IV ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITO ADMINISTRATIVO E GESTÃO PÚBLICA I

JANAÍNA RIGO SANTIN

JOSÉ SÉRGIO DA SILVA CRISTÓVAM

NEWTON CESAR PILAU

Copyright © 2021 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina
Diretora Executiva - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - UNIVEM/FMU – São Paulo
Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará
Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul
Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio – Rio de Janeiro
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR – Ceará

Representante Discente: Prof. Dra. Sinara Lacerda Andrade – UNIMAR/FEPODI – São Paulo

Conselho Fiscal:
Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara – ESDHC – Minas Gerais
Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro
Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho – Ceará
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS – Sergipe
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR – São Paulo
Secretarias
Relações Institucionais:
Prof. Dra. Daniela Marques De Moraes – UNB – Distrito Federal
Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM – São Paulo
Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo
Comunicação:
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali – Rio Grande do Sul
Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB – Paraíba
Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC – Santa Catarina
Relações Internacionais para o Continente Americano:
Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia
Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM – Rio Grande do Sul
Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão
Relações Internacionais para os demais Continentes:
Prof. Dr. José Barroso Filho – ENAJUM
Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná
Eventos:
Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec – Minas Gerais
Profa. Dra. Cinthia Obladen de Almendra Freitas - PUC – Paraná
Profa. Dra. Livia Gaigher Bosio Campello - UFMS – Mato Grosso do Sul

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UMICAP – Pernambuco

---

D597

Direito administrativo e gestão pública I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Janaína Rigo Santin; José Sérgio da Silva Cristóvam; Newton Cesar Pilau – Florianópolis: CONPEDI, 2021.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-65-5648-428-0
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Constitucionalismo, desenvolvimento, sustentabilidade e smart cities.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Direito administrativo. 3. Gestão pública. IV Encontro Virtual do CONPEDI (1: 2021 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34

CONPEDI

Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis
Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

IV ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITO ADMINISTRATIVO E GESTÃO PÚBLICA I

Apresentação

O IV ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI: CONSTITUCIONALISMO, DESENVOLVIMENTO, SUSTENTABILIDADE E SMART CITIES, ocorreu entre os dias 09 a 13 de novembro de 2021 pela plataforma virtual do CONPEDI, com a organização e o apoio da Universidade do Itajaí. Trata-se do quarto evento realizado pelo meio virtual e síncrono, a fim de resguardar a saúde de todos ante aos desafios ainda presentes da Covid-19. Em mais este evento foi possível constatar que as pesquisas jurídicas não pararam com a pandemia, pelo contrário, oportunizou-se em mais este evento do CONPEDI debates e discussões altamente qualificados, com a reunião de pesquisadores nacionais e internacionais na socialização do conhecimento gerado até então.

Mais uma vez o CONPEDI ofereceu aos participantes conferências, painéis e grupos de trabalho de elevadíssimo nível, os quais proporcionaram um olhar multifacetado e plural, envolvendo as mais diversas áreas do direito e ciências afins, reunidas para propor soluções criativas, holísticas e transdisciplinares aos complexos problemas da contemporaneidade.

As pesquisas e debates realizados no Grupo de Trabalho "Direito Administrativo e Gestão Pública I trouxeram um diálogo enriquecedor, com discussões abertas, horizontais e plurais, marcadas pela pertinência acadêmica e pela preocupação com os desafios do pós pandemia, com foco no Constitucionalismo, no Desenvolvimento e na Sustentabilidade.

Os artigos aqui publicados gravitam em torno das seguintes temáticas:

1. O DIÁLOGO COMPETITIVO COMO ALTERNATIVA À OPACIDADE ALGORÍTMICA DA ADMINISTRAÇÃO: UMA COMPREENSÃO DA NOVA LEI DE LICITAÇÃO À LUZ DA TEORIA DE BAUMAM

2. COMPRAS GOVERNAMENTAIS: DESENVOLVIMENTO E NOVOS MARCOS LEGAIS

3. GUIA DE UTILIZAÇÃO – UMA PROPOSTA DE RUPTURA DA DISTINÇÃO NA CLASSIFICAÇÃO DO ATO ADMINISTRATIVO SOB A ÓTICA DA RESOLUÇÃO N. 37 /2020

4. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA AMBIENTAL: ANÁLISE DO JULGAMENTO POR IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA DO EX-MINISTRO DO MEIO AMBIENTE DO ESTADO DE SÃO PAULO: RICARDO AQUINO SALLES

5. A INCIDÊNCIA DO ARTIGO 28 DA LINDB SOBRE A RESPONSABILIDADE CIVIL DO GESTOR PÚBLICO

6. INDISPONIBILIDADE CAUTELAR DE BENS EM AÇÕES CIVIS PÚBLICAS POR ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

7. LEGALIDADE, JURIDICIDADE E AUTOTUTELA ADMINISTRATIVA NA REVISÃO DE SANÇÕES DISCIPLINARES: INAPLICABILIDADE DO ELEMENTO SUBJETIVO ANIMUS ABANDONANDI À MATERIALIDADE DA INFRAÇÃO DE INASSIDUIDADE HABITUAL

8. EFICÁCIA EXECUTIVA DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO CÍVEL: O PROBLEMA E AS SOLUÇÕES

9. O PODER DE POLÍCIA NO ESTADO CONSTITUCIONAL DE DIREITO: REPENSANDO AÇÕES PÚBLICAS PARA ENFRENTAR VULNERABILIDADES

10. OS LIMITES DA INTERVENÇÃO ESTATAL NA ECONOMIA POR MEIO DE MEDIDAS DE FOMENTO NO NOVO MARCO LEGAL DAS STARTUPS

11. ATIVISMO JUDICIAL EM POLÍTICAS PÚBLICAS E AS LIMITAÇÕES IMPOSTAS PELO PRINCÍPIO DA RESERVA DO POSSÍVEL

12. ISONOMIA ADMINISTRATIVA NAS UNIVERSIDADES PÚBLICAS: EFETIVIDADE DE POLÍTICAS PÚBLICAS EDUCACIONAIS INCLUSIVAS ANTE A REALIZAÇÃO DO PROCEDIMENTO DE HETEROIDENTIFICAÇÃO POR COMISSÃO DE VALIDAÇÃO DE DECLARAÇÃO ÉTNICO-RACIAL

13. UMA CARTA VIVA DE DIREITOS PARA GESTÃO PÚBLICA DE CIDADES HUMANAS, INTELIGENTES E SUSTENTÁVEIS

14. SERVIÇO PÚBLICO DE LIMPEZA EM CRISE: POLÍTICA NACIONAL DE RESÍDUOS SÓLIDOS E ASPECTOS DA ECONOMIA CIRCULAR PARA A LOGÍSTICA REVERSA

15. POLÍTICA JURÍDICA COMO PROJEÇÃO DA SOCIEDADE QUE DEVE SER E DO INTERESSE PÚBLICO.

16. O SURGIMENTO DO CORREIOS DO BRASIL COM A PRIVATIZAÇÃO DA ECT

De nossa parte, estamos honrados pela participação na Coordenação desse relevante Grupo de Trabalho (GT), com o registro da satisfação em podermos debater com todos participantes e autores de artigos apresentados.

