

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS
Faculdade Mineira de Direito
Programa de Pós-graduação *Scricto Sensu* em Direito

Marco Antonio de Santana

**A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DO SIGILO TEMPORÁRIO NA LEI
DO REGIME DIFERENCIADO DE CONTRATAÇÕES PÚBLICAS EM
FACE DO PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE**

Belo Horizonte
2014

Marco Antonio de Santana

**A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DO SIGILO TEMPORÁRIO NA LEI
DO REGIME DIFERENCIADO DE CONTRATAÇÕES PÚBLICAS EM
FACE DO PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Professor Doutor Fernando Horta Tavares

**Belo Horizonte
2014**

FICHA CATALOGRÁFICA

Elaborada pela Biblioteca da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais

S232i Santana, Marco Antonio de
A (in)constitucionalidade do sigilo temporário na Lei do regime diferenciado de contratações públicas em face do princípio da publicidade / Marco Antonio de Santana. Belo Horizonte, 2014.
140f.:il.

Orientador: Fernando Horta Tavares
Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.
Programa de Pós-Graduação em Direito.

1. Direito administrativo - Brasil. 2. Licitação pública. 3. Estado de direito. 4. Contrato público. 5. Publicidade governamental. I. Tavares, Fernando Horta. II. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título.

SIB PUC MINAS

CDU: 35

Marco Antonio de Santana

**A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DO SIGILO TEMPORÁRIO NA LEI
DO REGIME DIFERENCIADO DE CONTRATAÇÕES PÚBLICAS EM
FACE DO PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito.

Prof. Doutor Fernando Horta Tavares (Orientador) – PUC Minas

Prof. Doutor Giovani Clark – PUC Minas

Prof^a. Doutora Maria Tereza Fonseca Dias – UFMG

Prof^a. Doutora Zamira de Assis – PUC Minas (suplente)

Belo Horizonte, 7 de maio de 2014.

*Dedico ao meu querido filho Miguel
que, mesmo ainda tão pequeno tem
colorido minhas manhãs.*

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus, essência de amor e vida.

Ao ilustre Professor Doutor Fernando Horta Tavares, pela riqueza dos ensinamentos, pelo estímulo à reflexão acadêmica e pelo acompanhamento.

Aos professores do programa de Pós-Graduação em Direito da PUC Minas pelos ensinamentos que com brilhantismo me proporcionaram, especialmente, Dr. Bruno Wanderley Junior, Dr. Giovani Clark, Dr. Edimur Ferreira de Faria e Dr. Flávio Couto Bernardes.

Aos professores Rodolfo Viana Pereira e Guilherme Coelho Colen pelo incentivo à pesquisa desde o período de Graduação.

Aos colegas do Mestrado que permitiram partilhar momentos de trocas, em especial Antônio Pimenta, Ângela Rodrigues, Kildare Gonçalves, Simone Letícia e Patrícia Paoliello.

Aos amigos Elder Dutra, Glória Moreira, Jacira Soares, Jamil Braga, Maria Aparecida, Silvimar Oliveira, Simone Tavares, Stepherson Lacerda, que estiveram presentes ao longo do caminho e auxiliaram de alguma forma nesse árduo percurso. Agradecimento especial ao amigo Elicio Soares da Costa, que muito me apoiou e me deu suporte em minhas ausências no trabalho diário.

À minha esposa Claudia Amaral, amor de minha vida e companheira de todas as horas pelo incentivo acadêmico, compreensão e suporte pessoal diário.

À querida Elizabeth Tavares pela disposição em ajudar em todo tempo e pelas orações em meu favor.

Ao meu pai pelo exemplo de esforço e superação, na simplicidade.

Ao meu irmão Robson Santana.

Por fim, a todos aqueles que direta ou indiretamente contribuíram para a finalização dessa etapa, os meus sinceros agradecimentos.

Mudam-se os tempos, mudam-se as vontades

*Mudam-se os tempos, mudam-se as vontades,
Muda-se o ser, muda-se a confiança;
Todo o mundo é composto de mudança,
Tomando sempre novas qualidades.*

*Continuamente vemos novidades,
Diferentes em tudo da esperança;
Do mal ficam as mágoas na lembrança,
E do bem, se algum houve, as saudades.*

*O tempo cobre o chão de verde manto,
Que já coberto foi de neve fria,
E em mim converte em choro o doce canto.*

*E, afora este mudar-se cada dia,
Outra mudança faz de mor espanto:
Que não se muda já como soía.*

Luís de Camões

RESUMO

A presente pesquisa tem por objetivo analisar o Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC, instituído no Brasil através da Lei nº 12.462/2011, direcionado inicialmente para regular as Licitações Públicas para obras de infraestrutura diante do anúncio da Federação Internacional de Futebol Associação - FIFA pela escolha do Brasil para sediar a Copa do Mundo de 2014 e os Jogos Olímpicos 2016. Focou-se especificamente nas questões contidas no ordenamento instituidor, que prevê algumas inovações como a figura da contratação integrada e a possibilidade de realização de licitação sem projeto de execução, utilizando-se apenas um anteprojeto, bem como analisar a (in)constitucionalidade da regra contida no art. 6º da Lei do RDC que estabeleceu uma espécie de “sigilo temporário” quanto ao orçamento previamente estimado. Realizou-se uma revisão de literatura acerca da Administração Pública na perspectiva do Estado Democrático de Direito, bem como os percalços da legislação brasileira em matéria de licitações até o advento das reformas específicas no regime jurídico das contratações públicas, que sinalizam para procedimentos licitatórios mais céleres. Conclui-se que o RDC traz relevantes avanços para o aprimoramento do modo de realização de licitações públicas no Brasil.

Palavras-chave: Direito Administrativo. Licitações. Regime Diferenciado de Contratações Públicas.

ABSTRACT

The present study aims to examine the Differential Public Hiring System - DHS, established in Brazil by Law nº. 12.462/2011 initially directed to regulate the Public Bidding for infrastructure works at the announcement of the International Federation of Football Association - FIFA by choice of Brazil to host the 2014 World Cup and 2016 Olympics. Focused specifically on the issues contained in the settlor system, which provides some innovations like the figure of the integrated procurement and the possibility of performing without bidding project implementation, using only a draft and analyze the (un)constitutionality of the rule contained in art. 6 of the DHS Act which established a sort of "temporary secrecy" about the previously estimated budget. We conducted a literature review of public administration from the perspective of democratic rule of law, as well as mishaps Brazilian legislation on bidding until the advent of specific reforms in the legal framework of public procurement, signaling for faster bidding procedures. We conclude that the relevant DHS brings advances for improving the embodiment of public procurement in Brazil.

Keywords: Administrative Law. Bidding. Differential Public Hiring System.

LISTA DE SIGLAS E ABREVIações

ADI	- Ações Diretas de Inconstitucionalidade
AgRg no RE	- Agravo Regimental no Recurso Extraordinário
ANA	- Agência Nacional das Águas
ANATEL	- Agência Nacional de Telecomunicações
ANEEL	- Agência Nacional de Energia Elétrica
ANTT	- Agência Nacional de Transportes Terrestres
CEPA	- Comissão de Estudos e Projetos Administrativos
CGCOPA	- Comitê Gestor da Copa do Mundo FIFA 2014
COSB	- Comissão de Simplificação Burocrática
CPI	- Comissão Parlamentar de Inquérito
DEM	- Democratas
DJ-e	- Diário da Justiça Eletrônico
ED no REsp	- Embargo de Declaração no Recurso Especial
EPP	- Empresas de Pequeno Porte
FIFA	- Federação Internacional de Futebol Associação
HC	- Habeas Corpus
INFRAERO	- Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária
ME	- Microempresas
MP	- Medida Provisória
OCDE	- Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico
OSCIP	- Organização da Sociedade Civil de Interesse Público
PAC	- Programa de Aceleração do Crescimento
PIB	- Produto Interno Bruto
PMDB	- Partido do Movimento Democrático Brasileiro
PPP	- Parceria Público Privada
PPS	- Partido Popular Socialista
RDC	- Regime Diferenciado de Contratações Públicas
RMS	- Recurso Ordinário em Mandado de Segurança
STF	- Supremo Tribunal Federal – STF
SUS	- Sistema Único de Saúde
TFUE	- Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	11
2 ESTADO E ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.....	16
2.1 O Estado: Primeiras Aproximações.....	16
2.1.1 <i>Nova releitura da típica divisão de poderes.....</i>	23
2.2 Administração Pública e suas características típicas	28
2.2.1 <i>Os sentidos organizatório, funcional, material e formal da expressão Administração Pública.....</i>	28
2.3 O dinamismo e evolução do Direito Administrativo no Brasil	30
2.4 A principiologia do Direito Administrativo: traços do seu Regime Jurídico.....	42
2.4.1 <i>Algumas considerações acerca dos princípios no Estado Democrático de Direito.....</i>	45
2.4.2 <i>Principiologia do Direito Administrativo.....</i>	49
3 AS LICITAÇÕES NO BRASIL	55
3.1 A inclusão da ideia da sustentabilidade ambiental na Lei de Licitações: marcas advindas da chamada Constituição Econômica.....	61
3.2 A descentralização administrativa brasileira em razão da Federação	66
3.3 Primeira fase das licitações no Brasil	69
3.4 Segunda fase das licitações no Brasil: um retrato de uma busca pela unificação nacional	72
3.4.1 <i>Características do Decreto-lei nº 200/1967.....</i>	73
3.5 Terceira fase de licitações no Brasil.....	75
3.5.1 <i>O relevante conteúdo da Constituição Federal em matéria de Licitação.....</i>	77
3.5.2 <i>A reforma da Lei Geral de Licitações</i>	80
3.5.3 <i>Apontamentos sobre os princípios setoriais que regem as licitações públicas previstas na Lei nº 8.666/1993</i>	86
3.5.3.1 <u>O princípio da publicidade e a Lei Geral de Licitação nº 8.666/1993</u>	90
3.6 Quarta fase das licitações no Brasil.....	94
4 O REGIME DIFERENCIADO DE CONTRATAÇÕES PÚBLICAS	98
4.1 Marcas do rompimento com o regime jurídico unitário.....	98
4.2 Apontamentos sobre as Parcerias Público-Privadas.....	101
4.3 Generalidades do Regime Diferenciado de Contratações Públicas	103
4.3.1 <i>Contratação Integrada: uma empreitada tradicional ou novo regime? ...</i>	105
4.3.1.1 <u>Contratação Integrada e a ausência de objeto licitatório</u>	107
4.3.2 <i>As ações Judiciais contra a Lei do RDC no Supremo Tribunal Federal....</i>	111
4.3.3 <i>O sigilo temporário do orçamento estimado sob o âmbito do RDC.....</i>	114
4.3.3.1 <u>O contraponto entre o sigilo do orçamento estimado: publicidade diferida ou desarmônica?.....</u>	116
4.3.4 <i>A lei 12.527/2011 em contraponto com a regra do sigilo do RDC.....</i>	123
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS	124
REFERÊNCIAS.....	129

1 INTRODUÇÃO

Não transformemos uma questão de previdência em questão de cobiça. Não reduzamos uma imensa questão de princípios à vil questão de interesses. Não demos de barato a essência eterna da justiça por uma rasteira desavença de mercadores. Não barganemos o nosso porvir a troco de um mesquinho prato de lentilhas. Não arrastemos o Brasil ao escândalo de se dar em espetáculo à terra toda como a mais fútil das nações. (BARBOSA, 1956/1997, p. 49).

O trabalho censitário estima o Brasil possuir 193.946.886 milhões de habitantes (BRASIL, 2012), com extensão territorial de 8.514.876 km². Trata-se, pois de um País de dimensões continentais, dada sua imensa porção territorial e privilegiada faixa costeira onde se concentram muitas riquezas naturais e, ao mesmo tempo um cenário de fortes desigualdades sociais e regionais, maximizada pela expressiva população, que depende dos serviços públicos básicos, como saneamento básico, pavimentações de vias, mobilidade urbana, eletrificação, serviços médicos, educacionais, políticas públicas inclusivas e tantas outras questões, tão caras para a configuração da cidadania. Cidadania aqui entendida como aquela que Thomas Marshall¹ (1967) não conseguia vislumbrar como efetiva ante a falta de um dos elementos por ele considerados essenciais para se constituir cidadão pleno: os direitos civis, os direitos políticos e os direitos sociais.

Parece ser a razão da Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988), fundamentada na soberania, na cidadania, nos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, no pluralismo político e, principalmente, na dignidade da pessoa humana, todos alicerces que se alinham aos objetivos de construir uma sociedade livre, justa e solidária, de garantir o desenvolvimento nacional, de erradicar a pobreza e a marginalização, de reduzir as desigualdades sociais e regionais e de promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Todos os esforços e medidas levadas a efeito pelo Estado enquanto executor de políticas públicas, no sentido de dar efetividade ao texto constitucional dependem

¹ Thomas Humphrey Marshall (1967) é autor do clássico *Cidadania, Classe Social e Status*, onde define o elemento social como “tudo o que vai desde o direito a um mínimo de bem-estar econômico e segurança ao direito de participar, por completo, na herança social e levar a vida de um ser civilizado de acordo com os padrões que prevalecem na sociedade. As instituições mais intimamente ligadas com ele são o sistema educacional e os serviços sociais” (Marshall, 1967, p. 63-64).

da Administração Pública, que a torna elemento central do debate do planejamento, das execuções e respostas que a gigante população precisa.

Vê-se, entretanto, que o Brasil enfrenta grandes dificuldades para seu desenvolvimento, dada a insuficiente logística estrutural ofertada que acaba por dificultar ou reduzir o impulso do desenvolvimento econômico e social.

Esta é uma síntese de um País selecionado para sediar eventos esportivos de grande porte, como já ocorreram em outros países, como a Copa das Confederações (em 2013), a Copa do Mundo (em 2014) e as Olimpíadas e Jogos Paraolímpicos (em 2016). Porém, apesar da grande extensão territorial e dispor de um mercado frágil, por guardar forte dependência de investimentos internacionais e necessidade de exportar seus produtos e serviços, o Brasil não possuía, infraestrutura suficiente para receber tais eventos, razão pela qual foram necessárias diversas medidas do Estado para dar conta de tamanho desafio, embora pareça ainda figurar boa parte dessas insuficiências, não obstante os esforços envidados no sentido de preparação do País para ser palco desses mega eventos.

Ocorre que o agir da Administração Pública e o agir da Iniciativa Privada possuem marcantes diferenças, pois nesta as decisões e gerenciamento patrimonial se dão de forma livre, imperando os regramentos decorrentes do Direito Comercial e Direito Civil. Neste foco, valem as regras e os modos de operação mercadológica. Diversamente, na seara pública não há tamanha liberdade, já que deve-se observar as restrições que lhe são impostas pelo Direito Público. Aqui não perfila tamanha liberdade em razão do gerenciamento ser de patrimônio e interesse coletivo, razão pela qual é necessário a sua submissão às condições legais, como é o dever de licitar previamente a contratação de produtos e serviços, direção por onde se insere o presente trabalho.

A Lei nº 8.666/1993 (BRASIL, 1993) constitui o vigente Regime Geral Brasileiro de Licitações e Contratos, que desde sua edição em 1993 veio contemplar os parâmetros da Constituição inseridos no art. 22, inciso XXVII, art. 37, inciso XXI, art. 173 §1º, art. 175, art. 195 §3º. (BRASIL, 1988).

A Lei Geral de Licitações e Contratos (BRASIL, 1993) atual vem sendo alvo de críticas e ao mesmo tempo de aplausos, de um lado como necessária ao combate à corrupção e permissão de uma atuação administrativa regular e, de outro, como dimensionadora de um procedimento engessado, que trava a celeridade das

obras, contrária à eficiência, um dos princípios norteadores da Administração Pública.

Nesse sentido, muitas criações legislativas foram feitas, algumas com implicação direta no texto da Lei nº 8.666/1993 (BRASIL, 1993), alterando ou acrescentando hipóteses ou situações à Lei Geral das Licitações. No entanto, diversas foram as produções legislativas, não de meras alterações na Lei nº 8.666/1993, mas de implementação de normas de contratações públicas voltadas para específicas necessidades, tais como a Lei das Concessões (Lei nº 8.98/1995), a Lei das Parcerias Público-Privadas (Lei nº 11.079/2004), a Lei do Regime Diferenciado de Contratações Públicas (Lei nº 12.462/2011), sendo esta última a legislação criada inicialmente para regular as Contratações Públicas que envolvem as obras de infraestrutura dos eventos de expressão mundial, inovações específicas que parecem flexibilizar as contratações públicas.

Muitas dessas mudanças na legislação aplicável às Contratações Públicas parecem de algum modo derivar das políticas de concorrência e licitação demarcadas pela Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE², como as *Diretrizes para combater o conluio entre concorrentes em contratações públicas*. (OCDE, 2009).

O Regime Diferenciado de Contratações Públicas – onde se centra o presente trabalho –, foi instituído através da Lei nº 12.462/11 (BRASIL, 2011a) e distingue-se por algumas diferenças, que divergem das características do pregão e das

² A Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE, que possui sede em Paris, França, tem tido forte influência como orientadora das questões econômicas que envolvem o Brasil, inclusive incluindo em seus objetivos o fortalecimento da cooperação com o Brasil através de programas de *enhanced engagement* (engajamento ampliado) para que futuramente o Brasil adira à OCDE (OCDE, 2009). A OCDE criou as Diretrizes para combater o conluio entre concorrentes em contratações públicas visto que esta é uma prática secreta entre os concorrentes e trata-se de “[...] uma prática ilegal em todos os países da OCDE e pode ser investigada e punida ao abrigo das leis e regras da concorrência” (OCDE, 2009, p. 2). Novamente em 2010 o Brasil voluntariou-se para que suas políticas de concorrência e licitação fossem analisadas tanto pelo OCDE quanto pelo BID (Banco Interamericano de Desenvolvimento), que produziram o relatório *Lei e Política de Concorrência no Brasil: uma revisão pelos pares* (OCDE, 2010). Ao final do documento, a OCDE (2010, p. 84) apresenta algumas recomendações ao Brasil, que dependem ou não de legislação para passarem a ser implementadas nas políticas de concorrência no Brasil. e contratos da Administração Pública. Havia procedimentos burocráticos que retardavam o atendimento das reais necessidades existentes e para sanar tais problemas foi publicado o Decreto n. 3.931/01 que regulamentou o sistema de registro de preços e a Lei n. 10.520/02 que instituiu o pregão eletrônico. Todavia, tais alterações da legislação não chegaram a afetar necessidades emergentes e, espelhados pela experiência europeia e estadunidense, sob orientação da OCDE, o Brasil optou por um regime diferenciado para contratar empresas que pudessem construir os aparatos necessários para que o Brasil venha a sediar os eventos esportivos de grande envergadura mundial.

contratações via licitação, regidas pela Lei nº 8.666/93. (BRASIL, 1993). Seu objetivo inicial era somente a emergência das obras para atender aos eventos esportivos, mas estendeu-se também às ações que integram o Programa de Aceleração do Crescimento (PAC)³ e obras e serviços de engenharia no Sistema Único de Saúde (SUS). É interessante observar que o PAC e a finalidade do RDC são comuns, sendo ambos essenciais para que o Brasil sedie tais eventos esportivos e, talvez seja esse o motivo deste e das obras do SUS terem sido inseridos no RDC.

Neste sentido, compreender o que subjaz esse percurso torna-se pertinente para o momento vivenciado pelo País. Portanto, o objetivo desse estudo é analisar o Regime Diferenciado de Contratação – RDC –, face aos princípios Constitucionais estabelecidos que vigoram no país, especificamente o princípio da publicidade. Assim, os objetivos específicos se traduzem em: fazer uma revisão de literatura quanto ao Estado e à Administração Pública; realizar uma releitura da típica divisão de funções do Estado, da legalidade e da evolução do direito administrativo no Brasil; analisar os princípios aplicáveis à administração pública; realizar um levantamento histórico das legislações em matéria de contratações públicas até o advento do Regime Diferenciado de Contratação; analisar o contexto da criação do Regime Diferenciado de Contratações Públicas; Analisar o regime de contratação integrada e orçamento estimado no âmbito da previsão contida na Lei nº 12.462/2011; verificar a validade da figura do sigilo temporário do orçamento estimado no âmbito do Regime Diferenciado de Contratações Públicas em contraponto com o princípio da publicidade.

Para o desenvolvimento desse estudo foram realizadas pesquisa bibliográfica e documental, que possibilitaram que a investigação alcançasse os objetivos propostos, com vistas à superação dos possíveis “pré-conceitos” e “pré-noções” (GUSTIN; DIAS, 2013, p. 35), que poderiam comprometer uma visão holística sobre o objeto de estudo. Nesse sentido, a análise dos conteúdos extraídos das leis centrais do presente trabalho foi realizada, visto que “[...] todas as vezes que se desenvolve uma pesquisa teórica, o procedimento de análise de conteúdo torna-se imprescindível.” (GUSTIN; DIAS, 2013, p. 91).

³ O PAC foi instituído em 2007 e tem como objetivo a retomada de planejamento e execução de grandes obras de infraestrutura social, logística, energética e urbana do país, a fim de possibilitar a aceleração de seu desenvolvimento, porém, de forma sustentável.

Desta forma, para melhor apresentação do presente estudo, optou-se pela divisão do texto em três capítulos.

O primeiro deles, intitulado *Estado e Administração Pública*, busca compreender a concepção de Estado, os meandros que envolvem a estrutura da administração pública e suas características típicas, a principiologia do Direito Administrativo e os traços do seu regime jurídico.

No capítulo dois, intitulado *As licitações no Brasil*, faz-se uma leitura da história das Licitações no Brasil, dividindo-a em quatro fases, sendo a primeira referente ao período compreendido entre os anos de 1922 a 1967 quando não havia no Brasil uma política nacional para a realização das aquisições públicas; a segunda fase que trata do período de 1967 a 1986 e trabalha com a perspectiva da busca pela unificação nacional com a edição pelo Governo Militar do Decreto-lei nº 200 em 25 de fevereiro de 1967. Este Decreto, em síntese, trouxe claras disposições acerca da organização da Administração Pública Federal e, ao mesmo tempo, instituiu os parâmetros para a Reforma Administrativa do Estado, até à chegada do Decreto Lei nº 2.300/1986; a terceira fase das licitações, que vem logo após o Decreto-lei nº 2.300/1986, passando pela Constituição de 1988 até à chegada da vigente Lei Geral das Licitações nº 8.666/1993; e a quarta fase referente a todas as legislações em matéria de contratações públicas editadas após a Lei nº 8.666/1993, onde se insere o Regime Diferenciado de Contratações Públicas.

Já o capítulo três contempla o estudo do Regime Diferenciado de Contratações Públicas especificamente quanto às questões relacionadas à Contratação Integrada e se isso constitui ausência de objeto licitatório, além da questão do sigilo temporário do orçamento estimado para as licitações reguladas pela Lei nº. 12.462/2011 (BRASIL, 2011a).

A partir das reflexões dos capítulos anteriores, busca-se verificar a validade do Regime Diferenciado de Contratações Públicas e a (in)compatibilidade desse modo de licitação com os princípios gerais do direito público e dos setoriais relacionados às Licitações.

Por fim, traz-se considerações finais que não têm o objetivo de concluir, mas de abrir reflexões que poderão ser norteadoras para o desenvolvimento de outros estudos.

2 ESTADO E ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

No presente capítulo busca-se tecer algumas considerações fundamentais acerca do Estado e, num recorte mais delineado, apontamentos quanto à administração pública, suas principais características e especificidades de modo a demonstrar seu objetivo constitucional e social que, devidamente conjugados, delineiam sua atuação na sociedade – espaço de regulação e produção de atos de administração apropriados –, que em *ultima ratio*⁴, estão a serviço daquele que detém a titularidade do poder, o povo⁵.

2.1 O Estado: Primeiras Aproximações

Muito se fala sobre a administração pública, sobre o Estado ser o interventor nos aspectos culturais, sociais enquanto regulador e mantenedor dela. Porém, para se compreender esta entidade de regulação social, torna-se necessário reportar à essencialidade do Estado, seus atributos, para que se possa conseguir distinguir quais os aspectos da administração pública que perpassam a responsabilidade do Estado, seja no sentido de regulador ou mesmo avaliador, quando esse transfere suas responsabilidades para a esfera privada.

A análise do Estado, desde as suas incipientes conformações advindas de agrupamentos humanos, bem como o seu desenvolvimento posterior, sempre motivou estudos e debates acadêmicos, sobretudo diante das complexidades e especificidades que o tema envolve. (HALL, 1996).

O termo Estado é polimórfico e polissêmico e possui um rol de definições, seja a partir do direito ou mesmo da sociologia política. Tais definições são às vezes conflitantes, exatamente por que o Estado é um ente que dispõe de características próprias, que foram adquiridas a partir da compreensão de autores clássicos que, com o passar do tempo, ao serem aperfeiçoadas, chegaram à melhor concepção, conforme será observado mais à frente.

Paulo Bonavides (2004), alerta para a dificuldade de definição de Estado, ao lembrar que, no século XIX, um divulgador do liberalismo, Bastiat, se dispôs a pagar

⁴ Consiste em “razão última, conclusiva, derradeira”. (VALLE, 2004, p. 834).

⁵ Consoante o Parágrafo único do Art. 1º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, “Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.” (BRASIL, 1988).

um prêmio de cinquenta mil francos a quem lhe proporcionasse uma satisfatória definição de Estado, mas entende que Jellinek trouxe uma definição mais completa de que Estado “[...] é a corporação de um povo, assentada num determinado território e dotada de um poder originário de mando”. (BONAVIDES, 2004, p. 67).

Tal definição formulada por Jellinek, consoante inferência de (BONAVIDES, 2004), nos dias atuais precisa ser considerada de forma cuidadosa, visto que são inegáveis os avanços, *v.g.* aqueles contidos na construção jurídica da União Europeia até à sua configuração atual, onde se inclui a ideia de cidadania ‘supranacional’, diferente daquela atribuída ao nacional do Estado-membro. Assim, conforme assevera Miranda (2003), falar em Estado equivale pensar em comunidade e em poder organizado ou, sob outro aspecto, em organização da comunidade e do poder e, ainda, corresponde a raciocinar em comunidade, ao serviço da qual está o poder e em organização que imprime caráter e garantias de perdurar por tempo indeterminado, a uma e a outro. Nota-se na ideia de Estado tradicional uma comunidade de homens, constituído com duração indefinida em certo lugar, na qual se exerce um poder em seu nome direcionado às pessoas que o integram. Está-se diante do Estado nacional.

A origem e a natureza do Estado⁶ durante séculos foi elemento de reflexão e edificações doutrinárias, de modo que mostrou-se mais vigorosa a concepção contratualista, enraizada no pensamento político medieval e desenvolvida nos séculos XVII e XVIII por alguns teóricos, na qual se destacam Thomas Hobbes, John Locke e Jean Jacques Rousseau (ROUSSEAU, 1757/1996; RANGEL, 2001).

Em Thomas Hobbes (BOBBIO, 1991), valendo-se das características do homem num hipotético estado de natureza, onde a única maneira de se constituir um poder comum capaz de defender os homens e garantir-lhes o que a terra produz, consiste em entregar todo o seu poder a um príncipe ou assembleia, que representará a multiplicidade de vontades existentes naquela comunidade⁷.

⁶ Sugere-se a leitura de Soares (2004, p. 79-104) que trata da evolução do Estado e visão global do fenómeno político.

⁷ De acordo com Mário Lúcio Quintão Soares “a melhor maneira de se entender a teoria do Estado constitucional inglês é considerá-la sob o pano de fundo histórico do conflito entre o absolutismo e o Estado constitucional que precedeu a guerra civil inglesa em decorrência do confronto entre o rei Carlos I e o Parlamento (1642-1649). Esse conflito assumiu também conotações religiosas e mesclou-se com as lutas sectárias entre católicos, anglicanos, presbiterianos e puritanos. Finalmente, a crise político-religiosa foi agravada pela rivalidade econômica entre os beneficiários dos privilégios e monopólios mercantilistas concedidos pelo Estado e os setores que almejavam a liberdade de comércio e de produtos”. (SOARES, 2001, p. 91).

Segundo Hobbes (BOBBIO, 1991, p. 251), o Estado pode ser compreendido como uma pessoa, cujas ações de uma grande multidão, por meio de fatos recíprocos, “[...] foi instituída por cada um como outrora, de modo a ela poder usar a força e os recursos de todos, da maneira que considerar conveniente, para assegurar a paz e defesa comum”.

Desse modo, o direito natural e absoluto que cada um possui sobre todas as coisas passa a ser transferido por meio de um contrato social a um príncipe ou a uma assembleia, sendo que, por esse ato, funda-se o Estado⁸, um “homem artificial” onde todos se tornam sujeitos a este, que Hobbes (BOBBIO, 1991) ilustra como o Leviatã⁹ (RANGEL, 2001). Ressalte-se, contudo que está-se diante de uma dicotomia entre o homem artificial (Estado) e o homem natural (sociedade civil), *locus* da teoria jusnaturalista de Hobbes (BOBBIO, 1991).

Já em Locke (2004) os homens nascem em estado de natureza e são iguais entre si, dotados de liberdade e independência, já que a ninguém impõe-se obrigatoriedade de posicionar-se fora desse estado sem o consentimento de cada pessoa como indivíduo. Contudo, John Locke (2004) percebe que o pleno exercício desse estado de liberdade parece ser perigoso em razão das incertezas e até mesmos dos riscos a que estão sujeitos, ante a ação de alguns homens que, eventualmente, não acatem as leis da natureza que os conduzem. Assim, constituiu-se a sociedade civil, visando a preservação da vida, da liberdade, da segurança, da paz e da propriedade. Assim, Locke (2004, p. 99), ao discorrer sobre a constituição da sociedade mostra que:

O que dá início e constitui de fato qualquer sociedade política é tão só o assentimento de certo número de homens livres e capazes de maioria para se unirem e se incorporarem a tal sociedade. E isto, e somente isto pode dar origem a qualquer governo legítimo no mundo. [...] e assim o indivíduo, concordando com os outros em formar um corpo político sob um governo, assume a obrigação para com os demais membros dessa sociedade de submeter-se à resolução que a maioria decidir [...].

⁸ A passagem do estado de natureza ao estado civil não ocorre necessariamente pela própria força das coisas, mas através de uma ou mais convenções, ou seja, através de um ou mais atos voluntários e deliberados dos indivíduos interessados em sair do estado de natureza, com a consequência de que o estado civil é concebido como um ente artificial ou como se deixa hoje, como um produto da cultura e não da natureza”. (BOBBIO, 1991, p. 3).

⁹ Pretende dar uma justificação racional e, portanto universal da existência do Estado e indicar as razões pelas quais os seus comandos devem ser obedecidos. (BOBBIO, 2011, p. 55).

Neste cenário, a única forma do homem fazer parte da sociedade civil é mediante a formação de acordos sobre essa união com os demais indivíduos. Pela concepção Lockeana, compreende-se que o Estado surge a partir da firmação de um pacto ou contrato, pré-estabelecido por todos os homens, em determinada comunidade, que possibilita apreender a organização política central da comunidade. (RANGEL, 2001; MIRANDA, 2004).

Ressalte-se que Locke (2004), em sua teoria, veio a conceber a legitimação do Estado, aqui considerado como um aparato administrativo e do Direito através da sociedade – o mercado – e do processo ligado às questões eleitorais. Tal característica é destacada por Cruz (2004) ao discorrer sobre o fato de que Locke (2004) supunha uma marcante distinção entre o Estado e a sociedade, conferindo os embasamentos racionais à legitimidade do direito, baseado no princípio majoritário da soberania, de modo que a sociedade poderia programar e fiscalizar as ações administrativas do Estado e a Constituição, que, por sua vez, regularia a efetivação dos interesses sociais entre vários atores políticos da sociedade.

Por sua vez, Rousseau (1757/1996) – considerado como principal teórico contratualista –, compreende que, no pacto social, o homem aliena totalmente seus direitos à comunidade de maneira que cada um, dando-se a todos, não se dá a ninguém. Assim, a condição torna-se a mesma para todos, ao passo que cada um aufero o equivalente ao que se perde e mais vigor para manter aquilo que se tem e, em decorrência dessa associação, funda-se o Estado, consolidando a ideia de que a Constituição é uma expressão de uma vontade geral¹⁰, ressaltando-se, contudo que Rousseau (1757/1996) não admitia a ideia de democracia representativa¹¹. (MIRANDA, 2004).

Vem de Aristóteles a notável ideia de que “[...] o homem é naturalmente um ser político” (ARISTÓTELES, 1998, p. 9), ou ainda *zoon*¹² *politikon*¹³. O filósofo

¹⁰ “A vontade geral, em oposição à vontade de todos, é sempre uma vontade reta, tendente à utilidade pública. A vontade de todos seria um fato político, ao passo que a vontade geral seria um fenômeno moral”. (BARACHO JÚNIOR, 2000, p. 33).

¹¹ A soberania não pode ser representada pela mesma razão porque não pode ser alienada, consiste essencialmente na vontade geral e a vontade geral absolutamente não se representa. É ela mesma ou é outra, não há meio termo. Os deputados do povo não são, nem podem ser seus representantes; não passam de comissionários seus, nada podendo concluir definitivamente. É nula toda lei que o povo diretamente não ratificar; em absoluto, não é lei”. (ROUSSEAU, 1757/1996, p. 108).

¹² Do grego *zōon* que significa “qualquer ser vivo animal”. (CUNHA, 1986, p. 838).

¹³ Expressão derivada do grego *politikós*. (CUNHA, 1986, p. 621). Conforme Lição de Norberto Bobbio ao discorrer sobre Estado e Sociedade, o termo *politikós* ou simplesmente *politikón* “estava

estagirita é considerado o desbravador dos estudos ligados à ideia associativa do homem pelo impulso natural. Aristóteles (1998) concebe a sociedade como uma comunidade ética que surge naturalmente e o contrato social apresentado pelos modernos lhe é estranho, visto que a experiência da existência humana em sociedade não é propriamente fruto da preferência humana mas, antes, uma exigência de sua condição. (ARISTÓTELES, 2003).

Nesse passo, Galuppo (2002) esclarece que a existência do homem em sociedade não é algo meramente possível, mas algo existente e, até, necessário, tendo em vista a finalidade do próprio homem. Assim, para o referido autor

[...] a comunidade é, antes de mais nada, uma manifestação da natureza e de sua harmonia (*physis*). E, portanto, a comunidade repete, como um espelho, os esquemas e as estruturas básicas daquilo que hoje chamaríamos de natureza, sobretudo a busca da harmonia do próprio sistema (que na sociedade significa o repúdio à *hybris*¹⁴) e a coexistência de seres em uma cadeia alimentar (que na sociedade significa a existência de uma hierarquia composta de estamentos diferenciados). (GALUPPO, 2002, p. 35).

A partir de tais concepções, nota-se que, bem como o escopo da natureza, é sua própria existência o fim da *polis*, é o seu autogoverno e sua autoconservação (ARISTÓTELES, 2003), que consiste propriamente na felicidade dos indivíduos que a integram, daí a importância das expressões ‘amizade’ e ‘igualdade’. Nesse sentido, Galuppo (2002) esclarece que a amizade (*philia*) é que possibilita a existência da sociedade, entretanto, deixa claro que não se trata de qualquer amizade, reconhecendo que, embora ela seja a responsável pela união dos homens virtuosos entre si, a comunidade é, antes de tudo, a coexistência entre seres diferentes e desiguais.

Os referidos traços conceituais amoldam-se à concepção do desenvolvimento da sociedade primitiva elencada em *A cidade antiga* de Fustel de Coulanges (1975), ao esclarecer que a sociedade não cresceu como se fosse um círculo, que se estendesse e avançasse pouco a pouco de lugar em lugar. Contrariamente, foram

compreendido sem diferenciação o hodierno dúplice sentido de ‘social’ e ‘político’.” (BOBBIO, 1987/2011, p. 60).

¹⁴ *Hybris* significa ultrapassar os limites e violar a ordem. Como nos explica Reale, com o termo os gregos “designaram a ‘arrogância’, a violência desmedida de quem, incapaz de pôr à sua ação um freio decorrente do respeito pelos direitos do outro, da consciência do justo, da piedade; nas relações com o próximo, friamente ou com a ira, passa os limites do que é reto, desembocando voluntariamente na injustiça. Essa arrogância tem como alvo um homem ou os homens; mas, acima do fim mau, ofende diretamente os deuses, guardiães da ordem social e do mútuo direito de amor entre as criaturas humanas”. (REALE, 1995, p. 130).

pequenos grupos, há muito constituídos, que se agregaram uns aos outros. Várias famílias formaram a frátria, várias frátrias formaram as tribos e muitas tribos a cidade, sendo que “Família, frátria, tribo, cidade são, portanto, sociedades semelhantes entre si, nascidas umas das outras através de uma série de federações”. (COULANGES, 1975, p. 101).

Nesse sentido, em outra abordagem, Bobbio (1987/2011a, p. 73) explica que a dualidade histórica (das instituições políticas e das doutrinas políticas) são as principais fontes para o estudo do Estado:

[...] o Estado, entendido como ordenamento político de uma comunidade, nasce da dissolução da comunidade primitiva fundada sobre os laços de parentesco e da formação de comunidades mais amplas derivadas da união de vários grupos de famílias por razões de sobrevivência interna (o sustento) e externa (a defesa). O nascimento do Estado representa o ponto de passagem da idade primitiva, gradativamente diferenciada em selvagem e bárbara, à idade civil, onde ‘civil’ está ao mesmo tempo para ‘cidadão’ e ‘civilizado’. (BOBBIO, 1987/2011a, p.73).

Nesta perspectiva clássica, observa-se, na ideia de Estado, uma figura jurídica composta por uma estrutura de comunidade que é subordinada a uma autoridade institucionalizada (poder político), numa base territorial, organizada juridicamente, na maioria dos casos, por uma constituição formal¹⁵. (CANOTILHO, 2003; MIRANDA, 2004).

O Estado consiste em uma “[...] realidade complexa historicamente situada” (MIRANDA, 2004, p. 23) e de existência política, nos moldes de uma espécie de manifestação social. Nesse sentido, por ser uma propriedade central na ideia de Estado, o poder foi objeto de diversos estudos de teóricos da ciência política. Um deles é o filósofo francês Charles-Louis de Secondant, o barão de Montesquieu (1748/2006), que em 1748 publicou sua obra *Do espírito das leis*¹⁶, afirmando que a

¹⁵ Não se abordará no presente texto as questões ligadas à discussão do contratualismo na atualidade e das ideias neocontratualistas em razão de recorte/delimitação do objeto da presente pesquisa. No entanto, para maior aprofundamento recomenda-se examinar a obra *O Futuro da Democracia*, de Norberto Bobbio (2000, p.143-164), notadamente o tópico “O contratualismo no debate atual”.

¹⁶ Montesquieu é um dos grandes filósofos do século XVIII, um pensador iluminista que deixou uma grande herança por meio de suas obras, sendo que na obra *Do Espírito das Leis*, o teórico expõe uma política essencialmente racionalista, caracterizada pela busca de um equilíbrio entre a autoridade do poder e a liberdade do cidadão. Quanto à separação do poder entre Executivo, Legislativo e Judiciário surgiria da necessidade de o poder deter o próprio poder, evitando assim o abuso da autoridade, por isso percebe-se que a liberdade do cidadão é um dos pontos principais da obra. (MONTESQUIEU, 1748/2006).

liberdade do indivíduo só pode ser adquirida nos governos moderados, já que, nos governos despóticos, o direito é imposto tão-somente pelo uso da força.

Pautado na ideia de moderação governamental, Montesquieu (1748/2006) formulou a teoria da separação de poderes, ideia de que a única maneira de limitar o poder é dividi-lo em outros poderes, que se condicionem e também se limitem reciprocamente. Essa ideia de moderação cinge-se na necessidade de se garantir as liberdades individuais (direitos fundamentais) frente ao Estado. (RANGEL, 2001).

Sobre a finalidade da separação dos poderes, Montesquieu (1748/2006) já compreendia que não seria possível o exercício de liberdade se o poder de julgar estivesse vinculado ao Legislativo e ao Executivo. Conforme o filósofo, se em um mesmo cenário político se exercesse os três poderes ao mesmo tempo, não haveria possibilidade de dirimir as questões nas três esferas tornando-se arbitrária a sua manifestação de poder. (RANGEL, 2001).

