

**XII ENCONTRO INTERNACIONAL DO
CONPEDI BUENOS AIRES –
ARGENTINA**

DIREITO ADMINISTRATIVO E GESTÃO PÚBLICA II

ANTÔNIO CARLOS DINIZ MURTA

SAULO DE OLIVEIRA PINTO COELHO

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte deste anal 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 Gaigner Bosio Campello - UFMS - Mato Grosso do Sul

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

D597

Direito Administrativo e Gestão Pública II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Antônio Carlos Diniz Murta; Saulo De Oliveira Pinto Coelho. – Florianópolis: CONPEDI, 2023.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-758-8

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

Tema: Derecho, Democracia, Desarrollo y Integración

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Direito administrativo. 3. Gestão pública. XII Encontro Internacional do CONPEDI Buenos Aires – Argentina (2: 2023 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



XII ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI BUENOS AIRES – ARGENTINA

DIREITO ADMINISTRATIVO E GESTÃO PÚBLICA II

Apresentação

Novamente nos encontramos em um encontro internacional do CONPEDI, repetindo o bem sucedido encontro realizado em Santiago de Chile em 2022. Tendo, na cidade de Buenos Ayres, como cenário e local de realização a belíssima arquitetura romana da Faculdade de direito da Universidade de Buenos Aires, circundada por inúmeros Museus e atrações gastronômicas, dois fatos chamam a atenção para este período. Inicialmente, o fato da Argentina estar vivendo um momento bastante polarizado quando das vésperas da realização do 1º turno da eleição presidencial. Na sequência, considerando o cenário jurídico brasileiro, estávamos às vésperas do encerramento dos trabalhos do relator da reforma tributária junto ao Senado Federal após ter tramitado e sido aprovada, com algumas alterações a PEC n.º 45. Trata-se certamente da maior alteração na exação consumerista no sistema tributário nacional em décadas, afetando não todos os setores da economia bem como a balança de poder entre os Estados e Municípios, fazendo-nos repensar inclusive a existência do próprio pacto federativo. A referida reforma seria um antecedente ao que já se denomina a reforma administrativa. Reforma esta que buscará fazer com que tenhamos uma administração mais adequado à sociedade brasileira. Vivemos, pois, tempos de reforma em execução ou em pretensão. E o CONPEDI não poderia descurar de continuar sua luta contínua de estudar o direito brasileiro e propor com a qualidade de suas publicações medidas efetivas para aprimorar as relações entre os brasileiros e estes e a própria administração pública.

Boa leitura a todos !

BUROCRACIA RESPONSIVA: PLANEJAMENTO DAS CONTRATAÇÕES PÚBLICAS, PROCESSO DECISÓRIO, ACCOUNTABILITY E INOVAÇÃO

RESPONSIVE BUREAUCRACY: PUBLIC PROCUREMENT PLANNING, DECISION-MAKING PROCESS, ACCOUNTABILITY AND INNOVATION

Leandro Corrêa de Oliveira

Resumo

Com o artigo pretende-se analisar os aspectos da governança das contratações públicas a partir do marco trazido pela nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos que deu centralidade normativa para os mecanismos de planejamento e de mapeamento e gestão de riscos. A racionalidade técnico-instrumental típica da modernidade inseriu a burocracia como elemento central na implementação das ações administrativa, incorporando o Estado a dinâmica da empresa capitalista, segundo um modelo centralizado e hierarquizado que tinha no ato administrativo a principal fonte de legitimação, a partir do clássico conceito de dominação racional-legal. Com o constitucionalismo contemporâneo houve um deslocamento de eixos para a processualidade do agir administrativo. A inclusão do elemento democrático de inclusão dos afetados no debate, a despeito de representar importante virada para o processo decisório (ainda) não leva em conta a circularidade informacional no entorno. A dimensão da accountability é parte dos mecanismos de governança, entendida aqui como a capacidade dos poderes estatais de supervisionar ações e podem corrigir rumos, quando inadequados, o que implica a incorporação de novas habilidades para burocracia, que deve ser tornar responsiva, com vistas a um processo decisório preditivo, observado o conceito de função pública e que o direcione as ações administrativas num ambiente de complexidade e assimetria informacional.

Palavras-chave: Governança, Burocracia, Função pública, Accountability, contrato administrativo

Abstract/Resumen/Résumé

This article aims to analyze aspects of governance in public procurement within the framework established by the new Public Procurement and Administrative Contracts Law, which emphasizes the normative centrality of planning mechanisms and risk mapping and management. The technical-instrumental rationality typical of modernity positioned bureaucracy as a central element in the implementation of administrative actions, incorporating the state into the dynamics of the capitalism. This was done through a centralized and hierarchical model, where the administrative act served as the primary source of legitimacy, based on the classical concept of rational-legal domination. Contemporary constitutionalism has shifted the focus towards the procedural aspects of administrative action. While the inclusion of democratic elements in the decision-making process represents

a significant shift, allowing affected parties to participate in debates, it does not fully account for the circular flow of information in the context. The dimension of accountability is a crucial part of governance mechanisms. Here, governance is understood as the state's ability to oversee actions and rectify courses when deemed inadequate. This necessitates the incorporation of new skills into the bureaucracy, making it responsive. This responsiveness is aimed at achieving a predictive decision-making process, guided by the concept of public function, and directing administrative actions within an environment characterized by complexity and informational asymmetry.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Governance, Bureaucracy, Public function, Accountability, Public contract