Cumprimentos à toda equipe do CONPEDI, pelo destacado empenho e a qualidade da organização de mais este evento virtual, congregando pesquisadores em torno da socialização da pesquisa científica produzida na área do Direito!

Cordial abraço e esperamos que os leitores apreciem a leitura!

De Passo Fundo (RS), Florianópolis (SC) e de Balneário Camboriú (SC), novembro de 2021.

Profa. Dra. Janaína Rigo Santin – Universidade de Passo Fundo (UPF) e Universidade de Caxias do Sul (UCS)

Prof. Dr. José Sérgio da Silva Cristóvam – Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC)

Prof. Dr. Newton Cesar Pilau – Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI)

Nota técnica: Os artigos do Grupo de Trabalho Direito Administrativo e Gestão Pública I apresentados no IV Encontro Virtual do CONPEDI e que não constam nestes Anais, foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals (https://www.indexlaw.org/), conforme previsto no edital do Evento, e podem ser encontrados na Revista de Direito Administrativo e Gestão Pública. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

O DIÁLOGO COMPETITIVO COMO ALTERNATIVA À OPACIDADE ALGORÍTMICA DA ADMINISTRAÇÃO: UMA COMPREENSÃO DA NOVA LEI DE LICITAÇÃO À LUZ DA TEORIA DE BAUMAM

THE COMPETITIVE DIALOGUE AS AN ALTERNATIVE TO ALGORITIMAL OPACITY IN PUBLIC ADMINISTRATION. AN UNDERSTANDING OF THE NEW BIDDING LAW ACCORDIND TO BAUMAM'S THEORY

Paulo Roberto Fontenele Maia [1]
Carlos Cesar Sousa Cintra [2]
Helio Rios Ferreira [3]

Resumo

A Administração Pública tem se mostrado incapaz de suprir as demandas sociais satisfatoriamente. A "modernidade líquida" exige a reformulação da Administração Pública voltada para o futuro e mais adaptável a novos cenários. Neste artigo, busca-se analisar o diálogo competitivo como alternativa à inoperância estatal frente aos anseios sociais. A metodologia adotada foi a pesquisa bibliográfica de referenciais teóricos relacionados ao objeto da pesquisa. Conclui-se que a nova modalidade de licitação permite ineditamente a participação do particular na fase interna da licitação com aproveitamento da expertise do setor privado na busca de melhores soluções para as demandas governamentais.

Palavras-chave: Licitação, Diálogo competitivo, Modernidade líquida, Inoperância, Expertise setor privado

Abstract/Resumen/Résumé

Public Administration has shown itself incapable of meeting social demands satisfactorily. "Liquid modernity" requires the reformulation of Public Administration focused on the future and more adaptable to new scenarios. In this article, we seek to analyze competitive dialogue as an alternative to state inaction in the face of social concerns. The adopted methodology was the bibliographical research of theoretical references related to the research object. It is concluded that the new modality of bidding allows for the participation of private individuals in the internal phase of the bidding taking advantage of expertise private sector for better solutions for government demands.

---

[1] Mestrando em Direito pela UNICHRISTUS. Especialista em Direito Público pela Faculdade IBEMEC São Paulo. Especialista em Direito Administrativo pela Universidade Anhaguera-Uniderp. Graduado em Direito pelo UNIFOR. Procurador de Estado.

[2] Doutor e Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Professor Adjunto da Universidade Federal do Ceará. Professor da Graduação e Pós-graduação da UNICHRISTUS. Advogado.

[3] Mestrando em Direito pela UNICHRISTUS. Especialista em Direito Público pela Faculdade IBME São Paulo. Graduado pela UNIFOR. Procurador de Estado.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Bidding, Competitive dialogue, Liquid modernity, Inoperability, Private sector expertise

1 INTRODUÇÃO

A administração pública, em seu sentido objetivo, é a atividade de gestão dos interesses públicos: seja pela prestação de serviços à população ou pela intervenção estatal no campo privado (desempenhando o poder de polícia)[1]. Em qualquer dessas atividades, o destinatário final da atuação estatal é, invariavelmente, a sociedade.

Para materializar tais interesses, o Estado, naturalmente, vale-se do potencial privado para a realização de obras e serviços, assim como para compras e alienações, os quais são afetos, direta ou indiretamente, ao interesse público[2] que pressupõe a inclusão de determinado interesse coletivo no rol dos desígnios estatais[3]. Nesses casos, a Administração Pública (aspecto subjetivo) procede à contratação dos objetos essenciais ao seu funcionamento que deve ocorrer, em regra, por meio de procedimento de licitação[4].

Acreditando bem cumprir o imperativo constitucional, em especial quanto à contratação, a Administração Pública historicamente se pautou em um modelo sobremaneira burocrático. A forma – especializada e inflexível que era – confundia-se com a legalidade e a segurança jurídica, quase que concebida como um fim em si mesmo. Essa era a percepção arraigada dos gestores e, sobretudo, dos órgãos de controle.

No entanto, de algum tempo, esse perfil vem sendo repensado. A mudança de perspectiva pública fica clara quando se percebe que o modelo burocrático de gestão administrativa tem, cada vez mais, dado lugar ao novo modelo gerencial, de resultados. A modernidade reclama uma administração focada nos resultados através de maior autonomia do gestor e estímulo às parcerias com o setor privado. Em outras palavras, uma administração pública com metas definidas e real objetivo de servir aos cidadãos.

Assinale-se que esse novo modelo de "Administração Pública gerencial" implica conferir maior discricionariedade às autoridades administrativas e substituir o controle formal pelo controle de resultados.

---

[1] No dizer de Oliveira e Schawanka (2009, p. 20), "a definição da administração pública, em sentido objetivo, impõe o seu exame no processo total de atuação jurídica do Estado, frente à sociedade e que, sob a Constituição, se desenvolve basicamente pela criação e execução da lei".

[2] Para os estreitos limites deste escrito, utilizaremos a lição de Celso Antônio Bandeira de Mello (2010, p. 61), para quem "o interesse público deve ser conceituado como o interesse resultante do conjunto dos interesses que os indivíduos pesssoalmente têm quando considerados em sua qualidade de membros da Sociedade e pelo simples fato de o serem".

[3] Cf. Lessona, Silvio. lntroduzione aI diritto amministrativo e sue strutture fondamentali. Bologna, 1960, p. 25.

[4] Adota-se a orientação segundo a qual a licitação, instrumento por meio do qual os entes integrantes da Administração Pública, assim como os que são por ela controlados, elegem entre as propostas que lhe são encaminhadas pelos interessados, aquela que se apresenta como a melhor.

Considerando o impacto que as contratações exercem sobre todo o resto da máquina pública, observou-se a necessidade de o procedimento licitatório ser revisitado e atualizado, sobretudo, diante de uma modernidade líquida[5] que segue definindo a posição social do século XXI e alcança, também, a construção da Administração Pública do futuro.

Nesse contexto, o excesso de burocracia com procedimentos previamente determinados e enrijecidos, prolixidade normativa e lentidão são características de um modelo ultrapassado que precisa ser substituído ou atualizado por outro compatível com a economia globalizada e a volatilidade do capital que assegure maior agilidade, adaptabilidade a novos cenários e atuação colaborativa.

