

Retrotopia e Sistema Brasileiro de Contratações Administrativas

Fiel ao espírito utópico, a retrotopia deriva seu estímulo da esperança de reconciliar, finalmente, segurança e liberdade, feito que nem a visão original nem a sua primeira negação tentaram alcançar, ou, se tentaram, fracassaram – Zygmunt Bauman.

Jessé Torres Pereira Junior

Desembargador. Professor-coordenador dos cursos de pós-graduação em direito administrativo da Escola da Magistratura e da Escola de Administração Judiciária do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Professor convidado da Fundação Getúlio Vargas-Rio.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Relance avaliativo da gestão pública brasileira. 3. Retrotopia e administração dialógica. 4. À guisa de conclusão.

INTRODUÇÃO

Assinalar o primeiro (ou o último?) quarto de século de vigência da Lei federal nº 8.666/93 tem suscitado manifestações que vão do repúdio à sua permanência na ordem jurídica positiva brasileira ao aplauso por sua existência, embora com ressalvas quanto à necessidade de seu aperfeiçoamento pontual. Contribui para a controvérsia a tramitação, pelo Congresso Nacional, do Projeto de Lei nº 6.814/2017, que pretende a revogação de todas as leis que regem a atividade licitatória e contratual do estado, a partir da Lei Federal nº 8.666/93, substituindo-as por lei que integre, sistemicamente, as normas que o direito brasileiro tem produzido sobre a matéria nos últimos 25 anos.

Sobre tal projeto veiculam-se opiniões que lhe propõem inúmeras e discrepantes alterações, tais como: inserir regras sobre sustentabilidade ambiental, a serem observadas em editais e cláusulas contratuais, determinantes da desclassificação, sem prejuízo à competitividade, de propostas de empresas que as descumpram de modo a causar danos sociais, econômicos e ambientais que se conjugam; restringir a modalidade licitatória do pregão a compras e serviços comuns (os que são encontrados no mercado com características que satisfazem às necessidades administrativas), ou ampliar a sua aplicação para abranger obras e serviços de engenharia; extinguir as modalidades de tomada de preços e convite; instituir a técnica de compras compartilhadas entre órgãos e entidades com objetivos institucionais convergentes; admitir, nas licitações, orçamentos sigilosos como meio para evitar a cartelização, ou proscrevê-los com o fim de precatar vazamentos que alimentem informações privilegiadas; exigir que empresas contratadas pelo estado adotem regras de integridade (*compliance*) como política compulsória de prevenção da corrupção, vinculada, ou não, ao valor do contrato e ao prazo de sua duração; impor, como requisito de habilitação para participar de licitações e para contratar com o estado, o da inexistência de antecedentes de sanções aplicadas à empresa (“ficha-limpa”); conferir maior autonomia a estados e municípios na formulação de normas próprias de licitações e contratações, independentemente das normas gerais da legislação federal, com o fim de ajustar a atividade contratual desses entes federativos às circunstâncias, peculiaridades e disponibilidade de seus recursos organizacionais, materiais, financeiros e humanos.

Percebem-se dois elos entre essas e outras proposições que vão e vêm no cenário brasileiro da atividade contratual estatal, aparentemente díspares do ponto de vista técnico e administrativo: o primeiro, o da insatisfação com o elevado grau de insegurança jurídica gerada por legislação extensa e fragmentada, sujeita a conflitos de interpretação entre os agentes de sua aplicação e os agentes de controle interno e externo dessa aplicação (CF/88, art. 74), a provocar incertezas quanto à qualidade dos resultados obtidos a cada contratação, bem como à configuração e à extensão de responsabilidades administrativas, civis e penais daqueles agentes; o segundo, o da suspeita de que a etiologia dessa insegurança jurídica advenha de uma cultura de gestão pública que não logra avanços expressivos, nem mudanças significativas, quaisquer que sejam as normas reguladoras que se

adotem. Ou seja, ou se promove a educação para o desempenho de uma fundamental ética de boa-fé objetiva na gestão dos contratos públicos ou estes sempre estarão expostos a desvios, qualquer que seja o seu quadro regulatório.

O presente texto se propõe a especular acerca do segundo elo, que ressoa condicionante do primeiro.

2. RELANCE AVALIATIVO DA GESTÃO PÚBLICA BRASILEIRA

Problemas de gestão e questões jurídicas se influenciam reciprocamente. A interdisciplinaridade entre o direito e outras áreas do conhecimento tem sido cada vez mais reconhecida e posta em relevo para a construção de melhores soluções, no mundo contemporâneo.

O direito público do século XXI está cada vez mais balizado por princípios, que nada mais são do que normas jurídicas gerais, impessoais e abstratas, providas de eficácia e cogência, predispostas a desenhar o norte valorativo de um sistema, de tal modo que a violação de um princípio equivale à violação de uma norma jurídica essencial para o funcionamento do sistema, daí cada princípio portar a efetividade exigente de seu cumprimento e ser provido de sanção para o caso de seu comprovado descumprimento.