Pela tripartição, Montesquieu (1748/2006) considerava a existência de três funções estatais distintas e inconfundíveis: Legislativa, Executiva (exercida pelo monarca) e Judiciária, preconizando três poderes independentes e harmônicos, cada qual encarregado do exercício de uma função, dentro do contexto maior que é o Estado. Conforme Montesquieu (1748/2006, p.166):

Quando em uma só pessoa, ou em um mesmo corpo de magistratura, o poder legislativo está reunido ao poder executivo, não pode existir liberdade, pois se poderá temer que o mesmo monarca ou o mesmo senado criem leis tirânicas para exercitá-las tiranicamente. Também não haverá liberdade se o poder de julgar não estiver separado do poder legislativo e do executivo. Se o poder executivo estiver unido ao poder legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, pois o juiz seria legislador. E se estiver ligado ao poder executivo, o juiz poderia ter a força de um opressor. Tudo então estaria perdido se o mesmo homem, ou o mesmo corpo dos principais, ou dos nobres, ou o do povo, exercesse estes três poderes: o de criar as leis, o de executar as resoluções públicas e o de julgar os crimes e as querelas dos particulares.

De inspiração decorrente da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 (FRANÇA, 1789), o princípio da separação de poderes foi consagrado em todas as constituições dos séculos XVIII e XIX. (MIRANDA, 2004; RANGEL, 2001). Por esta inspiração, pode-se verificar no Brasil que, em toda a sua história constitucional, está presente a consagrada tripartição de poderes, sendo que, na vigente Constituição brasileira de 1988, tal separação está destacada em

seu artigo 2º: “[...] são poderes da união, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”.

Feitas essas considerações quanto à referida teoria tripartite de Montesquieu (1748/2006), passa-se a fazer uma breve revisitação da mesma de modo a evidenciar um novo olhar que parece ser mais apropriado para compreendê-la.

2.1.1 Nova releitura da típica divisão de poderes

O Estado se baseia num esforço para concretização de uma ordem política que se organiza pelo e através do direito, como forma de legitimar e, ao mesmo tempo, trazer limitações do poder exercido nesse espaço político.

Os arquétipos clássicos de Montesquieu (1748/2006) e ainda de John Locke (2004) eram considerados de caráter qualitativo, ou seja, sustentavam-se numa diferenciação ontológica entre os atos típicos de poderes, de modo que Hans Kelsen (1998) evidenciou uma nova maneira de repartição de poderes, já que os atos estatais, sejam eles legislativos, judiciais ou administrativos, seriam meramente atos criadores de Direito (CRUZ, 2004), de distinção puramente quantitativa, devido ao fato de ser incompatível com a clássica repartição de poderes:

O conceito de separação de poderes designa um princípio de organização política. Ele pressupõe que os chamados três poderes podem ser determinados como três funções distintas e coordenadas do Estado, e que é possível definir fronteiras separando cada uma dessas três funções. No entanto, essa pressuposição não é reestruturada nos fatos. Como vimos, não há três mais duas funções básicas do Estado: a criação e a aplicação do direito, e essas funções são infra e supra-ordenadas. Além disso, não é possível definir fronteiras separando essas funções entre si, já que [...] a maioria dos atos do Estado sendo (são), ao mesmo tempo, atos criadores e aplicadores do direito. É possível atribuir a criação de direito a um órgão e a sua aplicação a outro, de modo tão exclusivo que nenhum órgão venha a cumprir simultaneamente ambas as funções. (KELSEN, 1998, p. 385).

Conforme lição de Cruz (2001) o questionamento do princípio da separação dos poderes levados por Kelsen (1998) seguramente se deu em razão de que a teoria tripartite de Montesquieu (1748/2006) não mais se sustentava como um sistema de “vasos estanques” e, sim, como um sistema de vasos comunicantes.

Dessa forma, pela clássica teoria de Montesquieu (1748/2006) os atos legislativos eram atos puramente volitivos; já os atos jurisdicionais eram atos de ciência, centrados exclusivamente na razão humana, de maneira que Kelsen (1998)

retirava a clareza da linha divisória de onde começaria e terminaria a atuação de cada função estatal, ou seja, a clássica teoria só encontraria validade em casos incontroversos, dotados de clareza, sendo que, para os demais casos em que não se enquadem na certeza, o magistrado deixaria de ser tido como a voz da lei. (CRUZ, 2001).

De outro norte, o teórico português Nuno Piçarra (1989) em sua obra “*A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional: um contributo para o estudo das suas origens e evolução*” desenvolve a ideia de que não se deve atribuir a Montesquieu (1748/2006) a concepção da teoria da separação dos poderes, já que é possível demonstrar, com certa facilidade, que os pontos de partida de Montesquieu (1748/2006) para expor o tema, guarda certa coincidência com as ideias contidas no pensamento inglês¹⁷:

A doutrina da separação de poderes surgiu, pela primeira vez, na Inglaterra, no século XVII, estreitamente associada à ideia de *rule of law* [a expressão *rule of Law* é, por vezes, considerada equivalente ao Estado Constitucional ou Estado de Direito] ou, mais concretamente, concebida como pré-requisito prático ou condição *sine qua non* da realização do mesmo. Baseava-se em específicas ideias, reivindicações e critérios jurídicos, de raiz essencialmente anti-absolutista. Constituía, assim, elemento essencial do modelo que ao Estado absolutista então se contrapunha como alternativa: a própria *rule of Law*, primeira forma histórica do que viria a ser o Estado-tipo do Ocidente, ou seja, o Estado constitucional ou de Direito que, igualmente inclui como seu elemento essencial o princípio da separação dos poderes. (PIÇARRA, 1989, p.44)

Para Nuno Piçarra (1989), pode-se conferir a Montesquieu (1748/2006) os louros de ter acrescentado à teoria da separação dos poderes do Estado a função jurisdicional, já que anteriormente distinguia-se a função legislativa da função executiva e que, para o autor de *Do Espírito e das Leis*, o poder legislativo exprime-se no poder de fazer leis, seja por um certo tempo ou de forma indeterminada, além de corrigir ou ab-rogar as que estão feitas. Quanto ao poder executivo das coisas que dependem do direito internacional ou, simplesmente, o poder executivo do Estado, é o poder de fazer a paz ou a guerra, de remeter ou receber embaixadas, de manter a segurança e de prevenir invasões, enquanto que o poder de julgar ou o

¹⁷ Em estudo do panorama histórico para compreensão da base de legitimação do Estado Constitucional verificou-se que “embora a Inglaterra não possuísse uma constituição escrita na segunda metade do século XVII, não se pode negar que ali já existia a figura do Estado devidamente constituído, já que havia a divisão de poderes entre o Rei, a Câmara dos Lordes, a Câmara dos Comuns e os Juizes”. (SANTANA, 2013, p. 104). Ademais todos esses órgãos possuíam autonomia em suas respectivas competências, além de que eram mutuamente submetidas umas às outras no momento do exercício. (KRIELE, 2009).

poder executivo das coisas que dependem do direito civil é o poder de punir as delinquências ou de julgar os litígios entre os particulares.

Nesse ponto, verifica-se que a ideia de separação de poderes tem passado por deturpações, já que, em nenhum momento, Montesquieu (1748/2006) recomendou uma teoria de repartição dos poderes ou funções, mas uma teoria que exprimisse o equilíbrio através da atribuição de diferentes funções a serem executadas por órgãos distintos.

Baracho (1984) esclarece que a teoria, carregada de rigidez e inflexibilidade, não está propriamente em Montesquieu (1748/2006), mas em muitos de seus intérpretes que lhe deram dimensões rigorosas e que, a compreensão mais adequada a ser dada é aquela que busca preservar a teoria, pautada pelo cuidado em preservar a teoria original, pela preservação das ideias originais do teórico, mas com uma interpretação renovada da fórmula de Montesquieu (1748/2006), não como separação cerrada e impossível, mas uma distinção funcional entre os órgãos do Estado. Nesse sentido, ele explica que:

A expressão “separação de poderes” não foi empregada uma vez sequer por Montesquieu, nem entendeu que os órgãos investidos das três funções do Estado seriam representantes do soberano, acometidos de uma parte de soberania, absolutamente. Não está em Montesquieu qualquer explicação que leve ao entendimento de que uma teoria da separação de poderes implica separação absoluta dos órgãos que exercem a função executiva e a legislativa. Entendia que devia existir uma ação contínua dos dois poderes um sobre o outro, uma verdadeira colaboração. (BARACHO, 1984, p.29-30).

Assim, desde a concepção clássica, a ideia que se percebe da divisão de poderes era de imposição de limites ao exercício das funções essenciais do Estado. Essa era a concepção clássica, forjada numa visão cartesiana inerente à época, onde se destaca uma ideia de divisão ao nível institucional e pessoal, já que fixou-se competências típicas para a função legislativa, administrativa e judiciária, de modo a evitar atitudes tiranas e arbitrárias: uma espécie de controle de pesos e contrapesos, na exata medida concebida por Montesquieu. (1748/2006).

Por outro lado, embora se buscasse um máximo desempenho em razão da especificidade, operada pela divisão dos poderes, havia a predominância de uma visão bastante positivista, arraigada na lei e, sobretudo, num cenário de parlamentarismo, ou como diria Cruz (2004, p. 244) “[...] a legitimidade do Direito era

encontrada exclusivamente nos aspectos sintático e semântico da norma, ou seja, na literalidade da legalidade normativa.”.

Veja-se que, no período de pujança social, com a constante demanda de serviços a cargo do executivo, tornou-se a função administrativa conferida ao Estado espaço de destaque, fazendo com que a doutrina da divisão de poderes perdesse força, caindo no esquecimento, já que o legislador recebeu concorrência direta da administração quanto ao estabelecimento das prioridades dos atos de provimento normativo e o judiciário, por sua vez, passou de um incipiente papel de legislador negativo para um estilo ativista. (CRUZ, 2004).

Nesse passo, conforme infere Galuppo (2002), obviamente não nas mesmas bases do liberalismo, Jürgen Habermas (1997) propõe resgatar a divisão de poderes, que passará a pautar-se essencialmente pelo discurso¹⁸ da gênese democrática de direito, onde diferentes tipos de argumentação e formas de comunicação se fazem presentes¹⁹. Desta forma, a fundamentação decorrente do discurso passa a assumir uma posição essencial, já que tende a alinhar as escolhas e fixar os parâmetros de identidade coletiva a partir de discussão, negociações e tentativas de alcançar convergência, ou seja, aquilo que Cruz (2004, p. 245) assevera: “[...] os valores fundamentais de uma sociedade são identificados, ponderados e acomodados entre si”; assim, no que diz respeito ao legislador, ele “[...] constrói essa identidade lançando mão de forma irrestrita de argumentos normativos e pragmáticos, por meio do consenso ou de negociação equitativa”.

Nesse contexto, mas pensando na administração num cenário de Estado de Direito que se instituiu Democrático, Habermas (1997) esclarece que:

A administração não constrói argumentos normativos, ao contrário do que ocorre com o legislativo e a jurisdição. As normas sugeridas amarram a persecução de fins coletivos a premissas estabelecidas e limitam a atividade administrativa no horizonte da racionalidade pragmática. Elas autorizam as autoridades a escolher tecnologias e estratégias de ação, com ressalva de que não sigam interesses ou preferências próprias – como é o caso de sujeitos do direito privado. (HABERMAS, 1997, p. 239).

¹⁸ Para aprofundamento quanto às concepções de Habermas, recomenda-se a leitura de HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: Entre facticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

¹⁹ De acordo com apontamento de Marcelo Galuppo, “Certamente a divisão institucional não se conforma aos limites clássicos. Assim, quando Habermas trata dos discursos de fundamentação, ele tem em mente que essa função será exercida preferencialmente pelo Parlamento. Contudo, se o legislador político não for o Parlamento, ou seja, se o Executivo assumir tal papel, todos os elementos do discurso de fundamentação devem ser integralmente mantidos.” (GALUPPO, 2002, p. 144).

De todo modo, no tocante ao direito administrativo²⁰, a separação de poderes se apresenta como um pressuposto da sua própria existência, já que, se não houvesse uma separação dos outros poderes do Estado, difícil seria a tarefa de conceber um direito dotado de especificidade ou o regramento apropriado para sua atuação. (MELLO, 2004).

Mas, numa análise contemporânea da questão, verifica-se que, embora seja importante a doutrina originária da separação de poderes, forjada na Inglaterra do século XVII, associada à ideia de *rule of law* de raiz anti-absolutista, bem como da construção de Montesquieu (1748/2006) de 1748, o formato original não se conforma completamente com a atual complexa estrutura institucional de vários Estados, diversa da época deste emérito filósofo. Não daria, por exemplo, para enquadrar na teoria clássica, o caso do Ministério Público e dos Tribunais de Controle Externos ou de Contas. Sem contar que, diante do sufrágio direto para eleição do chefe do Executivo, não faria sentido colocar o Legislativo em posição de destaque, ainda que leve, ante o Executivo, visto que, para ambos, há a escolha pelo voto; senão ocorreria o que Medauar (2012) indica, de opor representantes do povo contra representante do povo.

Tratou-se nesse tópico da separação de poderes dada a compreensão de que refere-se a um princípio absolutamente fundamental no estudo do direito administrativo²¹, tanto que ele ficou consagrado no art. 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão. Não bastasse, como inferem Dias e Oliveira (2011), nos dias atuais, a separação de poderes aparece também ligada à demarcação de competências, onde cada órgão público só tem competências que lhe sejam atribuídas por lei, não podendo invadir as esferas de competência de outros órgãos. Marca-se aqui um princípio que desempenha função fundamental na

²⁰ Para Mello (2008), numa perspectiva da clássica separação de funções do Estado: legislativa, executiva (ou administrativa) e jurisdicional, a função que se mostra mais difícil de ser conceituada é a administrativa em razão da enorme heterogeneidade das atividades que nela se inserem. Por sua vez, ao analisar a função administrativa conferida ao Estado Justen Filho (2010, p. 39) explica que: "A função administrativa é o conjunto de poderes jurídicos destinados a promover a satisfação dos interesses essenciais, relacionados com a promoção dos direitos fundamentais, cujo desempenho exige uma organização estável e permanente e que se faz sob regime jurídico infralegal e submetido ao controle jurisdicional".

²¹ "Ainda que em geral, pode-se afirmar que o princípio da separação de poderes é um rasgo característico da forma de Estado "democracia", nomeadamente pela filosofia anti-absolutista que contém: a ideia de delimitar o poder como forma de evitar a tentação para o seu exercício de forma hegemónica (sic)". (DIAS; OLIVEIRA, 2011, p. 39).

estruturação da comunidade política, seja pela moderação do exercício do poder político, seja pela diversificação dos centros do poder, ressaltando-se porém, que não se pode deixar de lado a imprescindível interdependência que deve existir na atividade do Estado.

Passa-se doravante a tecer algumas considerações acerca dos sentidos da expressão Administração Pública, de modo a dar o embasamento necessário à compreensão da questão da estrutura da administração pública brasileira e dos assuntos ligados às aquisições de produtos e serviços por meio de licitações.

2.2 Administração Pública e suas características típicas

2.2.1 Os sentidos organizatório, funcional, material e formal da expressão Administração Pública

Numa perspectiva que foca sobre o sentido organizatório, conforme asseveram Dias & Oliveira (2011), a administração consiste num sistema de órgãos, serviços e agentes do Estado, bem como das demais pessoas coletivas públicas, que asseguram, em nome da coletividade, a satisfação regular e contínua dos interesses públicos secundários. Desta forma, para os referidos autores, em sentido organizatório, a administração pública lhes parece como uma máquina complexa.

Uma complexidade em razão da necessidade de um aparato especializado para a realização dos serviços que lhe incumbem em prol da coletividade envolvida, ressaltando, contudo que, paralelamente à administração pública, existem órgãos que, com o Estado não se confundem, pois possuem personalidade jurídica própria, sendo por essa razão entidades políticas e jurídicas distintas.

Parece, contudo, que com o dinamismo da vida moderna, impressa pela utilização quase que necessária de novas tecnologias e modos de gestão, os limites do conceito de administração pública passam a ser cada vez mais fluidos para voltarem-se às novas realidades organizatórias presentes nesse domínio, já que as tradicionais pessoas jurídicas de direito público convivem com entidades eminentemente particulares, mas que estão sujeitas a regramentos típicos de direito administrativo.

No Brasil as características de uma organização administrativa são bem marcantes e, esta concepção, do ponto de vista histórico, tem a ver com a

necessidade de intervenção do Estado no domínio econômico, sobretudo a partir da Segunda Guerra Mundial, com a ampliação da atuação estatal, para abrigar não só as atividades de natureza pública (fornecimento de transporte, geração, transmissão e fornecimento de energia elétrica), mas há também aquelas atividades de cunho industrial e comercial de natureza privada que o Estado precisa exercer de modo a intervir no domínio econômico; não propriamente para assumir estas atividades que eventualmente um particular não conseguisse desempenhar satisfatoriamente, mas para subsidiar a iniciativa privada quando ela se mostre deficiente, como é o caso das sociedades de economia mista. (DI PIETRO, 2005).

Vale lembrar inicialmente que o Brasil é uma Federação composta por União, Estados, Distrito Federal e Municípios e, por esta razão a administração pública se estruturou de forma descentralizada, questão que será abordada em pormenor adiante.

Do ponto de vista funcional da administração pública, Dias & Oliveira (2011) explicam que refere-se ao conjunto de atividades que o esquema organizatório busca, aqui vistas como o desenvolvimento e realização da sua tarefa global, independentemente de se conhecer qual é o conteúdo. Ou seja, a criação de uma estrutura organizacional especializada advém da suposição de que é plausível particularizar um tipo de tarefas que sejam atividades materialmente administrativas.

Já o aspecto do sentido material, consiste em dizer que das diversas atividades inerentes ao ato de administrar (tarefa ou função de Estado), enquanto aparelho organizatório, há aquelas atividades que não são precisamente de administração pública, quando *v.g.* forem demandados meios e instrumentos de direito privado e outras atividades que guardem ligação com outras funções diversas da administrativa.

Importante ressaltar que, do ponto de vista formal, a expressão administração pública liga-se às formas típicas de atuação da administração, ou seja, os atos que ao serem praticados possuam características externalizadas dotadas de formalidade própria do complexo do aparato de execução. Em outras palavras, enquanto a jurisdição desenvolve seu papel através de realização de atos decisórios típicos, com ideia de serem definitivos e imodificáveis, o legislativo se ocupa dos debates e da produção de leis para a administração²². (DIAS; OLIVEIRA, 2011).

²² “A administração, por sua vez, caracteriza-se pela prática de actos que têm um valor formal traduzido numa consistência relativa, uma vez que só estão sujeitos, em determinados termos, à

2.3 O dinamismo e evolução do Direito Administrativo no Brasil

O ordenamento jurídico atribui à Administração Pública uma gama de deveres e também poderes²³, direcionados a regular, sobretudo, o exercício da autoridade pública bem como a permissão da organização e funcionamento da estrutura estatal²⁴ e que evidenciaram a formação e desenvolvimento do direito administrativo. Surgido, como também desenvolvido, de duas ideias antagônicas²⁵, o direito administrativo busca ao mesmo tempo, o abrigo dos direitos individuais frente ao Estado e satisfazer os interesses da coletividade. É por essa razão que se verifica uma bipolaridade do direito administrativo, por comportar, no mesmo espaço, o cuidado com a autoridade da administração e a liberdade individual.

Conforme esclarece Faria (2007), o ordenamento jurídico é uno, não havendo, portanto, vários direitos, muito menos departamentalizações mas, desde os romanos, passou-se a adotar a divisão do direito em dois grandes ramos: Direito Público e Direito Privado. Tal organização segue mais o intuito da comodidade de

sua anulação ou revogação, e têm uma força jurídica que se caracteriza pela sua autoridade". (DIAS; OLIVEIRA, 2011, p. 15)

²³ No tocante a ideia de 'Autoridade' valeu-se da concepção contida no Dicionário de Política de Norberto Bobbio, ao explicar que: "Um primeiro modo de entender a Autoridade como espécie de poder seria a de defini-la como uma relação de poder estabilizado e institucionalizado em que os súditos prestam obediência incondicional. [...] A Autoridade, tal como a temos entendido até aqui, como poder estável, continuativo no tempo, a que os subordinados prestam, pelo menos dentro de certos limites, uma obediência incondicional, constitui um dos fenômenos sociais mais difusos e relevantes que pode encontrar o cientista social. Praticamente todas as relações de poder mais duráveis e importantes são, em maior ou menor grau relações de Autoridade [...] Como poder legítimo, a Autoridade pressupõe um juízo de valor positivo em sua relação com o poder. [...] Portanto, a expressão 'poder legítimo' deve ser entendida aqui no sentido de poder considerado como legítimo por parte de indivíduos ou grupos que participam da mesma relação de poder [...]". (BOBBIO; MATTEUCCI; PASQUINO, 2004, p. 88-90).

²⁴ Conforme apontamento de Carlos Ari Sundfeld, que em sua obra Fundamentos de Direito Público compreende a atividade administrativa como uma máquina recheada de especificidades diversas da esfera privada: "Uma boa parte da especificidade do direito administrativo vem daí: da circunstância de regular o exercício de autoridade pública, materializando-se em uma série de institutos de que o direito privado nem cogita (como a desapropriação, o tombamento, a requisição, a servidão administrativa, a licença, a autorização, a revogação etc.). Mas não é só. A atividade administrativa é desenvolvida por uma máquina, uma certa estrutura (pessoas políticas, órgãos, Administração direta e indireta, autarquias, sociedades de economia mista, empresas públicas, fundações governamentais, servidores públicos...). Sua organização, relativamente complexa e bastante peculiar, baseia-se e uma série de normas de direito administrativo". (SUNDFELD, 2012a, p. 104).

²⁵ Conforme explica Di Pietro (2005), a proteção dos direitos individuais serve de fundamento ao princípio da legalidade, como um dos pilares do Estado de Direito, enquanto que a necessidade de satisfação dos interesses coletivos implica na outorga de prerrogativas e privilégios para a Administração Pública. Por essa razão que a referida autora fala da bipolaridade do Direito Administrativo "liberdade do indivíduo e autoridade da Administração; restrições e prerrogativas". (DI PIETRO, 2005, p. 65).

aplicação e conveniência didática, sendo que o direito administrativo²⁶, classifica-se em Direito Público e, quanto à sua conceituação, é possível vislumbrar um conjunto de conceitos indeterminados, tais como, “bem comum”, “interesse público”, “interesse coletivo”, sempre na busca por qualificá-lo em função do que seriam considerados “fenômenos administrativos”.

Nesse sentido, confere-se ao pesquisador alemão Otto Mayer (1896)²⁷, a inquietação em manter aberta a categoria dos acontecimentos examinados pelo Direito Administrativo que, conceituando a cadeira no ano de 1895, procedeu a uma espécie de exclusão, tendo como ponto de partida uma análise conjunta de todas as atividades Estatais, ensejando na fórmula de que o Direito Administrativo conduz todas as atividades do Estado que não forem formalmente legislativas ou jurisdicionais, excluindo-se apenas o ato formal de criação da lei e sua correspondente aplicação ao caso concreto pelo judiciário.

Dessa forma, ao analisar a concepção de Otto Mayer (1896), o administrativista Diogo de Figueiredo Moreira Neto (2007b), esclarece que sua formulação teórica foi marcante, já que resistiu o passar dos diversos anos e ainda se mostra robusta e de grande aplicabilidade, em que se considera a imediata inclusão do Direito Administrativo na perspectiva do Direito Público.

Importante salientar as reflexões de Di Pietro (2005), que explicam que a formação do direito administrativo, como ramo dotado de autonomia, coincide com o advento do chamado direito constitucional e outros ramos inclusos no direito público, a partir do instante em que começou a se desenvolver o *Estado de Direito*, que estruturou-se sobre o *princípio da legalidade*, onde até mesmo os governantes se sujeitam à lei. Em especial, à lei que “cria” o Estado que é a Constituição, sobre o *princípio da separação de poderes*, cujo objeto é “[...] assegurar a proteção dos

²⁶ Conforme Edimur Ferreira de Faria (2007), o direito administrativo é um dos mais jovens ramos do direito, que encontra-se em fase de aperfeiçoamento além de estar em franco processo de adaptação e conformação com a realidade administrativa. Teve como berço a França, tendo surgido naquele país por volta de 1819, dentro de um cenário de coroamento do movimento cultural que teve início no século XVII, contra as forças absolutistas que naquela época imperavam em quase todo o mundo, com isso a chamada Revolução Francesa foi o cenário, e o absolutismo de outrora como fator preponderante para o surgimento do Direito Administrativo, já que até então as funções ligadas à gestão do Estado estavam nas mãos do Monarca.

²⁷ Medauar (2003, p. 73) esclarece em sua obra que Otto Mayer foi professor em Estrasburgo a partir de 1882 e em 1886, publicou *Teoria do direito administrativo francês*, sendo que em 1895-1896 publicou em 2 volumes seu *Deutsches verwaltungsrecht*. “Para Mayer, o Estado é o Estado moderno, no sentido de sujeito político dotado de soberania, com capacidade de ação e normação tendencialmente ilimitada, em relação a outros sujeitos, sobretudo o cidadão-súdito; daí a convicção da especificidade do direito público”.

direitos individuais, não apenas nas relações entre particulares, mas também dentre estes e o Estado”. (DI PIETRO, 2005, p. 24).

Considerando a perspectiva de que o direito administrativo é uma seção ou ramo do direito que, especificamente faz referência à Administração Pública, torna-se necessário analisar em que esta consiste. Desta forma, para aclarar o entendimento do termo “administrar” faz-se necessário previamente, buscar a conceituação a partir da sua etimologia²⁸, que doravante sustentará o trato da mesma a partir de uma visão histórica.

A expressão administrar vem do latim *administrāre* (CUNHA, 1986, p. 15), uma derivação de *administrātiō-ōnis* (CUNHA, 1986, p. 16), verbo que, numa acepção semântica aplicada ao objeto deste estudo, significa segundo Houaiss (2004, p. 87) “[...] prestar ajuda, execução, administração, gestão, direção” e ainda, “[...] ato de reger, governar ou gerir negócios públicos ou modo como se rege, governa, gere tais negócios”.

Para Meirelles (2003, p. 34) Direito Administrativo “[...] é o conjunto harmônico de princípios que regem os órgãos, os agentes e as atividades públicas tendentes a realizar concreta, direta e imediatamente os fins desejados pelo Estado.” A seu turno, Celso Antonio Bandeira de Mello (2008) entende que o Direito Administrativo pode ser definido como sendo uma parte do Direito Público que trata das questões e interesses da sociedade de um modo geral, tendo por objeto disciplinar o exercício da função administrativa do Estado e de todos os órgãos vinculados, assim como, em decorrência imediata desse exercício, está a obtenção do interesse público, através de instrumental fornecido pelo próprio ordenamento jurídico²⁹.

²⁸ Etimologia é a ciência que investiga as origens próximas e remotas das palavras e a sua evolução histórica. (CUNHA, 1986, p. 336).

²⁹ Verifica-se a partir da conceituação da doutrina clássica brasileira que há algumas variações, podendo-se citar Di Pietro (2005, p. 52), que parte para um conceito descritivo para abranger a Administração Pública em sentido tanto objetivo quanto subjetivo, para ela o “Direito Administrativo é o ramo do direito público que tem por objeto os órgãos, agentes e pessoas jurídicas administrativas que integram a Administração Pública, a atividade jurídica não contenciosa que exerce e os bens de que se utiliza para a consecução de seus fins, de natureza pública.” Por sua vez, Moreira Neto (2007a, p. 47), traz um conceito firmado numa leitura mais atual, mas com presença de variações em relação aos demais autores. Para o referido autor, “Direito Administrativo é o ramo do Direito Público que estuda os princípios, preceitos e institutos que regem as atividades jurídicas do Estado e de seus delegados, as relações de subordinação e de coordenação delas derivadas e os instrumentos garantidores da limitação e do controle de sua legalidade, legitimidade, e moralidade, ao atuar concreta, direta e indiretamente, na prossecução dos interesses públicos, excluídas as atividades de criação da norma legal e de sua aplicação judiciária contenciosa.”

Ressalte-se que o Direito Administrativo, reconhecido como sendo um ramo jurídico efetivamente de feição autônoma, compreendido como aquele em que verifica-se o reconhecimento de principiologia própria, que abaliza em seu conjunto uma unidade e no qual um conjunto de normas se articulam de modo a compor um sistema, foi sendo construído ao longo do tempo, a começar e concomitantemente com o desenvolvimento do próprio Estado de Direito e do amoldamento do ramo de direito público. É Nesse sentido a compreensão de Mello (2007, p. 76-77), para quem

[...] constitui disciplina própria do Estado Moderno, ou melhor, do chamado Estado de Direito, porque só então se cogitou de normas delimitadoras da organização do Estado-poder e da sua ação, estabelecendo baliza às prerrogativas dos governantes, nas suas relações recíprocas e, outrossim, nas relações com os governados. Na verdade, o Direito Administrativo só se plasmou como disciplina autônoma quando se prescreveu processo jurídico para a atuação do Estado-poder, através de programas e comportas na realização das suas funções. [...] Realmente, a implantação do Estado de Direito, com a distinção entre Estado-poder e Estado-sociedade, tornando aquele simples meio para realização do bem deste, permitiu a formação do Direito Administrativo.

Acrescente-se que numa perspectiva pós-1988, com o advento da atual Constituição Federal, Justen Filho (2010, p. 1) define direito administrativo como

o conjunto das normas jurídicas de direito público que disciplinam as atividades administrativas necessárias à realização dos direitos fundamentais e a organização e o funcionamento das estruturas estatais e não estatais encarregadas de seu desempenho.

Destaca-se nesse conceito de Marçal Justen Filho o elemento é "[...] necessário à realização dos direitos fundamentais". Esse elemento guarda importância central no debate já que o direito administrativo tem a finalidade e ao mesmo tempo é instrumento de concretização dos direitos coletivos e com o que o próprio autor infere como sendo a preservação "[...] da produção ativa dos valores humanos". (JUSTEN FILHO, 2010, p. 3).

Nesse passo, necessário lembrar que no período permeado pelo autoritarismo absolutista, a lei decorria simplesmente da mera vontade do soberano, não havendo nesse cenário conteúdo de limitação de sua vontade, de modo que somente a partir do momento histórico de queda do regime totalitário foi possível conceber a condição de implemento de um ramo do direito voltado à solução de

questões de caráter público³⁰, ou seja, após as revoluções liberais Inglesa (1640-1689), Americana (1776) e Francesa (1789) e o surgimento do Estado de Direito, cujo traço marcante passa essencialmente pela legalidade como viabilizadora da atividade estatal, em que foram abertos os espaços para se falar em dignidade da pessoa humana³¹, inclusive do reconhecimento das liberdades.

Assim, Di Pietro (2005) leciona que o Direito Administrativo como ramo autônomo nasceu no final do século XVIII e início do século XIX, ponderando, entretanto, que tal situação não tem o condão de significar que anteriormente a esse período não existissem normas administrativas, mas que estas normas estavam emolduradas no *jus civile*³². Ademais, para a referida autora, naquele tempo o que havia eram simplesmente normas esparsas que serviam para regulação do funcionamento da Administração Pública, bem como da competência de seus órgãos, os poderes de fiscalização, de polícia, a servidão pública e a utilização de bens públicos, ou seja, não havia um ramo de direito baseado em princípios próprios que pudessem lhe conferir independência. (DI PIETRO, 2005).

Nesse sentido, conforme assevera Celso Antonio Bandeira de Mello (2008), o direito administrativo existente em cada Estado recebe os contornos e a especificidade que lhe confere o próprio direito constitucional, não sendo, por conseguinte, apropriado aplicar totalmente o direito estrangeiro nas questões internas, ou seja, a característica primordial do Direito Administrativo como ramo dotado de

³⁰ Nesse sentido pertinente é a lição de Moreira Neto (2007b) para quem a Revolução Francesa, cuja finalidade era de varrer o absolutismo das instituições, assentou as fincas da Administração Pública contemporânea. Contudo esclarece que “[...] estranhamente, porém, o Poder Executivo, sede da Administração Pública, a cargo da mais generalizada, intensa e próxima interação entre o Estado e sociedade, não apresentou qualquer destaque significativo nessa mesma linha de efetiva absorção dos princípios liberais. Ao contrário, sua evolução seguiu uma principiologia oposta, dando ênfase a institutos que reforçavam o poder de império do Estado, como a sua atuação discricionária, a exclusão do administrado na formação do processo decisório, a executoriedade e a autotutela.” (MOREIRA NETO, 2007b, p. 9).

³¹ Conforme Martin Kriele (2009) a dignidade da pessoa humana no Estado de Direito só passa a ser reconhecida quando parte de um sistema onde é colocada limitação ao governante, pressupondo a separação de poderes e que fora do Estado de Direito não são direitos humanos mas sim meras tolerâncias. Ademais explica que: “A segurança institucional dos Direitos Humanos pressupõe um sistema constitucional de divisão de poderes. Direitos humanos são, primeiro, não somente uma fórmula que um soberano pode revogar a qualquer tempo, e sim, parte de um sistema constitucional que coloca limites ao próprio governante. Segundo, eles são substancialmente de tal forma formulados que legitimam não somente à aclamação como, também, à oposição.” (KRIELE, 2009, p. 177).

³² Partilha dessa compreensão o autor MELLO (2007, p. 76) ao explicar que em se tratando do Digesto e *jus civile* “[...] verificam-se textos regulamentando a organização administrativa e as competências dos seus órgãos, dispendo sobre o regime municipal e as prerrogativas de polícia, prescrevendo os poderes do Fisco, ordenando o uso pelo povo dos rios e caminhos públicos, a execução de obras públicas e sua utilização, o regime da servidão pública e, afinal, regendo os encargos e as honras dos cidadãos.”

autonomia tem acentuada aproximação com o Direito Constitucional, ambos baseados no princípio da separação das funções de Estado e com o escopo de garantir a proteção dos direitos fundamentais não apenas ante particulares, mas entre estes e o próprio Estado.

Assim, pressupondo que o Direito Administrativo recebeu sua conformidade e autonomia ao mesmo tempo em que o Estado de Direito se forma, cuja função essencial é tornar limitado o poder, outrora absoluto, do soberano, diante da sujeição de todos à lei³³, busca-se, doravante verter o olhar investigativo especificamente ao direito administrativo brasileiro.

Para uma melhor apropriação do conhecimento acerca da gênese do Direito Administrativo no Brasil torna relevante tecer algumas considerações acerca da influência que sofreu do direito externo, em seu período de conformação. Seguindo a diretriz orientadora presente em alguns países latino-americanos, o Direito Administrativo brasileiro, passou a adotar o arquétipo da Europa continental com forte influência da sua origem baseada no direito italiano, francês e alemão, não

³³ Quanto a questão da sujeição de todos à lei, num cenário de Estado Constitucional, importante e necessário conferir as inferências de BOBBIO (1984/2011b, p. 165-185), que passa a refletir a partir das indagações por ele propostas: o que seria mais razoável qualitativamente admitir, um governo dos homens ou governo das leis? ou ainda, se o bom governo é aquele que decorre de governantes que governam respeitando as leis ou aquele em que existem boas leis porque os governantes são sábios? Para tentar responder essas e outras indagações Bobbio explica que por governo da lei “[...] se entendem duas coisas diversas embora coligadas: além do governo *sub lege*, que é o considerado até aqui, também o governo *per leges*, isto é, mediante leis, ou melhor, através da emanção (se não exclusiva, ao menos predominante) de normas gerais e abstratas. Uma coisa é o governo exercer o poder segundo leis preestabelecidas, outra coisa é exercê-lo mediante as leis, isto é, não mediante ordens individuais e concretas. As duas exigências não se superpõem: num Estado de direito o juiz, quando emite uma sentença que é uma ordem individual e concreta, exerce o poder *sub lege* mas não *per leges*; ao contrário, o primeiro legislador, o legislador constituinte, exerce o poder não *sub lege*, mas *per leges* no momento mesmo em que emana uma constituição escrita. Na formação do Estado moderno a doutrina do constitucionalismo, na qual se resume toda forma de governo *sub lege*, caminha paralelamente à doutrina do primado da lei como fonte do direito [...]” (BOBBIO, 1984/2011b, p. 170-171). Parece, contudo, ser de grande propriedade reconhecer que melhor haver governo das leis em detrimento do governo dos homens, já que o homem, reunindo em si a ideia de *L'État c'est moi* torna um quanto perigoso o futuro da democracia, por uma razão muito simples: o governo dos homens tende a mudar o direito, ou rompê-lo, sobretudo aqueles fundamentais. É nesse sentido, que Bobbio arremata sua compreensão à guisa de tentar responder as indagações iniciais, ao esclarecer que “[...] o governo das leis celebra hoje seu triunfo na democracia. E o que é a democracia se não um conjunto de regras (as chamadas regras do jogo) para a solução dos conflitos sem derramamento de sangue? E em que consiste o bom governo democrático se não, acima de tudo, no rigoroso respeito a estas regras? Pessoalmente, não tenho dúvidas sobre a resposta a estas questões. E exatamente porque não tenho dúvidas, posso concluir tranquilamente que a democracia é o governo das leis por excelência. No momento mesmo em que um regime democrático perde de vista este seu princípio inspirador, degenera rapidamente em seu contrário, numa das tantas formas de governo autocrático de que estão repletas as narrativas dos historiadores e as reflexões dos escritores políticos.” (BOBBIO, 1984/2011b, p. 185).

adotando, contudo, a estruturação vinculada à instituição independente de justiça administrativa como ocorreu na Alemanha, França e Itália. (MEDAUAR, 2003).

Nesse sentido, Bacellar Filho (2008) infere que foi em decorrência da insatisfação popular com as decisões tomadas pelo Parlamento que em sua estrutura acumulava as funções judicantes, é que surgiu a ideia que a matéria de cunho administrativo deveria ficar fora do âmbito da justiça comum.

Desta forma, parece que o núcleo do pensamento da revolução que inspirou a construção da jurisdição administrativa baseia-se na concepção de que, caso os processos abarcando temas administrativos pudessem de alguma forma ser julgados pelos órgãos judiciários, estar-se-ia a dar poder para que estes viessem a tumultuar a atividade administrativa, comprometendo a independência da Administração, ou seja, não seria prudente que o Poder Judiciário tivesse qualquer mistura na esfera de atuação dos administradores públicos.

Assim, seguindo os modelos belga e norte americano é que adotou-se no Brasil a primeira Constituição republicana (BRASIL, 1891), promulgada em 24 de fevereiro de 1891, resultado do movimento político-militar que derrubou o Império em 1889. Por essa Constituição (BRASIL, 1891), *consagrou-se a jurisdição una*, consoante seu art. Art. 15 que assim estabeleceu: “São órgãos da soberania nacional o Poder Legislativo, o Executivo e o Judiciário, harmônicos e independentes entre si”.

No tocante às características marcantes e também clássicas do direito administrativo brasileiro, Medauar (2003) leciona que estas tiveram as marcas da preponderância do interesse público sobre o particular, da submissão da Administração ao direito, supremacia da Administração, da personalidade jurídica do Estado e de outros entes, auto-executoriedade e imperatividade, hierarquia, poder discricionário e de polícia, ato administrativo unilateral, direito subjetivo público e contrato administrativo.

Vem de Mello (2008), a seguinte reflexão sobre a forte influência francesa sobre o direito administrativo brasileiro, para quem é por conta dos estudos de administrativistas franceses que, ao buscarem selecionar as questões que teriam de alguma forma, ligação pública e que deveriam ser abrangidas pelo Direito Administrativo, tentaram identificar um núcleo ou ideia central para reconhecer se uma determinada situação deveria ou não ser conduzida por esse ramo do direito.

Assim é que identificaram inicialmente a ideia de *puissance publique*³⁴ como sendo a marca irradiadora. Tal expressão, conforme infere Medauar (2003) indica o meio pelo qual o Estado poderia estabelecer sua vontade soberanamente.

Em outro momento, estabeleceu-se também na França uma nova concepção teórica, cujo objetivo inicial era de tomar o lugar da concepção *puissance publique* substituindo-o pela ideia de *service public*, que se centra na compreensão de que o Direito Administrativo e suas regras específicas são seus institutos e se aparelham em função da obrigatoriedade do Estado de servir aos anseios coletivos³⁵. (MELLO, 2004).

Ressalte-se, por oportuno que, acerca da análise da teoria de serviço público, em contraponto com o direito administrativo brasileiro, Marçal Justen Filho (2010, p. 20-21) esclarece que:

Na verdade, a disputa entre os autores franceses nem sequer podia ser transplantada para o direito brasileiro, uma vez que versava sobre o critério para a definição da competência da jurisdição administrativa. O direito brasileiro contempla a jurisdição única, que compõe tanto os litígios de direito comum como os de natureza administrativa. Logo, não há necessidade de um “*critério*” diferenciador, contrariamente ao que se passa na França.

