

**FACULDADE DE DIREITO DE VITÓRIA
CURSO DE MESTRADO EM DIREITO**

JOÃO BERNARDO ANTUNES DE AZEVEDO GUEDES

**DIREITO FUNDAMENTAL À BOA ADMINISTRAÇÃO
PÚBLICA: ANÁLISE DA GESTÃO E CONDUÇÃO DE
CERTAMES LICITATÓRIOS**

VITÓRIA

2018

JOÃO BERNARDO ANTUNES DE AZEVEDO GUEDES

**DIREITO FUNDAMENTAL À BOA ADMINISTRAÇÃO
PÚBLICA: ANÁLISE DA GESTÃO E CONDUÇÃO DE
CERTAMES LICITATÓRIOS**

Dissertação apresentada no Programa de Pós-Graduação *stricto sensu* em Direitos e Garantias Fundamentais da Faculdade de Direito de Vitória, como requisito para obtenção do grau de Mestre.

Orientador: Prof. Dr. Daury Cesar Fabríz

VITÓRIA

2018

JOÃO BERNARDO ANTUNES DE AZEVEDO GUEDES

**DIREITO FUNDAMENTAL À BOA ADMINISTRAÇÃO
PÚBLICA: ANÁLISE DA GESTÃO E CONDUÇÃO DE
CERTAMES LICITATÓRIOS**

Dissertação apresentada no Programa de Pós-Graduação *stricto sensu* em Direitos e Garantias Fundamentais da Faculdade de Direito de Vitória, como requisito para obtenção do grau de Mestre em Direito.

Aprovada em _____

COMISSÃO EXAMINADORA

Prof. Dr. Daury Cesar Fabriz
Faculdade de Direito de Vitória
Orientador

Prof. Dr.
Faculdade de Direito de Vitória

Prof. Dr.
Faculdade
Membro externo

Este trabalho é dedicado à Fabiana, minha esposa, porto seguro e grande incentivadora de meus estudos.

Aos meus pais (*in memoriam*), João Bernardo e Maria Inês.

Aos meus amados filhos João Bernardo, grande companheiro, e Catarina, a princesa que está por vir, que desde sempre iluminam a minha vida.

AGRADECIMENTOS

Agradeço inicialmente a Deus por me permitir aqui chegar com saúde e em paz, com a serenidade necessária para alcançar este tão sonhado e importante objetivo.

À Fabiana, minha esposa, eterno amor, que sempre esteve ao meu lado e confiou na minha capacidade de conquistar esta vitória, não poupando esforços em me apoiar, dedicando-se ao máximo com todo o seu amor para que eu me tornasse um homem mais forte, fraterno e uma pessoa melhor a cada dia.

Aos meus filhos amados e anjos da guarda, João Bernardo que com tanto carinho irradia a minha vida de alegria e de graças e Catarina filha amada, dádiva que está a caminho e que imensa felicidade já nos traz.

Aos meus amados pais (*in memoriam*), João Bernardo, exemplo de retidão, dignidade, hombridade e caráter, que muito me ensinou e espelhou, e Maria Inês, mãe dedicada e amiga, que primou pela minha boa educação.

Aos meus sogros Wilson e Dayrise, solidários na acepção da palavra e pessoas que se doam por inteiro em prol da instituição família.

Aos meus tios Edson, Bebel e Majoy, pelo suporte que me concederam nesta vida e pelo apoio na minha jornada, por quem tenho imensa gratidão.

Ao meu orientador Dr. Daury Cesar Fabríz pela atenção dispensada, pelos ensinamentos e suporte na condução da pesquisa.

“Honra é a força que nos impele a prestigiar nossa personalidade. É o sentimento avançado do nosso patrimônio moral, um misto de brio e de valor. Ela exige a posse da perfeita compreensão do que é justo, nobre e respeitável, para elevação da nossa dignidade; a bravura para desafrontar perigos de toda ordem, na defesa da verdade, do direito e da justiça”.

Almirante Joaquim Marques Lisboa –
Marquês de Tamandaré – Patrono da Marinha.

RESUMO

O presente estudo almeja descortinar pelo método fenomenológico, através de uma visada direta, o que configura a violação do direito fundamental à boa administração pública decorrente da má gestão na condução dos certames. Assim, estudar-se-á este grave problema notado em alguns procedimentos licitatórios no Brasil, que culmina com a inefetividade estatal na prestação dos direitos e garantias fundamentais. Partindo da premissa de que a Constituição Federal preceitua que a Administração Pública deve pautar-se nos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e que as compras realizadas pelos seus órgãos devem ser, em regra, precedidas de licitações, objetivar-se-á desvelar o que configura a má gestão na condução de tais atos. Para tanto, em um primeiro momento serão trazidos apontamentos gerais sobre o direito fundamental do cidadão à boa administração pública, cotejando-o com a necessidade estatal de promover certames licitatórios lisos. A seguir, serão abordados o republicanismo brasileiro, o neorepublicanismo e o tratamento conferido ao povo nesta conjuntura, uma vez que denota-se ante o cenário de crise enfrentado, um certo clamor pelos valores cívicos e o amor pela pátria por parte de membros da comunidade que se sentem um tanto quanto “vitimados” com esse contexto; bem como serão estudadas as licitações no Brasil, incluindo seu histórico, modalidades, princípios e indicação de exemplos de má gestão. Do mesmo modo, serão trazidas algumas hipóteses acerca da origem desse comportamento adotado por alguns gestores, indicando tratar-se de uma questão de imoralidade, atrelada à falta de solidariedade e a um certo culto ao “jeitinho brasileiro” que culmina em uma confusão entre o público e o privado. Por fim, na última etapa do trabalho, a meta será demonstrar que a má gestão na condução dos certames implica em uma escassez dos direitos fundamentais, comprovando que estas medidas revelam-se como atentatórias aos princípios básicos constitucionais e aos pilares republicanos.

Palavras-chave: certames licitatórios – boa administração - *res publica* - república - direitos fundamentais – “jeitinho brasileiro”.

ABSTRACT

The present study aims to demonstrate by the phenomenological method, through a direct view, what violates the fundamental right of the public good administration due to the bad management in the process of the public bidding. Thus, this serious problem noted in public biddings will be studied, in order to show the consequence of State's ineffectiveness in the realization of fundamental rights and guarantees. Based on the premise that the Brazilian Federal Constitution states that Public Administration must be based on the principles of legality, impersonality, morality, publicity and efficiency and that the purchases made by its public organs should be preceded by bids, this essay intends to unveil what constitutes the bad management in the conduct of such acts. In order to do so, in an initial moment, general notes on the fundamental right of the citizen to the public good administration will be made, in comparison with the State necessity to promote correct and accurate bidding competitions. Then, Brazilian republicanism, neorepublicanism and the treatment given to the people at these circumstances will be described, because it can be noted a certain popular clamor for civic values and the love for the country by the citizens who feel somewhat "victimized" by this context of crisis. Next, the bidding process, its history, modalities and principles will be studied. Likewise, examples concerning the origin of some federal's worker incorrect behaviour will be given, indicating that is a question of immorality, lack of solidarity and a certain cult of the "Brazilian way" that results in a confusion between public and private. Finally, in the last stage of the work, the goal will be to demonstrate that poor management in the conduct of bidding processes implies a scarcity of fundamental rights, proving that these measures violates the basic constitutional principles and the republican pillars.

Keywords: public bidding – good administration – *res publica* - republic - fundamental rights - "brazilian way".