Com fundamento no art. 37, § 4º, da Constituição da República, a Lei da Improbidade Administrativa (nº 8.429/92), em seu art. 11, define como terceira categoria de atos de improbidade aquela constituída por condutas de gestores que violam princípios da administração pública dolosamente, isto é, a conduta ímproba, por violação de princípios, traduz má-fé e desonestidade; ignorância e despreparo podem dar origem a irregularidades ou ilegalidades, não a improbidade. O gestor ímprobo é aquele que, deliberadamente, pratica atos violadores de princípios com o propósito de atender a seus próprios interesses ou de terceiros, em detrimento do interesse público.

A Constituição brasileira de 1988 explicita cinco princípios – além de outros que dela se extraem implicitamente – a que a administração pública, direta ou indireta, em qualquer das esferas da federação e em qualquer de seus poderes constituídos, deve obediência: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência (art. 37, *caput*). Se qualquer

gestor público ofende tais princípios dolosamente, estará praticando, no mínimo, ato de improbidade, que também poderá configurar crime, e esse gestor estará sujeito a ser sancionado nas três esferas de responsabilização – administrativa, civil e penal –, ao final dos devidos processos, observadas as garantias da ampla defesa e do contraditório.

A gestão pública brasileira está a conviver, nos últimos anos, com a instauração de inquéritos e processos destinados a apurar responsabilidades administrativas, civis e penais de agentes públicos e privados no emprego de verbas públicas, resultando em índice de condenações que se prenunciam elevadas. O fato poderia, por si só, amparar a conclusão de ser pífia a qualidade da gestão pública brasileira?

A necessária amplificação, pela mídia e outros veículos eletrônicos de comunicação, da deformação de conduta dos gestores na aplicação dos princípios regentes da administração pública basta para que se formule a condenação generalizada dos gestores públicos brasileiros? Pondere-se que não. A circunstância de haver uma ordem jurídica transgredida, levando à instauração de processos atraentes de condenações, indica a existência de certo número de gestores transgressores, mas não fornece índices dessas transgressões em face do sistema global da gestão pública brasileira. Não se conhece pesquisa ou levantamento que aponte, especificadamente, que tais casos representam tal ou qual percentual de gestores públicos brasileiros ímprobos [notícia veiculada na edição de 11.05.2018, p. 2, do jornal O GLOBO, atribuí ao Ministro Gilmar Mendes, do STF, a informação, lançada em julgamento da Corte, de que “em 2016, havia 301.346 inquéritos civis na Justiça Estadual... 32.334 se referem a casos de improbidade administrativa. No mesmo ano, o Ministério Público Federal tinha 76.135 inquéritos civis, dos quais 14.323 tratavam de improbidade”, dados que, a serem confirmados, indicariam que os casos de improbidade administrativa representariam entre 10% e 18% dos inquéritos civis instaurados para a apuração de ilicitudes na administração pública federal e dos estados]. Ou seja, aqueles que, no cotidiano de suas funções, afirmam proceder conforme à lei, mas a ofendem por via transversa ou oculta; garantem ser impessoais suas escolhas administrativas, porém almejam satisfazer interesses com nome e endereço diversos da sociedade brasileira; asseguram proferir, de acordo com a moralidade administrativa, decisões que, todavia, se desviam dos valores que as balizam na Constituição, na le-

gilação e nos contratos, sedes das chamadas obrigações primárias; dizem ser transparentes as parcerias que formalizam, cujas motivações, contudo, são desconhecidas, porque impublicáveis, da sociedade a que deveriam servir; proclamam ser eficientes medidas e programas de custo superior ao razoável, acrescido por pagamentos indevidos ou com o fim de obter vantagens à margem do suposto benefício.

Esse comportamento doloso, que caracteriza a conduta ímproba na gestão pública, não pode ser generalizadamente imputado à conduta ordinária dos gestores públicos brasileiros. Há, por toda parte, esforços pessoais e institucionais para que a boa qualidade da gestão supere a eventual má qualidade ética e técnica de pessoas despreparadas para gerir ou que, carentes de uma formação educacional e ética adequada, se deixam seduzir pelo egocentrismo que acompanha a natureza humana, qualquer que seja a sua naturalidade ou nacionalidade. A história registra que a corrupção imperou em períodos passados da vida de países europeus hoje tidos como modelos de ética e qualidade na gestão pública.

É por isto que o grande desafio da gestão pública, e não apenas a brasileira, é o do investimento na formação das pessoas, para que saibam fazer bom uso de técnicas e ferramentas de gestão, sem desvios que tanto podem ser decorrentes de ignorância e despreparo, quanto de má-fé, aqui residindo a improbidade que arruína a gestão e compromete o desenvolvimento social e econômico.

