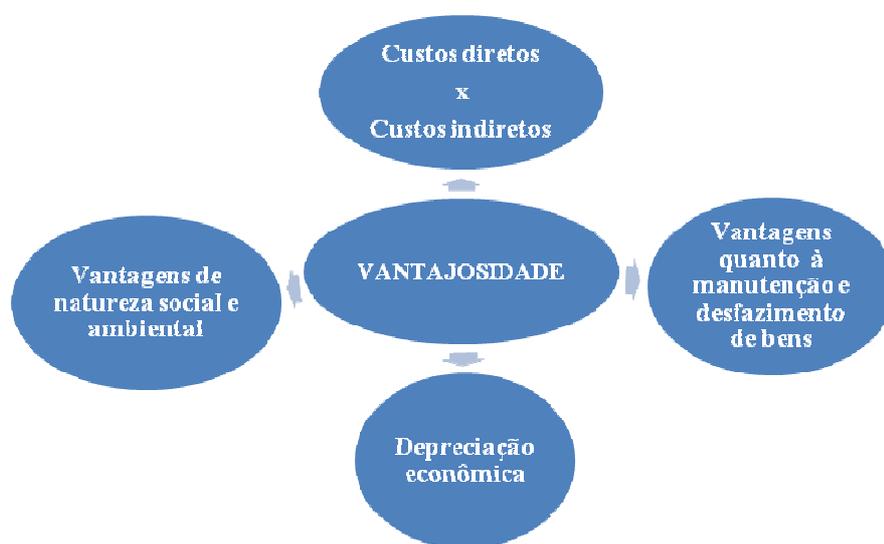


FIGURA 4: Variáveis componentes da vantajosidade no RDC

### 6.3.5 Fase de Habilitação

Como uma das principais inovações previstas no regime diferenciado de contratações públicas, a inversão das fases transfere a habilitação para o momento posterior ao julgamento das propostas. A conferência do atendimento dos critérios de habilitação somente será feita em relação ao licitante que teve a sua proposta classificada em primeiro lugar no certame. A medida torna-se

adequada e produtora porquanto o procedimento é sintetizado em atos suficientes e necessários para conferir agilidade na contratação. Em havendo a inabilitação da proposta vencedora, a comissão de licitação passará a verificar os documentos de habilitação dos licitantes subsequentes, por ordem de classificação das propostas.

Na hipótese de a Administração optar em proceder à habilitação em momento anterior à fase de apresentação de propostas e lances, conforme o permissivo do art. 14 do regulamento, os licitantes deverão apresentar simultaneamente os documentos de habilitação e as suas propostas. Nesse caso, o procedimento será semelhante ao modelo tradicional de licitações em que será verificada a habilitação de todos os licitantes, bem como serão julgadas apenas as propostas dos licitantes habilitados.

### **6.3.6 Fase Recursal**

Em regra, no regime diferenciado de contratações, a fase recursal é uma e ocorre após o término da fase de habilitação, englobando todos os atos praticados nas fases anteriores. Excepcionalmente, a fase recursal poderá adotar a forma dúplice, no caso previsto no art. 14 do regulamento, hipótese em que os recursos deverão ser apresentados após a fase de habilitação e após a fase de julgamento das propostas.

Sob pena de preclusão<sup>20</sup>, os licitantes que intentarem recorrer deverão manifestar a sua intenção imediatamente, após o término de cada sessão. Se assim não o fizerem, perderão a oportunidade do exercício do direito que lhe foi conferido, precluso em razão da inércia do licitante. Não poderão recorrer se o

---

<sup>20</sup> No direito processual, a preclusão é a perda do direito de agir em face da perda da oportunidade pela inércia do interessado, conferida por certo prazo.

representante credenciado não manifestou o interesse no momento oportuno. Nas licitações sob a forma eletrônica, a manifestação da intenção de recorrer deverá ser efetivada no próprio sistema.

As razões e as contrarrazões dos recursos deverão ser apresentadas no prazo de até cinco dias úteis. O dia de início da contagem do prazo para a apresentação das razões é contado a partir da data da intimação, se a decisão for proferida verbalmente na sessão pública ou da lavratura da ata, conforme o caso. O prazo para a apresentação das contrarrazões tem seu termo inicial fixado quando do encerramento do prazo de apresentação das razões pelo licitante recorrente. Em qualquer caso, é garantido para o livre acesso aos autos do procedimento para possibilitar o exercício do contraditório e da ampla defesa.

O recurso deverá ser dirigido à autoridade superior, mas competirá à autoridade que praticou o ato recorrido apreciar a sua admissibilidade e reconsiderar a sua decisão, se for o caso, no prazo de cinco dias úteis, contado da data do recebimento, sob pena de apuração de responsabilidade. O acolhimento do recurso importará a invalidação apenas dos atos insuscetíveis de aproveitamento.

Finalizada a fase recursal, a Administração poderá novamente negociar condições mais vantajosas com o primeiro colocado. Após exaurir de todas as possibilidades de negociação, o procedimento será encerrado e os autos serão encaminhados à autoridade competente.

Verificando a regularidade do procedimento, a autoridade deverá tomar as devidas providências para a adjudicação do objeto, a homologação da licitação e a celebração do contrato. Havendo irregularidades, poderá determinar o retorno dos autos para saneamento dos atos aproveitáveis, anular o procedimento, no todo ou em parte, se os vícios forem insanáveis, ou revogar o procedimento por motivo de conveniência e oportunidade.

A Administração poderá, ainda, revogar a licitação quando o licitante vencedor, em sendo convocado, não assinar o instrumento contratual no prazo estabelecido ou, alternativamente, convocar os licitantes remanescentes, na ordem de classificação, desde que ofertadas idênticas condições ao licitante vencedor. Somente na hipótese de rejeição da oferta por parte de todos licitantes remanescentes, poderá a Administração contratar segundo as propostas ofertadas por estes, desde que o valor seja igual ou inferior ao orçamento estimado para a contratação, inclusive quanto aos preços atualizados, nos termos do edital.



FIGURA 5: Fase Recursal

Procedimento licitatório regular	Procedimento licitatório com vícios sanáveis	Anulação e Revogação da licitação
<ul style="list-style-type: none"> <li>• Adjução do objeto e Homologação da licitação.</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Retorno dos autos para a autoridade competente para saneamento do processo administrativo.</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Anulação por violação da legalidade.</li> <li>• Revogação por critérios de conveniência e oportunidade administrativa.</li> <li>• Revogação pela não assinatura do contrato pelo licitante vencedor.</li> </ul>

FIGURA 6: Atos finais do procedimento licitatório do RDC

#### **6.4 O Orçamento Sigiloso: inconstitucionalidade ou publicidade diferida?**

Um dos aspectos polêmicos que emergem do regime diferenciado de contratações públicas se relaciona com a introdução do orçamento sigiloso no procedimento licitatório. Segundo a regra estabelecida no art. 6º da lei que regula o RDC, o orçamento estimado pela Administração será sigiloso até o encerramento da licitação, sendo fornecidas aos licitantes somente as informações relativas ao detalhamento dos quantitativos e as informações estritamente necessárias para a elaboração das propostas.