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	11
1º O DIREITO FUNDAMENTAL DO CIDADÃO À BOA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NA CONDUÇÃO DOS CERTAMES LICITATÓRIOS.....	18
1.1 A PREVISÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL DO CIDADÃO À BOA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NA CARTA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS DA UNIÃO EUROPEIA.....	21
1.2 O DIREITO FUNDAMENTAL DO CIDADÃO À BOA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NO ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO.....	23
1.3 A LISURA NO CERTAME LICITATÓRIO COMO REQUISITO PARA UMA BOA ADMINISTRAÇÃO.....	28
2º A REPÚBLICA, O NEOREPUBLICANISMO E O CONTEXTO CONTEMPORÂNEO NO BRASIL.....	34
2.1 A LIBERDADE COMO “NÃO INTERFERÊNCIA”.....	39
2.2 O INTERESSE PARTICULAR NA <i>RES PÚBLICA</i>	42
2.3 A FALTA DE VOZ ATIVA DO POVO NAS DECISÕES DOS SEUS REPRESENTANTES E O “SIMULACRO CONSTITUCIONAL”.....	46
3º APONTAMENTOS GERAIS SOBRE AS LICITAÇÕES.....	49
3.1 HISTÓRICO.....	51
3.2 MODALIDADES.....	53
3.3 PRINCÍPIOS NORTEADORES.....	60
3.4 ATOS DE MÁ GESTÃO NA CONDUÇÃO DE CERTAMES.....	62
4º A ORIGEM DAS PRÁTICAS DESVIANTES NOS CERTAMES QUE ATENTAM CONTRA O REPUBLICANISMO BRASILEIRO.....	70
4.1 DESATENDIMENTO DO DEVER FUNDAMENTAL DE SOLIDARIEDADE.....	70
4.2 IMORALIDADE ADMINISTRATIVA E A BANALIDADE DO MAL.....	75
4.3 O MENOSPREZO À SERIEDADE: O SARCASMO AO “CAXIAS”.....	78
4.4 UMA QUESTÃO HISTÓRICA: PATRIMONIALISMO, A MALANDRAGEM E O SUBTERFÚGIO DO “JEITINHO BRASILEIRO”.....	81

5° A NÃO EFETIVIDADE DE DIREITOS FUNDAMENTAIS DECORRENTE DA MÁ GESTÃO NA CONDUÇÃO DOS CERTAMES.....	86
5.1 ESCASSEZ DE DIREITOS FUNDAMENTAIS DECORRENTE DE ATOS DE MÁ GESTÃO E VEDAÇÃO AO RETROCESSO.....	87
5.2 O ESVAZIAMENTO DO SENTIMENTO CONSTITUCIONAL.....	91
5.3 A “ICONIZAÇÃO” DO POVO BRASILEIRO.....	94
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	97
REFERÊNCIAS.....	107

INTRODUÇÃO

A Constituição Federal prevê no inciso XXI de seu artigo 37, que os órgãos da Administração Pública devem, em regra, instaurar procedimento administrativo licitatório prévio sempre que venham a realizar qualquer contratação, bem como que compete à União, privativamente, legislar sobre normas gerais concernentes à licitação e contratação nos termos do inciso XVII de seu artigo 22.

Neste sentido, cabe assinalar que a União Federal cumpriu o mandamento constitucional que lhe fora imposto, quando em 21 de junho de 1993, a lei geral de licitações de n.º 8.666/93 foi sancionada. Esta norma é composta por 126 artigos e é dividida em seis capítulos, tendo trazido um tino inovador ao elencar a matéria em um único dispositivo consideravelmente vasto.

Isto é notado, logo a partir de uma leitura do artigo 3º do diploma em questão, quando é apresentado o propósito da lei, qual seja: garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, da seleção da proposta mais vantajosa para a administração e da promoção do desenvolvimento nacional sustentável. Ou seja, há um tripé de objetivos a serem alcançados para a consecução do certame licitatório.

O legislador ordinário teve o cuidado de separar a matéria de modo a que os capítulos ficassem distribuídos da seguinte maneira: “disposições gerais”; “da licitação”; “dos contratos”; “das sanções administrativas e da tutela judicial”; “dos recursos administrativos”; e “das disposições finais e transitórias”. Merece, ainda, destaque que no bojo deste mesmo diploma, consta a previsão das condutas criminosas relacionadas aos procedimentos licitatórios, como por exemplo os casos de dispensa ou inexigibilidades indevidas, frustração do caráter competitivo da licitação com o fito do atingimento de vantagem, afastamento de licitante e celebração de pacto com empresa inidônea.

Frise-se que diferentemente do que norteia a relação jurídica entre particulares, nomeadamente no que pertine à autonomia da vontade, quando um indivíduo pode contratar junto com qualquer pessoa que lhe convier e nos moldes e termos que lhe interessar desde que não seja vedado por lei; a Administração Pública não possui margem de escolha, pelo que se

desejar contratar, deverá o fazer por intermédio de uma licitação sempre em prol do interesse público e em cumprimento ao princípio da legalidade.

Salienta-se, não obstante, que há outras normas federais que abordam a temática da contratação pública, podendo ser citadas: a Lei n.º 10.520, de 17 de julho de 2002; o Decreto n.º 5.450, de 31 de maio de 2005; e o Decreto n.º 7.892, de 23 de janeiro de 2013; que tratam do pregão, pregão eletrônico e sistema de registro de preços (SRP), respectivamente.

Outrossim, merece apontamento a inauguração da Lei n.º 12.462, de 04 de agosto de 2011, que instituiu o regime diferenciado de contratações (RDC), aplicável para algumas licitações e contratos específicos, como por exemplo os necessários à realização dos Jogos Olímpicos e Paraolímpicos de 2016, a Copa das Confederações de 2013 e a Copa do Mundo de 2014, ações integrantes do PAC, obras e serviços de engenharia no âmbito do Sistema Único de Saúde entre outras hipóteses de cabimento.

Acentua-se que a temática das licitações públicas foi alçada a um importante grau no ordenamento jurídico pátrio, possuindo o *status* de matéria constitucional. Além disso, foi regulamentada por uma lei que tecnicamente buscou garantir a isonomia e a contratação mais vantajosa para a Administração. Entretanto, o mesmo peso e respeito que o legislador ordinário concedeu à matéria, não é atribuído por determinados agentes públicos que militam na seara das compras públicas, uma vez que algumas contratações no Brasil não seguem o adequado trâmite e os ditames legais.

Desse modo, burlas em procedimentos de contratações públicas acontecem nos mais diversos quinhões do país, conforme vastamente noticiado pela mídia quase que semanalmente. Através de ações eivadas de mácula, que lamentavelmente fazem parte da história do Brasil e repercutem muito negativamente na sua já manchada imagem política, alguns agentes públicos incumbidos de representar o Estado nas contratações públicas, o fazem sem se atentar às formalidades e, mais grave, em total desrespeito aos ditames constitucionais e demais preceitos normativos que regulamentam as licitações.

Nesses casos em que atuam de modo a apresentar comportamentos antiéticos e fraudulentos, com atos de superfaturamento, dispensas e inexigibilidades descabidas, fracionamentos de

despesas, entre outras ações atos irregulares, os agentes demonstram um total descomprometimento com a coisa pública e com o povo brasileiro.

Este tipo de ação denota ainda, que estes agentes públicos que devem pautar suas ações nos princípios constitucionais da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência mostram-se totalmente descompromissados com tais mandados de otimização e acabam por orientar suas condutas de modo diametralmente oposto ao dever que lhes é imposto pela lei maior. É nesse tom que a boa administração *devida ao utente* do serviço público e *devida pelo agente* público resta violada.