Os debates, que ainda ocorrem, sobre a conceituação jurídica de eficiência, no plano da gestão, se aproximam de concluir que se há de distinguir eficiência (conceito pouco versado pelo direito) de eficácia (conceito de grande e antiga utilidade jurídica). Enquanto eficiência traduz a relação custo-benefício de uma atividade, projeto ou iniciativa, eficácia corresponde à aptidão de uma norma, ato ou contrato produzir os efeitos que motivaram a sua edição. Desde a tradicional decomposição kantiana dos planos em que se desdobra a formação do ato jurídico - existência, validade e eficácia -, que se tem por certo que a eficácia pode ser sobrestada quando o próprio ato determine, em suas últimas disposições normativas, que somente começará a produzir efeitos - ou seja, ser cogente e exigível - a partir do implemento do prazo estabelecido. Há leis, decretos regulamentares e contratos que estabelecem que somente terão vigência depois de certo prazo de sua publicação. A palavra vigência é aí empregada defeituosamente. O que se deveria dizer

é eficácia. Vigente, no sentido de conhecido e obrigatório, o ato já é, desde que publicado. Mas, nada obstante publicado, pode não estar ainda apto e ter o seu cumprimento exigido porque ele próprio ou a sua lei de regência delimitou o termo inicial de sua eficácia para tantos dias ou anos após a sua publicação, no evidente intuito de assegurar tempo de ajustamento para todos aqueles que passarão a ter o exercício de direitos ou obrigações subordinado ao regime estabelecido pela nova norma. Ilustre-se com o disposto no art. 61, parágrafo único, da Lei nº 8.666/93.

Pois bem.

O sentido com que a Emenda Constitucional nº 19/1998 acrescentou a eficiência ao rol dos princípios enunciados na cabeça do art. 37 parece referir-se a essa moeda de dupla face: de um lado, a relação custo-benefício; de outro, a aptidão para produzir resultados. Como se trata de eficiência na seara da gestão pública, esse resultado a ser alcançado só poderá ser o de interesse público. Em síntese, não atende ao princípio da eficiência a ação de gestão que produz pouco, nenhum ou discutível benefício com custo desproporcional; tampouco será eficiente a ação que, embora com razoável custo-benefício, poderia obter resultado de superior interesse público com a mesma ou inferior relação custo-benefício. Trata-se de princípio cuja aplicação haverá de ser avaliada nas circunstâncias do caso concreto, medindo-se não apenas os aspectos financeiros, se não que, também, opções e disponibilidades técnicas, no tempo e no espaço, incluindo-se a previsão de riscos. Tais e tantos pormenores de operacionalização do princípio exigem qualificação, cultura e instrumentos gerenciais que soam distantes do cotidiano da gestão pública brasileira, considerada a diversidade estrutural, a dimensão física e a capacitação operacional de seus milhares de órgãos e unidades federais, estaduais, municipais e distritais, na administração direta e indireta, aqui crescendo-se as autarquias, fundações públicas, empresas públicas e sociedades de economia mista.

Ressalvada a reconhecida existência de elogiáveis centros de excelência no serviço público brasileiro, o princípio da eficiência ainda não tem sido observado pelo poder público brasileiro com a extensão e a profundidade que lhe conformam o conteúdo conceitual.

Há resultados que, na aparência, seriam desejáveis, porém vêm a ser recusados por aqueles que seriam os destinatários de seus supostos bene-

fícios. Entramos no campo da consensualidade, que já se deve situar entre os novos paradigmas conformadores da gestão pública no estado democrático de direito. Resultado de interesse público legítimo é aquele que a população destinatária reconhece como tal, por atender a suas prioritárias necessidades do mínimo existencial.

Exemplifica-se. As partes do processo nº 2004.001.17.929, que tramitou na Justiça do Estado do Rio de Janeiro, interpuseram recurso de apelação contra sentença que julgara improcedente pedido para compelir-se concessionária de energia elétrica a dar continuidade a projeto de substituir, em comunidade urbana, a rede aérea e clandestina de distribuição de energia por rede subterrânea. O processo judicial ensejou ampla dilação probatória, vindo aos autos provas e contraprovas periciais, além de depoimentos de testemunhas. Ressaiu comprovado que a concessionária desistira do projeto, dando-o por encerrado, nada obstante a sua excelência técnica, porque, durante as noites, a comunidade destruía o que a concessionária executava durante o dia. E assim agia a comunidade porque fora convencida por terceiros (os operadores da rede aérea clandestina...) de que a rede subterrânea expunha a risco de morte as crianças que tocassem nas aberturas de visita técnica aos equipamentos subterrâneos. Em outras palavras, a concessionária decidira realizar o projeto sem antes esclarecer a comunidade sobre os benefícios e afastar crendices e aventados malefícios que decorreriam da rede subterrânea, solução desconhecida da comunidade, embora de reputação técnica indiscutível (v. nosso *Temas de Direito Administrativo sob Tutela Judicial, no Estado Democrático Eficiente*, p. 44-52. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2010). Eis a síntese da consensualidade: o índice de êxito de um projeto que interfira nos hábitos da cultura da comunidade que o receberá é tanto maior quanto mais essa comunidade for previamente esclarecida e convencida de que o projeto é de seu interesse. Obtido o consenso, a comunidade passa a adotar o projeto como seu e o protegerá e compartilhará sua execução e seu sucesso. Portanto, antes da ação dos técnicos, é imperativa a atuação de agentes comunitários. Não se investe recurso público, sob pena de desperdício, enquanto não houver consenso no seio da população destinatária do projeto, ainda que este tenha embasamento teórico de indiscutível qualidade.

