

INTRODUÇÃO

Os tempos são de mudanças. Os últimos acontecimentos políticos e jurídicos no Brasil proporcionam um movimento de mudanças de paradigmas morais e sociais. O principal acontecimento é a “Operação Lava Jato” que se trata da maior investigação sobre corrupção conduzida até hoje no Brasil, que culminou na prisão de políticos e empreiteiros. Em decorrência, germina na sociedade brasileira um enorme desejo de combate à corrupção.

A contratação governamental foi um dos instrumentos do vasto esquema de corrupção. Por esta razão, é imperiosa a reforma e modernização das normas de licitações e contratos administrativos.

Na vanguarda dos acontecimentos que acertadamente, o ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão decidiu constituir Comissão Especial¹ formada por juristas para analisar o Projeto de Lei do Senado nº 559, de 2013, no prazo de 20 (vinte) dias, que institui normas gerais para licitações e contratos para a Administração Pública, excetuando-se as empresas públicas e sociedades de economia mista e suas subsidiárias, que são reguladas pela recente Lei nº 13.303/2016 que criou o novo estatuto das estatais.

Justifica-se a promoção de reforma e modernização das normas que tratam das licitações públicas porque o sistema jurídico atual não assegura eficiência nas contratações governamentais, bem como, não é capaz de inibir as fraudes nos processos licitatórios e combater a corrupção.

O objetivo consiste em propor a aplicação da teoria do pragmatismo para alcançar a eficiência, uma vez que as alterações propostas não são significativas e tratam-se de releitura de procedimentos já adotadas em leis esparsas. A metodologia cognitiva foi escolhida para analisar a problemática apresentada, consistindo numa revisão bibliográfica, numa revisão da legislação pertinente e numa análise quantitativa dos dados comparativos das contratações realizadas nos últimos cinco anos pela União.

Primeiro abordamos que a Administração Pública é obrigada a promover um processo prévio, denominado licitação pública, para contratações governamentais, que tem por finalidade paritário e impessoal aos interessados na relação contratual. Essa obrigatoriedade é um ideal e uma regra que ao longo do tempo tornou-se uma exceção, haja vista que situações fáticas permitem dispensar o processo de licitação. Entendemos que o fato

¹ A Comissão foi instituída pela Portaria nº 188, de 22 de junho de 2016, sendo composta pelos professores Alexandre Santos de Aragão, Carlos Ari Sunfeld, Floriano Marques de Azevedo Neto, José Vicente Santos de Mendonça, Marçal Justen Filho, Modesto Carvalhosa e Valter Shuenquener de Araújo.

de dispensá-la não é uma anomalia, pois pode proporcionar eficiência.

Em seguida expomos a necessidade de adotar uma política pública voltada para eficiência nas contratações governamentais. As decisões de compras são eficientes quando probas, econômicas e satisfazem o interesse público. Contudo, as alterações propostas do sistema jurídico das licitações públicas tratam-se apenas uma releitura dos procedimentos já adotados em procedimentos contidos em legislações esparsas.

Por fim, propomos que as decisões nos processos de licitação observem as suas consequências e sejam razoáveis, com o desiderato de alcançar a eficiência, afastando-se de dogmas e ideologias utópicas. A teoria do pragmatismo pode ser a solução para harmonizar os interesses políticos, econômicos e sociais que envolvem as compras governamentais.

Para o método proposto o debate sobre a obrigatoriedade do processo de licitação foi ultrapassado, pois o objetivo principal nas compras governamentais é alcançar a eficiência, obtendo-se os melhores resultados, sem deixar de atender as finalidades precípuas da licitação pública. É neste contexto, que propomos que o processo de licitação só seja realizado quando não houver previsão de sua dispensabilidade. Enfim, se dispensar o processo de licitação é legal e mais eficiente não há razões plausíveis para promover um processo mais burocrático e moroso.

1 OS IDEAIS E A REALIDADE DA LICITAÇÃO PÚBLICA NO BRASIL

O legislador constituinte ao estabelecer a obrigatoriedade do processo de licitação² criou um idealismo utópico³, em que toda e qualquer contratação governamental seria eivada de igualdade de oportunidades e impessoalidade. Entretanto, no mesmo dispositivo estabeleceu ressalva que admite a dispensabilidade da licitação pública, ultimando a adequação da norma constitucional as situações fáticas e evolutivas, admitindo-se, portanto, uma ideologia orgânica.

Assim, podemos afirmar que o dispositivo constitucional que estabelece a obrigatoriedade da licitação pública é semântico⁴, posto que legitima a situação de dominação

² Inc. XXI do art. 37 da CRFB.

³ A dicotomia de idealismo utópico e orgânico consiste que esta teoria considerada a realidade empírica, enquanto a outra não possui aspirações das condições reais da sociedade. (OLIVEIRA VINNA, 1939)

⁴ Teixeira (1997, p. 109) sintetiza os tipos de constituição classificadas por Loewenstein (1975): “Uma Constituição é dita “normativa”, quando há uma correspondência real entre o preceituado e a prática procedimental do poder. As Constituições “nominais”, de outra parte, são aquelas que incorporam mecanismos de distribuição e controle do poder na sociedade, mas fatores sócio-econômicos existentes na coletividade impedem uma adequada concretização constitucional. Em uma terceira categoria estão as Constituições

social que ocorre ao admitir a dispensabilidade nas hipóteses necessárias e ratifica-se quando esta prática se torna majoritária, noutros termos, ao estabelecer ressalvas o legislador constituinte saiu do plano do idealismo para concretizar e harmonizar as situações reais do cotidiano.