1. INTRODUÇÃO

A complexidade das relações sociais e das exigências de efetividade da Constituição e seu conteúdo programático e dirigente vem ampliando significativamente os papéis desempenhados pela Administração Pública, seja nas suas funções de regulação, mas também na de promoção de direitos fundamentais por meio da prestação de serviços ou na indução, coordenação ou utilização de agentes privados para o atendimento de interesses públicos primários, segundo a clássica lição de Renato Alessi. A ampliação deste espaço de atuação, quer nos parecer, ainda não foi acompanhado mecanismos adequados de governança, especialmente no que concerne aos contratos administrativos, de modo que as deficiências de execução são resolvidas quase que exclusivamente pelos mecanismos sancionatórios, decorrentes das prerrogativas administrativas aplicáveis sob o manto do desgastado princípio da supremacia do interesse público sobre o particular. Não que uma noção de um interesse coletivo situado num patamar acima dos interesses egoísticos deva ser desconsiderada; mas seu uso acrítico torna opaca a dimensão da modelagem da contratação, produzida, não raro, sem uma base informacional e preditiva com consequências deletérias para os próprios interesses tutelados: o que se vê em custos elevados para o ente público em razão de assimetria de informações; projetos que desconsideram as reais necessidades de uso; paralizações de obras e serviços pela falta de clareza quanto aos aspectos das recomposições de preços, dentre outros.

Para o desenvolvimento do tema, será analisada a racionalidade técnico-instrumental típica da modernidade a para se demonstrar que com o desenvolvimento da economia de mercado e com o aumento da complexidade das relações sociais as estruturas das instituições públicas assumiram as características de empresa capitalista, com uma atuação organizada, centralizada e hierarquizada sob o controle do aparato burocrático, residindo no ato administrativo (e em sua forma) a legitimidade da decisão: a dominação racional legal.

Num segundo momento será analisado o fenômeno da constitucionalização do agir administrativo e do deslocamento de eixos do ato administrativo para a procedimentalização do agir administrativo. O *iter* teria o condão de levar à ponderação de interesses (públicos e privados) em conflito e a partir do elemento democrático, demonstrar que a decisão administrativa proferida cumpre com uma finalidade normativa, de modo que a supremacia do interesse público não pode ser considerada como um *a priori* argumentativo. Esta concepção deixa de lado, contudo, os mecanismos informacionais no ambiente complexo, já que os riscos

(geradores de conflitos) são considerados após sua ocorrência, sem nenhum tipo de antecipação, para prevenção ou mitigação.

E num esforço final serão tratados os mecanismos de planejamento e mapeamento de riscos como componentes criativos implementados por uma burocracia responsiva que proporcione um espaço em que os processos decisórios possam levar em conta a faticidade que impacta a formulação e a prestação dos serviços públicos com a absorção de informações do entorno (*inputs*) para a geração de respostas (*outputs*) num ambiente complexo, aleatório e incerto para defender, ao final que o olhar da gestão pública deve se voltar para a inovação como um resultado a ser esperado também do conceito de função pública.

2. MODERNIDADE, BUROCRACIA E RACIONALIDADE

Um dos aspectos marcantes do direito administrativo é sua estreita relação com os processos de racionalização da vida social e do Estado moderno como um dos lados do desenvolvimento da economia de mercado, tal como identificado por Max Weber, que, com o advento da dinâmica capitalista e do aumento da complexidade das relações sociais, as organizações tanto privadas quanto públicas acabaram por se burocratizar (2002, p. 527-526).

Para o autor, o Estado moderno reivindica para si, de forma bem-sucedida, o monopólio legítimo da coerção física e da violência atuando como empresa. Logo, a utilização uma razão instrumental fincada nos regulamentos legais que se torna hegemônica; exemplo disso é a ideia do organograma e irradiação das decisões de poder do topo para a base, uniformizando-se o processo decisório, observável nas mais diversas organizações privadas e transplantada para o poder público por meio da burocratização. Surge assim uma nova classe, a burocracia, que para o autor (dizendo em tom de alerta) é de fato quem governa, a partir das rotinas que estabelece para o funcionamento das instituições (Arguello, 1997, p. 43).

Esta é uma das faces de um mesmo processo de racionalização que permitiu o controle de relações exteriores, antes relegadas ao pensamento platônico, que insere a pessoa como a responsável pelas suas próprias condições de existência, já que, a partir da técnica, pode controlar, dominar e avaliar os produtos artificiais por ela criados. Contudo, esta racionalidade formal se mostra limitada diante do conflito dos valores: se os conflitos de valores não podem encontrar resolução racional, resta a irracionalidade ética do mundo, caracterizada pelo confronto incessante de valores na infinita diversidade do real. Esta irracionalidade acaba por obrigar a escolha(s) que sujeita(m) o indivíduo à imprevisibilidade e ao paradoxo das

consequências. Isto quer dizer que não se pode afirmar peremptoriamente que a utilização de um meio considerado justo e bom resulte na obtenção de um fim igualmente justo e bom (Arguello, 1997, p. 43).

A forma encontrada para o equilíbrio desta difícil relação está numa ordem que se aplica de forma desinteressada, ascética, através de uma razão considerada de uma forma objetiva. E este é um traço da modernidade e do Estado moderno e do tipo de dominação empregada, que circula entre a racionalidade e o racionalismo: A racionalidade torna-se um traço distintivo da ação na medida em que se incorpora nas instituições sociais, interpretações culturais e estruturas da personalidade. E a racionalização é o processo em que se opera essa incorporação (Araújo, 1994, p. 21).

O racionalismo diz respeito ao modo de como ocorrem as racionalizações que permeiam a complexa sociedade moderna. Irá indicar a possibilidade (ou a pretensão) de se dominar a realidade a partir do cálculo: o mundo é visto como algo dotado de sentido, de modo que as causas e os efeitos podem ser sempre antecipados e planejados os resultados. Significa a formação de uma conduta de vida metódica.

