

A BATALHA ENTRE ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA BUROCRÁTICA E GERENCIAL REFLETIDA NO CONFLITO ENTRE A ADI 4.655/2011 E A LEI N. 8.666/1993 VERSOS A LEI N. 12.462/2011: Evolução do Direito Administrativo

THE BATTLE BETWEEN BUREAUCRATIC AND MANAGEMENT PUBLIC ADMINISTRATION REFLECTED ON THE CONFLICT BETWEEN THE DIRECT ACT OF UNCONSTITUTIONALITY (ADI) 4.655/2011 AND LAW 12.462/2011: Administrative law's evolution

Edimur Ferreira de Faria¹

Renato Horta Rezende²

RESUMO

O presente artigo tem como inspiração a obra: “Direito Administrativo para céticos” da autoria de Carlos Ari Sundfeld e aulas ministradas pela professora Dra Marinella Machado Araújo na disciplina “Tendências do Direito Administrativo” no programa de pós-graduação stricto-sensu da PUC-Minas, no primeiro semestre de 2012, possuindo como pretensão a demonstração teórica da presença contemporânea dos modelos de Administração já institucionalizados, assim como as atuais batalhas travadas entre os modelos de Administração Pública Burocrática e Gerencial, por meio do método dialético hipotético-dedutivo, possuindo como hipótese a existência de modelos Administrativos que atualmente convivem e se digladiam, hodiernamente, resultando em indubitável ineficiência e desserviço à sociedade, deixando de ser efetivo em uma sociedade dinâmica e globalizada. O universo avaliado tem por parâmetro a Lei n.12.462, de 4.8.2011 e a ADI 4.655/2011 que pretende a declaração de inconstitucionalidade.

Palavras chave: Lei 12.462/11; Administração Pública gerencial; controle; ADI 4.655/2011.

¹ Mestre e Doutor, Professor da Graduação e do Programa de Pós-graduação em Direito da PUC Minas; Presidente do Instituto Mineiro de Direito Administrativo.

² Graduação em Direito pela Fundação Universidade de Itaúna; Advogado inscrito na Seccional Minas Gerais; Pesquisador extensionista do NUJUP-PUCMG (Núcleo Jurídico de políticas Públicas).

ABSTRACT

This article is inspired by Carlos Ari Sundfeld's book: Administrative Law to Skeptical and by the classes instructed by Marinella Machado Araújo during Administrative Law Trends course. It aims to demonstrate theoretically the presence of institutionalized administration models in actuality by the method of theoretical and deductive dialectics. The central hypothesis is the existence of coexisting and confronting administrative models in our times, resulting in an unquestionable inefficiency and disservice to social order, turning these models inadequate to a dynamic and globalized society. This evaluation takes the law 12.462/2011 and the ADI 4655/2011 as parameter which seeks a declaration of unconstitutionality.

Keywords: Law 12.462/11; Public Administration management; ADI 4,655/2011.

1 INTRODUÇÃO

Em 04 de agosto de 2011 foi publicada a Lei n. 12.462 que institui o Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC entre outras disposições. A referida lei é alvo de diversas críticas doutrinárias e objeto da ADI 4.655 proposta pelo ex-Procurador Geral da República, Roberto Monteiro Gurgel Santos, que questiona inconstitucionalidades de ordem formal e material.

Contudo, apesar da cogitada inconstitucionalidade formal de que, aparentemente padece a norma, a discussão que também orbita o debate sobre o RDC tem como pano de fundo, a batalha travada diariamente entre os modelos de Administração Pública Burocrática e Gerencial, que, mesmo distintos tentam sobreviver digladiando na arena que ora se apresenta junto a Administração Pública, ora nos tribunais ou nos parlamentos.

Os defensores do Gerencialismo argumentam que, adeptos do modelo Burocrático dogmático, de forma inconsciente, agitam suas bandeiras em prol de uma Administração Pública engessada, desvirtuada de suas atribuições republicanas e democráticas sob o argumento míope de defesa do patrimônio e interesse público fundado em autorreferência hermética e desconfiança generalizada (CROZIER, 1981).

Por sua vez, os defensores da Burocracia apontam a flexibilização, a confiança regrada e o controle *a posteriori* como meios falíveis a permitir a desestruturação do patrimônio público que sustenta a estrutura público-administrativo, afrouxando os nós que tentam atar à apropriação privada de bens públicos.

Nessa luta entre focos, a Administração Pública poderá aviar recursos financeiros, jurídicos, políticos e sociais por caminhos que tem como fim o combate prévio, potencial e procedimental às práticas patrimonialistas, ou poderá se reformular buscando a eficiência financeira, a referência no cidadão-cliente, o controle de resultados, confiança regrada e a punição da indevida apropriação privada de patrimônio público, por meio da ampliação da autonomia administrativa, redução da formalidade, redução dos prazos procedimentais e concessão de poder de gestão de contratos ao Executivo.

A parcial reformulação institucional promovida no governo Fernando Henrique Cardoso³ (1995), após intenso debate e superação da classificação liberal clássica, não teve o condão de alterar culturalmente a Administração Pública e o modelo de gestão efetivamente posto, causando embates entre posicionamentos rígidos, aficcionados ao modelo burocrático legalmente superado, e a nova gestão pública gerencial (*new public management*), mais flexível.

Os fins que justificaram a implantação do modelo Administrativo burocrático (1930) “em si, são de família boa” SUNDFELD (2012), porém, nas últimas décadas, no Brasil e no mundo, o termo “burocracia” adquiriu forte conotação pejorativa, sendo associado a exageros procedimentais, decorrentes da desconfiança total, sem qualquer preocupação com o resultado, a eficiência e os novos desafios de um modelo econômico social-liberal construído sobre uma sociedade global.

