

**XXIV ENCONTRO NACIONAL DO
CONPEDI - UFS**

DIREITO E ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

FERNANDO GUSTAVO KNOERR

HENRIQUE RIBEIRO CARDOSO

MARIA LÍRIDA CALOU DE ARAÚJO E MENDONÇA

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – Conpedi

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior - UFRGS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes - IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Conselho Fiscal

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG /PUC PR

Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas - PUC SP

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches - UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS (suplente)

Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta - UFBA (suplente)

Representante Discente - Mestrando Caio Augusto Souza Lara - UFMG (titular)

Secretarias

Diretor de Informática - Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC

Diretor de Relações com a Graduação - Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU

Diretor de Relações Internacionais - Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC

Diretora de Apoio Institucional - Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC

Diretor de Educação Jurídica - Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM

Diretoras de Eventos - Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA

Diretor de Apoio Interinstitucional - Prof. Dr. Vladimir Oliveira da Silveira – UNINOVE

D598

Direito e administração pública [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFS;

Coordenadores: Fernando Gustavo Knoerr, Henrique Ribeiro Cardoso, Maria Lírida Calou de Araújo e Mendonça – Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-038-1

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: DIREITO, CONSTITUIÇÃO E CIDADANIA: contribuições para os objetivos de desenvolvimento do Milênio.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Administração pública.
I. Encontro Nacional do CONPEDI/UFS (24. : 2015 : Aracaju, SE).

CDU: 34



XXIV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - UFS

DIREITO E ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Apresentação

O Grupo de Trabalho Direito e Administração Pública I do XXIV Encontro Nacional do CONPEDI, realizado na Universidade Federal de Sergipe (UFS), cidade de Aracaju SE, caracterizou-se pela atualidade dos temas versados. Dentre estes, evidenciam-se, por sua recorrência, a improbidade administrativa e as contratações públicas.

Há uma série de acontecimentos e modificações na área do Direito, as quais emergem altas indagações sobre a essencialidade do estudo relacionado ao Direito Administrativo e à Administração Pública.

Dentro desse contexto é que o livro em apreço aborda questões relacionadas aos mais variados assuntos do Direito Administrativo hodierno, inclusive refletindo acerca dos princípios e do regime geral de licitações no Brasil.

A diversidade dos temas apresentados e reunidos nesse Grupo de Trabalho, além de refletir um anseio generalizado de abordagens da Administração Pública concertada, implica imensa satisfação por parte dos seus Coordenadores ao vivenciarem tão enriquecedora experiência, invulgar nas observações e discussões de si extraídas em conjunto com tais pesquisadores intimamente ligados ao desenvolvimento nacional. E, para facilitar a experiência e revisitação aos temas e seus autores, a seguir faz-se breve descrição do conteúdo que será encontrado ao longo de toda a obra

Tratando da análise da Lei de Acesso à Informação nos portais do Poder Legislativo Federal, a autora Clarissa Teresinha Lovatto Barros realiza esse estudo com o intuito de verificar a efetividade da Lei de Acesso à Informação no Legislativo Federal como ferramenta de controle social e transparência do Poder Legislativo Federal.

Evidenciando as influências da atuação do Tribunal de Contas da União no trabalho de regulação que vem sendo desenvolvido pela Anatel, a autora Ana Cristina Melo de Pontes Botelho buscou verificar se esta vem adotando as medidas necessárias ao atendimento do interesse público e ao desenvolvimento das telecomunicações brasileiras.

Na medida em que a Lei de Licitações é o principal instrumento normativo nas aquisições de bens e serviços para a Administração Pública, o autor João Carlos Medrado Sampaio trata da

eficácia das normas de licitação, em especial da Lei de Licitações (Lei 8.666/93), na promoção da concretização do princípio constitucional da plena satisfação do interesse público.

Versando sobre a legitimidade da ingerência do Judiciário no âmbito da realização e controle das políticas públicas como forma de concretização constitucional dos direitos fundamentais dos cidadãos ou como invasão de competência alheia, a pesquisadora Marília Ferreira da Silva observa que há um espaço de intangibilidade sobre o qual não pode existir qualquer intervenção extraordinária.

No trabalho *Parcerias Público-Privadas (PPP): Uma análise crítica modernização da Administração Pública em face da reforma do Estado*, os autores Gustavo Brígido Bezerra Cardoso e Aldemar Monteiro da Silva Neto tratam do alcance da desestatização por meio das privatizações e das delegações como ferramenta no aprimoramento das relações do Estado com a iniciativa privada.

Em *Improbidade Administrativa no exercício da Função Jurisdicional*, o pesquisador Jailsom Leandro de Sousa trata da sanção por prática de atos de improbidade administrativa prevista na Constituição Federal e na Lei 8.429/92, em especial sobre a possibilidade de os juízes serem responsabilizados por tais atos quando no exercício da função jurisdicional, fundado no fato de a constituição e a lei não terem feito distinção de pessoas e nem de tipos de atividades funcionais.

Realizando uma releitura do Princípio da Supremacia do Interesse Público em detrimento do Interesse Privado à luz do Estado Constitucional de Direito, os autores Gina Chaves e Érico Andrade buscam demonstrar que a Administração Pública tem no princípio da supremacia do interesse público sobre o privado um instrumento efetivo para atender ao Estado Constitucional de Direito, na busca pela implementação dos direitos e garantias fundamentais.

Os autores Guilherme Dourado Aragão Sá Araujo e Maria Lírida Calou de Araújo e Mendonça em *A absolutização do Direito Administrativo na Utopia Racionalista* demonstram como o Direito Administrativo se torna, na visão deles, absoluto ou total nas sociedades utópicas em decorrência da necessidade constante de manutenção da ordem artificial em detrimento da ordem espontânea.

