

DIÁLOGOS EM LOGÍSTICA PÚBLICA #1



***DO FETICHEISMO LEGAL À BUSCA PELA “BOA”
BUROCRACIA NAS CONTRATAÇÕES PÚBLICAS***

Conteúdo

Apresentação	01
Visão geral	02
Artigo: <i>Do fetichismo legal à busca pela "boa burocracia" nas contratações públicas</i>	03



Apresentação

A boa administração pública jamais pode se manter ao largo da geração e da gestão do conhecimento, eis uma premissa sólida o suficiente para bem estear o lançamento da série *Diálogos em Logística Pública*.

Difícil, contudo, delinear com precisão a visão de futuro sobre essa série. Seguramente, será algo lapidado com o tempo, em processo de natural percepção e *feedback*.

No entanto, não se olvidam alguns intuios seminais. De mais patente, o primeiro deles é que o diálogo sobre as atividades próprias à logística pública (armazenagem de materiais, distribuição, contratações, gestão patrimonial, transferências de recursos etc.) sejam aqui discutidas em paradigma menos autocentrado, mas sim com espeque na *efetividade* demandada pela relação de agência firmada com o cidadão.

A aproximação da logística governamental dos mandamentos da gestão pública empreendedora coexiste, *per si*, como intuito concorrente. Nesses lindes, desenham-se incursões menos etéreas, mas que contextualizem os esforços de inovação à realidade cultural e sociológica do País.

Secretaria de Gestão.

Brasília, março de 2020.

Visão Geral

Corolário direto do Princípio da Legalidade, a atividade normativa na seara governamental é, em si, a base de sua dinâmica de gestão.

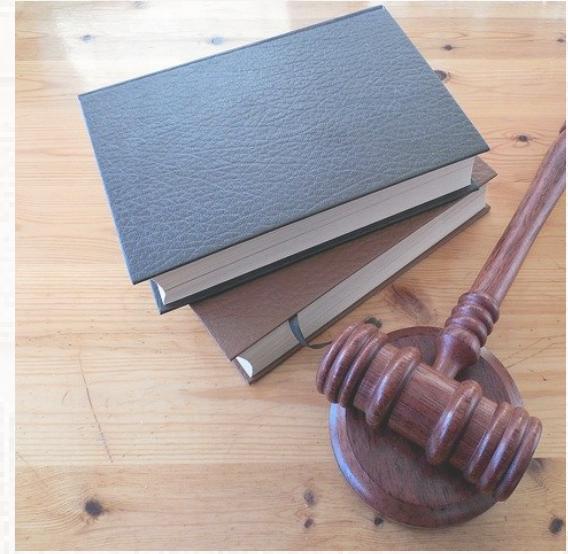
Diplomas legais e infralegais, jurisprudência, pareceres vinculantes, orientações normativas, entre outros, pavimentam o caminho pelo qual é permitido ao agente público avançar, por vezes com discricionariedade. A imprevisão normativa avulta-se, em geral, como obstáculo ao gestor, mas jamais como um cardápio de opções em face de um (inexistente) grau de liberdade a ele conferido.

O problema insurge quando a atividade normativa é disfuncionalmente maximizada, suscitando problemas que se estendem desde a falta de flexibilidade para a inovação, à dificuldade de compreensão do arcabouço legal pelo legislado.

Como superar esse paradigma disfuncional?

Eis a discussão capitaneada por Victor Amorim, no artigo que consubstancia esse número inaugural da série *Diálogos em Logística Pública*. Aliando argumentação jurídica com acurada abordagem da organização burocrática weberiana, o resultado é um texto ao mesmo tempo fluido e provocante.

Boa leitura!!



DO FETICHO LEGAL À BUSCA PELA “BOA” BUROCRACIA NAS CONTRATAÇÕES PÚBLICAS

VICTOR AGUIAR JARDIM DE AMORIM



Doutorando em Direito, Estado e Constituição pela Universidade de Brasília (UnB) e em Direito Administrativo pelo Centro Universitário de Brasília (UniCEUB). Mestre em Direito Constitucional pelo Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP). Professor dos cursos de pós-graduação do IDP, Instituto Legislativo Brasileiro (ILB) e do Instituto Goiano de Direito (IGD). Pregoeiro do Senado Federal. Site: www.victoramorim.com

1. Minimalismo e maximalismo normativo: modelos de marcos legais das compras públicas e o fetichismo legal

Já não é recente o “diagnóstico” a que chega o senso comum acerca dos motivos que conduzem à ineficiência das contratações públicas no Brasil: burocracia!

Partindo de uma compreensão um tanto fluida e conceitualmente equivocada – como se verá adiante –, imputa-se ao suposto excesso de regras prescritivas de condutas, aliada a um etéreo “pensamento formalista” dos agentes públicos, a culpa pelas dificuldades, morosidade e insucesso observado em diversos procedimentos de contratação no País.

Vale, de início, apontar que a crítica fácil advém não apenas de forma difusa da opinião pública, mas também encontra abrigo em análises “doutrinárias” e artigos generalistas. Para a delimitação do lócus de tal crítica, convém fazer uma breve incursão histórica dos marcos jurídicos das contratações públicas no Brasil, a partir da qual observar-se-á, desde o procedimento de maturação do Decreto-lei nº 2.300/1986, que, apesar da crítica comum ser caldada no “excesso de burocracia”, aposte-se, com afinco, em uma normatização maximalista, buscando abarcar, em inúmeros enunciados prescritivos, todas as situações possíveis a serem enfrentadas pela Administração.