Não é por outra razão que para existir esse estado de coisas precisa de um modelo (burocrático: o poder da mesa) operado pelo funcionalismo público onde os valores do desapego são reconhecidos e incentivados, de modo que estes agentes tem, por assim dizer interesse no desinteresse, que se resume na definição normativa de impessoalidade. É esta mesma racionalização que leva ao processo de modernização social, cujos resultados são notados na formação da empresa capitalista e na constituição do Estado moderno como um aparelho legal-burocrático.

A empresa capitalista e o aparelho de Estado são núcleos organizadores da racionalização em diferentes domínios sociais. A primeira racionaliza a utilização a técnica e da ciência, o trabalho, a contabilidade, o investimento; e a segunda racionaliza a organização burocrática da administração, o poder judiciário, a força militar e o sistema fiscal.

3. CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO AGIR ADMINISTRATIVO E DO DESLOCAMENTO DE EIXOS

Com o constitucionalismo contemporâneo tem-se o trexto constitucional como *locus* privilegiado na luta pela implementação de uma substancialidade condicionante, que tenciona conformar e orientar as ações e deliberações do Estado e da sociedade, com reflexos nos

âmbitos individual e privado. Há uma direção à materialidade, de modo que o Texto não pode ser interpretado a partir de uma formalidade ascética. Ao contrário, é conteudística, como se percebe em diversos de seus dispositivos. Logo, o Direito Administrativo não passa incólume por este condicionamento.

Com efeito, o ato administrativo, sempre se constituiu como um dos elementos fundamentais da elaboração sistemática do Direito Administrativo por permitir o estabelecimento de um conjunto de preceitos representativos da vontade do corpo burocrático com efeitos diretos sobre os particulares, justificando efeitos como a autotutela dos atos administrativos, cujas representações mais comuns trazem a clássica presunção *juris tantum* veracidade e legitimidade e sua exequibilidade na via administrativa, calcadas nos princípios da supremacia do interesse público sobre o particular e a indisponibilidade do interesse público.

Esta é estrutura do modelo hierarquizado da racionalidade instrumental, e que detém, segundo Sérgio Ferraz uma inegável carga autoritária, com uma generosa injeção de justificação doutrinária, isso tudo prestigiado também por uma copiosa elaboração jurisprudencial (Ferraz, 1986). A perspectiva do constitucionalismo contemporâneo altera este lugar comum, já que o cariz democrático exigido impõe um ônus argumentativo em favor dos direitos fundamentais.

Esse deslocamento de eixos, para o Direito Administrativo, significa verdadeira mudança paradigmática: o deslocamento do eixo de estudo impõe a análise dos elementos justificadores do ato administrativo, num contexto intersubjetivo de interpretação, onde o público nem sempre será mais relevante que o particular, o que põem em cheque, de plano, a tradicional leitura dos princípios da indisponibilidade do interesse público e a supremacia deste sobre o particular e sua implícita idéia de que o interesse público estaria sempre dissociado do interesse particular

A ação administrativa, enquanto consequência de atos, atividades, operações e comportamentos, encontra sua razão de existir na realização de uma *função*. Como é cediço,

A Administração pública está adstrita ao cumprimento de certas finalidades, exercendo seu agir na conformidade das intenções legisladas, o que, em última instância retratam uma *vontade* administrativa, que só pode se legitimar se atrelada a um fim preestabelecido. É situação oposta à da autonomia da vontade, típica do Direito Privado.

Nesse ponto, o comando da legalidade assume feição distinta daquela para os particulares, já que a Administração concretiza atividade qualificada pela tutela de interesses públicos indisponíveis, de modo a justificar um regime precipuamente administrativo. Sob esta ótica, vincula-se o regime jurídico-administrativo à equação entre legitimidade e legalidade onde se exige a consonância do poder com a opinião pública e com os princípios fundamentais da ordem

jurídica vigente. O elemento democrático in casu reside na noção de que a atividade administrativa só pode se dar se fundada no consenso entre os elementos da sociedade quanto aos aspectos de dominação estatal, os quais, por seu turno, só se justificam se vinculados à matriz principiológica da Constituição Federal, especialmente no que se refere à proteção de direitos fundamentais. Os poderes só se justificam, por assim dizer, se estiverem alinhados com os objetivos pactuados soberana e democraticamente (Oliveira, 2006).

Isto se traduz em não mais assegurar a conformidade da atividade administrativa a uma ordem normativa pré-existente (legalidade- legitimidade), mas sim em “dar vida”, através da participação e do confronto de todos os interessados co-envolvidos, a uma justa e original composição de interesses (Estorninho, 1990, p. 67).

A atuação da Administração Pública, ao manejar poderes para a consecução de suas finalidades condicionantes, acaba certamente por gerar conflitos entre suas prerrogativas e os direitos ou interesses dos particulares. Mas o exercício das suas prerrogativas está atado à observância dos direitos e garantias fundamentais de modo o conceito de função administrativa não é o mesmo daquela atrelada ao interesse público, como de titularidade do Estado e que contrasta com os princípios fundamentais trazidos na Constituição.

A preservação dos direitos do cidadão coloca-se em posição de destaque no ordenamento jurídico, de modo que a primeira noção de legalidade¹ passa também pelo asseguramento dos direitos fundamentais. A oposição absoluta e concebida *a priori* entre interesses públicos e particulares, colocada pela leitura tradicional dos princípios regentes do regime jurídico-administrativo não pode subsistir se não se justificar argumentativamente ao caso concreto. O fenômeno desmorona o distanciamento absoluto entre Estado e sociedade a partir de uma inter-relação. A concepção do poder do Estado como a única forma de poder político e jurídico nunca significou que não houvesse outras formas de poder na sociedade, mas converteu-os em poderes fáticos, sem base jurídica autônoma, e em todo caso, sem qualquer caráter político.