Os gastos inesperados e a maior comprometem diretamente o orçamento público e as verbas que poderiam ser destinadas a alguns serviços essenciais se esvaem. Dessa maneira, a promessa de efetividade dos direitos fundamentais constante da Constituição Federal de 1988 mostra-se cada vez mais distante e de concretização remota.

Portanto, na esfera do presente estudo, buscar-se-á analisar os atos de má gestão de alguns agentes públicos por ocasião da realização de compras públicas e certames licitatórios em desobediência ao ordenamento jurídico pátrio, utilizando indevidamente o dinheiro público, gastando-o de maneira desnecessária e desregulada, com rubricas não previstas no orçamento, fatores estes diretamente responsáveis pela falha estatal na prestação e na garantia dos direitos fundamentais da coletividade.

Acentua-se que a opção pelo tema deriva inicialmente da relevância do estatuto das licitações para o direito brasileiro. O tema encontra-se em voga no atual contexto da sociedade brasileira não apenas pelo seu destaque no âmbito do direito administrativo, no qual através de procedimentos sérios e criteriosos, almeja-se um controle das compras públicas, mas também por um aspecto negativo: inúmeras denúncias de práticas fraudulentas, ímprobas e de má gestão são veiculadas na mídia com assiduidade. Infelizmente, alguns agentes públicos, inclusive legisladores “representantes do povo”, têm seus nomes incluídos em listas de delações premiadas e escândalos relacionados às práticas desviantes. Em suma, o direito fundamental à probidade e à boa administração pública resta por ser desrespeitado neste cenário.

O assunto diuturnamente figura em páginas das vastas doutrinas de direito público, como também em páginas policiais de periódicos e autos de processos de tribunais de contas e varas criminais, por conta de práticas ilegais. Adicione-se a isto, a gravidade de tais atos em uma época de austeridade e restrição orçamentária como a que acomete o país nos dias de hoje. Afinal, já há pouca verba para a Administração Pública contratar e o montante efetivamente disponibilizado, quando mal empregado, gera impactos ainda mais danosos. Fato é que uma lei de tamanha importância (e inovadora) que teve em sua concepção um ideal de moralizar as compras públicas, também ganhou certo destaque pelo alto grau de descumprimento das regras nela estabelecidas.

Com isto em mente, a tônica principal da pesquisa residirá em descortinar o que configura a violação do direito fundamental à boa administração pública decorrente de atos de má gestão na condução dos certames licitatórios. Neste sentido, recorrer-se-á ao método fenomenológico para analisar o ente tal como ele se apresenta no mundo da vida, consubstanciando o estudo em uma análise administrativista e constitucional, em conjunto com a antropologia. Na ocasião tentar-se-á desvelar o que é esta má gestão na condução dos certames licitatórios e o motivo que leva agentes ímprobos e desleais a agirem em descompasso com o ordenamento jurídico, buscando demonstrar que um dos principais focos do problema estaria na raiz cultural de parte do povo brasileiro. Ou seja, a imoralidade, a malandragem, o “jeitinho brasileiro”, a total ausência de solidariedade, o deboche com aquele que prima pela seriedade e o patrimonialismo, são comportamentos até certo ponto já relativamente banalizados na cotidianidade brasileira e usados para o mal por alguns servidores públicos por ocasião da realização de certames licitatórios, com o ideal de que podem vir a ficar impunes e não serem alcançados pela justiça.

Dessa maneira, a fim de realizar a metodização das temáticas ora estudadas, esta pesquisa dividir-se-á em cinco capítulos. Na primeira etapa será invocado o direito fundamental à boa administração pública, de modo a trazer a abordagem europeia acerca do instituto, demonstrando que a matéria encontra-se positivada na Carta de Direitos Fundamentais e possui caráter vinculante, bem como será sublinhado que a Itália é um dos berços da temática no velho continente, estando a matéria expressa em seu texto constitucional e figurando com frequência em estudos e discussões acadêmicas.

A seguir, será mencionado o tratamento do tema no ordenamento jurídico pátrio, com o fito de demonstrar que mesmo a matéria não encontrando-se positivada de modo literal, o fenômeno é notado de modo implícito e subliminar, a partir de uma interpretação extensiva dos preceitos constitucionais previstos no inciso III do artigo 1º, parágrafo 2º do artigo 5º e artigo 37, garantindo-se ao administrado uma prestação de serviços públicos de acordo com a legalidade, eficiência, moralidade, sustentabilidade, probidade, publicidade, celeridade e impessoalidade.

Adicionado a isto, será mencionado que o direito à boa administração do utente do serviço público também deve ocorrer no que tange aos certames licitatórios, que devem se proceder de modo liso, probo e na busca pela proposta mais vantajosa para a Administração Pública a ser alcançada através de um julgamento objetivo. O referencial teórico da pesquisa será Juarez Freitas.

No segundo capítulo, a abordagem versará sobre as questões atinentes aos fundamentos da República Federativa do Brasil, relacionando o tema com o republicanismo, neorepublicanismo e com a ideia de liberdade como “não interferência”. Nesta altura será traçado um paralelo do tema e do não atingimento na plenitude das promessas constitucionais, quando então apontar-se-á que a lei maior tão bem quista e esperada por ocasião da assembleia nacional constituinte, passou a ficar um tanto quanto desacreditada, por parte de certos brasileiros.

Posteriormente, no terceiro capítulo serão trazidos os apontamentos gerais sobre as licitações no Brasil, indicando algumas de suas principais características, tal como histórico da legislação concernente às compras públicas no país, modalidades licitatórias, princípios norteadores e alguns atos de má gestão na condução dos certames licitatórios, sem a pretensão de esgotar o tema, nem mesmo de trazer à obra um *status* de manual conceitual e sim para tentativamente exemplificar o escopo da pesquisa e a órbita sobre a qual a mesma se refere.

No quarto capítulo, o trabalho volta-se para a abordagem sobre alguns aspectos que podem ser considerados como origem dos atos de má gestão e que levam alguns agentes públicos ao cometimento de atos fraudulentos. Neste sentido serão estudados os fenômenos da ausência de solidariedade dos gestores, com o viés de apontar que este instituto não se faz presente na vida desse grupo de servidores públicos. Desse modo, violam este direito fundamental e

ignoram os itens 1 e 2 do artigo do artigo 29 da Declaração Universal de Direitos Humanos. Outrossim, buscar-se-á dialogar a postura de tais agentes com o fenômeno da banalidade do mal. Então será enfocada a imoralidade administrativa e o “menosprezo à seriedade”, o enaltecimento ao “jeitinho brasileiro” e à malandragem em uma abordagem antropológica, cujo enfoque está atrelado às raízes culturais brasileiras.

Por fim, no derradeiro capítulo deste estudo, o de número cinco, serão apontados os “danos reflexos” decorrentes dos atos de má gestão na condução dos certames licitatórios, que culminam na escassez dos direitos fundamentais e sua conseqüente não efetividade plena nos termos prometidos pela garantista Constituição Federal de 1988.

Ainda nesta fase, a análise pontuará a vedação ao retrocesso, no sentido de elucidar este princípio que preceitua que uma vez atingido determinado patamar de direitos, o cidadão não poderia se ver privado dos mesmos pelo Estado, de modo a ter uma condição de vida em níveis piores dos que o que já atingira. Assim, o Estado não poderia os suprimir, reduzir ou torná-los vulneráveis, inclusive no que tange ao direito fundamental à boa administração pública.

Serão neste momento trazidas duas teorias de modo a ilustrar as conseqüências danosas no povo brasileiro que advêm destas lastimáveis práticas escusas, apontando, assim, que o sentimento constitucional do brasileiro, tão inflado à época da constituinte de 1987 hoje resta esvaziado. Ademais, será sublinhado que o povo brasileiro, sofrido e carente de efetivação plena de direitos, ante o tratamento estatal que lhe vem sido conferido, pode ser visto como *ícone* por conta dos atos de má gestão que culminam com o mau uso das verbas públicas que acabam por ser destinadas em alguns casos a rubricas diversas daquelas que realmente necessitam.