Para tanto, merece destaque o trabalho desenvolvido por André Rosilho, em sua obra “Licitação no Brasil”, de 2013[1]. O autor divide a história da contratação pública brasileira em quatro etapas: 1ª fase) marcada pelo Decreto nº 4.536/1922 (Regulamento Geral de Contabilidade da União), que buscou sistematizar a contratação

[1] ROSILHO, André. Licitação no Brasil. São Paulo: Malheiros, 2013.

pública na União, mas conferindo bastante discricionariedade aos gestores; 2ª fase) tem como marco o Decreto-lei nº 200/1967, que implantou um sistema de contratação pública aplicável a todos os entes da Federação brasileira, sem esgotar, em seu conteúdo, as especificidades operacionais dos procedimentos de contratação; 3ª fase) marcada pelo Decreto-lei nº 2.300/1986 e pela Lei nº 8.666/1993, ambos caracterizados pela forte carga de proceduralização do processo de compra governamental e pelo estreitamento da discricionariedade do gestor público; 4ª fase) caracterizada pelo surgimento de normas voltadas para a reforma do sistema implantado pela Lei nº 8.666/1993 ou para a criação de alternativas, de cunho geral ou específico, de fugir da submissão, no todo ou em parte, à Lei de Licitações.

De acordo com Rosilho, tanto a primeira quanto a segunda fase foram caracterizadas pela edição de marcos legais mais gerais, constituídos por diretrizes e orientações básicas[2].

O Decreto-lei nº 200/1967, não obstante o contexto autoritário de sua edição[3], valeu-se do "direito" apenas como um dos instrumentos para promover a reforma da gestão pública[4], assegurando considerável margem de discricionariedade ao gestor público, delegando à Administração, através dos editais, a atribuição de esmiuçar as condutas e os ritos procedimentais das

contratações públicas[5].

Com efeito, mantendo uma perspectiva regulatória minimalista quanto aos procedimentos licitatórios (na linha do Regulamento Geral de Contabilidade da União de 1922), o Decreto-lei nº 200/1967 teve o claro propósito de unificação nacional da gestão pública brasileira, o que não deve ser confundido com a absoluta centralização na União do papel de criação de normas específicas e operacionais[6].

Em seu Título XII, ao tratar das "normas relativas à licitações pra compras, obras, serviços e alienações", o Decreto-lei nº 200/1967 limita-se a estabelecer normas e diretrizes gerais, sem adentrar em aspectos operacionais, para os quais atribui competência à regulamentação de "segundo nível" (decretos[7] e editais).

Como materialização da premissa de conferir a regulamentação operacional aos atos normativos secundários, mais atrelados à gestão pública, o Decreto-lei nº 200/1967, em seu art. 30, estrutura "as atividades de pessoal, orçamento, estatística, administração financeira, contabilidade e auditoria, e serviços gerais", conferindo ao "órgão central do sistema"[8], atributos de orientação normativa, su-

[5] ROSILHO, ob. cit., p. 59-60.

[6] Ressalte-se que o Decreto-lei nº 200/1967, originalmente, tinha aplicação restrita ao âmbito da União. Somente com a edição da Lei nº 5.456/1968 as normas sobre licitações e contratos passaram a ser expressamente aplicáveis a Estados e Municípios.

[7] Nesse sentido, vide o Decreto Federal nº 73.140, de 9 de novembro de 1973, que regulamenta as licitações e os contratos, relativos a obras e serviços de engenharia.

[8] A ideia de instituição de um "órgão central" da Administração federal remonta ao Estado Novo (1930-1945). Por meio do Decreto-lei nº 579/1938 foi criado o Departamento Administrativo do Serviço Público (DASP), incorporando os esforços anteriores da reforma administrativa varguista com a instituição da Comissão Permanente de Padronização (1930), da Comissão Central de Compras (1931) e do Conselho Federal do Serviço Público Civil (1936). Sobre a centralização nos movimentos de reforma administrativa, vide: BALBI, Irineu Belo. Reforma administrativa no Brasil em perspectiva histórica: centralização, modelo burocrático e desenvolvimento. Rio de Janeiro, 2015, 134p. Dissertação de Mestrado - Departamento de Ciências Sociais, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Disponível em:

<http://www.cis.puc-rio.br/assets/pdf/PDF_CIS_1463750899_Irineu_Balbi_2015_Completo.pdf>.

[2] ROSILHO, ob. cit., p. 46 e 59-60.

[3] Foi utilizado o adjetivo "autoritário" em vista da configuração político-administrativa do período compreendido entre os anos de 1964 a 1985, caracterizado pela centralização de competências e atribuições no Poder Executivo e pelo esvaziamento do papel normativo e fiscalizador do Poder Legislativo.

[4] A reforma administrativa promovida na década de 1960 foi desenhada e tutelada pela Comissão Especial de Estudos de Reforma Administrativa (COMESTRA), criada pelo Decreto nº 54.401, de 9 de outubro de 1964. Para um panorama histórico dos movimentos de reforma administrativa no século XX, vide: BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. Reforma do Estado para a Cidadania: A Reforma Gerencial Brasileira na Perspectiva Internacional. São Paulo: Editora 34; Brasília: ENAP, 1998.

supervisão técnica e fiscalização. Tal diretriz será de extrema importância para o desenvolvimento de alguns apontamentos no tópico 3 do presente artigo.