Embora o ideal da obrigatoriedade da licitação pública seja a regra, não há nenhum problema na realidade tornar-se a exceção, pois relevante é que o Estado alcance suas finalidades precípua.

Para alcançar sua finalidade o estado brasileiro optou pela administração pública gerencial⁵, no qual se atem nas suas atividades fins, socorrendo-se a iniciativa privada para obter os bens e serviços que necessitam. (JUSTEN FILHO, 2014, p. 16).

Em decorrência dessa opção, a Constituição da República Federativa do Brasil estabeleceu a obrigatoriedade do processo de licitação para contratação de obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações e locações no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, inclusive, empresas públicas, sociedades de economia mista e suas subsidiárias.

Todavia, a obrigação de licitar advém do fato de não ser assegurado ao agente público escolher o particular que irá fornecer o objeto almejado. Moreira Neto (2014, p. 107), entende do mesmo modo: “A formação do vínculo contratual administrativo entre o Estado e o administrado não se estabelece livremente, ao exclusivo alvedrio dos contratantes”.

Nesse contexto, o dever de licitar é um axioma⁶, pois o impedimento do agente público escolher o contratante é aceito por todos e aplicados por meio da lógica. Noutros palavras, a igualdade de oportunidades aos interessados e a impessoalidade na contratação governamental são impostos aos gestores públicos, de forma espontânea, pela sociedade, ao passo do ato contrário ser considerado imoral e tipificado como ato ilícito penal⁷, inclusive.

A obrigatoriedade de realizar um processo de seleção é norteadada pelo princípio da impessoalidade⁸. A licitação pública para possuir legitimação necessita que seus

“semânticas”, típicas das situações onde o documento constitucional tem a finalidade única e exclusiva de legitimar a situação de dominação social pelos “detentores do poder de fato”.

⁵ “Algumas características básicas definem a administração pública gerencial. É orientada para os cidadãos e para a obtenção de resultados; pressupõe que os políticos e os funcionários públicos são merecedores de grau limitados de confiança; como estratégia serve-se da descentralização e do incentivo à criatividade e à inovação; e utiliza o contrato de gestão como instrumento de controle dos gestores públicos”. (BRESSER PEREIRA E SPINK, 2005, p. 28)

⁶ Sobre o conceito de axioma ver a obra de Ávila (2007, p. 4)

⁷ Arts. 89 e 90 da Lei nº 8.666/93 prevê sanção penal para condutas que torne desobrigada a licitação pública ou prejudique a competição.

⁸ O princípio da impessoalidade proíbe estabelecer interesses que a lei não autoriza. Portanto, são vedados os atos que objetivam alcançar interesses de Governo ou pessoais, em detrimento ao interesse público, impondo-se ao administrador priorizar as finalidades objetivas de atender o bem comum. (MOREIRA NETO, 2014, p. 101)

procedimentos não contenham atos tendenciosos ou preferenciais.

Averbe-se, ainda, que o princípio da isonomia está, adequadamente, inserido no princípio da impessoalidade, sendo fundamental no processo de licitação. Por descumprimento ao princípio da isonomia que pecaminosos agentes públicos estabelecem nos atos convocatórios condições e critérios que proporcionam diferenças entre os participantes do certame, com o desiderato de obter direcionamento do resultado e alcançar objetivos escusos.

Esclarecendo, os agentes maus intencionados estabelecem condições de participação ou exigências de acordo com o interesse do particular que pretende contratar. Esse é o meio mais eficaz de direcionar a contratação pública, na medida que as exigências são suficientemente capazes de estabelecer desigualdades⁹.

Sundfeld (2005, p. 20), de forma precisa, demonstra a importância do princípio da isonomia no processo de licitação: “A igualdade de tratamento entre os possíveis interessados é a espinha dorsal da licitação. É condição indispensável da existência de competição real, efetiva e concreta. Só existe disputa entre iguais; a luta entre desiguais é farsa”.

Feitas essas considerações, indiscutível a obrigatoriedade da licitação pública. Até mesmo as mais recentes legislações que tratam do instituto a adotaram. Por exemplo, a nova Lei nº 13.303/2016¹⁰, que estabelece o novo estatuto das estatais, não cedeu a imprescindibilidade do processo de seleção. Alerta-se, não obstante, tratar-se de pessoas jurídicas de direito privado, que em regra concorrem em igualdades de condições com a iniciativa privada. Ainda assim, não se renunciou a obrigatoriedade da licitação pública e a aplicação dos princípios da isonomia e impessoalidade.

Por outro lado, não obstante a licitação pública ser a regra, a Constituição da República Federativa do Brasil admite que em determinados casos especificados pela legislação infraconstitucional o administrador poderá dispensar a licitação pública. Nos termos expostos no dispositivo constitucional, não há dúvidas que o legislador originário permitiu a criação de exceções para determinadas situações.

Nesse sentido, fica a administração autorizada a contratar de forma anômala, dispensando-se o rigor dos procedimentos licitatórios. A exceção é concedida para os casos

⁹ No Mandado de Segurança nº 5418/DF, o Superior Tribunal de Justiça decidiu no sentido de impedir exigências que contenham rigor excessivos que possam reduzir a competitividade, por consequência, o número de participantes no certame.