Os cidadãos, por sua vez, frente a atual dinâmica e evolução social, associada à globalização e evolução tecnológica passaram a questionar a viabilidade política-institucional dos Estados que precisavam se adequar às novas imposições e desafios humanos (CASTELLS, 2008), atribuindo ao gestor mais que apenas o afastamento de práticas patrimonialistas (pressuposto), exigindo também atividades voltadas à promoção econômica, financeira, social e cultural, objetivando o interesse público, tendo o cidadão como referência, possuindo a eficiência financeira como meta sob pena de se tornar inoperante.

Mesmo com tamanha expectativa e necessidade, no Brasil, atualmente, vive sentimento social de enorme desconfiança sobre os representantes políticos e agentes administrativos nacionais, decorrentes de inúmeros escândalos relacionados à corrupção, que mantem vivo o Patrimonialismo, e impunidade que coloca o País na 69ª posição no *rank* de

³ É preciso não confundir a Reforma Gerencial com a emenda constitucional nº 19, apresentada pelo governo em 1995, chamada “reforma administrativa”. A reforma constitucional é parte fundamental da Reforma Gerencial, uma vez que mudou instituições normativas fundamentais e promoveu o debate nacional que a tornou emblemática, porém, a EC nº 19 compõe todo o arcabouço formado por mudanças infraconstitucionais. (BRESSER-PEREIRA, 2002).

Índice de Percepção da Corrupção com pontuação positiva correspondente a apenas 43%⁴.

Esse estado de desconfiança social repercute culturalmente na forma de gerir e legislar em prol da coisa pública com dispêndio financeiro e humano exagerado, objetivando crescente controle sobre práticas nepotistas e corruptas. Os esforços dispostos sofisticam as práticas combatidas e acabam por danificar o patrimônio protegido, não alcançando o interesse público, que segundo MELLO (2007) se contrapõe ao interesse privado, e se coaduna com o interesse do conjunto social.

A batalha frontalmente travada entre os dois modelos de Administração Pública, bem como a resistência posta por práticas Patrimonialistas culturais possuem repercussão política, administrativa, jurídica, econômica e social conforme será desenvolvido adiante.

2 ANTAGONISMO ENTRE OS MODELOS DE ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Sob o manto da modernização da máquina administrativa (WAHRLICH, 1984), o primeiro modelo de Administração *Pública* implantado no Brasil foi o modelo Burocrático, idealizado no governo provisório de Getúlio Vargas (1930-1945)⁵, possuindo como principal meta a sobreposição do modelo de Administração de *Estado* Patrimonialista, que possuía como regra um quadro de nepotismo e corrupção próprio do modelo de Estado anteriormente vigente, em prol da República que havia acabado de nascer (FAORO, 2012).

O modelo Burocrático da Administração Pública inicialmente implantado teve como fundamento a teoria formulada por Max Weber, construída em meio ao Estado liberal europeu e tendo como parâmetro as principais organizações de sua época, e também a Igreja e o Exército (WEBER, 1999).

Para se alcançar o objetivo de extirpar as práticas patrimonialistas contrárias a jovem República, o modelo burocrático propunha a impessoalidade, a racionalidade, o rígido controle dos procedimentos e a estrita obediência às regras, mantendo, contudo a estrita obediência independentemente de qualquer valor ou opinião próprios do agente (WEBER, 2004).

O modelo Burocrático foi essencial ao capitalismo que, após o *crack* da bolsa de

⁴ Fonte: Transparência internacional, publicado em 05/12/2012. <http://www.transparency.org/cpi2012/results>

⁵ BRESSER-PEREIRA (2002) Esclarece que a reforma burocrática teve início na Europa no século XIX fruto de um regime autoritário liberal, enquanto a reforma burocrática brasileira ocorreu no século XX em um regime autoritário intervencionista.

Nova Iorque (1929), passou a exigir maior controle e a separação entre as funções políticas e as funções administrativas de Estado, além de exigir a distinção entre bens públicos e bens privados.

Fundamentado na teoria weberiana, a Burocracia Administrativa então hasteou a bandeira contra o nepotismo e corrupção, reconhecendo a separação entre patrimônio público e privado, e estabelecendo controle passo a passo das atividades executivas com intuito de evitar corrupção e nepotismo.

Entretanto, como aduz GOULDNER (1945), citado por BRESSER-PEREIRA (2002), além do pressuposto da eficiência e da racionalidade instrumental do modelo Burocrático não ter se efetivado completamente, este modelo não se mostrava adequado às novas exigências sociais desenvolvidas no século XX, que passou a cobrar a efetivação de uma atuação administrativa eficiente.

Além do acima mencionado, a inflexibilidade do modelo burocrático brasileiro também contribuiu para o seu declínio deixando de atender as diferenças individuais e as complexas relações humanas (WAHRLICH, 1984), possuindo como único viés a proteção direta do patrimônio público estático.

As práticas patrimonialistas, apesar de atualmente presentes, como herança do período colonial, já não são mais admitidas na sociedade moderna republicana e democrática, que não consente com a apropriação privada de patrimônio público, existindo normas proibitivas e controle social sobre o tema.

O modelo Burocrático é, em sua origem brasileira, anacrônico, pois possui fundamento na filosofia político-liberal como anteriormente frisado, porém quando de sua implantação o Estado brasileiro, liderado por Getúlio Vargas, iniciava uma fase intervencionista-desenvolvimentista⁶ afastando-se do modelo liberal clássico.

Além do acima apontado, a burocracia implantada no Brasil não foi capaz de impedir a corrupção, passando a estabelecer com esta uma espécie de simbiose em que a exagerada burocracia acaba criando ambiente propício para a prática da corrupção, decorrente das inúmeras exigências formais e da complexidade dos procedimentos que estimulam tanto tentativas diretas de subornos e propinas, a fim de desobstruir os negócios, como a inserção das empresas na economia informal (DECOMTEC, 2010).