Em A responsabilidade do estado por danos decorrentes do exercício da função jurisdicional, Ronaldo Alves Marinho da Silva e Gustavo Santana de Jesus realizam uma análise do âmbito da responsabilidade do Estado por danos decorrentes do exercício da função jurisdicional em Portugal.

Os autores Jamile Bergamaschine Mata Diz e Roberto Correia da Silva Gomes Caldas realizam uma análise sistêmica das licitações no âmbito do MERCOSUL e dos recursos do Fundo de Convergência Estrutural (FOCEM), dando a ideia da imprescindibilidade de que o Protocolo de Contratações Públicas do MERCOSUL seja efetivamente incorporado pelos Estados, adquirindo vigência no espaço mercosulista e tornando-se, de conseguinte, de obrigatória observância para todos os procedimentos licitatórios realizados pelos Estados-partes e também para o FOCEM.

No artigo Crise de legitimidade do legislativo e a construção de consensos os autores Talia Bárbara Tumelero e Luiz Carlos Cancellier de Olivo tratam dessa crise apontando os fatores determinantes, as consequências deste processo na consolidação da democracia no país e alguma solução possível para esta realidade.

Abordando os principais benefícios e riscos da utilização do procedimento de manifestação de interesse social previsto na Lei 13.019/2014, que disciplina as parcerias entre o poder público e o terceiro setor, a autora Mariana Bueno Resende analisa o procedimento de manifestação de interesse já utilizado nas concessões de serviços públicos e parcerias público-privadas.

Ao tratar do papel das Agências Reguladoras em cenários de instabilidade política e econômica, o autor Francisco Carlos Duarte analisa se as mesmas estão preparadas para agir imediatamente diante de momentos de instabilidade política e econômica, atenuando as consequências para a sociedade e se conferem maior credibilidade à Administração Pública.

O pesquisador Hugo Lázaro Marques Martins, ao realizar uma análise dos Consórcios Intermunicipais e a efetivação da prestação do serviço público de saúde à luz do Princípio Constitucional da Eficiência, demonstra que os Consórcios Públicos apresentam-se como uma das melhores alternativas gerenciais, já que permite a estruturação regional da prestação do serviço público.

No último artigo da coletânea, Emerson Affonso da Costa Moura e Juliana Campos Maranhão demonstram que em uma ordem constitucional voltada à centralidade dos direitos fundamentais, o poder de polícia se submeterá a um juízo de ponderação entre o interesse

público e privado envolvido, de forma a justificar a sua restrição, bem como, a limites procedimentais e substanciais para a sua aplicação.

Com a breve exposição dos trabalhos, é possível ver a atualidade, mediante o emprego de métodos vão além da mera exposição dogmática, a revelar o chamado pensamento tecnológico, voltado para a aplicabilidade e solução dos conflitos com o emprego de uma percepção mais completa e funcional do Direito na Administração Pública, de sorte a revelar investigações científicas cuja leitura recomenda-se vivamente.

Coordenadores do Grupo de Trabalho

Prof. Dr. Fernando Gustavo Knoerr UNICURITIBA

Prof. Dr. Henrique Ribeiro Cardoso - UFS

Profa. Dra. Maria Lírida Calou de Araújo e Mendonça - UNIFOR

CONTRATAÇÃO GOVERNAMENTAL: INSTRUMENTO OU POLÍTICA PÚBLICA?

GOVERNMENT PROCUREMENT: INSTRUMENT OR PUBLIC POLICY?

Lucas Perez da Motta

Resumo

O presente artigo faz um estudo acerca da relação existente entre políticas públicas e as contratações governamentais, tendo por objetivo primário elucidar qual a específica relação entre ambas e, por objetivo secundário, municiar de informações o operador do direito interessado para que este seja capaz de melhor compreender tal relação. Para isto, além de apresentar conceitos distintos de políticas públicas, são apresentados seus elementos principais, a relevância de estudá-las, o papel do Estado em sua concepção e implementação, alguns modelos analíticos e sua presença na ordem constitucional vigente. A tônica metodológica do trabalho é de revisão bibliográfica, a qual abrange renomados autores da Ciência Política e do Direito, mas sem descuidar de analisar dispositivos constitucionais pertinentes.

Palavras-chave: Direito, Políticas públicas, Contratação governamental.

Abstract/Resumen/Résumé

This paper makes a study on the relationship between public policy and government procurement, with the primary objective which elucidate the specific relationship between the two, and a secondary objective, equip information the right of the operator concerned for it to be able to better understand this relationship. For this, besides presenting different concepts of public policy, are presented its main elements, the relevance of studying them, the role of the state in their design and implementation, some analytical models and its presence in the existing constitutional order. The methodological work tonic is a literature review, which covers renowned authors of Political Science and Law, but without neglecting to examine relevant constitutional provisions.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Law, Public policy, Government procurement.

INTRODUÇÃO

A atual Constituição Republicana (BRASIL, 1988) previu, pela primeira vez no ordenamento jurídico brasileiro, disposições acerca dos contratos de compras, obras e serviços pela Administração Pública. Pereira Nunes e Dotti (2012, p. 20) lembram que a matéria apenas fora tratada em legislação infraconstitucional desde o Império, ressaltando a importância de elevar tais assuntos ao patamar constitucional.

Tal elevação se mostra como reflexo da mudança de mentalidade no movimento constitucionalista, ainda que não unívoco e sob uma mesma bandeira, na segunda metade do século XX, com o fito de estabelecer a Constituição como documento jurídico e político, através do qual a sociedade define não apenas sistemas e formas de organização, mas também as políticas públicas a serem implementadas.