¹⁰ Art. 28 - Os contratos com terceiros destinados à prestação de serviços às empresas públicas e às sociedades de economia mista, inclusive de engenharia e de publicidade, à aquisição e à locação de bens, à alienação de bens e ativos integrantes do respectivo patrimônio ou à execução de obras a serem integradas a esse patrimônio, bem como à implementação de ônus real sobre tais bens, serão precedidos de licitação nos termos desta Lei, ressalvadas as hipóteses previstas nos arts. 29 e 30.

que venham proporcionar eficiência¹¹ ou atender necessidades emergenciais, são as hipóteses denominadas licitações dispensáveis. Além disso, de forma distinta, em outras hipóteses há inviabilidade de competição, ou seja, a licitação pública não atingiria sua tripla finalidade¹², em razão da ausência de pluralidade de interessados, ausência de mercado concorrencial ou em função do objeto ser personalíssimo, estas são as chamadas licitações inexigíveis¹³.

O projeto de Lei do Senado nº 559, de 2013, equitativamente, prevê hipóteses que dispensam a licitação pública, bem como, elenca situações reais que tornam inexigíveis o processo de licitação. Dentre outras alterações propostas, destacamos a proposta de aumentar os valores das pequenas contratações e da excelente redação que estipula as hipóteses de inexigibilidade, mantendo neste caso o rol exemplificativo das situações reais. Se aprovadas as alterações propostas, a tendência é de crescimento das contratações sem prévio processo licitatório¹⁴.

Nessa sequência que por óbvio, em virtude da necessidade das estatais competirem em igualdade de condições com as sociedades empresarias do ramo privado que a Lei nº 13.303/2016 ampliou as possibilidades de contratação sem a realização de processo licitatório. Não poderia ser diferente, pois o rigor burocrático nas contratações estatais compromete o desenvolvimento das suas atividades primárias. Sundfeld e Pagani de Souza (2013, p. 100), possuem o mesmo ponto de vista, como segue:

Vimos, ainda, que a criação de entidades estatais sob a forma empresarial, sujeitas ao regime próprio das empresas privadas e, especialmente, a regime licitatório diferenciado, condizente com sua natureza empresarial, não é “anomalia”, mas, antes ao contrário, é possibilidade inequivocamente amparada pela Constituição.

Ocorre que as amplas hipóteses que o legislador infraconstitucional permite não promover o processo de licitação, que dados empíricos extraídos da página eletrônica da União¹⁵ comprovam que a maioria das contratações governamentais são realizadas por dispensa da licitação pública.

Vejamos, a União no período de 2011 a 2015 promoveu 757.663 processos de

¹¹ A promoção de eficiência neste caso, se trata das compras de pequeno valor, em que o processo de licitação causaria prejuízos aos interesses públicos.

¹² Bandeira de Melo (2014, p. 534) leciona que a licitação pública possui três finalidades, quais sejam: contratação do negócio mais vantajoso para a Administração Pública; respeito aos princípios da isonomia e impessoalidade; e, promover o desenvolvimento sustentável.

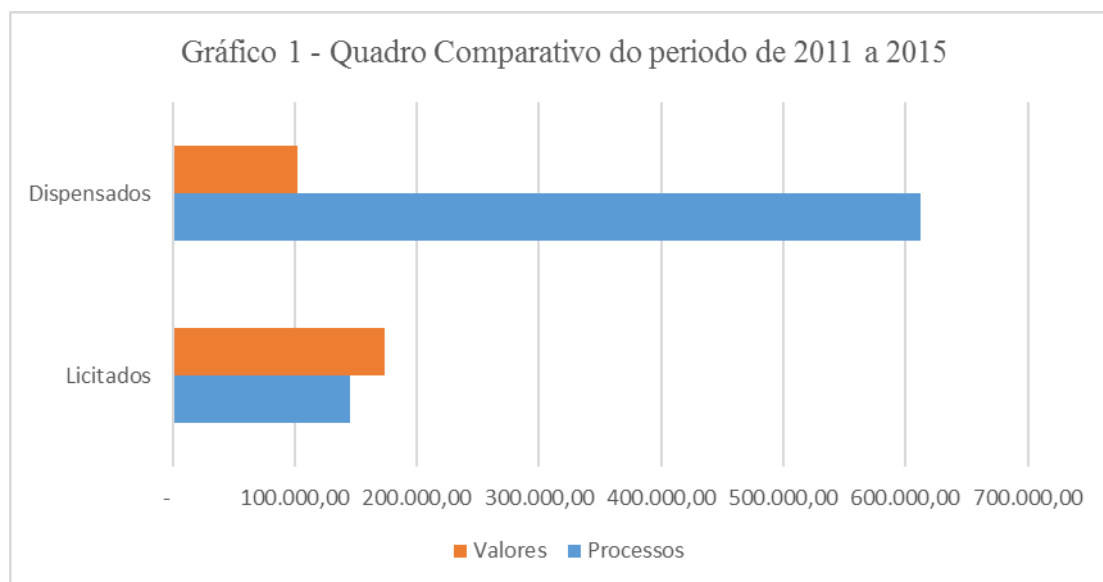
¹³ As licitações dispensadas são opções legislativas, enquanto que as licitações inexigíveis são situações reais. (MARÇAL, 2014, p. 483)

¹⁴ Os incisos I e II do Art. 29 da Lei nº 13.303/2016 e os incisos I e II do 67 do Projeto de Lei do Senado (PLS) nº 559, de 2013, aumentam os valores limites para dispensa de licitação em razão do valor.