O último Relatório da Burocracia: custos econômicos e propostas de combate

⁶ No Estado intervencionista-desenvolvimentista o Estado ocupa parcela do mercado, por meio das empresas públicas e sociedade de economia mista, desenvolvendo a indústria de base, fomentando a economia.

elaborado pela DECOMTEC (2010) descreve que o desenvolvimento de práticas corruptas e a exagerada burocracia reduz a arrecadação tributária em razão da informalidade, encarece o custo da produção das atividades formais, afetando o consumidor e a atinge diretamente a competitividade comercial e industrial brasileiras no mercado mundial.

Mesmo idealizado em regime autoritário e tendo sobrevivido no Brasil, justamente, em razão da conveniência proporcionada a esse regime, o modelo Burocrático foi consagrado na efetiva democratização de 1988, muito em razão da ausência da noção partidária da gravidade da crise que o País enfrentava e na crença na possibilidade de retorno aos anos dourados do milagre econômico anteriormente experimentado (BRESSER-PEREIRA, 2002).

Diante das novas necessidades crescentes em um Estado liberal-social, da incongruência filosófico-política e das disfunções burocráticas, novo modelo de Administração Pública absolutamente contrária ao modelo Patrimonialista de *Estado* e substancialmente divergente do modelo Burocrático de Administração Pública passou a germinar no Brasil, o modelo Gerencial.

O Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado de 1995, liderado pelo Ministro da Fazenda, Luiz Carlos Bresser Pereira, pretendia a implantação de nova concepção de Administração Pública capaz de romper com os modelos anteriores de forma institucional, cultural e gerencial.

Para implantar esse modelo de Administração foi idealizado, desenvolvido e executado o Plano Diretor da reforma, possuindo como primeira iniciativa foi a institucionalização constitucional do modelo Gerencial por meio da edição da Emenda Constitucional nº 19, de 04 de junho de 1998⁷.

Mesmo o modelo burocrático não tendo sido completamente implantado no Brasil, as novas obrigações decorrentes de um modelo econômico liberal-social não podiam mais esperar, sendo exigida a implantação imediata de modelo Administrativo eficiente financeiramente⁸, voltado para a efetivação das atividades estatais monopolizadas, ou a promoção de atividades de cunho não exclusivos do Estado, mas que, da mesma forma, atendessem às necessidades do cidadão⁹, sendo necessária a criação de instrumentos capazes de

⁷ BRESSER-PEREIRA (2002) adverte que a EC no 19/98, não pode ser considerada em si mesma como a reforma gerencial, isto porque, a reforma pretendida era mais profunda.

⁸ A eficiência financeira na administração tem origem na teoria clássica da administração, devendo a produção ser realizada com menor custo possível.

⁹ O atendimento as demandas possui origem na estratégia administrativa de gerenciamento de qualidade total, que consiste em criar consciência da qualidade em todos os processos organizacionais possuindo como principais estágios o planejamento, a organização, o controle e a liderança, a fim de atender com qualidade as necessidades do cliente.

efetivar tal desiderato por meio do aumento da autonomia administrativa e da gestão contratual, bem como redução dos prazos e da formalidade excessiva.

O novo modelo Administrativo de gerir a coisa pública, assim como o modelo burocrático, é oposto ao Patrimonialismo, pois mantém a dicotomia entre bens públicos e privados, contudo a semelhança com o modelo burocrático é restrita somente ao objetivo de proteger o bem público, pois apesar do Gerencialismo estar assentado no pressuposto da existência de um corpo de servidores capacitados e selecionados meritoriamente, o foco entre os dois modelos de Administração Pública são antagônicos.

O principal foco do modelo Burocrático é evitar práticas patrimonialistas por meio de rígido processo, alicerçado, principalmente na impessoalidade, na desconfiança total, na legalidade e no controle de procedimentos. A proteção ao patrimônio é exercida por meio do controle de procedimentos que visavam evitar a apropriação patrimonial indevida. A burocracia passou a dispensar cada vez mais recursos humanos, financeiros¹⁰ e normativos para evitar que práticas patrimonialistas viessem a ocorrer, relegando a gerência dos recursos públicos e a eficiência desejada em prol da sociedade.

Sendo os recursos limitados, a burocracia ao direcionar seu foco à contenção de práticas Patrimonialistas reduziu a governança, engessando e pressionando negativamente a efetividade do Governo (DECOMTEC, 2010), aumentando a crise fiscal¹¹.

No modelo Gerencial o controle deixa de ser realizado durante o processo e passa a ser examinado *a posteriori* procurando criar condições de governança, com maior autonomia discricionária e responsabilidade dos administradores e políticos.

Com a redução do controle de procedimento passo a passo e a adoção progressiva de controle ulterior e concentrado, a Administração conquista meios eficientes para implantação das políticas e a consecução das metas coletivas voltadas ao atendimento das demandas sociais¹², acelerando os procedimentos e reduzindo a morosidade.

Contudo, a reforma do aparelho do Estado é complexa e sua implantação

¹⁰ Conforme o *Relatório Burocracia: custos econômicos e propostas de combate* produzido pela FIESP em 2010, “o custo médio da burocracia no Brasil é estimado entre 1,47% a 2,76% do PIB, isto é, de R\$ 46,3 bilhões a R\$ 86,7 bilhões (em reais de 2009)”.

No índice divulgado pelo Banco Mundial, através do *Doing Business 2013: Smarter Regulations for Small and Medium-Size Enterprises* que mede a facilidade em se fazer negócios, o Brasil ocupa a 130ª posição entre 185 países (junho 2012). P. 152.

¹¹ DÍNIZ (1997) relata que a falta de autoridade do Estado brasileiro e sua incapacidade de financiar-se através de um sistema de arrecadação eficiente são aspectos enfatizados da crise fiscal.