Afirmam os autores (PEREIRA NUNES; DOTTI, 2013, p. 23) que quando o art. 37, inciso XXI da Constituição, ressalvadas as exceções legais, determina que as contratações públicas devam ser feitas pela via da licitação, está a traçar uma política pública de observância obrigatória para todos os órgãos e esferas de governo. Ainda mais se for considerado que o legislador constitucional poderia optar pela livre contratação de entes públicos (o que não ocorreu).

Por outro lado, quando tais contratações são levadas a efeito, uma vez adimplidas, tendem a produzir resultados de interesse público. Logo, não seria errado afirmar que também são instrumentos de apoio à implementação de outras políticas públicas. Pelo exposto, coloca-se a questão de saber qual a real relação entre políticas públicas e as contratações governamentais.

A temática do trabalho apresentado é focada nas relações entre políticas públicas e as contratações governamentais, com o objetivo de averiguar se estas são, de fato, políticas públicas ou se possuem natureza instrumental das mesmas.

Assim, as hipóteses que se apresentam são: que a contratação pública é política pública; que a contratação pública é ferramenta de implementação de políticas públicas; ou que as contratações governamentais são, a um só tempo, políticas públicas e instrumentos de implementação.

Para a comprovação das hipóteses apresentadas, a metodologia utilizada consiste em revisão de literatura pertinente e análise de legislação atual e vigente.

No intuito de situar o leitor sobre a linha condutora do texto, é de se alertar para a sequência de temas apresentados: bases conceituais de políticas públicas (abrangendo conceitos, modelos de análise, etc.), demonstração – ainda que brevíssima – da

constitucionalização das políticas públicas, e a relação próxima de política pública e contratações governamentais.

1. IMPORTÂNCIA DO ESTUDO DE POLÍTICAS PÚBLICAS

Nas últimas décadas observou-se uma série de fatores que fizeram ressurgir a importância de se estudar as políticas públicas. Segundo Souza (2006, p. 20) três fatores contribuíram para esta maior visibilidade: a adoção de políticas restritivas de gasto por parte da maioria dos países; a nova visão do papel dos governos (maiores restrições à atuação estatal na economia e políticas sociais); e falta de formação de coalizões políticas, nos países em desenvolvimento, capazes de promover tanto o desenvolvimento, quanto a inclusão social de grande parte da população.

A mesma autora (SOUZA, 2006, p. 22) indica que o pressuposto analítico para a consolidação do estudo de políticas públicas é o de que aquilo que o governo faz ou deixa de fazer é passível de ser formulado cientificamente e pode ser analisado por pesquisadores independentes.

De outro lado, Tude, Ferro e Santana (2010, p. 13) apontam três outras razões para o estudo da matéria: razões científicas; razões profissionais; e razões políticas.

As razões científicas (próprias de universidades e grupos de pesquisa) estariam embasadas na importância adquirida pela matéria, principalmente, nas democracias ocidentais modernas. Para os referidos autores (2010, p. 13), a possibilidade de previsão dos impactos da ação estatal sobre a sociedade atrai os interesses da comunidade acadêmica, que visa propor modelos para auxiliar Estado e sociedade no processo de formulação, implementação e avaliação de políticas públicas.

Por outro lado as razões profissionais para se estudar políticas públicas apresentam-se em um campo mais dinâmico, relacionado às práticas de solução de problemas concretos. Nos dizeres de Tude, Ferro e Santana (2010, p. 14), o referido estudo é importante para o setor privado, pois este se utiliza dos resultados de estudos sobre políticas públicas para prever os impactos das ações estatais sobre a sociedade e, assim, planejar suas ações.

Além das empresas e corporações comerciais e industriais, há outros interessados no estudo de políticas públicas por razões profissionais, em outras palavras, atores responsáveis por prover soluções para problemas sociais. Neste grupo encontram-se técnicos em segurança e saúde públicas, técnicos em planejamento urbano, etc.

Por fim, as razões políticas tangem o entendimento da sociedade sobre a atuação estatal. Explica-se: à medida em que a sociedade tem um melhor entendimento da dinâmica das políticas públicas, melhor pode ser seu controle sobre os governantes, acarretando políticas públicas melhores e mais efetivas.

Tendo demonstrado a importância do estudo sobre políticas públicas, já se pode tentar definir o que são.

2. CONCEITOS DE POLÍTICAS PÚBLICAS

Em leitura das razões apontadas para estudar políticas públicas, já se pode ter uma noção do elemento mais marcante de seus conceitos: o governo.

Uma definição bem conhecida na área de ciências políticas foi dada por Thomas Dye (1995, p. 02), segundo o qual, políticas públicas são aquilo que os governos escolhem fazer ou não fazer. Outra definição bastante conhecida é atribuída a Mead (1995, p. 01), segundo o qual política pública é um campo dentro do estudo da política que analisa o governo à luz de grandes questões públicas.

A professora Celina Souza (2006, p. 26) apresenta seu próprio conceito, ao afirmar que se pode resumir políticas públicas como o campo do conhecimento que busca colocar o governo em ação e/ou analisar tal ação, sem prejuízo de propor mudanças no rumo ou curso de tais ações.

Já no campo do estudo jurídico, Eros Grau (2008, p. 26) designa a expressão políticas públicas como sendo todas as atuações do Estado, cobrindo todas as formas de intervenção do poder público na vida social.