¹⁵ Portal de Compras da União - <http://paineldecompras.planejamento.gov.br>

compras, movimentando um valor de R\$ 275.005.316.018,55 (duzentos e setenta e cinco bilhões, cinco milhões, trezentos e dezesseis mil, dezoito reais e cinquenta e cinco centavos). O que denota a importância econômica das compras governamentais.

Nesse período, fica límpido que as contratações governamentais prescindiram, em sua maioria, ao processo de licitação, vejamos o quadro:



Fonte: Disponível em

<http://painelcompras.planejamento.gov.br/QvAJAXZfc/opendoc.htm?document=Painel%20de%20Compras.qvw&host=Local&anonymous=true>>. Acesso em 29/08/2016. Dados manipulados pelos autores.

O gráfico acima, demonstra que, aproximadamente, 81% (oitenta e um por cento) das contratações governamentais são realizadas sem o prévio processo de licitação. Contudo, quando cruzados os dados em valores monetários, constata-se que 63% (sessenta e três por cento) dos negócios contratuais são realizados por intermédio do processo licitatório.

Em que pese, a licitação pública tornar-se exceção para os negócios menores, o processo licitatório, ainda assim, cumpre sua finalidade de controle e prevenção do interesse público na maior parte dos negócios economicamente relevantes.

Além disso, o Tribunal de Contas da União ao analisar as compras realizadas Petróleo Brasileiro S.A. (Petrobras) e na empresa Procurement Negócios Eletrônicos S.A. (Petronect) no período de 2011 a 2014, constatou que 45% (quarenta e cinco por cento) foram realizadas por dispensa de licitação, e 99% (noventa e nove por cento) do restante foram realizadas pela modalidade de licitação convite. Enfim, nessas estatais, certifica-se o abuso da

permissividade conferida pela norma constitucional¹⁶.

Neste ponto, podemos afirmar que o ideal da licitação pública é promover o negócio mais vantajoso para a Administração Pública, respeitando os princípios da impessoalidade e ultimar o desenvolvimento sustentável. No entanto, as situações reais e evolutivas impõem que essas finalidades sejam alcançadas de forma eficiente, seja por meio do processo de licitação ou por sua dispensa.

2 A EFICIÊNCIA COMO FINALIDADE PRINCIPAL DAS COMPRAS GOVERNAMENTAIS

O Brasil por intermédio do poder econômico das compras governamentais estabelece inúmeras políticas públicas, tais como: desenvolvimento sustentável, incentivos aos pequenos empresários, emprego e renda, fomento à tecnologia, dentre outras. No entanto, qual a política pública adotada, de forma específica, para as licitações públicas? Estas sempre foram institucionalizadas ao sistema político regulatório de obediência positiva às disposições jurídicas, o que a torna um processo burocrático e que, por vezes, sucumbe a grupos de interesses.

Ao longo dos anos, por meio de políticas públicas incrementadas, buscou-se aperfeiçoar o sistema de compras governamentais, porém jamais foi alcançada a eficiência desejada, ao passo do estatuto das licitações sofrer 26 (vinte e seis) alterações em 23 (vinte e três anos) de existência, isto é, mais de uma alteração por ano. E, mais na Câmara dos Deputados tramitam 714 (setecentos e quatorze)¹⁷ projetos de lei que visam alterar as licitações públicas. Certifica-se, portanto, que há uma linha de produção legislativa no que tange as contratações governamentais¹⁸.

Nessa sequência, que a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento

¹⁶ Dados extraídos do relatório do Tribunal de Contas da União das atividades do 1º trimestre do ano de 2016. Disponível em file:///C:/Users/Dell%20User/Downloads/_sarq_prod_unidades_SEGEPRES_RELAT_RIOS_RELATORIOS%20DE%20ATIVIDADES%20do%20TCU_Relat_rios%20TRIMESTRAIS_2016_1_%20Trimestre_Relat_rio%20Trimestral%20de%20Atividades%20do%20TCU_1_Trim2016_31Maio2016.pdf. Acesso em 04/09/2016.

¹⁷ Disponível em <<http://www.camara.leg.br/buscaProposicoesWeb/resultadoPesquisa?emtramitacao=Sim&noorgao=&valueOrigem=-1&siglaorigem=&orgaorigem=&naementa=true&indexacao=true&inteiroteor=false&qualquerpalavra=licita%C3%A7%C3%A3o+licita%C3%A7%C3%B5es&partidoautor=&ufautor=&tramitacaoorgao=&partidorelator=&ufrelator=&comissaorelator=&data=09/09/2016&page=true>>. Acesso em 09/08/2016.

¹⁸ Acrescenta-se, as leis específicas criadas pelos estados e municípios, e as Leis nº 10.520/2002 e 12.462/2011 que instituíram a modalidade pregão e o regime diferenciado de contratações, respectivamente.