¹² Segundo ao DECOMTEC (2010) A “maior efetividade do governo e maior eficácia das leis relacionam-se com menor Índice de Burocracia. No Brasil, a elevada burocracia pressiona negativamente a Efetividade do Governo.”

compreende três dimensões: institucional, cultural e de gestão (BRESSER-PEREIRA, 2002). A implantação institucional teve início com a EC nº 19/98, contudo, ainda é necessária a reformulação normativa a fim de criar instrumentos legais para conferir à Administração a capacidade gerencial desejada.

A segunda dimensão, dimensão cultural, também ainda não se concluiu, até mesmo porque não é dada a lei a possibilidade de mudar imediatamente a cultura desenvolvida durante anos em nosso País. Em virtude disso são travados, com frequência, na Administração Pública e também no Poder Judiciário, conflitos decorrentes da ausência de sintonia entre posicionamentos burocráticos e gerenciais. A seu turno, a dimensão de gestão tem por objetivo a busca pela qualidade total, que deve ser desenvolvida permanentemente e será mais ampla quanto mais implantada forem as duas dimensões anteriores (BRESSER-PEREIRA, 2002).

3 O REGIME GERAL DE LICITAÇÕES PÚBLICAS E O REGIME DIFERENCIADO DE CONTRATAÇÃO PÚBLICA (RDC)

Em 1991, o Brasil atravessava a maior crise política de sua história recente com denúncias de corrupção envolvendo pessoas próximas ao então presidente da República, que por esta e outras razões acabou eclodindo na renúncia de Fernando Collor de Melo, em 29 de setembro de 1992, minutos antes da declaração do Congresso Nacional de seu impeachment. Os anos seguintes não foram menos tormentosos seguindo escândalos oriundos de contratações públicas irregulares, que inclusive deram origem à instauração da CPMI (Comissão Parlamentar Mista de Inquéritos) dos “anões do orçamento”¹³, realizada entre 1993 e 1994.

A Lei Geral de Licitações públicas, Lei n. 8.666, de 21.6.1.993, inspirada no inciso XXI do art. 37 da Constituição Federal, foi então discutida e aprovada em uma época de extrema desconfiança em razão dos acontecimentos políticos acima anotados, fato este que justifica a sua rigidez burocrática, que pretendia afastar a apropriação indevida de patrimônio público por particular. Para isso, adotou-se excessivo formalismo administrativo, controle passo a passo, reduzida autonomia administrativa e ausência executiva de gestão de contratos.

Adequado ao momento histórico em que foi editada, a Lei Geral de Licitações

¹³ A CPMI dos “anões do orçamento” teve origem nas denúncias realizadas pelo ex-funcionário do Senado José Carlos Alves dos Santos relativas a recebimento de propinas por ele mesmo e por parlamentares pagas por chefes do executivo e empreiteiras objetivando a liberação e inclusão de verbas orçamentárias para grandes obras. (LARANJA, 2005)

passou a não mais atender os novos interesses sociais e governamentais posteriores, sendo alvo de inúmeras alterações¹⁴. Não sendo suficientes as mudanças realizadas no corpo da Lei de Licitações, objetivando maior dinamismo e agilidade, foram editadas normas gerais licitatórias específicas para compra de bens e serviços comuns (Lei n. 10.520, de 17.7.2002), assim como normas destinadas a regular concessões de serviços públicos (Lei n. 8.987, de 13.2.1995), telecomunicações (Lei n. 9.472, de 16.7.1997); setores submissos a Agência Nacional de Petróleo (Lei n. 9.478, de 6.8.1997) e parceria público-privada (Lei 11.079, de 13.12.2004).

Na mesma esteira foi também editada a Lei n. 12.462, de 4.8.2011, que instituiu o Regime Diferenciado de Contratação Pública (RDC), que, assim como a Lei Geral de Licitações públicas observou o momento histórico, haja vista o exíguo prazo para execução de obras e serviços contratados mediante licitação em conformidade com a Lei n. 8.666/93, considerando o cenário proporcionado pelos megaeventos esportivos que o País viria a sediar como: Copa das Confederações da FIFA/2013; Copa do Mundo de Futebol da FIFA/2014; e Olimpíadas/2016.

Além das circunstâncias fáticas apontadas, FILHO (2013) adverte que os megaeventos serviram como pretexto a intenção governamental de superar o impasse acerca da reforma da Lei Geral de Licitações públicas, que há anos tramita no Congresso Nacional e pouco ou nada se avança em razão de divergências quanto à redução de formalidade, ampliação de autonomia executiva e atribuição do poder de gestão no processo de contratação pelo agente administrativo, possuindo o Poder Executivo explícita intenção em ampliar e generalizar a sistemática do RDC, como vem fazendo, pontualmente, com as edições das Leis n. 12.688, de 18.7.2012; 12.722, de 3.8.2012; 12.745, de 19.12.2012, que, ampliaram a faculdade para se utilizar novo Regime nas contratações de obras e serviços de engenharia patrocinados pelo PAC (Programa de Aceleração do Crescimento); obras e serviços de engenharia no âmbito do SUS (Sistema Único de Saúde); e as obras e serviços de engenharia no âmbito dos sistemas públicos de ensino.

Assim como as demais leis que regulam especificamente determinadas licitações, o RDC não revogou a n. Lei 8.666/93, convivendo perfeitamente com esta, concebendo inclusive a possibilidade de utilização híbrida dos dois institutos, já que a utilização do RDC é facultativa (art. 1º, §2º da Lei n. 12.462/11).