Com o propósito de abandonar o "velho direito administrativo"[6], arrimado no poder de império e seu modelo rígido, é que surge a nova lei de licitação – Lei nº 14.133/21. Com ela, tem-se a criação de uma nova modalidade de licitação – o diálogo competitivo, pois não há sentido inaugurar uma nova ordem no direito positivo se não houver ineditismo algum.

Embora inúmeras críticas[7] sejam dirigidas ao caráter propriamente inovador da Lei nº 14.133/21 – concebida por muitos como uma lei obsoleta desde o nascedouro, foi com o propósito de inovar que o legislador editou o novo regramento. Sendo assim, procurou-se destacar o que há de genuinamente inovador.

Destarte, nesse horizonte de possibilidades da Lei nº 14.133/21, o diálogo competitivo aparece em meio ao novo cenário e deverá oferecer mais flexibilidade às licitações pelo fato de viabilizar o contato e o diálogo entre o ente contratante e o mercado no curso do procedimento licitatório, diminuindo o velho problema da assimetria de informação[8], além de permitir ao particular suprir a opacidade algorítmica do setor público na busca pelas melhores soluções para os problemas atuais e inéditos diante de "tempos líquidos".

A pesquisa é qualitativa, uma vez que aborda o objeto em estudo com base nas discussões teóricas que permeiam a matéria. Possui cunho bibliográfico e documental, oportunidade em que traz para o diálogo relevantes obras sobre o tema, analisando, ainda, a legislação pertinente.

---

[5] Zygmunt Bauman (2001, 2007) através da metáfora da "liquidez", em contraposição ao conceito de sólido, define a característica marcante da história moderna.
[6] Expressão utilizada pelo prof. Adilson Abreu Dallari (2004) em *Privatização, Eficiência e Responsabilidade*.
[7] Ronny Charles Lopes Torres, Marçal Justen Filho, Joel de Menezes Niebhur, etc
[8] A assimetria de informação é o nome que se dá para quando uma das partes possui mais informações acerca de um produto ou serviço do que a outra parte. Considerada uma falha de mercado, a assimetria pode informação pode ocasionar desequilíbrios no mercado e posteriormente a negócios serem cancelados..

No primeiro tópico do artigo, abordam-se alguns aspectos gerais relacionados à "virada pragmática do direito administrativo"[9], ou seja, à mudança do ato administrativo unilateral para o ato administrativo consensual, fruto de diálogo com o grupo social cliente. O Estado passa a ter o dever não somente de estabelecer e de conferir eficácia aos canais de participação e de interlocução com os indivíduos e grupos sociais, mas toma para si a obrigação de, com eles, constantemente, interagir, instituindo e mantendo vínculos robustos e duradouros.

Dentre um conjunto de fatores, pode-se dizer que "virada no Direito Administrativo" consiste também na aproximação entre o setor público e privado no curso da fase preparatória da licitação. Considerando a contemporaneidade da Lei nº.8.666/93 à Lei de Improbidade, ambas, possuem um traço característico de controle dos atos de gestão blindando qualquer interferência privada no planejamento das aquisições públicas como prevenção a qualquer possibilidade de "captura" do Poder Público.

Em um segundo momento, reforça-se a necessidade de reformulação da máquina pública em razão da fugaz modernidade ou pós-modernidade que na lição de Zygmunt Bauman se convencionou chamar "modernidade líquida". Destaca-se o avanço da "globalização negativa" e seus reflexos na organização administrativa. Ganha relevo o impacto da volatilidade do capital globalizado na ordem interna e a necessidade de revisão do modelo burocrático vigente, sob pena de aceleração da escassez de recursos econômicos e a iminente impossibilidade de o estado conseguir atender à demanda social. Essa revisão perpassa pela capacidade do estado de manter e atrair novos investimentos.

Por fim, demonstra-se que o diálogo competitivo é um instituto inovador e poderá ser um mecanismo (a depender da interpretação prospectiva dos órgãos de controle) adequado para solucionar a complexidade e ao dinamismo próprio da sociedade pluralista moderna permitindo que estado e sociedade, através de um modelo participativo e consensual, juntos, deliberem soluções para os problemas atuais (e outros nem tão atuais).

2 A VIRADA PRAGMÁTICA DO DIREITO PÚBLICO

Conforme preleciona Carlos Ari Sundfield (PGEGO, 2021), o direito público passa por uma transformação ao abandonar o formalismo jurídico (legalidade estrita) preso à

[9] Expressão utilizada pelo prof. Carlos Ary Sundfeld (PGEGO, 2021) para se referir à administração consensual e dialógica.

interpretação idealista da norma, para uma interpretação mais realista da norma (princípio da juridicidade) mediante a concretização da administração pública dialógica[10].

Mesmo que essa mudança paradigmática do direito público tenha se iniciado com o advento da Constituição, ele somente se consolida com a publicação da Lei nº 13.655/18 que alterou a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro - LINDB.

O advento da Constituição Federal de 1988 gerou impacto em toda a ordem jurídica interna e implicou o movimento conhecido como a Constitucionalização do Direito. Este movimento incide em qualquer ordenamento jurídico no qual vigore uma Constituição dotada de supremacia.

A ideia de constitucionalização do direito importa a irradiação dos valores abrigados nos princípios e regras da Constituição por todo o ordenamento jurídico, resultando na aplicação direta em diversas situações e, sobretudo, na interpretação das normas infraconstitucionais em conformidade com o texto constitucional. No direito administrativo não seria diferente.

Destarte, impõe-se ao direito administrativo uma releitura para se adequar aos princípios e regras constitucionais, notadamente aqueles inscritos no seu artigo 37, *caput*. O texto reúne os princípios da eficiência, da impessoalidade e do interesse público e, principalmente, garante um "direito fundamental a uma boa administração"[11].

Sobre o advento deste novo momento fundado pela promulgação da Constituição Federal, José Sérgio da Silva Cristóvam (2016, p. 147) sugere uma virada metodológica que se dispõe a substituir as bases que consolidam o direito administrativo em atenção aos princípios elencados pela Constituição. Nas palavras do citado jurista, *verbis*:

> [...] a partir de uma leitura sistemática e comprometida com a plena efetividade das normas constitucionais, busca-se oferecer as bases para um novo regime jurídico-administrativo, submetido a um verdadeiro "choque de constitucionalização", que resplandece renovado e reestilizado em seus conceitos e nos contornos dos institutos tradicionais. Não por qualquer irresponsável ou pouco ilustrada doutrina de simples abandono daquele modelo tradicional, mas por uma profunda e radical revisão da sua lógica conceitual e dos seus limites operacionais e normativos.

Cristóvam (2016, p. 146) também sustenta que:

> O estudo tem justificativa a partir da proposta de superação (total ou parcial) daquele paradigma tradicional, que fundava e legitimava o regime jurídico administrativo no princípio da supremacia do interesse público, do que decorria o

[10] De acordo com Rafael Maffini (mestre e doutor em Direito pela UFRGS) "administração pública dialógica" é uma noção jurídica pela qual se busca impor como condição para a atuação administrativa a prévia realização de um verdadeiro e efetivo diálogo com todos aqueles que terão suas esferas de direitos atingidas por essa atuação estatal.