Econômico (OCDE)¹⁹, dentre inúmeras diretrizes, preocupa-se em recomendar a criação e aperfeiçoamento de procedimentos para otimizar a eficiência em todas as fases da contratação governamental, que possam satisfazer as necessidades das autoridades públicas e os cidadãos. (OCDE, 2015, p. 10)

Com efeito, não se pode negar que nos últimos anos grandes avanços foram incrementados, tanto no combate à corrupção como as últimas alterações do regime de contratação governamental buscaram reduzir prazos, desburocratizar e otimizar os procedimentos, de fácil percepção as alterações contidas na Lei dos Pregões (Lei nº 10.520/2002), o Regime Diferenciado de Contratações Públicas (Lei nº 12.462/2011), o Novo Estatuto das Estatais (Lei nº 13.303/2016), dentre outras.

É inegável que nos últimos tempos o Brasil vem buscando alterar as políticas públicas das compras governamentais, criando e propondo legislações que criam um novo sistema de licitações públicas, adotando um modelo influenciado pelo gerenciamento público e pelo ajuste fiscal, que, notadamente, possui a eficiência como objetivo principal. (SOUZA, 2002, p. 11)

As propostas de reforma do sistema de compras governamentais, além do aperfeiçoamento e desburocratização dos procedimentos licitatórios, decorrem dos últimos fatos ocorridos no Brasil, notadamente, o *impeachment* do Presidente da República e a operação lava-jato. Motivos estes que incluíram a reforma das licitações públicas na *policy cycle*²⁰ das políticas públicas da sociedade brasileira²¹. Dentre inúmeras demandas políticas, a reforma das licitações públicas tornou-se um problema político, razão pela qual se transformou numa das prioridades, em busca da forma mais apropriada para alcançar a eficiência. É a hora da mudança!

Se as políticas públicas buscam a eficiência, logo, faz-se necessário entendê-la.

Eficiência no setor privado é associada a riqueza, correspondendo a obtenção do melhor resultado com o menor custo e tempo, é a chamada maximização na utilização de recursos. Enquanto que no âmbito do interesse público, associa-se eficiência a satisfação do maior número de membros da sociedade.

A Emenda Constitucional nº 19/1998 consagrou a eficiência como princípio constitucional. Trata-se do balizamento das atividades dos gestores públicos que deverão

¹⁹ O Brasil não é membro da OCDE, no entanto, desde 2007, participa como *key partner* (parceiro-chave), integrando as atividades patrocinadas pela Organização e por seus órgãos técnicos, sobretudo seminários e reuniões de grupos de trabalho, com a presença de peritos brasileiros de áreas especializadas.

²⁰Sobre o conceito de *policy cycle* ver a obra de Tude (2010, p. 18)

²¹ Neste caso não restringimos a uma abordagem estatista das políticas públicas. (LIMA, 2012)

assegurar os direitos individuais e sociais. O objetivo a ser alcançado pelo princípio da eficiência é a boa prestação positiva e negativa dos serviços públicos.

Por obra da constitucionalização, ratificou-se que no âmbito do Direito Público, a eficiência, sobretudo nos processos licitatórios, não é alcançada apenas com a vantagem econômica e produtiva, impõe-se que a contratação atenda aos interesses públicos. Enfim, a vantajosidade nas contratações governamentais possui sentido mais amplo do que o senso comum a atribui.

De Aragão (2004, p. 1) corrobora com esse entendimento:

A eficiência não pode ser entendida apenas como maximização do lucro, mas sim como um melhor exercício das missões de interesse coletivo que incumbe ao Estado, que deve obter a maior realização prática possível das finalidades do ordenamento jurídico, com os menores ônus possíveis, tanto para o próprio Estado, especialmente de índole financeira, como para as liberdades dos cidadãos.

Por tais razões que o princípio da eficiência é pluridimensional, como assevera Modesto (2014, p. 112):

Trata-se também de princípio pluridimensional, segundo alguns autores, de um princípio que não deve ser reduzido à mera economicidade no uso dos recursos públicos, vale dizer, a uma relação quantitativa entre o uso dos meios e o atingimento dos fins estabelecidos, consoante o emprego tradicional das ciências econômicas.

Penso que, no sistema jurídico brasileiro, em face das normas referidas, **o princípio da eficiência diz mais do que a simples exigência de economicidade ou mesmo de eficácia no comportamento administrativo. Entendo eficácia como a aptidão do comportamento administrativo para desencadear os resultados pretendidos.** A eficácia relaciona, de uma parte, resultados possíveis ou reais da atividade e, de outro, os objetivos pretendidos. A eficiência pressupõe a eficácia do agir administrativo, mas não se limita a isto. A eficácia é, juridicamente, um *prius* da eficiência.

Grifo nosso

Assim, para alcançar a eficiência não basta a administração realizar contratações vantajosas economicamente, importa, em verdade, obter o melhor resultado, conjugando ações idôneas, econômicas e satisfatórias ao interesse público. (MODESTO, 2014, p. 113)

Sendo a eficiência a finalidade principal da contratação governamental, o debate se a licitação é regra ou é exceção, não pode ser restrito a literalidade das normas, pois no âmbito prático o que importa é o resultado da contratação. Logo, se a situação fática enquadra-se nas hipóteses previstas na legislação e o resultado da contratação alcança a tripla finalidade da licitação pública, impõe-se ao administrador dispensar os procedimentos licitatórios²².