Portanto, até meados do século XX no Brasil, a disciplina normativa dos procedimentos de contratação pública teve um viés “minimalista”. A partir da década de 1980, “teve início uma espécie de fechamento do sistema de contratações públicas e de densificação da regulação jurídica das licitações”[9]. Introduzia-se, assim, a fase maximalista da normatização sobre o tema.

A década de 1980 no Brasil, marcada pelo fim do período militar (1964-1985), pela “redemocratização” e pelo influxo das reformas administrativas (com imagem associada à centralização autoritária), consagra um fenômeno de hegemonia do Direito na Administração Pública, ocasionando a valorização da regulação, pela lei, dos procedimentos de contratação e a proeminência da ótica estritamente jurídica na interpretação das regras postas[10]. Nas palavras de André Rosilho, estar-se-ia diante um “fetichismo legal”:

No plano jurídico este momento das licitações públicas esteve impregnado pela crença no papel transformador do Direito, na sua capacidade de conformar e de modificar a realidade que o cerca – caracterizando o que convencionei chamar de “fetichismo legal”. O Direito, portanto, de coadjuvante passou a protagonista, ocupando o lugar de destaque quase absoluto nas reformas desse período.[11]

[9] ROSILHO, ob. cit., p. 31.

[10] Ainda que não seja objeto específico do presente estudo, é preciso pontuar, nesta altura, que o protagonismo dos “juristas” abafou um necessário viés multidisciplinar da gestão pública, relegando a um segundo plano os constructos das demais ciências afetas à lógica do planejamento sistêmico e da logística na atividade administrativa. Enfim, em tal contexto, foi fomentada a ideia de que os “assessores jurídicos” e “advogados” deteriam não apenas a palavra final em termos de interpretação de regras de gestão pública, mas o próprio monopólio da interpretação.

[11] ROSILHO, ob. cit., p. 64.

Nesse desiderato, o Decreto-lei nº 2.300/1986 foi gerado internamente no âmbito da Consultoria-Geral da República, tendo por objetivo “evitar desvios e práticas ímporas”[12], criando um “diploma normativo minucioso, rígido, detalhista e altamente proceduralizado, uniformemente aplicável a toda a Administração Pública, reduzindo a margem de discricionariedade do administrador público e do legislador do Estados e Municípios”[13]. Consoante a Exposição de Motivos do ato normativo[14], assinada pelo então Consultor-Geral da República, Saulo Ramos:

O texto ora submetido à elevada consideração de V. Ex.' inspirou-se, basicamente, no ordenamento jurídico do estado de São Paulo (Leis nº 10.395, de 17 de dezembro de 1970, hoje revogada, e 89, de 27 de dezembro de 1972) e na experiência jurídica proporcionada' pela ' aplicação das ,ermas do Decreto-lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967, enriquecida pela interpretação dos egrégios Supremo Tribunal Federal, Tribunal Federal de Recursos e Tribunal de Contas da União [...] O projeto restringe, em função do interesse público, o discricionarismo do administrador e veda-lhe, atento à exigência de moralidade administrativa, que adote medidas cuja implementação desvie-se dos objetivos para os quais a administração pública foi instituída. [grifou-se]

O resultado foi um texto contendo 90 artigos e que implicou a revogação do Código da Contabilidade Pública da União referentes a licitação e contratos e dos artigos 125 a 144 do Decreto-lei nº 200/1967, de viés, essencialmente, minimalista.

[12] ROSILHO, ob. cit., p. 66.

[13] ROSILHO, ob. cit., p. 68.

[14] Disponível
<<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/45345/43832>>.

Com o advento da Constituição Federal de 1988, que dedicou conteúdo específico às licitações e contratos administrativos, e no contexto de denúncias de corrupção envolvendo o governo de Fernando Collor de Mello, em 10/06/1991, foi apresentado pelo então Deputado Federal Luís Roberto Ponte (PMDB/RS) o Projeto de Lei nº 1.491[15] que objetivava a regulamentação do inciso XXI do art. 37 da CF/1988.

Sob tal contexto, a tramitação do PL nº 1.491/1991 perdurou na Câmara dos Deputados por quase um ano, tendo a aprovação de seu texto inicial pelo Plenário concluída em regime de urgência, o que acarretou pouco prazo para as Comissões Temáticas da Casa se debruçarem sobre o conteúdo do projeto. Enviado o texto ao Senado Federal[16], houve a apresentação de um novo substitutivo proposto pelo Senador Pedro Simon (PMDB/RS). Tendo causado “intenso mal-estar” na Câmara dos Deputados[17], após intensa articulação interna de Luís Roberto Ponte, foi mantido o texto inicial oriundo da Câmara, com algumas modificações sugeridas pelo substitutivo do Senado Federal. Enviada para sanção do Presidente da República, com considerável número de vetos[18], em 21/06/1993 foi promulgada a Lei nº 8.666/1993.

Com informações extraídas dos debates parlamentares, artigos e notícias publicados no contexto de discussão do PL nº 1.491/1991, André Rosilho conjectura sobre os motivos que conduziram ao maximalismo da Lei nº 8.666/1993:

[...] o maximalismo prevalece não porque há mais parlamentares que, no plano das ideias, defendem a existência de um modelo legal de licitações públicas do tipo maximalista, mas porque eles tiveram que assumir uma postura pragmática. Tendo em vista que o modelo legal que estava sendo votado pelo Congresso Nacional já era do tipo maximalista, aos congressistas restou a possibilidade de trabalharem com o produto que tinham em mãos, ajustando-o da maneira que achassem mais conveniente. Não havia mais espaço para manifestações relativas à melhor forma de regular as contratações públicas no Brasil. [19]

O fato é que a Lei nº 8.666/1993 “não inaugurou uma nova fase das licitações no Brasil”, uma vez que “constituída sobre o mesmo modelo jurídico de contratações públicas que permeou o Decreto-lei 2.300/1986”[20].