[11] Expressão utilizada pelo professor Freitas (2007).

> assimétrico e verticalizado sistema de poderes e prerrogativas da Administração Pública, com a reconstrução das suas bases de justificação e conformação sistemática, agora sobre fundamentos estruturantes capazes de afinar o diálogo e manter uma dialética de legitimidade sinfônica com todo o arranjo normativo constitucional, sob a batuta instrumental e horizontalizante do Estado constitucional de direito e do paradigma emergente da Administração Pública democrática.

Depreende-se deste tópico aquilo que o autor assinala como o paradigma emergente da administração pública democrática. Esse paradigma relaciona-se com a perspectiva sob a qual se situa o diálogo competitivo, na busca pela concretização efetiva dos direitos fundamentais que fomentem a promoção da eficiência, eficácia, economicidade, desenvolvimento, vantajosidade e, sobretudo, a dignidade humana através da concertação administrativa[12] ou administração consensual.

Deduz-se dessas contribuições que a alteração da centralidade normativa constitucional, saindo do Estado e partindo para a pessoa humana, com base nos valores e princípios, tanto explícitos quanto implícitos no texto constitucional, demanda ao direito administrativo uma completa reconstrução. Leva-se em conta que toda a estrutura jurídica e política do Estado brasileiro, bem como a produção jurisprudencial e doutrinária pré-Constituição Federal, foi alçada perante o espectro de um estado autoritário.

No tocante ao Estado autoritário que influencia a administração de hoje, Otto Mayer (2010 *apud* BERCOVICI, 2010, p. 77) ressaltou a permanência das estruturas administrativas sob uma nova ordem constitucional, não mais autocrática e monárquica, mas democrática e republicana, com uma frase que se tornaria célebre: “O direito constitucional passa, o direito administrativo permanece”.

No caso brasileiro, a Constituição democrática de 1988 recebeu o Estado estruturado sob a ditadura militar (1964/1985) e até os dias atuais ainda está disciplinado pelo Decreto-lei 200/67, ou seja, a estrutura administrativa de 1967 subsiste até os dias atuais.

Com base na afirmação acima, Adilson Abreu Dallari (2004, p. 12), em artigo intitulado Privatização, Eficiência e Responsabilidade, infere o seguinte argumento:

> O velho direito administrativo, marcadamente autoritário, baseado na rigorosa regularidade meramente formal, descompromissado com a obtenção de resultados, caracterizado por prerrogativas e sujeições despropositadas, que levavam à ineficiência e favoreciam o abuso ou desvio de poder, não pode mais subsistir. Os particulares administrados não mais podem ser tratados como súditos do Estado; devem ser considerados como cidadãos, titulares de direitos e deveres perante a coletividade e coadjuvantes das ações governamentais, o que provoca profundas alterações nas relações jurídico-administrativas.

[12] Expressão utilizada pelo autor Eurico Bitencourt Neto em sua tese de doutorado.

Com o propósito de abandonar o velho direito administrativo é que surge a nova lei de licitação e com ela o instituto do diálogo competitivo. Quando houve a mudança do código civil, passou-se a compreender os direitos e garantias fundamentais em sua dimensão horizontal[13]. Dessa maneira, inovou-se o ordenamento com a introdução de uma vertente constitucional do direito civil.

O direito administrativo segue o mesmo caminho e não poderia ser diferente. Banindo antigas e anacrônicas modalidades de licitação, tais como a tomada de preços e a carta-convite, a nova lei cria a modalidade do diálogo competitivo, figura até então desconhecida no ordenamento pátrio. No entanto, a nova modalidade já era praticada no direito comparado com reconhecido êxito[14].

O diálogo competitivo nasce em meio ao novo cenário e deve oferecer mais flexibilidade às licitações pelo fato de viabilizar o contato e o diálogo entre o ente contratante e o mercado. O intuito é apontar soluções mais adequadas ao atendimento das demandas da administração pública, reduzir a opacidade algorítmica da Administração e a assimetria informacional entre licitantes, bem como viabilizar a contratação de inovações.

Em tese, a nova modalidade de licitação quebra a lógica do planejamento isolado, fechado aos órgãos públicos, e valoriza a interação com o mercado em favor da troca de experiências e do desenvolvimento de inovação. Assim, promove a efetiva democratização da "razão pública", tornando-a essencialmente dialógica, recíproca e transparente.

A partir da nova concepção da administração pública, o direito administrativo assume o propósito de desconstrução dos velhos paradigmas seguido da proposição de novos. A consensualidade ganha força e o ideal democrático se expande por meio da democracia substantiva.

Acerca desse movimento inclusivo, Manuel Castells (2002) o denomina como a "Era da informação". Da construção teórica erigida por Castells, é possível destacar três importantes conclusões (OLIVEIRA; SCHAWANKA, 2009). A primeira delas é que nas sociedades contemporâneas é cada vez mais intensa a denominada lógica difusa de sociedade em rede.

Considerando o pensamento de Castells (2002), a principal consequência na organização estatal é a importância de nela serem instituídos canais e mecanismos de percepção e participação social. Dessa forma, o corpo social ordenado em redes exige maior capilaridade

[13] A eficácia horizontal dos direitos fundamentais trata-se da aplicação imediata dos direitos fundamentais nas relações jurídico-privadas.
[14] Diretiva 2004/18/CE, artigo 29. Diretiva 2014/24/EU, artigo 26.

dos órgãos para absorção e internalização das demandas oriundas da sociedade. Esse processo tornará mais qualificadas as aquisições públicas e todos os demais projetos do estado.

De acordo com Castells (2002), a segunda conclusão compreende a organização político-administrativa a partir dessa lógica difusa, não mais sendo possível imaginar-se uma organização hermética e incomunicável. Características como horizontalidade, cooperação, gestão integrada entre diferentes esferas federativas e compartilhada entre público-privado estão cada vez mais presentes na composição e organização do estado contemporâneo.

A terceira conclusão trata da configuração do governo global. Manuel Castells (2002, p. 313) faz a seguinte constatação:

> O governo global é resultado de um processo irreversível de soberania compartilhada na abordagem das principais questões de ordem econômica, ambiental e de segurança e do entrincheiramento dos estados-nação como os componentes básicos desse complexo emaranhado de instituições políticas.

A respeito do efeito irreversível da soberania compartilhada e o entrincheiramento dos estados-nação, Bauman (2007, p. 13) vaticina:

> Num planeta negativamente globalizado, a segurança não pode ser obtida, muito menos assegurada, dentro de um único país ou de um grupo selecionado de países – não apenas por seus próprios meios nem independentemente do que acontece no resto do mundo.

Ainda sobre a globalização negativa, Bauman (2007, p. 13) dispara:

> [...] uma globalização seletiva do comércio e do capital, da vigilância e da informação, da violência e das armas, do crime e do terrorismo; todos unânimes em seu desdém pelo princípio da soberania territorial e em sua falta de respeito a qualquer fronteira entre Estados. Uma sociedade "aberta" é uma sociedade exposta a golpes do "destino".