Para Maria Paula Dallari Bucci (1997, p. 91), as políticas públicas são a coordenação dos meios à disposição do Estado, harmonizando as atividades estatais e privadas para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados. Em uma definição tanto semelhante, pelas palavras de Caroline Bitencourt (2013, p. 48):

“Conceituando políticas públicas, diz-se que é a coordenação dos meios à disposição do Estado, harmonizando as atividades estatais e privadas para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados(...). Logo, pode-se dizer que o conceito de política pública é um conceito que é construído discursivamente pelos atores sociais, isso porque a Constituição não estabeleceu juridicamente um conceito de política pública e sequer definiu exaustivamente um rol de ação governamental(...)”.

Fábio Konder Comparato (1998, p.45) afirma que a política pública aparece como atividade, isto é, um conjunto organizado de normas e atos tendentes à realização de um objetivo determinado.

Pela clareza apresentada, merece transcrição as palavras de Fonte (2013, p. 45):

“Logo, as políticas públicas compreendem as ações e programas para dar efetividade aos comandos gerais impostos pela ordem jurídica que necessitam da ação estatal. Portanto são as ações levadas a cabo pela Administração Pública que se encaixam nesta definição. Além da tarefa especialíssima de dar efetividade às normas de direitos sociais, as políticas públicas também servirão aos direitos fundamentais de primeira geração, por meio, por exemplo, da política de segurança pública (...), de terceira geração através da política pública para o meio ambiente (...).”

Outra definição de cunho jurídico foi apresentada por Appio (2004, p. 217). Em sua tese de doutorado afirma que as políticas públicas podem ser entendidas como instrumentos de execução de programas políticos baseados na intervenção estatal na sociedade com a finalidade de assegurar a igualdade de oportunidades a todos, tendo por objetivo assegurar condições materiais de existência digna a todos.

Tendo em vista as razões de estudo de políticas públicas e as definições apresentadas, não se nega o governo e o Estado como elementos centrais e, considerando as definições apresentadas, constata-se uma certa variedade de conceituações de políticas públicas, sem que haja uma definição unívoca, havendo, entretanto, a presença do governo em praticamente todas.

3. PARTICIPAÇÃO GOVERNAMENTAL

No ensinamento de Souza (2006, p. 27), as definições de políticas públicas guiam o olhar do seu estudioso para o *locus* onde os embates em torno de interesses, preferências e ideias se desenvolvem, isto é, o governo. Além disto, como as políticas públicas repercutem na esfera econômica e social, qualquer teoria sobre políticas públicas precisa explicar as interrelações entre Estado, política, economia e sociedade.

De tais constatações faz-se necessário entender o papel dos governos dentro da temática de políticas públicas, ainda que se reconheça a possibilidade, em tal cenário, de participação de outros atores políticos.

O papel assumido pelo governo pode ser entendido ao se procurar saber o que lhe cabe na definição, formulação e implementação (e eventual avaliação) de políticas públicas.

Abstraindo a diferença técnica das definições de governo e Estado, e nos dizeres de Appio (2004, p. 215):

“O traço caracterizador das políticas públicas consiste na utilização de instrumentos cogentes de intervenção do Estado na sociedade, motivo pelo qual o Estado-providência representa – no inconsciente coletivo da comunidade jurídica – seu maior símbolo e a redução do papel do Estado na direção da sociedade é sintomático da derrocada do Estado-providência”.

Para entender o real papel do Estado, deve-se ter ciência de que se na fase chamada “Estado de bem-estar social” o ente estatal agrupava grande feixe de obrigações externáveis por políticas públicas, visando a melhoria de aspectos sociais. O papel do mesmo, na atualidade, teve seu espectro de participação diminuído, ainda que não tenha desaparecido por completo.

Há defesa de uma autonomia relativa do Estado (SOUZA, 2006, p. 27). Esta delimita um espaço próprio de atuação estatal (mesmo não isento de influências externas), bem como gera capacidades criadoras de condições para implementação de objetivos de políticas públicas.

Nos dizeres de Celina Souza (2006, p. 27):

“Apesar do reconhecimento de que outros segmentos que não os governos se envolvem na formulação de políticas públicas, tais como os grupos de interesse e os movimentos sociais, cada qual com maior ou menor influência a depender do tipo de política formulada e das coalizões que integram o governo, e apesar de uma certa literatura argumentar que o papel dos governos tem sido encolhido por fenômenos como a globalização, a diminuição da capacidade dos governos de intervir, formular políticas públicas e de governar não está empiricamente comprovada”.

Ante o exposto, pode-se concluir que apesar das limitações existentes, as instituições governamentais não perderam a capacidade de conduzir a sociedade.

4. MODELOS DE FORMULAÇÃO E ANÁLISE

Para melhor entendimento de informações, por vezes numerosas e complexas, sobre políticas públicas, e na tentativa de organizá-las, foram formulados diversos modelos explicativos.

Tais modelos tentam simplificar a complexidade de elementos e relações de dadas políticas públicas, facilitando sua visualização ou percepção pelo estudioso do tema,

tendo como parâmetro o entendimento de como e por que o governo faz (ou deixa de fazer) determinada ação, a qual repercutirá na vida social.

Como dito, inúmeros modelos de análise foram propostos, porém, como o objetivo do presente trabalho não é analisar todos os modelos existentes, optou-se por analisar, rapidamente, três modelos conhecidos: os tipos de políticas públicas, o ciclo de políticas públicas e do novo gerencialismo público.

Atribui-se a Theodor Lowi (SOUZA, 2006, p.28) os tipos de políticas públicas. Para o teórico, a política pública faria a política, em outras palavras, cada tipo de política pública encontra diferentes formas de apoio e rejeição.