Na perspectiva do avançar do direito administrativo como disciplina autônoma, Bacellar Filho (2008) assevera que a acentuação foi experimentada naqueles Estados cuja preocupação estava centrada nos serviços públicos tais como educação, seguridade social, saúde etc., e não se limitavam apenas à manutenção da ordem pública. Nessa mesma linha, Di Pietro (2005) mostra que os Estados não tiveram as mesmas marcas históricas, nem mesmo as conformações de poder, de modo que, em algumas localidades, o Direito Administrativo experimentou um crescimento menor³⁶, como é o caso anglo-americano.

³⁴ Consiste no “poder de coerção reservado ao Estado” (JUSTEN FILHO, 2010, p. 20).

³⁵ Baracho (2000), em artigo que discute as revisões da Constituição Francesa de 1958 e a permanente procura de uma constituição modelar, indica que a França está perpetuamente à procura de uma constituição que concilie os objetivos da autoridade e da liberdade. Nisso, conforme se infere nos artigos 37 e 37.1 da atual Constituição da República Francesa de 4 de outubro de 1958 (FRANÇA, 1958), o Conselho de Estado passou a ter destacadas as suas funções consultivas, cenário em que o contencioso administrativo da França passa a exercer sua função atuando sob o a etiqueta de Conselho de Estado, que dentre outras atribuições aprecia toda estirpe de feição administrativa, o que parece amoldar com uma espécie de justiça administrativa, embora desvinculada da justiça comum profere decisões que fazem coisa julgada. (BACELLAR FILHO, 2008).

³⁶ Nesse sentido a autora assinala que: “Mesmo dentro dos “direitos” filiados ao referido sistema europeu existem diferenças que valem a pena assinalar, uma vez que, quanto menos

Em cenário brasileiro, apesar do período imperial sob a égide da Constituição de 1824 contar com uma estrutura pública de administração centrada na figura do Conselho de Estado³⁷, este exercia um papel meramente de prestar assessoria ao governante imperador, não sendo o referido órgão voltado necessariamente para tratar das questões que envolvessem a prestação de serviços públicos, já que naquela época essas questões eram quase totalmente reguladas pelo direito privado. (CUNHA, 2006).

Após diversos fatores que contribuíram para o desgaste do sistema monárquico brasileiro, ensejando o fim do período imperial em 1889, inaugurou-se a era republicana com a demissão do Conselho de Ministros e sua direção, sendo promulgada em 1891 uma nova Constituição, com claros sinais de influência do modelo americano, na qual se adotou a jurisdição una (art. 55 a 62). Cenário de república e de federalismo (art. 1º), deram as marcas para a conformação do direito administrativo. (BRASIL, 1891).

Momento expressivo para o direito administrativo pátrio ocorreu no período da revolução de 1930, tempo histórico em que se registrou forte tendência de mudança econômica e social³⁸, orientada sob a égide da Constituição de 1934, promulgada em 16 de julho (BRASIL, 1934), que previa expressiva presença social do Estado.

Verifica-se uma alteração de conduta do Estado já que a intervenção mínima nas relações individuais quedava-se a não fornecer um atendimento adequado às necessidades de uma dinâmica social que entendia como necessária uma efetiva atuação do Estado. Assim o Estado passou a ser um forte prestador de serviços mediante a criação de vários órgãos públicos e da marcante descentralização administrativa que consigo trouxe uma série de atribuições ao direito

desenvolvido o Direito Administrativo, maior é a aplicação do direito privado nas relações jurídicas de que participa o Estado. Na realidade, o conteúdo do Direito Administrativo varia no tempo e no espaço, conforme o tipo de Estado adotado.” (DI PIETRO, 2005, p. 25).

³⁷ Conforme lição de Odete Medauar (2003) o referido Conselho de Estado não inaugurou qualquer marca de atuação jurisdicional. A referida figura institucional foi criada pela Constituição Imperial de 1824, sendo posteriormente suprimida por meio do Ato Adicional de 1834, revigorado em seguida por ato legal de 1841 e abolido por Decreto de 1889.

³⁸ Mello (2007) classifica o comando da nova constituição para que o Estado atue de forma mais robusta no cenário econômico e social como um “dirigismo econômico-financeiro” e esclarece que naquele cenário político em que o país vivia, surgiram novas pessoas jurídicas de direito público, criadas com a finalidade de execução de serviços especificados, e como desdobramento das pessoas jurídicas públicas de natureza territorial, que cuidavam, segunda a esfera política, dos interesses gerais dos cidadãos que a integram.

administrativo³⁹. Por outro lado, deve-se registrar que a conduta intervencionista acabou por desencadear uma tensão, já que de um lado o Estado detentor de atuação forte, ainda que teoricamente, dependia da realização dos atos praticados pelos seus agentes e, diante de um defeito na atuação provocado por um de seus agentes, de quem deveria ser a responsabilidade? Assim, passaram a fazer parte do direito administrativo diversos procedimentos para pôr harmonia entre a liberdade e a autoridade.

Nesse ponto, parece oportuno refletir quanto às séries de medidas, providências e legislações que configuram a reforma administrativa, onde busca-se ultrapassar a fase caracterizada pela administração burocrática na busca de uma administração pautada no gerencialismo, sendo a eficiência da gestão e redução de custos a preocupação da ponta do debate. É nesse sentido que Moreira Neto (2007b) explica que, não obstante o vigoroso esforço político que vem sendo envidado para a efetiva realização de uma reforma administrativa, na linha do que se expôs, ou seja, correspondendo à nova visão do Direito Administrativo contemporâneo, é importante e necessário prestar atenção ao fato de que não é suficiente promover mudanças estruturais e de funcionamento, pretendendo seguir modelos desenvolvidos na administração do setor privado ou na experiência de outros Estados tidos como modelares; trata-se, pois, de mudança essencial ao que se pretende como *modernização do Estado e de seu aparelho prestador de serviços*.

Note-se que nem o direito, nem a sociedade são estanques, harmonizam-se no dinamismo social no tempo e espaço, por isso oportuna é a compreensão de Bobbio (2004, p. 25) para quem os direitos, por mais fundamentais que eles sejam “[...] são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizadas por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas”. Com isso, muito embora o modelo estatal de Administração Burocrática tenha sido considerado apropriado para os anseios sociais (e também estatais) no momento histórico do Estado brasileiro dos anos 1930, tal arquétipo mostra-se insuficiente ante o neoliberalismo que passa a ser adotado no Brasil nos anos 70, já que a

³⁹ Aqui identifica-se uma amoldagem ao Estado do Bem-Estar (*Welfare state*), ou Estado Assistencial que segundo Bobbio, Matteucci e Pasquino (2004, p. 416) pode ser definido, à primeira análise, como Estado que garante “tipos mínimos de renda, alimentação, saúde, habitação, educação, assegurados a todo o cidadão, não como caridade mas como direito político”.

releitura do liberalismo clássico requer do Estado uma Administração Pública cada vez mais dinâmica e eficiente.

Nesse passo, Moreira Neto (2007b) esclarece que o Estado nacional na perspectiva do neoliberalismo⁴⁰ cria uma entidade ou órgão público a fim de satisfazer interesses públicos (finalidade), atribuindo a estes poderes, em tese, competência para que sejam exercidos da forma necessária (flexibilidade) para efetivamente atendê-los em concreto (eficiência).

Nessa linha de raciocínio, vale resgatar os apontamentos de Pereira (1996, p. 270) que, ante o movimento em prol da reforma administrativa, compreende que a crise da administração pública burocrática:

[...] começou ainda no regime militar, não apenas porque não foi capaz de extirpar o patrimonialismo que sempre a vitimou, mas também porque esse regime, em vez de consolidar uma burocracia profissional no país, por meio da redefinição de carreiras e de um processo sistemático de abertura de concursos públicos para a alta administração, preferiu o caminho mais curto do recrutamento de administradores pelas empresas estatais. [...] A crise agravou-se, entretanto, a partir da Constituição de 1988, quando se salta para o extremo oposto: o enrijecimento burocrático extremo. As consequências da sobrevivência do patrimonialismo e do enrijecimento burocrático, muitas vezes perversamente misturados, serão o alto custo e a baixa qualidade da administração pública brasileira.

Não obstante os esforços no sentido de desconstruir alguns conceitos clássicos presentes no direito administrativo, verifica-se que muitos destes ficam intocáveis, mantendo-se as concepções ligadas aos institutos da imperatividade, da insindicabilidade do mérito do ato administrativo, da supremacia do interesse público e do poder de polícia.

⁴⁰ Numa visão crítica e diferenciada quanto ao processo vivenciado nos dias atuais, por meio da globalização, Milton Santos (2001) esclarece que a globalização precisa ser analisada sob a perspectiva da fábula e da perversidade, sendo que a primeira se refere (ao mundo tal como nos fazem crer), imposta principalmente pelos meios de comunicação, que procura internalizar a ideia de que o mundo atual é um amplo espaço e que pode ser explorado pelo consumo, sem contar a ideia da padronização cultural, onde as pessoas são atraídas pelas mesmas coisas, mesmos hábitos, mesmos costumes. Um dos exemplos de fábula está primado no rótulo da “flexibilização das leis trabalhistas”. Já a perversidade (aqui entendido como o mundo como ele é), como abandono social em nome de um projeto de reprodução do capital, podendo ser exemplificada, em contraponto com a fábula da flexibilização dos direitos trabalhistas a mitigação dos direitos laborais conquistados historicamente.

No tocante as mudanças recentes sob a inspiração do neoliberalismo em relação ao Estado capitalista, recomenda-se a leitura de: NUNES, Antônio José Avelãs. As duas últimas máscaras do Estado capitalista. *Pensar – Revista de Ciências Jurídicas*. Fortaleza, v. 16, n. 2, pp. 409-476, jul./dez. 2011. Disponível em: <http://www.unifor.br/images/pdfs/Pensar/v16n2_artigo2.pdf>. Acesso em: 7 mar. 2014.

Nesse sentido, a atual Constituição Federal, promulgada em 1988, colocou o administrado na qualidade de cidadão e trouxe um alargamento dos dogmas clássicos do direito administrativo, tornando a roupagem clássica sujeita a releituras na medida em que a atual Carta Política confere novos direitos e reafirma a sujeição do administrador à lei, tendo este ainda que atentar para as questões ligadas a vários princípios norteadores de sua atuação. Assim, o Direito Administrativo, diversamente do que se consolidou desde sua origem, colocando a Administração verticalizada, forte na garantia do administrado, passa a se preocupar em se tornar ferramenta para melhor atender aos interesses plurais e coletivos.

Partindo da ideia de que a administração consiste em gerir um conjunto de bens e na realização de um conjunto de finalidades heterônomas, interessa-se nesse ponto às questões voltadas à Administração Pública. Dias e Oliveira (2011), ao discorrer sobre as características típicas da Administração Pública, lecionam que a ideia de publicidade conectada a um conjunto complexo de interesses que pertencem “[...] a uma generalidade de pessoas indistintas, a um público”, de modo que dos interesses gerais ou comuns a um grupo maior de pessoas “[...] há aqueles que possuem uma importância tal que da sua satisfação resulta o equilíbrio da própria comunidade” (DIAS; OLIVEIRA, 2011, p.11). Por essa razão, é justificado o motivo pelo qual uma comunidade politicamente organizada tenha a preocupação de conferir a responsabilidade de zelar pela satisfação desses interesses a órgãos dessa comunidade, interesses que na concepção de Dias e Oliveira (2011) consistem em “interesses públicos”.

A expressão *interesse público* está associada à ideia de “[...] a bem de toda a coletividade, à percepção geral das exigências da vida na sociedade” (MEDAUAR, 2012, p. 130). Ou ainda, que “[...] a Administração Pública existe para realizar interesses públicos” (DIAS; OLIVEIRA, 2011, p.11), diversamente daqueles buscados na esfera privada: interesses pessoais e particulares, não que se tratem de interesses meramente egoístas, mas tão somente por serem entendidos como aqueles ligados a uma ou a um grupo de pessoas.

Nesse sentido o interesse público pode ser classificado em primário e secundário ou simplesmente instrumental, sendo o primeiro correspondente às valorizações orientadoras dentro de uma comunidade politicamente organizada, caracterizada como v.g. a paz, o bem estar e a justiça. Parece, contudo, que as

satisfações de tais interesses de ordem primária são reservadas aos órgãos políticos dessa comunidade.

Já os interesses secundários ou instrumentais, sob a ótica de Dias e Oliveira (2011) ligam-se à ideia de que a satisfação dos diversos interesses vai demandar a individualização das pretensões do aparelhamento de direção de determinada comunidade, que se manifestam na atribuição dos diversos órgãos encarregados de gerenciar a realização ou satisfação de interesses que partem da generalidade das pessoas. Assim, estes serão buscados pelos órgãos administrativos estatais ou por outros equivalentes, sendo questões de importância para estes órgãos.

Assim, no tocante aos interesses secundários, Dias e Oliveira (2011) explicam que:

Estes interesses designam-se por interesses públicos secundários ou instrumentais, não por terem uma menor importância, mas porque eles se consideram um instrumento necessário à realização do bem comum, ou seja, à afirmação do interesse público primário. São interesses públicos secundários a justiça, a saúde, a educação, os transportes, etc. Só o são, no entanto, aqueles que, de uma maneira específica, são confiados à cura de um órgão público. (DIAS; OLIVEIRA, 2011, p. 12).

Verifica-se pois, a partir dessas considerações, que a variedade de interesses alocados aos órgãos estatais vai depender dos anseios e opções fundamentais das diversas comunidades, como *v.g.* as obras facilitadoras de mobilidade urbana ou de melhoramento da infraestrutura aeroportuária que constituem interesses da generalidade das pessoas de determinada comunidade. No entanto, a realização de tais obras pode caber ao Estado ou a outros entes públicos, sendo ainda possível que sejam deixados à iniciativa privada.

Nesse ponto, podem-se identificar duas expressivas particularidades da Administração Pública: o fim público e a subordinação política, sendo o primeiro ligado à ideia dos interesses públicos primários da coletividade e o segundo no sentido de que os interesses públicos são definidos num plano superior, político-legislativo.

2.4 A principiologia do Direito Administrativo: traços do seu Regime Jurídico

Tendo em vista que o Direito Administrativo se conformou num cenário de Estado Liberal, granjeou contornos decorrentes do individualismo característico da

época e, de outro norte, ampliou sua feição de autoridade, da supremacia sobre o indivíduo, de modo a limitar o efetivo exercício dos direitos individuais em nome da finalidade e interesse geral.

Nesse sentido consoante lição de Bacelar Filho (2008) o regime jurídico administrativo⁴¹ se faz pelo conjunto de princípios de base constitucional que norteiam o direito administrativo, principiologia esta que lhe confere autonomia de investigação. Tal apontamento amolda ao que Mello (2008) leciona ao inferir que o regime jurídico é formado pelo agrupamento de princípios pelos quais atribuem especificidades em relação aos regimes jurídicos presentes em outras disciplinas.

Quanto ao direito administrativo e às características do seu regime, verifica-se que este apresenta traços da supremacia do interesse público em relação ao particular e, sobretudo, marcas de autoridade em nome do interesse geral, questões que segundo Di Pietro (2005), colocam a Administração Pública em posição vertical na relação jurídica com o administrado⁴².

Parece, contudo, que os arquétipos jurídicos administrativos ora submetem a regime jurídico de direito público, outras vezes seguem regimes de regulação próprios do direito privado. É nesse sentido que Di Pietro (2005) explica em estudo específico quanto ao 'regime público e privado na administração pública' que quando ela [a administração pública] emprega modelos privatísticos, a sua submissão ao direito privado nunca é total. Diversamente, ela às vezes se nivela ao particular, não para conferir a este *status* público, mas que não recai sobre o particular qualquer prerrogativa de Poder Público. Nessa perspectiva a referida autora arremata sua reflexão dizendo que "[...] a norma de direito público sempre impõe desvios ao direito comum" (DI PIETRO, 2005, p. 64), numa ideia de que essa permissão de desvios visa atribuir à Administração Pública a possibilidade de utilização do direito comum, privado, quando houver necessidade, de modo a alcançar os fins que o

⁴¹ O Regime Jurídico de Direito Administrativo está contido na perspectiva da definição de Regime Jurídico de Direito Público que é definido por Marçal Justen Filho como "[...] conjunto de normas jurídicas que disciplinam o desempenho de atividades e de organizações de interesse coletivo, vinculadas direta ou indiretamente à realização dos direitos fundamentais, caracterizado pela ausência de disponibilidade e pela vinculação à satisfação de determinados fins." (JUSTEN FILHO, 2010, p. 47).

⁴² Conforme lição de Di Pietro (2005, p. 69) ao tratar do contexto do final do século XIX, onde começaram a surgir reações contra o individualismo jurídico, em razão das grandes transformações econômicas, política e social provocados "[...] o direito deixou de ser apenas instrumento de garantia dos direitos do indivíduo e passou a ser visto como meio para consecução da justiça social, do bem comum, do bem-estar coletivo."

ordenamento jurídico lhe confere e, em igual tempo, preservar os direitos dos administrados, na medida em que cria limitações à atuação da Administração.

À guisa de distinção entre esses regimes jurídicos, tratando-se de Administração Pública, Sundfeld (1999) esclarece que uma das fundamentais particularidades do regime jurídico das relações de direito público é o exercício do poder de autoridade atribuído a um dos sujeitos da relação, o Estado, que goza de prerrogativas não encontradas nas relações jurídicas regidas pelo direito privado; mas, ao mesmo tempo, chama a atenção para um dado, cuja marca insere um novo olhar para as citadas prerrogativas: trata-se da visão que se tem da relação jurídica de direito público num cenário de Estado Democrático de Direito, paradigma este que, inaugurado no Brasil com o advento da Constituição Federal de 1988, imprime marcante limitação aos chamados poderes de autoridade frente ao administrado.

Nessa perspectiva, importante é a colocação de Moreira Neto (2007a), quando trata da relevância das prerrogativas do Poder Público, dentro da ideia da relação administração-administrado e todos os reflexos dessa reciprocidade no tocante a deveres e a direitos, para quem o valor das prerrogativas da Administração Pública é 'instrumental', ou seja, mecanismo para realização de algo, ao passo que a liberdade⁴³, também como valor dessas prerrogativas é 'substancial'.

Nota-se que está a se tratar aqui do regime jurídico da administração pública não numa perspectiva clássica, mas dentro da ótica da nova ordem constitucional, ou ainda como chama a atenção Paulo Schier (1999) em obra dedicada ao cuidado que se deve ter nas viradas paradigmáticas, pela "filtragem constitucional", norte imprescindível para a releitura dos institutos jurídicos, de modo que o relacionamento administração-administrado pautado na postura verticalizada, centrado na autoridade, não mais encontra sustentação de validade e até mesmo legitimação nesse novo cenário em que se foca o estudo, de modo que os conflitos eventualmente existentes dentro dessa relação administração-administrado são solucionados por meio da verificação dos princípios aplicáveis, sem perder de vista os valores constitucionais que deverão ser ponderados.

⁴³ Como assevera Marçal Justen Filho (2010) a liberdade é um dos temas da filosofia e do direito que guarda maior complexidade, assim, na perspectiva alinhavada na indicada colocação de Moreira Neto (2007a) o sentido que se tem de liberdade é como um pressuposto de direito fundamental, sendo que na relação jurídica entre Administração-administrado como explica Justen Filho (2010, 120) "o ser humano também não pode ser escravo em relação ao Estado. Não se admite a imposição da submissão às determinações estatais sem a preservação da dignidade individual, com a transformação do indivíduo em um servo."

2.4.1 Algumas considerações acerca dos princípios no Estado Democrático de Direito

Vem de Martin Heidegger (2007, p. 67) uma importante noção de princípios, ligada à ideia de origem ou fonte primeira, pela qual “[...] *Principium* diz donde uma coisa é, vem a ser ou simplesmente se determina [...]”. Veja que para esse autor a essência do “ser” é o princípio ou determinada a partir de princípio, de modo que se identifica uma superioridade do princípio em relação ao “ser” ou objeto, sendo que no âmbito normativo, no mundo do “dever ser” é possível desenvolver a compreensão de princípio como origem. (TORRES, 2011).

Destaque-se, nessa esteira, a reflexão de Saldanha (2005, p. 240) para quem “[...] todo princípio é geral (como todo valor é ‘fundante’): não há um princípio que se esgote no âmbito de determinada pessoa ou situação”.

Em Immanuel Kant (1999, p. 129), na acepção da obra ‘Crítica da Razão Pura’, as *proposições fundamentais ou princípios* se constituem como juízos que a priori são “[...] imediatamente certos na medida em que deles são derivados outros juízos”. Na compreensão do autor, esses juízos “[...] não podem ser subordinados a nenhum outro juízo” visto que esses são chamados de “[...] princípios ou inícios (*Principien, Anfänge*).”.

Nesse sentido, como assinala Torres (2011), princípio, nesta concepção de Kant, é uma condição para o conhecimento e o acesso cognitivo pelo ato de pensar, sendo oportuno destacar a reflexão de Cunha (2003, p. 264) “[...] quando se trata de construção de um sistema, ‘princípio’ é enunciado modelar, segundo o qual se produz, organiza e estrutura esse sistema.”.

E, por falar em princípios, necessário ressaltar as características fundamentais que os envolvem, bem como sua importância no direito administrativo. A noção de princípios parece muito derivar da ideia de valor constitucional que se constitui em típicas regras vinculantes de todo o ordenamento para um fim geral ou mesmo específico, que obrigam ao máximo de observância e efetividade e que também vedam qualquer conduta contrária ao seu conteúdo teleológico. (TORRES, 2011).

Nesse sentido Canotilho (2001) e Torres (2011) falam de princípios constitucionais impositivos, como aqueles que seriam utilizados para impor aos órgãos do Estado, inclusive ao legislador, a realização de fins e a execução de tarefas, que, em síntese, objetivam uma obrigação de caráter finalística. Assim, os princípios para Torres (2011) possuem a ‘função de bloqueio’ já que são normas vinculantes que não podem ser desafiadas por leis ou atos normativos supervenientes incompatíveis e se prestam, em grande medida, ao exame de proporcionalidade e razoabilidade, na avaliação de fins e meios, em conformidade com o ordenamento.

A teoria dos princípios recebeu maior destaque no século XX, especialmente com o advento do Estado Democrático de Direito, já que, antes convivía-se com a noção de ‘princípios gerais do direito’ forjada na Escola de Direito Natural, com incorporação dos princípios absolutos *a priori* com as máximas jurídicas daquela época. Esses princípios absolutos foram aos poucos substituídos pelos princípios de direitos e liberdades fundamentais constitucionalizados. (TORRES, 2011).

Ao longo de décadas, muitos estudos foram feitos para analisar a teoria dos princípios, sobretudo quanto à distinção entre estes e regras, por autores como Ávila (1999) e Silva (2003). No entanto, muitas divergências foram verificadas⁴⁴. Desta forma, a partir dos estudos realizados por Torres (2011, p. 522-527) passa-se a elencar alguns aspectos por ele destacados no tocante à análise crítica quanto a diferenciação entre princípios e regras:

I – Critério de abstração e generalidade das normas: Por esse enfoque, os princípios seriam normas com elevado grau de generalidade, indeterminação e abstração, ao passo que as regras seriam objetivas e específicas. Para Torres (2011) todo texto jurídico que trouxesse termos vagos também teria essa apresentação, sendo que todos os textos normativos guardam essa característica dada à indefinição da linguagem, estando, portanto, prejudicada tal teoria.

II – Critério da importância da norma⁴⁵: Os princípios seriam aquelas normas mais importantes, fundamentais, basilares ou estruturantes do sistema jurídico.

⁴⁴ Devido ao recorte metodológico proposto no presente trabalho, não há nesse tópico a pretensão de esgotar esse assunto, mas tão somente tecer algumas considerações fundamentais relacionadas aos princípios.

⁴⁵ Critério que está presente no seguinte texto de Celso Antônio Bandeira de Mello: “Mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce deste, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas comparando-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe

Veja que por esse critério todas as normas constitucionais seriam princípios, já que estão no topo do ordenamento do Estado Constitucional. Torres (2011) entende que essa proposta, ao assumir uma característica metafísica, exigiria um exame da “importância” das normas caso a caso, através de um esforço de comparação ou por requisito de hierarquia *a priori*, sendo que, para Torres (2011) tal critério é insuficiente na prática.

III – critério da dimensão de peso: Pela teoria de Dworkin, conforme (TORRES, 2011) a diferenciação entre regras e princípios é quantitativa ou lógica e derivam do fato de que as regras são normas do tipo “tudo ou nada” (*all-or-nothing*), ao passo que os princípios teriam uma “dimensão de peso” a ser considerada na decisão. Torres (2011) discorda de tais colocações pelo fato de que as normas possuem o caráter dual, do ponto de vista deôntico, ou seja, verificando-se o fato descrito na hipótese de dever ser a consequência jurídica correspondente. Sem contar que para Dworkin, na visão de Torres (2011) as regras não comportam exceções.

Nota-se, contudo que existem regras derrotáveis e diversas situações em que há a possibilidade de restrição a direitos fundamentais consagrados pela própria Constituição, como *v.g.* a perda ou suspensão dos direitos políticos, como aqueles listados no art. 15 da Constituição Federal de 1988, *verbis*:

Art. 15. É vedada a cassação de direitos políticos, cuja perda ou suspensão só se dará nos casos de:
I - cancelamento da naturalização por sentença transitada em julgado;
II - incapacidade civil absoluta;
III - condenação criminal transitada em julgado, enquanto durarem seus efeitos;
IV - recusa de cumprir obrigação a todos imposta ou prestação alternativa, nos termos do art. 5º, VIII;
V - improbidade administrativa, nos termos do art. 37, § 4º.

No tocante aos princípios em Dworkin, Torres (2011) entende que estes poderiam ser derrotáveis. Diferentemente, conforme Torres (2011), não se poderia pensar em princípios derrotáveis quando, na ponderação, um dá lugar a outro. Na permissão de ponderação entre si, para se chegar à solução do caso que se

confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. [...] Os princípios são encontrados em todos os escalões do ordenamento jurídico, porém, os constitucionais são os mais importantes. A constituição é o documento jurídico que contém em seu texto princípios que encarnam valores supremos e superiores havidos na sociedade.” (MELLO, 2000, p. 68).

apresenta, não está a se falar em “vencidos” ou “invalidados”, já que, pela dimensão de peso, da estrutura do princípio, vê-se a solução para as colisões, a ponderação e a derrotabilidade (possibilidade de exceção). Ademais, Torres (2011, p. 523) chama a atenção para o fato de que “[...] é incoerente com o constitucionalismo dos direitos uma aceitação de exclusão dos princípios aplicáveis, pela aceitação da derrotabilidade destes”.

IV – critério do caráter aberto dos princípios: Numa visão inicial parece que os princípios são caracterizados pela abertura semântica dos seus conteúdos, em razão da ausência da qualificação objetiva da hipótese da incidência. Para Torres (2011) o problema seria na aplicação, já que as condições de aplicação das regras encontram-se fechadas e os princípios as têm abertas. Para o referido autor, embora sedutora, tal proposta teórica do caráter aberto lhe parece ser de impossível aplicação em todos os casos, com regras em sentidos fechados sem que o intérprete não considere princípios na sua conformação, não havendo espaço para diferenciação. Aliás, assinala Torres (2011) que existem muitas regras baseadas em tipologias elásticas, como *v.g.* é a noção de fraude.

V – critério do sopesamento na solução dos conflitos ou colisões: comparadamente, na visão de Torres (2011), tanto em Dworkin quanto em Robert Alexy, quando há colisão entre princípios, a solução se dá através da ponderação, enquanto que, em se tratando de regras, a solução para os casos de colisão se dá pelo critério da invalidade ou da antinomia. (TORRES, 2011). Discordando dessa ideia apresentada, Torres (2011) esclarece que nada impede que a aplicação de regras possa ser feita pela ponderação, como se faz, *v.g.* com o princípio da razoabilidade nos casos de aplicação de sanções administrativas. Aliás, para este, a ponderação como técnica, pode ser adotada para solucionar eventuais colisões, mas isso não é suficiente para justificar que a ponderação é inerente ao conceito de princípio.

Feitas essas considerações, Heleno Taveira Torres (2011, p. 525) apresenta seu conceito de princípios:

Princípios são normas *lato sensu* de direito positivo que prescrevem valores objetivos, relativos e vinculantes para todo o sistema jurídico, com ou sem limitação a específicas regras ou subsistemas, obrigam ao máximo de observância e efetividade e vedam qualquer conduta em sentido contrário ao seu âmbito normativo, e mormente ao seu conteúdo essencial.

Quanto à relevância dos princípios no regime jurídico administrativo, Medauar (2012) esclarece que, em razão do Direito Administrativo ser um direito de construção recente, os princípios possuem uma importância fundamental quanto à solução dos casos não previstos, ao passo que atribuem uma certa segurança aos administrados, quanto à extensão de seus deveres e direitos.

2.4.2 Princiologia do Direito Administrativo

A realização das atividades inerentes à administração pública com o intuito de garantir a provisão das diversas necessidades sociais, ou mesmo no sentido organizatório, no que diz respeito à execução de atividades de ordenação, regem-se por normas gerais que imprimem a abrangência de atuação do Estado. Trata-se dos princípios específicos do Direito Administrativo que se prestam, não apenas à orientação das práticas, mas fornecem o norte necessário à compreensão do ordenamento jurídico administrativo.

No tocante ao estudo da tipologia principiológica do direito administrativo, Medauar (2012) esclarece que a doutrina brasileira não mostra uma lista uníssona dos princípios administrativistas. Aliás, apesar da Constituição Federal de 1988 elencar de forma explícita, em seu art. 37 [nesta ordem] os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, sendo que este último foi acrescentado através da Emenda Constitucional nº 19, de 1998, há autores que extraíram outros princípios implícitos do texto constitucional, ou ainda pelo esforço de encontrá-los em interpretação de textos infraconstitucionais, seja na doutrina especializada ou jurisprudência dos tribunais, de modo que mesmo nessas espécies de fontes há divergência quanto aos princípios que se imprimem no regime jurídico administrativo.

Conforme lição de Bacellar Filho (2008), qualquer ação do Estado através da Administração Pública está enraizada no 'princípio geral do Bem Comum' já que o bem coletivo se encontra circunscrito pela legalidade, razão pela qual a Administração Pública reveste-se de um regime jurídico apropriado.

Neste ponto, necessário se torna refletir sobre questões que envolvem a ideia da supremacia dos interesses e da (in)disponibilidade destes. Bacellar Filho (2008), ao mesmo tempo em que discorre sobre a temática explicando que o regime jurídico administrativo encontra concretude dentro da perspectiva da preponderância do

interesse público em detrimento do privado; bem como que os interesses públicos são indisponíveis, é contrário a uma aplicação direta do citado princípio ao justificar que no paradigma de Estado Democrático de Direito não há mais espaço para se admitir o princípio da *supremacia do interesse público*⁴⁶, já que não se vislumbra a possibilidade de continuar existindo uma automatizada hierarquia entre categorias de interesses públicos e particulares.

Nesse direcionamento, cuidadosa é a lição de Justen Filho (2010, p. 79) ao refletir quanto à síntese do direito administrativo, evidenciando que no paradigma de Estado brasileiro pós 1988 a atividade administrativa do Estado “[...] subordina-se, então, a um critério fundamental, que é anterior à supremacia do interesse público”. Tal critério indicado por Justen Filho (2010, p. 79) é indicado com a ideia de que a supremacia está associada à “[...] indisponibilidade dos direitos fundamentais”. Ademais, o referido autor trabalha a figura do “interesse público” como um resultado e não como um pressuposto da decisão, ou seja

Não há interesse público prévio ao direito ou anterior à atividade decisória da administração pública. Uma decisão produzida por meio de procedimento satisfatório e com respeito aos direitos fundamentais e aos interesses legítimos poderá ser reputada como traduzindo “o interesse público”. Mas não se legitimará mediante a invocação a esse “interesse público”, e sim porque compatível com os direitos fundamentais. (JUSTEN FILHO, 2010, p. 79).

Por essas linhas, demonstra-se que no Estado Democrático de Direito há a emergência da constante verificação nas oportunidades concretas de que modo deve configurar o interesse público, já que os valores dos direitos fundamentais são intangíveis e dependem desse exercício hermenêutico.

Assim, o interesse público é aferido pelas circunstâncias, dentro de um processo que a concretização do direito produz. (JUSTEN FILHO, 2010). A não admissão de predeterminação é justamente isso, ou seja, a qualidade do titular que se identifica *a priori* não é apta a qualificar interesse público.

⁴⁶ Para aprofundamento dos estudos teóricos relacionados a interesse público no Estado Democrático de Direito, que não são diretamente objetos da presente dissertação, recomenda-se a leitura de: SILVA, Wandir Manoel da. Análise crítica da supremacia do interesse público sobre o privado na perspectiva do estado democrático de direito. In: CASTRO, Dayse Starling Lima (Coord). **Direito público**: teoria geral do direito, constitucional, processo legislativo, processo constitucional, administrativo, licitação e contratos administrativos, responsabilidade civil do Estado, eleitoral, previdenciário, tributário, ambiental. Belo Horizonte: PUC Minas, Instituto de Educação Continuada, 2012. 1032p. p. 449-459.

Parece que as concepções acima alinhavadas estão sendo em grande medida absorvidas pelos tribunais quando do enfrentamento de questões concretas, como *v.g.* a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, nos autos do Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada nº 223⁴⁷, proposto pelo Estado de Pernambuco para tentar afastar a condenação que lhe fora imposta pelo Tribunal de Justiça local, que determinou que a Administração Pública daquele estado assumisse os custos decorrentes de cirurgia complexa em um administrado, particular, que, atingido por projétil de arma de fogo em assalto em via pública dependia de tal procedimento para lhe garantir uma digna sobrevivência, sendo que tal cirurgia só poderia ser realizada por profissional estrangeiro ao custo aproximado de cento e cinquenta mil dólares americanos.

Quando do julgamento do Agravo Regimental foi reestabelecida a decisão do tribunal de origem, a partir da fundamentação contida no voto do Ministro Celso de Mello, que colocou em evidência os direitos fundamentais como objeto de proteção ante a análise dos riscos ao patrimônio público e da necessidade de preservação do interesse público. Nesse julgado evidenciou-se que o interesse público de cunho notadamente orçamentário cedesse à dignidade da pessoa humana⁴⁸.

Na clássica doutrina de Mello (2008), *supremacia do interesse público sobre o privado e indisponibilidade dos interesses públicos*, são considerados como determinantes para a identificação do regime jurídico-administrativo, de modo que quando um destes princípios é reconhecido dentro de determinada relação jurídica estará patente o regime jurídico de cunho administrativo.

Nessa questão apresentada, Di Pietro (2005) indica em seu manual o que chama de “preposições básicas” ou princípios do Direito Administrativo – cuja elaboração não é codificada e sim, pretoriana –, o da legalidade e o da supremacia do interesse público sobre o particular, sendo que estes, para a referida autora, decorrem da bipolaridade que permeia o direito administrativo: liberdade do indivíduo e autoridade da administração. Ademais, Di Pietro (2005) acrescenta na

⁴⁷ TA nº 223/PE. Suspensão de tutela antecipada. Relatora: Min. presidente Ellen Gracie. Julgamento: 12/03/2008. Publicação DJ-e de 18/03/2008. Requerente: Estado de Pernambuco. Requerido: Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco.

⁴⁸ Também decisões nesse sentido: HC 90.450, 2ª T. rel. Min. Celso de Mello, j. em 23.09.2008, DJ-e de 06.02.2009; AgRg no RE 455.283, 2ª T., rel. Min. Eros Grau, j. em 28.03.2006, DJ de 05.05.2006, p. 39; RMS 24.339/TO, 5ª T., rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, j. em 30.10.2008, DJ-e de 17.11.2008; ED no REsp 541.239/DF, 1ª S. rel. Min. Luiz Fux, j. em 12.03.2008, DJ-e 31.03.2008; REsp 492.905/MG, 5ª T., rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. em 07.11.2006 DJ de 27.11.2006; AgRg no REsp 733.684/CE, 5ª T., rel. Min. Gilson Dipp.

lista dos princípios – além daqueles tradicionais explicitados nos art. 37 e 111 da Constituição Federal de 1988 –, aqueles que são integrados pela legislação infraconstitucional tais como: a Lei do Processo Administrativo Federal (Lei nº 9.784/1999 – que indica legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência); bem como as leis esparsas que também fazem referência expressa a princípios específicos de determinados processos tais como a Lei Federal de Licitações e Contratos nº 8.666/1993, a Lei de Concessões nº 8.987/1995⁴⁹.

De forma sistemática Justen Filho (2010) sumariza os princípios que dão identidade ao regime de direito administrativo, sendo: i) a procedimentalização das competências, ii) os direitos fundamentais, iii) os princípios políticos, iv) os princípios sociais e, v) os princípios de ordem econômica. Porém esclarece que a supremacia da Constituição Federal (BRASIL, 1988) deve ser tida como núcleo concreto e real da atividade administrativa. Assim, nessa dimensão, a interpretação dos institutos jurídicos do Direito Administrativo torna a depender de uma submissão factual aos valores previstos na Constituição.

Vê-se que, a despeito de haver algumas variações quanto à classificação dos princípios norteadores do Direito Administrativo, a permeabilidade dos princípios insculpidos no texto constitucional na seara do regime jurídico administrativo é mais consensual.

No tocante à perspectiva dessa permeabilidade, Moreira Neto (2007a, p. 78) indica a principiologia do Direito Administrativo e a chama de “*Princípios jurídicos relevantes para o Direito Administrativo*”. O referido autor entende ser necessário uma classificação misturada, valendo-se da disposição constitucional e da abrangência de conteúdo, fazendo cinco distinções de categorias de princípios com abrangência sobre o Direito Administrativo, sendo eles: “[...] os princípios fundamentais, os princípios gerais, os princípios de direito público, os princípios

⁴⁹ De parecida classificação, Medauar (2012) entende que o rol de princípios norteadores da Administração Pública advém de uma espécie de combinação que se encontra a partir daqueles princípios localizados no art. 37, *caput* da Constituição Federal: Legalidade, Impessoalidade, Moralidade, Publicidade e Eficiência, com outros princípios forjados a partir dos esforços dos doutrinadores e julgadores, bem como com os outros princípios implícitos na Constituição. Para Odete Medauar (2012) são princípios da Administração: Princípio da Preponderância do Interesse Público sobre o Interesse Particular; da Indisponibilidade do Interesse Público; da Proporcionalidade; da Continuidade; da Presunção da Legalidade e Veracidade; da Auto-Executoriedade; e da Autotutela Administrativa.

gerais do direito administrativo e os princípios setoriais de direito administrativo.” (MOREIRA NETO, 2007a, p. 78).

Nesse sentido, fazem parte do rol dos chamados “princípios fundamentais” aqueles que constam, implícita ou explicitamente, nos artigos 1º ao 4º da Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988), podendo destacar o republicano, o da segurança jurídica, o da cidadania, o democrático, o da dignidade da pessoa humana e o da participação.

Já os chamados por Moreira Neto (2007a) de “princípios gerais” são os de conteúdo básicos, que se amoldam completamente ao sistema jurídico, excluídos os que possuem conteúdo indicados nos artigos 1º a 4º da Constituição Federal (BRASIL, 1988) vigente, sendo, portanto, os princípios da legalidade, da igualdade, da legitimidade, da publicidade, da responsabilidade, da realidade, da sindicabilidade, da responsividade, da ponderação e da sancionabilidade.

Para Moreira Neto (2007a) os “[...] princípios de direito público”, são todos aqueles que sinalizam e são informadores do Direito Público e traduzem no regramento jurídico da ação do Estado e de seus agentes para realização de ações que a Constituição lhes confia, bem como os correspondentes e consequentes deveres e direitos que o ordenamento jurídico fornece aos administrados. Por essa classificação estão inclusos os princípios da motivação, da subsidiariedade, da descentralização, da presunção de validade, da indisponibilidade do interesse público, da motivação e do contraditório.