¹⁴ Leis n. 8.883/1994; 9.032/1995; 9.648/1998; 11.196/2005; 11.481/2007; 11.763/2008; 11.952/2009; 12.188/2.010; 12.232/2010; 12.349/2010; 12.440/2011; 12.715/2012; e medidas provisórias, estando ainda em vigor apenas a MP n. 619/2013

A possibilidade de se conjugar as normas exacerba o caráter experimental da norma e confirma a oportunidade para construção de um novo modelo (FILHO 2013), que não se dará com a consagração completa do RDC e tão pouco com a exclusão completa da Lei n. 8.666/93, mas certamente com aquilo que há de melhor em ambos os sistemas.

Porém, a dificuldade enfrentada neste campo revela-se no desafio de se avaliar o novo sistema a luz de uma filosofia-administrativa atual, compromissada com princípios republicanos e democráticos voltados a consagrar os anseios sociais, e não apenas conter a corrupção e o nepotismo, apesar de também se ocupar dessa missão.

4 A TENTATIVA DE IMPLANTAÇÃO INSTITUCIONAL E DE GESTÃO DO MODELO DE ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA GERENCIAL E A RESITÊNCIA CULTURAL BUROCRÁTICA: LEI 12.462/11 x ADI 4.655/11

A Lei n. 12.462/2011 instituiu o Regime Diferenciado de Contratações Públicas - RDC; alterou a Lei n. 10.683, de 28.5.2003, 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); criou a Secretaria de Aviação Civil, cargos de Ministro de Estado, cargos em comissão e cargos de Controlador de Tráfego Aéreo; autorizou a contratação de controladores de tráfego aéreo temporários; alterou as Leis n. 11.182, de 27.9.2005, n. 5.862, de 12.12.1972, n. 8.399, de 7.1.1992, n. 11.526, de 4.10.2007, n. 11.458, de 19.3.2007 e n. 12.350, de 20.12.2010, e a Medida Provisória n. 2.185-35, de 24.8.2001; e revogou dispositivos da Lei n. 9.649, de 27.5.1998.

A lei em referência, que instituiu o RDC, originou-se da Medida Provisória n. 527/2011 e está cercada de inúmeras controversas de ordem constitucional e infraconstitucional, possuindo ainda como pano de fundo a batalha travada entre posicionamentos burocráticos e posicionamentos gerenciais¹⁵ em prol do controle e da governança.

Em 09 de setembro de 2011, o então Procurador Geral da República propôs ação direta de inconstitucionalidade - ADI, autuada sob o registro 4.655, em face da lei em foco arguindo inconstitucionalidades formais e materiais, com pedido cautelar objetivando a suspensão da sua eficácia imediatamente.

O Relator da ação, Ministro Luiz Fux, considerando a indiscutível relevância da

¹⁵ SUNDFELD (2012) identifica o caráter “bipolar” do Direito Administrativo que ora se utiliza de elementos burocráticos, ora gerenciais.

matéria e o seu especial significado para a ordem social e a segurança jurídica, submeteu o feito ao rito previsto no art. 12 da Lei n. 9.868/99.

Entretanto, até esta data, 08.09.2013 não houve pronunciamento sobre o requerimento cautelar. Em decorrência disso, a INFRAERO publicou no Diário Oficial da União, em 24 de outubro de 2011, o primeiro edital de licitação utilizando o RDC tendo por objeto a contratação da empresa vencedora do certame para realizar estudos preliminares, elaborar projetos básicos e executivos da obra de ampliação e recuperação do estacionamento do Aeroporto Internacional de João Pessoa/PB - Presidente Castro Pinto. A partir daí, outros editais de licitação foram lançados com vista a reforma, ampliação e/ou recuperação de aeroportos nas cidades: do Rio de Janeiro/RJ, Salvador/BA, Fortaleza/CE, Recife/PE, Cuiabá/MT, Porto Alegre/RS, Confins/MG, Manaus/AM e Curitiba/PR.

Ainda que em perfeita eficácia, FILHO (2013) informa que, excetuando a INFRAERO, não se verificou uma opção marcante ou de modo mais intenso pelo Regime Diferenciado de Contratação no País.

Tal constatação certamente possui origem no temor de que soluções orientadas por ausência de rigor e formalismo excessivos possam conduzir a um cenário de corrupção e nepotismo. Contudo, a Lei n. 8.666/93 não impede a ocorrência de tais condutas, ao contrário, ela acaba, em certa medida, funcionando como incentivo à prática de improbidade administrativa, na forma de ilícito administrativo e delito penal, em razão do excesso de burocracia e inflexibilidade.

O modelo Administrativo gerencial defendido pelo governo Fernando Henrique Cardoso e conduzido também, em parte, por Luiz Inácio Lula da Silva e Dilma Vana Rousseff prevê maior autonomia à autoridade Administrativa trazendo dinamismo e agilidade à atividade executiva, sendo necessária confiança limitada administrativa, redução da formalidade, eficiência financeira, controle de resultados e capacidade de gestão.

Independente da suposta inconstitucionalidade atribuída à lei sob exame é patente que a norma pretende conceber ao administrador a autonomia necessária para execução, em tempo hábil, dos objetivos pretendidos com a consagração do Regime Diferenciado de Contratação Pública.

Contudo, não se verifica na ADI 4.655/11 apenas o posicionamento contrário à suposta inconstitucionalidade da norma objeto, mas também a resistência a maior autonomia, menor formalidade e capacidade de gestão atribuída ao administrador fundado na

desconfiança total, sentimento¹⁶ que compõe a cultura burocrática¹⁷.

A desconfiança total apresentada na ADI tem fundamento nas experiências de (des)organizações experimentadas como, por exemplo, nos Jogos Pan-Americanos de 2007, realizados na Cidade do Rio de Janeiro¹⁸, experiências essas desenvolvidas sob a égide de rígido controle de procedimentos burocráticos, não gerenciais, determinados pela Lei n. 8.666, de 21.6.1993.