A Lei nº 8.666/93 representou um esforço elogiável de parametrização nacional de normas regentes de licitações e contratos celebrados pela

administração pública, num país, como o nosso, de tantas diversidades e desigualdades. Não há obra humana perfeita, e a Lei Geral das Licitações padece de imperfeições que, com o desdobramento de sua aplicação, se foram evidenciando e acentuando. A tais imperfeições técnicas, somaram-se desvios éticos, que existem, como sempre existirão, onde quer que haja competições envolventes de grandes somas de recursos públicos. Recorde-se que o movimento de recursos gerado pela atividade contratual do estado brasileiro representa cerca de 15% do PIB, ou seja, cerca, hoje, de 500 bilhões de reais ao ano. Qualquer que seja o regime legal, sempre haverá quem nele busque encontrar pontos vulneráveis pelos quais se intro-metam práticas de compadrio, destrutivas da competição isonômica, que é a essência de toda licitação, qualquer que seja o seu regime normativo.

A revisão da legislação de licitações e contratos administrativos no direito brasileiro deve ser movida por sua simplificação. Comprovado está que o excesso de exigências burocráticas, além de não evitar desvios, compromete a eficiência. E já tivemos recentes exemplos objetivos para demonstrar ambos os lados da moeda. A modalidade do pregão - seja o presencial ou o eletrônico - veio a dar, fora da Lei nº 8.666/93, novos ritmo e margem de segurança às licitações, sobretudo ampliando o universo da competição, reduzindo o tempo de processamento e o valor da proposta vencedora. O Regime Diferenciado de Contratação (RDC), destinado, a princípio, apenas à contratação de compras, obras e serviços relacionados a eventos desportivos mundiais que o Brasil sediaria, e que, por isto mesmo, inovou em vários pontos a Lei nº 8.666/93, nem por isto impediu práticas condenáveis de corrupção nas licitações e contratações de obras de complexos desportivos em vários pontos do país, como se está a denunciar e comprovar em inquéritos e processos em curso, acarretando o encarecimento dos serviços e obras contratados.

Simplificação do regime jurídico-administrativo, qualificação técnica dos agentes, eficiência dos sistemas de controle interno e externo, e, sobretudo, compromisso ético são os fatores que poderão elevar o padrão das contratações da administração pública brasileira.

Em outras palavras: (a) a substituição da Lei nº 8.666/93 seria útil para dar novo rumo ao sistema de licitações e contratações administrativas, desde que renovado em suas diretrizes e prioridades gerenciais e operacionais, o que demanda um consenso que ainda não se observa existir,

haja vista o elevado número de anteprojetos e projetos que sobre tal reforma circulam, há anos, no Congresso Nacional, sem que nenhum deles obtenha o quórum necessário para prosseguir e transformar-se em lei, tais e tantos são os interesses corporativos em conflito; (b) a só edição de um novo regramento de licitações não erradica a figura do mau gestor, cujo combate eficiente depende de maiores investimentos em formação ética e técnica, investimentos que, em última instância, constituem o grande desafio da sociedade brasileira em todos os sentidos e direções.

Dentre outras premissas conceituais, reconheça-se que a proposta de simplificar estruturas, regras, procedimentos administrativos e processos de trabalho, com o fim de elevar a relação custo-benefício (eficiência) e contribuir para a obtenção de resultados (eficácia), assim satisfazendo aos compromissos do estado com a sociedade civil, tem sido desenvolvida na gestão pública de vários estados democráticos de direito, desde meados do século passado.

A experiência mais próxima da cultura brasileira - filiada aos sistemas romano-germânicos de compreensão do direito, fundados na norma positivada - se encontra na doutrina e na prática da administração pública portuguesa deste século, sem embargo de retratar conhecidos esforços da gestão pública filiada a sistemas jurídicos anglo-saxões, fundados nos costumes. Tanto que, no Reino Unido, tornou-se conhecida e reiterada a pauta dos dez princípios da simplificação dos serviços públicos, corrente entre os gestores públicos britânicos, em livre tradução de seu manual de gestão:

1 – Comece com o usuário.

A simplificação do serviço começa com a identificação **do usuário**, do seu ambiente sociofamiliar, seus anseios, sua rotina, suas reclamações, suas necessidades, **explícitas e implícitas**. Se você não sabe quem é o seu usuário e do que ele precisa, você não vai construir a coisa certa. Faça pesquisas, analise dados, fale com os usuários, **levante da cadeira e vá para a rua!** Não faça suposições, coloque-se no lugar do usuário, **experimente você** o serviço, tenha empatia e lembre-se de que o que eles pedem nem sempre é o que eles precisam.