O orçamento estimado pela administração não é divulgado para os participantes durante a licitação. O detalhamento do orçamento é disponibilizado somente para os órgãos de controle e divulgado somente após o encerramento do processo. Acredita-se que a adoção do orçamento sigiloso pelo legislador tem por escopo evitar conluíus entre os licitantes na fixação do valor das propostas e desestimular práticas anticoncorrenciais.

No modelo tradicional de contratações públicas, a sistemática da publicidade do orçamento realizado pela Administração ocorre de forma ampla e irrestrita nas licitações regidas pela Lei Geral de Licitações e pela Lei do Pregão Eletrônico. Quando regida pela Lei nº 8.666/93, segundo a regra estabelecida no art. 40, § 2º, inc. II, o orçamento estimado pela Administração deve ser publicado no ato convocatório da licitação. Se, todavia, adotada a modalidade de pregão eletrônico, o orçamento estimado deve apenas constar nos autos do procedimento para consulta dos licitantes (art. 3º, inc. III, da Lei nº 10.520/02). Frise-se que, nesse caso, a faculdade de não divulgar o orçamento no edital do pregão não autoriza a sonegação da informação pela Administração, quando provocada a fazê-lo. Assim, qualquer interessado pode requerer vista dos autos do processo administrativo, inclusive obter cópias dos orçamentos estimativos, a qualquer tempo. *Contrario sensu*, no regime diferenciado de contratações

determinam os orçamentos elaborados pela Administração deverão ser mantidos em estrito sigilo até o encerramento do processo.

O sigilo do orçamento no regime diferenciado ocasionou discussões acerca da possibilidade de violação do princípio da publicidade, ensejando a propositura da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4645 em sede de julgamento na Corte Constitucional brasileira. O que se coloca em pauta é se a publicidade no regime diferenciado é obstaculizada, ou se é, em essência, diferida, postergada para ser divulgada a posteriori pela Administração, após o encerramento da licitação.

Em que pese não haver, ainda, o julgado do Supremo Tribunal Federal que pacificará a matéria, Ferreira e Santos (2012) propõem como possível interpretação para o dispositivo, que os orçamentos estimativos em que pese não serem divulgados no edital da licitação, estejam disponíveis e acessíveis a qualquer interessado, inclusive para cópias, à semelhança do procedimento adotado no pregão eletrônico. Destarte, embora a interpretação trazida pelos autores ofereça uma via alternativa em que se preserva o princípio da publicidade, tal procedimento parece não se adequar à finalidade aventada pelo legislador ordinário de desestimular as práticas que ocasionam por desvirtuar o preço das propostas dos licitantes no certame. Sob a perspectiva teleológica da legislação em vigor, a divulgação do orçamento nos autos do procedimento seria inócua se a finalidade fosse realmente desestimular as práticas anticoncorrenciais.

Por outro lado, a boa governança impõe, necessariamente, a transparência dos atos de governo. Ressalvadas as informações que por serem estratégicas para o Estado devam ser mantidas em sigilo, no modelo de governança pública os atos de governo devem guardar a devida transparência, devendo ser afastadas as hipóteses de ocultação de dados e informações sobre a prática de atos ordinários do público em geral. Kissler e Heidemann (2006)

destacam que a transparência é um elemento estrutural da governança pública, considerada necessária ao desenvolvimento de todas as sociedades, segundo os modelos idealizados por organizações internacionais como a Organização das Nações Unidas (ONU) ou a Organization for European Cooperation and Development (OECD).

A falta de transparência entre as relações entre governo e sociedade é apontada por Kissler e Heidemann (2006) como sendo um fator que desestimula a gestão participativa, um dos pilares da governança. Por outro lado, a publicidade nos processos deliberativos e decisórios é considerada por Frey (2007) um aspecto crucial para garantir transparência e grau significativo de racionalidade discursiva em que de funda a escolha pública.

Sopesar tais valores em pauta impõe ao intérprete a tarefa de buscar a solução que transpareça mais equânime diante das situações equalizadas. Ao intérprete da norma caberá, em observância aos primados do Estado Democrático de Direito e com as disposições constitucionais, fixar as diretrizes para as contratações públicas regidas pelo regime diferenciado e estabelecer o caminho viável para o administrador público.

### **6.5 A Contratação Integrada no RDC**

A busca pela celeridade e eficiência nas contratações públicas fez com que o legislador ordinário inovasse o ordenamento jurídico, criando um novo regime de execução para obras e serviços de engenharia. A contratação integrada trata-se de um “plus” em relação ao regime de contratação por empreitada integral, pois acrescenta a elaboração do projeto básico como atribuição do licitante nas contratações de obras e serviços de engenharia.

No regime de empreitada integral, a Administração Pública pretende a contratação de uma obra ou serviço de engenharia em sua integralidade,

compreendendo todas as suas etapas, até a sua entrega em perfeita condições de uso e imediato funcionamento (art. 6º, inc. VIII, “e”, da Lei 8.666/93) (BRASIL, 1993). De acordo com o modelo tradicional de licitações, a Administração elabora o projeto básico, que será parte integrante do ato convocatório, fixando os parâmetros técnicos que vinculam as propostas dos licitantes, direcionando o regime de execução da obra ou serviço. No caso de contratação integrada, competirão aos licitantes a elaboração e a execução dos projetos básico e executivo da obra ou serviços de engenharia pretendidos pela Administração. O contratado se responsabiliza pelo empreendimento como um todo, desde a sua concepção técnica até a execução operacional de todas as etapas do projeto.

Na hipótese de contratação integrada, o contratado tem por referência requisitos técnicos mínimos fixados em anteprojeto elaborado pela Administração e divulgado no instrumento convocatório da licitação. Com relação à possibilidade de o vencedor do certame elaborar, também, o projeto executivo da obra ou serviço, Dal Pozzo (2012) se posiciona no sentido de que o RDC não possui norma impeditiva para esse feito, assim como ocorre no modelo tradicional de licitações (art. 9º, inc. I, da Lei 8.666/93). Isto posto, nada impediria que o contratado elaborasse o projeto executivo de forma concomitante com a execução do objeto contratado.

Diante das especificidades da contratação integrada, tal regime de contratação somente poderá ser admitido quando o critério de julgamento tiver como parâmetros as variantes de técnica e preço na valoração da proposta (FERREIRA; SANTOS, 2012). Isto porque a adoção do julgamento da proposta unicamente pelo critério de menor preço se apresenta ideologicamente incompatível com o modelo. Segundo Ferreira e Santos (2012), a adoção do critério de menor preço para a contratação integrada eivaria a norma de inconstitucionalidade, posto que haveria risco de violação dos princípios da eficiência, do julgamento objetivo, da impessoalidade, da moralidade e da

economicidade, além da possibilidade de desvirtuar o princípio da isonomia em razão da decisão das propostas com características técnicas absolutamente diversas.