A crítica à contratação integrada é um belo exemplo do aduzido aqui, pois na ADI 4.655 são apresentados argumentos contrário à contratação regulada pelo art. 9º da Lei n. 12.462/11 que disciplina a possibilidade de contratação conjunta de projeto 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.

A crítica contrária à contratação integrada prevista no RDC é contraditória, pois tem como premissa a condição de que é mais adequado¹⁹ o procedimento contido na Lei Geral de Licitações, Lei n. 8.666/93, apesar do diagnóstico conclusivo que atenta para o fato corriqueiro²⁰ da existência de projetos básicos de má qualidade que ao serem executados causam prejuízos ao erário, pressupondo que, mesmo fracassada a desconfiança total, esta ainda é o melhor meio para se evitar a dilapidação do patrimônio público²¹ (*sic*).

Observe-se que se o prejuízo ao erário pode decorrer da deficiência do projeto básico que orienta a execução da obra, a solução, certamente, não estaria na desconfiança prévia generalizada, mas sim nas condições do autor do projeto possuir meios científicos e

¹⁶ Segundo SUNDFELD (2012), a cultura burocrática embora criticada resiste e cresce, como crescem as regulamentações. Os planos governamentais de desburocratização, de privatização, de substituição da Administração burocrática pela gerencial são incapazes de efetivamente deter ou mudar este sentimento.

¹⁷ “Não há, reitere-se, qualquer parâmetro legal sobre o que seja uma licitação ou contratação necessária aos eventos previstos na lei, outorgando-se desproporcional poder de decisão ao Poder Executivo.” (ADI 4.655)

¹⁸ “A experiência, de resto, mostra o risco que essa delegação representa para o patrimônio público. Por ocasião dos Jogos Pan-Americanos de 2007, a União, Estado e Município do Rio de Janeiro não conseguiram organizar-se e identificar as obras e serviços que deveriam ser realizados. Essa foi uma das razões para que o orçamento inicial do evento, de 300 milhões de reais, tenha sido absurdamente ultrapassado, com um gasto final na ordem de 3 bilhões de reais.” (ADI 4655)

¹⁹ “Se assim o é em relação a um projeto básico de baixa qualidade com muito mais razão se justifica tal entendimento quando a contratação da obra e/ou serviço não se faz preceder de projeto básico, tal como se dá na empreitada global da Lei nº 12.462.” (ADI 4655:40-41)

²⁰ REsp 1057539/RS; REsp 585113/PE.

²¹ A Advocacia Geral da União (AGU), em manifestação sobre a ADI 4.655, questiona o falso êxito atribuído a Lei nº 8.666/93 no atendimento ao seu desiderato e que as mudanças em sua estrutura seriam desnecessárias, mesmo em face dos eventos esportivos de grande porte a serem realizados no país.

financeiros suficientes para executar com segurança técnica e eficiência o que foi por ele mesmo projetado, visto ser vedada a adoção de termos aditivos complementares, na contratação integrada disciplinada pelo RDC, conforme art. 9º, § 4º da Lei n. 12.462/11, fato este que trará economia ao erário e rapidez no desenvolvimento da atividade, consagrando a economia financeira.

Mantendo-se inalterado o projeto básico quando da formulação do projeto de execução, excetuando os casos previstos em Lei²², em regra, não haveria surpresas decorrentes tornando a atividade financeiramente eficiente e célere, em atendimento ao interesse público.

A contratação integrada também auxilia a Administração Pública quando reconhecida a complexidade do objeto, transferindo o ônus ao particular que deverá apresentar propostas pertinentes, satisfatórias e vantajosas (FILHO, 2013).

As críticas desenvolvidas sobre o tema não consideram o caráter híbrido e multifacetário da norma, que atribui ao Administrador não apenas a faculdade de utilizar ou deixar de utilizar o RDC, mas também de corrigir suas imperfeições, caso a caso, adequando o sistema de contratação diferenciada à luz da Lei Geral de Licitações públicas.

O mesmo raciocínio²³ anteriormente apresentado também é novamente desenvolvido pela Procuradoria Geral da República quando abordado o tema sobre a pré-qualificação permanente²⁴ em que experiências burocráticas²⁵ servem como fundamento para desqualificar o modelo gerencial adotado no RDC, perpetuando o sentimento de temor ao novo e a manutenção de um modelo burocrático cujos exemplos não o sustentam.

Uma das mais relevantes críticas ao modelo burocrático refere-se ao exagerado apego ao controle de procedimentos independentemente do alcance e do objetivo que justifica

²² Lei 12.462/11

Art. 9º (...)

§ 4º Nas hipóteses em que for adotada a contratação integrada, é vedada a celebração de termos aditivos aos contratos firmados, exceto nos seguintes casos:

I - para recomposição do equilíbrio econômico-financeiro decorrente de caso fortuito ou força maior; e
II - por necessidade de alteração do projeto ou das especificações para melhor adequação técnica aos objetivos da contratação, a pedido da administração pública, desde que não decorrentes de erros ou omissões por parte do contratado, observados os limites previstos no § 1º do art. 65 da Lei no 8.666, de 21 de junho de 1993.

²³ “O Tribunal de Contas da União já constatou, nesse modelo de pré-qualificação, inúmeras, tais como, direcionamento de certames, conluio entre os participantes e sobrepreços, dentre outras. (ADI 4655)

²⁴ Vide art. 29 da Lei 12.462/11.

²⁵ “Observa-se que essa análise do TCU foi feita em face de pré-qualificação disciplinada pela Lei nº 8.666, que, em seu art. 114, admite apenas quando ‘o objeto da licitação recomende análise mais detida de qualificação técnica dos interessados’” (ADI 4655)

a própria existência do referido procedimento controlado (SUNDFELD 2012). Esse posicionamento estabelece dicotomia entre a governança e o controle, em que o primeiro aguarda e exige resultados, enquanto o segundo se satisfaz tão somente com o cumprimento de procedimentos.