O Estudo do Direito Administrativo pode-se dizer, sempre esteve ligado à oposição forte entre público e privado. A atuação da burocracia sempre foi pesada a partir do ato como encarnação final de uma vontade de poder, imposta ao particular, com ênfase nos aspectos materiais e formais. A objeção ao argumento seria a constatação de que um dos elementos caracterizadores do ato administrativo seria a motivação.

¹ Art. 37, *caput*, da Constituição de 1988.

Mas a motivação é solipsista, geral, indeterminada, sem a densidade argumentativa que poderia decorrer de ampliação da esfera pública. Neste sentido pode-se entender que a esfera privada (não aqui entendida como esfera egoística) traduz-se num importante local de comunicação, até para o resguardo de uma esfera efetivamente pública, a partir do pensamento de Habermas que amplia a idéia de esfera pública, sem descurar dos processos públicos de discussão da própria esfera pública, evidenciando, todavia, uma necessária tensão entre público e privado (Repolês, 2003). O processo comunicativo² contribui para a formação da vontade estatal a partir de elementos informacionais como: qual (ou quais) “interesse(s) público(s)” estaria(m) efetivamente a justificar a tutela pública? Em que momento a questão será posta em discussão? Quem poderá participar da deliberação? Qual o procedimento para deliberação? Os interesses particulares devem ou não ser colocados como elementos condicionantes?

Com a constitucionalização do direito administrativo (Barroso, 2006), tem-se na sua processualidade a mecanismo que permite efetuar uma ponderação entre interesses (públicos e privados) em conflito e o controle interpretativo como justificativa para o ato emanado. O *iter* teria assim o condão de demonstrar que a decisão administrativa proferida cumpre sua finalidade normativa, resguardando direitos dos cidadãos, materializando a participação democrática na gestão da coisa pública e legitimando o exercício do poder público.

A visão ascética de uma racionalidade que se legitima apenas a partir de pressupostos formais não se liga ao modelo da democracia contemporânea que pressupõe outras cadeias de legitimação. Há uma institucionalidade em cujo centro reside a ideia de boa governança para o atendimento da função pública. Algo como um conjunto de poderes jurídicos destinados a promover interesses essenciais da coletividade ou como definiu o Tribunal de Contas da União³ o conjunto de diretrizes, estruturas organizacionais, processos e mecanismos de controle que visam a assegurar que as decisões e as ações relativas à gestão das aquisições estejam alinhadas às necessidades da organização, contribuindo para o alcance das suas metas.

² A questão da legitimidade das leis garantidoras da liberdade tem de encontrar uma resposta dentro do direito positivo, o contrato social não pode impor e fazer valer o ‘princípio do direito’ senão ligando a formação da vontade política do legislador a condições de um procedimento democrático, sob as quais os resultados produzidos conforme o procedimento expressem per se a vontade concordante ou o consenso racional de todos os implicados. (Habermas, 2010, p. 159)

³ Tribunal de Contas da União, Acórdão nº 2622/2015, Plenário.

4. FUNÇÃO PÚBLICA, GOVERNANÇA E *ACCOUNTABILITY*

A atividade administrativa assenta-se na noção de função pública, que, em termos conceituais pode ser definida como um conjunto de poderes jurídicos que objetivam a promoção e a satisfação de interesses essenciais, relacionados à promoção de direitos fundamentais. O direcionamento a tais fins demanda um fino ajuste entre os instrumentos institucionais de autorização (o voto por meio de eleições livres, fiscalização das ações dos governantes) e de *accountability*, a que definida como a capacidade de que os poderes estatais têm de supervisionar as ações de seus agentes em que podem corrigir rumos, quando inadequados e aplicar sanções através de instrumentos do ordenamento jurídico⁴. Alia-se à processualidade, tratada no segundo tópico deste escrito, aos elementos estruturantes dos processos decisórios e os sistemas informacionais.

A esfera de governança está intimamente ligada à democracia já que para a implementação dos direitos fundamentais, deve o administrador público manter o processo de decisão o mais aberto possível, submetendo-o às mais fortes e diversificadas pressões dos grupos sociais, já que a Democracia, segundo Reis,

[...] envolve, antes, por definição, a problematização do processo de fixação dos fins da ação do Estado, com o reconhecimento de que há fins diversos e às vezes divergentes ou mesmo conflitantes (em correspondência com a multiplicidade dos interesses de que são portadores os diferentes grupos e categorias da sociedade) e de que é preciso tratar de agregar fins múltiplos, se possível compatibilizá-los por meio de negociações, definir prioridades com recurso a procedimentos que venham a ser reconhecidos legítimos (1995).

O modelo pode produzir mecanismos mais aptos para o atingimento de certos fins de modo a incorporar mudanças institucionais. Segundo Cavalcanti, Lotta e Oliveira (2018):

É importante reconhecer que as mudanças institucionais, resultantes das transformações de diversas ordens, afetam não apenas o modo de atuação da burocracia estatal, mas também a forma como o campo de pesquisa deve analisar cientificamente esse fenômeno. Para compreender esse novo contexto, suas características e peculiaridades, uma alternativa analítica é se apoiar no conceito de governança.