A definição da melhor solução técnica para as necessidades públicas oferece ao administrador público um elevado grau de discricionariedade para a eleição da proposta vencedora no certame. Com efeito, a escolha da proposta vencedora orientada por critérios vagos e imprecisos poderia fazer emergir ou consolidar problemas já extirpados ou mitigados na administração pública brasileira, incentivando a corrupção e o favorecimento de empresas e pessoas (neopatrimonialismo). A falta de transparência na eleição das propostas técnicas e a desconsideração das condições de eleição das propostas minuciosamente descritas no edital da licitação podem propiciar condições favoráveis à corrupção e desvios de verbas públicas.

A transferência do planejamento e da concepção técnica da obra ou serviço de engenharia ao contratado, também, confere dificuldades técnicas no acompanhamento e na fiscalização da obra pela administração em razão do domínio do *know-how* pelo contratado, também, criando condições propícias para toda espécie de distorções e desvios.

Embora teoricamente se vislumbre, sob o aspecto econômico-financeiro, acelerar o procedimento de contratação e reduzir os custos das obras públicas, o regime de contratação integrada deve ser adotado com a devida cautela pelo gestor público. Primeiro, porque as hipóteses de cabimento da contratação integrada são restritas às licitações do tipo melhor técnica e preço. Segundo, porque os casos de admissibilidade de tais licitações são limitados. Nos termos do art. 20 da Lei nº 12.462/2011, a contratação integrada somente poderá ser adotada quando o objeto for de natureza predominantemente intelectual e de inovação tecnológica e técnica ou quando puder ser executada com diferentes

metodologias ou tecnologias de domínio restrito no mercado, pontuando-se as vantagens e qualidades eventualmente oferecidas para cada produto ou solução.

A contratação integrada pode se apresentar, a princípio, como um facilitador da elaboração do projeto básico pela Administração Pública, em regra carecedora de mão-de-obra técnica qualificada para a concepção da obra ou serviço. Destarte, tal entrave técnico e a possibilidade de celeridade do procedimento de contratação não podem, em princípio, serem a única base de sustentação para a adoção da contratação integrada pelo gestor público. Ao lado da eficiência administrativa, a boa governança pública impõe a moralidade, a economicidade e a indisponibilidade do interesse público pelo administrador. Assim, se os institutos introduzidos na contratação integrada forem integrados na administração pública, em consonância com os princípios constitucionais e com a devida transparência pública, então será possível vislumbrar avanços efetivos nas contratações públicas do Estado; lado outro, poderá se tornar um retrocesso que possibilitará o ressurgimento de estruturas arcaicas e a atuação em prol de interesses privados na administração pública brasileira.

#### **6.6 O Contrato de Eficiência para a boa governança**

O contrato de direito público regido pelo regime diferenciado de contratações públicas poderá adotar o sistema de remuneração variável, segundo a aferição do nível de desempenho da execução do objeto contratado. Os denominados contratos de eficiência foram previstos no RDC, seguindo a orientação expressa no art. 10 da Lei nº 12.462/2011 e no art. 36, §2º, do Decreto nº 7.581/2011 e destinam-se, em regra, às contratações em que se tem por objetivo promover a maior economicidade para a Administração Pública.

Em contraponto à sistemática adotada no modelo tradicional, os contratos de eficiência do RDC configuram verdadeira inovação legislativa.

Com efeito, a Lei Geral de Licitações não prevê hipótese de variabilidade na remuneração do contratado; *contrario sensu*, em tais licitações é defeso ao administrador público contratar sem que estejam claramente expressas no contrato as condições em que se efetivará a remuneração do contratado. De acordo com o art. 55, inciso III, da Lei nº 8.666/93, o preço e as condições de pagamento, bem como os critérios, a data-base, a periodicidade e as hipóteses de reajustes de preços, são cláusulas obrigatórias do contrato regido pela Lei Geral de Licitações. Necessariamente, em tais contratos, se impõe certo grau de certeza quanto ao aporte financeiro a ser percebido diante do cumprimento do objeto contratado.

De forma diversa, no modelo de contratação fixado no RDC a contratação de obras e serviços, inclusive de engenharia, poderá adotar o sistema de remuneração variável vinculado ao desempenho do contratado, considerando metas, padrões de qualidade, critérios de sustentabilidade ambiental atendidos, bem como o atendimento dos prazos de entrega estabelecidos no instrumento convocatório. A utilização da contratação com remuneração variável deverá ser motivada pela autoridade competente que, embora não fixe de forma determinante o valor do contrato, observará o limite orçamentário fixado pela administração pública para a contratação (art. 10, § único, do Decreto nº 7.581/2011).

Não se pode olvidar que, embora se tenha falado em inovação, o estratagema de aferição da eficiência para dimensionar a remuneração do contratado encontra paralelo no campo das parcerias público-privadas (Lei nº 11.079/2005), em que na hipótese de celebração de contrato de gestão, a remuneração do contratado pode variar, conforme o nível de desempenho do parceiro privado, medido por indicadores de desempenho. A dinâmica adotada nos contratos de gestão se alinha com a perspectiva gerencialista incorporada na administração pública brasileira por meio da inclusão do princípio da eficiência

no rol de princípios constitucionais sensíveis no art. 37 da Constituição da República (Emenda Constitucional nº 19/98).

A eficiência pretendida na administração pública pela governança busca a prestação de um serviço de alta qualidade, permitindo arranjos na gestão pública para se atingir esse escopo. A gestão pública, ao permitir que se promova a medição do desempenho do contratado, pode permitir, ainda, enorme economia para o Estado, na medida em que os contratos de eficiência, em geral, destinam-se aos serviços que visam ao maior retorno econômico para a Administração Pública (art. 18, inc. V, da Lei nº 12.462/2011) ou maior economia decorrente da execução do contrato (art. 23).

Em regra, os contratos de eficiência têm por escopo a prestação de serviços com o objetivo de proporcionar economia ao contratante, por meio da redução de despesas correntes. Assim sendo, o contratado será remunerado com base na economia gerada.

Nos termos do § 3º do art. 23, na hipótese de não ser gerada a economia pretendida com a contratação, a diferença entre a economia contratada e a efetivamente obtida, deverá ser descontada da remuneração do contratado. Entretanto, se essa diferença for superior à remuneração do contratado, o desconto será convertido em multa por inexecução contratual. O contratado sujeitar-se-á, ainda, a outras sanções cabíveis, caso a diferença entre a economia contratada e a efetivamente obtida seja superior ao limite máximo estabelecido no contrato.