O controle pretendido pela Procuradoria Geral da República²⁶ restringe-se a redução da autonomia administrativa, manutenção do exagerado formalismo e vedação a gestão contratual, controle burocrático, que distingue o processo de seu objetivo, criando dois mundos que não se comunicariam juridicamente quando de fato são indissociáveis, causando prejuízos financeiros que reduzem a capacidade de governança e redundam em inação de políticas sociais.

O questionamento judicial que extrapola questões tecnicamente afetas à constitucionalidade da norma, como acima declinados, pretendendo a avaliação jurídica sobre tema filosófico-administrativo, não entregue legitimamente a jurisdição, atinge a filosofia da Administração por não estar adstrita apenas a adequação legal, mas por pretender também a declaração jurisdicional do retorno ou manutenção da filosofia cultural burocrática, mesmo após a Reforma Administrativa de 1998, que institucionalizou o modelo Gerencial.

Por fim, a burocracia e a rigidez da Lei n. 8.666, de 21.6.1993 além de engessar a Administração Pública no procedimento de compras e contratação de obras e serviços, contribuindo para o alongamento do prazo para a formalização dos contratos contados a partir da conclusão da fase interna da licitação, não evitou a improbidade administrativa e a corrupção nas contratações públicas. Os Tribunais de Contas e a Controladoria-Geral União, com frequência, detectam fraudes em licitações. Entre elas ressaltam-se superfaturamento, sobrepreço, vício no projeto básico, licitação dirigida, revisão do valor de contratos em desacordo com as condições e limites previstos em lei, pagamento de obras não construídas ou apenas iniciadas, obras concluídas e recebida pelo contratante em flagrante desconformidade com as especificações contratadas; em benefício da contratada e de agentes públicos corruptos. Essas irregularidades, entre tantas outras, causam ao Estado, nas quatro esferas federativas, rombos financeiros incalculáveis em benefício de empresários e de agentes públicos corruptos.

Está, portanto, patente que os males nas contratações públicas não virão com o Regime Diferenciado de Contratação, como pretende fazer crer a Procuradoria Geral da

²⁶ “Como está fora de discussão a relevância de ambos os eventos [Copa da FIFA e Olimpíadas], a mera referencia a necessidade a eles vinculadas não oferece limitação alguma ao exercício da competência administrativa.” (ADI 4655)

República e induz a cultura burocrática, isso porque, tais males já existem na vigência do sistema Geral, Lei n. 8.666/93. O que é necessário, ao invés de defender-se a cultura burocrática, é a preocupar-se com a eficiência dos órgãos de controle internos e externos, inclusive o Judiciário com o firme propósito de coibir a improbidade administrativa, a corrupção e, principalmente, a impunidade. A perda de cargo público ou outros tipos de posto público, a perda dos direitos políticos, a perda de patrimônio mal adquirido, a decretação de prisão e a imposição ao pagamento de multas em conformidade com o crime cometido inibirão, por certo, o apetite voraz de solapar o erário, como vem acontecendo nos últimos anos.

5 CONCLUSÃO

O modelo Gerencial brasileiro é um modelo de Administração Pública em construção, possuindo como marco inicial o Plano Diretor de Reforma do Aparelho do Estado (1995) e como marco institucional a EC n. 19/98 que promoveu a reforma do aparelho administrativo.

A implantação da nova gestão pública compreende três dimensões ainda não concluídas, sendo estas: institucional, cultural e de gestão. Enquanto no primeiro momento da implantação institucional o grande desafio era afastar a oposição que classificava a reforma como liberal e inadequada ao modelo político liberal-social vigente no País, atualmente, o maior desafio é a superação da cultura burocrática resistente às inovações e necessidades de uma sociedade globalizada.

O recorte trazido reduziu, didaticamente, o universo Administrativo a ADI 4.655/2.011 revelando como pano de fundo a pretensão de pronunciamento jurisdicional sobre assunto filosófico-administrativo, realizando prognóstico negativo do RDC com fundamento em mazelas encontradas sob a égide da lei n. 8.666/93 (*sic*); e também à lei n. 12.462, 4.8.2011 em que o governo pretende ampliar a autonomia administrativa justificando tal pretensão em atender as crescentes exigências da sociedade brasileira globalizada que clama por maior agilidade e dinamismo, sem perder o controle sobre os atos administrativos principalmente por meio da punição a atos atentatórios aos princípios republicanos e democráticos.

Utilizando de manobra legal, o governo introduziu subitamente o RDC, norma mutável já que possui caráter híbrido, inicialmente proposta com fim de trazer alternativa capaz de atender às urgentes necessidades acelerando o procedimento licitatório para

construção de infraestrutura exigida para a realização de megaeventos.

Contudo, apesar de já existirem normas gerais específicas acerca de licitações públicas, a Lei n. 12.462/11 trouxe significativo avanço ao Direito Administrativo, na matéria de licitação e contratação pública, por funda-se em ampliação da autonomia administrativa, redução da formalidade e gestão executiva de contratos. Esse aprimoramento positivado tem gerado exacerbadas divergências que conduzem a discussões apaixonadas.

O combate ao Regime Diferenciado de Contratação Públicas pela ADI 4.655/11 não se restringe apenas à supostas inconstitucionalidades formais ou materiais, sendo verificada também a preocupação em manter a forma burocrática de controle passo a passo, ainda que totalmente desvinculada do objeto e ineficiente, como apontado nas impugnações realizadas a contratação integrada (art. 9º da lei) e ao procedimento de pré-qualificação permanente (art. 30) em que a crítica tem como pressuposto a falsa assertiva de que as formas de contratação e procedimentos regulados pela Lei Geral de Licitações são satisfatórias aos anseios governamentais e sociais, sendo também eficazes contra a indevida apropriação direta ou indireta de bem públicos por particulares.