Mostra-se relevante sublinhar que a aludida falta de seriedade com as finanças públicas compromete toda a coletividade. Por exemplo, quando um determinado órgão em seu planejamento estima gastar duzentos mil reais para adquirir gêneros alimentícios e face a um ato de má gestão (desídia do administrador, por exemplo), gasta trezentos mil reais, o balanço financeiro do ente vai restar comprometido, pois o seu orçamento não vai ter sido respeitado e o preço médio constante das pesquisas de preços ignorado por completo. Por conseguinte, de certo haverá uma espécie de “dano reflexo”, pois a verba que seria destinada à aquisição de

livros de uma escola, por exemplo, terá sido desviada para outros fins e, assim, um direito fundamental - à educação, *in casu* - passa a não ser concretizado.

Desta feita, ultrapassada a premissa inicial de que o direito fundamental à boa administração pública encontra guarida no ordenamento jurídico pátrio e que a má gestão na condução dos certames licitatórios representa uma violação ao citado direito, o trabalho passará pelo momento de responder ao seu problema: o que configura estes atos de má gestão na condução dos certames que violam o direito fundamental à boa administração pública? Na oportunidade, serão indicados que no mundo da vida os atos desviantes de burla, corrupção, desídia, simulação, fraudes, cartel e improbidade administrativa desvelam-se como o fenômeno da má gestão, que na visada de alguns agentes públicos descompromissados, seria a melhor alternativa para tratar a *res pública* misturando o público com o privado.

Assim, o drible nas leis mostra-se a melhor alternativa para estes poucos agentes, algo mais audaz que seu cumprimento, denotando suas facetas de ignorarem a solidariedade e de banalizarem o mal, vivendo com a sensação de que estão acima da lei e acreditando na impunidade. Cabe aqui assinalar que esta conduta refere-se a uma minoria dos servidores públicos brasileiros, sendo certo que a maioria é formada por pessoas sérias e honradas que muito lutaram para alcançar seus cargos e diariamente se empenham para mantê-los e respeitam a coisa pública.

Isto posto, por meio desta ousada tentativa, o presente estudo poderá servir de base para pesquisas de maior profundidade acerca da matéria. Da mesma maneira, subsidiar, eventualmente, a implementação de políticas públicas mais eficazes que venham a efetivamente lutar para erradicar esse grave fenômeno e assim cumprir plenamente os preceitos regulamentares de que a Administração Pública sempre contrate através de procedimentos licitatórios lisos, buscando a real proposta mais vantajosa. Desse modo, o Estado estará cumprindo o mandamento constitucional da boa administração pública, honrando o direito fundamental do cidadão e fazendo com que as promessas tornem-se algo efetivo e pleno.

1º O DIREITO FUNDAMENTAL DO CIDADÃO À BOA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NA CONDUÇÃO DOS CERTAMES LICITATÓRIOS

O Direito é alvo de profundas mutações e aprimoramento consoante o passar dos anos, na busca por uma maior e melhor adequação do texto ao contexto, fenômeno este que também é notado com a Administração Pública.

Por muito tempo imperou a ideia de que o Estado era o soberano absoluto e sua vontade era feita acima de tudo e de modo autoritário. Felizmente hoje o panorama é diverso, surgindo e crescendo a ideia de uma Administração Pública prestacional, revestida de um caráter de efetiva prestação de serviço ao público. Assim, os utentes dos serviços públicos cada vez mais conhecem seus direitos, suplicam por sua prestação eficiente e buscam uma maior participação popular nos processos decisórios do Estado.

Com isto em mente, a ideia de boa administração toma contornos de grande monta, caracterizando-se como um importante instrumento de orientação e concretização dos pilares republicanos.

Juarez Freitas define a boa administração como “o direito fundamental do cidadão à boa administração pública eficiente e eficaz, proporcional, cumpridora de seus deveres, com transparência, sustentabilidade, motivação, imparcialidade e respeito à moralidade, à participação social e à plena responsabilidade por suas condutas comissivas e omissivas” (2014, p. 21).

Nesse sentido, a Administração Pública na persecução de sua missão deve sempre agir em consonância com a estrita legalidade e com os ditames constitucionais da melhor forma possível com o fito de garantir aos cidadãos um serviço público eficiente, eficaz e com respeito aos ditames da moralidade administrativa. E mais, novos hábitos no bojo das relações administrativas passam a ser instaurados com o fito de libertá-las de “poderes exorbitantes” e de prioridades de curto prazo (FREITAS, 2014, p. 17).

Na mesma linha, José Eduardo Figueiredo Dias e Fernanda Paula Oliveira (2009, p. 121) apontam que “[...] a Administração Pública lança mão de variadíssimos instrumentos para cumprir as funções públicas que lhe são assinaladas, escolhendo-os e combinando-os de modo a prosseguir da forma mais eficaz e eficiente os objetivos de sua atuação”.

A assertiva acima reflete uma vertente da boa administração, pois a Administração Pública agindo, não o faz em seu nome, consoante seu bel-prazer ou como convier ao agente ocupante daquele cargo público. Pelo contrário, ela representa uma comunidade, motivo pelo qual a eficiência deve ser a meta quando de sua ação.

Em uma espécie de indicação da meta da boa administração Jaime Rodríguez-Arana Muñoz destaca que “de uns tempos para cá, os termos boa administração ou bom governo tem salpicado a vida das empresas e dos órgãos públicos de maneira crescente em uma tentativa de melhorar o conteúdo da própria atividade de governo ou administração” (2012, p. 13). Trata-se assim, de um instrumento de gestão, da busca pela melhoria dos processos e dos programas internos de cada ente.

No que concerne à definição conceitual do instituto, a doutrina italiana teve grande contribuição. A matéria neste país é objeto de profundo estudo e análise por parte de seus doutrinadores. Outro fator que corrobora este entendimento reside no fato de que o artigo 97 da Constituição Republicana Italiana (de 1947) faz menção a este conceito, quando acentua os padrões de conduta da Administração Pública, nos seguintes termos:

Le pubbliche amministrazioni, in coerenza con l'ordinamento dell'Unione europea, assicurano l'equilibrio dei bilanci e la sostenibilità del debito pubblico.
I pubblici uffici sono organizzati secondo disposizioni di legge, in modo che siano assicurati il buon andamento e l'imparzialità dell'amministrazione.
Nell'ordinamento degli uffici sono determinate le sfere di competenza, le attribuzioni e le responsabilità proprie dei funzionari.
Agli impieghi nelle pubbliche amministrazioni si accede mediante concorso, salvo i casi stabiliti dalla legge¹.

¹Em tradução livre: a Administração Pública é organizada consoante previsão legal, garantindo-se o bom andamento e a imparcialidade da Administração. No ordenamento das repartições são determinadas as esferas de competência, as atribuições e as responsabilidades próprias dos servidores. Os agentes públicos acedem ao cargo mediante concurso, salvo nas hipóteses previstas em lei. Disponível em: <http://www.cortecostituzionale.it/documenti/download/pdf/Costituzione_della_Repubblica_italiana_agg2014.pdf>>. Acesso em 06 out. 2017.

Nota-se que há um imperativo na lei maior daquele país, no sentido de garantir a legalidade, o bom andamento da máquina e a imparcialidade da administração no trato com o administrado de modo a gerir a coisa pública de modo eficiente e probo.