²² Consideramos que a dispensa de procedimentos licitatórios refere-se a eliminação da fase concorrencial, pois

3 A TEORIA DO PRAGMATISMO COMO INSTRUMENTO DA EFICIÊNCIA NAS CONTRATAÇÕES GOVERNAMENTAIS

Ainda que as políticas públicas consigam desburocratizar e aperfeiçoar os procedimentos licitatórios, situações externas ao sistema normativo impedem alcançar a eficiência, tais como: ausência de planejamento e condutas ilícitas que possuem o objetivo de obtenção de vantagens particulares. No cotidiano nos deparamos com a ausência de planejamento dos gestores públicos, projetos básicos inconsistentes e ineficiência nos atos preparatórios da licitação pública²³.

A ausência de planejamento é recorrente na Administração Pública, ao passo da Advocacia Geral da União, por intermédio da Orientação Normativa nº 11, de 1º de abril de 2009, orientar que havendo contratação direta com fundamento no inc. IV do art. 24 da lei nº 8.666, de 1993, exige que, concomitantemente, seja apurado se a situação emergencial foi gerada por falta de planejamento, desídia ou má gestão, hipótese que, quem lhe deu causa será responsabilizado na forma da lei.

Observa-se que a orientação do órgão de assessoria judicial é pragmática. Ora, se a situação fática não era emergencial e passou a ser por ausência de planejamento do gestor, admite-se a contratação direta para evitar consequências negativas ao interesse público. Assim sendo, privilegia-se a eficiência do resultado e pune-se o mau administrador.

Exemplificando, numa contratação de serviços prestados de coleta de lixo o Chefe do Poder Executivo não promove em tempo hábil o processo de licitação. Não podendo o Município deixar de recolher os dejetos que afeta a salubridade dos logradouros, a contratação será emergencial. Nota-se, a contratação tornou-se emergencial, pois se houvesse planejamento não haveria a necessidade de dispensar a licitação. Nesse caso, de forma pragmática, a licitação pública será dispensada para evitar que o Município não sofra com a descontinuidade dos serviços de coleta de lixo. Todavia, o gestor público será responsabilizado por ter dado causa a emergência.

Nesse contexto, que propomos que as decisões que envolvam as compras governamentais não contenham conceitos imutáveis, por essa razão se indica a aplicação da teoria do pragmatismo como instrumento de flexibilização da realidade, ao levar em conta o

os demais procedimentos são mantidos, como estudo de economicidade, escolha da melhor proposta, parecer da assessoria jurídica, publicidade e outros.

²³ A morosidade dos atos preparatórios da fase interna da licitação pública é peculiar na maioria dos órgãos da Administração Pública, ao passo do projeto de Lei nº 553/2015, propor a dispensabilidade do parecer jurídico, nas hipóteses de contratações padrões, com a finalidade de proporcionar eficiência nas contratações.

momento e as circunstâncias da decisão do administrador.

É evidente que não defendemos uma doutrina que não considera as normas contidas no sistema jurídico, muito menos propomos mitigar o uso da licitação pública. Não é isso!

Apenas, se pretende indicar a utilização de um método prático, abandonando as teorias dogmáticas e absolutistas e priorizar a análise das consequências da decisão ou do ato. Podemos afirmar que a inserção da teoria do pragmatismo possui a utilidade de incentivar que as contratações governamentais não sejam amparadas pelo discurso que “apenas apliquei a lei aos fatos” (MENDONÇA, 2014, p. 47).

Segundo a teoria de Richard Posner, o pragmatismo jurídico²⁴, consiste na renúncia de valores imateriais, primando pela consequência e pela razoabilidade sem se afastar da expectativa dos resultados almejados pelo legislador.

Seguindo a metodologia de Mendonça (2014b, p. 110) ao tratar da incidência do pragmatismo jurídico no Direito Constitucional Econômico, demonstramos, de forma semelhante, como aplicar esse princípio nos atos ou decisões que tratam sobre licitações públicas:

(i) Incidir como instrumento argumentativo finalístico na aplicação das normas porque quando o interprete aplica a lei, a consequência será a obtenção da expectativa do legislador, nessa hipótese a decisão não deixou de ser pragmática. Dessa forma, inquestionável que o Administrador, de forma prioritária, fundamentará sua decisão com enfoque na norma vigente, utilizando o pragmatismo jurídico como apoio da decisão que possui a finalidade de alcançar o bem comum.

(ii) Os resultados, de forma imperiosa, visam a finalidade primordial do Estado, em estrita observância as normas constitucionais²⁵. Esse campo de incidência é relevante ao priorizar a garantia dos objetivos constitucionais, dando azo a obtenção da eficiência e proteção dos direitos fundamentais.

(iii) A tomada de decisão importa em observar as consequências certas e prováveis que deverão resultar no atendimento ao interesse geral. Portanto, o estudo de probabilidade do resultado da decisão não pode deixar de ser feito. No exemplo aqui exposto, a Advocacia

²⁴ Segundo Mendonça (2014, p. 50) “o pragmatismo filosófico não é inútil ao debate acerca do pragmatismo jurídico. É perfeitamente possível aplicar a matriz pragmatista – consequencialismo, antifundacionalismo, contextualismo – para examinar institutos jurídicos e decisões judiciais, e aproximá-los ou afastá-los dos resultados da incidência de uma teoria do pragmatismo jurídico”.

²⁵ Nesse ponto, seguindo os ensinamentos de Mendonça (2014, p. 117), entendemos ser incompatível a teoria de Richard Posner, posto que nosso ordenamento jurídico não admite argumentos opostos à Lei.