Ainda neste ponto, não se pode deixar de registrar as “coincidências” na tramitação do PL nº 1.491/1991 com o atual projeto da “nova Lei de Licitações”, materializado pelo PLS nº 559/2013 e pelo PL nº 1.292/1995[21]. A despeito do fluxo invertido (vez que a proposição inicial surge no Senado Federal), é inegável que o substitutivo então aprovado pela Câmara dos Deputados em setembro de 2019 mantém o paradigma maximalista, reproduzindo, em parte, dispositivos da própria Lei nº 8.666/1993.

[15] Tramitação disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=192797>>.

[16] O substitutivo foi autuado no Senado Federal como Projeto de Lei da Câmara nº 59/1992 [tramitação disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/20800>>].

[17] Cf. ROSILHO, ob. cit., p. 103.

[18] Foram, no total, vetados 18 (dezoito) dispositivos do autógrafo final enviado pela Câmara dos Deputados. As razões dos vetos (Mensagem nº 335) encontram-se disponíveis em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/Mensagem_Veto/anterior_98/Vep335-L8666-93.pdf>.

[19] ROSILHO, ob. cit., p. 108-109.

[20] ROSILHO, ob. cit., p. 91.

[21] Tais “coincidências” serão melhor exploradas em artigo específico de minha autoria a ser publicado no portal Observatório da Nova Lei de Licitações [<http://www.novaleilicitacao.com.br/>].

2. Burocracia e disfunção burocrática: resgatando conceitos

Feita a necessária digressão histórica para se contextualizar o “atual” diagnóstico de “excesso de burocracia” nas contratações públicas, é preciso melhor expor os conceitos.

“Burocracia”, na concepção de Max Weber (1864-1920), trata-se de um “tipo ideal” de organização, calcada na aceitação da validade de ideias fundada na autoridade racional-legal, constituindo um modelo de análise sociológica e política em pesquisas e no desenvolvimento da teoria das organizações[22].

Na definição weberiana, uma organização burocrática apresenta os seguintes caracteres: i) estrutura de cargos delineada hierarquicamente e com conteúdo e limites previamente estabelecidos em normas, com necessária atividade de supervisão e controle de um cargo superior; ii) especificação de áreas de competência decorrentes da divisão sistemática do trabalho e da diferenciação de funções; iii) existência de um quadro administrativo composto por funcionários tecnicamente qualificados, cuja comportamento é norteado por normas técnicas e as demais que regulam o exercício dos cargos; iv) distinção entre a propriedade da “organização” e a propriedade pessoal do funcionário; v) diferenciação de propósitos pessoais dos propósitos do funcionário, partindo do pressuposto de que a conduta desempenhada enquanto investido no cargo é impessoal e orientada pelas normas pertinentes[23].

Tais pressupostos, inegavelmente, constituem o referencial de planejamento de estruturação da burocracia da Administração Pública brasileira nos séculos XX e XXI, cuja tentativa seminal de implementação se observou no período do Estado Novo (1930-1945). Hodiernamente, ainda que se diga que o modelo de organização estatal “gerencial” – observado a partir da década de 1990 – pareça representar uma superação do modelo burocrático tradicional, o fato é que os pressupostos de organização então contemplados por Max Weber permanecem, em especial no que tange à estrutura de cargos, competências, segregação de funções e controles hierárquicos. De tal forma, é razoável concluir que o “modelo gerencial” e o “modelo burocrático” não apresentam uma relação de contrariedade ou oposição, mas sim de complementariedade evolutiva.

Como um tipo ideal calcado em uma lógica de legitimidade racional, não há, de per si, uma conotação negativa em relação ao termo “burocracia”, de modo que, os efeitos deletérios decorrentes da aplicação prática dos pressupostos da organização burocrática, cientificamente se amoldam como “disfunções burocráticas”. Fundamentalmente, o tipo ideal de burocracia weberiano pressupõe uma organização com previsibilidade de funcionamento com vistas a se obter a maior eficiência possível. Contudo, é inegável que além das consequências previstas, há as consequências imprevistas que conduzem às imperfeições e ineficiências. Logo, as disfunções burocráticas representam as anomalias de funcionamento da burocracia e não o tipo-ideal propriamente dito.

[1] WEBER, Max. Os fundamentos da organização burocrática: uma construção do tipo ideal. In: CAMPOS, Edmundo (org.). Sociologia da burocracia. Rio de Janeiro: Zahar, 1978. p. 15-28.

[1] Cf. OLIVEIRA, Gercina Alves de. A Burocracia Weberiana e a Administração Federal Brasileira. Revista Administração Pública, Rio de Janeiro, nº 4, jul./dez. 1970, p. 47-74. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rap/article/viewFile/4847/3585>>

Dentre as disfunções recorrentes observadas nas organizações - e que nos interessa para o presente artigo - encontra-se a equivocada tentativa de regulamentação totalitária e desarrazoada de todos os procedimentos e condutas e, ainda, o excesso de formalização, caracterizado pela exagerada previsão de formalidades e padronização normativa de procedimentos e pelo excesso de rotinas, despachos e encaminhamentos administrativos[24].

