Victor Amorim: por uma visão nacional das compras públicas

Em razão do complexo sistema de distribuição de competência normativa o Brasil no tocante à normatização das compras públicas, é de se reconhecer a grande dificuldade de observância dos atributos inerentes à autonomia dos Estados e municípios no processo de instituição de leis e regulamentos para o processamento das aquisições e contratações.

A liquidez do conceito de “norma geral” a que alude o XXVII do art. 22 da Constituição da República e a sanha regulatória da União tornam cada vez mais confusa e melindrosa a linha tênue entre “norma geral” e “norma específica”, o que conduz à extirpação da competência normativa suplementar dos Estados e municípios em matéria de licitações e contratos.

O que começa como uma indefinição de limites no desenho de distribuição de competências normativas na Federação brasileira, se desenvolve para uma considerável atrofia na gestão pública nacional, marcada pelo cariz totalitário da União na condução das ações dos gestores estaduais e municipais.

Afora as determinações impositivas da União em sede de convênios e repasses de recursos – em muitos casos com uma feição de um “contrato de adesão”, sem qualquer abertura para práticas substancialmente dialógicas com os tomadores dos recursos –, parafraseando Jürgen Habermas^[1], há um significativo processo de “colonização”, pela ótica federal, do direito administrativo que se “vive” no âmbito estadual e municipal.

O fato de muito pouco “sobrar” para estados e municípios em termos de regramentos procedimentais relevantes sobre licitações e contratações públicas, conduz ao um paradigma normativo quase indissociável entre normas “nacionais” e “federais”, de modo que o parâmetro de referência jurídico sempre conduz às leis e regulamentos da União.

Para tanto, basta observar o conteúdo da Lei nº 8.666/1993: muito se discute, mas pouco se resolve acerca do que ali seria “nacional” ou meramente “federal”, ou seja, aplicável apenas aos órgãos e entidades da Administração Pública Federal.

Diante de tal indefinição – introduzida como efeito da fluidez normativa do legislador e reforçada pela doutrina e, em especial, pelo Poder Judiciário –, estados e municípios seguem pelo caminho mais seguro: não inventar e, assim, ser deferente às opções do legislador federal. Ou seja, a “colonização” federal sobre a vida dos estados e municípios conduz a um preocupante estado de inércia legiferante dos entes nacionais que, ao não contextualizarem, adaptarem e especificarem as normas gerais da União de acordo com suas particularidades, perdem a oportunidade de dotar o gestor de instrumentos que viabilizem uma efetiva gestão de suas contratações.

E há de se reconhecer que tal inércia alimenta o apetite expansionista das práticas de gestão da União, impondo-as aos estados e municípios como medidas de excelência técnica a serem incorporadas em todos rincões do país sem qualquer questionamento ou criticidade.

O fato das leis e regulamentos federais – isso para não falar dos demais atos normativos infralegais como as instruções normativas, portarias e outros – servirem como paradigma quase exclusivo para estados e municípios conduz à uma extrema dependência em termos de gestão. Afinal, tais normas federais são

criadas à luz da realidade e da estrutura da Administração Pública Federal, realidade essa completamente diferente daquela vivida nas plagas estaduais e municipais notadamente no que tange aos recursos financeiros, estruturais e humanos disponíveis.

Não bastasse isso, a dependência é reforçada pela adoção acrítica da interpretação que se faz das normas federais. Não raro, a “gestão pública” realizada nos estados e municípios se dá com base na “jurisprudência” do Tribunal de Contas da União e nos entendimentos da Advocacia-Geral da União e da Controladoria-Geral da União.

Os manuais e os demais livros de “doutrina administrativista” que adornam as mesas de trabalho de gestores públicos, pregoeiros, membros de comissão e ordenadores de despesas estaduais e municipais são desenvolvidos à partir da legislação federal e com base no que diz o TCU[2]. Em outras palavras: o direito administrativo que se aprende é aquele produzido a partir de práxis da Administração Federal, não se vislumbrando espaço para categorizações e conceitos particularizados para estados e municípios.

Não se observa nos entes estaduais e municipais um “direito administrativo” próprio, contextualizado e pensado com base em suas particularidades organizacionais e políticas. Pensado a partir das dificuldades reais vividas pelo gestor estadual e municipal que, em grande parte, lida com necessidade coletivas primárias, como saúde e educação.

A incorporação acrítica da “jurisprudência” do TCU pode ser danosa à Administração estadual e municipal. Afinal, extrair uma “forma correta de gestão” de um caso concreto julgado com base em pressupostos fáticos completamente distintos da realidade, não se mostra como a opção mais efetiva.