Segundo Aurélio (2012), a finalidade da norma que institui o contrato de eficiência está intimamente vinculada à busca pela maior eficiência na contratação, sendo esta resultante da busca pela proposta que melhor represente a relação custo benefício para o setor público. Portanto, qualquer aspecto componente da definição de remuneração variável deverá ser instituído com o

escopo de constituir uma relação jurídica que materialize o melhor benefício econômico para o Estado.

Aurélio (2012) complementa que o ganho estatal não pode derivar de relação arbitrária e desleal entre a administração pública e o contratado, na qual a aplicação da cláusula de remuneração variável resulte sempre na remuneração mínima prevista ao contratado. Com efeito, como bem assinala Mello (1981), não seria concebível que o Estado, à guisa de proteger os seus interesses, provoque lesão patrimonial a terceiros, divorciando-se do interesse público primário que lhe compete assistir. Dessa forma, a apuração de desempenho deverá ser sempre objetiva, reduzindo o campo de discricionariedade do administrador na aferição da remuneração do contratado para fins de coibir abusos.

#### **6.6.1 Avaliação de Desempenho do Contratado**

Em conformidade com a norma fixada no art. 10 da Lei nº 12.462/2012, a avaliação do desempenho do contratado deverá ser realizada, considerando parâmetros e critérios estabelecidos no ato convocatório e no contrato administrativo. Deste modo, a averiguação da execução contratual deverá ser pontuada mediante o cumprimento das metas previamente estabelecidas, no alcance dos padrões de qualidade exigidos, no atendimento dos critérios de sustentabilidade fixados no instrumento convocatório e do cumprimento do prazo de entrega da obra ou serviço.

Configuram hipóteses de nulidade da licitação o não estabelecimento prévio à contratação de tais parâmetros de aferição do desempenho do contratado, assim como se o detalhamento dos critérios escolhidos pela Administração ocorrer de forma abstrata e imprecisa. Isto porque a fixação de parâmetros objetivos nos contratos de eficiência, pautada pela mediação de

indicadores de desempenho, visa a coibir condutas arbitrárias do gestor público e reduzir o juízo discricionário do contratante.

Segundo Garcia de Enterría e Fernandez (1983), os contratos de eficiência somente atingirão o escopo pretendido pelo legislador se estiverem aptos a mitigar a margem de discricionariedade do contratante em vista da contratação em concreto. Lado outro, cairá, inevitavelmente, em descrédito e desuso, podendo onerar a contratação pública se o risco for incorporado em sua composição de preços.

Aurélio (2012) destaca que, no âmbito dos contratos de eficiência, estipular metas e objetivos se justifica em razão do propósito da contratação pública de promover uma gestão de excelência. Avaliar, diuturnamente, o cumprimento do contrato, premiando ou penalizando o contratado, incentiva o melhor comportamento possível, aproximando o contrato de seu cumprimento ideal.

A previsão de metas e o estabelecimento dos padrões de qualidade a serem atingidos pelo contratante, além de deverem ser objetivos, devem ser propostos pela Administração dentro de um patamar de possível realização. As metas devem ser sempre quantificadas para possibilitar a objetividade na aferição da análise de desempenho. A adoção de critérios subjetivos de qualidade desnatura a finalidade da contratação pública, por não conferir um mínimo de segurança jurídica.

O prazo de entrega do serviço, embora seja um parâmetro objetivo de averiguação no contrato de eficiência, deve ser um prazo tecnicamente possível de ser atingido. Prazos desvinculados da realidade e, em essência, inexecutáveis, acarretariam a invalidade da contratação. A adoção de critério irrealizável e impossível de ser cumprido pelo contratado não se mostra legítimo para motivar um possível desconto na remuneração do contratado. Consigna-se, também, que

as hipóteses de caso fortuito e força maior<sup>21</sup> não autorizam o desconto na remuneração por desatendimento do prazo aventado no contrato público, por serem excludentes da responsabilidade civil do contratado.

Para afastar a hipótese de fixação de critérios de sustentabilidade ambiental, desarrazoados e distanciados do interesse público, Aurélio (2012) sugere que tais critérios devam ser fixados pela Administração tendo por base as diretrizes fixadas por órgãos especializados e nas normas técnicas que regulam a matéria ambiental. Com efeito, a decisão administrativa de promover contratações públicas alinhadas com o princípio do desenvolvimento nacional sustentável e com a Política Nacional de Resíduos Sólidos, pode justificar a criação de órgão interno e a alocação de servidores especializados em matéria ambiental na entidade gestora. Além disso, comissões mistas, atuando em conjunto com os órgãos especializados, contando com a participação de cidadãos desvinculados da administração, podem promover um desejável canal de participação democrática nas decisões públicas e incentivar a *accountability* pretendida pela governança interativa.

---

<sup>21</sup> Caso fortuito e força maior são hipóteses excludentes da responsabilidade civil, que verificam-se no fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir (Código Civil Brasileiro, art. 393, parágrafo único). São ocorrências, cuja previsibilidade foge à capacidade de percepção do homem, em virtude do que lhe é impossível evitar as consequências. O caso fortuito é uma circunstância provocada por fatos humanos que interfere na conduta de outros indivíduos. Segundo Venosa (2001), é a situação que decorre de fato alheio à vontade da parte, mas proveniente de fatos humanos. Na força maior, o afastamento da responsabilidade civil decorre de um acontecimento relacionado a fatos externos, independentes da vontade humana, que impedem o cumprimento das obrigações. Esses fatos externos podem ser: ordem de autoridades (fato do príncipe), fenômenos naturais e ocorrências políticas.

## **7 O REGIME DIFERENCIADO SOB A ÓTICA DA GOVERNANÇA PÚBLICA**

As transformações ocorridas na sociedade contemporânea têm demandado uma reestruturação da organização política e do aparelho estatal para atender a contento as demandas públicas. No Brasil, uma administração pública imbricada no modelo weberiano, marcado pela morosidade e ineficiência no campo das contratações do Estado, requer a formulação de um modelo de governança assentado, essencialmente, na acepção de eficiência do aparelho estatal. A “nova administração para o desenvolvimento” (MARTINS; MARINI, 2010) pretendida pela governança impõe arranjos estatais e de gestão pública que visem a proporcionar um serviço público de alta eficiência para a sociedade.

Uma estratégia nacional de crescimento do Estado somente poderá ser levada efeito diante de um Estado eficaz ou capaz de assegurar o Estado de Direito (BRESSER-PEREIRA, 2007). Ao traçar o modelo estrutural de governança pública, Bresser-Pereira (2007) propõe a reforma da gestão pública como solução para a superação dos problemas conjunturais gerados pela globalização. O modelo estrutural de governança, proposto por Bresser-Pereira (2007), apresenta-se, simultaneamente, como sendo um modelo gerencial e de gestão, porque torna os gestores mais independentes no processo da escolha pública, mas também é um modelo estrutural porque propõe mudanças significativas nas estruturas do Estado e nas relações entre Estado e sociedade.