2 – Decida com dados.

Na maioria dos casos, podemos aprender com o comportamento do mundo real, observando como os serviços existentes são usados. **Deixe os dados colhidos** na prestação do serviço (tempo e custos da prestação para o usuário, nível de satisfação, entre outros) **direcionar a tomada de decisões**, ao invés de intuições ou conjecturas. Continue fazendo isso depois de ter seu serviço disponível e sempre que tiver novos protótipos e testes com os usuários.

3 – Sempre poderá ser mais simples.

É muito simples fazer algo complexo, mas **é muito complexo fazer algo simples**. Fazer algo simples de usar é muito mais difícil, especialmente quando os sistemas subjacentes são complexos. O usuário necessita de foco, ele precisa ser direcionado por um serviço simples, claro e intuitivo, e não se perder na complexidade. Não tome “sempre foi assim” como resposta. **Menos é mais**, procure retirar funcionalidades, formulários, opções, campos, cores etc. Por fim, sempre use a regra **KISS (Keep it Simple, Servant)**.

4 – Dê pequenos e constantes passos, itere.

A única maneira de resolver um grande desafio é dividi-lo em pequenas ações. A melhor maneira de construir bons serviços é **começar pequeno e iterar constantemente**. Libere o **Serviço Mínimo Viável (SMV)** com antecedência, teste-o com usuários reais, passe de **Alpha** para **Beta** para **“Go Live”** adicionando recursos, excluindo coisas que não funcionam e fazendo refinamentos com base em **feedback**. A iteração reduz o risco. Torna as grandes falhas improváveis e transforma pequenas falhas em lições. Se um protótipo não estiver funcionando, não tenha medo de descartá-lo e recomeçar.

5 – Simplicidade é acessibilidade.

Tudo o que construímos deve ser o mais inclusivo possível. Estamos construindo para as necessidades, não para o

público. **Estamos projetando para todos**, não apenas para aqueles que são a maioria, como nós. As pessoas que mais precisam de nossos serviços são muitas vezes as pessoas que o consideram mais difícil de usar. Vamos pensar sobre essas pessoas desde o início.

6 – Entenda o presente e projete o futuro.

Não estamos projetando para uma tela de computador ou smartphome. Estamos projetando para as pessoas que acompanham tendências. Precisamos pensar muito sobre o contexto em que estão usando nossos serviços. Pergunte-se: eles estão em uma biblioteca? Eles estão em um telefone? Eles só estão realmente familiarizados com o Facebook? Eles usaram a web antes? **Onde estarão daqui a 3, 5 ou 10 anos?**

7 – Crie serviços digitais, não websites.

Um serviço é algo que ajuda as pessoas a fazer alguma coisa. Nosso trabalho é descobrir as necessidades dos usuários e construir o serviço que atenda a essas necessidades, **que seja 100% digital**, que possa ser consumido em uma caminhada no parque, no tempo de uma parada no semáforo vermelho. Claro que muito do que são os serviços estará em páginas na web, **mas não estamos aqui para construir canais de informação unidirecional**. O mundo digital tem de se conectar ao mundo real, por isso temos de pensar sobre todos os aspectos de um serviço, e certifique-se de que eles somam algo que atenda às necessidades do usuário.

8 – Seja consistente, não uniforme.

Devemos usar a mesma linguagem e os mesmos **padrões de design** sempre que possível. Isso ajuda as pessoas a se familiarizarem com nossos serviços, mas quando isso não é possível, devemos nos certificar de que nossa **abordagem é consistente**.

Esta não é uma camisa de força ou um livro de regras. Cada circunstância é diferente. Quando encontramos padrões que

funcionam, devemos compartilhá-los e falar sobre o motivo pelo qual os usamos. Mas isso não deve impedir-nos de melhorá-los ou mudá-los no futuro, quando encontrarmos melhores maneiras de fazer as coisas ou as necessidades dos usuários mudarem.

9 – Crie em parceria e compartilhe.

Devemos compartilhar o que estamos fazendo sempre que pudermos. Com colegas, com usuários, com o mundo. Compartilhar códigos, compartilhar projetos, compartilhar ideias, compartilhar intenções, compartilhar falhas. Quanto mais olhos houver em um serviço, melhor ele fica.

Se você conhece uma maneira de fazer algo que funciona e é eficiente, deve torná-la **reutilizável e compartilhável**, em vez de reinventar a roda o tempo todo. Isso significa construir plataformas e registros que outros órgãos possam utilizar, fornecendo recursos que sejam facilmente utilizáveis e escaláveis para outros contextos e trabalhos.

10 – E funciona?

Por fim e mais importante, caso nenhum destes mandamentos tenha ajudado, faça-se simplesmente a seguinte pergunta: “*Esta solução melhora a vida do usuário?*” Se não transformar claramente a experiência do usuário do serviço para melhor, simplesmente abandone-a e comece novamente do mandamento número 1.