Aplicando tais incursões conceituais às compras públicas no Brasil, observa-se que o excesso de normatização é praticado em sede de produção normativa primária, isto é, por meio de atos normativos primários (referidos no art. 59 da Constituição Federal), em especial as leis strictu sensu e medidas provisórias[25]. Ou seja, retoma-se a ideia de “fetichismo legal” anteriormente desenvolvida neste artigo.

3. Maximalismo da normatização primária como disfunção burocrática

Dada a experiência político-institucional brasileira em cílicos movimentos de reforma administrativa, é inegável que optamos por circunscrever a gestão política à totalidade da lei em sentido estrito (ato normativo primário). Logo, confere-se ao legislador uma presunção de onisciência acerca do agir administrativo, de forma a contemplar, em caráter ab-

soluto, todas as condutas admissíveis. Ainda aferrados ao surrado conceito do “princípio da legalidade”[26], se o administrador “só pode fazer aquilo que a lei permite”, seria preciso muita lei para dar conta de todas as situações possíveis.

Note-se, em verdade, que a compreensão clássica do princípio da legalidade na Administração Pública calca-se, antes de tudo, em uma desconfiança face aos próprios gestores públicos, sendo preciso limitar ao máximo sua discricionariedade através da lei.

No mundo jurídico brasileiro é grande a convicção de que a discricionariedade administrativa seria a causa de todo o mal das contratações públicas. Daí o prestígio da maximalista Lei 8.666/1993, que buscou limitar fortemente a discricionariedade. Daí também a preferência dos órgãos de controle pelas interpretações que reduzem sempre mais os espaços de opção administrativa.[27]
[grifou-se]

Como bem observou Steven Kelman, o foco da legislação primária deveria ser o estabelecimento de metas e diretrizes ao agir administrativo, devendo ser cobrado dos agentes a motivação para as decisões tomadas e a transparência nos resultados, “ao invés de olharmos por cima dos ombros toda vez que eles agirem”[28].

[24] PATZLAFF; SANTOS; PATZLAFF. Análise acerca da essência burocrática weberiana e os pressupostos mecanicistas: a relação entre o perfil dos líderes e a incidência de disfunções burocráticas em uma instituição pública. Revista Eletrônica de Humanidades do Curso de Ciências Sociais da UNIFAP, Macapá, v. 8, n. 2, p. 09-36, jul./dez. 2015. Disponível em: <<https://periodicos.unifap.br/index.php/pracs/article/viewFile/1796/airtonv8n2.pdf>>.

[25] Nos sistemas constitucionais anteriores, mutatis mutandi, a medida provisória da CF/1988 corresponderia ao “Decreto-Lei” nas Constituições anteriores: CF/1937 (art. 13); CF/1967 (art. 58) e CF/1969 (art. 55).

[26] A compreensão de que “administrar é aplicar a lei de ofício”, foi originalmente exposta no Brasil por Miguel Seabra Fagundes, em 1941, em sua obra “O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário” (Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1941). Posteriormente, Hely Lopes Meirelles, em seu “Direito Administrativo Brasileiro” (cuja primeira edição é de 1964), formulou a conhecida sentença: “Na administração não há liberdade nem vontade pessoal. Enquanto na administração particular é lícito fazer tudo que a lei não proíbe, na Administração Pública só é lícito fazer o que a lei autoriza” (in Direito Administrativo Brasileiro. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 82).

[27] SUNDFIELD, Carlos Ari. Prefácio. In: ROSILHO, André. Licitação no Brasil. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 8.

[28] KELMAN, Steven. Procurement and Public Management: the Fear of Discretion and the Quality of Government Performance. Washington: The AEI Press, 1990, p. 14.

No caso brasileiro, a opção por um modelo normativo totalitário acarreta, ainda, outros efeitos nocivos à racionalidade administrativa, tendo em vista a forma federativa do Estado, a competência legislativa concorrente dos demais entes federativos[29], a não-unificação nacional dos sistemas de controle externo e a heterogeneidade estrutural das Administrações direta e indireta[30].

Portanto, observa-se que o modelo maximalista, caracterizado por uma normatização primária extremamente detalhada desenvolvida com o intento de esgotar todas as situações a serem enfrentadas pelo gestor público, ao retirar as possibilidades de densificação técnica diante das características da situação concreta, representaria uma anomalia (ou “disfunção burocrática”) do Estado Gerencial brasileiro.

Apostou-se na ideia de que a lei deveria ser o grande instrumento de regulação das licitações, antecipando comportamentos, condutas e escolhas. Ao administrador público – apontado à época como o grande responsável pela corrupção nas licitações – caberia apenas o papel de cumpri-la [...] Ao apostar em soluções normativas exaustivas, o maximalismo deixa pouca margem de manobra para correções de percurso e adaptações. Assim, eventuais equívocos legais tendem a se perpetuar no tempo, já que para serem corrigidos dependem de mobilização do legislador. Além disso, a transferência de praticamente toda a competência decisória para o Legislativo também acarreta o bloqueio à inovação e à criatividade na gestão pública, pois incentiva que os agentes se limitem a reproduzir os comportamentos e atividades expressamente descritos em lei.[31]

[grifou-se]

[29] Vide, para tanto: AMORIM, Victor Aguiar Jardim de. O que “sobra” para estados e municípios na competência de licitações e contratos? Consultor Jurídico, 22/01/2017. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-jan-22/sobra-estados-municipios-licitacoes-contratos>>.