No tocante aos *princípios gerais do direito administrativo* classificados por Moreira Neto (2007a), mesmo que não sejam exclusivos do direito administrativo, se prestam a indicar as proposições básicas aplicáveis com predomínio sobre as ações do Estado de cunho administrativo. Sendo eles, da impessoalidade, da finalidade, da moralidade administrativa, da razoabilidade, da discricionariedade, da consensualidade, da proporcionalidade, da executoriedade, da continuidade, da especialidade, o hierárquico, o monocrático, o colegiado, o disciplinar, o da eficiência, o da economicidade e o da autotutela.

Já os *princípios setoriais do Direito Administrativo*, indicados por Moreira Neto (2007a), são princípios específicos no Direito Administrativo, tais como aqueles referentes às licitações, aos serviços públicos, ao procedimento administrativo, aos servidores públicos, ao fomento, à atividade de polícia etc.

Por esses apontamentos, verifica-se que as compreensões dos autores indicados apontam para classificações diferentes quanto aos princípios do Direito Administrativo, sendo que alguns princípios derivam de outros ou simplesmente têm papel de complementariedade. Contudo, parece ser harmônica a ideia de que nenhum princípio ou classificação é exclusivo ou isolado, sendo que por vezes existem vários princípios envolvendo uma determinada situação prática e, numa eventual situação de colidência, torna-se necessário o esforço de ponderação por parte do agente encarregado de realizar a interpretação. (FREITAS, 2002).

Realizadas as considerações acerca do Estado Constitucional e os necessários apontamentos quanto divisão de funções, especificamente daqueles voltados para Administração Pública, bem como o dinamismo do Regime Jurídico aplicável a partir dos princípios informadores, na perspectiva do Estado Democrático de Direito, passa-se a discorrer no Capítulo seguinte sobre as Licitações Públicas no Brasil, seus principais percalços históricos dentro de cada fase, a começar no ano de 1922 onde imperava extrema liberdade para a Administração Pública contratar, até a chegada da quarta fase, caracterizada por todas as legislações em matéria de licitação que surgiram após o advento da Lei nº 8.666/1993.

3 AS LICITAÇÕES NO BRASIL

Antes de tocar nas questões que envolvem o objeto do presente trabalho, especificamente o Regime Diferenciado de Contratação, criado pela Lei Federal nº 12.462/2011 (BRASIL, 2011a), com recorte metodológico apontado para o art. 6º da referida Lei – como situação-problema –, consistente na análise da in(compatibilidade) do referido dispositivo frente aos princípios informadores do direito administrativo, sobretudo o da publicidade, é necessário realizar algumas considerações preliminares quanto à licitação, sua definição, os princípios atinentes e percalços históricos desse importante instrumento de regulação.

A iniciativa privada, assim entendidos os atores sociais que não guardam ligação direta ou dependência patrimonial com os recursos financeiros públicos, sejam elas pessoas jurídicas de direito privado ou pessoas naturais, não tem qualquer sujeição para gestão de seus ativos, tais como aquisição de bens e serviços e, do outro lado a consequente afetação ou comprometimento patrimonial por aumento de seus passivos ao contrair obrigações. Ou seja, na iniciativa privada vigora a liberdade para promoção de compras e alienação de bens⁵⁰.

Veja-se que a iniciativa privada sujeita basicamente suas relações jurídicas aos regramentos decorrentes do Direito Comercial⁵¹ [ou Empresarial] e Direito Civil, observando-se obviamente as restrições que lhe são impostas pelo Direito Público. Nesse foco, valem as regras e os modos de operação mercadológica. (FARIA, 2007).

Por sua vez, não é assim que ocorre com a Administração Pública, que não usufrui de tamanha liberdade em razão de que está a gerir patrimônio e interesses públicos, sendo imperiosa a sua submissão às condições legais de modo a evitar que uma escolha subjetiva de determinado fornecedor ou adquirente seja prejudicial

⁵⁰ No plano da iniciativa privada pode-se inferir três elementos integrantes da ideia de comércio, que são essenciais à sua caracterização jurídica: mediação, fim lucrativo e profissionalidade, sendo que a ideia de lucratividade é o elemento central e essencial para a conceituação de comércio. (REQUIÃO, 2006).

⁵¹ No tocante ao conceito de Direito Comercial utiliza-se a lição Vera Helena de Mello Franco, para quem o “[...] Direito Comercial é o ramo do Direito Privado que tem por objeto a regulação da atividade destinada a circulação e criação da riqueza mobiliária, seus instrumentos e a qualificação dos sujeitos dessas relações. É perante o Direito Civil, ramo autônomo que se apresenta como um direito especial, especialização esta que decorre das necessidades específicas das relações comerciais.” (FRANCO, 2001, p. 13).

à sociedade, razão pela qual se coloca a necessidade de se licitar nos modos e condições estabelecidos por lei.

Assim, de acordo com Medauar (2012) a Administração não pode contratar de forma livre, pois é necessário atender ao princípio da igualdade de todos para contratar com a Administração, em iguais oportunidades de participação nos certames e, sobretudo, à moralidade⁵² administrativa. Nesse sentido, na perspectiva do Estado Democrático de Direito, Marçal Justen Filho (2010, p. 427) apresenta a seguinte definição de licitação:

A licitação é um procedimento administrativo disciplinado por lei e por um ato administrativo prévio, que determina critérios objetivo de seleção da proposta de contratação mais vantajosa, com observância do princípio da isonomia, conduzido por um órgão dotado de competência específica.

O referido autor, ao analisar cada elemento do conceito formulado, esclarece que no tocante à expressão “[...] *é um procedimento administrativo*” deve-se compreender que se trata da prática de uma série ordenada de atos jurídicos, que permite aos particulares apresentarem-se perante a Administração Pública para competir em iguais condições. Note-se que em cada fase do procedimento licitatório há a sujeição de controle, tanto pela própria administração quanto pelos órgãos encarregados pelo controle externo (Tribunais de Contas).

O procedimento licitatório é mecanismo que impõe drástica redução da liberdade de escolha do administrador, já que o vencedor do certame não decorre de critério decisório subjetivo. Aliás, por essa ótica, mesmo que haja a substituição dos

⁵² Ao tecer considerações acerca das licitações públicas, Odete Medauar (2012) afirma que a imoralidade administrativa deve ser verificada no contexto em que se pretende tomar determinada decisão, de modo a se perceber se a medida é destoante da conjuntura e do conjunto de regras que se pode extrair da disciplina geral norteadora da Administração. A referida autora cita como exemplo, a aquisição de automóveis de luxo para servir autoridades, num cenário de contenção de despesas em razão de grave crise financeira ou de agravamento de crise social. No entender da autora, a referida aquisição por parte da administração Pública se configura como imoral, embora esteja revestida de legalidade.

Nesse sentido, Silva (2007, p. 336) esclarece que a ideia subjacente ao princípio da moralidade administrativa “[...] é a de que moralidade administrativa não é moralidade comum, mas moralidade jurídica. Essa consideração não significa necessariamente que o ato legal seja honesto”. É nessa direção que Silva (2007, p. 336) explica que a moralidade refere-se ao “[...] conjunto de regras de conduta tiradas da disciplina interior da Administração”. Por outro lado, a refletir sobre essa questão Silva (2007) indica que pode até parecer difícil desfazer um ato que é produzido legalmente, sob o fundamento da imoralidade, mas assevera que tal situação é possível já que a moralidade administrativa não é subjetiva já que não é apenas formal e possui conteúdo jurídico. Assim, quando a lei é executada mas direcionada a favorecer alguém de forma deliberada, para Silva (2007, p. 336) está se produzindo “[...] um ato formalmente legal, materialmente ofensivo à moralidade administrativa”.

agentes públicos encarregados pelo julgamento das propostas, adotar-se-ia na fase derradeira a mesma decisão. (JUSTEN FILHO, 2010).

Quando o trecho do conceito diz “[...] disciplinado por lei”, Justen Filho (2010, p. 427) lembra que as regras básicas para serem utilizadas nas licitações estão contidas nas próprias leis que as regem, como as disposições contidas na Lei nº 8.666/1993, Lei nº 8.987/1995, Lei nº 10.520/2002, Lei nº 12.462/2011, dentre outras.

Já a parte do conceito “[...] por um ato administrativo prévio que determina critérios objetivos” indica que os pressupostos e matrizes da licitação são previstos desde o início, através do ato administrativo denominado edital, que contempla inclusive as regras do julgamento e definição do objeto a ser licitado⁵³.

Por sua vez, a parte do conceito que diz “[...] de seleção da proposta de contratação mais vantajosa” está ligada à concepção de custo-benefício, de modo que a maior vantagem corresponde ao menor custo e maior benefício para a Administração Pública, ou ainda da conjugação da qualidade dos produtos ou serviços com o fator onerosidade. (JUSTEN FILHO, 2010, p. 427).

Não menos importante a esclarecer é o elemento do conceito que indica “[...] com observância ao princípio da isonomia”. Trata-se de mecanismo fundamental para evitar escolhas arbitrárias ou abusivas, onde todos os licitantes são nivelados enquanto opção, sendo que a escolha a ser realizada pela Administração decorre do conjunto de especificidades documentais, comerciais e técnicas dos participantes do certame. Mas Justen Filho (2010) chama a atenção para o fato de que é equivocada a ideia de que a isonomia bloqueia a diferenciação entre os particulares, já que no momento que a escolha é feita pela Administração Pública ela está a efetivar a diferenciação entre os interessados.

Parece, portanto que a ideia de isonomia não é absoluta⁵⁴, visto que a própria lei estabelece algumas possibilidades de preferência entre particulares que participam de processos licitatórios perante a Administração Pública, como é o caso das Microempresas (ME) e Empresas de Pequeno Porte (EPP) por força do Art. 44

⁵³ Conforme consta na decisão do Supremo Tribunal Federal (REsp 421.946/DF, DJ-e de 06.03.2006) o Poder Discricionário da Administração Pública encerra-se com a elaboração do Edital, sendo que a partir do referido ato a Administração Pública está integralmente adstrita a ele.

⁵⁴ Não há como refletir sobre igualdade sem lembrar o célebre conceito delineado por Rui Barbosa, para o qual “A regra da igualdade não consiste senão em quinhoar desigualmente aos desiguais, na medida em que se desigualem. Nesta desigualdade social, proporcionada à desigualdade natural, é que se acha a verdadeira lei da igualdade”. (BARBOSA, 1997, p. 26).

da Lei Complementar nº 123/2006 (BRASIL, 2006), que assim estabelece: “Nas licitações será assegurada, como critério de desempate, preferência de contratação para as microempresas e empresas de pequeno porte”.

Tal tratamento diferenciado decorre do comando da própria Constituição Federal de 1988 que estabeleceu em seu Título VII as questões relacionadas com a ordem Econômica e Financeira, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, que tem por objeto assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados diversos princípios, alguns liberais e outros de caráter intervencionista, tais como: a soberania nacional, a função social da propriedade, a defesa do consumidor, a defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação, a redução das desigualdades regionais e sociais, a busca do pleno emprego e *o tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.* (BRASIL, 1988).

Neste sentido parece que o tratamento diferenciado às empresas menores vai ao encontro da efetivação do texto constitucional, sobretudo no que diz respeito aos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil (BRASIL, 1988) estabelecidos no art. 3º que envolvem: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Entre os princípios de feição intervencionista destaca-se aquele relacionado às MEs e EPPs:

Art. 179 [...] que a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios dispensarão às microempresas e às empresas de pequeno porte, tratamento jurídico diferenciado, visando a incentivá-las pela simplificação de suas obrigações administrativas, tributárias, previdenciárias e creditícias, ou pela eliminação ou redução destas por meio de lei. (BRASIL, 1988).

As ME´s e EPP´s realizam papel social importante, já que contribuem para o crescimento econômico do país, possibilitam a criação de empregos e renda, melhoram as condições de vida da população com a absorção de mão de obra, inclusive aquelas que possuem menor demanda no mercado, como as pessoas com

mais de 40 anos de idade e os jovens em busca do primeiro emprego. (BRASIL, 2014).

Conforme quadro a seguir, extraído do Portal Brasil, da Presidência da República, com referência ao ano de 2012, as pequenas e médias empresas brasileiras representam 20% do PIB que corresponde a R\$ 700 bilhões e são responsáveis por 60% dos 94 milhões de empregos no País, que somam 56,4 milhões de postos de trabalho, esses dados por si só justificam o permissivo legal no sentido de atribuir tratamento diferenciado às ME's e EPP's. (BRASIL, 2014).

Quadro I - Dados gerais das Micro e Pequenas Empresas brasileiras

As MPES no Brasil	O que isso representa
20% do PIB	R\$ 700 bilhões
99% das empresas	5,7 milhões de MPES
60% dos empregos	56,4 milhões de empregos

Fonte: IBGE, Dieese, Sebrae Nacional (*apud* BRASIL, 2014)

Ressalte-se, por oportuno que não é só em cenário brasileiro que há a preocupação com a proteção do mercado interno. Por essa razão, Martins (2004) esclarece que desde o início da Comunidade Europeia, se formularam objetivos essencialmente econômicos e só mais tarde vieram os fins sociais e políticos, de modo que a realização do mercado interno associa-se diretamente com as quatro liberdades⁵⁵.

Assim, vê-se semelhante medida protetiva de mercado doméstico no cenário Europeu, como pode ser observado no Art. 3º do Tratado de Lisboa, considerando o Tratado da União Europeia⁵⁶:

⁵⁵ As quatro grandes liberdades estão previstas no Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE): A livre circulação de Mercadorias (Art. 28º a 44º do TFUE), a livre circulação de Pessoas (art. 45º a 55º do TFUE), A liberdade de Prestação de Serviços (Art. 56º a 62º do TFUE) e Liberdade de circulação de capitais e de pagamentos (Art. 63º a 66º do TFUE).

Para maior compreensão das quatro liberdades recomenda-se a leitura de GORJÃO-HENRIQUES, Miguel (org.). **Tratado de Lisboa**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2010a; GORJÃO-HENRIQUES, Miguel. **Direito da União**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2010b; MARTINS, Ana Maria Guerra. **Curso de Direito Constitucional da União Europeia**. Coimbra: Almedina, 2004.

⁵⁶ Nesse sentido é o dispositivo contido no Art. 26º do TFUE que estabelece que "A União adota as medidas destinadas a estabelecer o mercado interno ou assegurar o seu funcionamento, em conformidade com as disposições pertinentes dos Tratados" (GORJÃO-HENRIQUES, 2010a, p. 77).

3. A União estabelece um mercado interno. Empenha-se no desenvolvimento sustentável da Europa, assente num crescimento económico equilibrado e na estabilidade dos preços, numa economia social de mercado altamente competitiva que tenha como meta o pleno emprego e o progresso social, e num elevado nível de protecção e de melhoramento da qualidade do ambiente. A União fomenta o progresso científico e tecnológico.

A União promove a coesão económica, social e territorial, e a solidariedade entre os Estados-Membros.

5. Nas suas relações com o resto do mundo, a União afirma e promove os seus valores e interesses e contribui para a protecção dos seus cidadãos. Contribui para a paz, a segurança, o desenvolvimento sustentável do planeta, a solidariedade e o respeito mútuo entre os povos, o comércio livre e equitativo, a erradicação da pobreza e a protecção dos direitos do Homem, em especial os da criança, bem como para a rigorosa observância e o desenvolvimento do direito internacional, incluindo o respeito dos princípios da Carta das Nações Unidas. (GORJÃO-HENRIQUES, 2010a, p. 12-13)

Por outro lado, na realidade brasileira, Fortini (2008), ao analisar a questão do tratamento diferenciado conferido como sendo um privilégio às pequenas e micro empresas, aponta para uma realidade marcada por uma espécie de distorção, forjada por algumas sociedades empresárias maiores para que possam usufruir do tratamento diferenciado, já que

[...] temerosas de perderem espaço nas licitações e contratações públicas, as empresas que não enquadram nos conceitos de pequena e microempresa estão a criar “seus filhotes”. Criam pequenas e microempresas com o fito de preencher todos os espaços e coibir que as reais destinatárias das normas venham a ser efetivamente prestigiadas. (FORTINI, 2008, p. 160).

Dessa forma, a autora esclarece que embora haja a situação instalada que distorce o espírito instituidor do regramento contido no art. 44 da Lei Complementar nº 123/2006 (BRASIL, 2006), tal prática acaba por se tornar legal, pois não há restrições impeditivas para que as empresas de outra natureza recorram a esse tipo de procedimento, cuja finalidade é contratar com a administração pública.

Retornando ao conceito de licitação, o derradeiro trecho do conceito formulado por Justen Filho (2010, p. 427) diz “[...] conduzido por um órgão dotado de competência específica” que consiste na compreensão de que há um órgão específico para a condução da licitação, normalmente formada por uma comissão designada pela Administração Pública para exercer essa atribuição.

Tendo em vista a explanação conceitual acerca das licitações públicas, notadamente quanto aos elementos relacionados aos procedimentos administrativos

conduzidos por órgãos dotados de competência especificada, é importante salientar que as atribuições da administração pública brasileira são repartidas entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios. Tal repartição de competências é descentralizada em decorrência do princípio federativo, já que o art. 1º da Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988) estabelece tal forma de Estado⁵⁷. Ademais, no tocante às normas gerais para Licitações e Contratos Administrativos, previstas na Lei nº 8.666/1993 mostra-se clara a subordinação dos entes federados a estas diretrizes, daí a importância de se compreender conceitualmente o federalismo.

3.1 A inclusão da ideia da sustentabilidade ambiental na Lei de Licitações: marcas advindas da chamada Constituição Econômica

Tratou-se nas linhas anteriores da ressalva incidente no princípio da isonomia, no que diz respeito às licitações públicas quanto ao tratamento diferenciado que se confere às Micro Empresas e Empresas de Pequeno Porte, como meio de dar efetividade ao texto constitucional, a partir da compatibilização dos elementos da chamada constituição econômica, em matéria de aquisições públicas (SOUZA, 2002).

No entanto, não somente a referida ressalva deve ser realizada à luz da Constituição Econômica, já que a partir do ano de 2010, quando o Congresso Nacional deliberava acerca da conversão da Medida Provisória nº 495 em lei, veio incluir o princípio do desenvolvimento sustentável no texto do art. 3º, caput da Lei nº 8.666/1993, através da Lei nº 12.349 de 15 de dezembro de 2010, que estabeleceu nova redação:

Art. 3º. A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos. (Grifo nosso) (BRASIL, 1993).

⁵⁷ Conforme lição de Silva (2007) não foi a Constituição de 1988 que instituiu a República Federativa, mas a tem como signo do passado, já que o Brasil adotou o princípio federativo pelo Decreto nº. 1, de 15.11.1889, juntamente com a proclamação da República.

A referida alteração no dispositivo modificou radicalmente o quadro jurídico e até mesmo operacional das licitações públicas no Brasil, inclusive para obrigar todos os entes federativos a efetivarem as aquisições de produtos e serviços promovendo licitações que sejam sustentáveis⁵⁸.

Nesse ponto, cabe salientar que a expressão *desenvolvimento* nas linhas de Veiga (2005) não se confunde com crescimento econômico, já que o termo depende da cultura, na medida em que ele vai implicar a invenção de um projeto e este não pode se limitar unicamente às questões sociais e sua base econômica, não observando as relações de complexidade que já existem e estão por vir.

O Relatório Brundtland⁵⁹, também conhecido como “O Nosso Futuro Comum” foi um documento preparado em 1987 pela Comissão Mundial sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento da Organização das Nações Unidas - ONU. Trata-se do documento mais reconhecido como percussor da utilização da expressão desenvolvimento sustentável. Por tal documento o desenvolvimento sustentável é aquele que atende às necessidades das gerações presentes sem comprometer a possibilidade das gerações futuras atenderem suas próprias necessidades (ONU, 1987).

Verifica-se que tal documento veio alertar o mundo para a emergência de alteração dos modos de produção na direção da sustentabilidade, para redução dos impactos na utilização dos recursos naturais, baseada nos pilares: proteção ambiental, crescimento econômico e equidade social (VALENTE, 2014; GOMES, 2008; ANTUNES, 2008).

Essas questões mostram-se importantes no que diz respeito à noção de que os recursos naturais são finitos e muitas vezes já escassos, razão pela qual a ideia de limitação mostra-se relevante na medida em que se busca preservar o meio ambiente para que também as gerações futuras possam dele usufruir.

O grau de conscientização quanto às limitações dos recursos naturais e necessidade de equilíbrio para o desenvolvimento socioeconômico foi bastante

⁵⁸ Para análise mais aprofundada do marco legal das licitações de compras sustentáveis, recomenda-se a leitura do estudo elaborado por: VALENTE, Manoel Adam Lacayo. **Marco legal das licitações e compras Sustentáveis na Administração Pública**. Disponível em: <file:///C:/Users/Marco%20Antonio/Downloads/marco_legal_valente.pdf>. Acesso em: 23 abr. 2014.

⁵⁹ O título Relatório Brundtland deve-se ao fato de que, durante a elaboração desse documento, a presidência da Comissão Mundial sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento foi exercida pela médica norueguesa Gro Harlem Brundtland, que foi Ministra do Meio Ambiente da Noruega.

discutido em 1992, quando da realização de uma nova Conferência sobre o Meio Ambiente, desta vez no Rio de Janeiro, que dentre outras questões focou-se na promoção de padrões de consumo e produção que reduzam as pressões ambientais e atendam às necessidades básicas da humanidade e, sobretudo, desenvolvam uma maior compreensão do papel do consumo e da forma de se implementarem padrões de consumo mais sustentáveis.

Exatamente nesse enfoque de incentivar novos olhares para a questão ambiental é que no Brasil, com o advento da Lei nº 12.349/2010 as licitações promovidas pela Administração Pública tiveram que observar não só a proposta mais vantajosa mas aquelas que envolvam o fornecimento de produtos e serviços produzidos com menor agressão ao meio ambiente⁶⁰.

Nesse sentido, a exposição de motivos Interministerial nº 104/MP/MF/MEC/MCT de 18 de junho de 2010, que ensejou a referida alteração na Lei nº 8.666/1993 apresenta a ideia central da observância do desenvolvimento nacional sustentável, por meio da mudança de mentalidade a começar pela Administradora Pública, *verbis*:

[...]

2. Com referência às modificações propostas na Lei nº 8.666/93, é importante ressaltar que a mesma contempla diretrizes singulares para balizar os processos de licitação e contratação de bens e serviços no âmbito da Administração Pública. A norma consubstancia, portanto, dispositivos que visam conferir, sobretudo, lisura e economicidade às aquisições governamentais. Os procedimentos assim delineados são embasados em parâmetros de eficiência, eficácia e competitividade, em estrita consonância aos princípios fundamentais que regem a ação do setor público.

3. Paralelamente, impõe-se a necessidade de adoção de medidas que agreguem ao perfil de demanda do setor público diretrizes claras atinentes ao papel do Estado na promoção do desenvolvimento econômico e fortalecimento de cadeias produtivas de bens e serviços domésticos. Nesse contexto, torna-se particularmente relevante a atuação privilegiada do setor público com vistas à instituição de incentivos à pesquisa e à inovação que, reconhecidamente, consubstanciam poderoso efeito indutor ao desenvolvimento do país.

4. Com efeito, observa-se que a orientação do poder de compra do Estado para estimular a produção doméstica de bens e serviços constitui importante diretriz de política pública. São ilustrativas, nesse sentido, as diretrizes adotadas nos Estados Unidos, consubstanciadas no "Buy

⁶⁰ Valente (2011) indica algumas das iniciativas em matéria de aquisições sustentáveis: aquisições de lâmpadas de alto rendimento, com menor teor de mercúrio; aquisição de cabos e fios de alta eficiência elétrica e baixo teor de chumbo e policloreto de vinila; aquisição de papel fabricado em papel reciclado; aquisição de madeira certificada; aquisição de produtos ou equipamentos que não contenham substâncias degradadoras da camada de ozônio.

American Act", em vigor desde 1933, que estabeleceram preferência a produtos manufaturados no país, desde que aliados à qualidade satisfatória, provisão em quantidade suficiente e disponibilidade comercial em bases razoáveis. No período recente, merecem registro as ações contidas na denominada "American Recovery and Reinvestment Act", implementada em 2009. A China contempla norma similar, conforme disposições da Lei nº 68, de 29 de junho de 2002, que estipula orientações para a concessão de preferência a bens e serviços chineses em compras governamentais, ressalvada a hipótese de indisponibilidade no país. Na América Latina, cabe registrar a política adotada pela Colômbia, que instituiu, nos termos da Lei nº 816, de 2003, uma margem de preferência entre 10% e 20% para bens ou serviços nacionais, com vistas a apoiar a indústria nacional por meio da contratação pública. A Argentina também outorgou, por meio da Lei nº 25.551, de 28 de novembro de 2001, preferência aos provedores de bens e serviços de origem nacional, sempre que os preços forem iguais ou inferiores aos estrangeiros, acrescidos de 7% em ofertas realizadas por micro e pequenas empresas e de 5% para outras empresas.

6. A modificação do caput do artigo 3º visa agregar às finalidades das licitações públicas o desenvolvimento econômico nacional. Com efeito, a medida consigna em lei a relevância do poder de compra governamental como instrumento de promoção do mercado interno, considerando-se o potencial de demanda de bens e serviços domésticos do setor público, o correlato efeito multiplicador sobre o nível de atividade, a geração de emprego e renda e, por conseguinte, o desenvolvimento do país. É importante notar que a proposição fundamenta-se nos seguintes dispositivos da Constituição Federal de 1988: (i) inciso II do artigo 3º, que inclui o desenvolvimento nacional como um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil; (ii) incisos I e VIII do artigo 170, atinentes à organização da ordem econômica nacional, que deve observar, entre outros princípios, a soberania nacional e a busca do pleno emprego; (iii) artigo 174, que dispõe sobre as funções a serem exercidas pelo Estado, como agente normativo e regulador da atividade econômica; e (iv) artigo 219, que trata de incentivos ao mercado interno, de forma a viabilizar o desenvolvimento cultural e sócio-econômico, o bem estar da população e a autonomia tecnológica do país. (EXPOSIÇÃO DE MOTIVOS, 2010).

Além de indicar dados quantitativos das experiências experimentadas em outros países, verifica-se que a motivação ora transcrita aponta para a influência que o Estado exerce na economia, já que este se constitui em robusto comprador de bens e serviços.

Conforme dados contidos nos registros do Ministério do Meio Ambiente, disponíveis em seu sítio eletrônico, a Administração Pública brasileira despende anualmente mais de 600 bilhões de reais com a aquisição de bens e contratações de serviços, quantia esta que representa em torno de 15% do Produto Interno Bruto (MINISTÉRIO DO MEIO AMBIENTE, 2014).

Apenas pela análise desses números pode-se inferir que o poder de compra do setor público é bastante expressivo, de modo que a predileção e exigência de produtos e serviços sustentáveis gera enorme impacto nos licitantes que precisam se adaptar tecnologicamente à nova realidade, se quiserem contratar com a

Administração Pública. Por essa razão Requi (2011) entende que a licitação e o contrato são ferramentas fundamentais para a implementação de políticas públicas.

Nesse passo, importante e necessário conectar a nova redação do art. 3º da Lei nº 8.666/1993 que estabeleceu a observância do desenvolvimento nacional sustentável, com o conteúdo do art. 170 da Constituição Federal:

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

I - soberania nacional;

II - propriedade privada;

III - função social da propriedade;

IV - livre concorrência;

V - defesa do consumidor;

VI - defesa do meio ambiente;

VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação;

VII - redução das desigualdades regionais e sociais;

VIII - busca do pleno emprego;

IX - tratamento favorecido para as empresas brasileiras de capital nacional de pequeno porte.

IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 6, de 1995)

Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.

(Grifo nosso) (BRASIL, 1988)

O referido art. 170 ora transcrito, está posicionado dentro do Título VII que trata da Ordem Econômica e Financeira e dos princípios gerais da atividade econômica, mas não é considerada constituição econômica apenas pelo fato do dispositivo estar inserto no referido título, mas por estar na tessitura estrutural ou contexto de valores econômicos (SOUZA, 2002).

Assim, a defesa do meio ambiente, conforme disposto no inciso VI do Art. 170 da Constituição Federal de 1988, com redação dada pela Emenda Constitucional nº 42/2003 estabelece aqui um princípio da ordem econômica, notadamente um princípio de caráter intervencionista, de modo que a alteração na lei nº 8.666/1993 para determinar que a Administração Pública promova licitações sustentáveis parece estar bem alinhado a dar efetividade ao texto constitucional.

3.2 A descentralização administrativa brasileira em razão da Federação

Na perspectiva conceitual de licitações uma breve consideração acerca da federação brasileira se torna necessária, já que em razão do modelo brasileiro adotado, a administração pública brasileira é descentralizada, ou seja há atribuições administrativas na União, nos Estados, no Distrito Federal e nos Municípios.

O termo ‘federação’ vem do latim *foederātio* (CUNHA, 1986, p. 352) que significa pacto, aliança. Nesse sentido da expressão etimológica, Dallari (2005, p. 256) infere que o “Estado Federal é, portanto, uma aliança ou união de Estados”, mas destaca que, apesar de haver referência histórica de alianças entre Estados em muitas épocas, apenas algumas se constituem como federação, motivo suficiente para indicar que não é qualquer união de Estados que se configura como federação⁶¹.

O artigo 1º da Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988) estabelece que a República Federativa do Brasil é formada pela união indissolúvel dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

Silva (2007) esclarece que o Brasil é uma federação e esta se refere à cláusula formada pela união indissolúvel dos Estados, Distrito Federal e Municípios, o que denota um elemento essencial da Federação, forma do Estado e não da República ou forma de governo, de modo que o exercício do poder político em função do território dá origem ao conceito de forma de Estado. Nesse sentido, Ataliba (1998, p. 37) expõe sua compreensão sobre a federação:

Exsurge a federação como a associação de Estados (*foedus, foederis*) para formação de novo Estado (o federal) com repartição rígida de atributos da soberania entre eles. Informa-se seu relacionamento pela “autonomia recíproca da União e dos Estados, sob a égide da Constituição Federal”

⁶¹ Quando ao aspecto histórico da origem da federação Dalmo de Abreu Dallari explica que: “O Estado Federal nasceu, realmente, com a constituição dos Estados Unidos da América, em 1787. Em 1776 treze colônias britânicas da América declararam-se independentes, passando a constituir, cada uma delas, um novo Estado. Poucos anos depois celebraram entre si um tratado, conhecido como Artigos de Confederação, aliando-se para uma ação conjunta visando, sobretudo, à preservação da independência.” (DALLARI, 2005, p. 256).

Ao analisar as características da Federação, Dallari (2005) aponta que essa forma de Estado possui um ponto crítico que está centrado na figura do governo federal, pelo fato de que não é possível assegurar igual participação no poder político a todas as unidades federativas. Além disso, explica que “[...] é preciso considerar que a federação, quando autêntica, exige o tratamento igual de todos os componentes, o que na prática pode ser um mal, criando uma solidariedade forçada e meramente formal. Isto porque a igualdade jurídica, se imposta onde não há igualdade de fato, é o começo da injustiça.” (DALLARI, 2005, p. 262).

(Sampaio Dória), caracterizadora de sua igualdade jurídica (Ruy Barbosa), dado que ambos extraem a sua competência da mesma norma (Kelsen).

Também Miranda (2004), ao analisar as questões relativas às formas de Estado, chama a atenção para o fato de que o conceito de forma de Estado depende da configuração em cada caso concreto, em cada Estado e dos seus elementos ou condição de existência; mas, para o autor, no tocante ao Estado Federal, uma característica é marcante:

O Estado federal ou federação assenta, repetimos, numa estrutura de sobreposição, a qual recobre os poderes políticos locais (isto é dos Estados federados), de modo a cada cidadão ficar simultaneamente sujeito a duas constituições – a federal e a do Estado federado a que pertence – e ser destinatário de actos provenientes de dois aparelhos de órgãos legislativos, governativos, administrativos e jurisdicionais. (MIRANDA, 2004, p. 286).

Ocorre que no caso brasileiro, além da União, dos Estados e do Distrito Federal, há também a figura dos Municípios, uma figura *sui generis* na perspectiva da teoria do Estado, a ponto de Jorge Miranda (2004) considerar a situação do federalismo brasileiro como “particularíssima” por ser estabelecida a articulação de regionalismo político ao nível dos municípios.

Nesse sentido, Souza (2005, p. 111) entende que “[...] o Brasil adotou um modelo de federalismo simétrico em uma federação assimétrica” e explica que há dois fatores que contribuem para o fortalecimento do modelo simétrico: “O primeiro é que as regras sobre competências, recursos e políticas públicas das entidades subnacionais são capítulos detalhados da Constituição, deixando pouca margem de manobra para iniciativas específicas”. O segundo fator se dá pelo fato de que “[...] o Supremo Tribunal Federal (STF) vem decidindo sistematicamente que as constituições e as leis estaduais reflitam os dispositivos federais ou são monopólios federais”. Tais definições estabelecem, de certa forma, “[...] uma hierarquia das normas constitucionais e legais, apesar da Constituição não explicitar tal princípio.” (SOUZA, 2005, p. 111).

Fundado na própria Constituição, o federalismo brasileiro possui como partes a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, mas tal formação não possui relevância apenas sob o aspecto político, sendo que no tocante aos assuntos

administrativos há reflexos nas atribuições desses espaços que conformam a federação, seja pela forma direta⁶² ou indireta⁶³.

Partindo da premissa relacionada ao federalismo é que se compreende o sentido da instituição de normas gerais para licitações e contratos administrativos⁶⁴, como regulamento do art. 37, inciso XXI da Constituição Federal de 1988. (BRASIL, 1988).

Justen Filho (2012) ressalva que o conceito de norma geral não se sobrepõe ao de Federação, ou seja, não é instrumento de restrição da autonomia federativa, sendo que as regras sobre organização, funcionamento e competências dos órgãos administrativos não se incluem no âmbito das normas gerais, pois seria inadmissível que *v.g.* a União estabelecesse regras sobre doação de bens estaduais ou municipais.

Nesse sentido da ressalva apontada por Justen Filho (2012), pelo princípio federativo, é assegurada a cada ente federal uma mínima margem de autonomia, já que não poderia haver efetiva federação com adoção de competência para um determinado ente interferir na esfera dos serviços pertinentes a outro.

Realizadas considerações acerca da descentralização da administração pública entre União, Estados, Distrito Federal e Municípios, em razão do princípio

⁶² É a Constituição que atribui de forma direta a titularidade e competências administrativas a um conjunto de sujeitos políticos, ou seja Administração Direta indica o ente político que por determinação constitucional é o titular da função administrativa, compreendendo em termos práticos a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios (JUSTEN FILHO, 2010). Nesse sentido Medauar (2012) leciona que Administração direta está relacionada ao conjunto dos órgãos integrantes na estrutura da chefia do Executivo e também na estrutura dos órgãos auxiliares da chefia do Executivo.

⁶³ Di Pietro (2005) esclarece que a falta de técnica legislativa ordinária para com as terminologias e conceitos gerou dificuldade em saber o sentido da expressão *Administração Indireta* utilizada na Constituição de Federal 1988, mas sintetiza que a “Constituição usa a expressão Administração Indireta no mesmo sentido subjetivo do Decreto-lei nº 200/1967, ou seja, para designar o conjunto de pessoas jurídicas, de direito público ou privado, criadas por lei, para desempenhar atividades assumidas pelo Estado, seja como serviço público, seja a título de intervenção no domínio econômico.” (DI PIETRO, 2005, p. 373). Para a referida autora compõem a administração Indireta, as autarquias, as fundações instituídas pelo Poder Público, as sociedades de economia mista e as empresas públicas, mas ressalva que tecnicamente seria apropriado incluir as empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos sejam elas constituídas ou não com participação acionária estatal.

⁶⁴ No capítulo I da Lei nº 8.666/1993, o art. 1º estabelece que: “Esta lei estabelece normas gerais sobre licitações e contratos administrativos pertinentes a obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações e locações no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Parágrafo primeiro. Subordinam-se ao regime desta Lei, além dos órgãos da administração direta, os fundos especiais, as autarquias, as fundações públicas, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios.” (BRASIL, 1993).

federativo, passa-se a discorrer no tópico seguinte sobre as marcantes fases das licitações públicas e respectivas características.

3.3 Primeira fase das licitações no Brasil

Conforme lição de Sundfeld (2012b) as licitações são atualmente consideradas como principal temática de toda a experiência administrativista, pela forte visão decorrente da ideia de que as contratações públicas devem emergir de processos pautados pela competitividade, publicidade e grande rota formal. Assim, grande parte da rotina dos órgãos de controle está voltada para aferir as questões que envolvem o dever de licitar e as características do processo licitatório.

No entanto, a partir dos anos 1960 verificou-se no Brasil um forte movimento para modernização da administração pública, momento em que se concebeu uma legislação nacional para as licitações através do Decreto-Lei nº 200/1967.

Mais adiante nos anos 1990 com a criação de uma nova lei geral para regular as licitações (Lei nº 8.666/1993) verificou-se um “encantamento” da administração pública (SUNDFELD, 2012b) com a ideia abstrata de licitação, valendo-se a partir de então de interpretações cada vez mais restritivas da ação administrativa.

Devido ao estreitamento dos espaços de liberdade da administração pública para atuação nesse cenário ocorreu o que Sundfeld (2012b) classifica como “[...] movimento do dirigismo pela licitação”, já que as dificuldades para gerenciar os contratos administrativos aumentaram de forma expressiva.

Como tendência oposta, em nome de uma era de licitações eficientes, surgiram outras normas relacionadas às licitações como aquela que criou o pregão como nova modalidade licitatória (Lei nº 10.520/2002), de fortes características contrárias à Lei Geral das Licitações nº 8.666/1993.

O mais recente fruto dessa tendência reformista está associado com o advento da Lei nº 12.462/2011 que instituiu no Brasil o chamado Regime Diferenciado de Contratação – que será abordado em pormenor no próximo capítulo –, criado ante o cenário de anúncio da Federação Internacional de Futebol Associação (FIFA) pela escolha do Brasil como sede da Copa do Mundo de 2014 e ainda para a realização dos Jogos Olímpicos e Paraolímpicos de 2016, o que impõe ao País medidas para se adaptar para ser palco desses eventos de indiscutível

projeção internacional, através da modernização da insuficiente infraestrutura aeroportuária, rodoviária, estádios, rede hoteleira, mobilidade urbana entre outros.

Para Sundfeld (2012b) a complexidade do atual debate relacionado com as contratações públicas aponta para essas distintas tendências, que se chocam mas convivem nos dias atuais. Nesse sentido, para melhor compreensão dessas questões, torna-se necessário realizar alguns apontamentos do ponto de vista histórico.

Rosilho (2013) em obra dedicada ao estudo das licitações no Brasil destaca quatro fases de construção legislativa para as licitações, sendo que, para a primeira fase, o referido autor a caracteriza como fase em que há prevalência de uma espécie de carta branca à Administração Pública.

Essa primeira fase das licitações no Brasil se iniciou no ano de 1922 com a Lei nº 4.536/1922, que estabeleceu o Código de Contabilidade da União e, no mesmo ano, com o Decreto nº 15.783 que trouxe o Regulamento Geral de Contabilidade Pública. A referida fase encerra-se em 1967 com o Decreto-lei nº 200, mas segundo Meirelles (2010) a legislação de 1922 não disciplinava de forma expressa as licitações, só continha normas gerais sobre a matéria.

São estas as legislações mais antigas a que doutrina se refere quando se busca os primórdios das licitações no Brasil.

A expressão caricaturizada “carta branca” utilizada por Rosilho (2013) para caracterizar essa primeira fase é por ele justificada em razão de que, no período compreendido entre os anos de 1922 a 1967, não havia no Brasil uma política nacional para a realização das aquisições públicas, já que o Regulamento Geral de Contabilidade Pública⁶⁵ apenas apresentava as diretrizes para escolher os fornecedores para a União, mas não citava os Estados e Municípios como vinculados a tal prática.

⁶⁵ O Art. 246 do Decreto nº 15.783 elenca alguns casos para dispensa de concorrência, incluindo: “a) para os fornecimentos, transportes e trabalhos públicos que, por circunstâncias imprevistas ou de interesse nacional, a juízo do Presidente da República, não permitirem a publicidade ou as demoras exigidas pelos prazos de concorrências; b) para o fornecimento do material ou de gêneros, ou de realização de trabalhos que só puderem ser efetuados pelo produtor ou profissionais especialistas, ou adquiridos no lugar da produção.” (BRASIL, 1822). Observe-se que este dispositivo traz os termos abertos “interesse nacional” e “circunstâncias imprevistas”, o que parece liberar expressiva discricionariedade para a administração pública, já que diversas situações poderiam ser encaixadas como sendo de interesse nacional, sem contar que não há clara explicação do que consistem essas circunstâncias tidas como imprevistas.