De acordo com este modelo, a política pública pode assumir quatro formatos. O primeiro é o das políticas públicas distributivas, que se traduzem nas decisões governamentais que desconsideram a questão dos recursos ilimitados, gerando mais impactos individuais do que universais. Neste modelo, privilegiam-se certos grupos sociais (ou regiões) em detrimento de toda a coletividade.

Sob o enfoque da concentração dos custos e divisão dos benefícios, também se pode falar em políticas redistributivas. Por este segundo tipo de políticas públicas, são concedidos benefícios a determinadas categorias políticas e, por outro lado, tais custos são suportados por outras categorias determinadas.

O terceiro formato que podem assumir as políticas públicas chama-se “políticas regulatórias”. Estas são mais visíveis ao público, envolvendo maior burocracia, políticos e grupos de interesse.

As políticas regulatórias estabelecem padrões prévios de comportamento, serviço ou produto para atores públicos e privados. Mesmo desenvolvendo-se em cenário pluralista, a base de tais políticas públicas é a regulamentação estatal. Exemplos deste tipo de política são as normas estatais pré-estabelecidas para: contratações públicas, operação de mercado financeiro, etc.

O quarto e último tipo apontado por Lowi é o das políticas constitutivas. Por este formato, cada política pública gera pontos ou grupos de vetos e de apoios diferentes. Logo, percebe-se que esta política processa-se dentro de um sistema político, provocando conflitos entre os atores diretamente envolvidos, vez que têm a possibilidade de alterar o equilíbrio de poder existente.

O segundo modelo a ser apresentado chama-se ciclo de políticas públicas. Conforme explica Souza (2006, p. 29), enxerga-se a política pública como um ciclo

deliberativo, formado por vários estágios e constituindo processo dinâmico e de aprendizado.

Tal ciclo seria constituído das seguintes fases (SOUZA, 2006, p.29): definição de agenda, identificação de alternativas, avaliação das opções, seleção das opções, implementação e avaliação. Por seu turno, Secchi (2013, p. 43) entende haver mais uma fase no ciclo, estabelecendo as seguintes fases: identificação do problema; formação da agenda; formulação de alternativas; tomada de decisão; implementação; avaliação; e extinção.

Embora ambos os autores citados apresentem esquemas com linguagem diferente e fases quase idênticas, os mesmos não são excludentes, sendo possível explicitar o ponto de forma conjunta. Ressalte-se, ainda, que o ciclo de políticas públicas é o esquema condutor do presente trabalho, razão pela qual se faz necessária explicação de suas fases, ainda que sucintamente, pois não há o intento de tecer minúcias conceituais sobre as mesmas.

Inicialmente, identificar o problema a ser solucionado é a primeira etapa do referido ciclo. Para Secchi (2013, p. 44), problema é a discrepância entre a situação atual e uma situação ideal possível. Adjetivando-o como público, ressalta ser a diferença entre o que existe e aquilo que se gostaria que fosse uma realidade pública. O problema não é apenas identificado, mas também delimitado e sua solução deve ser avaliada e é justamente após este processo que se fala em formação da agenda.

A agenda pode ser entendida como uma série de temas relevantes e que devem ser tratados, isto é, prioridades de atuação. Conforme Souza (2006, p.29), este é o estágio mais enfatizado, colocando a questão sobre a agenda: como os governos a definem?

Apresentam-se três repostas possíveis para a questão (SOUZA, 2006, p.30), todas com focos distintos. A primeira resposta dita que os problemas formam a agenda de um governo quando é assumido que se deve fazer algo em relação a eles (reconhecimento e resultado). Já a segunda resposta, apresenta o enfoque sobre a política como construtora da consciência coletiva sobre a necessidade de enfrentar certo problema. Tal construção se daria por mudanças ideológicas (forma de ver o mundo), aliadas à força ou fraqueza de grupos de interesses. Neste ponto, a construção de uma consciência sobre determinado problema é fato determinante na definição da agenda. Por fim, a terceira resposta tem seu cerne nos participantes, classificados como visíveis (políticos, mídia, partidos políticos) ou invisíveis (acadêmicos e burocratas). Neste diapasão, os participantes visíveis definem a agenda e os invisíveis as alternativas.

Em outra abordagem, Secchi (2013, p. 46) apresenta classificação da agenda em: política e formal. A agenda política (ou sistêmica) é o conjunto de problemas que a comunidade política entende como merecedor de intervenção pública. Já a agenda formal (ou institucional) é a que enumera problemas que o poder público já está enfrentando. Alerta, ainda, para a existência da agenda da mídia, isto é, uma lista de problemas que os meios de comunicação acham que devem ser tratados pelo Estado.

Se um problema, já identificado, é introduzido na agenda, envidam-se esforços para a construção de alternativas no intuito de resolvê-lo. Neste ponto, devem ser enumeradas e organizadas soluções possíveis, levando-se em conta as consequências da adoção de cada hipótese apresentada. Além disto, conforme Secchi (2013, p. 48), é neste ponto que se estabelecem objetivos a serem cumpridos, os quais servem de norte na construção de alternativas válidas, bem como nas fases posteriores do ciclo.

Passando para a terceira fase, de acordo com o esquema de Secchi (2013), a tomada de decisões é o momento em que os interesses são equacionados e são demonstrados os objetivos e métodos escolhidos para a resolução do problema público. A partir da decisão, o gestor público deve estabelecer como colocará em prática suas ponderações, o que, note-se, já é início de concretização do que realizado nas fases anteriores.