⁴Andrew Arato, ao tratar do tema, distingue dois tipos de *accountability*: num primeiro sentido (político), representa uma dimensão essencial da democracia contemporânea, em que não há uma plasmada identidade entre representantes e representados, cuja dimensão pertence ao povo. Num outro sentido, (adotada neste escrito) é a que decorre do constitucionalismo, onde os representantes se sujeitam ao império da lei e podem ser responsabilizados por seus atos. Esta dimensão pertence às instituições (ARATO, Andrew, 2002)

Para tanto, mecanismos operacionais de implementação das políticas governamentais, de transparência de planejamento e mapeamento e alocação de riscos devem ser inseridos na cultura organizacional que partam de uma racionalização autoconsciente de procedimentos, metodologias e sistemas de comunicação. Somente a partir deste ponto é que são justificados os instrumentos sancionatórios do ordenamento jurídico. A dimensão da *accountability* é parte dos mecanismos de governança, que, segundo trabalhos do Banco Mundial refere-se à concepção de *good governance* ou *good government*⁵ podendo ser pensada também como a (boa) capacidade organizativa⁶

Por meio desse movimento reflexivo informacional seria possível a geração transversal de *inputs* e *ouputs* calcados nas experiências (positivas ou negativas) dos *stakeholders*. Algo que perpassa transversalmente o ato administrativo; a procedimentalização do agir e o processo decisório em si com vistas a soluções melhores em contextos fragmentados, ambíguos e complexos (Howlett e Ramesh, 2016): numa palavra, uma governança colaborativa com direcionamento a resultados (Martins e Marini, 2014; Salomon, 2002).

A abordagem parte dos valores e princípios do *new public management* (Hood, 1991, p. 3-19), devido à preocupação central com o desempenho, representado pela soma de esforços (economicidade, execução e excelência) e resultados (eficiência, eficácia e efetividade) com a geração de valor público mediante a constituição de capacidades e qualidades institucionais pautadas na colaboração entre agentes públicos e privados. Relaciona-se o “para quê” e o “como” em razão dos diferentes contextos de aplicação por meio de uma burocracia responsiva direcionada à melhoria dos indicadores dos serviços prestados dependentes das contratações públicas (Cavalcanti, Lotta e Oliveira, 2018).

A *performance* das estratégias negociais, consideradas a assimetria de informações e a responsividade aos riscos inerentes e contingentes, por meio de estratégias de gerenciamento e alocação de riscos torna-se crucial para o atingimento de interesses coletivos fundamentais. Todo o processo decisório orbita em torno das informações (ou a ausência delas) para se conseguir influenciar de modo antecipado e prospectivo o curso das ações administrativas num ambiente de incerteza e complexidade e assimetria informacional com um ganho: a institucionalização de mecanismos de integridade e mecanismos circulares de gerenciamento e

⁵ The exercise of authority, control, management, power of government (World Bank, 1992:1).

⁶ Good governance is central to creating and sustaining an environment which fosters strong equitable development, and it is an essential complement to sound economic policies. (World Bank, 1992:1)

comunicação entre as partes interessadas poderiam dar maior visibilidade às análises sobre resultados de programas e políticas públicas e contribuir com a qualidade dos estudos preliminares, implantação e execução de projetos (Carvalho, 2018).

Não são raros os casos de inexecução de obras públicas ou de má qualidade de serviços públicos, que além das consequências advindas dos órgãos de controle, geral um problema de imagem para a burocracia estatal vista como cara, ineficiente e dada a maus feitos. Em boa medida estes problemas decorrem da precariedade na formulação de projetos e diálogos com a sociedade (Gomide e Pereira 2018a); uma baixa articulação entre os responsáveis pela gestão, controle e análise de resultados de programas e políticas públicas (Olivieri, 2018) num ambiente de (ainda) pouca transparência.

O arranjo conceitual de governança deriva do direito corporativo, ainda que previsto em certa medida no art. 6º do Decreto-lei 200, de 1967 e positivamente alterado com o Decreto federal 9.203 de 2017, que previu um conjunto de mecanismos de liderança, estratégia e controle. Mas foi com a nova lei de licitações (Lei 14.133, de 2021) que se opera uma virada copernicana no tema das contratações públicas, com a previsão do envolvimento direto da alta administração no processo de planejamento e no mapeamento e gestão de riscos e possibilidade de responsabilização por vícios e defeitos com vistas ao atingimento das finalidades públicas constitucionalmente estabelecidas.

O advento da nova lei de licitações não representa a mera transposição das (boas) práticas e jurisprudência dos Tribunais de Contas decorrentes do conjunto normativo estruturado pela 8.666/93. Ela alça o planejamento à condição de princípio ao estatuir em seu art. 5º que na aplicação da lei, serão observados os princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade, da eficiência, do interesse público, da probidade administrativa, da igualdade, do planejamento, da transparência, da eficácia, da segregação de funções, da motivação, da vinculação ao edital, do julgamento objetivo, da segurança jurídica, da razoabilidade, da competitividade, da proporcionalidade, da celeridade, da economicidade e do desenvolvimento nacional sustentável.

Em sendo o Direito uma prática interpretativa que impõe aos intérpretes respostas corretas retiradas de um ordenamento jurídico constitucionalizado, os princípios são comandos deontológicos que instituem a faticidade na aplicação da lei, que se caracteriza, dentre outros elementos, por sua abstração e generalidade. Por esta razão, sua inobservância enseja a nulidade do procedimento e a responsabilização de quem tenha dado causa a prejuízos ao interesse público pela omissão, o que pode ser afirmado a partir do devido processo. (Oliveira, 2022).

A exigência de artefatos como plano anual de contratações, estudos técnicos preliminares e matrizes de alocação e gerenciamento de riscos densificam a matriz principiológica que norteia as contratações públicas, exigência de uma racionalização macroestrutural das contratações, de geração de despesas e de execução orçamentária, pressupostos da boa governança voltada aos interesses coletivos, sendo um bom indicativo desta pretensão a criação do Portal Nacional de Compras Públicas⁷.