A "era da informação" deslocou conceitos de tempo e espaço e impõe a ressignificação de referenciais elementares da sociedade. Conforme Giddens (1991, p. 32), a modernidade exige "mecanismos de desencaixe" que são "intrinsecamente envolvidos no desenvolvimento das instituições modernas".

Pode-se dizer que a radicalização da modernidade exige mutações em nossas "fichas simbólicas[15]" e a confiança em novos "sistemas peritos" tal como a nova modalidade de licitação: diálogo competitivo. Afinal de contas "a modernidade é marcada por um apetite pelo novo", que nos leva a uma "reflexividade da vida social moderna à luz da informação renovada" (GIDDENS, 1991, p.49).

[15] Anthony Giddens se refere a ficha simbólica e ao sistema perito como mecanismos de desencaixe do sistema social.

O espírito de (des)confiança e controle que influenciou o legislador na elaboração da Lei nº.8.666/93 não mais condiz com a realidade da sociedade aberta atual. Estamos na era da informação em rede, conectados em tempo real e submetidos à transparência conforme disciplinado na Lei nº 12.527/11 (Lei da Transparência).

Para Giddens (1991, p. 44), "a confiança é 'um dispositivo para se lidar com a liberdade dos outros", mas a condição principal de requisitos para a confiança não é a falta de poder, mas falta de informação plena".

Diante da compulsoriedade da informação plena conquistada a duras penas pela sociedade brasileira, o espírito que move a reformulação da legislação de compra pública não é mais o controle, mas a confiança em um novo sistema perito que deverá garantir a expansão de liberdades substantiva dos indivíduos tomados como agentes ativos de mudança e não como recebedores passivos de benefícios.

Amartya Sen (2010) relaciona à confiança a garantia de transparência, ou seja, de que a clareza e a publicidade são consectários de todos os atos e negócios realizados na esfera pública. Essas garantias, por seu turno, "têm um claro papel instrumental como inibidores da corrupção, da irresponsabilidade financeira e de transações ilícitas." (SEN, 2010, p.60).

Retomando efeito irreversível da soberania compartilhada e o entrincheiramento dos estados-nação, eis um impasse: como suportar o impacto danoso na estrutura burocrática estatal causado pela liquefação do capital na era da globalização?

3 A ADMINISTRAÇÃO BUROCRÁTICA NO CONTEXTO DA MODERNIDADE LÍQUIDA

Através da análise histórica, verifica-se que o fenômeno burocrático é bem antigo. Manifesta-se a partir do processo de divisão do trabalho, que passou a exigir uma certa coordenação de sua execução, com o objetivo de melhor atender às situações que se apresentam. Apesar disso, a teorização a respeito do fenômeno burocrático é bem mais recente, iniciando-se de maneira mais sistematizada a partir do final do século XVIII, quando foi criado o termo "burocracia" (TENÓRIO, 2017).

Segundo Max Weber (2018, p. 37), a burocracia seria a forma mais "eficiente de uma organização", pois torna a administração mais eficaz e isso garante rapidez e racionalidade ao trabalho, além de diminuir os problemas internos.

Ainda, na concepção de Weber (2018), a administração burocrática estaria imbuída de uma "superioridade técnica" incontestável e que, no modelo burocrático puro, "a precisão, a velocidade e a certeza atingem o seu nível ótimo". Nessa linha, na medida em que o Estado

adota uma organização burocrática, não só seus processos de trabalho se tornam mais eficientes e transparentes, como:

> [...] A burocratização implica em particular a possibilidade ótima de colocar em prática o princípio da especialização das funções administrativas conforme regulamentações estritamente objetivas. As atividades particulares são confiadas a funcionários especializados que, com a prática, vão aprendendo cada vez mais. A resolução "objetiva" dos assuntos pressupõe primeiramente uma resolução conforme as normas calculadas e "sem levar em conta as pessoas [...] (WEBER, 2018, p. 39).

A impessoalidade da gestão burocrática parece ser um dos elementos que levaram Weber a adotá-la como modelo de máxima eficiência de gestão administrativa. Essa impessoalidade, de acordo com o autor, não só tornaria estáveis as atividades normais exigidas pelos objetivos da estrutura governada burocraticamente, como também asseguraria o cumprimento normal e continuado dessas atividades, independentemente das pessoas para quem elas seriam atribuídas (WEBER, 2018).

Entretanto, em que pese a fórmula burocrática favorecer a desejada transparência dos processos decisórios da administração pública, promovendo uma série de valores como imparcialidade, isonomia, transparência e autonomia da pessoa humana, constata-se que o esquema weberiano não é o modelo de gestão mais adequado frente ao fenômeno da globalização e mercados cada vez mais abertos.

Max Weber (1982, p. 268) aduz que "em condições normais, a posição de poder de uma burocracia plenamente desenvolvida é sempre predominante." Mas se está diante de tempos normais?

A esse respeito, Zygmunt Bauman (2007, p. 7) adverte:

> Pelo menos na parte "desenvolvida" do planeta, têm acontecido, ou, pelo menos, estão ocorrendo atualmente, algumas mudanças de curso seminais e intimamente interconectadas, as quais criam um ambiente novo e de fato sem precedentes para as atividades da vida individual, levando uma séria de desafios inéditos.

E sobre a estrutura organizacional burocrática, Bauman (2007, p. 7) alerta:

> Em primeiro lugar, a passagem da fase "sólida' da modernidade para a "líquida" –, ou seja, para uma condição em que as organizações sociais (estruturas que limitam as escolhas individuais, instituições que asseguram a repetição de rotinas, padrões de comportamento aceitável) não podem mais manter sua forma por muito tempo (nem se esperam que o façam), pois se decompõem e se dissolvem mais rápido que o tempo que leva para moldá-las e, uma vez reorganizadas, para que se estabeleçam. É pouco provável que essas formas, quer já presentes ou apenas vislumbradas, tenham tempo suficiente para se estabelecer.

O próprio conteúdo semântico do título da obra *Tempos líquidos* ou *Modernidade líquida* intui dizer que, assim como os líquidos, a forma organizacional ideal no mundo

globalizado, deve ser fluída, flexível e com alta capacidade de adaptação aos novos cenários, além de possuir agentes colaborativos e com conteúdo transversal (não apenas altamente especializados). Tendo em conta essa acepção de "modernidade líquida", chama-se atenção para a estrutura rígida do modelo burocrático:

> O Estado burocrático se revela, assim, com um modelo repleto de deficiências, apresentando uma série de disfunções, tais como: o excesso de formalismo; a "sacralização" dos procedimentos previamente estabelecidos e das regras, perdendo-se, até, por parte dos agentes públicos, a capacidade de compreender o seu significado e finalidade; exibição de sinais de autoridade; dificuldades de atendimento das necessidades da coletividade; despersonalização do relacionamento (CHIAVENATO, 2003, p. 432).

A realidade complexa da moderna sociedade pluralista, liquefeita, desmontou a possibilidade de sucesso de um modelo puramente burocrático, que provou sua impotência. Num país cuja desigualdade social salta aos olhos, a administração burocrática não consegue prestar eficientemente a multiplicidade de serviços públicos necessários, nem consegue atender aos interesses mais elementares dos mais variados grupos (BATISTA JÚNIOR; CAMPOS, 2014).