E onde estão os Tribunais de Contas Estaduais e Municipais? Será que o enunciado da Súmula nº 222 do TCU[3] soterrou completamente a independência criativa de tais Cortes? Muitos dirão: estão atolados em casos de corrupção e no proselitismo político! Mas, e aí? Vamos jogar a criança fora junto com a água suja?

Defendo a necessidade de um “giro hermenêutico” no Direito Administrativo dos estados e municípios, caracterizado pelo desenvolvimento e condução autônomos do modo de se fazer gestão pública – a partir da contextualização e da consideração das realidades peculiares de cada um desses entes – e pela incorporação crítica, quando for o caso, das práticas observadas no âmbito da Administração Federal. E, para tal empreitada, é salutar um protagonismo dos Tribunais de Contas, Controladorias e Procuradorias estaduais e municipais, além da incisiva atuação da academia (notadamente dos cursos de pós-graduação), dos institutos regionais de direito administrativo e congêneres, das escolas de governo e das Seccionais da Ordem dos Advogados do Brasil, com suas comissões temáticas.

Afinal, como resolver os problemas reais do gestor estadual e municipal relativos às contratações na área de saúde e educação com base em “jurisprudência” e “boas práticas” desenvolvidas a partir de pressupostos diferentes? Como compatibilizar, por exemplo, para casos de “vida e morte” (o que, acredite, é comum na vida do gestor estadual e municipal), a compreensão de regularidade formal exigida pelo TCU quanto às contratações emergenciais, quando essa mesma jurisprudência da Corte de Contas é formada com esteio na análise das contratações federais envolvendo demandas públicas secundárias (cujo pressuposto e a própria noção de “urgência” e dos riscos envolvidos é distinta)?

Quanto ao elevado déficit financeiro e de recursos estruturais, é salutar o desenvolvimento de uma “jurisprudência de crise”^[4] devidamente contextualizada para a realidade de estados e municípios, na qual se contemple as dificuldades reais enfrentadas pelo gestor, a limitação de recursos, a falta de capacitação dos agentes envolvidos e, em especial, a ausência de um paradigma hermenêutico próprio.

Mas, repita-se: tal “giro” deve partir da perspectiva dos próprios intérpretes e gestores públicos dos estados e municípios, no sentido de que a superação da “dependência” demanda, por parte do próprio dependente, uma ação de emancipação.

Ocorre que tal processo é, de certa forma, dificultado por uma perspectiva opaca e parcial da tecnocracia iluminista de Brasília. A busca pela inovação, padronização e informatização produz uma visão “federalizada” do Brasil, em prejuízo a uma compreensão “nacionalizada”.

Estados e municípios, até mesmo com um viés preconceituoso, são vistos pelos *experts* como entes subalternos, que dependem das “luzes racionais” advindas das “bolhas de excelência” de Brasília. E eventual resistência à incorporação dos comandos de boas práticas seria resultado de um rasteiro boicote das forças corruptas que veem no atraso da gestão pública o campo fértil para a continuidade de suas práticas de “privatização” dos recursos públicos.

Ora, parecem tais *experts* não compreender que não se faz gestão pública sem política. Vale, quanto a tal fenômeno, lembrar a afirmação de Chantal Mouffe ao analisar o contexto atual de pós-política das democracias ocidentais: “*la política ha pasado a ser una mera cuestión de administración del orden establecido, un dominio reservado a expertos, y la soberanía popular ha sido declarada obsoleta*”^[5]. E, nessa linha, a precisa observação de Daniel Innerarity:

Os administradores da objetividade, aqueles que desejariam que a política fosse uma ciência exata, têm muita dificuldade em entender para que ela serve, porque não percebem que a política, mais do que gerir objetividades, está ligada à ponderação do significado social das decisões, da sua oportunidade em contextos determinados, do modo como afetam as pessoas [...] No topo da política, há um equilíbrio precário entre a administração e o governo, entre a técnica e a política [...] Sem a administração, a política se converteria numa solução de improvisações ineficazes; sem a política, nada nos protegeria da maquinaria conservadora em que a administração degeneraria.^[6]

E a política possui um papel muito mais intenso e ativo nas administrações estaduais e municipais e tal fenômeno deve ser considerado. Vide, nesse sentido, todos os fatores políticos que circundam as discussões atinentes ao uso de ferramentas para a promoção do mercado local e a “retenção” de receitas

nos municípios ou, ainda, a importante compatibilização entre as atividades formais de gestão do sistema educacional e o protagonismo de associações da comunidade.