No entanto, não se pode dizer que de 1922 a 1967 imperava uma total liberdade para a administração pública dos Estados e Municípios realizar a seleção de seus fornecedores a seu bel prazer visto que, desde 1940 – dezoito anos após o advento do Regulamento Geral de Contabilidade Pública –, foi editado o Decreto-lei nº 2.416 que estabeleceu a obrigatoriedade desses entes federativos só contratarem após prévia realização de concorrência.

Mas Rosilho (2013) chama a atenção para o fato de que embora o Decreto-Lei nº 2.416/1940 não prescrevesse o modo, os procedimentos e requisitos para a realização das licitações “[...] havia, portanto, amplo espaço de manobra para os legislativos e para as Administrações locais definirem, eles próprios, as regras de contratações a que se submeteriam”. (ROSILHO, 2013, p. 36).

Verificava-se que, embora existissem balizas para realizar as aquisições por parte da administração pública, de certo modo se introduzia alguma forma de restrição da liberdade dos gestores. Rosilho (2013) entende que essa não era a tônica do modelo legal subjacente ao Regulamento Geral de Contabilidade Pública, já que optou-se por uma regulação mais abrandada que permitia que a Administração Pública tomasse decisões *ad hoc* de como melhor licitar.

O pano de fundo dessa primeira fase das licitações públicas contempla diversas transformações políticas e sociais no Brasil. Tratava-se do cenário de 1922, de um Brasil de economia agrícola, baseada no cultivo de café, cujo domínio político era revezado por representantes de oligarquias, ora por mineiras, ora por paulistas.

A queda do denominado ciclo do café se deu em 1929, em consequência da crise econômica mundial, provocada pela quebra da Bolsa de Valores de Nova York, o que veio a permitir, conforme lição de Oliveira (1993) não apenas a consolidação do capitalismo, como também o desenvolvimento do parque industrial brasileiro, já que os ex-barões do café passaram a investir, substancialmente, no setor secundário.

A era Vargas (1930-1964), conforme apontamento de Mota (2010), veio inaugurar um longo e também turbulento período histórico de reformas, repressões e tentativas de lição de superação pelo País, da condição de atrasado, periférico e subdesenvolvido.

Para Bresser-Pereira (2008) foi de 1930 a 1984 que se buscou envidar esforços no sentido de promover a industrialização do País, ao passo que presente estava nessa época a tentativa de forjar a reforma burocrática do Estado, por parte

da burguesia, para torná-lo mais profissionalizado, ressaltando que tal conjuntura estava marcada pela ausência de democracia. Trata-se de uma época que Bresser Pereira (2008) denomina como sendo “o Estado Nacional-Desenvolvimentista”⁶⁶.

Uma questão que Rosilho (2013) aponta como emblemática no âmbito das contratações públicas anteriores à Constituição Federal de 1967 (BRASIL, 1967) é que as contratações, antes de produzirem efeito, necessitavam ser registradas perante o Tribunal de Contas, de modo que, sem o parecer favorável do referido órgão de controle externo, a contratação não poderia ser executada.

No tocante às questões relacionadas à idoneidade, capacidade técnica e bom equilíbrio patrimonial das empresas contratadas, parece não ter ocorrido uma preocupação do legislador daquela época com esses contornos fundamentais à própria viabilidade de execução dos serviços ou efetivo fornecimento de produtos à administração pública, já que não era exigido daqueles que se candidatavam à licitação uma demonstração prévia de “[...] aptidão técnica ou econômica em face do objeto contratual e que, em caso de inadimplemento, foram previstas apenas sanções de cunho administrativo”. (ROSILHO, 2013, p. 46).

3.4 Segunda fase das licitações no Brasil: um retrato de uma busca pela unificação nacional

A segunda fase das licitações no Brasil se dá inicialmente com a edição pelo Governo Militar do Decreto-lei nº 200 em 25 de fevereiro de 1967 que, em síntese, trouxe claras disposições acerca da organização da Administração Pública Federal e, ao mesmo tempo, instituiu os parâmetros para a Reforma Administrativa do Estado.

Essa fase das licitações finda em 1986 com a edição do Decreto-Lei nº 2.300⁶⁷, com cerca de vinte anos de duração, que contrapõe suas características com os da primeira, experimentando-se uma nova época de política de contratação pública.

⁶⁶ Parece que esse processo de industrialização verificado no período de Estado Nacional Desenvolvimentista foi alavancado, sobretudo pela criação e fortalecimento das empresas estatais, que segundo Rosilho (2013) foi decisivo para o crescimento da máquina pública.

⁶⁷ O referido Decreto-lei assinado pelo então Presidente da República José Sarney dispunha sobre licitações e contratos da Administração Federal, sendo integralmente revogado em 21/06/1993 com o advento da Lei nº 8.666.

Tecendo considerações sobre quais seriam as mudanças marcantes do período 1967-1986 quanto aos rumos da política das licitações no Brasil, Rosilho (2013) explica que a grande virada pode ser vista com a intenção do legislador de unificar, em escala nacional, os procedimentos de compras governamentais, já que, pela primeira vez, o Governo Federal impôs diretrizes mínimas a serem observadas pelos Estados, Distrito Federal e Municípios. “Teve início, então, a tendência à uniformização da disciplina jurídica das contratações públicas, trilha seguida e alargada pelas reformas jurídicas posteriores.” (ROSILHO, 2013, p. 48).

3.4.1 Características do Decreto-lei nº 200/1967

Para maior compreensão do quadro político contemporâneo à edição do Decreto-lei nº 200/1967⁶⁸, Salinas (2010) explica que o referido diploma legal nasceu em ambiente reformista que passou a se fortalecer a partir do ano de 1950, que voltava para a intenção de desburocratizar o Estado.

Adiante, em 1956, durante a gestão do Presidente Juscelino Kubitschek foi criada uma comissão denominada “Comissão de Simplificação Burocrática”, reconhecida pela sigla COSB, bem como da Comissão de Estudos e Projetos Administrativos - CEPA que, segundo a autora, foram responsáveis pelo ideal de mudanças tanto nas estruturas da Administração Pública, no sentido organizatório, quanto de alterações nos processos administrativos.

A edição do Decreto-lei nº 200/1967 recebeu fortes influências de um movimento iniciado em 1963, já no Governo de João Goulart, onde se criou uma comissão responsável pela implementação de mecanismos, não só de planejamento, como de gestão, em variados setores executivos. (SALINAS, 2010).

Diante desses esforços dentro da própria Administração Pública, com a criação de comissões especializadas para um diagnóstico da estrutura administrativa, mas num cenário de autoritarismo político, parece que se buscou a todo tempo montar um projeto coeso que lançou as bases para a organização administrativa dos dias de hoje:

⁶⁸ Importante e necessário acrescentar a informação de que o Decreto-lei nº 200/1967 não se aplicava desde o início aos Estados e Municípios da federação, sendo que foi no ano seguinte à edição do referido Decreto-lei que os Municípios e Estados passaram a ter a obrigatoriedade de seguir as normas de contratação nele indicadas. Situação consolidada com o advento da Lei nº 5.456/1968.

Se a Administração Pública brasileira hoje se vale de uma série de instrumentos considerados indispensáveis para que possa funcionar em termos minimamente racionais, com um vasto e coordenado sistema de planejamento, mecanismos de descentralização administrativa, instâncias diversas de controle da atuação administrativa, órgãos administrativos com funções delimitadas, isso se deve, em grande medida, à Reforma Administrativa empreendida em 1967. (SALINAS, 2010, p. 453).

Em suma, o Decreto-lei nº 200/1967 trouxe grande evolução se comparado com o Regulamento Geral de Contabilidade Pública, mas ao mesmo tempo trouxe à administração pública elevada dose de possibilidade de discricionariedade no trato das contratações.

Diferentemente do Regulamento de 1922 o Decreto-lei nº 200/1967 trouxe como novidade claros critérios para habilitação de empresas interessadas em fornecer produtos e serviços para o Estado, assim como ocorre nos dias atuais com a previsão contida no art. 27⁶⁹ da Lei nº 8.666/1993.

Vale destacar que, do ponto de vista do controle, nessa segunda fase das licitações no Brasil, onde se destaca o Decreto-lei nº 200/1967, não se verifica no referido instrumento normativo qualquer disposição para cuidar das questões relacionadas ao controle. Por outro lado, como o referido Decreto praticamente coincidiu com uma nova Constituição, a de 1967 (BRASIL, 1967), foi através dela – e não especificamente do Decreto-lei –, que se verificaram profundas mudanças do *modus operandi* dos órgãos de controle externo.

Rosilho (2013) esclarece que a novidade no âmbito constitucional para os Tribunais de Contas se deve ao fato de que naquela época já se experimentava acentuado volume de contratações públicas em cenário federal, de modo que o controle deixou de ser feito *a priori* ante a regência do Regulamento Geral de Contabilidade Pública de 1922, passando a ser *a posteriori*.

⁶⁹ A atual redação do Art. 27 da Lei nº 8.666/1993 contém a seguinte disposição: “Art. 27. Para a habilitação nas licitações exigir-se-á dos interessados, exclusivamente, documentação relativa a: I - habilitação jurídica; II - qualificação técnica; III - qualificação econômico-financeira; IV - regularidade fiscal e trabalhista; V - cumprimento do disposto no inciso XXXIII do art. 7º da Constituição Federal”. (BRASIL, 1993). Note-se que o referido dispositivo recebeu mudanças em seu texto original, onde se acrescentou no inciso IV a regularidade fiscal e trabalhista, por força da Lei nº 12.440/2011, além do acréscimo do atual inciso V através da Lei nº 9.854/1999.

3.5 Terceira fase de licitações no Brasil

Em 21 de novembro de 1986 foi editado o Decreto-lei nº 2.300 com a finalidade de revogar os dispositivos relacionados às licitações e contratos regulados pelo Decreto-lei nº 200/1967, além de instituir diretrizes abrangentes e normatizar a administração no tocante à gestão do patrimônio público.

A referida mudança normativa de 1986 marca o início da terceira fase das licitações no Brasil que se estende até à chegada da vigente Lei Geral das Licitações nº 8.666/1993. (BRASIL, 1993).

Não se pode olvidar que esse período que se refere à terceira fase das licitações teve como cenário político intensa e significativa mudança, já que o Brasil viveu em regime ditatorial dos anos de 1964 a 1985, marcado pela ausência de democracia que só foi estabelecida a partir de movimento popular, sendo um deles o “pelas diretas já” e posterior promulgação da Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988), que trouxe como marca fundamental o dever do Estado de zelar pela preservação dos direitos fundamentais⁷⁰, sendo que essa mudança passa a gerar fortes influências no direito e nas relações sociais.

Este “sentimento” de que o Direito tudo pode impactou profundamente o modelo jurídico de regulação das licitações, levando ao surgimento de uma nova era das contratações públicas. As regras jurídicas, que antes se limitavam a traçar procedimentos e requisitos essenciais das licitações, agora tornaram-se casuísticas, retirando da Administração Pública boa parte da margem de discricionariedade que tinha para decidir, caso a caso, a melhor forma de contratar. Prevaleceu, assim, um modelo legal que denominei de *maximalista* – em oposição ao *minimalista*, verificado no Decreto-lei 200/67 –, marcado por regulação abrangente e minuciosa. (ROSILHO, 2013, p. 64).

⁷⁰ No tocante aos direitos fundamentais utiliza-se o conceito elaborado por Marçal Justen Filho, para quem “Direito fundamental consiste em um conjunto de normas jurídicas, previstas primariamente na Constituição e destinadas a assegurar a dignidade humana em suas diversas manifestações, de que derivam posições jurídicas para os sujeitos privados estatais.” (JUSTEN FILHO, 2010, p. 94). Nesse sentido Canotilho (2003) chama a atenção para o fato de que as expressões “direitos do homem” e “direitos fundamentais” não são sinônimas e é um equívoco assim compreendê-las. Para o teórico português: “Segundo a sua origem e significado poderíamos distinguí-las da seguinte maneira: direitos do homem são direitos válidos para todos os povos e em todos os tempos (dimensão jusnaturalista-universalista); direitos fundamentais são os direitos do homem, jurídico-institucionalmente garantidos e limitados espacio-temporalmente. Os direitos do homem arrancaríamos da própria natureza humana e daí o seu carácter inviolável, temporal e universal; os direitos fundamentais seriam os direitos objectivamente vigentes numa ordem jurídica concreta”. (CANOTILHO, 2003, p. 393)

De forma caricaturada, Rosilho (2013) diz que, a partir do advento da nova ordem Constitucional de 1988, as legislações relacionadas às licitações públicas seguiram a marcha da impregnação da crença que se arraigou quanto ao papel transformador do direito na realidade, denominando esse período como o momento do “fetichismo legal”.

Clark (2008) também utiliza tal expressão no capítulo 4 da obra *Questões polêmicas de Direito Econômico*, discutindo o fenômeno mundial do crescimento quantitativo das leis, sobretudo em Nações em desenvolvimento, como fórmula para suposta solução dos problemas centrais da sociedade. Do ponto de vista da chamada constituição econômica – arts. 170 a 192 da Constituição Federal de 1988 –, o referido autor apresenta como fetichistas as alterações que v.g. acabaram com a distinção de empresa brasileira e empresa brasileira de capital nacional, bem como aquelas que criaram as agências reguladoras em domínios específicos, como meio de proporcionar o desenvolvimento econômico e dar efetividade ao texto constitucional.

No tocante ao Decreto-lei nº 2.300/1986, cujo projeto foi elaborado no seio da Administração Pública, embora tenha sido editado em período pós-ditatorial, parece que este trouxe alguns resquícios do pretérito regime, já que em 1986 a Constituição vigente ainda era a ‘outorgada’ em 1967.

Conforme a exposição de motivos que acompanhou o referido Decreto-lei, havia o forte objetivo de atribuir clareza às licitações públicas vedando que os processos fossem sigilosos. Ademais, pela própria estrutura do Decreto-lei nº 2.300/1986 parece que, a partir dele, houve uma expressiva mudança quanto à normatização das contratações públicas, na medida em que em seus noventa artigos separou as questões relacionadas ao Direito Financeiro, dos assuntos específicos das licitações.

Interessante apontar que, embora a descrição preambular do Decreto-lei nº 2.300/1986 disponha que esse texto normativo teria aplicabilidade exclusivamente à Administração Pública Federal, com similaridade ao Regulamento Geral de Contabilidade Pública da União, no art. 85 do citado Decreto-lei havia dispositivo determinando a sua abrangência também a Estados, Distrito Federal e Municípios.

Vê-se nesse cenário aparente incongruência no tocante à incidência normativa prevista na ementa e o conteúdo de um de seus dispositivos, dando azo a dúvidas quanto ao conhecimento de quais dispositivos do Decreto-lei nº 2.300/1986

teriam caráter geral e nacional e quais seriam aqueles aplicáveis apenas ao âmbito da União. Tal situação problema é descrita por Di Pietro (2005) em razão de ausência de técnica legiferante:

A grande dificuldade com que se defrontava o intérprete do Decreto-lei nº 2.300/86 decorria da falta de técnica legislativa, que levou seus redatores a inserirem num texto normas gerais, de âmbito nacional, e normas especiais, de âmbito federal, sem qualquer critério orientador que permitisse distinguir umas das outras. Isto levava a resultados negativos, pois a interpretação do que sejam normas gerais variava de um Estado e Município para outro, produzindo resultado oposto ao que levou as Constituições brasileiras, desde 1946, a dar à União competência para estabelecer normas gerais: a uniformização de determinados princípios em todo o território nacional. (DI PIETRO, 2005, p. 311).

Partindo do comando constitucional vigente à época da edição do Decreto-lei nº 2.300/1986 – a Constituição de 1967 –, não era possível encontrar pistas para uma suficiente solução, já que a referida Constituição não continha disposição para definir competência para legislar sobre licitações, de modo que Di Pietro (2005) destaca duas correntes interpretativas: uma no sentido de que licitação é assunto ligado ao Direito Financeiro, sendo assim competência à União estabelecer as normas gerais e os Estados criarem as normas suplementares; e a outra, sustentando que por ser licitação matéria afeta ao direito administrativo, cada unidade federativa poderia legislar.

Tal controvérsia perdeu o sentido com o advento da Constituição de 1988 (BRASIL, 1988) ao estabelecer em seu art. 22 que compete privativamente à união legislar sobre normas gerais de licitação e contratação, validando o então conteúdo desarmônico do art. 85 do Decreto-lei nº 2.300/1986.

Do ponto de vista do controle, a legislação de 1986 estabeleceu que as despesas com as aquisições contraídas pela administração pública deveriam ser aferidas pelo Tribunal de Contas da União – também *a posteriori* como era na época do Decreto-lei nº 200/1967 –, colocando este órgão como uma espécie de guardião do bom uso dos recursos públicos através de seus mecanismos de investigação.

3.5.1 O relevante conteúdo da Constituição Federal em matéria de Licitação

Não parece ser apropriado considerar que as contratações públicas sejam regulamentadas por um texto constitucional, entretanto não se pode negar que a

Constituição de 1988 inseriu diversos dispositivos norteadores para a administração pública se basear quando da necessidade de aquisições de produtos e serviços. Assim Rosilho (2013) infere que a Constituição Federal de 1988 foi a responsável pela constitucionalização da matéria, antes abordada apenas por legislação infraconstitucional.

A inclusão da Constituição Federal (BRASIL, 1988) como elemento marcante para a terceira fase das licitações no Brasil se justifica pelo fato de que sua promulgação em 1988 é contemporânea à época da retomada da democracia e que não há direta ligação entre o Decreto-lei nº 200/1967 e a atual Lei nº 8.666/1993.

Assim, o longo período vivido pelo Brasil com ausência de democracia e forte mitigação dos direitos fundamentais parece ser a tônica para a preocupação do poder Constituinte ter tido tamanho zelo pela limitação do poder, como se verifica no art. 37 da Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988) que impõe à administração pública, seja direta ou indireta, a obediência aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, este último acrescentado pela Emenda Constitucional nº 19 de 1998.

A limitação do poder na perspectiva da ordem constitucional vigente não parece ser despropositada, como infere Sundfeld (2008, p. 214-215):

A Assembleia Constituinte se desenvolveu sob um Governo fraco, cujo projeto de Constituição (feito por uma chamada Comissão de Notáveis) acabou sumariamente ignorado. Abriu-se a porta para o *lobby* das organizações estatais ou paraestatais mais articuladas, que ocorreram com suas reivindicações de poder. Por isso, a parte mais original da Constituição, que se derrama, é o resultado do arranjo político que dividiu o poder e os recursos públicos entre organizações concretas, com interesses concretos [...]. Isso fez da Constituição uma *Lei Maior de organização administrativa* (que assegura, aos organismos e corporações estatais e paraestatais, proteção contra as reorganizações por meio de lei), de *diretrizes orçamentárias* (que garante verbas aos setores tais ou quais, por meio de repartições e vinculações de receita tributária, engessando as leis orçamentárias) e de *vantagens de servidores públicos* (vencimentos, previdência etc). Em suma, nosso texto é em grande medida uma carta de afirmação dos direitos desses organismos e corporações, com o efeito concreto de limitar as iniciativas governamentais e deliberações do Legislativo. Algo distinto, portanto, de uma romântica Constituição; é uma constituição 'chapa-branca'.

Nesse cenário de mudança da ordem política e receio de retorno e proliferação de ações antidemocráticas é que aparecem os princípios como tentativa de bloqueio de retrocessos. E foi na esteira dessas mudanças é que a Constituição

trouxe previsão do processo licitatório como condição para que a Administração Pública pudesse firmar contrato com particulares.

Parece que o Decreto-lei nº 2.300/1986 abriu espaço para o fortalecimento da ideia da necessidade de licitações e, sob a égide da Constituição nova, num tempo de retomada da democracia veio o maior interesse em instituir lei infraconstitucional que de fato projetasse o sentido de uma nova época.

É nesse sentido que Borges (1993) ao refletir que o Decreto-lei nº 2.300/1986, como o Estatuto de Licitações e Contratos Administrativos era o diploma federal que tínhamos naquela época, assevera que desenvolveu-se, a partir da Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988), verdadeira inspiração com relação à estruturação de efetiva lei nacional de licitações, que viesse incorporar e desenvolver os princípios consagrados, extirpando casuísmos que possibilitassem a abertura de espaços para abusos e corrupção administrativa. É nesse espírito que veio a Lei nº 8.666/1993 após cinco anos da promulgação da Constituição em vigor.

Pelo texto da Constituição Federal de 1988 verifica-se que a disciplina ligada à Administração Pública está inserida nos arts. 37 a 43, que trata inicialmente das disposições gerais, passa pelos Servidores Públicos e dos Militares dos Estados, Distrito Federal e dos Territórios.

Na Constituição firmou-se o dever de licitar como pode ser observado no conteúdo do art. 37⁷¹:

Art. 37. A administração pública direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e, também, ao seguinte:

[...]

XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações. (BRASIL, 1988).

Previu também a Constituição Federal de 1988, em seu art. 175 que, além da Administração Pública ter a responsabilidade de observar o comando geral de se efetuarem as contratações precedidas de processo licitatório, as empresas

⁷¹ O referido artigo aqui indicado está na forma da redação de 1988. O dispositivo do art. 37, *caput* sofreu alteração por força da Emenda Constitucional nº 19/1998.

particulares que atuam sob o regime de concessão ou permissão também devem licitar a prestação de serviços públicos.

Não menos importante em matéria de licitação está o conteúdo tratado no art. 22, inciso XXVII da Constituição Federal de 1988 que diz respeito a competência legislativa da União⁷²:

Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:

[...]

XXVII - normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para a administração pública, direta e indireta, incluídas as fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, nas diversas esferas de governo, e empresas sob seu controle. (BRASIL, 1988)

No tocante ao controle, verifica-se que no art. 70 da Constituição Federal (BRASIL, 1988) restou clara que a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e também patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta será exercida através do Congresso Nacional mediante controle externo, sem contar que a prestação de contas abrange qualquer pessoa física ou entidade pública que utilize de alguma forma valores públicos, conforme parágrafo único do artigo indicado.

Nesse sentido Rosilho (2013) aponta que, diferentemente da situação anterior à Constituição de 1988 (BRASIL, 1988) foram estendidos os modos de controle dos Tribunais de Contas já que apenas as questões contábeis e financeiras eram objeto de controle externo.

Feitas essas considerações quanto às questões relevantes relacionadas às licitações e contratos administrativos no seio constitucional, passa-se a analisar a Lei nº 8.666/1993. (BRASIL, 1993).

3.5.2 A reforma da Lei Geral de Licitações

O inciso XXI do artigo 37 da Constituição Federal (BRASIL, 1988) estabeleceu em síntese que ressalvados os casos especificados na legislação “[...]”

⁷² Reproduzida aqui a redação original do dispositivo. O inciso XXVII foi alterado pela Emenda Constitucional nº 19 de 1988 passando o texto a dizer que “[...] normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecido o disposto no art. 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, § 1º, III” (BRASIL, 1988).

as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes [...]”. Ocorre que tal dispositivo dependia de uma regulamentação apropriada, alinhada aos princípios elencados pela Constituição vigente, num esforço que Aragão (2005, p. 14) evidencia como “[...] respeito à pintura constitucional ou legal”, já que as normas gerais sobre Licitações vigentes até 1993 eram aquelas contidas no Decreto-lei nº 2.300⁷³ de 1986.

Visando regulamentar o inciso XXI, do art. 37 da Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988) vários projetos foram aviados pelos congressistas, mas destacou-se o Projeto de Lei nº 1.491/1991, aviado pelo então Deputado Federal Luis Roberto Ponte, do Rio Grande do Sul (PMDB).

O cenário político estava naquela época emoldurado pelo Governo do então Presidente Fernando Collor de Mello que estava há pouco mais de um ano na Presidência da República, sendo que, desde 1991, noticiavam-se suspeitas de realização de aquisições superfaturadas pela administração Pública Federal. (ROSILHO, 2013).

Diante dessas questões é que, em junho de 1992, instaurou-se uma Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI) para investigar eventuais irregularidades na Administração Federal, vindo a eclodir na abertura de processo de *impeachment* do Presidente da República.

Esse cenário político vivenciado pelo Congresso Nacional deu espaço para o que Rosilho (2013) chama de “janela de oportunidade” para que fosse criada uma nova lei para as licitações públicas que se constituísse mais efetiva no combate à má gestão de recursos públicos quando das contratações. Assim, muitos debates foram realizados no Congresso Nacional e acreditava-se que a vigente Lei das Licitações – o Decreto Lei nº 2.300/1986 – não era suficiente para evitar as práticas nocivas ao patrimônio público⁷⁴, tal como o fracionamento da licitação⁷⁵.

⁷³ Trata-se nesse tópico os percalços da Lei nº 8.666/1993, legislação marcante por se constituir a novo Regime Geral das Licitações no cenário pós-1988, sem contudo pretender esvaziar a importância do antecessor Decreto-lei nº 2.300/1986, cujo conteúdo guarda forte semelhança com as disposições da Lei nº 8.666/1993. A centralidade do Decreto-lei nº 2.300/1986 no debate das licitações públicas é importante para sua época pelo fato de ter conferido à Administração Pública a clareza de sua organização e estabelecido os parâmetros que culminaram na Reforma Administrativa do Estado.

⁷⁴ Várias foram as críticas e sugestões sustentadas pelos parlamentares na época do projeto da Lei nº 8.666/1993 que não serão aqui abordadas, mas de forma a exemplificar, cita-se aqui uma das críticas ao Decreto Lei nº 2.300/1986 e a emergência de uma nova Lei para regulamentar as Licitações Públicas por parte do então Senador Gerson Camata do Espírito Santo (PDC): “[...] o

Após longa tramitação legislativa com mais de novecentas emendas, o Projeto de Lei nº 1.491/1991 foi aprovado, sendo então em 21 de junho de 1993 publicada a Lei nº 8.666 (BRASIL, 1993) destinada a regulamentar o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal (BRASIL, 1988) e a instituir normas para licitações e contratos na Administração Pública.

Sundfeld (2012b), ao analisar o contexto histórico das legislações brasileiras relacionadas às licitações e contratações públicas, destaca que o movimento reformista ocorrido no Brasil a partir da década de 1960, passando pelo Decreto-lei nº 200 de 1967 e pelo Decreto-lei nº 2.300⁷⁶ de 1986 e a inclusão do tema na Constituição de 1988 indicaram um importante ‘movimento de modernização pela licitação’. Contudo, conforme o autor, a partir do início da década de 1990 veio o que ele chama de *desvio de rota*, já que “[...] uma nova lei surgiu, a famosa lei nº 8.666, de 1993, por força de *lobby* de empreiteiras emergentes de obras públicas [...]” (SUNDFELD, 2012b, p. 10).

O que Sundfeld (2012b) denomina “desvio de rota”, parece se amoldar à noção de que a Lei nº 8.666/1993 (BRASIL, 1993) difere um pouco das experiências legislativas anteriores, já que desta vez, a referida lei não teve um projeto de iniciativa da própria Administração, baseado na sua experiência. (ROSILHO, 2013).

Aliado a isso, Fernandes (2010, p. 130), ao analisar a gênese da Lei nº 8.666/1993 (BRASIL, 1993) explica que

que os prefeitos estão fazendo hoje? Hoje tem um limite que é um pouco mais baixo. Com uma Carta-convide, ele chama três amigos e diz assim: “Fulano, você apresenta o preço tal, que você vai ganhar; depois o outro ganha a outra; e, aí, você me arranja tanto por cento”. Assim que é a conversa. Eles estão fazendo o seguinte: ele põe assim: “Tomada de preço para terraplanagem do terreno onde será construída a escola”; vai no limite. Então ganha o amigo dele, vai lá e terraplana. Diz assim: Tomada de preço para fornecimento de tijolos e telhas para a construção da escola”; vai no limite. Ele não faz licitação. Depois “Tomada de preço para obras de construção de alicerce”. Então, com 5 tomadas de preço ele faz uma obra de 10 bilhões de Cruzeiros. E vão continuar fazendo. Então, teria que ter aqui, queria sugerir, que a obra é indivisa. A escola, o prédio que vai ser construído tem que ser indiviso. Ele não pode ser seccionado em vários tipos de licitações ou tomadas de preços, porque ela continuará sendo burlada, como está sendo burlada a legislação hoje.” (BRASIL, 1992 *apud* ROSILHO, 2013, p. 101).

⁷⁵ Nesse sentido, Fortini (2008) entende que embora Marçal Justen Filho compreenda que o fracionamento da licitação amplia as vantagens econômicas da Administração Pública, a realidade é diversa, visto que “a intenção é favorecer a participação de um maior grupo de licitantes, sem perder de vista os intuitos específicos da licitação” (p. 93). Segundo a autora, “se a pretensão da lei fosse favorecer a busca por melhores propostas, dificilmente a regra em análise faria sentido, já que, em princípio, fracionar não promoverá nenhum ganho para os cofres públicos (mas, também não pode provocar danos, como já assinalado)” (FORTINI, 2008, p. 93).

⁷⁶ Para Sundfeld (2012b) a tendência de se criar legislação nacional unificada para as licitações é marcada na década de 1980 pelo Decreto-lei nº 2.300/1986.

A elaboração da proposta inicial da nova Lei de Licitações se deu entre abril e agosto de 1991, com a participação direta de empresários, produzindo o projeto de lei encaminhado à Câmara. A elaboração desse projeto se baseou no acervo de conhecimento e experiência acumulada nas entidades filiadas à CBIC⁷⁷.

Para Sundfeld (2012b, p. 10) essa mudança de rota por um lado “[...] piorou e distorceu o regime geral das licitações, agora moldado para atender os interesses dessas empresas” e, por outro lado, a administração pública pareceu não ser sensível a essas armadilhas, talvez pelo encanto da ideia abstrata de licitação. (SUNDFELD, 2012b).

No tocante à abrangência da Lei nº 8.666/1993 em contraponto com o Decreto-lei nº 2.300/1986 verifica-se que o dever de licitar tornou-se ampliado como disposto nos art. 1º e 2º da atual lei que passou a determinar de forma expressa que os serviços (inclusive de publicidade⁷⁸), compras, alienações, concessões, permissões e locações contratados pela Administração Pública direta, fundos especiais, autarquias, fundações públicas, empresas públicas, sociedades de economia mista e demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios devem ser precedidos de processo licitatório.

Quanto ao eixo relacionado ao dever de licitar, numa leitura atenta ao Projeto de Lei nº 1.491/1991⁷⁹, que deu origem à Lei nº 8.666/1993 (BRASIL, 1993), verifica-se que tal projeto listava nove situações para dispensa de licitação e cinco de inexigibilidade. No entanto, no decorrer do processo legislativo, alterações foram inseridas no Projeto com ampliação das hipóteses de afastamento do dever de licitar, de modo que, na redação original da Lei nº 8.666/1993 (BRASIL, 1993) contam-se quinze hipóteses de dispensa de licitações e três casos em que se permite a inexigibilidade, *verbis*:

Art. 24. É dispensável a licitação:

I - para obras e serviços de engenharia de valor até 5% (cinco por cento) do limite previsto na alínea "a", do inciso I do artigo anterior, desde que não se

⁷⁷ A sigla “CBIC” significa Câmara Brasileira da Indústria da Construção, entidade criada em 1957, no estado do Rio de Janeiro, com o objetivo de tratar de questões ligadas à Indústria da Construção e ao Mercado Imobiliário, e de ser a representante do setor no Brasil e no exterior. Sediada em Brasília, a CBIC reúne 72 sindicatos e associações patronais do setor da construção, das 27 unidades da Federação.

⁷⁸ Atualmente está em vigor a Lei nº 12.232/2010 que veio estabelecer normas gerais para licitação e contratação pela administração pública de serviços de publicidade prestados por intermédio de agências de propaganda. As regras contidas na Lei nº 8.666/1993 são aplicáveis às licitações para serviços de publicidade de forma complementar.

⁷⁹ De acordo com os artigos 24 e 25 do Projeto de Lei nº 1.491/1991.

refiram a parcelas de uma mesma obra ou serviço ou ainda de obras e serviços da mesma natureza que possam ser realizados simultânea ou sucessivamente;

II - para outros serviços e compras de valor até 5% (cinco por cento) do limite previsto na alínea a, do inciso II do artigo anterior, e para alienações, nos casos previstos nesta Lei, desde que não se refiram a parcelas de um mesmo serviço, compra ou alienação de maior vulto que possa ser realizada de uma só vez;

III - nos casos de guerra ou grave perturbação da ordem;

IV - nos casos de emergência ou de calamidade pública, quando caracterizada urgência de atendimento de situação que possa ocasionar prejuízo ou comprometer a segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou particulares, e somente para os bens necessários ao atendimento da situação emergencial ou calamitosa e para as parcelas de obras e serviços que possam ser concluídas no prazo máximo de 180 (cento e oitenta) dias consecutivos e ininterruptos, contados da ocorrência da emergência ou calamidade, vedada a prorrogação dos respectivos contratos;

V - quando não acudirem interessados à licitação anterior e esta, justificadamente, não puder ser repetida sem prejuízo para a Administração, mantidas, neste caso, todas as condições preestabelecidas;

VI - quando a União tiver que intervir no domínio econômico para regular preços ou normalizar o abastecimento;

VII - quando as propostas apresentadas consignarem preços manifestamente superiores aos praticados no mercado nacional, ou forem incompatíveis com os fixados pelos órgãos oficiais competentes, casos em que, observado o parágrafo único do art. 48 desta Lei e, persistindo a situação, será admitida a adjudicação direta dos bens ou serviços, por valor não superior ao constante do registro de preços, ou dos serviços;

VIII - quando a operação envolver exclusivamente pessoas jurídicas de direito público interno, exceto se houver empresas privadas ou de economia mista que possam prestar ou fornecer os mesmos bens ou serviços, hipótese em que ficarão sujeitas à licitação;

IX - quando houver possibilidade de comprometimento da segurança nacional, nos casos estabelecidos em decreto do Presidente da República, ouvido o Conselho de Defesa Nacional;

X - para a compra ou locação de imóvel destinado ao serviço público, cujas necessidades de instalação e localização condicionem a sua escolha, desde que o preço seja compatível com o valor de mercado, segundo avaliação prévia;

XI - na contratação de remanescente de obra, serviço ou fornecimento, em consequência de rescisão contratual, desde que atendida a ordem de classificação da licitação anterior e aceitas as mesmas condições oferecidas pelo licitante vencedor, inclusive quanto ao preço, devidamente corrigido;

XII - nas compras eventuais de gêneros alimentícios perecíveis, em centro de abastecimento ou similar, realizadas diretamente com base no preço do dia;

XIII - na contratação de instituição nacional sem fins lucrativos, incumbida regimental ou estatutariamente da pesquisa, do ensino ou do desenvolvimento institucional, científico ou tecnológico, desde que a pretensa contratada detenha inquestionável reputação ético-profissional;

XIV - para a aquisição de bens ou serviços por intermédio de organização internacional, desde que o Brasil seja membro e nos termos de acordo específico, quando as condições ofertadas forem manifestadamente vantajosas para o Poder Público;

XV - para a aquisição ou restauração de obras de arte e objetos históricos, de autenticidade certificada, desde que compatíveis ou inerentes às finalidades do órgão ou entidade.

Atualmente as hipóteses de dispensa de licitação não são mais as mesmas já que várias alterações⁸⁰ foram implementadas, alterando alguns dispositivos ou acrescentando muitas outras hipóteses do art. 24 da referida lei.

Já no tratamento dado pela Administração Pública aos interessados em contratar com o Estado, verifica-se que a Lei nº 8.666/1993 caminhou no mesmo sentido das disposições contidas no Decreto-Lei nº 2.300/1986, dispensando atenção ao princípio da isonomia [já examinado ao longo deste trabalho], de modo que os participantes dos certames tenham iguais condições de apresentarem suas propostas e, conseqüentemente, prestar os serviços e fornecer as mercadorias licitadas.

Essas considerações acerca da possibilidade de ampla participação isonômica entre os interessados em contratar com o Estado imprimiram, em relação à Lei nº 8.666/1993, importantes questões relacionadas ao processo de habilitação, tendo como objeto a ampliação das participações mediante a aferição dos quesitos jurídico-fiscal, a qualificação técnica e a qualificação econômica do proponente.

Do ponto de vista da aptidão econômico-financeira busca-se a verificação da saúde financeira dos proponentes e se estes não se encontram em situação de insolvência a partir da aferição dos índices apurados nos respectivos balanços patrimoniais e correspondentes demonstrações de resultados.

Quanto à qualificação técnica, esta busca em síntese verificar a confiabilidade das empresas para o fornecimento de produtos ou prestação de serviços, mediante a exibição de documentos expedidos por pessoas jurídicas de direito público ou privado que atestem a aptidão de determinada linha de fornecimento.

No tocante às modalidades⁸¹ de licitações a Lei nº 8.666/1993 trouxe cinco modalidades na mesma direção em que foi projetada em 1991 (MEDAUAR, 2012), sendo a Concorrência, a Tomada de Preços, o Convite, o Concurso, e o Leilão. Destaque-se, contudo, que o Pregão também é uma modalidade de licitação, só que esta forma diferenciada - que se baseia em disputa por lances em sessão pública -

⁸⁰ As alterações feitas no art. 25 da Lei nº 8.666/1993 decorreram da Lei nº 8.883/1994, Lei nº 9.648/1998, Lei nº 10.973/2004, Lei nº 11.107/2005, Lei nº 11.196/2005, Lei nº 11.445/2007, Lei nº 11.484/2007, Lei nº 11.783/2008, Lei nº 12.188/2010, Lei nº 12.349/2010, Lei nº 12.715/2012 e Lei nº 12.873/2013.

⁸¹ Conforme Marçal Justen Filho (2010) a expressão modalidade é utilizada de forma técnica para indicar cada uma das espécies de procedimentos licitatórios, que se diferenciam entre si não só com relação à estrutura, mas aos fins buscados.

foi acrescentada em 2001 com o advento da Medida Provisória (MP) nº 2.182/2001, com aplicabilidade apenas na União, sendo que tal MP foi convertida em Lei em 2002 - Lei nº 10.520. (DI PIETRO, 2005)⁸².

A *concorrência* (art. 22, § 1º) se constitui em modalidade que se realiza com ampla publicidade de modo a assegurar a participação de quaisquer interessados que preencham as condições previstas em edital. (DI PIETRO, 2005).

Já a *Tomada de Preços* (art. 22, § 2º) é uma modalidade de licitação entre interessados previamente cadastrados ou que atendam às condições exigidas para cadastramento prévio, até o terceiro dia anterior à data do recebimento das propostas. (JUSTEN FILHO, 2010).

O *Convite* (art. 22, § 3º), independente de cadastramento prévio, são escolhidos ou convidados pela própria Administração Pública em número não inferior a três.

Quanto ao *Leilão* (art. 22, § 5º) Di Pietro (2005) explica que se trata de modalidade licitatória entre quaisquer interessados para a alienação de bens imóveis que sejam inservíveis para a Administração Pública ou para a alienação de bens regularmente apreendidos ou penhorados.

O *concurso* previsto art. 22, § 5º da Lei nº 8.666/1993 (BRASIL, 1993) diz respeito à modalidade licitatória entre quaisquer interessados, para fins de escolha de trabalho artístico, técnico, científico mediante remuneração ou premiação entre os vencedores.

Feitas estas considerações iniciais sobre as licitações públicas na perspectiva das três primeiras fases e, antes de adentrar no estudo da quarta fase onde se insere o Regime Diferenciado de Contratações, objeto do presente estudo, passa-se, doravante a examinar os princípios setoriais das licitações, no âmbito do Direito Administrativo, na perspectiva da classificação de Moreira Neto (2007a).

3.5.3 Apontamentos sobre os princípios setoriais que regem as licitações públicas previstas na Lei nº 8.666/1993

⁸² A descrição das modalidades licitatórias em pormenor afasta-se dos objetivos específicos do presente estudo, de modo que se apresentam apenas os conceitos das modalidades previstas na Lei nº 8.666/1993. Para o aprofundamento das diversas especificidades que envolvem as modalidades de licitação recomenda-se a leitura de: JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 15. ed. São Paulo: Dialética, 2012.

O Capítulo VII da Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988), trata das questões relacionadas à Administração Pública, sendo que no inciso XXI do Art. 37 está presente o comando suficiente para determinar que as aquisições de produtos e serviços, além das alienações deverão ser realizadas precedidas de processo licitatório, *verbis*:

XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações. (BRASIL, 1988).