3. RETROTOPIA E ADMINISTRAÇÃO DIALÓGICA

Os desafios de conceber uma normatividade sistêmica para a atividade contratual do estado, capaz de conciliar segurança jurídica e flexibilidade de gestão, empenhadas na produção de resultados de invariável interesse público, sempre acompanharam os vários textos de normas produzidos na matéria, desde o império [“A licitação vive no direito público brasileiro... desde que introduzida no positivismo normativo da Adminis-

tração central pelo Decreto nº 2.926, de 14.05.1862, que regulamentava as arrematações dos serviços a cargo do então Ministério da Agricultura, Commercio e Obras Públicas. Mais tarde, a lei orçamentária n. 2.221, de 30 de dezembro de 1909, em seu art. 54, fixou as regras a serem observadas no processo das *concurrências*, e as leis n. 3.232, de 5 de janeiro de 1917 (art. 94); 3.454, de 6 de janeiro de 1918 (art. 170); 3.991, de 5 de janeiro de 1920 (art. 73), e o decreto n. 4.555, de 10 de agosto de 1922 (art. 87), também se ocuparam do assunto, afinal consolidado no Decreto nº 4.536, de 28.01.22, que organizou o Código de Contabilidade da União (arts. 49-53)” – v. nosso Comentários à Lei das Licitações e Contratações da Administração Pública, p.1 e segs. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 8ª ed., 2009]. Assim sempre foi, e continua sendo, porque jamais se chegou a um modelo que lograsse aquela conciliação (segurança jurídica e flexibilidade de gestão), no direito brasileiro e no estrangeiro, tanto que o veículo dessas normas variou desde o decreto – ato administrativo do chefe do poder executivo – à lei formal, e, por último, tendo esta assento na própria Constituição da República, o que, entre nós, somente veio a ocorrer com a Carta de 1988 (artigos 22, XXVII, 37, XXI, e 175), precedida do Decreto-lei nº 200/67 e do Decreto-lei nº 2.300/86, a configurar opção da sociedade nacional representada em assembleia constituinte. Em síntese matemática, um novo regramento administrativo ou legal sobre licitações e contratos do estado a cada 14 anos, entre a primeira norma, de 1862, e a Constituição de 1988.

Essa peregrinação histórica em busca de um modelo parece confirmar o cacoete da cultura jurídica administrativa brasileira, de supor que a solução para todos os problemas sempre estará na edição de uma norma que lhe discipline o tratamento institucional. Em artigo publicado na edição do jornal O GLOBO, de 03.04.2018, o editorialista José Casado, valendo-se de estudo empreendido pelo Instituto Brasileiro de Planejamento e Tributação, comenta que “Sobram leis... foram editadas 23 legislações federais a cada dia útil dos últimos 29 anos, contados a partir da promulgação da Constituição de 1988... A coletânea federal beira seis milhões, com média de três mil palavras cada uma. Essa conta inclui 103 emendas constitucionais, 103 leis complementares, 5.731 ordinárias, 6.903 Medidas Provisórias e 12.292 decretos com 139.506 anexos (de portarias e pareceres)... Mudou-se o teor de 95,87% de toda a legislação produzida...” (p. 15).

Em seu quadragésimo e último livro, Zygmunt Bauman, sociólogo polonês radicado no meio acadêmico inglês, tendo lecionado na Universidade de Leeds até o falecimento, nonagenário, no início de 2017, sintetizou que “A estrada para as guinadas do futuro parece sinistramente uma trilha de corrupção e queda. Talvez a estrada de volta, aquela para o passado, ainda tenha a chance de se tornar uma trilha de limpeza dos estragos cometidos pelos futuros toda vez que eles viraram presente...” (Retrotopia, p. 12. Rio de Janeiro: Ed. Zahar, 2017, trad. de Renato Aguiar).

Para Bauman - antes famoso por haver cunhado o conceito de liquidez dos valores e instituições da sociedade consumidora contemporânea, como sinônimo de fluidez e inconsistência, o que deu nome a vários de seus livros (“amor líquido”, “medo líquido”, “modernidade líquida”, “tempos líquidos”, “vigilância líquida”) -, retrotopia “é um derivativo que compartilha com o legado de Thomas More a fixidez num topos territorialmente soberano: uma base sólida que, segundo se crê, fornece e otimisticamente garante um mínimo aceitável de estabilidade; e, por conseguinte, um grau satisfatório de autoconfiança. Entretanto, a retrotopia difere do seu legado ao aprovar, absorver e incorporar as contribuições/correções supridas por seu predecessor imediato, a saber: a substituição da ideia de ‘perfeição suprema’ por uma hipótese de incompletude e dinamismo endêmico da ordem que ela promove, permitindo, por conseguinte, a possibilidade (bem como a desejabilidade) de uma sucessão infinita de mudanças posteriores, as quais aquela ideia a priori deslegitima e obstaculiza. Fiel ao espírito utópico, a retrotopia deriva seu estímulo da esperança de reconciliar, finalmente, segurança e liberdade, feito que nem a visão original nem sua primeira negação tentaram alcançar, ou, se tentaram, fracassaram” (*op. cit.*, p. 14).