Em sua acepção estrutural, o modelo de governança bresseriano propõe a formação de redes entre organizações estatais, públicas não-estatais, corporativas e privadas, propondo a formação de parcerias público-privadas e com o terceiro setor, embasado na ideia de que o Estado não deve desempenhar diretamente todas as funções estatais, na medida em que algumas atividades menos estratégicas podem ser transferidas para as organizações públicas não estatais. Na proposta de modelo estrutural de governança, ao Estado teria

reservado para si somente as atividades estratégicas ou exclusivas dele, como a formulação de políticas públicas. A implementação de políticas públicas e o fornecimento de serviços sociais e científicos ficariam a cargo das entidades não-estatais.

Sob o viés gerencial, o modelo bresseriano de governança ter por escopo tornar a administração mais flexível e criar as condições de motivação dos gestores públicos. O aspecto gerencial destaca a ação pública, voltada para o “cliente-cidadão”, bem como a administração por objetivos, a competição administrada visando à excelência e à responsabilização dos gestores. Nesse último aspecto, os processos de integração democrática propostos pela governança em sua acepção sociopolítica podem ocasionar a interação Estado-sociedade e criar as condições favoráveis para *accountability* democrática.

A reorganização do aparelho estatal para a o enfretamento dos problemas dos novos tempos e a busca pela eficiência administrativa tem o seu aprofundamento de objetivos no Regime Diferenciado de Contratações Públicas em que os mecanismos de racionalização e flexibilização do procedimento licitatório são aspectos marcantes. A padronização de instrumentos, a incorporação do uso de tecnologias da informação, a simplificação e a racionalização dos atos administrativos buscam atender aos apelos pela eficiência no procedimento licitatório, marcado pela burocratização excessiva e o engessamento dos atos no modelo tradicional de contratações públicas.

No regime diferenciado, a eficiência pretendida nas contratações públicas buscou o estabelecimento de arranjos na gestão pública para garantir a celeridade do procedimento licitatório, como a inversão das fases do procedimento e a previsão de uma fase recursal *una* para afastar o efeito anômalo de morosidade no procedimento, ao excluir do mesmo os atos considerados excessivos, irrelevantes ou desnecessários. A economia e o aproveitamento de atos administrativos convergem para a celeridade

procedimental da licitação pública, restringindo-se aos atos essenciais para o aperfeiçoamento dos objetivos do certame.

O contrato de eficiência consagrado no regime diferenciado apresenta o sistema de remuneração variável vinculado ao desempenho do contratado para a redução de despesas correntes e a conservação de divisas para os cofres públicos. A variabilidade na remuneração implica a prestação de um serviço de alta qualidade, por parte do contratado, pois o desempenho demonstrado pelo atingimento de metas e indicadores, condiciona o fator remuneração nessa espécie de contratação. Em que pese os objetivos pretendidos pelo legislador ordinário, ao propor a contratação de eficiência serem de alta relevância para o Estado, Aurélio (2012) adverte sobre a possibilidade de desvirtuamento dos objetivos da contratação, no caso da adoção da contratação de eficiência sem a fixação de critérios rígidos da avaliação de desempenho do contratado por parte da Administração. Com efeito, para que a contratação de eficiência seja vantajosa para a administração pública, destaca-se a necessidade da precisão no detalhamento dos critérios de variabilidade da remuneração do contratado nos instrumentos convocatórios e contratos celebrados ante a possibilidade de exorbitação do poder conferido ao gestor público. *Contrario sensu*, a incorporação do risco do negócio na formação de preços do contratado poderia ocasionar o efeito anômalo de onerar a contratação pública, desvirtuando, portanto, o escopo inicial perseguido pela Administração.

A possibilidade de contratação integrada se demonstra, a princípio, como medida proativa diante da possibilidade de transferir para o contratado a elaboração dos projetos básicos de obras e serviços de engenharia, em geral, um processo moroso e de alta complexidade. Destarte, em que pese ser extremamente desejável a transferência de aspectos técnicos da contratação a terceiros especializados, a concepção da obra quase em sua integralidade pelo contratado pode gerar o efeito anômalo de entraves na fiscalização das obras em

razão do domínio das técnicas e das tecnologias empregadas pelo contratado. Estabelecer medidas administrativas que reduzam os efeitos dessa distorção, são necessárias na hipótese de contratação integrada, na medida em que a falta de domínio técnico da obra ou serviço de engenharia por parte da Administração, poderá ensejar toda a sorte prejuízos e distorções nos empreendimentos.

Outra questão que emerge do regime diferenciado de contratações públicas e a governança se relaciona com a transparência pública.

No regime diferenciado, o sigilo absoluto dos orçamentos estimativos até o encerramento do processo licitatório vislumbra a obtenção de maior economia para a Administração Pública. Acredita-se que, com a divulgação mediata dos valores orçados pela Administração, os licitantes poderão negociar preços e condições mais vantajosas no certame, evitando-se, assim, conluíus e a oneração dos preços das propostas apresentadas.

Teoricamente, a medida se apresenta como produtora e no “mundo ideal” vislumbrado pelo legislador, o Estado seria extremamente beneficiado pela medida, uma vez que na busca pela proposta mais vantajosa, os licitantes seriam compelidos a sempre renovarem as suas propostas, pois não tendo conhecimento do orçamento estimado pela administração, estariam sempre dispostos à renegociação para evitar a desclassificação no certame.

Porém, no “mundo real” ou “mundo do possível”, mais distante do mundo idealizado pelo legislador ordinário e mais próximo da realidade da administração pública brasileira, o que se observa com a devida vênia é a possibilidade de renascimento de estruturas arcaicas na administração pública ou do neopatrimonialismo, como observa Schwartzman (1988). A restrição de informações estratégicas nas licitações públicas do regime diferenciado a um número reduzido de servidores públicos detentores de informações extremamente privilegiadas e a possibilidade de eleição da proposta vencedora do certame, considerando a fruição discricionária do gestor público, poderá

ensejar o risco de favorecimento de empresas e pessoas e favorecer a corrupção no processo de contratação pública.

Para mitigar o efeito anômalo, gerado pela sigilosidade dos orçamentos, a discricionariedade em estabelecer a proposta que apresenta a maior vantajosidade para a Administração Pública e a liberdade de negociação das propostas pelos gestores em diversas fases distintas no regime diferenciado, devem ser essencialmente reduzidas no ato convocatório. Considerando que no regime diferenciado, a vantajosidade não implica, necessariamente, a proposta que apresenta maior retorno econômico, a eleição da proposta vencedora deverá ser pautada na adoção de critérios definidos no ato convocatório da licitação, reduzindo-se ao máximo as lacunas e imprecisões. Para que tal medida se efetive, exaustivos detalhamentos dos critérios de eleição das propostas serão necessários para reduzir ao máximo o campo discricionário, aproximando-se ao ideal de vinculação da eleição da proposta vencedora, estritamente, às condições estabelecidas no instrumento convocatório.