No que tange à implementação de políticas públicas, como referido no parágrafo anterior, há uma característica forte de concretização. É neste momento do ciclo de políticas públicas em que são produzidos (ou não) os resultados da decisão tomada. Todo o planejamento da política pública é posto em ação e apenas em fase posterior (avaliação) pode-se aferir se os resultados foram alcançados ou não.

Concluindo a breve exposição desta fase, cabe transcrever trecho de Secchi (2013, p. 57):

“A fase de implementação é aquela em que a administração pública reveste-se de sua função precípua: executar as políticas públicas. Para tanto, o *policy maker* necessita de instrumentos de política pública, ou seja, meios disponíveis para transformar as intenções em ações políticas”.

Um exemplo de instrumento citado pelo autor (SECCHI, 2013, p. 58) é a regulamentação, isto é, instrumento regulatório que cria regras ou restrições à liberdade econômica, social ou política, como é o caso das regras para os procedimentos licitatórios no setor público. Outro exemplo de instrumento regulatório (SECCHI, 2013, p. 59) é a certificação, baseada no princípio da adesão, pela qual entidades particulares

buscam adaptar-se a exigências feitas pelo Estado para adequar-se a uma realidade, o que, por via indireta, é mecanismo de indução de comportamentos visados por determinada política pública.

Da necessidade de apreciação e mensuração da atuação do gestor público, nasce a ideia de avaliação. Para que se proceda a esta, é preciso que se estabeleçam critérios e indicadores de desempenho, o que permite um panorama objetivo e indicativo dos acertos e dos erros do gestor. Logo, é possível aferir se uma determinada política pública teve êxito ou não.

Para Secchi (2013, p. 63), a avaliação é a fase em que a implementação e o desempenho da política pública são examinados com o escopo de saber qual o estado da política e o nível de redução do problema gerador.

Deve-se relatar que da avaliação pode decorrer para a política pública: sua continuação no estado em que se encontra (sinal de avaliação positiva); continuação da mesma com alguns ajustes (para melhor atendimento à demanda); ou sua extinção (seja porque o problema foi resolvido ou perdeu importância, seja porque a política se mostrou ineficaz).

Até o presente ponto foram apresentados os dois modelos mais populares, entre os estudiosos, de análises de políticas públicas, porém, tendo em vista a sua atualidade, cumpre apontar um terceiro modelo, influenciado pelos novos paradigmas de gestão pública. Sendo o Estado, como visto, figura principal nas políticas públicas, existe modelo baseado no chamado “novo gerencialismo público”.

Tendo em conta estas influências, novos formatos foram introduzidos nas políticas públicas, tendo a eficiência como paradigma (SOUZA, 2006, p. 34). A eficiência como objetivo, aliada à importância do fator credibilidade e à delegação de políticas públicas para instituições politicamente, em tese, independentes, são marcas deste novo modelo, ainda carente de pesquisas empíricas.

É de se elucidar o que vem a ser a credibilidade das políticas públicas. Tal elemento (ou fator) pode ser entendido como a prevalência de regras pré-anunciadas em detrimento de decisões dos gestores públicos. Baseia-se na existência de regras claras e prévias, em contraposição às discricionárias decisões dos agentes públicos.

Com tal objetividade arraigada em sua essência, é solar o maior grau de certeza e de segurança jurídica engendradas em tais políticas públicas. Logo, é correto afirmar que as políticas públicas pré-reguladas tem mais credibilidade do que aquelas deixadas ao talante dos gestores públicos, minimizando sua discricionariedade.

Em uma análise comparativa, uma política pública baseada em regras assemelha-se muito às já citadas políticas regulatórias de Lowi.

Foi dito que, nesta tipologia, haveria a delegação de políticas públicas para órgãos politicamente independentes. Deve-se apontar que tais órgãos podem ser tanto nacionais como internacionais. Exemplo de órgão internacional apontado por Souza (2006, p. 35) é a Organização Mundial do Comércio (OMC). Neste ponto, não seria errado afirmar que a Organização das Nações Unidas (ONU) também figurasse como exemplo de órgão político independente, capaz de promover políticas públicas.

Para que não restem dúvidas sobre o tema, citam-se as palavras de Souza (2006, p. 35), a qual coloca a seguinte questão:

“A delegação para órgãos ‘independentes’ nacionais, mas também internacionais, passou a ser outro elemento importante no desenho das políticas públicas. Mas por que os políticos (governantes e parlamentares) abririam mão do seu poder?”.

Responde (SOUZA, 2006, p. 35) ser a credibilidade desses órgãos “independentes” devido à experiência técnica de seus membros e para que as regras não fossem submetidas às incertezas de ciclos eleitorais, o que acarreta manutenção de continuidade, permanência e coerência.

5. NOVOS PARADIGMAS

Se em meados do século XX houve transformação no pensamento constitucional, por outro lado, e é importante que isto fique claro, no século XXI o movimento jurídico que se inicia visa a reconstrução de um novo modelo estatal, chamado por Pereira Nunes e Dotti (2013, p. 27) de “pós-moderno”. Neste modelo, a gestão da coisa pública adquire compromissos com os resultados que assegurem a concretização de direitos.

Para tal objetivo, é preciso que se entendam dois paradigmas jurídicos: a efetividade dos princípios e a supremacia da Constituição. Alerta-se que o objetivo do presente trabalho não é tecer minúcias sobre tais paradigmas, razão pela qual são apresentados sumariamente e sem qualquer apresentação de controvérsias sobre o tema.

Efetividade dos princípios significa que estes definem objetivos a serem atingidos, sendo considerados norma jurídica provida de eficácia imediata e efeito sancionador. Como possuem status normativo, aquele que descumprir princípio terá o mesmo tratamento daquele que descumprir norma jurídica, sendo passível de sofrer sanção.