Tal dispositivo constitucional foi regulamentado por meio da Lei nº 8.666/1993 (BRASIL, 1993) instituidora das normas gerais de licitações e contratos da Administração Pública. O art. 3º da citada lei, ao discorrer sobre a finalidade da licitação, fornece as bases principiológicas a reger esses procedimentos licitatórios⁸³, que são os princípios setoriais de que fala Moreira Neto (2007a). Contudo, apesar do referido dispositivo da Lei Geral trazer um rol explícito de princípios aplicáveis à espécie, não há consenso entre os teóricos quanto a estes, já que cada autor possui particular compreensão para sistematizá-los conjugando outros além dos citados na Lei Geral⁸⁴. Há, entretanto, autores que consideram apenas os exatos princípios arrolados⁸⁵.

Nesse sentido optou-se por acompanhar os princípios listados por Edimur Ferreira de Faria (2007), que por sua vez acompanha a principiologia indicada no art. 3º da Lei nº 8.666/1993 (BRASIL, 1993), quais sejam: princípio da publicidade⁸⁶, da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório e do julgamento objetivo.

⁸³ Art. 3º da Lei nº 8.666/1993 “A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.” (BRASIL, 1993).

⁸⁴ Nesse sentido Meirelles (2003), Di Pietro (2005) e Justen Filho (2010; 2012).

⁸⁵ Nesse sentido Medauar (2012), Faria (2007).

⁸⁶ Como a situação problema que se discutirá mais detidamente no capítulo seguinte possui forte contraposição com o Princípio da Publicidade, optou-se por analisar este princípio em tópico específico.

Faria (2007, p. 306) entende que o *princípio da legalidade* sob a perspectiva das licitações públicas

[...] É o princípio segundo o qual o procedimento licitatório deve operar-se segundo regras jurídicas positivas. As leis e os regulamentos sobre licitação devem ser rigorosamente observados. O descumprimento de qualquer formalidade legal ou regulamentar eiva de nulidade o procedimento, total ou parcialmente, dependendo do momento em que começou a prática da irregularidade.

Assim, observa-se que a licitação é um procedimento que prescinde de formalidades, todas elas indicadas na Lei nº 8.666/1993. Trata-se da legislação que indica o conjunto de regras do jogo sobre as licitações, trazendo a inferência direta de Bobbio (1984/2011b), ao considerar o governo das leis como condição imprescindível para a existência de democracia.

Trata-se, portanto, de um princípio que, na prática, refere-se à vedação da criação de direitos e deveres fora de lei regularmente produzida pelo detentor da competência correspondente. Tal princípio encontra sustento na própria Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988) que em seu art. 5º, II estabelece que “ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.

Nesse sentido, Paulo Otero (2011, p. 16) ao discorrer sobre o *sentido da vinculação da Administração Pública à juridicidade*, assinala que por razões políticas e jurídicas o princípio da legalidade se configura ao longo dos últimos duzentos anos “[...] como verdadeira coluna vertebral do direito administrativo”.

Já o *princípio da impessoalidade*, conforme infere Faria (2007), consiste na ideia de que a administração pública deve estar sempre voltada para a coletividade, para o interesse geral e não para o interesse particular, de modo que não é lícito promover licitação e contratar determinado objeto com a finalidade de beneficiar o vendedor ou privilegiar algum servidor público.

Ademais, pode-se compreender o princípio da impessoalidade como a vedação à distinção fundada em caracteres pessoais dos interessados. (JUSTEN FILHO, 2010).

No tocante ao *Princípio da moralidade*, Faria (2007) explica que tal princípio é de difícil conceituação - e até de identificação de casos concretos - por se tratar de conceito jurídico indeterminado, já que uma situação que parece ser imoral para determinado servidor público, pode não ser para outro servidor. Mas, em síntese,

pode ser compreendido como comportamento contrário à moral pública. Nesse sentido, José Delgado (1992, p. 19) ao analisar o alcance da moralidade administrativa sustenta que

[...] O princípio da moralidade administrativa não deve acolher posicionamentos doutrinários que limitem a sua extensão. Assim, imoral é o ato administrativo que não respeita o conjunto de solenidades indispensáveis para a sua exteriorização; quando foge da oportunidade ou da conveniência de natureza pública; quando abusa no seu proceder e fere direitos subjetivos públicos ou privados; quando a ação é maliciosa, imprudente, mesmo que somente no futuro essas feições ou alguma delas se tornem reais [...].

Verifica-se que a moralidade está associada à ideia de que o agente público deve atuar na condição de bom administrador, tendo em mente que os recursos que está a gerir são públicos e não seus, particularmente.

Com relação ao *princípio da igualdade*, alguns apontamentos já foram feitos no tópico ⁸⁷ deste capítulo, quando da explanação dos elementos que constituem o conceito de licitação pública apresentado por Justen Filho (2010). Por aqui vale dizer que o § 1º do art. 3º da Lei nº 8.666/1993 (BRASIL, 1993) estabelece proibição de haver nos instrumentos convocatórios qualquer cláusula que restrinja a participação de qualquer interessado, como *v.g.* dispor que terão preferência os fornecedores que sejam sediados em determinadas localidades.

Faria (2007) esclarece também que o princípio da *probidade administrativa*, em sua compreensão se confunde com o da moralidade. O § 4º do art. 37 da Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988) estabelece que os atos de improbidade administrativa importarão na suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade de bens e o ressarcimento ao erário sem prejuízo das consequências na esfera penal.

Observa-se que, embora o dispositivo indique as sanções decorrentes de atos praticados com improbidade⁸⁸, não diz expressamente em que consiste a expressão. Assim, do mesmo modo que Faria (2007), Di Pietro (2005) entende que moralidade e probidade são termos muito próximos, razão pela qual a referida autora analisa os

⁸⁷ Do mesmo modo, recomenda-se que o leitor verifique os apontamentos relacionados com os princípios da vinculação ao instrumento convocatório e do julgamento objetivo no tópico 3, quando da explicação dos elementos formadores do conceito de licitação formulado por Justen Filho (2010).

⁸⁸ Embora a Lei nº 8.666/1993 não utilize a expressão improbidade, seus art. 89 a 99 fazem referências a esse tipo de infração. (BRASIL, 1993).

dois princípios conjuntamente, explicando que probidade “[...] nada mais é do que a honestidade no modo de proceder”. (DI PIETRO, 2005, p. 316).

3.5.3.1 O princípio da publicidade e a Lei Geral de Licitação nº 8.666/1993

No próximo capítulo será desenvolvida uma reflexão analítica a respeito do Regime Diferenciado de Contratação – RDC, estabelecido no Brasil a partir da Lei nº 12.462/2011 (BRASIL, 2011a), que vigora paralelamente à Lei Geral para as Licitações atual, a Lei nº 8.666/1993 (BRASIL, 1993), sendo que a utilização do RDC afasta a aplicação da Lei Geral.

Nessa coexistência, duas situações ocorrem e se mostram problemáticas, que ensejaram a elaboração do presente estudo. A primeira delas trata-se da possibilidade de se promover licitação com ausência de projeto básico, e se isso configuraria falta de objeto previamente definido. A outra questão relaciona-se às regras de sigilo e dispensa de publicação impressa no Diário Oficial, se esta situação em contraponto com o princípio da publicidade é suficiente para compreender que as novas regras, contidas no Regime Diferenciado de Contratação estão em desacordo com o princípio da publicidade.

Por essas razões, antes de adentrar especificamente na análise do RDC, torna-se necessário se ater de forma mais cuidadosa ao estudo do princípio da publicidade⁸⁹ dentro do paradigma de Estado Democrático de Direito, vertido no Brasil a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988), já que este princípio está diretamente relacionado com os aparentes problemas que serão oportunamente examinados.

Nesta perspectiva de cotejamento dos princípios Constitucionais com as questões factuais, Paulo Schier (1999) sustenta que a “filtragem constitucional” é o caminho seguro para releitura dos institutos jurídicos, inclusive aqueles pertinentes ao regime jurídico administrativo, que deixa de tolerar a relação administração-administrado, antes pautada pela postura verticalizada e centrada na autoridade, razão pela qual os caros valores insculpidos pela nova ordem constitucional precisam ser observados.

⁸⁹ Por questão metodológica, optou-se por não discutir o princípio da publicidade no Capítulo 2 (tópico 2.4.2), local onde se analisou apenas a relevância e fundamentos dos princípios do Direito Público, os Gerais e os Setoriais, sendo este discutido em pormenor no presente espaço, do Capítulo 3.

Assim, Moreira Neto (2007a) explica que os princípios constitucionais são permeáveis ao regime jurídico administrativo, ou seja, são também norteadores do Direito Administrativo.

A publicidade⁹⁰ dos atos públicos e o direito de informar e ser informado são extremamente relevantes no ordenamento jurídico brasileiro, já que em várias passagens do texto constitucional o princípio da publicidade está presente, como pode ser verificado no art. 5º, XXXIII da Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988), *verbis*:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

XXXIII - todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado.

Do mesmo modo, o art. 37 da Constituição Federal (BRASIL, 1988) contempla o princípio da publicidade, conforme texto abaixo:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

[...]

§ 3º A lei disciplinará as formas de participação do usuário na administração pública direta e indireta, regulando especialmente:

[...]

II - o acesso dos usuários a registros administrativos e a informações sobre atos de governo, observado o disposto no art. 5º, X e XXXIII.

Ao tratar o princípio da publicidade dentro da perspectiva do Estado Democrático de Direito, Canotilho (2003, p. 878) explica que a justificativa para a existência deste princípio é que este paradigma de Estado “[...] exige o

⁹⁰ Sob a perspectiva da análise do princípio da publicidade em contraponto com o regulamento do acesso a informações previsto na Lei nº 12.527/2011, recomenda-se a leitura de: PAOLIELLO, Patrícia Brandão. O princípio da publicidade como elemento fundamental de um estado democrático de direito: breves considerações a respeito da lei n. 12.527 de 18 de novembro de 2011. In: TAVARES, Fernando Horta (Coord.). **Teoria Geral do Direito Público**: Institutos Jurídicos Fundamentais sob a perspectiva do Estado de Direito Democrático. Belo Horizonte: Del Rey, 2013. 339 p. p. 211-230. A referida obra que traz importante contribuição para análise do princípio da publicidade no Estado Democrático de Direito.

conhecimento por parte dos cidadãos, dos actos normativos, e proíbe os actos normativos secretos contra os quais não se podem defender”.

Não só entre nós o princípio da publicidade é marcante. A atual Constituição da República Portuguesa (PORTUGAL, 2005) também contempla o princípio da publicidade em seu Art. 119º:

1. São publicados no jornal oficial, Diário da República:
 - a) As leis constitucionais;
 - b) As convenções internacionais e os respectivos avisos de ratificação, bem como os restantes avisos a elas respeitantes;
 - c) As leis, os decretos-leis e os decretos legislativos regionais;
 - d) Os decretos do Presidente da República;
 - e) As resoluções da Assembleia da República e das Assembleias Legislativas das regiões autónomas;
 - f) Os regimentos da Assembleia da República, do Conselho de Estado e das Assembleias Legislativas das regiões autónomas;
 - g) As decisões do Tribunal Constitucional, bem como as dos outros tribunais a que a lei confira força obrigatória geral;
 - h) Os decretos regulamentares e os demais decretos e regulamentos do Governo, bem como os decretos dos Representantes da República para as regiões autónomas e os decretos regulamentares regionais;
 - i) Os resultados de eleições para os órgãos de soberania, das regiões autónomas e do poder local, bem como para o Parlamento Europeu e ainda os resultados de referendos de âmbito nacional e regional.
2. A falta de publicidade dos actos previstos nas alíneas a) a h) do número anterior e de qualquer acto de conteúdo genérico dos órgãos de soberania, das regiões autónomas e do poder local, implica a sua ineficácia jurídica.

Observe-se que a ineficácia jurídica se estabelece no momento em que ocorre a falta de publicidade e, nesse sentido, complementando a ideia de que o Estado de Democrático de Direito exige o conhecimento dos cidadãos sobre diversos atos administrativos praticados pelo Estado, Canotilho (2003) conclui que o conhecimento de tais atos se faz precisamente por parte da efetiva publicidade.

Nesse sentido, observa-se que a publicidade pressupõe uma visibilidade e, conforme lição de Antunes (1993, p. 7) a noção de transparência se estende para o cenário administrativo em Portugal na década de 1970 e teve como pressuposto a “[...] reação contra o segredo. Essa noção está ligada à de “casa de vidro”, imagem que se aplica à Administração democrática [...]”. E não apenas isso, como sinaliza o autor, já que uma administração centrada na transparência tem o condão de esclarecer e tranquilizar.

Ademais, para caracterizar uma Administração pautada no princípio da publicidade, Antunes (1993) trabalha a noção deste princípio na ideia de que, no

momento em que a Administração Pública deixa transparecer ao olhar de todos a sua lógica interna de organização, está a edificar uma verdadeira casa de vidro.

Parece ser essa a razão para Bobbio (1984/2011b, p. 98) em estudo concernente à democracia ter afirmado que “[...] nada pode permanecer confinado no espaço de mistério”, já que na democracia não pode haver lugar para um Estado dúplice, duplo em razão de que ao lado de um estado visível existiria sempre um Estado invisível. Desse modo assinala que “[...] a democracia nasceu com a perspectiva de eliminar para sempre das sociedades humanas o poder invisível e dar vida a um governo cujas ações deveriam ser desenvolvidas publicamente.” (BOBBIO, 1984/2011b, p. 41).

Parece ser clara na concepção de Bobbio (1984/2011b, p. 98) que, no Estado Democrático de Direito, deve imperar o “poder visível”, ou seja, “o governo público em público”, reforçando a importância teórica da publicidade, assim como foi consagrado na Constituição Federal de 1988. (BRASIL, 1988).

A implementação da publicidade é extremamente importante já que ela permite o controle por parte dos administrados dos atos que são praticados pela Administração Pública, dando efetividade a outros princípios como o da legalidade e da moralidade.

No âmbito das Licitações Públicas, a Lei nº 8.666/1993 (BRASIL, 1993) estabelece como regra geral que os processos licitatórios devem ter ampla publicidade, tal como consta no art. 21 da referida Lei:

Art. 21. Os avisos contendo os resumos dos editais das concorrências, das tomadas de preços, dos concursos e dos leilões, embora realizados no local da repartição interessada, deverão ser publicados com antecedência, no mínimo, por uma vez: (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)

I - no Diário Oficial da União, quando se tratar de licitação feita por órgão ou entidade da Administração Pública Federal e, ainda, quando se tratar de obras financiadas parcial ou totalmente com recursos federais ou garantidas por instituições federais; (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)

II - no Diário Oficial do Estado, ou do Distrito Federal quando se tratar, respectivamente, de licitação feita por órgão ou entidade da Administração Pública Estadual ou Municipal, ou do Distrito Federal; (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)

III - em jornal diário de grande circulação no Estado e também, se houver, em jornal de circulação no Município ou na região onde será realizada a obra, prestado o serviço, fornecido, alienado ou alugado o bem, podendo ainda a Administração, conforme o vulto da licitação, utilizar-se de outros meios de divulgação para ampliar a área de competição. (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994).

Justen Filho (2012), ao analisar o dispositivo acima transcrito, explica que a condição de validade da licitação depende de ampla divulgação, não só da sua existência, mas que seja com antecedência suficiente para assegurar a participação dos interessados. Nesse sentido, a lei geral das licitações, inclusive, indica prazos mínimos para cada modalidade de licitação.

Em síntese, o que se pode constatar é que o modelo geral das licitações constante na Lei nº 8.666/1993 (BRASIL, 1993) indica que a publicidade é condição essencial para o regular seguimento do processo licitatório, o que parece se amoldar aos preceitos constitucionais relacionados ao princípio da publicidade.

Desta forma, após realizar as considerações acerca dos princípios setoriais das licitações a partir da classificação de Moreira Neto (2007a), sobretudo o princípio da publicidade e suas especificidades, passa-se a analisar as características da quarta fase das licitações do Brasil, antes de se deter no Regime Diferenciado de Contratação que será analisado no terceiro capítulo.

3.6 Quarta fase das licitações no Brasil

Na perspectiva de Rosilho (2013), quanto à identificação de fases nas licitações brasileiras, verifica-se que a quarta fase desse percurso jurídico, que se diga: ainda em construção, constitui em tudo o que se criou em matéria de licitação pública a partir da Lei Geral de Licitações e Contratos - Lei nº 8.666/1993 – (BRASIL, 1993), já que, a partir da referida lei, não se editou outro marco legislativo para a matéria que tivesse pretensão de reformar completamente o regime de contratações.

Contudo, pela própria compreensão de Rosilho (2013), não se pode afirmar categoricamente que a “chamada terceira fase” que corresponde à edição do Decreto-lei nº 2.300/1986 e da Lei nº 8.666/1993 tenha recebido termo; nesse sentido explica que:

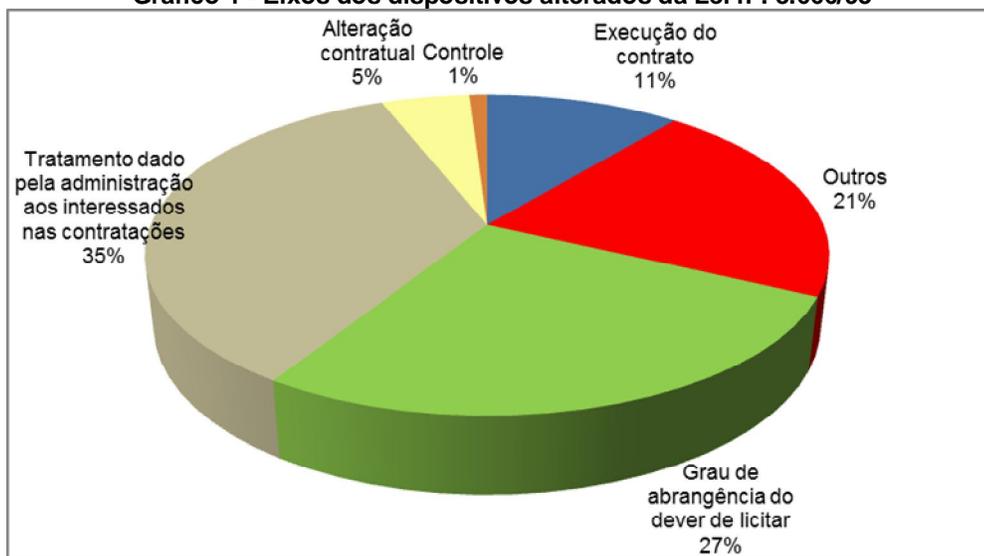
A observação dos rumos do instituto, desde a criação da vigente Lei Geral de Licitações e Contratos até o presente momento, revela continuidade e rupturas na política brasileira de contratações públicas, impossibilitando, assim, a identificação de um claro divisor de águas que tenha dado origem a novo modelo de regulação das licitações. Além disso, trata-se de análise da contemporaneidade, naturalmente sujeita a equívocos e desvios, pela ausência do necessário distanciamento histórico dos fatos – característica, esta, que a dificulta, mas não a inviabiliza. (ROSILHO, 2013, p. 144).

Assim, embora não se saiba qual o ponto específico em que se inicia o novo modelo de regulação das citações, o que se percebe desde o ano de 1993 é que diversas leis em matéria de licitações foram editadas, algumas voltadas ao próprio Regime Geral de Licitações e Contratos, na medida das alterações realizadas na Lei nº 8.666/1993 (BRASIL, 1993) e aquelas que dizem respeito às licitações em geral como a Lei do Pregão nº 10.520/2002, a Lei das MEs e EPPs – Lei Complementar nº 123/2006 e a Lei nº 11.947/2009 que dispõe sobre o atendimento da alimentação escolar e do Programa Dinheiro Direto na Escola aos alunos da educação básica⁹¹.

As demais legislações que não estão precisamente direcionadas a alterar o Regime Geral de Licitações e Contratos, mas, sim, indicam implementações para contratações públicas específicas, como a Lei de Fundações de Apoio (Lei nº 8.958/1994), Lei das Concessões (Lei nº 8.987/1995), Lei das Telecomunicações (Lei nº 9.472/1997), Lei do Petróleo (Lei nº 9.478/1997), Lei das Organizações Sociais (Lei nº 9.637/1998), Lei das OSCIPs (Lei nº 9.790/1999), Lei das PPPs (Lei nº 12.232/2010), Lei das Agências de Publicidade (Lei nº 12.232/2010) e, Lei do Regime Diferenciado de Contratações, o RDC (Lei nº 12.462/2011), sendo esta o último objeto central do presente estudo.

Em levantamento realizado por Rosilho (2013) no tocante aos dispositivos que impactaram a alteração direta da Lei nº 8.666/1993 (BRASIL, 1993), o referido autor constatou que mais de 60% das modificações realizadas diretamente na Lei nº 8.666/1993 estão relacionadas aos temas dever de licitar e tratamento dispensado pela administração pública às empresas interessadas em fornecer produtos e/ou serviços para a Administração, conforme pode ser observado no gráfico a seguir (Gráfico 1).

⁹¹ Não é objetivo deste trabalho aprofundar na descrição minuciosa de cada uma das alterações normativas realizadas, sob pena de afastamento do centro do debate que se propõe. Passa-se a tecer considerações sintéticas das alterações realizadas no Regime Geral de Licitações e Contratos bem como as específicas a fim de demonstrar a efetiva produção de leis relacionadas às licitações.

Gráfico 1 - Eixos dos dispositivos alterados da Lei nº. 8.666/93

Fonte: Rosilho (2013, p. 150)

Observa-se no gráfico acima que as finalidades ou assuntos das alterações normativas que trouxeram algum impacto diretamente no texto da Lei nº 8.666/1993 (BRASIL, 1993) com menor relevância está relacionado com o controle (1%), com a alteração contratual (5%) e com a execução propriamente dita dos contratos (11%).

Quanto às alterações realizadas na Lei nº 8.666/1993 (BRASIL, 1993), o que parece ser mais relevante são aquelas realizadas por força da Lei nº 8.883/1994 e nº 11.947/2009 que fizeram diversas alterações no art. 24 da Lei Geral (BRASIL, 1993), modificando ou acrescentando hipóteses para a dispensa de licitação.

Já a Lei Complementar nº 123/2006 que instituiu o Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte trouxe novidades à Lei Geral de Licitações quanto ao tratamento conferido pela Administração Pública às MEs e EPPs interessadas em celebrar contratos de fornecimento com a Administração.

As referidas mudanças tiveram como finalidade basicamente proporcionar o incentivo às Micro e Pequenas Empresas a se desenvolverem por meio de oportunidades de contratar com a Administração Pública, ante as razões já alinhavadas anteriormente.

Estes são em síntese, os principais temas que tiveram alterações legislativas que incidiram especificamente na Lei nº 8.666/1993. (BRASIL, 1993).

Tendo-se indicado, ainda que sucintamente, as principais características da fase das licitações que iniciou-se a partir de 1993 com a edição da Lei nº 8.666 (BRASIL, 1993), passa-se para o terceiro capítulo onde se discutirá especificamente

as questões relacionadas ao Regime Diferenciado de Contratações Públicas, suas especificidades e contrapontos com a Lei Geral de Licitações.

4 O REGIME DIFERENCIADO DE CONTRATAÇÕES PÚBLICAS

No presente capítulo buscar-se-á proceder a análise do Regime Diferenciado de Contratações Públicas instituído no Brasil por meio da Lei nº 12.462/2011, posteriormente regulamentado pelo Decreto nº 7.581/2011, focando-se especificamente nas questões contidas no ordenamento instituidor, que prevê a contratação integrada e possibilidade de realização de licitação sem o projeto básico, utilizando-se apenas anteprojeto de engenharia. Neste sentido, busca-se traçar linhas hipotéticas e dedutivas a fim de se compreender se a ausência de projeto básico se configuraria em levar adiante procedimento licitatório sem objeto previamente definido.

Outra questão que se buscará analisar nesse espaço diz respeito à (in)constitucionalidade da regra contida no art. 6º da Lei do RDC (BRASIL, 2011a) que estabeleceu uma espécie de “sigilo temporário” quanto ao orçamento previamente estimado, já que pelo dispositivo, tal orçamento só terá publicidade após o regular encerramento da licitação.

Nesse sentido, buscará também trazer breve consideração quanto às reformas específicas no regime jurídico das contratações públicas, não sendo consideradas nesse ponto as inovações legislativas que implicaram diretas alterações na Lei nº 8.666/1993 (BRASIL, 1993), mas basicamente as leis que de algum modo parecem ter flexibilizado os critérios de julgamento.

4.1 Marcas do rompimento com o regime jurídico unitário

Numa análise da conjuntura econômica e política do Brasil a partir da década de 1980, Martins e Cunha Júnior (2010) esclarecem que esse período pode ser considerado a gênese das ideias voltadas para instituir uma organização administrativa dotada de maior autonomia, incluindo a necessidade de implementação de parcerias com a sociedade visando oferecer serviços com foco em resultados.

Nesse sentido Martins e Cunha Júnior (2010) acrescentam que este cenário de mudanças, sobretudo na década de 1990, deu o impulso necessário para que,

durante o governo de Fernando Henrique Cardoso, fosse implementada uma reforma gerencial, concebida por Bresser-Pereira (2001)⁹².

Nesta época, em decorrência da reforma do Estado, foram criadas as agências setoriais, as agências reguladoras, todas no âmbito federal, tais como: Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL, Agência Nacional das Águas - ANA, Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL, Agência Nacional de Transportes Terrestres - ANTT, dentre outras. Nisso, conforme inferem Martins e Cunha Júnior (2010) a ideia da reforma do Estado se deu para implementar um regime mais burocratizado para a administração direta, ao passo que os regimes gerenciais estariam a cargo da administração indireta.

Nesse sentido, é que Rosilho (2013) identifica a virada caracterizada pela diferenciação da estrutura organizacional do Estado, onde se abriu espaço para que a Administração Pública buscasse novos modos contratuais, que não passassem necessariamente pelo Regime Geral de Licitações Públicas estabelecido pela Lei nº 8.666/1993 (BRASIL, 1993), em decorrência da necessidade de ajustes às novas necessidades. Assim, parece que, neste contexto, é que surgiram novas formas contratuais, como aquela indicada na Lei nº 11.079/2004 (BRASIL, 2004) que dispõe sobre as concessões administrativas.

Sob a ótica de Rosilho (2013), nesse contexto de reforma administrativa, aos poucos a Lei nº 8.666/1993 (BRASIL, 1993) passou a ser “um peso”, sendo esta a razão para surgirem regimes licitatórios voltados a específicas necessidades de contratação, tais como a Lei das Concessões (Lei nº 8.98/1995), a Lei das Parcerias Público-Privadas (Lei nº 11.079/2004), ou ainda, conforme assevera Rosilho (2013), modalidades contratuais voltadas para contextos pontuais como é o caso da Lei Geral das Telecomunicações instituída pela Lei nº 9.472/1997 que, além de criar a

⁹² Nesse sentido vem a caracterização da reforma administrativa de Bresser-Pereira (2001), para quem “Através do documento básico da reforma – o Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado – documento cujos princípios continuam orientando a ação reformadora do governo, procurou-se definir as instituições e estabelecer as diretrizes para a implantação de uma administração pública gerencial no país. É preciso, portanto, não confundir a Reforma Gerencial de 1995 com a emenda constitucional, apresentada pelo governo em 1995, que ficou chamada de ‘reforma administrativa’. A reforma constitucional foi parte fundamental da Reforma Gerencial de 1995, já que mudou instituições normativas fundamentais. Muitas mudanças institucionais, porém, foram de caráter infraconstitucional. Quando, por exemplo, em 1997, as duas novas instituições organizacionais básicas da reforma, as “agências executivas” (instituições estatais que executam atividades exclusivas de Estado) e as “organizações sociais” (instituições híbridas entre o Estado e a sociedade que executam os serviços sociais e competitivos) foram formalmente criadas, isto não dependeu de mudança da constituição.” (BRESSER-PEREIRA, 2001, p. 252).

Agência Reguladora para o Setor, estabeleceu procedimentos exclusivos para licitações quando não se tratasse de obras e serviços de engenharia.

Observa-se que a tendência de conceber formas de contratações públicas fora da sombra da Lei nº 8.666/1993 (BRASIL, 1993) é marcante também nos casos das Leis nº 9.637/1998 (BRASIL, 1998)⁹³ e nº 9.790/1999 (BRASIL, 1999)⁹⁴.

Bresser-Pereira (2001), ao analisar as atividades específicas regidas pelas indicadas leis, justifica que as atividades de cunho social, sobretudo aquelas ligadas à saúde, à garantia de renda mínima, à educação fundamental e à realização de pesquisas científicas, são questões que envolvem direitos humanos fundamentais e não devem ser oferecidas pelo mercado privado, já que ele se rege pela lógica do lucro e, por outro lado, não há razão para serem controladas diretamente pelo Estado submetendo-se aos entraves burocráticos deste, opostos à desejada eficiência administrativa que a Reforma Gerencial pode induzir, mas não eliminá-la. Neste sentido, concebe que as atividades de cunho social não devem ser geridas nem pelo setor privado, nem pelo Estado; desta forma, a única maneira de resolver tal questão é optar por um regime que adote organizações privadas, porém, com objetivo público e que não visem o lucro. (BRESSER-PEREIRA, 2001).

Parece que os firmes procedimentos da Lei nº 8.666/1993 (BRASIL, 1993) foram afastados, tanto para as Organizações Sociais, quanto para as Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, já que, conforme pode ser verificado em seus dispositivos, elas podem elaborar seus próprios regulamentos (contratos de gestão ou termo de parceria), incluindo as regras para contratação de serviços e realização de compras – com utilização de recursos públicos –, desde que respeitados os princípios estampados no art. 37 da Constituição Federal de 1988. (BRASIL, 1988).

Neste sentido, Rosilho (2013) mostra que as alterações normativas implementadas no regime jurídico dos contratos específicos buscaram romper com a arraigada noção de regime jurídico unitário e, por esta razão é que se criaram fora da Lei nº 8.666/1993 (BRASIL, 1993) alguns modelos direcionados a finalidades particulares, como a concessão comum e as parcerias público-privadas.

⁹³ Que dispõe sobre a qualificação de entidades como organizações sociais, a criação do Programa Nacional de Publicização, a extinção dos órgãos e entidades que menciona e a absorção de suas atividades por organizações sociais, e dá outras providências.

⁹⁴ Que dispõe sobre a qualificação de pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, como Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, institui e disciplina o Termo de Parceria, e dá outras providências.

Parecer ser por esta razão que Azevedo (2009) trabalha com a perspectiva de que contratos específicos como as PPP's e RDC dependem de regramento também direcionado e, assim, esclarece que essas questões requerem um quadro legal e institucional adequado que seja capaz de acomodar a versatilidade das ações por meio de uma legislação especial.

4.2 Apontamentos sobre as Parcerias Público-Privadas

Em obra dedicada à matéria, Azevedo (2009) sintetiza que as parcerias público privadas – PPP's se constituem em mecanismo de nova Governança Pública e representam hoje instrumento de intervenção ao dispor dos Governos para enfrentar os desafios e, sobretudo, as exigências da sociedade e da economia em matéria de reforço do investimento público e atualização dos serviços, consubstanciando formas variadas de prestação de bens infraestruturais e serviços públicos por parte dos operadores privados, cuja provisão era assegurada tradicionalmente pelo universo público.

Não se trata de situação restrita à realidade brasileira, aliás, as PPPs têm tomado dimensão mundial, como assinala Azevedo (2009, p. 135)

Em grau variável, mas de forma crescente e continuada, este esquema de associação entre as esferas pública e privada é utilizado pela generalidade dos países e todos os continentes, independentemente do regime político, nível de desenvolvimento e sistema legal, circunstância que concorre para conferir à abordagem uma dimensão mundial inegável.

No Reino Unido, desde os anos 1990 as PPPs - que derivaram da *private finance initiative* - se solidificaram e assumiram hoje um caráter de uma verdadeira política pública, cobrindo transversalmente vários setores da Administração Central, melhorando a respectiva eficiência.

Conforme esclarece Azevedo (2009), a França criou em 2004 a figura do *Contrat de Partenariat Public-Privé* que se configura numa categoria particular de contrato administrativo, que segundo a autora, não encontra paralelo no direito comparado, já que alterou os institutos jurídicos clássicos incluindo a formulação da delegação de serviço público, onde a remuneração do cessionário está associada de forma substancial aos resultados da exploração, ou seja, uma associação das empresas privadas ao investimento e à exploração de infraestruturas e serviços.

A Itália também se destaca por ser um País com uma longa história de utilização das PPPs. Pelo modelo italiano, a *promotore* é a iniciativa privada baseada na programação oficial dos investimentos públicos locais para cada triênio, cujo início se dá com a submissão de uma proposta de trabalho, que é submetida a um processo de análise por parte da Administração Pública que poderá aprovar ou rejeitar tal proposta de obra pública.

Conforme Câmara (2005) as Parcerias Público-Privadas decorrem de uma nova filosofia, a de firmar relacionamentos entre o Poder Público e a iniciativa privada, onde mudam as formas de contratar e os consagrados papéis de atuação do Poder Público.

Nesta perspectiva de mudanças é que Azevedo (2009, p. 529) conclui que

Em suma, na sua plenitude, as PPP's assumem-se como um instrumento ao serviço de uma Nova Governação Pública, cuja razão-de-ser essencial repousa na necessidade da intervenção pública actuar no sentido de suprir falhas de mercado nos domínios infraestruturais e de prestação de serviços públicos, propondo-se, concomitantemente, melhorar a eficácia da acção pública através de uma gestão optimizada dos riscos dos projectos entre os parceiros público e privado, contribuindo de modo virtuoso para mitigar falhas do Estado.

No Brasil, a filosofia das Parcerias Público Privadas de que trata Câmara (2005) foi incluída na Lei nº 8.987/1995 (BRASIL, 1995), onde se verifica que o modelo contratual aqui previsto é bem diverso daquele regulado na Lei nº 8.666/1993 (BRASIL, 1993), havendo inclusive possibilidade da iniciativa privada propor soluções para o serviço a ser licitado.

Na mesma direção da ideia contida na Lei das Concessões, concernente ao particular ter postura mais ativa na concepção e gestão, foi editada a Lei nº. 11.079/2004 (BRASIL, 2004) que dispõe sobre as Parcerias Público-Privadas⁹⁵.

Observe-se que de acordo com o art. 10 da Lei nº 11.079/2004 (BRASIL, 2004), houve a escolha pela modalidade de Concorrência para a realização das obras relacionadas com as PPP's, sem contar que o art. 11 da referida lei estabeleceu que “[...] o instrumento convocatório conterà minuta do contrato, indicará expressamente a submissão da licitação às normas desta Lei [...]” (BRASIL, 2004). Neste sentido, parece que tal dispositivo remete à compreensão de que a

⁹⁵ Para Câmara (2005) nas Concessões definidas como PPP's o Poder Público passa a assumir a obrigação de remunerar o investidor privado, uma característica marcante desse modelo contratual.

licitação se submeterá às próprias especificidades da Lei das Parcerias Público-Privadas.

Nessa direção, Rosilho (2013) infere que está-se diante de uma sequência de reformas tendentes a colocar as licitações não tão focadas no cumprimento austero das regras da Lei nº 8.666/1993 (BRASIL, 1993), mas diversamente, voltadas para o desígnio contratual e, nessa direção é que foi idealizada a Lei nº 12.462/2011 (BRASIL, 2011a) que instituiu o Regime Diferenciado de Contratações Públicas, que doravante passa-se a examinar.

4.3 Generalidades do Regime Diferenciado de Contratações Públicas

Diante do anúncio da Federação Internacional de Futebol Associação - FIFA⁹⁶ pela escolha do Brasil para sediar a Copa do Mundo de 2014 e ainda o Brasil ser escolhido para a realização dos Jogos Olímpicos e Paraolímpicos de 2016, evidenciou-se a necessidade do país se adaptar, para ser palco desses eventos de indiscutível projeção internacional e, ao mesmo tempo, depender de enorme esforço para modernização da atual insuficiente infraestrutura brasileira, seja em aeroportos, rodovias, estádios, rede hoteleira, mobilidade urbana entre outros.

Assim, foi criado o Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC, instituído no Brasil através da Lei nº 12.462 de 5 de agosto de 2011, sendo regulamentado em seguida, em 11 de outubro de 2011, pelo Decreto nº 7.581, como meio de acelerar as licitações e contratos administrativos necessários para⁹⁷:

i) os Jogos Olímpicos e Paraolímpicos de 2016 e da Copa das Confederações da Federação Internacional de Futebol Associação - FIFA 2013;

ii) a Copa do Mundo FIFA 2014, definida pelo Grupo Executivo - Gecopa 2014, do Comitê Gestor instituído para definir, aprovar e supervisionar as ações previstas no Plano Estratégico das Ações do Governo Brasileiro para a realização da Copa do Mundo FIFA 2014 - CGCOPA 2014, restringindo-se, no caso de obras

⁹⁶ Conforme Justen Filho (2013) trata-se de uma pessoa jurídica de direito privado interno, sediada na cidade de Zurique e sujeita à legislação da Suíça, não se tratando de sujeito de direito internacional, nem dotada de atributo de soberania.

⁹⁷ Destaque-se que o Art. 1º, § 2º da Lei nº 12.462/2011 estabelece que o RDC é opcional e essa escolha deverá constar de forma expressa no instrumento convocatório e resultará no afastamento das normas contidas na Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, exceto nos casos expressamente previstos nesta Lei.

públicas, às constantes da matriz de responsabilidades celebrada entre a União, Estados, Distrito Federal e Municípios e,

iii) as obras de infraestrutura e de contratação de serviços para os aeroportos das capitais dos Estados da Federação distantes até 350 km (trezentos e cinquenta quilômetros) das cidades sedes dos mundiais.

Andrade e Veloso (2012; 2013) explicam que o RDC foi inicialmente pensado como opção excepcional e também como alternativa de caráter transitório para as licitações e para os contratos no âmbito da Administração Pública brasileira. Contudo, entendem que a Lei nº 12.462/2011 (BRASIL, 2011a) criou uma nova e diferenciada modalidade de licitação⁹⁸.

Tais características de aplicabilidade do RDC foram inseridas no Art. 1º da Lei, que receberam, no ano de 2012, dois acréscimos, o primeiro pela Lei nº 12.688 que inseriu o inciso IV para abranger as ações integrantes do Programa de Aceleração do Crescimento (PAC) e o segundo, pela Lei nº 12.745, para permitir que as obras e serviços de engenharia no âmbito do Sistema Único de Saúde – SUS, possam ser licitadas pelo Regime Diferenciado de Contratações Públicas (inciso V).

Recentemente, em 2013, por força da MP nº 630 foi incluído o inciso V no Art. 1º do RDC relacionado às obras e serviços de engenharia para construção, ampliação e reforma de estabelecimentos penais e unidades de atendimento socioeducativo.

A referida Medida Provisória foi convertida em Lei nº 12.980, pelo Congresso Nacional em 28/05/2014, de modo a permitir o uso das regras do Regime Diferenciado de Contratações (RDC) por todos os órgãos da administração pública no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios em qualquer tipo de contrato.

Interessante notar que a Lei do RDC trouxe previsão de diferente modelo de contratação para fins de execução de obras e serviços de engenharia: a contratação integrada, contida no inciso V do art. 8º da Lei nº 12.462/2011, que passa a ser abordada a seguir.

⁹⁸ Nesse sentido Andrade e Veloso (2013) citam o entendimento adotado pela INFRAERO quando de forma pioneira confeccionou o edital de licitação intitulado: RDC Presencial nº 0001/ADNE/SBJP/2011, utilizando a abreviação RDC para exprimir a modalidade licitatória utilizada.

4.3.1 Contratação Integrada: uma empreitada tradicional ou novo regime?

Moreira e Guimarães (2012), ao realizar estudo específico sobre contratação integrada, alertam inicialmente para que a Contratação de obras e serviços no direito dos contratos administrativos no Brasil sempre exige cuidadosa definição do regime de execução aplicável.

A Lei nº 8.666/1993 (BRASIL, 1993), como Lei Geral de Licitações, estabeleceu como regime convencional aplicável (art. 6º, VIII): a) empreitada por preço global - quando se contrata a execução da obra ou do serviço por preço certo e total; b) empreitada por preço unitário - quando se contrata a execução da obra ou do serviço por preço certo de unidades determinadas e; c) tarefa - quando se ajusta mão-de-obra para pequenos trabalhos por preço certo, com ou sem fornecimento de materiais.