Quanto à hipótese de corrupção dos quadros administrativos, a transparência pública impõe como medida a ser considerada no regime diferenciado a divulgação irrestrita dos orçamentos estimados pela Administração. Nessa hipótese, o sigilo das informações se apresenta com maiores riscos do que “ganhos” na esfera estatal e, em tal aspecto, pode representar um retrocesso em termos de governança pública.

No modelo de governança proposto por Löffler (2001) e Martins e Marini (2010), o Estado deve criar as bases de um futuro sustentável e buscar soluções inovadoras para os problemas da sociedade contemporânea. O desafio de modernizar a gestão pública baseada na ideia de reafirmação do papel do Estado na integração do desenvolvimento econômico, do desenvolvimento social e da sustentabilidade ambiental refletem a necessidade do

desenvolvimento de modelos de gestão para otimizar o desempenho da administração pública.

A proteção ao meio ambiente para a garantia das gerações futuras tem na perspectiva funcional do contrato público do regime diferenciado a instrumentalização da tutela do interesse público. A imposição do atendimento do princípio do desenvolvimento nacional sustentável nas licitações públicas do regime diferenciado se apresenta como uma condicionante que nos permite concluir pela aproximação do RDC com os princípios da governança.

Todavia, a adesão ao princípio do desenvolvimento nacional sustentável nas licitações não se apresenta como uma condicionante de fácil concretização pelo gestor público. A inexistência de atos normativos ou orientações gerais que elucidem de que forma deverá ser conduzida a incorporação do critério da sustentabilidade nas licitações públicas dão margem a uma série de questionamentos pelos gestores diante das lacunas existentes no ordenamento jurídico. Em que pese a legislação em vigor remeter ao atendimento dos preceitos consolidados na Política Nacional de Resíduos Sólidos (Lei nº 12.305, de 2 de agosto de 2010) e a jurisprudência dos Tribunais de Contas sinalizarem algumas medidas de possível adoção, a questão, ainda, encontra-se fluida e sem maiores definições que favoreçam a sua efetiva aplicabilidade e efetividade na administração pública.

A criação de comissões mistas para traçar critérios de sustentabilidade a serem atendidos pelos licitantes nas contratações públicas e para realizar a fiscalização das obras e serviços contratados, contando com a participação de cidadãos desvinculados da administração pública pode se apresentar como uma medida propulsora de *accountability*, podendo gerar reflexos positivos em termos de integração democrática.

Em sendo a busca pela liberdade política a preocupação primordial no pensamento político de Tocqueville (1987), a sua concepção traz subsídios

fundamentais para enriquecer os atuais debates em torno das possibilidades de democratização do processo de contratação pública. Tocqueville (1987) enuncia que somente se pode esperar um maior envolvimento da população na vida política no momento em que a prática pública integrar-se no mundo dos cidadãos. Frey (2000), consubstanciando-se no pensamento tocquevilleano, ao tecer a concepção utópica de uma democracia capaz de reconciliar a liberdade com a igualdade, assegurada pelo predomínio do interesse público bem compreendido, pressupõe a vigência de uma correspondente cultura política, impulsionada por uma nova prática de ação política e social dentro da própria sociedade civil.

Propiciar a formação de canais de participação democrática no processo de contratação pública, firmemente amparados no pensar e nos costumes da coletividade poderia ocasionar a legitimação necessária para a eleição de critérios e preferências no regime diferenciado de contratações, além de criar condições favoráveis para propiciar o controle social dos atos estatais. Portanto, a legitimação das decisões públicas, por meio da participação da população nos processos decisórios, ancoradas pelos princípios da inclusão, da igualdade participativa e do pluralismo poderiam gerar mecanismos de controle da sociedade civil sobre a administração pública, interferindo nas relações entre Estado e sociedade e criando as condições favoráveis para a *accountability* democrática pretendida pela governança interativa. Como efeito secundário, o livre exercício da participação democrática no processo de contratação pública poderia afastar o efeito anômalo da corrupção nas licitações e o refreamento do ressurgimento do patrimonialismo na administração pública brasileira.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os aspectos fundamentais emergidos com a sistemática procedimental, criada pelo regime diferenciado de contratações públicas, trouxeram inovações e aperfeiçoamentos no processo de contratação pública que denotam o comprometimento do Estado com a celeridade e a eficiência do procedimento licitatório. As estratégias adotadas no regime diferenciado buscaram superar algumas disfunções do modelo tradicional de contratação que, inevitavelmente, marcam de ineficácia e morosidade o procedimento de contratação pública no Estado brasileiro. A aposta em um procedimento enxuto, racionalizado e com certo grau de flexibilidade apontam para avanços em termos de eficiência no campo das contratações públicas.

Em que pese o questionamento oposto quanto à transparência pública e os riscos inerentes, relativamente, à questão do sigilo dos orçamentos estimados, acredita-se que o regime diferenciado, em certa medida, poderá fortalecer a governança pública no Brasil. A positivação do princípio do desenvolvimento nacional sustentável na legislação que rege o regime diferenciado contribui para se criar as bases de um futuro sustentável e buscar soluções inovadoras para os problemas da sociedade contemporânea (LÖFFER, 2001). Em sua base teórica, o preceito de sustentabilidade tem por fundamento o fenômeno da funcionalização contratual e o aspecto estrutural do contrato público (PERLINGIERI, 2002). A imposição do atendimento a critérios de sustentabilidade nas licitações públicas apresenta-se como uma condicionante para as contratações do regime diferenciado que, indubitavelmente, é o maior traço de identificação com a ótica principiológica da governança pública.

O ideário de governança, baseado no novo paradigma de gestão governamental, baseado na ideia de *accountability* democrática e na participação popular nos atos de governo, não possui previsão expressa no regime

diferenciado. Como via alternativa, sugere-se para a consolidação dos princípios da governança a constituição de comissões mistas, atuando em conjunto com os órgãos especializados e de fiscalização, contando com a participação de cidadãos desvinculado da administração, para promover um desejável canal de participação democrática nas decisões públicas e incentivar a *accountability* pretendida pela governança interativa. Conforme assinala Frey (2004, p. 119),

reinventar as formas de gestão no sentido de transformar os atores da sociedade em aliados na busca de melhores resultados, tanto referentes ao desempenho administrativo quanto em relação ao aumento da legitimidade democrática pode ocasionar a canalização das forças sociais para auxiliar a gestão pública.

Isto posto, criar condições para o engajamento cívico dos cidadãos no processo decisório nas contratações do Estado pode ensejar, além de um processo de legitimação da escolha pública, também, poderá contribuir para afastar efeitos anômalos do processo de contratação pública, como fraudes e a corrupção dos quadros administrativos.

Apesar do aprofundamento teórico pretendido pelo presente estudo, a necessidade de realizar um levantamento de dados para investigar a efetividade das contratações regidas pelo regime diferenciado se apresenta como proposta de futura pesquisa com base empírica.