De forma ampla, a resistência cultural dogmática à implantação do modelo gerencial não é explícita, porém contém o avanço da implantação institucional e de gestão pretendida, derivada da falsa premissa de que o modelo burocrático, fundado no controle de procedimentos dissociados do objetivo, rígido à obediência as regras e autorreferente é a melhor filosofia administrativa, quando ao certo a experiência revela que o modelo causa: prejuízos ao erário, sentimento social de enorme desconfiança relacionado à corrupção e impunidade, redução da governança, engessamento das atividades estatais, elevados custos sociais e prejuízo ao crescimento econômico.

As duas posições antagônicas, burocrática e gerencial, criam embates que desaceleram o desenvolvimento gerencial administrativo e por vezes alcança o Poder Judiciário. Contudo, não se pode admitir a avaliação jurídica sobre tema filosófico-administrativo não adstrito a legalidade, até mesmo porque, após a Reforma Administrativa de 1998, passou-se a viver momento de transição do modelo de Administração Pública Burocrático para o modelo de Administração Pública Gerencial, sendo então concebida norma, que permite a utilização isolada ou conjunta de dois regramentos: A Lei n. 8.666/93 e a Lei n. 12.462/11, filosoficamente distintos.

Contudo, é importante ter-se consciência de que o modelo burocrático foi importante ao País e merece os louros por criar consciência republicana, porém, atualmente, não há espaço em um modelo político liberal-social para a manutenção no modelo clássico. O

mercado, a economia, o governo e a sociedade esperam mais da Administração Pública, que apesar de atualmente possuir configurações múltiplas, apresentando, cumulativamente, atributos patrimonialistas como herança, burocráticos como (dis)funções e gerenciais como prática, deve afastar os modelos iniciais e caminhar livremente para sua jornada de completa implantação.

REFERÊNCIAS

ADVOCACIA GERAL DA UNIÃO. **Manifestação a ADI 4655**. 2.011.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1.988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm> Acessado em 04 de setembro de 2.013.

BRASIL. **Lei 8.666, de 21 de junho de 1.993**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666cons.htm> Acessado em 04 de setembro de 2.013.

BRASIL. **Lei 12.462, de 04 de agosto de 2.011**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Lei/L12462.htm> Acessado em 04 de setembro de 2.013.

BRESSER-PEREIRA, Carlos Luiz Gonçalves. **Reforma do Estado para a cidadania**. 2ª edição. Brasília: Editora 34. 2.002.

CHARLES, Ronny. **Licitações públicas**. 3ª edição. Salvador: *Jus Podivm*. 2.011.

CROZIER, Michel. **O fenômeno burocrático: ensaio sobre as tendências burocráticas dos sistemas de organização modernos e suas relações, na França, com o sistema social e cultural**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1.981.

DECOMTEC. Departamento de Competitividade e Tecnologia. **Relatório Burocracia: custos econômicos e propostas de combate**. FIESP. 2.010. Disponível em: <<http://www.fiesp.com.br/indices-pesquisas-e-publicacoes/relatorio-burocracia-custos-economicos-e-propostas-de-combate/>> Acessado em 18 de fevereiro de 2.013.

DINIZ, Eli. **Crise, reforma do Estado e governabilidade**. São Paulo: FGV, 2ª edição. 1.997.

FARIA, Edimur Ferreira. **Curso de Direito Administrativo positivo**. Belo Horizonte: Del Rey, 7ª edição. 2.011.

FAORO, Raymundo. **Os donos do Poder: Formação do patronato político brasileiro**. 5ª edição. São Paulo: Globo. 2.012.

FILHO, Marçal Justen. **Comentários ao RDC**. São Paulo: Dialética, 2.013.

INFRAERO. Disponível em: <<http://www.infraero.gov.br>> Acessado em 26 de fevereiro de 2.013.

LARANJA, Anselmo Laghi. **Negócios públicos, riquezas privadas: o escândalo dos “anões do orçamento” (1993-1994)**. 06 de maio 2.005. 181f. Dissertação (mestrado). Universidade Federal do Espírito Santo, Centro de Ciências Humanas e Naturais. Vitória, 2.005.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 22ª edição revisada e atualizada. São Paulo: Malheiros, 2.007.

PROCURADORIA GERAL DA REPÚBLICA. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4546/2011**. 2.011.

REZENDE, Renato Monteiro de. **O Regime diferenciado de contratações públicas: Comentários à Lei 12.462, de 2.011**. Núcleo de Estudos e Pesquisa do Senado. 2.011.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito Administrativo para céticos**. São Paulo: Malheiros. 2.012.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>> Acessado em 06 de fevereiro de 2.013.

TRANSPARÊNCIA INTERNACIONAL. Disponível em: <http://www.transparency.org/cpi2_012/results> Acessado em 07 de fevereiro de 2.013.

WEBER, Max. **A ética protestante e o espírito do Capitalismo**. 2ª Edição revisada. São Paulo: Cengage Learning. 1.999.

_____. **Economia e sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva**. Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa (Trad.). v.2. Brasília: Editora da Universidade de Brasília, 2.004.

WARLICH, Beatriz M. de Souza. **Reforma Administrativa na era Vargas**. Rio de Janeiro: FGV, 1.984.

WORLD BANK. 2013. **Doing Business 2013: Smarter Regulations for Small and Medium-Size Enterprises**. Washington, DC: World Bank Group. Disponível em: <http://www.doingbusiness.org/~media/GIAWB/Doing%20Business/Documents/Annual-Reports/English/D_B13-full-report.pdf> Acessado em 18 de fevereiro de 2.013.