O estabelecimento deste novo paradigma demanda um componente criativo, composto de *soft skills* dos agentes envolvidos para imaginar e criar mecanismos que dotem as estruturas de capacidade gerenciais de adequação às oscilações das circunstâncias fáticas que impactam a formulação e a prestação dos serviços públicos. Esta capacidade tem um componente preditivo que decorre da absorção das informações do entorno (*inputs*) para a gerar respostas (*outputs*) de gestão, controle e incentivos para a melhoria dos indicadores públicos. O olhar da burocracia deve se voltar para a *inovação* como um resultado a ser esperado também do conceito de função pública.

Inovação relaciona-se à *novidade*, que decorre da relação problema/solução a partir das experiências dos agentes e da reflexão dos próprios processos de trabalho. Conforme Zaltman, Duncan e Holbek (1973), algo como uma idéia, uma prática ou um artefato material percebido como novo, relevante e único adotado em determinado processo, área ou por toda a organização. Segundo Knox (2002) uma organização inovadora se sustenta na cultura e no clima organizacional para que capacidades e habilidades de gerenciamento, controle e novos produtos ou desenvolvimento de processos possam florescer de modo mais livre e criativo num ambiente amigável⁸.

A inovação contínua está baseada nas capacidades e atitudes das pessoas que trabalham na organização e que dependem de uma cultura que encoraja o empreendedorismo individual e o trabalho em times (Knox, 2002). E o novo marco licitatório deixou a cargo da Alta Administração de cada órgão ou entidade o estabelecimento do ambiente inovador, já que em termos normativos é o órgão ou entidade responsável pela governança, com a função de “promover um ambiente íntegro e confiável para o alinhamento das contratações ao planejamento estratégico e às leis orçamentárias”⁹.

⁷ Art. 174 da lei 14.133/21.

⁸ Para um ambiente administrativo inovador foram relevantes as alterações trazidas pela Lei 13.655/2018.

⁹ Art. 11, parágrafo único e art. 169, §1º da Lei 14.133/21.

5. BUROCRACIA RESPONSIVA, COMPLEXIDADE, ALEATORIEDADE E INCERTEZA

A atuação da burocracia responsiva, inclinada para a inovação, age no sentido de domesticar a incerteza ou, de forma menos pretensiosa, a incorporar a falibilidade nos processos decisórios. Logo, se há um elemento racional na tomada de decisão, com a complexidade do meio ambiente admite-se modelos de pensamento mais flexíveis a adaptáveis a cenários de realidade organizacional de modo a auxiliar que tomadores de decisão possam fazer boas escolhas.

Richard Taler e Cass Sustein (2008) chamam a atenção para dois tipos de pensamento: um intuitivo e automático e outro reflexivo e racional. O primeiro é denominado de Sistema Automático: é rápido e é ou dá a sensação de ser instintivo. Não envolve o que se costuma associar à palavra “pensamento”. É o que ocorre quando nos desviamos de um objeto que vem em nossa direção; ou quando nos assustamos com uma aranha no quanto; ou quando se sorri para um bebê risonho. O Sistema Reflexivo por sua vez é autoconsciente e pode antecipar racionalmente possibilidades no futuro. É utilizado quando nos perguntam quanto é 5×100 ; se é prudente uma viagem noturna de automóvel em tempo chuvoso ou se se deve cursar direito ou medicina.

O primeiro opera com pouco ou nenhum esforço e nenhuma percepção de controle voluntário. Já o segundo aloca atenção às atividades mentais laboriosas que o requisitam, incluindo cálculos complexos: situações muitas vezes associadas com a experiência subjetiva de atividade, escolha e concentração (Kahneman, 2011). Dessa relação é possível o estabelecimento um modelo heurístico, com a junção da intuição e racionalidade para o estabelecimento de modelos preditivos de gestão contratual de modo que a aleatoriedade possa ser incorporada no processo decisório.

Os artefatos de planejamento e as matrizes de alocação de riscos, podem se beneficiar dos dos pensamentos automáticos e reflexivos dos co-envolvidos: o primeiro como uma etapa de imaginação de tudo o que pode impactar a execução do objeto (uma enchente? Um terremoto? O colapso econômico? A insolvência do prestador? Uma invasão alienígena?) para depois mensurar a probabilidade dos impactos (quais as chances da ocorrência de um terremoto em dada localidade em que não há registros de abalos sísmicos? O prestador de serviços terceirizados pode ficar insolvente ou atrasar verbas trabalhista de seus empregados? Seria o caso de se estabelecer o pagamento através de conta vinculada? O a variação do dólar em

desfavor do contratado pode impactar a execução do objeto? Qual a variação deve ser suportada pelo prestador?).

O processo decisório pode assim incorporar o problema do cisne negro: se há a impossibilidade do cálculo de riscos importantes e raros, é possível, contudo, a previsão de sua ocorrência (Taleb, 2015). A tomada de decisão quanto à implementação de uma dada ação deve levar em conta as circunstâncias fáticas do meio ambiente e suas possíveis variações para possa ser adaptada continuamente e desse modo proceder a uma adequada distribuição dos riscos a partir da probabilidade de sua ocorrência para a adaptação, prevenção, mitigação de riscos e, em última instância, a responsabilização. Os agentes estressores são informação

O modelo preditivo poderia fazer com que o contratado assuma os riscos gerenciáveis que correspondam à sua capacidade técnica e econômica, evitando-se que a execução contratual se torne impossível e/ou excessivamente onerosa. O poder público absorveria aqueles não gerenciáveis, imprevisíveis ou cuja capacidade técnica e econômica da contrata não permite que esta assuma a sua gestão. E os riscos parcialmente gerenciáveis seriam compartilhados entre as partes.