Neste sentido, Aldo Sandulli (1989, p. 584), jurista italiano, pontua que a boa administração exige uma ação do agente público para que se promova uma Administração Pública eficiente e apropriada, com o devido respeito à lei, de modo a satisfazer o interesse público.²

Domenico Sorace (s.d.), por sua vez, observa que o citado bom andamento da Administração Pública previsto na lei poderia ser entendido como (mas não só) um mandamento para que a Administração Pública seja eficaz, eficiente e econômica; e portanto a boa administração pública também é compreendida como uma prescrição constitucional cuja observância incide radicalmente sobre a qualidade de vida³.

A boa administração também é analisada sob a lente da moralidade, a partir dos ensinamentos do autor francês Maurice Hauriou, vindo este a ser considerado o jurista pioneiro em trabalhar esta questão. Hauriou estatui que a Administração Pública teria que seguir certas regras de conduta no seu atuar, que iria além do simples cumprimento da lei. Deveria sim o servidor agir de modo ético, atentando-se à noção de boa-fé. Contrariava-se assim, o positivismo que imperava à época (OSÓRIO, 2007, p. 42 e ss).

Com isto em mente, percebe-se que o direito à boa administração pública aos poucos passou a integrar parte das mais diversas agendas políticas de Estados modernos, fazendo com que os agentes públicos viessem a ser cada vez mais cobrados quando da emanção de seus atos. Resultados efetivos devem ser alcançados em consonância com a pauta da probidade e moralidade administrativa. Foi nessa esteira que a boa administração de modo gradativo

²Tradução própria. No original: “Il principio di buona amministrazione exige che l’azione amministrativa sia necessariamente esplicata in vista dela realizzazzione di una amministrazione efficiente ed appropriata (“congrua”): cio vuol dire che essa deve essere svolta – naturalmente nel rispetto dela legge – in vista dela soddisfazione dell’esigenza che l’interesse coletivo en generale (interesse pubblico genérico)”. Contudo, cabe apenas uma ressalva: o referido jurista italiano na transcrição supra menciona a boa administração como um princípio, ao passo que neste trabalho ela é tida como um direito fundamental. Todavia, o conteúdo do conceito assinalado converge com os postulados deste estudo.

³Tradução própria. No original: “Il buono andamento dell’amministrazione di cui all’art. 97 Cost. può ben intendersi come (anche se non solo: v. C. Pinelli) prescrizione di un funzionamento delle amministrazioni pubbliche che sia efficace, efficiente ed economico; e dunque la “buona amministrazione” (anche) così intesa è una prescrizione costituzionale la cui osservanza incide radicalmente sulla qualità della vita”.

surgiu no mundo jurídico até alcançar o elevado patamar de direito fundamental expressamente previsto na Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia.

1.1 A PREVISÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À BOA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NA CARTA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS DA UNIÃO EUROPEIA

O advento da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia assinalou um marco importante no ordenamento jurídico comunitário e o objetivo político que motivou a ideia de sua aprovação foi sublinhar a importância dos direitos fundamentais no ordenamento comunitário, aumentando a sua visibilidade no âmbito da União Europeia (SOARES, 2002, p. 5).

Nesse tom, António Vitorino observa que a Carta proporciona uma segurança jurídica significativa, permitindo melhorar o nível de proteção dos direitos fundamentais na União Europeia (2002. p. 14).

Dentre os direitos fundamentais previstos neste relevantíssimo texto, aparece a boa administração, que passou a constar de seu artigo 41, conforme abaixo:

Artigo 41.

Direito à boa administração

1. Todas as pessoas têm direito a que seus assuntos sejam tratados pelas instituições ou órgãos da União de forma imparcial, equitativa e num período razoável.
2. Este direito compreende, nomeadamente:
 - o direito de qualquer pessoa a ser ouvida antes de a seu respeito ser tomada qualquer medida individual que a afete desfavoravelmente.
 - o direito de qualquer pessoa a ter acesso aos processos que se lhe refiram, no respeito dos legítimos interesses da confidencialidade e do segredo profissional e comercial.
 - a obrigação, por parte da administração de fundamentar as suas decisões.
3. Todas as pessoas têm o direito à reparação, por parte da Comunidade, dos danos causados pelas suas instituições ou pelos seus agentes no exercício das respectivas funções, de acordo com os princípios gerais comuns às legislações dos Estados-Membros.
4. Todas as pessoas têm possibilidade de se dirigir às instituições da União numa das línguas oficiais dos Tratados, devendo obter uma resposta na mesma língua.

Tem-se que a introdução desse instituto na Carta, que tem aplicação universal, uma vez que pode ser invocado por qualquer pessoa, muito se deve às solicitações do Provedor de Justiça⁴ (SOARES, 2002 p. 62).

Diferentemente do que ocorre no Brasil quando o sentimento constitucional mostra-se esvaziado para muitos brasileiros e parte do povo sente-se “iconizado”, na Comunidade Europeia o povo gradativamente possui mais voz ativa seja como detentor de direitos, seja como legitimador da construção europeia, como leciona Maria José Rangel de Mesquita:

Os povos dos Estados membros, na sua qualidade de cidadãos e titulares de direitos de participação política foram adquirindo, ao longo da construção europeia um lugar cimeiro não só como sujeitos de direito da ordem Jurídica Comunitária e, depois, da União Europeia, beneficiários de direitos – mas também – e sobretudo – como elemento legitimador da construção europeia, quer diretamente através de sufrágio direto e universal para eleição dos seus representantes no Parlamento Europeu, quer indiretamente através do sufrágio para eleição dos titulares dos órgãos de soberania dos Estados membros (2010, p. 71).

Cabe, contudo, assinalar em termos históricos que o patamar alcançado pela Carta, qual seja, o estatuto jurídico de normatividade vinculativa, não se deu por ocasião do advento do diploma em tela. Esse status apenas foi alcançado com a adoção do Tratado de Lisboa⁵.

Neste sentido, vale transcrever conteúdo elucidativo constante do sítio eletrônico do Parlamento Europeu que elucida essa nova contextualização alcançada:

A Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia foi solenemente proclamada pelo Parlamento Europeu, pelo Conselho e pela Comissão, em Nice, em 2000. Na sequência de alterações que lhe foram introduzidas, foi novamente proclamada em 2007.

Todavia, esta proclamação solene não tornou a Carta juridicamente vinculativa. O projeto de Constituição para a Europa assinado em 2004, caso tivesse sido adotado, ter-lhe-ia conferido caráter vinculativo. Porém, o fracasso do processo de ratificação (1.1.4.) fez com que a Carta permanecesse, até à adoção do Tratado de Lisboa, uma mera declaração de direitos.

Em 1 de dezembro de 2009, a Carta tornou-se juridicamente vinculativa. O artigo 6.º, n.º 1, do Tratado da União Europeia (TUE) estipula que «a União reconhece os direitos, as liberdades e os princípios enunciados na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia [...], que tem o mesmo valor jurídico que os Tratados». A Carta constitui, portanto, direito primário da UE: enquanto tal, serve de

⁴O provedor de Justiça é uma figura prevista no artigo 43 da Carta, que receberá petições de qualquer cidadão da União Europeia ou qualquer pessoa com residência em algum Estado Membro, “respeitantes a casos de má administração” na atuação das instituições ou órgãos comunitários.

⁵Conforme estatuído pelo Parlamento Europeu, vale citar que: “O Tratado de Lisboa confere à UE uma personalidade jurídica própria. Deste modo, a União passa a ter capacidade para concluir tratados internacionais nos seus domínios de competência ou para aderir a uma organização internacional. Os Estados-Membros só podem celebrar acordos internacionais conformes com o direito comunitário”. Disponível em: <http://www.europarl.europa.eu/atyourservice/pt/displayFtu.html?ftuId=FTU_1.1.5.html>. Acesso em 31 out. 17

parâmetro para examinar a validade do direito derivado da UE e das disposições nacionais⁶.