A supremacia da Constituição significa que nenhum indivíduo ou a Administração Pública pode agir em desconformidade com os ditames constitucionais. Estes permeiam todo o ordenamento jurídico pátrio, irradiando seus efeitos até os atos jurídicos mais básicos e cotidianos, o que permite afirmar que suas disposições detêm caráter cogente. Nos dizeres de Pereira Nunes e Dotti (2013, p. 29):

“Daí o caráter cogente das políticas públicas que o texto constitucional consagra e de cuja implementação incumbe os entes e poderes constituídos, sob pena de inadimplência de deveres jurídicos inarredáveis, desafiando, se, quando e na medida da necessidade, a intervenção tutelar do Poder Judiciário, com o fim de fazer prevalecer a Constituição.”

A atual Constituição (BRASIL, 1988) alinha-se a estes dois paradigmas apresentados da gestão pós-moderna, pois em seu art. 1º, caput, afirma o Estado Democrático de Direito e em seu artigo 37, caput, enuncia os princípios caracterizados pela efetividade já anunciada, a que devem respeito todos os indivíduos e todas as entidades estatais.

6. POSSIBILIDADE DE PREVISÃO CONSTITUCIONAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS E A CONTRATAÇÃO GOVERNAMENTAL

Para continuidade do trabalho ora apresentado, faz-se mister resgatar premissa já posta: os conceitos de conotação jurídica de políticas públicas as caracterizam como intervenção do Estado na sociedade para a execução de programas políticos, através de instrumentos cogentes de tal intervenção, harmonizando atividades estatais e privadas.

Para saber se uma constituição pode estabelecer tais políticas, devem ser considerados os novos paradigmas da gestão pública, pelos quais se afirma que o legislador constitucional pode (e deve) estabelecer políticas públicas em sua função de estatuir todo um ordenamento jurídico. Logo, afirma-se que é desejável a previsão de políticas públicas pelo ordenamento constitucional.

Estreitando o feixe de análise do presente estudo, o qual versa sobre contratações públicas e sua relação com políticas públicas, deve-se analisar o disposto no artigo 37, inciso XXI da atual Constituição Republicana, que, conforme Pereira Nunes e Dotti (2013, p. 32), comporta características de política pública de contratação estatal. Transcreve-se (BRASIL, 1988):

“Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios

obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

(...)

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

Em cotejo com a liberdade contratual, dominante nas relações privadas, percebe-se que nas relações em que for parte o Estado, a contratação é vinculada a um procedimento formal previamente estatuído na constituição e em lei. O Estado contrata não o que quer, mas o que deve ser contratado, amparado por padrões normativos e finalidades públicas.

Nos dizeres de Pereira Nunes e Dotti (2013, p. 33):

“Contrapondo-se à liberdade de escolha dos particulares nas relações negociais, a Constituição impõe aos poderes constituídos, no desempenho de suas funções administrativas, contratar através de licitação, por meio de processo jurídico-administrativo formal, e observância de procedimentos cuja condução rege-se por meio de normas cogentes, isto é, inafastáveis pela vontade das partes”.

Ante os argumentos apresentados entende-se possível que a atual Constituição preveja instrumentos cogentes de intervenção do Estado na sociedade para a execução de programas políticos postos pelo legislador constitucional. Factualmente, pelas disposições do art. 37, inciso XXI da Constituição, o instrumento que alcança tais objetivos e que também harmoniza atividades públicas e privadas é a contratação pública, manejada através de processo licitatório, refletindo a opção adotada constitucionalmente.

7. CONTRATAÇÃO GOVERNAMENTAL COMO POLÍTICA PÚBLICA E SEU INSTRUMENTO

Como dito supra, o Brasil constitui-se em estado democrático de direito, o qual não se pode entender como operante sem políticas públicas predefinidas e atividades administrativas não fundamentadas em normas jurídicas. Neste campo, em especial, a atividade contratual da Administração Pública, ainda que tenha certa nuance discricionária, deve obedecer às políticas públicas postas e às normas jurídicas viabilizadoras do interesse público.

De acordo com Pereira Nunes e Dotti (2013, p. 33) a norma constitucional que estabelece o dever de licitar traduz política pública na medida em que pressupõe ser a competição seletiva e isonômica aquela que permite à Administração Pública identificar a proposta mais favorável à prestação de serviços, à execução de obras e à compra de produtos. A referida competição, em tese, reduz a potencial formação de cartéis – indesejáveis pelo art. 170 da Constituição – e atende aos princípios expostos do art. 37, *caput* da Constituição Republicana.

Nesta linha de raciocínio, pode-se afirmar que o legislador constitucional preferiu a execução indireta (das atividades mencionadas) à execução direta, isto é, preferiu que particulares executassem obras e serviços e fornecessem insumos à Administração Pública do que esta, por si mesma, os efetuasse. Não deixa de ser política pública que opta pela potencial atuação dos particulares de forma racionalizadora na execução destas atividades. Outro fundamento encontrado durante a execução do presente trabalho está estampado no §7º, art. 10 do Decreto-Lei nº 200 de 1967, o qual, antes mesmo da Constituição corrobora a opção do legislador pela referida execução indireta.

Merece transcrição da linguagem simples e direta de Pereira Nunes e Dotti (2013, p. 34):

“A norma constitucional que estabelece o dever de licitar também consubstancia política pública (*policy*) na medida em que distancia a Administração dos conflitos político-partidários (*politics*) e proporciona gestão técnica, racional e previsível, baseada no estrito cumprimento da lei e tutelada por sistema de controle interno e externo, que atua como instrumento de transparência, logo de legitimação, da Administração perante a sociedade”.