[30] Vide, para tanto: AMORIM, Victor Aguiar Jardim de. Por um “giro hermenêutico” no Direito Administrativo de estados e municípios. Consultor Jurídico, 16/09/2019. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-set-16/victor-amorim-visao-nacional-compras-publicas>>.

[31] ROSILHO, ob. cit., p. 230.

Outrossim, nesta altura do artigo, já se torna possível uma conclusão parcial: a ineficiência, morosidade e insucesso das compras públicas está atrelada a um modelo maximalista de prescrição de condutas do gestor público por meio de atos normativos primários adotado com rigor no Brasil desde a década de 1980, constatamos que aí reside a “disfunção burocrática” e que o problema não é “burocracia” propriamente dita. Logo, há que buscar reparar as disfunções e almejar a “boa” burocracia no sistema de contratação públicas no Brasil. E qual seria um caminho plausível?

4. Um caminho possível: a “boa burocracia” reside na atividade normativa secundária da Administração Pública

Identificada a “disfunção burocrática” do atual marco jurídico das contratações públicas no Brasil, há que se pugnar, como premissa básica corretiva, a preferencialidade por leis minimalistas, contendo as diretrizes, a modelagem básica dos procedimentos de contratação, conferindo aos regulamentos (atos normativos secundários) a tarefa de densificação e pormenorização operacional.

De certa forma, tal é a tendência observada por André Rosilho na legislação compreendida na “quarta fase”[32] das licitações no Brasil, na qual há uma fuga da maximalista Lei nº 8.666/1993. Em tal marco, podemos considerar a Lei nº 10.520/2002[33], a Lei nº 12.462/2011[34] e a Lei nº 13.303/2016[5].

[32] ROSILHO, ob. cit., p. 144-228.

[33] Pode-se considerar a Lei do Pregão como norma geral em sua essência. Ao se limitar apenas a estabelecer a estrutura procedural elementar do pregão, confere ao regulamento certa margem criativa e protagonismo na especificação do procedimento, em especial quanto à forma eletrônica de pregão.

[34] Em seu art. 17, a despeito de fixar as balizas do procedimento de realização do RDC (Regime Diferenciado de Contratação), a lei prevê que “o regulamento disporá sobre as regras e procedimentos de apresentação de propostas ou lances”.

[35] Destaque para o art. 40 que confere considerável “liberdade” de densificação regulamentar às estatais na edição de seus regulamentos internos de licitações e contratos.

Assim, no tocante às contratações públicas, à lei *strictu sensu* seria conferido o papel de fixação dos standards de atuação e conformação normativa por parte do gestor, de modo que a legislação primária constituiria uma espécie de vinculação negativa, assegurando ao administrador público os adequados espaços de escolha técnica e política[36].

Diante do inerente grau de abstração das leis “minimalistas”, desponta a necessidade de regulamentação, mediante edição de atos normativos secundários, para consecução dos seguintes objetivos: a) uniformizar os procedimentos a serem observados pela Administração para a execução da lei; b) precisar o conteúdo de conceitos genéricos e indeterminados existentes na lei; c) delimitar os contornos da competência discricionária legal[37].

Nesse sentido, a Constituição Federal, no inciso IV do art. 84, institui o chamado “poder regulamentar”, conferindo ao Presidente da República a competência para expedir decretos e regulamentos para a fiel execução das leis. A despeito de se apontar como fundamento para o poder regulamentar o mencionado dispositivo constitucional (que trata da competência do Presidente da República), em uma lógica de observância da independência (que tem como uma das facetas a autonomia administrativa), há que se observar a competência regulamentar dos demais poderes (Legislativo e Judiciário) e dos órgãos que gozam de tal autonomia de acordo com o texto constitucional (Ministério Público, Defensoria Pública e Tribunais de Contas)[38]. O mesmo raciocínio se aplica, por simetria, ao âmbito dos Estados, Distrito Federal e Municípios.

Os chamados regulamentos tratam-se, portanto, de atos normativos secundários, que retiram seu fundamento de validade das leis e não diretamente da Constituição. Conforme observado por Motta,

[...] tais atos encontram-se, necessariamente, em patamar hierárquico inferior à lei e, consequentemente, a ela subordinados. Submetem-se com totalidade, por isso, aos dois subprincípios componentes do princípio da legalidade: reserva legal e preferência da lei. É dizer: ainda que retirem seu fundamento de validade implicitamente da Constituição, não poderão imiscuir-se no campo reservado para regulação pelas leis. Da mesma forma, estarão sujeitos a controle de legalidade a posteriori no caso de superveniência de lei reguladora.[39]

É preciso, contudo, quebrar o paradigma segundo o qual é vedado, de forma absoluta, que o regulamento de execução venha a inovar na ordem jurídica. Nesse sentido, é precisa a crítica de Gustavo Binebojm, com suporte em Sérgio Ferraz:

O que se está aqui propugnando é que a noção de regulamento de execução não pode ser circunscrita a uma atividade basicamente repetidora da lei, ou “um mero elemento de sua execução, como um procedimento de sua aplicação”, conforme defendia Oswaldo Aranha Bandeira de Mello. Sempre, em maior ou menor medida – ressalvadas, é claro, as hipóteses de reserva de lei, notadamente a absoluta – haverá espaço para a atividade criativa do poder regulamentar de execução. Neste exato diapasão, Sérgio Ferraz preleciona que, “realmente, de nenhuma valia é o regulamento que se limita a repetir a lei”. Além disso, continua o publicista, o regulamento executivo não pode ser contra legem, entretanto, “a sua finalidade é a execução do conteúdo da lei, e não de seu limite formal”. Desse modo, o regulamento de execução pode “conter norma nova, desde que não contrarie a ordem legal vigente e seja necessária à plena execução do diploma regulamentado”.[40]

[36] BINENBOJM, Gustavo. Uma Teoria do Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 137.