Portanto, tem-se que após esse relevante fato, a conduta dos Estados membros deve ser guiada pelo conteúdo da Carta, que passa a conduzir as ações da Administração Pública na Comunidade. Afinal, como sublinhado, “trata-se de um instrumento juridicamente vinculativo que foi criado no sentido de ser expressamente reconhecido e posto em relevo o papel dos direitos fundamentais na ordem jurídica da União Europeia”⁷.

Deste modo, resta evidente que a boa administração está positivada como um direito fundamental e portanto figura como uma ordem ao dispor do cidadão europeu. Outrossim, aspecto extremamente relevante que norteia o tema no velho continente é a possibilidade de que em sendo algum cidadão lesado por qualquer Estado Membro nesse tocante, ou tendo este direito mitigado ou violado, haverá automaticamente a seu dispor uma possibilidade de interposição de demanda indenizatória a fim de reparar tais lesões.

1.2 O DIREITO FUNDAMENTAL DO CIDADÃO À BOA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NO ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO

Em sentido distinto do ocorrido na Constituição Italiana, como citado e na Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia, no ordenamento jurídico pátrio, a boa administração não é prevista de modo expresso em textos normativos. Ela acaba por ser desvelada através de uma leitura do parágrafo segundo do artigo 5º da Constituição Federal: “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

Concomitantemente ao dispositivo supracitado, a exigência constitucional do atendimento pela Administração Pública dos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, em especial este último, também é parte do conteúdo formador do direito à boa administração do cidadão.

⁶Tal explanação acerca do estatuto jurídico e histórico da Carta encontra-se disponível em :<<
http://www.europarl.europa.eu/atyourservice/pt/displayFtu.html?ftuId=FTU_1.1.6.html>>. Acesso em 29 out.17.

⁷*Ibid.*

Desse modo, consoante será desenvolvido nesta etapa do estudo, a boa administração corresponde a um direito do cidadão, do utente do serviço público a uma administração proba e eficiente em consonância com os preceitos republicanos e corolários constitucionais. Para alcançar este objetivo, deve-se garantir ao cidadão um direito à administração transparente; à garantia da ampla defesa e do contraditório (administração dialógica); à administração imparcial, preventiva, efetiva e eficaz (FREITAS, 2007, p. 20-21). Adicione-se a isto, a especial atenção que a Administração pública deve ter em relação aos critérios de sustentabilidade quando do exercício de suas funções. É exatamente nessa linha que se mostra imprescindível a prática de uma renovada governança pública compromissada com as presentes e futuras gerações (FREITAS, 2014, p. 173).

Ademais, a boa administração guarda relação com o próprio inciso III do artigo 1º do texto magno, quando elenca a dignidade da pessoa humana como um de seus fundamentos, pelo que, inclusive é possível denotar que antes mesmo da previsão na Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia, a Constituição Federal já consagrava o direito fundamental à boa administração. Este, inclusive, é o entendimento de Ingo Wolfgang Sarlet (s.d.), consoante se verifica a seguir:

[...] Em termos de administração pública e direitos fundamentais, sempre é bom lembrar o recente e paradigmático exemplo da Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia, que consagrou expressamente o direito à boa administração. A Carta da União Europeia, nesse sentido, apenas vem coroar uma série de experiências administrativo- constitucionais na própria União Europeia, mas que temos no Brasil também. Diria que a Constituição de 1988, muito antes da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, consagrou um direito fundamental à boa administração. Todos nós sabemos onde esse direito está, principalmente (não exclusivamente), ancorado: no artigo 1º, III, que consagra a dignidade da pessoa humana como fundamento da República e no artigo 37, onde estão elencados os princípios diretivos da administração pública. Com efeito, uma boa administração só pode ser uma administração que promova a dignidade da pessoa e dos direitos fundamentais que lhe são inerentes, devendo, para tanto, ser uma administração pautada pela probidade e moralidade, impessoalidade, eficiência e proporcionalidade. A nossa Constituição, como se percebe, foi mais adiante. Além de implicitamente consagrar o direito fundamental à boa administração, ela já previu expressamente os critérios, diretrizes, princípios que norteiam e permitem a concretização dessa idéia de boa administração. Então, diria que a nossa Constituição, na verdade, já antes da Carta da União Europeia, pelo menos no âmbito formal, talvez tenha ido até mesmo além da própria União Europeia. É claro que esses documentos transnacionais, internacionais são de modo geral bem mais cautelosos do que os constitucionais, pois administram uma série de compromissos de diversos Estados, optando por uma pauta mínima. Ou seja, quanto mais vamos para o âmbito internacional, mais a pauta é minimalista em termos de direitos fundamentais, o que se percebe especialmente no campo dos direitos sociais, econômicos e culturais [...].

Portanto, muito embora não haja previsão legal expressa, ou seja, uma norma jurídica no Brasil que de modo literal faça menção ao direito fundamental à boa administração, este direito existe no país e na visão supracitada de SARLET, ela inclusive, está ligada à dignidade da pessoa humana.

Registra-se que neste ato de notar a existência do direito fundamental à boa administração no texto constitucional, mesmo não estando o mesmo literalmente previsto, a fenomenologia auxilia neste tocante e respalda esta tese.

Neste sentido, vale citar o grande “pai da fenomenologia”, Edmund Husserl, que assim define este método:

Fenomenologia- designa uma ciência, uma conexão de disciplinas científicas; mas ao mesmo tempo e acima de tudo “fenomenologia” designa um método e uma atitude intelectual: a *atitude intelectual* especificamente *filosófica*, o *método* especificamente *filosófico* (2015, p. 44).

Dessa maneira, mesmo não positivado no texto constitucional, o fenômeno (no caso do direito fundamental à boa administração) se desvela⁸ e o intérprete constitucional, constata a sua existência no mundo da vida. Isto se descortina, justamente por se tratar a fenomenologia do método da evidência e de uma filosofia primeira (CAPALBO, p. 49).

Como bem salienta Juarez Freitas (2015, p. 128) “o direito fundamental à boa administração vincula, interna e externamente, o agente público para as prioridades cogentes da Lei Fundamental e força a inserção de novas ferramentas, sobretudo a avaliação estendida dos impactos das decisões administrativas”.

O cidadão ao suplicar um serviço público faz jus a uma prestação eficiente, lisa, proba, proporcional, com uma duração razoável, ao direito à informação, ao direito de petição, entre tantos outros corolários: em suma, tem direito a uma boa administração. Afinal, não basta a Administração Pública dar fim a um processo (isso pode durar muitos anos), deve sim o fazer em tempo razoável. Salienta-se, neste tocante que os princípios administrativos são de significativa valia de modo a guiar o agente público com o fito de “garantir a boa

⁸Sobre esta questão do fenômeno se mostrar para o intérprete através da elucidação, vale ressaltar que Husserl ao diferenciar a fenomenologia de ciências matemáticas pontua que: “O que a diferencia das ciências apriorísticas objetivantes é o seu método e o seu objetivo. A fenomenologia procede elucidando visualmente, determinando e distinguindo o sentido. Não teoriza nem matematiza; não leva a cabo explicações algumas no sentido da teoria dedutiva” (2015, p. 85).

administração que se consubstancia na correta gestão dos negócios públicos e no manejo dos recursos públicos (dinheiro, bens e serviços)” (SILVA 2011, p. 667).