Por outro lado, segundo leitura dos mesmos autores (PEREIRA NUNES e DOTTI, 2013, p. 34), a supremacia da Constituição atrai para suas disposições a definição de políticas públicas tidas por essenciais com o fim de garantir o “mínimo existencial” inerente à dignidade da pessoa humana, conforme art. 1º, inciso III da Constituição. São exemplos destas políticas as disposições sobre saúde, educação, seguridade social, etc.

A opção pela execução indireta de certas atividades públicas faz a atividade contratual da Administração Pública um instrumento precioso e natural para viabilizar compras, obras e serviços necessários à consecução das políticas constitucionalmente postas. Por tal razão, o legislador pátrio fez constar da Lei Geral de Licitações (BRASIL, 1993) dispositivos fomentadores de contratações que visem a implementação

de algumas políticas públicas. Na respectiva lei, podem ser citados como exemplo: preservação do meio ambiente (art.6º, inciso IX e art. 12, inciso VII); promoção do desenvolvimento nacional sustentável (art. 3º, caput); e proteção ao trabalho do menor (art. 27, inciso V).

Frente ao que foi apresentado pela doutrina analisada, a pesquisa aponta que a contratação pública, nos moldes brasileiros, pode constituir-se como política pública e instrumento de implementação desta.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como apresentado, conclui-se que a variedade de conceitos de políticas públicas (tenham caráter mais próximo da Ciência Política, tenham caráter jurídico), bem como a miríade de modelos analíticos das mesmas, permite afirmar que a atividade ou a inatividade do Estado (ou do governo) são o foco de suas preocupações, não se excluindo a participação de diversos outros atores.

Pelos modelos e razões apresentados, pode-se inferir que as contratações públicas são políticas públicas regulatórias pela ótica de Lowi. Sob o enfoque do ciclo de políticas públicas, a contratação governamental, nos moldes constitucionais atuais, pode tanto estar presente na tomada de decisões quanto na fase de implementação. Já na esfera do novo gerencialismo público, as extensivas e prévias normas atinentes às licitações permitem afirmar que há maior credibilidade da Administração Pública frente aos particulares, havendo melhor interação entre os interesses públicos e os privados (por vezes conhecidos pela denominação “mercado”).

Outra constatação realizada na presente pesquisa foi a consonância do novo modelo estatal (“pós-social”) com a nova gestão pública, embora não tenham sido objeto de análise mais aprofundada. Desta situação pode-se aferir a ocorrência da constitucionalização das políticas públicas no atual ordenamento constitucional pátrio (através dos paradigmas da efetividade dos princípios e da supremacia constitucional), o que garante cogência às mesmas (vinculando a atuação do legislador infraconstitucional e do gestor público).

Por derradeiro, respondendo à questão posta no presente estudo, afirma-se que as contratações públicas podem ser, ora política pública (constitucional), ora instrumento de implementação de políticas públicas, e, a um só tempo e dependendo do caso concreto, política pública e instrumento de implementação.

REFERÊNCIAS

APPIO, Eduardo Fernando. **O Controle Judicial das Políticas Públicas no Brasil**. Florianópolis, SC: 2004. Tese de doutorado, Universidade Federal de Santa Catarina. Disponível em <http://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/87373/208502.pdf?sequence=1>. Acessado em 26/11/2014.

BITENCOURT, Caroline M. **Controle Jurisdicional de Políticas Públicas**. Porto Alegre: Núria Fabris Ed., 2013.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 200 de 25 de fevereiro de 1967**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del0200compilado.htm. Acessado em 26/11/2014.

_____. **Constituição da República**. 1988. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acessado em 25/11/2014.

_____. **Lei nº 8.666 de 21 de junho de 1993**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666compilado.htm. Acessado em 25/11/2014.

BUCCI, Maria Paula Dallari. Políticas Públicas e Direito Administrativo. In: **Revista de Informação Legislativa**. Ano 34, nº 133. Brasília: 1997, pp.89-98.

COMPARATO, Fábio K. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas. In: **Revista de Informação Legislativa**. Ano 35, nº 138. Brasília: abr./jun. 1998, pp. 39-48.

DYE, Thomas. **Understanding Public Policy**. NJ: Prentice Hall. 1995.

FONTE, Felipe de Melo. **Políticas públicas e direitos fundamentais: elementos de fundamentação do controle jurisdicional de políticas públicas no estado democrático de direito**. São Paulo: Saraiva, 2013.

GRAU, Eros Roberto. **O Direito Posto e o Direito Pressuposto**. São Paulo: 2008.

PEREIRA NUNES, Jessé Torres; DOTTI, Marinês Restelatto. **Políticas Públicas nas licitações e contratações administrativas**. 2ª ed. ver. atual. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

MEAD, Lawrence M. Public Policy: Vision, Potential, Limits. In: **Policy Currents: newsletter of public policy section APSA**. Flórida: fev. 1995, pp. 01-04.

SECCHI, Leonardo. **Políticas Públicas: conceitos, esquemas de análises, casos práticos**. 2ª ed. São Paulo: Cengage Learning, 2013.

SOUZA, Celina. Políticas Públicas: uma revisão da literatura. In: *Revista Sociologias*. Ano 8, nº 16. Porto Alegre: 2006. pp. 20-45.

TUDE, João Martins ; FERRO, Daniel ; SANTANA, Fabio Pablo de A. **Políticas Públicas**. Curitiba: IESDE Brasil S.A., 2010.