Geral da União ao entende que a necessidade emergencial deve ser atendida, independente de ter sido provocada pela própria administração, privilegia a análise das consequências imediatas que acarretariam a perpetuação de prejuízos ao interesse público, noutros termos.

(iv) Impõe-se, além das consequências, *observar o núcleo comum entre os pragmatistas originais*²⁶, que consideram o antifundacionalismo e o contextualismo aspectos relevantes para aplicação da teoria do pragmatismo. Sendo necessário desconsiderar aspectos fundacionais, pois cabe ao interprete não se basear em crenças, dogmas e preceitos pretéritos. Do mesmo modo, deve priorizar que as consequências se relacionem ao contexto do caso concreto, para que seus resultados não afetem outras disciplinas ou sistemas.

A teoria do pragmatismo, seja filosófica ou jurídica, traz à colação três pontos que foram refletidos: i) quando leva em consideração as circunstâncias e o momento em que uma concepção ou decisão foi elaborada; ii) quando adota a mutação e a flexibilidade na interpretação das normas e; iii) quando busca o melhor resultado futuro, sem proporcionar instabilidade nas relações jurídicas ou não jurídicas.

Logo, o pragmatismo não vem proporcionar instabilidade ou insegurança, haja vista, não propor a eliminação das normas e conceitos, apenas transformando-os de acordo com a prática e a experiência adquirida, aperfeiçoando-as com vistas nas consequências da decisão que é proferida.

Sob essas premissas que entendemos que a Administração Pública não é algo abstrato, são órgãos dotados de personalidade jurídica, logo necessitam engendrar procedimentos para alcançar suas finalidades. A boa administração gera eficiência na prestação de serviços públicos, bem como, proporciona a preservação e defesa de direitos fundamentais. Portanto, dispensar a licitação, nos limites legais, para atender o interesse público é legítimo.

Podemos afirmar, neste momento, que havendo permissão legal de não realizar o processo de licitação, não é livre o administrador para escolher se realizará ou não a licitação pública. Não obstante, se justifique que realizar o certame seria o instrumento mais eficaz para alcançar a sua tripla finalidade, impõe-se a contratação direta, em virtude do alto custo administrativo e da conhecida lentidão do conjunto de procedimentos obrigatórios na licitação pública. Noutras palavras, havendo permissividade legal impõe-se a contratação direta com o desiderato de alcançar a eficiência administrativa. Eis, a importância da teoria do pragmatismo.

²⁶ A matriz filosófica do pragmatismo se encontra em Charles S. Peirce, William James e John Dewey.

Portanto, propomos que o intérprete ao aplicar a teoria do pragmatismo deverá analisar as consequências certas e prováveis, independente da análise da obrigatoriedade ou não de promover o processo de licitação. Ao decidir o administrador deve privilegiar a eficiência, ao invés de ficar adstrito a uma ideologia utópica.

CONCLUSÃO

O presente ensaio propõe aplicação da teoria do pragmatismo nas decisões que envolvam a busca da eficiência nas contratações governamentais.

São inúmeras as críticas com relação ao descumprimento da obrigação de licitar, ideal estabelecido pela norma constitucional, dado que a maioria das compras são realizadas sem o prévio processo de licitação. Sem embargo, as situações fáticas e a permissividade legal são os fatores que induzem os gestores públicos a dispensar o processo de licitação. Portanto, mesmo quando este processo é dispensado, seu resultado pode alcançar a eficiência.

Destarte, se há previsão legal para dispensar o processo de licitação numa determinada situação real e concreta, impõe-se ao administrador contratar de forma direta. Noutros termos, deve o administrador promover o processo de licitação apenas quando a legislação não permitir dispensá-lo, em privilégio ao princípio da eficiência e obtenção dos melhores resultados para o interesse público.

Não defendemos o eufemismo da licitação pública, apenas entendemos que o gestor público deve buscar a eficiência, adequando suas ações para alcançar a sua tripla finalidade de forma proba, impessoal e econômica. Se a medida é legal, alcançar a eficiência é um dever.

Não há dúvidas que as mudanças do sistema de compra governamental entraram na agenda de governo com a finalidade de dar uma resposta a sociedade com relação ao combate à corrupção. Mas não é só isso, o atual governo possui o viés de incentivar o desenvolvimento da iniciativa privada com o fim de proporcionar o equilíbrio econômico e orçamentário. É indefectível que a desburocratização das licitações públicas e a segurança jurídica dos contratos administrativos possuem papel relevante neste processo.

Contudo, as últimas alterações e projetos que propõem alterações nas contratações governamentais são apenas uma releitura do sistema anterior, não há alterações substanciais que possam fomentar uma nova política pública que visa alcançar a eficiência administrativa. Averbe-se que as alterações propostas são uma compilação e consolidação de procedimentos já adotados nas legislações esparsas.

A teoria do pragmatismo pode contribuir com a implementação da eficiência nas

contratações governamentais, se observados os seguintes fatores:

(i) Que as contratações sejam realizadas por ações idôneas, econômicas e em atendimento ao interesse público que visam o melhor resultados;

(ii) Sendo dispensada ou não a licitação, o resultado deverá alcançar sua tripla finalidade e ter eficiência;

(iii) Que a obrigatoriedade não seja absoluta, quer dizer, sendo mais eficiente o administrador deverá dispensar a licitação pública, desde que haja previsão legal e a conduta do agente público seja proba;

(iv) Os órgãos de controle externo e interno ao exercer suas atribuições de controle e fiscalização deverão levar em consideração, além da legalidade, as circunstâncias e os aspectos relacionados com a eficiência.