Neste tocante de “guia” aos administradores, Juarez Freitas (2015, p. 117) observa que é exatamente o direito fundamental à boa administração que serve de norte das escolhas administrativas, com observância das prioridades constitucionais.

Já Vanice Regina Lírio do Valle (2011, p. 162) defende em uma lente objetiva que o direito fundamental à boa administração se identifica com aquele comprometido com a governança, com a gestão democrática da coisa pública, aberto às contribuições, censura e controle da sociedade civil organizada.

Outro aspecto relevante do direito fundamental à boa administração pontuado por Juarez Freitas reside no fato de que este “assimilado com rigor, favorece a releitura da responsabilidade do Estado, notadamente para combater, além dos excessos de discricionariedade, a omissão, isto é, o não exercício devido das competências discricionárias” (2007, p. 62). Isto se justificaria com as palavras do próprio Freitas, quando alega que não há discricionariedade administrativa imune a controle (2007, p. 123).

Desse modo, tem-se que por ocasião da prestação do serviço público, da emanção de atos administrativos e da realização de seu múnus, o agente em atuando livremente e sem a observância dos preceitos constitucionais estaria ferindo o próprio direito fundamental à boa administração.

Ante o exposto, como narrado, o direito fundamental à boa administração, embora não estatuído de modo expresse e literal em normas nacionais, encontra-se de modo implícito no texto constitucional. Nota-se sua presença no inciso III, do artigo 1º, no artigo 37 e no próprio parágrafo 2º do artigo 5º corrobora este entendimento.

Negar eventualmente sua existência pelo fato de não haver previsão expressa na lei, representaria uma decisão adotada por meio de uma interpretação legalista e fria, abdicando dos princípios na sua resolução, sem enxergar o fenômeno como ele se apresenta o que poderia acarretar graves ofensas aos direitos fundamentais. Sobre essa questão de interpretação, Freitas registra que:

Deve o intérprete, com sabedoria (senso evolutivo, sensibilidade superior e explicitação lúcida dos fundamentos), contribuir para a descoberta e para a formação tópica do sistema jurídico, em sintonia com os objetivos fundamentais do Estado Democrático (2010, p. 290).

Outrossim, para corroborar com o posicionamento trazido neste estudo, cabe aqui traçar um paralelo com a teoria de Ronald Dworkin, quando o mesmo defende a existência de alguns direitos através da leitura moral da Constituição, em consonância com os princípios. Afinal, quando aborda a busca pela resposta correta, aponta que uma decisão simplesmente focada na interpretação literal, seria legalista e fria, ignorando os princípios na sua resolução, podendo culminar em violações aos direitos fundamentais.

Vale ressaltar que Dworkin figura como um crítico do entendimento dos positivistas, já que em sua visão o sistema jurídico é composto por princípios e regras (e não só por regras como entendiam os positivistas). Sua preocupação remonta aos casos difíceis, pois em não havendo previsão legal sobre determinada conduta, o Juiz - pelos positivistas - decidiria como lhe conviesse, dando então margem à discricionariedade⁹.

No tocante ao seu viés crítico, transcreve-se o próprio Dworkin (2016, p. 127):

[...] O positivismo jurídico fornece uma teoria dos casos difíceis. Quando uma ação judicial específica não pode ser submetida a uma regra de direito clara, estabelecida de antemão por alguma instituição, o juiz tem, segundo tal teoria o “poder discricionário” para decidir o caso de uma maneira ou de outra [...].

Em termos concretos, para ilustrar seu exemplo, Dworkin invoca a primeira emenda da Constituição norte-americana¹⁰ e a seguir pontua que todos (juízes, advogados e cidadãos) tem o dever de interpretar e aplicar dispositivos abstratos (“liberdade de expressão”) considerando que eles se referem a princípios morais de decência e justiça (DWORKIN, 2006, p. 2).

Esta breve passagem acerca do entendimento Dworkiano sobre a força dos princípios e do direito colocado de modo “abstrato” nas normas, se amolda a este estudo, pois o que vai

⁹Dworkin ao criticar esta possibilidade de discricionariedade e alertando para o risco da medida, mencionava que a decisão poderia vir a ser exarada consoante “o que o Juiz tomou no café da manhã”.

¹⁰No original: "Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof; or abridging the freedom of speech, or of the press; or the right of the people peaceably to assemble, and to petition the Government for a redress of grievances."

justificar a existência do direito fundamental à boa administração não será a letra da lei como visto, mas sim a hermenêutica e a fenomenologia, que conseguirão desvelar que esse direito está previsto, ainda que de modo abstrato e implícito no texto constitucional, sendo notado na interpretação de vários princípios. Afinal, para além das regras, o sistema jurídico também é formado por princípios: trata-se de uma questão de interpretação.

Mais uma vez, Juarez Freitas pontua com maestria a questão, ao asseverar que uma boa interpretação é aquela que desde sempre pretende-se juridicamente aberta e coerente (FREITAS, 2010 “a”, p. 335). Mostra-se extremamente coerente afirmar que com base no parágrafo segundo do artigo 5º da Constituição Federal, combinado com o artigo 37 e com o inciso III do artigo 1º do mesmo diploma, existe um direito fundamental à boa administração em favor do cidadão brasileiro.

A hermenêutica é de suma relevância para a garantia deste direito no Brasil (uma vez que este direito não está posto literalmente no ordenamento pátrio), afinal “a tarefa da hermenêutica está essencialmente voltada a descortinar o sentido das normas jurídicas para, com isso, tornar claro o seu campo de atuação” (CUNHA, 2015, p. 217).

Importante, pois, é ter a consciência de que este relevante direito fundamental e ferramenta de extrema valia dos indivíduos por ocasião de sua relação jurídica e administrativa junto ao Estado existe e de modo implícito foi garantido pelo legislador constituinte originário em favor do administrado.

1.3 A LISURA NO CERTAME LICITATÓRIO COMO REQUISITO PARA UMA BOA ADMINISTRAÇÃO

A licitação é o procedimento administrativo preliminar complexo, a que recorre a Administração Pública quando, desejando celebrar contrato com o particular, referente a compras, vendas, obras, trabalhos ou serviços, seleciona, entre várias propostas, a que melhor atende ao interesse público, baseando-se para tanto em critério objetivo, fixado de antemão, em edital, a que se deu publicidade (CRETELLA JUNIOR, 1995, p.13).

Portanto, o interesse público é o maior propósito da licitação na busca pela proposta mais vantajosa. Consoante se especificará a seguir, apontamentos gerais sobre os certames licitatórios serão invocados neste estudo em etapa subsequente, porém de plano deve-se enfatizar que todos os corolários constitucionais que abarcam a Administração Pública devem se fazer presentes também quando o Estado for realizar aquisições e alienações.

Quando a lei geral de licitações dispõe que os certames devem buscar a proposta mais vantajosa, tal preceito está diretamente ligado ao interesse público e à eficiência, uma vez que deve o ente que almejar efetuar uma contratação, desde a fase embrionária¹¹ do procedimento, se planejar de modo adequado, em prol do interesse público, buscando gastar o menor valor possível para conseguir o melhor bem ou o melhor serviço. Isto se dá com o planejamento adequado, verificando o efetivo quantitativo do bem ou serviço a ser contratado que se faz necessário, sem gastos supérfluos ou superfaturamentos, além da realização das demais fases do procedimento de modo apropriado. Daí, repita-se, a eficiência deve guiar a ação do órgão licitante.