Se o modelo burocrático privilegia procedimentos previamente determinados e enrijecidos, a realidade atual passou a exigir uma administração pública mais orientada para os resultados, essencialmente para a maximização do atendimento das necessidades sociais (BATISTA JÚNIOR; CAMPOS, 2014).

A orientação para uma administração mais econômica e focada em resultado se robustece à medida da escassez de recurso e da ampliação do estado social, que a partir do confronto entre capital *versus* trabalho, deixa de ser mera garantidora da legalidade formal e incrementa uma estrutura prestacional de serviços públicos.

Suportando o atendimento crescente das necessidades sociais, ao longo dos tempos os Estados foram assumindo mais e mais atribuições. Em consequência disso, as clássicas estruturas burocráticas tornaram-se cada vez mais pesadas, caras e ineficientes.

O incremento da atividade estatal ocasionou o alargamento incessante da base tributária e o crescimento da máquina burocrática, com a proliferação de órgãos de serviço público, criando um ambiente que, no final do século XX, colocou em questão o próprio papel do *Welfare State*.

O problema é a forma líquida que o capital assume (na pós-modernidade), quando as estruturas industriais se fluidificaram e o capital se tornou volátil migrando quase que instantaneamente para onde os lucros sejam maiores.

> O capitalismo da 'modernidade líquida', mais leve e flutuante, rompe unilateralmente os laços que o prendiam ao trabalho e o submetiam ao Estado. O capital, livre de sua dependência com relação ao espaço, rompe o pacto de estabilidade relativa, celebrado com o trabalho e migra para outros lugares (BATISTA JÚNIOR; CAMPOS, 2014. p. 32).

Como afirma Bauman (2001, p. 70) "em seu estágio pesado, o capital estava tão fixado ao solo quanto os trabalhadores que empregava". Hoje, porém, o capital é leve e fluído, mas a demanda social por postos de trabalho permanece tão factual quanto no passado.

Assim, fica evidente que "nesse contexto, as estruturas estatais, que ainda possuem o desafio de atender as demandas sociais, não contam mais com a contraprestação do capital (por meio de pagamento de tributos), que se liquefez na era da globalização" (BATISTA JÚNIOR; CAMPOS, 2014, p.32).

Diante desse cenário de risco de desinvestimento, a administração pública reclama um processo de reformulação em diversos segmentos, inclusive no processo de contratação pública. Caso contrário, haverá "a separação e o iminente divórcio entre o poder e a política" (BAUMAN, 2007, p. 8).

Logo, é de se admitir que "grande parte do poder de agir efetivamente, antes disponível ao estado moderno, agora se afasta na direção de um espaço global, uma vez que é o capital quem escolhe a qual ordem jurídica servir." (BASILIO, 2010, p. 438).

José Eduardo Faria (1999, p. 45) explica:

> Para definir os locais de instalação de suas plantas industriais, eles tendem a exigir dos poderes públicos isenções fiscais, subsídios, créditos favorecidos, infraestrutura básica a custo zero e alterações drásticas nas legislações previdenciária, trabalhista e urbanística. [...] Não é o Estado que impõe sua ordem jurídica sobre esses conglomerados; são eles que, podendo concentrar suas linhas de produção nos países que oferecem as melhores contrapartidas para seus investimentos, acabam selecionando as legislações nacionais às quais irão se submeter.

A reforma no processo de contratação pública no Brasil faz-se necessária perante o volume de recursos envolvidos nas licitações. O volume é enorme, representando relevante parcela do PIB.

Segundo a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), este montante representa cerca de 13% do PIB nacional em relação aos países membros (OECD, 2011). Cada país consome grande parte de seu orçamento com contratações públicas, motivo pelo qual a busca de eficiência e bons resultados nas contratações públicas importa grande desafio a ser superado.

No Brasil, a eficácia resultante desses valores é prejudicada não apenas por atos de fraude ou corrupção, mas também pela baixa eficiência dos modelos de seleção e de contratação estabelecidos (NÓBREGA, 2020).

Questões formais ampliam demasiadamente os custos transacionais e aumentam o fosso de ineficiência econômica entre pretensão contratual e a contratação do fornecedor apto a atendê-la (TORRES, 2019). Há de se ponderar que o modelo de seleção é marcadamente burocrático e formalista, implicando redução da competitividade e aumento dos custos transacionais.

Com o custo transacional alto, o Brasil impede que os recursos públicos gastos em compra pública sejam bem aproveitados e adequadamente revertidos em prol das necessidades coletivas.

A grande verdade é que o dinheiro público no Brasil não atrai bons fornecedores/prestadores. Com isso, o país contrata mal e, por conseguinte, presta maus serviços. Esse fato agrava a crise da fuga do capital e submete cada vez mais o estado à desregulamentação e subserviência ao poder da "globalização negativa", mediante o achatamento da soberania do estado-nação.

> Essa soberania compulsoriamente partilhada, sob pena de acabar ficando à margem da economia globalizada, tem obrigado o Estado-nação a rever sua política legislativa, a reformular a estrutura de seu direito positivo e a redimensionar a jurisdição de suas instituições judiciais amplas e ambiciosas estratégias de desregulamentação, deslegalização e desconstitucionalização, implementadas paralelamente à promoção da ruptura dos monopólios públicos (FARIA, 1999, p. 47).

Embora o mundo virtual seja uma realidade na vida das pessoas e da administração pública, a Lei nº 14.133/21 nasce analógica, maximalista, apegada aos ritos formalistas e a uma concepção ainda isolacionista de funcionamento da administração pública burocrática. Entretanto, frente ao iminente divórcio entre poder e política, urge compreender que um modelo burocrata e maximalista não amplia os custos transacionais apenas sob a perspectiva do órgão licitante, mas também do fornecedor interessado.

Corroborando o novo modo de ser e de fazer da administração pública, o Governo Federal em meados de 2020 publicou o Decreto nº 10.332/20 instituindo o Governo Digital e divulgou duas estratégias para o biênio 2020-2022. Conforme Marcelo Buz (ESTRATÉGIA..., 2020, n.p.), diretor-presidente do Instituto de Tecnologia da Informação Governo Federal o objetivo é: "Governo transparente e aberto, que atua de forma proativa na disponibilização de dados e informações e viabiliza o acompanhamento e a participação da sociedade nas diversas etapas dos serviços e das políticas públicas".

Mesmo à míngua de inovação, pode-se dizer que nem tudo é obsoleto na nova lei de licitação. Exemplo disso é o novo instituto do diálogo competitivo. A nova modalidade de licitação surge a partir do direito comparado e, poderá ser, a partir de uma interpretação prospectiva uma "janela de oportunidades"[16].