A implementação da exigência normativa, como se quer demonstrar, demanda algo que se situa fora do ambiente estritamente jurídico. Isto é especialmente importante para os contratos administrativos, que em última análise são o resultado da necessidade fática e dos mecanismos de planejamento e distribuição de riscos ocorridos em momento anterior ao procedimento licitatório. Por esta razão a incerteza também deve ser incorporada à formulação jurídica do instrumento contratual a partir da assimetria de informações entre contratante e contratado.

O tema da distribuição de riscos e incentivos em relações negociais não é novo na teoria econômica. Adam Smith já argumentava que contratos de arrendamento não forneciam aos arrendatários incentivos suficiente, estando presente um risco moral, onde um agente pode ser levado a atuar de forma que beneficie a si mesmo em detrimento do principal, explorando as falhas ou incompletudes do contrato.

Exemplo seria a elaboração de projeto básico por empreita integral sem a adequada divisão dos itens de planilha com posterior pedido de reequilíbrio econômico-financeiro pelo valor atualizado do contrato com a repactuação incidindo sobre itens que infensos a alteração de preços ou que por condições de mercado tiveram seus valores diminuídos. A situação faria com que a administração desembolsasse recursos em detrimento dos interesses coletivos. A solução seria que em casos assim o demandante informasse o impacto de fatores alheios à vontade dos contratantes sobre todos os itens que compõem o objeto.

Note-se que esta temática era quase restrita ao tema das áleas (ordinárias e extraordinárias) segundo as hipóteses da ocorrência de fatos imprevisíveis, ou previsíveis, porém de consequências incalculáveis, ou em caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe. Nestes casos, a dimensão do risco não é pensada; e a ação mitigadora ocorre após sua concretização. O processo decisório preditivo evitaria, com as alocações de risco, o pleito de revisão e aditamento contratual caso o risco gerenciável tivesse de ser absorvido pelo contratado, por exemplo.

Este é o campo dos contratos incompletos, assim definidos por Hart:

I was drawn to general equilibrium theory, and my PhD thesis was on general equilibrium theory with incomplete markets. The formal literature to that point was all about complete contracts. These are contracts where everything that can ever happen is written into the contract. There may be some incentive constraints arising from moral hazard or asymmetric information but there are no unanticipated contingencies. who has the right to decide about the missing things? (2017).

Hart e Holmstrom, analisando os modelos contratuais privados, desenvolvem sua teoria segundo a qual nas relações entre partes contrastantes pode haver um elevado grau de incertezas que pode advir de uma situação em que uma das partes tem um acervo informacional mais vantajoso do que, de modo que o ajuste deve envolver uma distribuição mais adequada incentivos que importem ganhos de cooperação para que os agentes atuem como esperado. O intuito é o de minimizar os efeitos advindos de fontes externas não conhecidas de um dos agentes com o condão de afetar o resultado.

Salutar, neste ponto, a previsão no novo estatuto licitatório do art. 103 que dispõe que o contrato poderá identificar os riscos contratuais previstos e presumíveis e prever matriz de alocação de riscos, alocando-os entre contratante e contratado, mediante indicação daqueles a serem assumidos pelo setor público ou pelo setor privado ou daqueles a serem compartilhados, com distribuição das obrigações em razão da natureza do risco e da afetação da ocorrência a cada uma das partes.

Trata-se da alocação ótima de riscos ou de repartição objetiva de riscos, que serão alocados segundo a capacidade de quem pode geri-lo, preveni-lo ou mitigá-lo de modo mais eficiente, sob as perspectivas técnicas e dos custos envolvidos (Rosário, 2022). Para tanto, os riscos são alocados conforme sua classificação em gerenciáveis e não gerenciáveis. Risco não gerenciável é aquele que “devido às suas características peculiares, é difícil de ser mensurado, controlado e, conseqüentemente, precificado, segundo critérios atuariais adotados pelo mercado segurador e ressegurador privado”. Risco gerenciável consiste no evento que, ao se materializar, produz

consequências econômicas e financeiras seguráveis ou não, a depender do interesse do mercado segurador privado em assumi-los (Dabus, 2017).

As contratadas assumem os riscos gerenciáveis que correspondem à sua capacidade técnica e econômica, evitando-se que a execução contratual se torne impossível e/ou excessivamente onerosa. E a Administração absorve os riscos não gerenciáveis, imprevisíveis ou cuja capacidade técnica e econômica da contratada não permite que esta assuma a sua gestão; os riscos parcialmente gerenciáveis são compartilhados entre as partes (Rosário, 2022).

O mecanismo, aliado ao planejamento adequado a um modelo preditivo com ganhos de eficiência e mitigação de conflitos, que de outro modo ensejariam procedimentos sancionatórios e deficiência na prestação dos serviços públicos.

6. CONCLUSÃO

A atual prática da gestão das contratações públicas ainda se fixam na noção de que o controle, dos riscos (ainda) reside no sancionamento a partir das prerrogativas administrativas legal e contratualmente estabelecidas mas são operadas após a ocorrência de algum fato danoso, resolvendo-se quase que exclusivamente na reparação de prejuízos, como as multas pela má prestação de um serviço; pela rescisão quando da impossibilidade de recomposição econômica do ajuste ou a contratação; sobrepreço ou certames desertos por exigências descabidas. Em todos os casos há reflexos para os usuários dos serviços públicos. O modelo decisório e de governança preditiva, ao proporcionar processos de comunicação entre os co-envolvidos e pensamentos automáticos e reflexivos nos processos de planejamento pode permitir uma melhor articulação entre atividades de planejamento, gestão e controle com resultados positivos para os programas e políticas públicas.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARATO, Andrew. Representação, Soberania Popular e Accountability. A versão original deste texto foi apresentada na conferência “Políticas de Control Ciudadano en América Latina”, Buenos Aires, Universidad Torcuato di Tella, em maio de 2000. Publicado em Enrique

Peruzzotti e Catalina Smulovitz (org.) **Controlando la política. Ciudadanos y medios en las nuevas democracias**. Buenos Aires, Editorial Temas, 2002

ARAÚJO, Luis Bernardo. **Weber e Habermas**: religião e razão moderna. Belo Horizonte: Revista Síntese Nova Fase, 1994, p. 21.