Mas, no âmbito federal, a tecnocracia brasiliense parece crer que a “vida” da Administração deve ser conduzida de forma neutra, sem qualquer tipo de interferência política. E, nesse mundo idealizado, valendo-se da utopia discursiva de Ronald Dworkin[7], o gestor público é visto como o “gestor héracles”.

Daí se pensar que a lei ou os regulamentos, por si só e *a priori*, devem fazer a gestão pública. Ora, cabe às normas dotar o gestor do ferramental necessário para que ele tenha a autonomia necessária, “dentro da lei”, para contextualizar a ação e, assim, se valer da ferramenta mais adequada para o atendimento efetivo da necessidade pública em questão.

Daí o equívoco político do legislador federal, com os olhos voltados para a realidade particular da Esplanada dos Ministérios, impor às administrações de todo o país um modo específico de atuar e a “melhor” solução para resolver os desafios cotidianos enfrentados pelo gestor. Para tanto, vide o texto-base do projeto da “nova Lei de Licitações” (PL nº 1.292/1995) aprovado pela Câmara dos Deputados em 25/06/2019[8]. Prevalece a perspectiva “federal” em detrimento da “nacional”.

O gestor precisa é de uma “caixa de ferramentas” para dispor daquela que, abrangida pelo círculo da legalidade, viabilize, contemplados os aspectos políticos, a solução mais efetiva para o seu problema devidamente contextualizado e conforme as circunstâncias que influenciem a sua opção[9].

E, em conclusão, é preciso que os gestores estaduais e municipais desenvolvam a sua autonomia hermenêutica para vislumbrar as soluções que lhes sejam mais efetivas diante de uma “caixa de ferramentas”[10] abrangidas pelo escopo da legalidade, sem que sua atuação seja pautada pelo cumprimento cego da práxis forjada no solipsismo tecnocrático de Brasília!

[1] HABERMAS, Jürgen. *Teoria do agir comunicativo: sobre a crítica da razão funcionalista*, vol. 2. São Paulo: WMF Martins, 2012, p. 675-676.

[2] Acerca dos efeitos deletérios da incorporação apressada e descontextualizada dos julgados do TCU, vide artigo de minha autoria publicado no Conjur: "*Julgados do TCU em matéria de licitações e contratos não são jurisprudência*" [link: <https://www.conjur.com.br/2018-abr-17/vitor-amorim-julgados-tcu-nao-sao-jurisprudencia>].

[3] "*As Decisões do Tribunal de Contas da União, relativas à aplicação de normas gerais de licitação, sobre as quais cabe privativamente à União legislar, devem ser acatadas pelos administradores dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios*".

[4] Trata-se de uma referência aos pressupostos de excecionalidade econômica, social e política observados em Portugal na década de 2000 que promoveram o desenvolvimento de uma "jurisprudência de crise" por seu Tribunal Constitucional. Para tanto, vide: CANOTILHO, M.; VIOLANTE, T.; LANCEIRO, R. *Weak rights, strong principles: Social rights in the Portuguese constitutional jurisprudence during the economic crisis*. In: Congresso Mundial de Direito Constitucional: Constitutional Challenges: Global and Local. Workshop 4: Social rights and the challenges of economic

crisis, Associação Internacional de Direito Constitucional, Oslo, jun./2014. Disponível em: <https://www.jus.uio.no/english/research/news-and-events/events/conferences/2014/wccl-cmdc/wccl/papers/workshop4.html>.

[5] MOUFFE, Chantal. *Por un populismo de izquierda*. Buenos Aires: Siglo XXI, 2018, p. 32.

[6] INNERARITY, Daniel. *A política em tempos de indignação*. Rio de Janeiro: LeYa, 2017, p. 38-39.

[7] DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 164-203.

[8] O texto aprovado, ainda pendente a apreciação dos destaques de bancada, trata-se da Emenda Substitutiva Global nº 01/2019, de relatoria do Deputado Augusto Coutinho [inteiro teor disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=9233AB8616EBB514259FE94PL129295-17-06-2019].

[9] SALAMON, Lester M. The new governance ant the tools of public action: na introduction. In: SALOMON, Lester M. (coord). *The Tools of Government: a Guide to the New Governance*. Nova York: Oxford University Press, 2002, p. 11.

[10] Vide a relevante obra de RIBEIRO, Leonardo Coelho. *O Direito Administrativo como “Caixa de Ferramentas”*: uma nova abordagem da ação pública. São Paulo: Malheiros, 2016.

Date Created

16/09/2019