Mas foi através da Lei nº 12.462/2011 (BRASIL, 2011a) que se criou de forma inédita a figura da contratação integrada⁹⁹, absorvendo também as demais espécies já contidas na Lei nº 8.666/1993. (BRASIL, 1993).

Quanto à empreitada, Moreira e Guimarães (2012) explicam que o núcleo central de sua conceituação reside na contratação da execução de obra ou serviço sem relação de subordinação ou de dependência, com vista à obtenção de um resultado. Ou seja, na empreitada o contratado é o gestor da execução do contrato como um todo, estando responsável pelas despesas do empreendimento, tais como mão de obra, materiais, custos administrativos, desde que a Administração Pública forneça todos os elementos necessários para a elaboração das propostas¹⁰⁰.

No tocante à empreitada por preço unitário, esta tem lugar quando não for possível definir de forma clara os quantitativos necessários ao longo da execução do contrato. Por essa razão é que Furtado (2007) explica que são apenas definidas as unidades a serem executadas, *v.g.* em metros quadrados, e a remuneração será feita em função do que for executado, ou ainda “[...] quando, devida, e

⁹⁹ Art. 8º - Na execução indireta de obras e serviços de engenharia, são admitidos os seguintes regimes: I - empreitada por preço unitário; II - empreitada por preço global; III - contratação por tarefa; IV - empreitada integral; ou V - contratação integrada. (BRASIL, 2011).

¹⁰⁰ Art. 47. Nas licitações para a execução de obras e serviços, quando for adotada a modalidade de execução de empreitada por preço global, a Administração deverá fornecer obrigatoriamente, junto com o edital, todos os elementos e informações necessários para que os licitantes possam elaborar suas propostas de preços com total e completo conhecimento do objeto da licitação. (BRASIL, 1993).

motivadamente, não houver condições técnicas de precisar a quantidade do objeto" (MENDES, 2008, p. 144).

A empreitada integral, como espécie da empreitada por preço global está voltada para as contratações nas quais há previamente a minuciosa definição dos objetos, permitindo que o licitante assuma os riscos de fornecer o objeto acabado.

Já a tarefa pressupõe a contratação, quando se trata de objeto que seja a prestação de mão de obra para trabalhos específicos, de pequena dimensão.

No tocante ao Regime de Contratação Integrada, este é aplicável somente aos contratos regidos pelo chamado Regime Diferenciado de Contratações Públicas, disposto na Lei nº 12.462/2011, que "[...] consiste em modalidade de empreitada cuja pactuação não é antecedida de projeto básico, incumbindo o particular formular proposta para conceber as soluções apropriadas, elaborar o projeto básico e executivo e promovê-lo." (JUSTEN FILHO, 2013, p. 162).

Moreira e Guimarães (2012) apontam que o regime de contratação integrada do RDC se amolda à experiência internacional conhecida pela sigla anglo-saxônica *design & build*, onde há prevalência de obrigação de resultado tomado pelo contratante.

Nesse sentido, pelo Regime de Contratação Integrada, além do desenvolvimento dos projetos e da execução das obras, compreendem-se no objeto contratado a montagem, a realização de testes e todas as providências necessárias à entrega final do objeto contratado. Desse modo, esse regime integrado de contratação não deixa de ser uma manifestação do regime de empreitada, numa conformação mais abrangente.

Por outro lado, conforme assinalam Moreira e Guimarães (2012); Rosilho (2013); Ribeiro, Prado e Pinto Júnior (2012) a contratação integrada prevista no Regime Diferenciado de Contratações Públicas não é novidade e encontra paralelo no Brasil com o regime de contratação integrada disposto no regime de licitação simplificado aplicável à Petróleo Brasileiro S.A. – PETROBRÁS¹⁰¹.

¹⁰¹ Lei nº 9.478/1997, a chamada "Lei do Petróleo" já havia autorizado que a empresa tivesse seu regime próprio de licitação, mais simples que a Lei nº 8.666/1993: "Art. 67. Os contratos celebrados pela PETROBRÁS, para aquisição de bens e serviços, serão precedidos de procedimento licitatório simplificado, a ser definido em decreto do Presidente da República." (BRASIL, 1997).

Seguindo essa linha autorizativa é que em 27/08/1998 foi editado o Decreto nº 2.745 que aprovou o Regulamento do Procedimento Licitatório Simplificado da Petróleo Brasileiro S.A., fazendo constar em seu item 1.9 que "Sempre que economicamente recomendável, a PETROBRÁS poderá utilizar-se da contratação integrada, compreendendo realização de projeto básico e/ou

Do mesmo modo que o regime de licitações aplicável à PETROBRÁS, a Lei nº 12.462/2011 permitiu que, no caso de contratação integrada, a licitação seja iniciada com reduzido grau de detalhamento, de modo que o ordenamento jurídico veio permitir que o mesmo licitante que elaborará o projeto básico dê seguimento à execução da obra.

Nessa perspectiva Ribeiro, Prado e Pinto Júnior (2012) inferem que a contratação integrada prevista no RDC tem a finalidade de acelerar a implantação de infraestruturas ligadas à realização da Copa do Mundo Fifa de 2014, bem como das Olimpíadas de 2016, já que, segundo os autores, não fosse por esse mecanismo, haveriam recorrentes atrasos devido à dilação temporal que se impõe devido à elaboração do projeto da obra. Por outro lado, apesar de destacarem como positivo o regime de contratação integrada, os referidos autores entendem que há dúvidas sobre o real ganho temporal que esse regime poderá proporcionar.

Por sua vez, Moreira e Guimarães (2012) salientam que a contratação integrada aponta para uma “contratação de resultados”, focada na entrega da obra em plena condição de funcionamento, demandando do licitante bastante cautela já que eventuais ineficiências do projeto serão por ele suportadas.

Não obstante, devido ao fato do regime pressupor a incompletude do projeto básico para o início da licitação, isso pode trazer dificuldade para o dimensionamento adequado acerca do orçamento da obra, sendo esta a principal dificuldade de aplicação.

4.3.1.1 Contratação Integrada e a ausência de objeto licitatório

O Regime de contratação integrada passa a ser cabível em hipóteses bem específicas e excepcionais, todas indicadas no Art. 9º da Lei nº 12.462/2011 (BRASIL, 2011a):

Art. 9º - Nas licitações de obras e serviços de engenharia, no âmbito do RDC, poderá ser utilizada a contratação integrada, desde que técnica e economicamente justificada e cujo objeto envolva, pelo menos, uma das seguintes condições: (Redação dada pela Medida Provisória nº 630, de 2013)

detalhamento, realização de obras e serviços, montagem, execução de testes, pré-operação e todas as demais operações necessárias e suficientes para a entrega final do objeto, com a solidez e segurança especificadas.” (BRASIL, 1998)

I - inovação tecnológica ou técnica; (Incluído pela Medida Provisória nº 630, de 2013)

II - possibilidade de execução com diferentes metodologias; ou (Incluído pela Medida Provisória nº 630, de 2013)

III - possibilidade de execução com tecnologias de domínio restrito no mercado. (Incluído pela Medida Provisória nº 630, de 2013)

§ 1º A contratação integrada compreende a elaboração e o desenvolvimento dos projetos básico e executivo, a execução de obras e serviços de engenharia, a montagem, a realização de testes, a pré-operação e todas as demais operações necessárias e suficientes para a entrega final do objeto.

Ao analisar este dispositivo, Moreira e Guimarães (2012) explicam que, de um ponto de vista técnico, torna-se necessário demonstrar que, de acordo com a complexidade de determinada obra, é necessário concentrar toda a *expertise* do mesmo sujeito à concepção e à execução das obras. Ademais, esclarecem que “[...] o modelo pressupõe objetos complexos, em que há dificuldade de a Administração conceber a melhor solução técnica para a sua execução.” (MOREIRA; GUIMARÃES, 2012, p. 18).

Ante a inclusão da Contratação Integrada no âmbito do RDC alguns autores questionam essa nova figura normativa. Justen Filho (2013, p. 165) ao analisar a matéria infere que “[...] a ausência do projeto executivo representa uma séria restrição ao planejamento administrativo”, pois é esse projeto que vai permitir a identificação real do objeto licitado, de modo que “[...] a instauração da fase externa sem a existência do projeto executivo inviabiliza a adoção do regime da empreitada por preço global e propicia incertezas sobre as obrigações e direitos assumidos pelas partes”.

Ao analisar os dispositivos contidos na Lei nº 12.462/2011 não se verifica a obrigatoriedade de apresentação de projeto executivo prévio à licitação, bastando a elaboração de projeto básico. Mesmo que a Lei do RDC exija que o projeto executivo seja finalizado antes da execução da obra, e não do início da licitação, Justen Filho (2013) entende que essa disciplina normativa abre espaço para problemas relevantes.

Na perspectiva, de cotejamento de dispositivos de leis infraconstitucionais frente à Constituição Federal (BRASIL, 1988), valem aqui alguns apontamentos acerca da supremacia da Constituição e respectivo controle de constitucionalidade das leis.

O Estado de Direito, como aquele indicado na acepção de Bobbio (1984/2011b) que aponta para o governo das leis em detrimento do governo dos homens, também pressupõe o que Canotilho (2003, p. 245) assevera que “O Estado de direito é um Estado Constitucional. Pressupõe a existência de uma constituição normativa estruturante de uma *ordem jurídico-normativa fundamental vinculativa* de todos os poderes públicos.”.

É neste sentido que o teórico português esclarece que, quando se fala de constituição, está-se a tratar de “[...] uma verdadeira ordenação normativa fundamental dotada de supremacia – supremacia da constituição” (CANOTILHO, 2003, p. 246), de onde se depreende o sentido de vinculação do legislador à constituição, de modo que ela se constitui em parâmetro material intrínseco para aferir se as demais normas editadas pelas espécies legislativas estão de acordo com o “[...] princípio de constitucionalidade das leis”.

Carvalho (2004, p. 239) esclarece que controlar a constitucionalidade é “[...] verificar a adequação de uma lei ou de um ato normativo com a Constituição” de modo que todo o ordenamento jurídico tenha conformação ante os preceitos da constituição, sejam estes do ponto de vista formal, no sentido da observância do processo legislativo previsto para a criação de normas, ou ainda sob o aspecto material que diz respeito à “[...] adequação do conteúdo da norma aos princípios ou preceitos constitucionais”. (CARVALHO, 2004, p. 239).

Nesse sentido, quando se colocam valores e princípios da Constituição em contraponto com atos normativos inferiores, sejam eles legislativos ou administrativos e, nesses esforços encontram-se incongruências pode se dizer que se está diante de uma inconstitucionalidade. Ou, em outras palavras, aquilo que Caetano (1977, p. 401) ensinou que:

No vício das leis que provenham de órgão que a Constituição não considere competente, ou que não tenham sido elaboradas de acordo com o processo prescrito na constituição ou contenham normas opostas às constitucionalmente consagradas.

O controle de constitucionalidade pela via concentrada é unicamente exercício no Brasil pelo Supremo Tribunal Federal. Tal sistema teve sua origem nos Estados Unidos da América, local onde não havia uma previsão expressa na Constituição sobre o controle de constitucionalidade, mas teve notável repercussão

após decisão da Corte Constitucional daquele País, referente ao célebre caso *Marbury e Madison*¹⁰², onde o Juiz Marshall evidenciou que o ato praticado pelo legislativo ou executivo quando incompatível com a Constituição é nulo, desobrigando a observância por parte dos indivíduos. (DECISÕES, 2014).

As duas Ações Diretas de Inconstitucionalidade que tramitam no Supremo Tribunal Federal, acerca de possíveis incongruências [inconstitucionalidade] do RDC ante a Constituição Federal, seguem obviamente a via concentrada, não havendo até o presente momento pronunciamento proferido nas respectivas ações que apontem para (in)validade das questões do RDC que foram impugnadas.

Voltando à questão específica da ausência de amplo projeto das obras que se pretende contratar no âmbito do Regime Diferenciado de Contratações, Ribeiro, Prado e Pinto Júnior (2012) também compreendem como arriscada a exigência de menor detalhamento dos projetos, já que podem redundar em obras com qualidade menor àquela esperada pela Administração Pública, não se voltando para a implementação dos princípios da eficiência e da economicidade.

Por outro lado, o art. 9º, caput da Lei nº 12.462/2011 (BRASIL, 2011a) estabelece uma condição para a utilização do regime de contratação integrada “[...] desde que técnica e economicamente justificada”, ou seja, trata-se de uma escolha que se deve realizar em casos excepcionais.

Neste aspecto, torna-se necessário verificar em que casos a contratação integrada se justifica técnica e economicamente. Para a justificativa econômica e

¹⁰² “Tida como a decisão mais importante da história da Suprema Corte, *Marbury vs. Madison* estabeleceu o princípio da revisão judicial e do poder da Corte em determinar a constitucionalidade de atos legislativos e executivos. O caso surgiu de uma disputa política subsequente à eleição presidencial de 1800 na qual Thomas Jefferson, um republicano-democrata, derrotou o presidente em exercício, John Adams, um federalista. Nos últimos dias da administração de Adams, o Congresso, dominado pelos federalistas, criou vários cargos no Judiciário, inclusive o de 42 juizes de paz no Distrito de Colúmbia. O Senado confirmou as nomeações, o presidente assinou-as, e coube ao secretário de Estado selar e entregar as nomeações. Na pressa dos atos de última hora, o secretário que saía não entregou as nomeações de quatro juizes de paz, incluindo a de William Marbury. O novo secretário de Estado sob o presidente Jefferson, James Madison, recusou-se a entregar as comissões porque a nova administração estava indignada com a tentativa dos federalistas de encaixar membros de seu partido na magistratura. Marbury entrou com uma ação na Suprema Corte exigindo que Madison lhe entregasse a comissão. Se a Corte decidisse a favor de Marbury, Madison ainda poderia recusar-se a entregar a comissão e a Corte não teria meios de impor sua deliberação. Se a Corte decidisse contra Marbury, arriscaria submeter o Judiciário aos jeffersonianos ao permitir-lhes que negassem a Marbury o cargo a que tinha direito legal. O presidente da Corte, John Marshall, resolveu o dilema determinando que a Suprema Corte não tinha autoridade para agir naquele caso. Marshall declarou a Seção 13 da Lei Judiciária, que dera à Corte esse poder, inconstitucional, porque ampliava a jurisdição original da Corte para além da jurisdição definida pela própria Constituição. Ao decidir não se pronunciar sobre o caso, a Suprema Corte garantiu sua posição como árbitro final nas questões legais.” (DECISÕES, 2014, p.1).

técnica, Ribeiro, Prado e Pinto Júnior (2012, p. 44) tomam como parâmetro as concessões e PPP's para explicar que

Uma vez que o contrato transfira para o concessionário a responsabilidade pelo investimento, operação e manutenção de uma dada infraestrutura, e que tal contrato seja baseado em obrigações de desempenho, estabelecendo claramente os indicadores de serviço (qualitativos e quantitativos), faz sentido transferir também ao concessionário a obrigação de realização do projeto básico. É que, nesse contexto, quanto maior o espectro de responsabilidades das atividades-meio para atingir os indicadores do serviço transferido ao concessionário, maior o espaço assinalado ao concessionário para que ele possa produzir ganhos de eficiência.

Parece que a transferência da responsabilidade pelo investimento para o licitante aponta para a necessidade de uma gestão adequada dos custos, desde a concepção do interesse pela realização da obra, até à manutenção da estrutura necessária ao desenvolvimento, já que tal aporte de investimento retira da Administração Pública a necessidade de alocar recursos públicos para esses domínios.

4.3.2 As ações Judiciais contra a Lei do RDC no Supremo Tribunal Federal

Até a data do fechamento do texto da presente pesquisa, verificou-se a existência de duas Ações Diretas de Inconstitucionalidade – ADI, propostas perante o Supremo Tribunal Federal – STF, onde se discute a inconstitucionalidade do RDC sob vários aspectos, sendo que, especificamente, quanto ao regime de Contratação Integrada e a possibilidade de iniciar o processo licitatório sem o projeto executivo.

A ADI 4645 foi ajuizada pelos Partidos Políticos, PSDB, DEM e PPS em 26.08.2011. Já a ADI 4655 foi ajuizada pela Procuradoria Geral da República em 09.09.2011, tendo ambas como Relator o Ministro Luiz Fux.

Em comum as duas ADIs atacam firmemente a constitucionalidade formal da Lei do Regime Diferenciado de Contratações Públicas, pelo fato que, inicialmente a Medida Provisória nº 527/2011 que deu origem à Lei nº 12.462/2011 dispunha sobre a modificação da estrutura organizacional de órgãos da Presidência da República e de Ministérios, conforme seu preâmbulo:

Altera a Lei no 10.683, de 28 de maio de 2003, que dispõe sobre a organização da Presidência da República e dos Ministérios, cria a

Secretaria de Aviação Civil, altera a legislação da Agência Nacional de Aviação Civil - ANAC e da Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária - INFRAERO, cria cargos de Ministro de Estado e cargos em comissão, dispõe sobre a contratação de controladores de tráfego aéreo temporários, cria cargos de Controlador de Tráfego Aéreo. (BRASIL, 2011d)

Como pode ser observado, a ementa da Medida Provisória diz coisa totalmente diversa do conteúdo de regulação do RDC, já que as questões da Aviação Civil e da Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária de fato não possuem qualquer relação com o objeto da Lei 12.462/2011, numa estranha conversão a que correspondeu.

Foi nesse sentido que o Procurador-Geral da República sustentou que a inclusão de matéria estranha à tratada na Medida Provisória 527/2011, teria violado o devido processo legislativo e, principalmente o princípio republicano da separação de poderes, já que as MPs são de iniciativa exclusiva do presidente da República.

Nesse sentido, a petição de ingresso utilizou como fundamento, quanto aos dispositivos impugnados, que a Lei do RDC é fruto de emenda parlamentar que introduz elementos substancialmente novos sem nenhuma pertinência temática com aqueles tratados na medida provisória apresentada pela presidente da República.

Ribeiro, Prado e Pinto Junior (2012) explicam que desde o início da tramitação da Medida Provisória 527/2011 na Câmara dos Deputados houve o desvio formal, já que o Relator, Deputado José Guimarães veio apresentar em plenário o projeto de lei da conversão da referida MP, acrescentando os dispositivos que regulam o Regime Diferenciado de Contratação, sendo ao final aprovada, mantidos os acréscimos propostos pelo Relator, com a impertinência dos temas aviação civil e regime diferenciado de contratação.

Do ponto de vista material, são diversas as alegações de inconstitucionalidade da Lei do RDC. As duas ADIs atacam o art. 1º sob o fundamento de que teria delegado ao Poder Executivo a atribuição de escolher o regime de licitação aplicável. Discute-se nas ações que apenas a lei poderia definir o regime aplicável às contratações públicas para a Copa do Mundo de 2014 e Olimpíadas de 2016, de modo que esse tipo de delegação levada a efeito seria inconstitucional.

As ações questionam também a validade dos artigos do RDC frente a Constituição da República de 1988, que estabeleceram a contratação integrada e a

possibilidade de realizar a licitação sem o projeto básico, valendo-se tão somente de anteprojeto sem os elementos necessários para aferição da proposta mais vantajosa, até porque, conforme a insurgência, a contratação integrada, sem projeto, configuraria em admitir a realização de licitação sem objeto do certame.

Pelos questionamentos apresentados em ambas as ADIs, tanto os Partidos Políticos quanto o Ministério Público Federal, a definição prévia do objeto, nos moldes da Regulação contida na Lei nº 8.666/1993 é a própria condição de existência de um processo licitatório que garanta a isonomia entre os licitantes, sem a qual tornaria extremamente difícil comparar objetivamente as propostas recebidas pela Administração Pública ao utilizar o RDC.

Por outro lado, importante e necessário ressaltar que a Lei nº 8.987/1995 veio permitir a concessão de serviço público apenas com base nos elementos de projeto básico, sendo desconhecido qualquer impugnação judicial do art. 18 da referida Lei, situação bem parecida com a Contratação Integrada prevista no Regime Diferenciado de Contratação.

Ademais os autores das ADIs questionam a validade do Art. 6º da Lei nº 12.462/2011, por esta trazer previsão de sigilo do orçamento estimado até que seja alcançada a fase da adjudicação, de modo que o princípio da publicidade estaria sendo mitigado ou anulado.

O Ministério Público Federal, formulou pedido de concessão de liminar para suspender a eficácia da Lei do RDC até o julgamento definitivo da ação, sob pena de colocar em risco o patrimônio público.

A Advocacia-Geral da União (AGU) apresentou ao Supremo Tribunal Federal manifestações nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIs) nºs 4645 e 4655, sustentando que o Regime Diferenciado de Contratações não fere a Constituição Federal, estando perfeitamente em consonância com as leis do país e as mais avançadas técnicas de licitações já adotadas no Direito Internacional, inclusive por recomendação de organizações estrangeiras.

Para a Advocacia-Geral da União os dispositivos do Regime Diferenciado de Contratações Públicas são hábeis para incentivar o licitante, que será remunerado de acordo com sua eficiência trazendo economia para os cofres públicos, não sendo portanto as regras do sigilo temporário e da contratação integrada óbice para bons resultados ao passo que não ferem a Constituição Federal de 1988.

Até a data do fechamento desta pesquisa, o Supremo Tribunal Federal não havia proferido decisão de mérito relacionada às duas Ações Diretas de Inconstitucionalidades.

4.3.3 O sigilo temporário do orçamento estimado sob o âmbito do RDC

Verifica-se no art. 6º da Lei nº 12.462/2011 (BRASIL, 2011a) a seguinte disposição:

Art. 6º. Observado o disposto no § 3º, o orçamento previamente estimado para a contratação será tornado público apenas e imediatamente após o encerramento da licitação, sem prejuízo da divulgação do detalhamento dos quantitativos e das demais informações necessárias para a elaboração das propostas.

Tal dispositivo está contido na Seção II, que trata das Regras Aplicáveis às Licitações no Âmbito do RDC, sendo que o correspondente Decreto regulamentador nº 7.581/2011 estabeleceu em seu art. 9º que a adjudicação é o momento a partir do qual o orçamento poderá se tornar público: “[...] o orçamento previamente estimado para a contratação será tornado público apenas e imediatamente após a adjudicação do objeto [...]” (BRASIL, 2011c).

Confira, entretanto que o § 3º do art. 6º da Lei nº 12.462/2011 (BRASIL, 2011a) reafirma o conteúdo do *caput*, determinando-se que se o valor do orçamento não estiver contido no instrumento convocatório¹⁰³, este possuirá caráter sigiloso, sendo possível sua disponibilização apenas para os órgãos de controle externo e interno.

Por outro lado, diferentemente da previsão contida no RDC, a Lei nº 8.666/1993 (BRASIL, 1993) estabeleceu ampla publicidade da fase interna da licitação por ela regida (arts. 4º, 6º, inciso IX, *f*, 7º, §2º, II; 7º, §8º; 40, §2º, II; 44, *caput* e §1º).

Cardoso (2011; 2013) esclarece que deve-se operar uma distinção entre a elaboração do orçamento e da sua divulgação, por serem momentos distintos da atuação administrativa.

¹⁰³ A divulgação do orçamento estimado é obrigatória nas hipóteses de licitação que adote critério de julgamento o desconto maior ou nos casos de julgamento por melhor proposta técnica ou conteúdo artístico, quando, neste caso o valor da remuneração deverá constar expressamente no instrumento convocatório.

Parece que no primeiro momento, a Administração Pública prepara o orçamento estimado, já que tal medida é indispensável para a própria fixação do objeto licitado e os correspondentes custos envolvidos para sua futura execução. A partir do esgotamento das providências no âmbito interno é que a Administração Pública externaliza o referido orçamento estimado.

Nessa perspectiva, Justen Filho (2013, p. 111) ao discorrer sobre o orçamento e sua “seriedade” explica que “[...] a lei previu o sigilo do orçamento, o que não significa a sua inexistência nem importa sua irrelevância”, já que sua elaboração deve contemplar todos os requisitos pertinentes com a previsão de preços. Ou seja, na concepção de Justen Filho (2013) a ausência de revelação imediata do valor do orçamento não implica na faculdade de prever preços que reflitam os reais custos para a execução do contrato.

É nesse sentido que o art. 9º do RDC estabelece os parâmetros para determinação do orçamento, valendo-se dos valores praticados pelo mercado e nas similares obras realizadas pela Administração pública:

Art. 9º. Nas licitações de obras e serviços de engenharia, no âmbito do RDC, poderá ser utilizada a contratação integrada, desde que técnica e economicamente justificada e cujo objeto envolva, pelo menos, uma das seguintes condições: (Redação dada pela Medida Provisória nº 630, de 2013)

[...]

§ 2º No caso de contratação integrada:

[...]

II - o valor estimado da contratação será calculado com base nos valores praticados pelo mercado, nos valores pagos pela administração pública em serviços e obras similares ou na avaliação do custo global da obra, aferida mediante orçamento sintético ou metodologia expedita ou paramétrica. (Redação dada pela Medida Provisória nº 630, de 2013).

Acrescente-se que o Decreto nº 7.581/2011 estabeleceu que na fase interna, antes da divulgação do edital, a Administração Pública deverá observar o orçamento e preço de referência, remuneração ou prêmio (art. 4º, II, b). (BRASIL, 2011c).

Essa regra estabelecida pelo RDC concernente ao sigilo do valor estimado da licitação, que será tornado público apenas e imediatamente após o encerramento do certame, não encontra similaridade com a Lei nº 8.666/1993 (BRASIL, 1993), já que em vários dispositivos dessa Lei Geral se estabelece a fórmula da transparência do orçamento detalhado, do custo global da obra (art. 6º, IV, f).

Ademais, o art. 7º, § 2º da Lei nº 8.666/1993 (BRASIL, 1993) estabelece que é condição para haver licitação a existência de memória de cálculo que demonstre a

composição de todos os custos. Nessa perspectiva da Lei nº 8.666/1993 (BRASIL, 1993) é que se verifica que a própria Lei Geral, diferentemente do RDC, estabeleceu a obrigatoriedade de divulgação do orçamento no mesmo ato de divulgação do instrumento convocatório da licitação pública, facultando a qualquer cidadão tomar conhecimento dos valores e quantidades relacionadas às obras demandadas pela Administração Pública (art. 7º, § 8º).

4.3.3.1 O contraponto entre o sigilo do orçamento estimado: publicidade diferida ou desarmônica?

A questão do sigilo temporário do orçamento estimado pela Administração, estabelecido pelo Art. 6º da Lei nº 12.462/2011 (BRASIL, 2011a), que só passa a ser divulgado a partir da fase da adjudicação, parece ser um dos aspectos mais tormentosos do debate do Regime Diferenciado de Contratações Públicas, um modelo baseado na experiência internacional e na prática reunida com a modalidade pregão.

As controvérsias se iniciaram desde a edição da Medida Provisória nº 527 de 18 de março de 2011, que instituiu as Regras do Regime Diferenciado de Contratações Públicas, posteriormente convertido na Lei nº 12.462/2011.

Uma das situações ensejadoras de controvérsias diz respeito ao próprio preâmbulo da Medida Provisória do RDC que, embora tenha disposto, ao longo do texto, questões do Regime aplicável às contratações de obras para a Copa do Mundo FIFA 2014 e das Olimpíadas de 2016, o preâmbulo introduz assunto diverso do texto normativo.

Parece, contudo que os dispositivos do Regime Diferenciado de Contratações Públicas prevendo o sigilo orçamentário, tiveram maior repercussão não só no debate legislativo, como também na mídia, o que ensejou a imediata explicação por parte do Governo Federal, que considerou estar havendo uma distorção de compreensão acerca do RDC e seus elementos constitutivos¹⁰⁴.

Nesse sentido, conforme apontamento de Ribeiro, Prado e Pinto Júnior (2012) as críticas ao sigilo orçamentário giravam em torno de estar-se configurando o

¹⁰⁴ Como exemplo da repercussão cita-se a matéria publicada no Jornal “Folha de São Paulo” versão *online* de 17.06.2011 intitulada: “Dilma diz que sigilo de orçamentos da Copa foi mal interpretado”. Disponível em <<http://www1.folha.uol.com.br/poder/931459-dilma-diz-que-sigilo-de-orcamentos-da-copa-foi-mal-interpretado.shtml>>. Acesso em: 7 nov. 2013

rompimento com o princípio da publicidade e, ao mesmo tempo, contrariando o princípio da isonomia, já que tal situação abriria espaço para que a informação fosse transmitida ilegalmente a algum grupo restrito de empresários. Mas, por outro lado, o Governo insistiu em manter o dispositivo referente ao sigilo temporário, sob a alegação de ser voltado para o interesse público na medida em que dificulta práticas de conluio nas contratações públicas.

Nessa perspectiva Justen Filho (2013, p. 108) esclarece que uma compreensão adequada da função do orçamento no Regime Diferenciado de Contratações Públicas indica as razões benéficas de manter regra permitidora de sigilo temporário:

O RDC reserva ao orçamento uma relevância muito mais significativa, eis que impõe, como regra, a invalidade das propostas que ultrapassem o valor dele. Significa dizer que o orçamento apresenta uma função normativa muito relevante usualmente não aplicada nas licitações não sujeitas ao RDC.

Ferraz (2012), ao analisar a questão, afirma que o sigilo temporário previsto no RDC não demonstra incompatibilidade com o princípio da publicidade, consagrado na Constituição Federal (BRASIL, 1988), já que a “regra do jogo” (BOBBIO, 1984/2011b), formatada pela Lei nº 12.462/2011 (BRASIL, 2011a) que inseriu a regra do sigilo, não significa propriamente ausência de orçamento prévio, que é elaborado dentro da fase interna da licitação, de modo que o adequado seria entender o sentido da referida regra do sigilo temporário como *diferimento* procedimental da publicidade e *não ausência* de informação da prática administrativa por meio da publicidade:

[...] não demonstra incompatibilidade com o princípio constitucional da publicidade, seja porque o seu §3º do art. 6º determina o acesso dos órgãos de controle externo e interno ao orçamento a qualquer tempo (preservando os interesses da sociedade no quesito controle), seja, enfim, porque descabe confundir diferimento procedimental da publicidade com ausência de publicidade orçamental. (FERRAZ, 2012, p. 72).

Em sentido oposto, Pessoa (2012) em artigo que discute o RDC à luz da Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988), mostra que a regra do sigilo temporário afronta o princípio constitucional da publicidade pelo fato de que esta prática compromete o patrimônio público, já que o orçamento destinado para

contratação, por ser sigiloso até à finalização do certame, pode ser modificado para atender a interesses pessoais de gestores e agentes públicos.

Veja-se que a referida autora firma seu posicionamento pela inconstitucionalidade do sigilo, unicamente na possibilidade de tal regra abrir espaço para que se altere irregularmente o orçamento para atender a anseios alheios aos interesses públicos, não trazendo, contudo, outros fundamentos além deste para embasar tal compreensão.

Numa linha favorável à figura do sigilo orçamentário, Justen Filho (2013) além de tecer considerações acerca da importância do orçamento, esclarece que, diversamente do que se pensa o sigilo não se constitui em óbice ao exercício das atividades fiscalizadoras que devem incidir sobre a regularidade da atividade administrativa.

Não obstante estes posicionamentos, a crítica recorrente é aplicada ao art. 6º da Lei nº 12.462/2011 (BRASIL, 2011a), que volta-se para a questão da validade da figura criada no RDC ante a Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988) que estabeleceu em seu art. 37 a publicidade como um dos princípios norteadores de todo o agir da Administração Pública.

Nesta direção, os autores Ribeiro, Prado e Pinto Júnior (2012) entendem que a regra do sigilo não fere o princípio da publicidade pelo fato de que não é ele definitivo e prevalece somente até que ocorra a adjudicação. Sendo que essa temporariedade atende a outro princípio, o da eficiência, já que o procedimento tende a resultar em processos licitatórios mais vantajosos para a Administração Pública.

Numa perspectiva analítica do sentido que se deve extrair do princípio da publicidade, Morano & Arruda Júnior (2012) esclarecem que a publicidade consiste no amplo conhecimento dado aos atos administrativos, sobretudo nos procedimentos das licitações, que em síntese trata-se de conjunto de atos administrativos voltados à tomada de decisão da Administração Pública para a escolha da proposta mais vantajosa para a celebração de seu contrato de interesse público. Valem-se dos ensinamentos de Silva (2009, p. 669), onde:

A publicidade sempre foi tida como um princípio administrativo, porque se entende que o Poder público, por ser público, deve agir com a maior transparência possível, a fim de que os administrados tenham, a toda hora, conhecimento do que os administradores estão fazendo.

Mas discordam Morano & Arruda Júnior (2012) que, não obstante o importante sentido que se extrai do princípio da publicidade, que volta-se ao próprio controle por parte dos administrados dos atos que são praticados pela Administração Pública – concepção que parece se amoldar à ideia de Bobbio (1984/2011b) como sendo o “[...] governo público em público” –, algumas circunstâncias permitem que seja possível admitir que os atos administrativos devam permanecer sem divulgação, quando, v.g. a divulgação desses atos a todos os administrados possa causar uma insegurança nacional. Tal situação é admitida pelo constitucionalista José Afonso da Silva (2009, p. 669) ao explicar que

Especialmente exige-se que se publiquem atos que devam surtir efeitos externos, fora dos órgãos da Administração. [...] Agora é a Constituição que a exige. Em princípio, por conseguinte, não se admitem ações sigilosas da Administração Pública, por isso mesmo é pública, maneja coisa pública, do povo (publicum > populum > populum; público = do povo). Mas a própria Constituição admite informações sigilosas imprescindíveis à segurança da sociedade e do Estado. (art. 5º, XXXIII), o que, há de ser excepcional, sob pena de infringir o princípio que é o da publicidade.

Ao analisar tal regra de exceção, Di Pietro (2005, p. 75) esclarece que, não obstante o princípio da publicidade constar expressamente na Constituição Federal vigente, este não é absoluto, podendo a publicidade de certos atos administrativos ser dispensada em razão da proteção da intimidade da pessoa ou mesmo do interesse social, *verbis*:

O princípio da publicidade, que vem agora inserido no artigo 37 da Constituição, exige à ampla divulgação dos atos praticados pela Administração Pública, ressalvadas as hipóteses de sigilo previstas em lei. Existem na própria Constituição (art. 5º) outros preceitos que ou confirmam ou restringem o princípio da publicidade: 1. O inciso LX determina que a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a **defesa da intimidade** ou o **interesse social** o exigirem; como a Administração Pública tutela interesses públicos, não se justifica o sigilo de seus atos processuais, a não ser que o próprio interesse público assim determine, como, por exemplo, se estiver em jogo a segurança pública; ou que o assunto, se divulgado, possa ofender a intimidade de determinada pessoa, sem qualquer benefício para o interesse público.

Parece, contudo, que a indicada relativização do princípio da publicidade também possui sustentação como garantia fundamental contida no artigo 5º, XXXIII, da Constituição Federal de 1988 que assim estabeleceu:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

XXXIII - todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado. (BRASIL, 1988)

À luz destas considerações e numa análise da regra de sigilo temporário do orçamento estimado previsto no art. 6º da Lei 12.462/2011 (BRASIL, 2011a), Morano & Arruda Júnior (2012, p. 80), não encontram espaço para identificação de qualquer afronta ao princípio da publicidade, pois

[...] aplicando esses ensinamentos ao RDC, resta claro não se tratar de uma violação a publicidade, visto que o artigo 6º “caput” da Lei 12.462 impõe que o orçamento previamente estimado para a contratação seja divulgado apenas ao final da contratação. Ora, se tal orçamento será divulgado, mesmo que ao final do procedimento, significa que não há violação a tal princípio.

Assim, se há interesse social a Lei poderá restringir a publicidade dos atos processuais, sejam judiciais, sejam administrativos. Estar-se-á, portanto, diante deste tipo de interesse, vez que, ao não divulgar o orçamento prévio que se pretende gastar, o governo tenta evitar que empresas participantes do certame aumentem o valor de suas propostas, aumentando, por via de consequência, os próprios custos das obras no intuito de obterem maiores lucros.

Neste sentido, levando-se em consideração que não se divulgue previamente o orçamento referente às pretendidas obras de valores elevados - notadamente aquelas contratações regidas pelo Regime Diferenciado de Contratações (BRASIL, 2011a) -, parece ser “justificável e útil” (MORANO & ARRUDA JÚNIOR, 2012) admitir a regra de sigilo, de forma temporária, apenas até à adjudicação, de modo que a imposição dessa medida pode evitar que especulações possam elevar os valores a serem cobrados, mitigando a eficiência que também é um dos princípios que regem a Administração Pública¹⁰⁵.

¹⁰⁵ Sustentando a necessidade de alteração da tradicional regra de licitação para admitir o orçamento sigiloso, de modo a evitar que a divulgação prévia influenciasse no aumento dos preços constante nas propostas dos licitantes, Souto (2004) bem antes do advento da Lei nº 12.462/2011 sustentava que: “Outro tema dos mais polêmicos diz respeito à necessidade de divulgar ou não a estimativa de preços em que se calca a Administração para realizar ou não a despesa. [...] Ocorre que, se divulgados esses valores, reduz-se em muito a margem de competição, retornando aos mesmos problemas que levaram à supressão da licitação por preço-base, que era o grande número de empates. Logo, é preciso interpretar a norma também de acordo com o método

Ademais, a questão do sigilo vai ao encontro de uma recomendação da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE, 2009, p. 9), contida no *Guidelines for fighting bid rigging in public procurement* (Diretrizes para combater o conluio entre concorrentes em contratações públicas), que assim prescreveu:

Use um preço máximo somente quando ele for baseado em minuciosa pesquisa de mercado e os funcionários estejam convencidos de que ele é muito competitivo. Não publique o preço, mas o mantenha confidencial, em arquivo, ou o deposite junto a outra autoridade pública.

Do mesmo modo, Justen Filho (2013, p. 116) considera que a regra contida no art. 6º da Lei nº 12.462/2011 (BRASIL, 2011a) não pode ser caracterizadora de afronta ao princípio da publicidade:

Significa dizer que a restrição da publicidade do ato administrativo depende de previsão legislativa. Não se trata de atribuir ao agente administrativo o poder jurídico para escolher os casos em que o sigilo será observado. Ou seja e como regra, a publicidade será sempre prestigiada, ressalvados os casos legalmente autorizados. [...] No caso específico, a Lei do RDC expressamente consagrou a previsão do sigilo. Por outro lado, a autorização legal de sigilo apenas será válida quando se evidenciar um vínculo de causalidade com a obtenção de um resultado compatível com a Constituição. Trata-se de uma manifestação da proporcionalidade-adequação. Admite-se como constitucional o sigilo no tocante ao valor do orçamento estimado quando a ausência de divulgação da informação for apta a promover a ampliação da competição e a obtenção de propostas mais vantajosas.

Nessa perspectiva, elencada por Justen Filho (2013), parece clara a compreensão do autor no sentido de que existem valores diferentes envolvidos, não que tenha maior importância que outro, mas na análise do caso específico deve-se realizar o exercício da ponderação, não no sentido de que o princípio da publicidade possa ser abolido ante outros princípios que se mostrem em voga, mas tão somente venha ceder em função da concretização de outros valores também consagrados constitucionalmente.

histórico, além de utilização do princípio da competitividade. Destarte, para evitar tais problemas, não deve haver publicação de valores, adotando como critério de aceitabilidade a ser divulgado no edital 'os valores mínimos e máximos constantes dos cadastros de preços da Administração, calcados em pesquisas de mercado e em contratos da Administração, os quais estarão disponíveis para fins de recurso em caso de desclassificação por eventual incompatibilidade'; é possível, também, esclarecer que tal disponibilidade da estimativa dar-se-á na sessão de julgamento". (SOUTO, 2004, p. 149).

Cardoso (2013) chama a atenção para o fato de que não há regra de esteio constitucional peculiar que obrigue a Administração Pública a divulgar o orçamento estimado previamente, no momento da exposição do instrumento convocatório.

Por sua vez, Cammarosano (2012), traz importante reflexão quanto a regra do sigilo temporário do orçamento, ao lembrar que são variadas as razões pelas quais a Administração Pública tem o dever de estimar e divulgar os valores envolvidos, sejam eles precedidos ou não de licitação.

A Lei Complementar nº 101/2000, a Lei de Responsabilidade Fiscal estabelece que a responsabilidade no gerenciamento fiscal pressupõe a ação sempre planejada e transparente, onde se previnem os riscos e corrigem os desvios capazes de afetar o equilíbrio das contas públicas.