O século XX começou bafejado pela utopia de revoluções ideológicas, industrial e agrícola, bem como pela consagração internacional de sucessivas gerações de direitos e garantias fundamentais (individuais, sociais, ambientais), tudo amparado por um positivismo jurídico exacerbado, produzindo códigos, estatutos normativos, regras gerenciais e operacionais em profusão, a embalar o milenar sonho humano de retornar ao paraíso ou de estabelecer a bem aventurança na terra promotora da felicidade, fundada na dignidade da pessoa humana. O século XX acabou com uma inquietante nostalgia, na medida em que à crença em um mundo equili-

brado e justo sucederam organizações estatais desacreditadas, entidades empresariais suspeitas, a sociedade confrontada com violência, corrupção e medo, propiciando o retorno a “soluções heróicas” como intervenções militares, “guerras” comerciais, protecionismos monopolistas, ativismo judicial portador de ambiguidades. A nostalgia tende a confundir o lar verdadeiro com o lar imaginário, daí o desalento com o solo pátrio, as fugas para o estrangeiro, os medos dos centros urbanos, as perdas de segurança e estabilidade. Os sinais emergem por toda parte: na Alemanha, revive o nazismo, que obtém cadeiras no parlamento; na Grã-Bretanha, vence o plebiscito em favor do isolamento (“brexit”); nos Estados Unidos, a sociedade entrega o poder político a mitos empresariais apontados antes como desagregadores do que articuladores; nos países asiáticos, realimentam-se imemoriais extremismos ditos religiosos que deflagram destruição e migrações aos milhares; em países sulamericanos, persistem regimes que, a pretexto de substituírem interesses de mercado considerados deletérios, alimentam conhecidos fenômenos massivos de desestruturação social, inflação, desemprego e migração, perpetuando a insegurança e as desigualdades que pretendiam combater.

A frustração da utopia gera a retrotopia, ou seja, o desejo de restauração do passado que se perdeu, foi roubado ou indevidamente abandonado, mas que não morreu e pode vir a substituir o futuro que não nasceu. Na medida em que os velhos medos caíam aos poucos no esquecimento, e os novos medos ganhem em volume e intensidade, progresso e retrocesso trocam de lugar. Arremata Bauman: “Em lugar de investir as esperanças públicas de melhoria num futuro incerto e duvidoso demais, reinvesti-las mais uma vez no passado vagamente lembrado, valorizado por sua suposta estabilidade e, portanto, confiabilidade. Com essa virada de 180 graus, o futuro se transforma de habitat natural de esperanças e expectativas legítimas em local de pesadelos: pavor de perder o emprego e a posição social e ele vinculada; de ter a casa, o resto de seus pertences e bens de toda uma vida retomados; de assistir aos filhos patinando ladeira abaixo do bem-estar...” (*op. cit.*, p. 12-17).

No ponto que interessa a uma reforma legislativa sobre sistema tão vital para a saúde social, política e econômica do estado e da sociedade, como seja o da seara de sua atividade contratual, que movimenta bens e serviços que empregam, de modo permanente, milhões de recursos fi-

nanceiros e humanos, promovendo um de dois extremos éticos - legítimo bem-estar ou desalentador descrédito institucional e nas pessoas que exercem autoridade estatal ou empresarial -, Bauman só vislumbra a saída do diálogo, como a define o Papa Francisco:

Hoje, nós precisamos urgentemente engajar todos os membros da sociedade na construção de “uma cultura que privilegie o diálogo como forma de encontro e na criação de “um meio para construir consenso e entendimento ao buscar a meta de uma sociedade justa, responsável e inclusiva” (*Evangelii Gaudium*, 239). A paz será durável na medida em que armarmos nossos filhos com a arma do diálogo, que os ensinarmos a travar a boa luta do encontro e da negociação. Desse modo, nós lhes legaremos uma cultura capaz de formular estratégias de vida, não de morte, e de inclusão, não de exclusão” (*op. cit.*, p.153).

O direito administrativo no estado democrático de direito assim igualmente o proclama, na interpretação do saudoso Diogo de Figueiredo Moreira Neto: “Aproximar o administrado de todas as discussões e, se possível, das decisões em que seus interesses estejam mais diretamente envolvidos, multiplicando, paulatinamente, os instrumentos de participação administrativa, com a necessária prudência, mas decididamente, com vistas à legitimação das decisões que, como ensina a ciência política, serão por isso mais aceitáveis e facilmente cumpridas pelas pessoas... como consectária da participação, a consensualidade aparece tanto como uma técnica de coordenação de interesses e de ações, como uma nova forma de valorização do indivíduo... parceria que potencializa a ação desses dois atores protagônicos: a sociedade e o Estado... participação dos interessados e consensualidade passam a integrar o devido processo legal administrativo. Tanto que consultas públicas e audiências públicas (*right to a fair hearing* – USA, França, Bélgica, Alemanha, Suíça, México, Argentina) são previstas como integrantes do processo” (*Mutações de Direito Administrativo*, p. 22-26. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2000), e, no Brasil, tanto na Lei Federal nº 9.784/99 (art. 32), quanto na Lei Estadual do Processo Administrativo fluminense, nº 5.427, 01.04.2009 (art. 46), acrescentando-se, em testemunho