ARGUELO, Katie Silene Cáceres. **O ícaro da modernidade**: direito e política em Max weber. São Paulo: Acadêmica, 1997.

BARROSO, Luiz Roberto. Neoconstitucionalismo e a constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 9, n. 851, 1 nov. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7547>> Acesso em 15 de agosto de 2023.

BRUYNE, P.; HERMAN, J.; SCHOUTHEETE, M. Dinâmica da pesquisa em ciências sociais: os pólos da prática metodológica. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1977.

CARVALHO, M. T. M. et al (2018). Gerenciamento de Obras Públicas e as Políticas de Infraestrutura do Brasil Contemporâneo. In GOMIDE, A. de. A.; PEREIRA, A. K. Editores. **Condicionantes institucionais à execução do investimento em infraestrutura: achados e recomendações**. Brasília: Ipea, 2018.

CAVALCANTI, Pedro; LOTTA, Gabriela e OLIVEIRA, Vanessa Elias. Do insulamento burocrático à governança democrática: as transformações institucionais e a burocracia no Brasil. **Repositório do conhecimento do IPEA**. Brasília: Ipea, 2018. Disponível em <<https://repositorio.ipea.gov.br/handle/11058/8561>> Acesso em 15/08/223.

CORRÊA DE OLIVEIRA, Leandro Corrêa. **O procedimento administrativo entre o poder e a legitimidade**. Dissertação de Mestrado. UFPR, 2006.

_____ **Dispensas de licitação em razão do valor na nova lei de licitações**. São Paulo: Conjur. Disponível em https://www.conjur.com.br/2022-jan-27/oliveira-dispensas-licitacao-razao-valor-lei#_ftn3.

DABUS, André. Riscos gerenciáveis e não gerenciáveis em concessões de rodovias. **Revista de Direito Público da Economia - RDPE**, Belo Horizonte, ano 15, n. 57, jan./mar. 2017. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=246990>. Acesso em: 8 out. 2021).>.

ESTORNINHO, Maria João. Requiem pelo contrato administrativo. Coimbra: Almedina, 1990.

FERRAZ, Sérgio. **Participação do povo no processo decisório**. Tese apresentada à XI Conferência Nacional da Ordem dos Advogados do Brasil, Belém, 1986.

GOMIDE, A. de. A.; PEREIRA, A. K. (2018a). Capacidades estatais para políticas de infraestrutura no Brasil contemporâneo. In GOMIDE, A. de. A.; PEREIRA, A. K. Editores. **Condicionantes institucionais à execução do investimento em infraestrutura: achados e recomendações**. Brasília: Ipea, 2018

HABERMAS, J. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. 2. ed. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2010. v.I

_____. **Teoria de la acción comunicativa**, Tomo I: racionalidad de la acción y racionalización social e, Tomo II crítica de razón funcionalista. Traducción de Manuel Jiménez Redondo. Madrid: Editorial Trotta, 2010b.

HART, Oliver. **Incomplete Contracts and Control**. *American Economic Review*. Harvard University, 2017, 107(7): 1731–1752.

HOOD, C. **A public Management for all Seasons?** *Public Administration*, v. 69, n. 1, p. 3-19, 1991.

MACHADO, Denise Del Prá Netto, Organizações inovadoras: estudo dos fatores que formam um ambiente inovador. *Revista de Administração e Inovação*. São Paulo, v. 4, n. 2, p. 05-28, 2007. Disponível em:<<http://www.revistas.usp.br/rai/article/viewFile/79078/83150>>. Acesso em 15 ago. 2023.

PIRES, Maria Cristina Ferreira Silva. et al. Inovação na gestão pública no Brasil: Análise dos limites e possibilidades. Disponível em: <<http://www.profiap.org.br/profiap/eventos/2016/i-congresso-nacional-de-mestrados-profissionais-em-administracao-publica/anais-do-congresso/40610.pdf>> Acesso em: 15 ago. 2023.

REIS, Fábio Wanderley. **Governabilidade, Instituições e Partidos**. Novos Estudos Cebrap, nº 41, 1995.

REPOLÊS, Maria Fernanda Salcedo. **Habermas e a Desobediência Civil**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

ROSÁRIO, Larissa Quadros. Matriz de riscos em contratos de obras celebrados por empresas estatais: a Lei nº 13.303/16 e o posicionamento do TCU. **Revista de Contratos Públicos – RCP** | Belo Horizonte, ano 11, n. 20, p. 105-126, set. 2021/fev. 2022

TALEB, Nassim Nicholas. **A lógica do Cisne Negro**. Rio de Janeiro: Best Business, 2015. Edição Kindle.

THALER, Richard H; SUSTEIN, Cass R. **Nudge: como tomar melhores decisões sobre dinheiro, saúde e felicidade**. Rio de Janeiro: Objetiva. Edição kindle.

KAHNEMAN, Daniel. **Rápido e devagar**. Rio de Janeiro: Objetiva. Edição do Kindle, 2011.

KNOX, S. **The boardroom agenda: developing the innovative organization**. Corporate Governance, Bradford, v. 2, n 1, p. 27-36, 2002.

WEBER, Max. **Economia e sociedade: Fundamentos da sociologia compreensiva**. Vol. 2, Editora UNB: São Paulo, 2002, p. 527-526

ZALTMAN, G.; DUNCAN, R.; HOLBEK, J. **Innovations and organizations**. New York: Wiley, 1973.