Por essa ótica, planejamento e transparência são atributos imperativos que decorrem da legislação e, conforme assinala Cammarosano (2012), derivam do próprio sistema constitucional. Com isso, ausente os valores dos contratos que a Administração Pública pretenda celebrar, além desta não os conhecer previamente, como faria para certificar as verbas apropriadas à realização das despesas possuem saldo suficiente? Como compatibilizar então a regra do sigilo temporário do orçamento, sendo que a estimativa se dá a partir de dados objetivos?

O que se deve dar importância para examinar se é legítimo ou não aplicar a regra do sigilo, nos moldes do Regime Diferenciado de Contratação, são as razões e objetivos almejados, de modo que se possa demonstrar de forma justificada se é imprescindível ou não do sigilo, de sorte que não havendo a imprescindibilidade, o dispositivo legal instituidor deverá ser considerado inconstitucional (CAMMAROSANO, 2012).

Parece que esse raciocínio guarda alguma ligação, *v.g.* com o tratamento dado pela Constituição Federal para o sigilo das correspondências, de comunicações telegráficas e telefônicas, que só podem ser restritas nos exatos termos do art. 136 da própria Constituição Federal de 1988. Ou seja, a restrição imposta só se aplica em casos específicos, que o próprio sistema jurídico aponta e não generalizar a quebra da restrição a qualquer caso.

Na ótica de Cammarosano (2012) as coisas parecem estar invertidas, razão pela qual entende que o argumento protetor da regra do sigilo contido no RDC é falacioso, já que com ou sem sigilo do orçamento prévio o conluio sempre poderá haver, até porque a Administração Pública elabora o orçamento com base no preço

praticado pelo mercado e estes valores são obviamente do conhecimento das empresas do ramo.

4.3.4 A lei 12.527/2011 em contraponto com a regra do sigilo do RDC

Conforme já mencionado no tópico 3.5.3.1, o princípio da publicidade se constitui elemento fundamental do Estado Constitucional e da própria democracia, como espaço onde a transparência significa a própria garantia dos direitos fundamentais.

Nessa direção, em 18 de novembro de 2011 foi promulgada a Lei Federal nº 12.527, destinada a regular o acesso a informação previsto no art. 5º, inciso XXXIII, no art. 37, § 3º, inciso II e no art. 216, § 2º, todos da Constituição Federal de 1988.

Por meio da referida lei, todos os órgãos públicos tiveram que implementar mecanismo de divulgação das informações a respeito da destinação dos recursos financeiros, inclusive as despesas com pagamento de salários.

A partir do advento da referida lei, as despesas correntes da administração pública passaram a ser disponibilizadas pela internet, gerando inclusive a tormentosa situação dos servidores terem seus vencimentos divulgados abertamente, de forma individualizada nos respectivos endereços eletrônicos dos diversos órgãos públicos, vindo a ensejar o questionamento se a publicidade deve ter alguma limitação ante o dever de proteger a privacidade dos sujeitos.

Veja que a Lei do acesso à informação, homenageando o princípio da publicidade e a Lei do Regime diferenciado de Contratação, prevendo uma regra permissiva da figura do sigilo, ainda que temporária, indica que a uniformização das regulamentações dos princípios constitucionais, através de leis infraconstitucionais não guardam perfeita sintonia.

Nesse aspecto, poder-se-ia dizer que a realizada social é mutável e as leis refletem o pensamento resultante de uma dada época, no entanto as leis 12.527/2011 e 12.462/2011 são de uma mesma época, porém com abordagem diferenciada acerca do princípio da publicidade.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A pesquisa jurídica é, portanto, não apenas um ato de reprodução - como se tem entendido -, mas de criação e de constituição crítica de novas formas de pensar o ordenamento jurídico, as relações de cidadania, os princípios ético-jurídicos, quer gerais ou especiais, tudo isso sob o manto revisto e revisitado da Justiça, que atribui significado ao fenômeno jurídico e lhe confere legitimidade e efetividade. (GUSTIN; DIAS, 2013, p. 188).

Após desenvolvimento das ideias contidas na reflexão doutrinária, concatenadas ao longo da presente pesquisa, foram feitas algumas constatações, que aqui se apresentam. Todas elas, longe de serem conclusivas ou de colocarem ponto final ao debate - já que o conhecimento científico parte da inquietação lançada a partir da observação da realidade e, havendo indagação ou lacuna no conhecimento estas possam ser avaliadas por uma abordagem cuidadosa - abrem espaço para novas pesquisas. Neste sentido apresentam-se as considerações obtidas no presente estudo:

1) Compreendeu-se que a concepção do Estado é polimórfica, pois é uma estrutura que possui um rol de definições, seja a partir do direito ou mesmo da sociologia política, razão pela qual se torna sempre necessário considerar seu conceito dentro das perspectivas próprias dos ramos do conhecimento.

2) Sob a ideia de que o Estado consiste numa realidade complexa, situada historicamente, neste ponto de vista, tem-se atribuído ao filósofo francês Montesquieu a concepção da teoria da separação de poderes – que é lida neste trabalho na perspectiva do Estado Democrático de Direito como “separação de funções” conferida ao Estado. Até que se pode admitir que essa teoria advinda na Inglaterra do século XVII, possa ser caracterizada como aquela indicada no artigo 2º da vigente Constituição de República, que estabelece que as funções legislativas, executivas e jurisdicionais são independentes e harmônicas entre si. Contudo, esta questão precisa de uma releitura já que não se pode admitir que o sistema foi concebido para dar lugar a “vasos estanques” mas, contrariamente, que essas funções do Estado sejam, necessariamente canais que permitam ampla comunicação em função do atingimento dos objetivos fundamentais estabelecidos no texto constitucional.

3) Compreendeu-se que a separação de funções do Estado constitui-se em fator fundamental no estudo do direito administrativo, e todo o direito público, pois aponta diretamente para o princípio da legalidade, atributo indissociável do Estado Constitucional, cuja expectativa de realização liga-se à ideia de sujeição de todos à lei, já que neste cenário parece mais adequado admitir o governo das leis, em detrimento do governo dos homens, pelo fato de que a lei limita o poder do governante. Assim, parece ser de grande propriedade reconhecer que melhor é haver governo das leis em detrimento do governo dos homens, já que o homem, reunindo em si a ideia de que *L'État c'est moi* torna um quanto perigoso o futuro da democracia, por uma razão muito simples: o governo dos homens tende a mudar o direito, ou rompê-lo, em benefício próprio, sobretudo em relação àqueles princípios democráticos que são fundamentais.

4) Verificou-se que a substituição da concepção *puissance publique* pela ideia de *service public* é extremamente pertinente, já que atualmente o Direito Administrativo e seus regramentos orientam para a obrigatoriedade do Estado servir aos anseios da coletividade. Com isso admitiu-se, a partir do presente estudo, que a fundamental particularidade do regime jurídico das relações de direito público é inserir um novo olhar em relação às prerrogativas do verticalismo cerrado do Direito Administrativo, num cenário de Estado Democrático de Direito, paradigma este que, inaugurado no Brasil com o advento da Constituição Federal de 1988, imprime marcante limitação aos chamados poderes de autoridade frente ao administrado.

5) Compreendeu-se que, no tocante à relevância das prerrogativas do Poder Público, sob o olhar atento para a relação administração-administrado, as atribuições da Administração Pública são um instrumento para a realização dos direitos fundamentais.

6) Demonstrou-se que os princípios tiveram maior evidência no século XX, sobretudo com o advento do Estado Democrático de Direito, pois a antiga noção de princípios gerais do direito, fincada no Direito Natural foram paulatinamente trocados pelos princípios fundamentais constitucionalizados.

7) Considerou-se que os princípios constitucionais possuem caráter de permeabilidade, projetando seu campo de abrangência dentro do Regime de Direito Administrativo, e também das licitações. Aliás, a própria Lei nº 8.666/1993 estabelece os princípios voltados para o procedimento licitatório que são considerados princípios setoriais das Contratações Públicas.

8) Dentro da perspectiva dos princípios aplicáveis à administração pública e às licitações, destacaram-se os da publicidade e da isonomia, sendo o primeiro atrelado à ideia de defesa, pois o conhecimento dos atos praticados pela Administração Pública é que possibilita que o cidadão possa contra ele resistir ou exercer acompanhamento. Trata-se do exercício do que Norberto Bobbio chama de “governo público em público”, marca do agir transparente, do poder visível. Quanto à isonomia, demonstrou-se que, quando a Constituição Federal estabeleceu tratamento diferenciado para as Micro e Pequenas Empresas, não o fez simplesmente para criar privilégios para determinadas categorias de forma despropositada, pelo fato de que essas empresas menores possuem um papel social extremamente relevante dentro da sociedade, com geração de maior quantidade de empregos, renda e instrumento de redução de desigualdades regionais.

9) Constatou-se que o mercado interno é um dos maiores patrimônios que os Estados possuem para seu desenvolvimento, razão pela qual gozam de proteção por parte dos Estados e até mesmo no Direito Comunitário.

10) No tocante às licitações, adotando-se a demarcação histórica e evolutiva das licitações no Brasil de André Rosilho em quatro distintas fases, observou-se que inicialmente o Brasil não tinha uma legislação específica para regular as contratações públicas, provavelmente em razão do incipiente modo de suprimento das necessidades e modos de vida no Brasil do início do século XX, marcado por forte vocação agrícola desde a monocultura da cana de açúcar e posteriormente com o cultivo do Café.

11) Verificou-se que a primeira legislação que de algum modo abordou o tema das contratações públicas foi o Código de Contabilidade da União juntamente com o Regulamento Geral de Contabilidade Pública, ambos de 1922, sendo que nessa fase, que se estendeu até 1967, o Brasil não dispunha de uma política apropriada para as contratações, sendo estas apenas diretrizes gerais.

12) Compreendeu-se que a segunda fase das legislações no Brasil se deu de 1967 a 1986, onde se destacam o Decreto-lei nº 200/1967 editado ainda no Governo Militar e o Decreto-lei nº 2.300/1986, que representaram uma tendência de uniformização das contratações públicas. Observou-se, contudo, que, embora o Decreto-lei nº 2.300/1986 tenha sido editado após o fim do período ditatorial, foi produzido sob a égide de uma constituição outorgada, cujos resquícios e os anseios

de redemocratização ensejaram a vontade de se criar uma Lei Geral para as Contratações, dentro da perspectiva da Constituição Federal de 1988.

13) Por falar em Constituição de 1988, esta marca o início da terceira fase das licitações. Uma Constituição que trouxe bastante conteúdo direcionado a parametrizar a Administração Pública e as Contratações (art. 22, inciso XXVII, art. 37, inciso XXI, art. 173 §1º, art. 175, art. 195 §3º). Essa fase se estende até à edição da Lei nº 8.666/1993, que veio regulamentar o art. 37, XXI da nova Constituição.

14) Compreendeu-se que o Projeto de Lei nº 1.491/1991 que deu origem à atual Lei Geral de Licitações foi discutido no Congresso Nacional num cenário político desgastado, com as diversas suspeitas de corrupção que desencadearam a queda do ex-presidente Fernando Collor de Mello e marcou de certa forma o movimento pela modernização da licitação.

15) Observou-se, pelo estudo realizado, que se pode identificar como a quarta fase das legislações atinentes às Contratações no Brasil o período seguinte à edição da Lei nº 8.666/1993, ou seja, tudo que se produziu normativamente após a referida lei que estabeleceu as Normas Gerais para as Contratações ou regime jurídico de caráter geral para regular a matéria.

16) Constatou-se, entretanto que, desde 1993, diversas leis em matéria de licitação foram editadas, mas elas podem ser divididas em dois grandes grupos: o primeiro, formado pelas leis voltadas ao próprio Regime Geral de Licitações e Contratos e, um outro grupo, contendo todas as leis que não estão precisamente direcionadas a alterar o Regime Geral de Licitações e Contratos, mas para implementar as contratações públicas específicas, como a Lei de Fundações de Apoio, Lei das Concessões, Lei do Petróleo, Lei das PPPs, Lei do Regime Diferenciado de Contratações, o RDC, dentre outras.

17) Verificou-se que todas as legislações produzidas para regulamentar questões de licitação, de forma específica, fora das Normas Gerais do marco da Lei nº 8.666/1993, foram feitas no sentido de dar maior autonomia e celeridade nas contratações.

18) O Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC, instituído no Brasil através da Lei nº 12.462/2011, regulamentado pelo Decreto nº 7.581/2011 parece se amoldar às reformas fora do contexto da Lei nº 8.666/1993. Observa-se que aqui o objetivo foi claro: dar mais praticidade e celeridade às licitações públicas de obras para modernização da atual e insuficiente infraestrutura brasileira em

aeroportos, estádios, mobilidade urbana etc. Contudo, o referido regime trouxe a figura da contratação integrada, que diversamente ao pensamento de muitos, não é figura nova na legislação brasileira, já que o Regulamento do Procedimento Licitatório Simplificado da PETROBRAS prevê tal situação, desde que seja técnica e economicamente recomendável.

19) Concluiu-se que a contratação integrada, que corresponde à possibilidade de realização de licitação apenas com um projeto básico, sem detalhamentos não configura lesão à Administração Pública e ao bom andamento das licitações, já que a celeridade pode ser observada na medida em que o executor da obra completa, não precisa interromper o andamento da obra para debruçar-se sobre um projeto detalhado, pois esse trabalho pode ser feito de forma concatenada e programada, pois a ideia central dessa medida reside no foco do resultado. Sobre tal questão não parece ser adequado atribuir razão aos entendimentos de que a contratação integrada pressupõe ofensa à Constituição Federal por suposta licitação com ausência de objeto definido.

20) Quanto à tormentosa questão que se apresenta no âmbito do RDC sobre a previsão contida no art. 6º da Lei nº 12.462/2011 que estabeleceu o sigilo prévio do orçamento da obra licitada, até que sobrevenha a adjudicação, não parece ser uma norma em descompasso com o princípio da publicidade, já que, conforme o dispositivo menciona, o sigilo é temporário e tal medida volta-se para a competitividade do certame e da economicidade. Ademais, o sigilo não se aplica aos órgãos de controle interno ou externo, que podem a qualquer momento requisitar informações sobre o procedimento.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Ricardo Barretto de; VELOSO, Vitor Lanza. Uma visão geral sobre o Regime Diferenciado de Contratações Públicas: objeto, objetivos, definições, princípios e diretrizes. **Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini**, Curitiba, nº. 60, fev. 2012. Disponível em: <<http://www.justen.com.br/informativo>>. Acesso em: 14 dez. 2013.

ANDRADE, Ricardo Barretto de; VELOSO, Vitor Lanza. Uma visão geral sobre o Regime Diferenciado de Contratações Públicas: objeto, objetivos, definições, princípios e diretrizes. In: JUSTEN FILHO, Marçal; PEREIRA, Cesar A. Guimarães (coord.) **O Regime Diferenciado de Contratações Públicas**: Comentários à Lei nº. 12.462 e ao Decreto nº. 7.581. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013. 505 p. p. 31-47.

ANTUNES, Luís Filipe Colaço. Mito e realidade da transparência administrativa. **Boletim da Faculdade de Direito**, Número especial: Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Afonso Rodrigues Queiró II, Coimbra, 1993.

ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito ambiental**. 11. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

ARAGÃO, Alexandre Santos. A supremacia do interesse público no advento do Estado de Direito e na hermenêutica do direito público contemporâneo. **Revista Brasileira De Direito Público – RBDP**, ano 1, n. 1, abr./jun. 2005. Belo Horizonte: Fórum, 2005. p. 7-21.

ARISTÓTELES. **A política**. Tradução de Roberto Leal Ferreira. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. Tradução de Pietro Nasseti. São Paulo: Martin Claret, 2003.

ATALIBA, Geraldo. **República e constituição**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

ÁVILA, Humberto Bergmann. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. **Revista de Direito Administrativo**, n. 215, 1999. p. 151-179.

AZEVEDO, Maria Eduarda. **As parcerias público-privadas**: instrumento de uma Nova Governança Pública. Teses de doutoramento. Coimbra: Almedina, 2009.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Direito administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2008.

BARACHO JÚNIOR, José Alfredo de Oliveira. **Responsabilidade civil por dano ao meio ambiente**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. A revisão da Constituição Francesa de 1958. A permanente procura por uma constituição modelar. **Cuestiones Constitucionales**. n. 3. Jul. - dic. 2000. Disponível em

<<http://biblio.juridicas.unam.mx/revista/pdf/CuestionesConstitucionales/3/art/art6.pdf>>. Acesso em: 10 out. 2013.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Processo Constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

BARBOSA, Rui. **Oração aos moços**. (1956). 5 ed. Rio de Janeiro: Fundação Casa de Rui Barbosa, 1997.

BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves; ARÊDES, Sirlene Nunes. MATOS, Frederico Nunes. **Contratos Administrativos: Estudos em homenagem ao professor Florivaldo Dutra de Araújo**. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. 3. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BOBBIO, Norberto. **Estado, Governo e Sociedade: para uma teoria geral da política**. (1987). Tradução de Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Paz e Terra, 2011a.

BOBBIO, Norberto. **O Futuro da democracia**. 12ª reimpressão. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Paz e Terra, 2011b.

BOBBIO, Norberto. **Thomas Hobbes**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1991.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política**. Tradução de Carmen C. Varriale, Gaetano Lô Mônaco, João Ferreira, Luís Guerreiro Pinto Cascais e Renzo Dini. 12. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília UnB, 2004, vol. 1.

BONAVIDES, Paulo. **Ciência política**. 10. ed. Rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2004.

BORGES, Alice Gonzales. Aplicabilidade de normas gerais e de lei federal aos estados. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro: Renovar, out./dez. 1993. p. 97-106.

BRASIL. Constituição (1891). Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil. **Diário Oficial da União**, Rio de Janeiro, 24 fev. 1891.

BRASIL. Decreto nº 15.783, de 8 de novembro de 1922. Aprova o regulamento para execução do Código de Contabilidade Pública. **Diário Oficial da União**, Rio de Janeiro, 10 nov. 1922.

BRASIL. Constituição (1934). Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil. **Diário Oficial da União**, Rio de Janeiro, 16 jul. 1934.

BRASIL. Constituição (1967). Constituição da República Federativa do Brasil. **Diário Oficial da União**, Brasília, 24 jan. 1967.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: **Diário Oficial da União**, 1988.

BRASIL. Lei 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. **Diário Oficial da União**, Brasília, 22 jun. 1993.

BRASIL. Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 14 fev. 1995.

BRASIL. Lei nº 9.478, de 6 de agosto de 1997. Dispõe sobre a política energética nacional, as atividades relativas ao monopólio do petróleo, institui o Conselho Nacional de Política Energética e a Agência Nacional do Petróleo e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 7 ago. 1997.

BRASIL. Decreto nº 2.745, de 24 de agosto de 1998. Aprova o Regulamento do Procedimento Licitatório Simplificado da Petróleo Brasileiro S.A. - PETROBRÁS previsto no art. 67 da Lei nº 9.478, de 6 de agosto de 1997. **Diário Oficial da União**, Brasília, 25 ago. 1998.

BRASIL. Lei nº 9.637, de 15 de maio de 1998. Dispõe sobre a qualificação de entidades como organizações sociais, a criação do Programa Nacional de Publicização, a extinção dos órgãos e entidades que menciona e a absorção de suas atividades por organizações sociais, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 18 maio 1998.

BRASIL. Lei nº 9.790, de 23 de março de 1999. Dispõe sobre a qualificação de pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, como Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, institui e disciplina o Termo de Parceria, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 24 mar. 1999.

BRASIL. Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004. Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública. **Diário Oficial da União**, Brasília, 31 dez. 2004.

BRASIL. Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006. Institui o Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte; altera dispositivos das Leis nº 8.212 e 8.213, ambas de 24 de julho de 1991, da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, da Lei nº 10.189, de 14 de fevereiro de 2001, da Lei Complementar nº 63, de 11 de janeiro de 1990; e revoga as Leis nº 9.317, de 5 de dezembro de 1996, e 9.841, de 5 de outubro de 1999. **Diário Oficial da União**, Brasília, 15 dez. 2006.

BRASIL. Lei nº 12.349, de 15 de dezembro de 2010. Altera as Leis nº 8.666, de 21 de junho de 1993, 8.958, de 20 de dezembro de 1994, e 10.973, de 2 de dezembro de 2004; e revoga o § 1º do art. 2º da Lei nº 11.273, de 6 de fevereiro de 2006. **Diário Oficial da União**, Brasília, 16 dez. 2010.

BRASIL. Lei nº 12.462, de 4 de agosto de 2011. Institui o Regime Diferenciado de Contratações Públicas - RDC; altera a Lei nº 10.683, de 28 de maio de 2003, que dispõe sobre a organização da Presidência da República e dos Ministérios, a legislação da Agência Nacional de Aviação Civil (Anac) e a legislação da Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária (Infraero); cria a Secretaria de Aviação Civil, cargos de Ministro de Estado, cargos em comissão e cargos de Controlador de Tráfego Aéreo; autoriza a contratação de controladores de tráfego aéreo temporários; altera as Leis nº 11.182, de 27 de setembro de 2005, 5.862, de 12 de dezembro de 1972, 8.399, de 7 de janeiro de 1992, 11.526, de 4 de outubro de 2007, 11.458, de 19 de março de 2007, e 12.350, de 20 de dezembro de 2010, e a Medida Provisória nº 2.185-35, de 24 de agosto de 2001; e revoga dispositivos da Lei nº 9.649, de 27 de maio de 1998. **Diário Oficial da União**, Brasília, 5 ago. 2011a.

BRASIL. Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011. Regula o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do art. 5º, no inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216 da Constituição Federal; altera a Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990; revoga a Lei nº 11.111, de 5 de maio de 2005, e dispositivos da Lei nº 8.159, de 8 de janeiro de 1991; e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 18 nov. 2011b.

BRASIL. 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. **Diário Oficial da União**, Brasília, 13 out. 2011c.

BRASIL. Medida Provisória nº 527, de 18 de março de 2011. Altera a Lei nº 10.683, de 28 de maio de 2003, que dispõe sobre a organização da Presidência da República e dos Ministérios, cria a Secretaria de Aviação Civil, altera a legislação da Agência Nacional de Aviação Civil - ANAC e da Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária - INFRAERO, cria cargos de Ministro de Estado e cargos em comissão, dispõe sobre a contratação de controladores de tráfego aéreo temporários, cria cargos de Controlador de Tráfego Aéreo. **Diário Oficial da União**, Brasília, 18 mar. 2011d.

BRASIL. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. **Metodologia das estimativas da população residente nos municípios brasileiros com data de referência em 1º de julho de 2012**. Rio de Janeiro: Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, 2012.

BRASIL. **Mapa das micro e pequenas empresas**. (2014). Disponível em: <<http://www.brasil.gov.br/economia-e-emprego/2012/02/o-mapa-das-micro-e-pequenas-empresas>> Acesso em: 04 jan. 2014.

BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. Do estado patrimonial ao gerencial. In: PINHEIRO, Paulo Sérgio; SACHS, Ignacy; WILHEIM, Jorge. (Orgs.). **Brasil: Um século de transformações**. São Paulo: Companhia das Letras, 2001. 528 p. p. 222-259.

BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. O modelo estrutural de gerência pública. **Revista de Administração Pública**, mar/abr, 2008, Rio de Janeiro: FGV, 2008. p. 29 - 42.

- CAETANO, Marcelo. **Direito constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 1977. Vol.1.
- CÂMARA, Jacintho Arrunda. A experiência brasileira nas concessões de serviço público e as parcerias público-privadas. In: SUNDFELD, Carlos Ari. (Coord.). **Parcerias Público-Privadas**. São Paulo: Malheiros, 2005. 606 p. p.159-181.
- CAMMAROSANO, Márcio. Artigos 5º a 7º da Lei nº 12.462, de 5 de agosto de 2011. In: CAMMAROSANO, Márcio; DAL POZZO, Augusto Neves; VALIM, Rafael (Coord). In: **Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC (Lei nº 12.462/2011; Decreto nº 7.581/2011) Aspectos fundamentais**. Belo Horizonte: Fórum, 2012. 277p. p. 31-46.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.
- CARDOSO, André Guskow. O regime diferenciado de contratações públicas: a questão da publicidade do orçamento estimado. **Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini**, Curitiba, nº. 58, dez. 2011, Disponível em: <<http://www.justen.com.br/informativo>>. Acesso em 15 dez. 2013.
- CARDOSO, André Guskow. O Regime Diferenciado de Contratações Públicas: a questão da publicidade do orçamento estimado. In: JUSTEN FILHO, Marçal; PEREIRA, Cesar A. Guimarães (coord.) **O Regime Diferenciado de Contratações Públicas**: Comentários à Lei nº. 12.462 e ao Decreto nº. 7.581. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013. 505 p. p. 79-109.
- CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito Constitucional**: teoria do estado e da constituição. Direito constitucional positivo. 10. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.
- CLARK, Giovani. O fetiche das leis. In: SOUZA, Washington Peluso Albino de; CLARK, Giovani. **Questões polêmicas de direito econômico**. São Paulo: LTr, 2008. 102p. p. 47-54.
- COULANGES, Fustel de. **A cidade antiga**: estudo sobre o culto, o direito, as instituições da Grécia e de Roma. Tradução de Jonas Camargo Leite e Eduardo Fonseca. 12. ed. São Paulo: Hemus, 1975.
- CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Jurisdição constitucional democrática**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.
- CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. Processo constitucional e a efetividade dos direitos fundamentais. In: CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza; SAMPAIO, José Adércio Leite. (Org.) **Hermenêutica e jurisdição constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.
- CUNHA, Antonio Geraldo da. **Dicionário etimológico nova fronteira da língua portuguesa**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986.

CUNHA, Paulo Ferreira da. **Raízes da república**: introdução histórica ao direito constitucional. Coimbra: Almedina, 2006.

CUNHA, Sérgio Sérvulo da. O que é um princípio. In: CUNHA, Sérgio Sérvulo da; GRAU, Eros Roberto (org.). **Estudos de direito constitucional em homenagem a José Afonso da Silva**. São Paulo: Malheiros, 2003.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

DECISÕES marcantes da suprema corte. Programas internacionais de informação. Departamento de Estado dos EUA. Disponível em: <<http://www.embaixada-americana.org.br/government/ch6.htm>> Acesso em: 9 fev. 2014.

DELGADO, José Augusto. O Princípio da Moralidade Administrativa e a Constituição Federal de 1988. **Revista Trimestral de Jurisprudência dos Estados**, n. 100, p. 19-40, maio 1992. Disponível em: <<http://bdjur.stj.gov.br/dspace/handle/2011/9917>>. Acesso em: 2 dez. 2013.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

DIAS, José Eduardo Figueiredo; OLIVEIRA, Fernanda Paula. **Noções fundamentais de Direito Administrativo**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2011.

EXPOSIÇÃO DE MOTIVOS. E.M.I. nº 104/ MP/MF/MEC/MCT. Casa Civil da Presidência da República. Brasília, 18 de junho de 2010. Disponível em: <http://planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/exm/emi-104-mp-mf-mec-mct-mpv-495-10.htm>. Acesso: 7 jan. 2014.

FARIA, Edimur Ferreira de. **Curso de Direito Administrativo Positivo**. 6. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

FERNANDES, Ciro Campos Christo. **Política de compras e contratações**: trajetória e mudanças na administração pública federal brasileira: Escola Brasileira de Administração Pública e de Empresas da FGV. 2010. Tese (doutorado). Rio de Janeiro: FGV. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/7950>>. Acesso em: 17 out. 2013.

FERRAZ, Luciano. Regime Diferenciado de Contratações (RDC) e composição de custos: desafios na aplicação da regra do sigilo e contratação integrada. **Interesse Público**. Belo Horizonte, ano 14, n. 76, p. 71-782, nov./dez. 2012.

FORTINI, Micro e pequenas empresas: as regras de habilitação, empate e desempate na Lei Complementar nº. 123 e no Decreto nº. 6.204/07. In: FORTINI, Cristiana; PEREIRA, Maria Fernanda Pires de Carvalho; CAMARÃO, Tatiana Martins da Costa. **Licitações e contratos**: aspectos relevantes. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

FRANÇA. Constitution (1958). **Constitution du 4 octobre 1958 en vigueur**. République française. Conseil Constitutionnel. Disponível em <<http://www.conseil->

constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank_mm/constitution/constitution.pdf>. Acesso em 11 out. 2013.

FRANCO, Vera Helena de Mello. **Manual de direito comercial**: o comerciante e seus auxiliares, o estabelecimento comercial, as sociedades comerciais. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001. vol. 1.

FREITAS, Juarez. **A interpretação sistemática do direito**. 3. ed. rev. ampl. São Paulo: Malheiros, 2002.

FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de licitações e contratos administrativos**. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

GALUPPO, Marcelo Campos. **Igualdade e diferença**: Estado democrático de direito a partir do pensamento de Habermas. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

GOMES, Carla Amado. **Textos dispersos de direito do Ambiente**. Lisboa: Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 2008. Vol. II.

GORJÃO-HENRIQUES, Miguel (org.). **Tratado de Lisboa**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2010a.

GORJÃO-HENRIQUES, Miguel. **Direito da União**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2010b.

GUSTIN, Miracy B. S.; DIAS, Maria Tereza Fonseca. **(Re)pensando a pesquisa jurídica**. 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2013.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**. Entre facticidade e validade. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HALL, John A. Estado. In: OUTHWAIRE, William; BOTTOMORE, Tom. **Dicionário do Pensamento Social do século XX**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editores, 1996. p. 257-260.

HEIDEGGER, Martin. **Ser e verdade**: a questão fundamental da filosofia; da essência da verdade. Trad. Emmanuel Carneiro Leão. Bragança Paulista: Vozes, 2007.

HOUAISS, Antônio. **Dicionário Houaiss da língua portuguesa**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2004.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 15. ed. São Paulo: Dialética, 2012.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários ao RDC**: Lei 12.462/11 e Decreto 7.581/11. São Paulo: Dialética, 2013.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

KANT, Immanuel. **Lógica**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1999.

KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do estado**. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KRIELE, Martin. **Introdução à teoria do estado**: os fundamentos históricos da legitimidade do estado constitucional democrático. Tradução de Urbano Carvelli. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2009.

LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo**: ensaio relativo à verdadeira origem, extensão e objetivo do governo civil. Tradução de Alex Marins. São Paulo: Martin Claret, 2004.

MARSHALL, Thomas Humphrey. **Cidadania, classe social e status**. Rio de Janeiro: Zahar, 1967.

MARTINS, Ana Maria Guerra. **Curso de Direito Constitucional da União Europeia**. Coimbra: Almedina, 2004.

MARTINS, Humberto Falcão; CUNHA JÚNIOR, Luiz Arnaldo Pereira da. Organização governamental: problemas e soluções em perspectiva conceitual da Administração Pública Brasileira. In: MODESTO, Paulo. **Nova organização administrativa Brasileira**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 343-375.

MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MEDAUAR, Odete. **O direito administrativo em evolução**. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Licitação e contratos administrativos**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 25. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2008.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **O conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. **Princípios Gerais de Direito administrativo**. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

MENDES, Geraldo Renato. **O Regime jurídico da contratação pública**. Curitiba: Zênite, 2008.

MINISTÉRIO DO MEIO AMBIENTE. **Licitação Sustentável**. Disponível em: <<http://www.mma.gov.br/responsabilidade-socioambiental/a3p/eixos-tematicos/licita%C3%A7%C3%A3o-sustent%C3%A1vel>>. Acesso: 13 fev. 2014.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**: Estrutura constitucional do Estado. 5.ed. rev.e atcual. Tomo III. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional: preliminares. o Estado e os sistemas constitucionais.** 7.ed. rev.e atual. Coimbra: Coimbra Editora, 2003. Tomo I.

MONTESQUIEU. **Do Espírito das Leis** (1748). Tradução de Jean Melville. Coleção A Obra-Prima de Cada Autor. São Paulo: Martin Claret, 2006.

MORANO, Cintia Barudi Lopes; ARRUDA JUNIOR, Ivan Roberto de. Princípio constitucional da publicidade no regime diferenciado de contratação: violação ou adequação? **Revista FMU Direito.** São Paulo, ano 26, n. 38, p. 75-82, 2012. Disponível em: <<http://www.revistaseletronicas.fmu.br/index.php/RMDIR/article/view/285/446>>. Acesso em: 23 jan. 2014.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de direito administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial.** 14. ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2007a.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações do direito administrativo.** 3.ed. rev. ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2007b.

MOREIRA, Egon Bockmann; GUIMARÃES, Fernando Vernalha. Contratação integrada: um novo Regime de Execução para os contratos administrativos no direito brasileiro. **Revista de Contratos Públicos**, nº. 4, jan./abr. 2012. p. 5-30.

MOTA, Carlos Guilherme. Para uma visão de conjunto: a história do Brasil pós-1930 e seus juristas. In: MOTA, Carlos Guilherme; SALINAS, Natasha Schmitt Caccia (Coord.). **Os juristas na Formação do Estado-Nação Brasileiro.** São Paulo: Saraiva, 2010. 566 p. p. 25-141.

NUNES, António José Avelãs. As duas últimas máscaras do Estado capitalista. **Pensar – Revista de Ciências Jurídicas.** Fortaleza, v. 16, n. 2, pp. 409-476, jul./dez. 2011. Disponível em: <http://www.unifor.br/images/pdfs/Pensar/v16n2_artigo2.pdf>. Acesso em: 7 mar. 2014.

OCDE. **Diretrizes para combater o conluio entre concorrentes em contratações públicas.** fev. 2009. Disponível em: <<http://www.oecd.org/competition/cartels/44162082.pdf>>. Acesso em: 5 mar. 2012.

OCDE. **Lei e Política de Concorrência no Brasil: uma revisão pelos pares.** 2010. Disponível em: <<http://www.oecd.org/daf/competition/45154401.pdf>>. Acesso em: 10 dez. 2012.

OLIVEIRA, Maria Auxiliadora Monteiro. **O ensino da Filosofia no 2º grau: um percurso histórico, até a realidade mineira dos anos 80.** Dissertação de Mestrado em Educação. PUC/ SP, 1993.

ONU. **Report of the World Commission on Environment and Development.** (1987). Disponível em: <<http://www.un.org/documents/ga/res/42/ares42-187.htm>>. Acesso: 17 Jan. 2014.

OTERO, Paulo. **Legalidade e administração pública**: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2011.

PAOLIELLO, Patrícia Brandão. O princípio da publicidade como elemento fundamental de um estado democrático de direito: breves considerações a respeito da lei n. 12.527 de 18 de novembro de 2011. In: TAVARES, Fernando Horta (Coord.). **Teoria Geral do Direito Público**: Institutos Jurídicos Fundamentais sob a perspectiva do Estado de Direito Democrático. Belo Horizonte: Del Rey, 2013. 339 p. p. 211-230.

PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. **Crise econômica e reforma do Estado no Brasil**: para uma nova interpretação da América Latina. São Paulo: Ed. 34, 1996.

PESSOA, Andréia Nádia Lima de Sousa. O Regime diferenciado das contratações públicas à luz da constituição federal de 1988. **Revista Faculdade Santo Agostinho**. Teresina, v. 9, n. 2, pp. 98-112, ago./dez. 2012. Disponível em: <<http://189.43.21.151/revista/index.php/fsa/article/view/47/pdf>>. Acesso em: 11 fev. 2014.

PIÇARRA, Nuno. **A separação dos poderes como doutrina e como princípio constitucional**: Um contributo para o estudo das suas origens e evolução. Coimbra: Editora Coimbra, 1989.

PORTUGAL. **Constituição da República Portuguesa**. VII Revisão Constitucional (2005). Assembleia da República. Disponível em: <<http://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>>. Acesso: 25 jun. 2013.

PUC. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Pró-Reitoria de Graduação. Sistema de Bibliotecas da PUC Minas. **Padrão Puc Minas de Normalização**: normas da ABNT para apresentação de teses, dissertações, monografias e trabalhos acadêmicos. 9. ed. revisada, ampliada e atualizada conforme norma NBR 14.724 de abril de 2011. Belo Horizonte, 2011. Disponível em <http://www.pucminas.br/documentos/normalizacao_monografias.pdf> Acesso em 31 out. 2013.

RANGEL, Paulo Castro. A separação dos poderes Segundo Montesquieu. In: **Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Rogério Soares**. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

REALE, Giovanni. **História da filosofia antiga**. Vol. V. São Paulo: Loyola, 1995.

REQUI. Érica Miranda dos Santos. Desenvolvimento sustentável e a agenda ambiental na administração pública: A3P. **Revista Zênite de Licitações e Contratos – ILC**, Curitiba, v. 18, n. 203, p. 40, jan. 2011.

REQUIÃO, Rubens. **Curso de direito comercial**. 26. ed. atual. / por Rubens Edmundo Requião. São Paulo: Saraiva, 2006. vol. 1.

RIBEIRO, Mauricio Portugal; PRADO, Lucas Navarro; PINTO JUNIOR, Mario Engler. **Regime diferenciado de contratação**: licitação de infraestrutura para Copa do Mundo e Olimpíadas. São Paulo: Atlas, 2012.

ROSILHO, André. **Licitação no Brasil**. São Paulo: Malheiros, 2013.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O contrato social**: princípios do direito político (1757). 3.ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

SALDANHA, Nelson. **Filosofia do direito**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

SALINAS, Natasha Schmitt Caccia. Reforma administrativa de 1967: a reconciliação do legal com o real. In: Carlos Guilherme Mota e Natasha Schmitt Caccia Salinas (Coord.). **Os juristas na Formação do Estado-Nação Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2010. 566 p. p. 453-482.

SANTANA, Marco Antonio de. A incompatibilidade da figura do soberano no estado constitucional: a legalidade como garantia dos direitos humanos. In: TAVARES, Fernando Horta (Coord.). **Teoria Geral do Direito Público**: Institutos Jurídicos Fundamentais sob a perspectiva do Estado de Direito Democrático. Belo Horizonte: Del Rey, 2013. 339p. p. 95-113.

SANTOS, Milton. **Por uma outra globalização**: do pensamento único à consciência universal. 6 ed. São Paulo: Record, 2001.

SCHIER, Paulo. **Filtragem constitucional**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris editor, 1999.

SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à Constituição**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

SILVA, Virgílio Afonso da. Princípios e Regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. **Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais**, n. 1, 2003. p. 607-630.

SILVA, Wandir Manoel da. Análise crítica da supremacia do interesse público sobre o privado na perspectiva do estado democrático de direito. In: CASTRO, Dayse Starling Lima (Coord). **Direito público**: teoria geral do direito, constitucional, processo legislativo, processo constitucional, administrativo, licitação e contratos administrativos, responsabilidade civil do Estado, eleitoral, previdenciário, tributário, ambiental. Belo Horizonte: PUC Minas, Instituto de Educação Continuada, 2012. 1032p. p. 449-459.

SOARES, Mário Lúcio Quintão. **Teoria do Estado**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

SOARES, Mário Lúcio Quintão. **Teoria do Estado**: O substrato clássico e os novos paradigmas como pré-compreensão para o direito constitucional. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Direito administrativo contratual**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

SOUZA, Celina. Federalismo, desenho constitucional e instituições federativas no Brasil pós-1988. **Revista de Sociologia Política**, Curitiba, nº. 24, p. 105-121, jun. 2005.

SOUZA, Washington Peluso Albino de Souza. **Teoria da constituição econômica**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de direito público**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2012a.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Licitação e contrato administrativo**. São Paulo: Malheiros, 1999.

SUNDFELD, Carlos Ari. O fenômeno constitucional e suas três forças. **Revista de Direito do Estado**, n. 11, p. 209-216, Rio de Janeiro: Renovar, jul./set. 2008.

SUNDFELD, Carlos Ari. Prefácio. In: RIBEIRO, Maurício Portugal; PRADO, Lucas Navarro; PINTO JÚNIOR, Mario Engler. **Regime diferenciado de contratação: Licitação de infraestrutura para Copa do Mundo e Olimpíadas**. São Paulo: Atlas, 2012b.

TORRES, Heleno Taveira. **Direito constitucional tributário e segurança jurídica: metódica da segurança jurídica do sistema constitucional tributário**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

VALENTE, Manoel Adam Lacayo. **Marco legal das licitações e compras Sustentáveis na Administração Pública**. Disponível em: <file:///C:/Users/Marco%20Antonio/Downloads/marco_legal_valente.pdf>. Acesso: 23 abr. 2014.

VALLE, Gabriel. **Dicionário latim-português**. São Paulo: IOB-Thomson, 2004.

VEIGA, José Eli da. **Desenvolvimento sustentável: desafio do século XXI**. Rio de Janeiro: Garamond, 2005.