da evolução do conceito de administração dialógica ou consensual, que se espera seja aplicado, com os temperamentos adequados, também nos processos administrativos de contratações públicas, precedidas ou não de certames competitivos, como, aliás, nossas Cortes Superiores já reconhecem quando proclamam que a lei do processo administrativo incide nos processos licitatórios em caráter suplementar.

4. À GUISA DE CONCLUSÃO

A nova lei de licitações e contratos em gestação há de primar por soluções que viabilizem segurança jurídica e flexibilidade de gestão de modo ético e inclusivo, viabilizando permanente diálogo entre estado e sociedade, agentes executores e controladores, públicos e privados, partícipes todos os poderes do estado. Os pontos mais sensíveis serão os de sempre: licitações e contratos administrativos devem resultar de sede jurídica formal que cumpra o devido processo legal, não apenas quanto a ritos, se não que, também, quanto à transparência, o que pressupõe protagonistas solidamente preparados, tanto técnica quanto eticamente, preparo esse exigente de treinamento prévio e permanente de todos os agentes públicos designados para atuar nesse segmento administrativo, qualquer que seja a modalidade de licitação ou no desempenho nas funções de fiscalização e gestão de contratos, que se devem segregar e especializar; a fase interna desse processo administrativo (aqui entendido em sua acepção universal de conjunto coordenado de atos que se praticam com observância de projeto, cronologia, prazos e competência funcional predeterminados, com o fim de produzir resultado de interesse público) deve retratar o atento cumprimento de todo o ciclo virtuoso da gestão (planejamento, execução, controle e avaliação), mediante o entranhamento, nos autos de cada processo, de todas as peças respectivamente pertinentes e necessárias à tomada de decisões (estudos, projetos, levantamentos, pesquisas, pareceres), a atrair a responsabilidade subjetiva de seus signatários; mecanismos eficientes para a prevenção de desvios e fraudes na definição do objeto a ser contratado e na estimativa de seu valor de mercado - que se há de fundar em ampla pesquisa em várias fontes -, de sorte a evitar direcionamentos e conluios comprometedores da competitividade e da identificação da melhor proposta, que nem sempre será a de menor preço em face das peculiaridades do objeto, dos prazos e métodos de sua execução, com

repercussão sobre os riscos e a duração do contrato; na elaboração do ato convocatório do certame, atenção deve ser concentrada na escolha de modalidade (concorrência, pregão, leilão ou concurso) e tipo de licitação para obra ou serviço (melhor preço, empreitada por preço unitário, empreitada por preço global ou contratação integrada) com elevado teor de vinculação e reduzida discricionariedade, a preservar a competitividade e respeitar as características do objeto, capazes de garantir que o contrato decorrente venha a cumprir as funções e as finalidades planejadas, bem assim a conter-se dentro do custo estimado; critérios e fatores de julgamento de propostas, objetivos e contribuintes para evitar fracionamentos indevidos do objeto - inspirados pelo falseamento de hipóteses de contratação sem licitação - ou parcelamentos de objeto que comprometam a economia de escala; metodologia que sustente o exercício isonômico, por pregoeiro ou comissão de licitação, do juízo de admissibilidade de propostas de preço ou técnicas, de modo a que o órgão julgador distinga, fazendo reagir cada proposta em face das exigências do edital, as hipóteses de sua classificação ou desclassificação, sempre dependentes de expressa motivação (revelação das razões de fato e de direito que justifiquem a decisão, que se torna vinculante da administração), a cada caso; reservar, para momento posterior à fase de julgamento de propostas, a verificação do atendimento aos requisitos de habilitação que propiciem a contratação do proponente classificado em primeiro lugar ou impliquem sua inabilitação para contratar; explicitação dos recursos administrativos cabíveis contra as decisões proferidas na fase de julgamento de propostas e de requisitos de habilitação, indicando os níveis hierárquicos que participam de sua recepção e julgamento, em prazo razoável e sem eficácia suspensiva; informatização de todos os procedimentos competitivos, com acesso universal garantido a todos os segmentos do mercado interessados no objeto da contratação e ao particular que pretenda exercer o direito constitucional de representação aos poderes públicos; regramento específico para a instrução dos processos de contratação que se possam aperfeiçoar sem licitação, em caráter excepcional, para o que de grande valia será a elaboração de manuais operacionais que correspondam às peculiaridades da estrutura organizacional de cada departamento administrativo provido de autonomia de gestão. ❖