Encerrando, não há eficiência sem planejamento adequado e cumprimento das normas jurídicas vigentes. O administrador deve ser diligente na preparação do processo de licitação, elaborando projeto básico consistentes e orçamentos realistas, com vistas a proporcionar celeridade na contratação governamental. A observância as normas vigentes é fundamental e o alcance da eficiência é o objetivo principal.

REFERÊNCIAS

ÁVILA, Humberto. **Repensando o “Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Particular**, 11ª ed. Salvador: Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado, 2007.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**, 31ª ed. São Paulo: Malheiros. 2014.

BAZILLI, Roberto Ribeiro. **Contratos administrativos**. São Paulo: Malheiros Editores, 1996.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Mandado de Segurança nº 5418/DF**. Relator: Ministro Demócrito Reinaldo. Brasília, 25 mar. 1998. Diário de Justiça Eletrônico. Disponível em:

<<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=licita%E7%E3o+e+clausulas+e+ri gor+e+excessivo+e+habilita%E7%E3o&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>>.

Acesso em: 20 ago. 2016.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Manual de compras diretas do TCU**. – Brasília: TCU, 2016.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Relatório Trimestral de Atividades: 1º trimestre de 2016 / Tribunal de Contas da União.** – Brasília: TCU, 2016.

BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos; Gestão do setor público: estratégia e estrutura para um, novo Estado. *In:* _____; SPINK, Peter Kevin. (Org.). Tradução Caroline Andrade. **Reforma do Estado e administração pública gerencial.** 7ª ed. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2005.

BORGES, Alice Maria Gonzalez. **Normas gerais no estatuto de licitações e contratos administrativos.** Revista dos Tribunais, 1991.

DE ARAGÃO, Alexandre Santos. **O princípio da eficiência.** Revista de direito administrativo, v. 237, p. 1-6, 2005.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos.** 16ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2014.

LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución.* Barcelona : Ariel. 1975.

LIMA, Waner Gonçalves. **Política Pública: discussão de conceitos.** Revista Interface (Porto Nacional), n. 05, 2012.

MEIRELLES, Hely Lopes; ALEXO, Délcio Balestero; BURLE FILHO, José Emmanuel. **Direito Administrativo Brasileiro,** 41ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

MENDES, Raul Armando. **Comentários ao estatuto das licitações e contratos administrativos.** Ed. Revista dos Tribunais, 1988.

MENDONÇA, José Vicente Santos de. **A verdadeira mudança de paradigmas do direito administrativo brasileiro: do estilo tradicional ao novo estilo.** Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 265, p. 179-198, jan./abr. 2014.

_____. **Direito Constitucional Econômico: A Intervenção do Estado na Economia à Luz da Razão Pública e do Pragmatismo.** Rio de Janeiro: Forum. 2014.

MODESTO, Paulo. **Notas para um debate sobre o princípio da eficiência.** Revista do Serviço Público, v. 51, n. 2, p. 105-119, 2014.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo**, 16ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014

MUKAI, Toshio. **O Novo Estatuto Jurídico Das Licitações E Contratos Públicos: Comentários À Lei 8,666/93: com as Alterações Promovidas Pela Lei 8.883/94**. Editora Revista dos Tribunais, 1994.

OCDE. *Recommandation du conseil de l'ocde sur les marchés publics*. 2015. Disponível em < <http://www.oecd.org/fr/gouvernance/ethique/Recommandation-OCDE-sur-les-marches-publics.pdf>>. Acesso em: 21 ago. 2016.

VIANNA OLIVEIRA, Francisco José. **Instituições políticas brasileiras / Oliveira Viana**. Brasília: Conselho Editorial do Senado Federal, 1999.

_____. **O idealismo da Constituição**. 2. ed. São Paulo : Companhia Editora Nacional, 1939.

SOUZA, Celina. **Políticas públicas: conceitos, tipologias e subáreas**. Trabalho elaborado para a Fundação Luís Eduardo Magalhães. São Paulo, 2002.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Licitação e Contrato administrativo**. 2. ed.. São Paulo: Malheiros, 1995.

_____; PAGANI DE SOUZA, Rodrigo. **Licitações nas Estatais: Levando a natureza empresarial a sério**. In: SUNDFELD, Carlos Ari, Org. Contratações Públicas e seu Controle. São Paulo: Malheiros, 2013. P. 79-101.

TUDE, J. M. **Conceitos gerais de políticas públicas**. In.: _____.; FERRO, D. dos S.; SANTANA, F. P. **Políticas Públicas**: Curitiba: IESDE BRASIL, 2010. Disponível em: <<http://www2.videolivaria.com.br/pdfs/24132.pdf>>. Acesso em: 08 set. 2016

TEIXEIRA, João Paulo Allain. **Idealismo e realismo constitucional em Oliveira Viana: análise e perspectivas**. Brasília: Revista de Informação Legislativa, p. 99-118, 1997.

VALENCIA TELLO, Diana Carolina. **Críticas ao regime diferenciado de contratações públicas**. Revista Prolegómenos Derechos y Valores. Bogotá, v. 19, n. 38, jul/dez. 2016, p. 61-75. DOI: <http://dx.doi.org/10.18359/prole.1970>