[37] Cf. MOTTA, Fabrício. Função Normativa da Administração Pública. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 161.

[38] Cf. MOTTA, ob. cit., p. 170-171.

[39] MOTTA, ob. cit., p. 139.

[40] BINEBOJM, ob. cit., p. 157-158.

Por conseguinte, desde que não venha a contrariar a lei a ser executada (contra legem) e atento aos parâmetros de juridicidade, há que se resguardar a liberdade de densificação (ainda que criativa) do poder regulamentar, partindo-se do pressuposto de que a opção do legislador em conferir tal margem à determinadas autoridades administrativas sustenta-se em sua expertise técnica e/ou política para o estabelecimento de instrumentos normativos eficazes e eficientes para a consecução da lei regulamentada. Isto é, reconhecer, na formulação de Cass Sunstein e Adrian Vermeule[41], a "capacidade institucional" de cada autoridade detentora da competência regulamentar, definida concretamente dentro de um arranjo institucional específico.

Há, em uma compreensão weberiana, uma legitimação do poder regulamentar pela racionalidade decorrente da especialização técnico-funcional da autoridade administrativa, o que, de forma alguma, se mostra contrário às demandas democráticas não apenas procedimentais[42], mas, também, substanciais[43].

Destaca-se, nesse contexto, o Decreto Federal nº 5.450/2005, que, orientado por uma lógica concorrencial mais adequada à realidade virtual, conformou a fase de lances do pregão eletrônico explorando a competitividade de forma mais efetiva quando comparado à modelagem da Lei nº 10.520/2002 (calcada na lógica das licitações presenciais). Da mesma forma, o Decreto Federal nº 10.024/2019, à luz da teoria dos leilões, apresentou desenhos de mecanismos com vistas a promover in-

centivos aos licitantes para revelarem, de forma confiável, a sua valoração do objeto[44].

Logo, vê-se com bons olhos uma postura minimalista de parte da legislação brasileira sobre contratações públicas que venha a conferir considerável espaço de regulamentação para dispor acerca de questões operacionais, dada a expertise e o conhecimento técnico daqueles que detém o poder regulamentar, conhecimento esse de caráter multidisciplinar[45], não necessariamente jurídico.

Em matéria de licitações e contratos, é fundamental a compreensão da complexidade real no poder regulamentar das autoridades brasileiras, em especial a estrutura hierarquizada do sistema. É possível depreender regulamentações de segundo grau, em geral materializadas em portarias, instruções ou orientações normativas. Diversos são os exemplos de decretos expedidos pelo Presidente da República nos quais se contem disposição prevendo a disciplina subsidiária por parte de autoridades subordinadas ao Chefe do Poder Executivo Federal[46]. Trata-se, de acordo com Fabrício Motta, dos chamados atos normativos derivados de segundo grau (ou, simplesmente, "regulamentos de regulamentos")[47].

[44] Para uma melhor compreensão acerca do caráter inovador da "modelagem" da disputa instituída pelo Decreto nº 10.024/2019 sob a ótica da "teoria dos leilões" e de "alocações de incentivo", vide NÓBREGA, Marcos. Direito e economia da infraestrutura. Belo Horizonte: Fórum, 2020, p. 21-47.

[45] Em matéria de contratações públicas, cada vez mais se faz relevante a perspectiva da Análise Econômica do Direito como metodologia, de modo a conferir verdadeira científicidade aos pressupostos sobre os quais o raciocínio jurídico é desenvolvido, em especial no que tange ao impacto empírico de um modelo projetado por uma norma, as questões comportamentais, a teoria dos leilões e a arquitetura dos mercados. Para tanto, sugere-se a leitura dos capítulos 1, 2, 10 e 11 da obra: COOTER, Robert; ULEN, Thomas. Law & Economics. 6 ed. New Jersey: Prentice Hall, 2011.

[46] Vide, nesse sentido: art. 11 do Decreto nº 7.174/2010; art. 17, I, do Decreto nº 9.373/2018; art. 59 do Decreto nº 10.024/2019, entre outros.

[47] Para tanto, vide o disposto no art. 87, III, da CRFB.

[41] Cf. SUNSTEIN, Cass; VERMEULE, Adrian. Interpretation and Institutions. Michigan Law Review, vol. 101, nº 4, 2003.

[42] Nesse ponto, há que se destacar as iniciativas da SEGES de conferir considerável participação social no processo de tomada de edição acerca de regulamentos de execução, como se deu em relação ao Decreto Federal nº 10.024/2019, antecedido por duas audiências públicas e dezenas de reuniões com especialistas (inclusive do setor privado) e membros da sociedade civil organizada.

[43] Acerca das supostas tensões entre a regulamentação técnica e o Estado Democrático de Direito, vide: BINEBOJM, ob. cit., p. 273-301.

Especialmente nessa seara merece destaque o papel de normatização do "órgão central" do Sistema de Serviços Gerais (SISG), cuja atribuição encontra fundamento no art. 30, §1º, do Decreto-Lei nº 200/1967[48]. Atualmente desempenhado pela Secretaria de Gestão do Ministério da Economia[49], é frequente a edição de instruções normativas de grande repercussão para o desempenho das atividades dos gestores públicos no âmbito das contratações, destacando-se a IN SLTI nº 5/2014 (pesquisa de preços), a IN SLTI nº 5/2017 (contratação de serviços sob o regime de execução indireta), a IN SEGES nº 01/2019 (dispõe sobre o Sistema de Planejamento e Gerenciamento de Contratações) e a IN SGD nº 1/2019 (contratação de soluções de tecnologia da informação).