Como nova modalidade licitatória para o Estado brasileiro, em estágio inicial de implementação, espera-se que sejam afastadas as distorções do regime seja legislação ou pela jurisprudência. Após a superação dessas questões pontuais, o regime diferenciado que, a princípio, apresentou-se de forma casuística, para atender a uma demanda contingencial do Estado, poderá se consolidar de forma permanente, promovendo avanços e mudanças desejáveis no campo das contratações públicas brasileiras.

## REFERÊNCIAS

ABRÚCIO, F. L. O impacto do modelo gerencial na administração pública: um breve estudo sobre a experiência internacional recente. **Cadernos ENAP**, Brasília, n. 10, p. 1-52, 1997.

AMNA, E. Playing with fire?: swedish mobilization for participatory democracy. **Journal of European Social Policy**, London, v. 13, p. 587-606, June 2006.

ARRECTHE, M. O mito da descentralização: maior democratização e eficiência nas políticas públicas? **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, São Paulo, v. 31, n. 11, p. 44-46, jun. 1996.

\_\_\_\_\_. Políticas sociais no Brasil: descentralização em um Estado federativo. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, São Paulo, v. 14, n. 40, p. 111-141, 1999.

AURÉLIO, B. A previsão da remuneração variável do contratado no regime diferenciado de contratações públicas. In: CAMMAROSANO, M.; DAL POZZO, A. N.; VALIM, R. (Coord.). **Regime Diferenciado de Contratações Públicas - RDC (Lei 12.462/11; Decreto nº 7.581/11): aspectos fundamentais**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 77-93.

BARIANI JÚNIOR, P. J. Da publicidade dos instrumentos convocatórios das licitações pelo RDC, dos modos de disputa e dos critérios de julgamento. In: CAMMAROSANO, M.; DAL POZZO, A. N.; VALIM, R. (Coord.). **Regime Diferenciado de Contratações Públicas - RDC (Lei 12.462/11; Decreto nº 7.581/11): aspectos fundamentais**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 95-107.

BARROSO, L. R. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência**. São Paulo: Saraiva, 2008. 448 p.

\_\_\_\_\_. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 10, n. 851, 2005. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/7547>>. Acesso em: 14 mar. 2012.

BAZILLI, R. R. **Contratos administrativos**. São Paulo: Malheiros, 1996. 162 p.

BEHN, R. D. O novo paradigma da gestão pública e a busca da *Accountability* democrática. **Revista do Serviço Público**, Brasília, v. 49, n. 4, p. 5-45, 1998.

BORJA, J. **Democracia local**: descentralización del estado, políticas económico-sociales en la ciudad y participación popular. Barcelona: Ayuntamiento de Barcelona, 1988. 76 p.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 10 jul. 2013.

\_\_\_\_\_. **Decreto nº 7.581**, de 11 de outubro de 2011. Regulamenta o Regime Diferenciado de Contratações Públicas - RDC, de que trata a Lei no 12.462, de 5 de agosto de 2011. Brasília, 2011a. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2011/Decreto/D7581.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Decreto/D7581.htm)>. Acesso em: 5 jun. 2013.

\_\_\_\_\_. **Lei Complementar Federal nº 95**, de 26 de fevereiro de 1998. Dispõe sobre a elaboração, a redação, a alteração e a consolidação das leis, conforme determina o parágrafo único do art. 59 da Constituição Federal, e estabelece normas para a consolidação dos atos normativos que menciona. Brasília, 1998. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lcp/lcp95.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp95.htm)>. Acesso em: 5 jun. 2013.

\_\_\_\_\_. **Lei Complementar Federal nº 123**, de 14 de dezembro de 2006. Institui o Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte. Brasília, 2006. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lcp/lcp123.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp123.htm)>. Acesso em: 5 jun. 2013.

\_\_\_\_\_. **Lei Federal nº 8.666**, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Brasília, 1993. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/Leis/L8666cons.htm>>. Acesso em: 5 jun. 2013.

\_\_\_\_\_. **Lei Federal nº 10.520**, de 17 de julho de 2002. Institui, no âmbito da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, nos termos do art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, modalidade de licitação denominada pregão, para aquisição de bens e serviços comuns, e dá outras providências. Brasília, 2002.

Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110520.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110520.htm)>. Acesso em: 4 jun. 2013.

\_\_\_\_\_. **Lei Federal nº 12.462**, de 4 de agosto de 2011. Institui o Regime Diferenciado de Contratações Públicas - RDC. Brasília, 2011b. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2011/Lei/L12462.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Lei/L12462.htm)>. Acesso em: 4 jun. 2013.

BRESSER-PEREIRA, L. C. Da administração burocrática à gerencial. **Revista do Serviço Público**, Brasília, v. 47, n. 1, p. 7-29, 1996.

\_\_\_\_\_. O modelo estrutural de governança pública. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado**, Salvador, 2007. Disponível em: <<http://www.desenvolvimentistas.com.br/desempregozero/wp-content/uploads/2007/12/modeloestruturalgovernancapublica.pdf>>. Acesso em: 5 jun. 2013.

CAMBI, E. Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo. **Panóptica**, Vitória, ano 1, n. 6, p. 1-44, fev. 2007.

CANOTILHO, J. J. G. **Direito constitucional**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1995. 1214 p.

DAHL, R. A. **Sobre a democracia**. Brasília: UnB, 2001. 230 p.

DAL POZZO, A. N. Panorama geral dos regimes de execução previstos no regime diferenciado de contratações públicas: a contratação integrada e seus reflexos. In: CAMMAROSANO, M.; DAL POZZO, A. N.; VALIM, R. (Coord.). **Regime Diferenciado de Contratações Públicas - RDC (Lei 12.462/11; Decreto nº 7.581/11): aspectos fundamentais**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 61-76.

DI PIETRO, M. S. Z. **Direito administrativo**. São Paulo: Atlas, 2009. 864 p.

DINIZ, E. **Globalização, reformas econômicas e elites empresariais**. Rio de Janeiro: FGV, 2000. 116 p.

DINIZ, M. H. **Compêndio de introdução à ciência do direito**. São Paulo: Saraiva, 2003. 580 p.

DU GAY, P. Enterprise culture and ideology of excellence. **New Formations**, London, n. 13, p. 45-61, 1991.

FAORO, R. **Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro**. São Paulo: Globo, 2001. 949 p.

FERREIRA, D.; SANTOS, J. A. A. Licitações para a Copa do Mundo e Olimpíadas: comentários sobre algumas inovações da Lei nº 12.462/11. **Revista Zênite - Informativo de Licitações e Contratos (ILC)**, Curitiba, n. 216, p. 171-183, fev. 2012.

FREY, K. Descentralização e poder local em Alexis de Tocqueville. **Revista de Sociologia Política**, Curitiba, n. 15, p. 83-96, nov. 2000.