4 O DIÁLOGO COMPETITIVO COMO ALTERNATIVA À OPACIDADE ALGORÍTMICA DA ADMINISTRAÇÃO[17]

Perante um dos maiores entraves para a administração pública, que é a necessidade de soluções customizadas, a nova Lei nº 14.133/21, inspirada na Diretiva nº 024/2014 da União Europeia, trouxe o diálogo competitivo como modalidade de licitação, nos moldes do art. 32, a seguir transcrito:

> Art. 32. A modalidade diálogo competitivo é restrita a contratações em que a Administração:
> I – Vise a contratar objeto que envolva as seguintes condições:
> a) inovação tecnológica ou técnica;
> b) impossibilidade de o órgão ou entidade ter sua necessidade satisfeita sem a adaptação de soluções disponíveis no mercado; e
> c) impossibilidade de as especificações técnicas serem definidas com precisão suficiente pela administração;
> II – Verifique a necessidade de definir e identificar os meios e as alternativas que possam satisfazer suas necessidades, com destaque para os seguintes aspectos:
> a) a solução técnica mais adequada;
> b) os requisitos técnicos aptos a concretizar a solução já definida;
> c) a estrutura jurídica ou financeira do contrato [...] (BRASIL, 2021, n.p.).

O diálogo competitivo é a forma com que o Estado pode aproveitar o conhecimento técnico e criativo dos particulares, sem deixar de respeitar o procedimento de compras e contratações públicas – cujo cerne, vale dizer, é a amplitude de participação dos interessados e isonomia.

Diante da enorme variedade de objetos e serviços essenciais ao funcionamento do estado, vê-se que a administração pública não consegue ter o domínio necessário para arrostar todas as áreas em que precisa operar, principalmente no que concerne às inovações tecnológicas e técnicas e, ainda, no caso de soluções já existentes, mas que dependem de adaptação. De fato, trata-se, muitas vezes, de contratações extremamente complexas e/ou particularizadas. E noutros casos nem tão complexos para uma grande capital, mas extremamente complexos para pequenos municípios.

[16] Expressão cunhada pelo professor Anderson Petra, procurador do estado do Espírito Santo.
[17] Hipótese prevista no artigo 32, I, "c" da Lei 14.133/21.

A dificuldade da gestão pública de lidar, diariamente, com o desempenho das suas atribuições deve-se ao fato de precisar agir em conformidade com um sistema extremamente rígido e, frise-se, nada sofisticado. Não raras vezes, o administrator vê-se diante da incapacidade técnica, quando não fática, de estabelecer a melhor solução para a sua demanda, o que importa em uma deficiência, ou mesmo ausência, da definição do objeto a ser contratado. É o que o presente trabalho entende como a opacidade dos algoritmos ou ponto cego da administração.

Quem lida diariamente com a obrigação de materializar uma decisão política cujo propósito é a satisfação das mais variadas demandas sociais deverá compreender bem o sentido de opacidade algorítmica ou ponto cego da administração. Em explicação simples e direta: é quando o agente público não sabe como ou o que fazer para satisfazer o apelo social (hipótese do artigo 32, I, "c").

Em razão de reconhecer as suas limitações e valendo-se de um modelo de contratação que demonstrou ser eficiente na União Europeia, o legislador brasileiro reputou benéfica a participação do setor privado nos seus processos licitatórios com o escopo de usufruir de uma espécie de inteligência coletiva.

Notadamente, a iniciativa privada tem aptidão para se desenvolver de maneira livre, de modo que a sua expertise está em constante aperfeiçoamento – algo que, infelizmente, muito falta ao Estado. Nesse sentido, a busca pelo potencial privado é extremamente cara ao planejamento estratégico e à execução de compras e contratações públicas, uma vez que o modelo de cooperação pode trazer para a administração pública o que ela, sozinha, não detém capacidade de fazer: traçar um modelo decisório mais eficiente.

Tem-se presente que até a promulgação da nova lei de licitação não existia a possibilidade de diálogo público-privado no transcurso da fase preparatória do procedimento licitatório ainda que fosse para buscar a melhor solução as demandas sociais.

A nova modalidade de licitação, ao permitir e instituir formalmente a troca de informações, promove a melhoria técnica e reduz a assimetria informacional[18] entre os participantes. Além disso, a institucionalização do diálogo público-privado otimiza a expertise da iniciativa privada na formatação de soluções voltadas à satisfação do interesse público. Desse modo, atende a um só tempo ao princípio da eficiência e à economicidade no âmbito das licitações.

[18] A assimetria de informação é um fenômeno que se manifesta quando uma das partes envolvidas em uma negociação tem mais informação qualitativa e/ou quantitativa, que a coloca em condição de superioridade sobre as outras partes.

Em consonância à novel legislação, é provável a utilização do diálogo competitivo nos casos em que a administração demande auxílio para definir e identificar os meios e as alternativas que possam satisfazer suas necessidades e, por consequência, a satisfação do cidadão como usuário dos serviços públicos prestados.

Em vista da recente novidade introduzida no ordenamento pátrio e do seu ineditismo, acredita-se que as balizas para aplicação do instituto ainda não estão totalmente definidas. A princípio, seu campo de aplicação será restrito às inovações tecnológicas e às hipóteses de ausência algorítmica na administração.

Todavia, os efeitos da pandemia aceleraram a implantação da Administração Pública Digital. A partir desse panorama, inúmeras e desconhecidas demandas ainda surgirão nos próximos anos e certamente o poder público cada vez mais precisará do *know how* do parceiro privado.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Administração Pública historicamente pautou-se em um modelo sobremaneira burocrático, analítico e inflexível (decreto-lei 2.300/86 e lei 8.666/93), modelo este que irradiava para o ordenamento uma falsa ideia de legalidade e segurança.

Contudo, de algum tempo, esse modelo maximalista vem sendo repensado. A mudança fica clara quando se constata o elevado custo transacional, seja para o órgão licitante, seja para o fornecedor interessado.

O custo estatal alto desestimula os investidores e aumenta o fosso entre capital e trabalho, distanciando, ainda mais, o poder e a política e retira a possibilidade de o estado pós-providência da "Modernidade líquida" suportar o crescimento das necessidades sociais.

Porém, inobstante o consenso da comunidade jurídica sobre o perfil burocrático, engessado formalista e demasiadamente desconfiado da Lei nº 8.666/93, de forma surpreendente, ou melhor, não surpreendente, a nova Lei nº 14.133/21 repetiu o mesmo platô de formação, guardando características semelhantes ao modelo burocrático e maximalista.

Entretanto, a boa nova é que já se pode observar uma mudança na forma de pensar as soluções para os problemas das compras públicas, marcada por uma inteligência própria dos tempos atuais. Assim sendo, incorpora-se tecnologia de informação, atenua-se a assimetria de informação e aproxima-se o particular no debate público, transparente e institucional na busca pelas melhores soluções, sobretudo, nos casos de opacidade algorítmica ou ponto cego da administração.

Como já afirmado linhas atrás, influenciada pela legislação europeia, a Lei nº 14.133/21 incorporou ao ordenamento brasileiro uma nova modalidade de licitação, o diálogo competitivo. Porém, para que o instituto cumpra sua missão de tornar a contratação pública mais dialógica e possa aproveitar a expertise do particular, é preciso que o operador do direito confira uma interpretação prospectiva ao novo instituto rumo à "Administração Pública 4.0", situada no mundo globalizado de tempos líquidos e não o limitar apenas aos casos de grandes inovações tecnológicas, mas quando houver, de fato, desconhecimento técnico por parte do poder público.