Na seara do que se defende no presente artigo, tais instruções normativas, por incorporarem, fundamentalmente, as boas práticas em gestão e contratação pública, constituem importantes instrumentos indutores de comportamentos internos no âmbito das instituições quanto à concreta definição burocrática de matriz de competências e responsabilidades e dos procedimentos operacionais específicos e adequados à realidade de cada órgão ou entidade da Administração Pública.

Com efeito, sem o engessamento e a utopia totalitária da legislação primária maximalista, tem-se na adequada atividade regulamentadora importante instrumento da "boa burocracia", desde que orientada

por critérios técnicos, por uma abordagem científica (que possibilidade a testabilidade empírica e/ou lógico-argumentativa) e devidamente tributária dos limites políticos decorrentes do desenho institucional estabelecido pela Constituição brasileira, observando-se, especialmente, a margem de autonomia regulamentar dos entes e entidades dotados de autonomia administrativa e de gestão, em todos os âmbitos da Federação.

REFERÊNCIAS

AMORIM, Victor Aguiar Jardim de. O que "sobra" para estados e municípios na competência de licitações e contratos? Consultor Jurídico, 22/01/2017. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-jan-22/sobra-estados-municipios-licitacoes-contratos>>.

AMORIM, Victor Aguiar Jardim de. Por um "giro hermenêutico" no Direito Administrativo de estados e municípios. Consultor Jurídico, 16/09/2019. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-set-16/victor-amorim-visao-nacional-compras-publicas>>.

BALBI, Irineu Belo. Reforma administrativa no Brasil em perspectiva histórica: centralização, modelo burocrático e desenvolvimento. Rio de Janeiro, 2015, 134p. Dissertação de Mestrado - Departamento de Ciências Sociais, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Disponível em: <http://www.cis.puc-rio.br/assets/pdf/PDF_CIS_1463750899_Irineu_Balbi_2015_Completo.pdf>.

BINENBOJM, Gustavo. Uma Teoria do Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. Reforma do Estado para a Cidadania: A Reforma Gerencial Brasileira na Perspectiva Internacional. São Paulo: Editora 34; Brasília: ENAP, 1998.

[1] Art. 30. Serão organizadas sob a forma de sistema as atividades de pessoal, orçamento, estatística, administração financeira, contabilidade e auditoria, e serviços gerais, além de outras atividades auxiliares comuns a todos os órgãos da Administração que, a critério do Poder Executivo, necessitem de coordenação central.

§ 1º Os serviços incumbidos do exercício das atividades de que trata este artigo consideram-se integrados no sistema respectivo e ficam, consequentemente, sujeitos à orientação normativa, à supervisão técnica e à fiscalização específica do órgão central do sistema, sem prejuízo da subordinação ao órgão em cuja estrutura administrativa estiverem integrados.

[1] Conforme Decreto Federal nº 9.745/2019.

COOTER, Robert; ULEN, Thomas. Law & Economics. 6 ed. New Jersey: Prentice Hall, 2011.

FAGUNDES, Miguel Seabra. O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1941.

KELMAN, Steven. Procurement and Public Management: the Fear of Discretion and the Quality of Government Performance. Washington: The AEI Press, 1990, p. 14.

MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. São Paulo: Malheiros, 1999.

MOTTA, Fabrício. Função Normativa da Administração Pública. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

NÓBREGA, Marcos. Direito e economia da infraestrutura. Belo Horizonte: Fórum, 2020.

OLIVEIRA, Gercina Alves de. A Burocracia Weberiana e a Administração Federal Brasileira. Revista Administração Pública, Rio de Janeiro, nº 4, jul./dez. 1970, p. 47-74. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rap/article/viewFile/4847/3585>>.

PATZLAFF; SANTOS; PATZLAFF. Análise acerca da essência burocrática weberiana e os pressupostos mecanicistas: a relação entre o perfil dos líderes e a incidência de disfunções burocráticas em uma instituição pública. Revista Eletrônica de Humanidades do Curso de Ciências Sociais da UNIFAP, Macapá, v. 8, n. 2, p. 09-36, jul./dez. 2015. Disponível em: <<https://periodicos.unifap.br/index.php/pracs/article/viewFile/1796/airtonv8n2.pdf>>.

ROSILHO, André. Licitação no Brasil. São Paulo: Malheiros, 2013.

SUNDFELD, Carlos Ari. Prefácio. In: ROSILHO, André. Licitação no Brasil. São Paulo: Malheiros, 2013.

SUNSTEIN, Cass; VERMEULE, Adrian. Interpretation and Institutions. Michigan Law Review, vol. 101, nº 4, 2003.

WEBER, Max. Os fundamentos da organização burocrática: uma construção do tipo ideal. In: CAMPOS, Edmundo (org.). Sociologia da burocracia. Rio de Janeiro: Zahar, 1978.

Para citar este artigo:

BRASIL. Secretaria de Gestão do Ministério da Economia. Do Fetichismo Legal à Busca pela "Boa Burocracia" nas Contratações Públicas. *Diálogos em Logística Pública*, ano 1, v. 1, p. 3 - 13, 2020.