\_\_\_\_\_. Governança interativa: uma concepção para compreender a gestão pública participativa? **Revista Política e Sociedade**, Florianópolis, v. 3, n. 5, p. 119-138, out. 2004.

\_\_\_\_\_. Governança urbana e participação pública. In: ENCONTRO ANUAL DA ANPAD, 28., 2007, São Paulo. **Anais...** São Paulo: ANPAD, 2007. 1 CD-ROM.

GARCIA DE ENTERRÍA, E.; FERNANDEZ, T. R. **Curso de derecho administrativo**. 4. ed. Madrid: Civitas, 1983. 442 p.

GUSTIN, M. B. de S.; DIAS, M. T. F. **Repensando a pesquisa jurídica**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010. 272 p.

HOMMES, R. Conflicts and dilemmas of decentralization. In: ANNUAL BANK CONFERENCE ON DEVELOPMENT ECONOMICS, 1., 1995, Washington. **Proceedings...** Washington: BCDE, 1995. 1 CD-ROM.

JASMIN, M. G. **Alexis de Tocqueville: a historiografia como ciência da política**. Belo Horizonte: UFMG; IUPER, 2005. 305 p.

\_\_\_\_\_. Despotismo e história na obra de Alexis de Tocqueville. **Estudos Avançados**, São Paulo, v. 18, n. 1, p. 1-49, 1996.

JUSTEN FILHO, M. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. São Paulo: Dialética, 1998. 468 p.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. São Paulo: Dialética, 2012. 1136 p.

KISSLER, L.; HEIDEMANN, F. G. Governança pública: novo modelo regulatório para as relações entre Estado, mercado e sociedade? **Revista Brasileira de Administração**, Rio de Janeiro, v. 40, n. 3, p. 479-499, 2006.

LÖFFLER, E. Governance: die neue generation von staats - und verwaltungs-modernisierung. **Verwaltung + Management**, Baden-Baden, v. 7, n. 4, p. 212-215, 2001.

LUCHMANN, L. H. H. A representação no interior das experiências de participação. **Lua Nova**, São Paulo, n. 70, p. 139-170, 2007.

MAFRA, F. Administração pública burocrática e gerencial. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, ano 8, n. 21, maio 2005. Disponível em: <[http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=503](http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=503)>. Acesso em: 10 jul. 2012.

MALHORTA, M. K. **Pesquisa de marketing: uma orientação aplicada**. 4. ed. Porto Alegre: Bookman, 2006. 720 p.

MARSHALL, C. Norma jurídica: célula mãe do direito. **Sequência: Estudos Jurídicos e Políticos**, Florianópolis, v. 15, n. 29, p. 80-87, 2010.

MARTINS, H. F.; MARINI, C. **Um guia de governança para resultados na administração pública**. São Paulo: Publix, 2010. 262 p.

MARTINS, L. Reforma da administração pública e cultura política no Brasil. **Cadernos ENAP**, Brasília, n. 8, p. 61, 1997.

MELLO, C. A. B. de. **Ato administrativo e direitos dos administrados**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981. 215 p.

MORRIS, P. Freeing the spirit of enterprise: the genesis and development of the concept of enterprise culture. In: KEAT, R.; ABERCROMBIE, N. (Ed.). **Enterprise culture**. Routledge: London, 1991. p. 21-37.

MÜLLER, F. **Quem é o povo?: a questão fundamental da democracia**. 3. ed. São Paulo: Max Limonad, 2003. 112 p.

NOGUEIRA, M. A. **As possibilidades da política: ideias para a reforma democrática do Estado**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1998. 305 p.

PARO, V. H. **Administração escolar: introdução crítica**. São Paulo: Cortez; Autores Associados, 1986. 175 p.

PATEMAN, C. **Participação e teoria democrática**. São Paulo: Paz e Terra, 1992. 157 p.

PAULA, A. P. P. de. **Por uma nova gestão pública: limites e potencialidades da experiência contemporânea**. Rio de Janeiro: FGV, 2005. 204 p.

PEREIRA, M. M. F. O contrato administrativo comparado: influências e convergências. **Revista do Instituto de Direito Brasileiro**, Lisboa, n. 11, p. 6967-7008, 2012.

PERLINGIERI, P. **Perfis do direito civil. introdução ao direito civil constitucional**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. 369 p.

PUTNAM, R. D. **Democracies in Flux**. New York: Oxford University, 2002. 516 p.

QUIRINO, C. G. **Tocqueville: a realidade da democracia e a liberdade ideal**. São Paulo: EDUSP, 1998. 277 p. (Clássicos do Pensamento Político).

RODRIGUEZ, V. Os interesses regionais e a federação brasileira. **Ensaio FEE**, Porto Alegre, v. 15, n. 2, p. 338-352, 1994.

SALINAS, N. S. C. **Avaliação legislativa no Brasil: um estudo de caso sobre as normas de controle das transferências voluntárias de recursos públicos para entidades do terceiro setor**. 2008. 247 p. Dissertação (Mestrado em Administração) - Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008.

SANTOS, B. de S. **Democratizar a democracia: os caminhos da democracia participativa**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002. 678 p.

SCHWARTZMAN, S. **Bases do autoritarismo brasileiro**. Rio de Janeiro: Campus, 1988. 180 p.

SILVA, S. T. da. **Um novo direito administrativo?** Coimbra: Universidade de Coimbra, 2010. 97 p.

STOKER, G. Urban political science and the challenge of urban governance. In: PIERRE, J. (Ed.). **Debating governance: authority, steering and democracy**. New York: Oxford University, 2000. p. 91-109.

TENÓRIO, F. G.; ROZENBERG, J. E. Gestão pública e cidadania: metodologias participativas em ação. **Cadernos de Gestão Pública e Cidadania**, São Paulo, v. 7, p. 1-35, jun. 1997.

TOCQUEVILLE, A. de. **A democracia na América**. São Paulo: ITATIAIA/EDUSP, 1987. 597 p.

VALIM, R. A negociação de condições mais vantajosas no Regime Diferenciado de Contratações Públicas - RDC. In: CAMMAROSANO, M.; DAL POZZO, A. N.; VALIM, R. (Coord.). **Regime Diferenciado de Contratações Públicas - RDC (Lei 12.462/11; Decreto nº 7.581/11): aspectos fundamentais**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 125-136.

VENOSA, S. de S. **Direito civil: contratos em espécie e responsabilidade civil**. São Paulo: Atlas, 2001. 697 p.

WEBER, M. **Economia e sociedade**. Brasília: EdUnB, 1999. v. 2, 584 p.

ZOCKUN, M. Apontamentos do regime diferenciado de contratações públicas à luz da Constituição da República. In: CAMMAROSANO, M.; DAL POZZO, A. N.; VALIM, R. (Coord.). **Regime Diferenciado de Contratações Públicas - RDC (Lei 12.462/11; Decreto nº 7.581/11): aspectos fundamentais**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 15-30.