Convém lembrar que a Lei nº 14.133/21 é nacional e se aplica do menor município (Serra da Saudade – MG) ao maior município (São Paulo-SP). Certamente, a realidade técnica do município mineiro não poderá jamais ser comparada à realidade técnica do município de São Paulo. Entender que o diálogo competitivo só será aplicável em questões de altíssima complexidade, é praticamente eliminar a possibilidade de uso por parte dos pequenos estados e municípios.

Também é bom frisar que a construção de um viaduto ou mesmo a gestão de resíduos sólidos para o município de Serra da Saudade poderá ser uma demanda de grande complexidade. Mas afinal o que é uma demanda de grande complexidade? A nova lei de licitação não define e nem poderia, pois caberá aos entes definirem o que é ou não complexo a depender das suas próprias capacidades de atender ao chamado social na "era da informação".

Em consonância à ideia de Charles Evan Hughes[19], juiz da Suprema Corte dos EUA, tem-se uma nova lei, mas ela será aquilo que seus intérpretes disserem que ela é. Nessa linha, devem-se todos contribuir para a construção normativa do novo texto legal, inclusive para influenciar o Judiciário e os demais órgãos de controle na confiança de novos "sistemas peritos" simplificados e objetivamente concebidos para uma gestão de resultados mediante a participação ativa da sociedade através dos mecanismos de transparência.

REFERÊNCIAS

BASILIO, Marcio Pereira. Tempos líquidos (Resenha). Tradução Carlos Alberto Medeiros. **Sociologias**, Porto Alegre, ano 12, n. 23, p. 438-449, jan./abr. 2010. Disponível em: https://seer.ufrgs.br/sociologias/article/view/12730. Acesso em: 22 jun. 2021.

BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves; CAMPOS, Sarah. A Administração Pública consensual na modernidade líquida. **Fórum Administrativo – FA**, Belo Horizonte, ano 14, n. 155, p. 31-

[19] Oliver Wendell Holmes Jr. (1841-1935), um dos expoentes do "realismo jurídico" norte-americano, cunhou a famosa frase: "*The law is what the courts say it is*". Em livre tradução: "O Direito é o que os tribunais dizem que é".

43, jan. 2014. Disponível em: https://www.editoraforum.com.br/wp-content/uploads/2014/09/Administracao-Publica-consensual-na-modernidade-liquida-Editora-Forum.pdf**.** Acesso em: 22 jun. 2021.

BAUMAM, Zygmunt. **Tempos líquidos**. Tradução Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2007.

BAUMAM, Zygmunt. **Modernidade líquida**. Tradução Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

BERCOVICI, Gilberto. "O direito constitucional passa, o direito administrativo permanece": a persistência da estrutura administrativa de 1967. *In:* TELES, Edson; SAFATLE, Vladimir (Orgs.). **O que resta da ditadura:** a exceção brasileira São Paulo: Boitempo, 2010, p. 77-90.

BRASIL. **Lei nº 14.133 de 1º de abril de 2021**. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Brasília-DF: Presidência da República, 2021. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14133.htm. Acesso em: 21 jun. 2021.

CASTELLS, Manuel. **A era da informação**: fim de milênio. 3. ed. São Paulo: Paz e Terra, v, 3, 2002.

CHIAVENATO, Idalberto. **Introdução à teoria geral da administração:** uma visão abrangente da moderna administração das organizações. 7. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Elsevier, 2003.

CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. O estado democrático de direito como princípio constitucional estruturante do direito administrativo: uma análise a partir do paradigma emergente da administração pública democrática. Revista de Direito Administrativo e Gestão Pública, Curitiba, v. 2, n. 2, p. 145 – 167, Jul./Dez. 2016. Disponível em: https://www.indexlaw.org/index.php/rdagp/article/view/1302. Acesso em: 10 set. 2021.

DALLARI, Adilson Abreu. Privatização, Eficiência e Responsabilidade. **Revista da Faculdade de Direito**, São Bernardo do Campo, 2004. Disponível em: https://revistas.direitosbc.br/index.php/fdsbc/article/download/394/261/#:~:text=O%20velho%20direito%20administrativo%2C%20marcadamente,poder%2C%20n%C3%A3o%20pode%20mais%20subsistir. Acesso em: 22 jun. 2021.

ESTRATÉGIA de Governo Digital incentiva e amplia o uso do certificado digital. Portal.gov [site], 29 abr. 2020. Disponível em: https://www.gov.br/iti/pt-br/assuntos/noticias/indice-de-noticias/estrategia-de-governo-digital-incentiva-e-amplia-o-uso-do-certificado-digital. Acesso em: 23 jun. 2021.

FARIA, José Eduardo. Direitos Humanos e Globalização. **Revista Semestral do Departamento de Sociologia e Programa de Pós-Graduação em Sociologia FCL – UNESP,** Araraquara, ano 3, n. 6, 1º sem. 1999. Disponível em: https://periodicos.fclar.unesp.br/estudos/article/view/747. Acesso em: 22 jun. 2021.

FREITAS, Juarez. **Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública**. São Paulo: Malheiros, 2007.

GIDDENS, Anthony. **As consequências da modernidade**. Tradução de Raul Fiker. São Paulo: Editora Unesp, 1991.

MELO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 27 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

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

ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. Government at a Glance 2011, **OECD Publishing**, Paris, 2011. Disponível em: http://dx.doi.org/10.1787/gov_glance-2011-en. Acesso em: 22 jun. 2021.

OLIVEIRA, Gustavo Justino; SCHWANKA, Cristiane. A administração consensual como a nova face da administração pública no séc. XXI. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, São Paulo, v. 104, p. 303-322, jan/dez. 2009. Disponível em: https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67859. Acesso em: 22 jun. 2021.

PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO DE GOIÁS. O Procurador do Estado na construção do Direito Público: o que esperar? Carlos Ari Sundefeld. São Paulo, 2021. 1 vídeo (1h08m). Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=-NFlyNDRt2o&ab_channel=Procuradoria-GeraldoEstadodeGoi%C3%A1sProcuradoria-GeraldoEstadodeGoi%C3%A1s. Acesso em: 20 mai. 2021.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como Liberdade**. Tradução de Laura Teixeira Mota; revisão Ricardo Doninelle Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

TENÓRIO, F. G. Weber e a burocracia. **Revista do Serviço Público**, *[S. l.]*, v. 38, n. 4, p. 79-90, 2017. DOI: 10.21874/rsp.v38i4.2328. Disponível em: https://revista.enap.gov.br/index.php/RSP/article/view/2328. Acesso em: 3 out. 2021.

TORRES, Ronny Charles Lopes de. **Leis de licitações comentadas.** 10. ed. Salvador: JusPodivm, 2019.

WEBER, Max. **Ensaios de Sociologia**. Tradução Waltensir Dutra. Rio de Janeiro: LTC, 1982. Disponível em: https://www.ufjf.br/virgilio_oliveira/files/2015/11/Biografia-Weber.pdf. Acesso em: 22 jun. 2021.

WEBER, Max. **O que é burocracia**. Brasília: Conselho Nacional de Administração, 2018. Disponível em: https://cfa.org.br/wp-content/uploads/2018/02/40livroburocracia_diagramacao.pdf. Acesso em: 22 jun. 2021.