Neste sentido, observa-se que a eficiência é o princípio que norteia não só a ação dos servidores envolvidos nas compras públicas, mas sim de toda a administração pública. O vocábulo guarda relação com a ideia de ação para produzir resultado de modo célere e preciso para alcançar as necessidades e anseios da população. Eficiência se contrapõe à lentidão, ao descaso, à negligência, à omissão - características habituais da Administração Pública brasileira, com raras exceções. (MEDAUAR 2012, p. 141-142). Ou seja, a eficiência, a prestação célere e precisa do serviço é um direito do indivíduo junto ao Estado. Direito este fundamental e que também configura a boa administração.

Em sintonia com este entendimento, Sandro Dezan pontua que o princípio da eficiência funciona como algo basilar do agir administrativo, relatando que a Administração e seus

¹¹Um termo de referência ou um projeto básico quando mal elaborados podem “contaminar” todo um procedimento licitatório. Por isso, os agentes públicos devem ter atenção e se planejar de modo a fazer constar em tais instrumentos a efetiva demanda do órgão que licita. Sobre este problema, vale transcrever os ensinamentos de Jair Eduardo Santana; Tatiana Camarão; e Anna Carla Duarte Chrispim, que observam não ser raro ocorrer: “Lamentavelmente, é comum encontrarmos nas contratações públicas projetos básicos e termos de referência que não tem compromisso com as necessidades da Administração Pública. O instrumento é produzido como mais um documento formal que tem de constar no processo licitatório, mas na verdade, não explicita o que se deseja contratar, as condições técnicas exigidas e os resultados esperados” (2014, p. 107).

servidores têm o dever de para além cumprir o prescrito em lei, o fazer de modo a obter o melhor resultado, o resultado ótimo para o caso concreto (2015, p. 176).

Sobre este assunto, Juarez Freitas¹² realça que o administrado possui um direito fundamental à boa administração pública eficiente e eficaz, proporcional, cumpridora de seus deveres, com transparência, motivação, imparcialidade e respeito à moralidade, à participação social e à plena responsabilidade por suas condutas omissivas e comissivas. A tal direito corresponde o dever de a administração pública observar, nas relações administrativas, a cogência da totalidade dos princípios constitucionais que a regem (FREITAS 2007, p. 20).

Como visto, o procedimento licitatório deve então atentar para a busca pelo interesse público e pela proposta mais vantajosa para o Estado. Isto correlaciona-se com a eficiência e corresponde ao direito à boa administração do cidadão. Contudo, este direito no que tange ao campo das compras públicas vai além, quando se exige do administrador a observação durante o exercício de seu múnus, de uma gama de princípios, como será estudado a seguir, mas não só: a legislação preceitua que deve haver a busca pelo desenvolvimento nacional sustentável.

Além de todos os corolários já invocados outrora neste estudo, compete assinalar esta outra obrigação relativamente recente diretamente ligada à sustentabilidade¹³, que no campo das compras públicas é rotulada como “licitações verdes”. Inclusive o direito fundamental à boa administração exige quando da tomada de decisões a eleição dos pressupostos que façam preponderar os benefícios sociais, econômicos e ambientais sobre os custos envolvidos (FREITAS, 2014, p. 13).

Trata-se da novidade advinda da lei nº 12.349, de 2010, que alterou o artigo 3º da lei das licitações. Isto é completamente compreendido, tendo em vista decorridos dezessete anos da

¹²O mesmo autor sublinha uma nova perspectiva da Administração Pública em que “[...] não se admitem gargalos, nem se abusa do “administrado”, em torturantes processos administrativos e judiciais. Investe-se, firmemente, no controle sinérgico, integrado e com duração razoável” (FREITAS, 2016, p. 219).

¹³Sustentabilidade nas palavras de Freitas é um “um valor supremo, que se desdobra no princípio constitucional que determina, com eficácia direta e imediata, a responsabilidade do Estado e da sociedade pela concretização solidária do desenvolvimento material e imaterial, socialmente inclusivo, durável e equânime, ambientalmente limpo, inovador, ético e eficiente, no intuito de assegurar, preferencialmente, de modo preventivo e precavido, no presente e no futuro, o direito ao bem-estar” (2016, p. 139/140).

lei geral, promulgada em um horizonte¹⁴ diverso daquele experimentado em 2010. Nesse sentido, foi detectada a necessidade de se adequar o texto ao contexto e implementar na mentalidade dos agentes públicos uma maior consciência socioambiental também no momento de efetuar compras públicas.

Logo, mesmo que não vá ser o próprio órgão licitante que fabricará um produto ou realizar uma obra, tem ele o dever de fazer constar no seu edital e termo de referência parâmetros técnicos concernentes às contratações de modo a exigir na contratação que o licitante vencedor tenha comprometimento no sentido de realizar o menor impacto socioambiental na entrega do objeto. Agir desta forma, também é um pressuposto da boa administração na condução dos certames.

Com relação a esta responsabilidade pela elaboração de um procedimento licitatório de formação de um contrato público ambiental e socialmente responsável, enfocando a importância da temática estar prevista na fase preliminar ao contrato em respeito aos corolários da boa administração, vale citar Maria João Estorninho:

[...] A fase inicial de qualquer procedimento de formação de um contrato público é o momento privilegiado para integrar as considerações ambientais e sociais. A decisão de contratar, a definição das necessidades a satisfazer através do contrato, a delimitação do objeto do contrato a celebrar são momentos decisivos, nos quais devem ser chamados à colação as referidas considerações sociais e ambientais.

O procedimento de formação de um contrato público inicia-se com a decisão de contratar (art. 36 CCP). Esta decisão deve basear-se numa correta avaliação das necessidades de interesse público que justificam a celebração do contrato em causa. É uma excelente ocasião para que a entidade adjudicante faça escolhas acertadas, também do ponto de vista ambiental.

Em relação a este aspecto em particular, o CCP é omissivo, mas obviamente que tais escolhas se impõem a partir dos próprios princípios gerais de contratação pública e, em especial, do princípio da prossecução do interesse público, do princípio da boa administração[...] (2014, p. 430).

A referência supracitada - em que pese a notável administrativista lusitana simbolizar a boa administração como um princípio - se encaixa ao recorte desse trabalho. Afinal, o ente se desvela da mesma maneira como ocorre quando a boa administração é tida como um direito do cidadão, tal como entendido neste estudo.

¹⁴O uso dessa expressão refere-se ao fenômeno da continuidade da linguagem, consubstanciado na teoria Gadameriana sobre a fusão de horizontes.

Em termos concretos, pode-se cotejar a referência citada à importância que deve ser dada na fase inicial do procedimento de compras públicas, ocasião em que o servidor público que vier a trabalhar nesta fase preliminar da contratação, deve se empenhar de modo a especificar o objeto de modo a fazer constar do termo de referência essa exigência sustentável: o bem deve ser produzido ou o serviço prestado de modo a trazer o menor impacto possível ao meio ambiente.

Para apontar outros exemplos dos padrões jurídicos de boa administração, recorre-se a Mário Aroso de Almeida, que elenca alguns requisitos a serem atendidos pelo Estado na garantia desse direito ao cidadão: a observância do princípio da igualdade e não discriminação; da imparcialidade; dos direitos de defesa; da proporcionalidade; da proteção da confiança; dever de fundamentação das decisões administrativas e direito de recursos, entre outros (2012, p. 68).

Outro aspecto que favorece a lisura no certame licitatório e caminha em consonância com a boa administração nos certames licitatórios reside na exigência imposta no inciso II do artigo 58 da lei geral, no que tange à fiscalização do contrato. Trata-se de imperativo normativo e até mesmo como medida preventiva para a prossecução do interesse público. Neste sentido, a administração deve nomear um fiscal para acompanhar o cumprimento das obrigações pactuadas junto ao particular contratado com o fito de assegurar o cumprimento das regras editalícias e em prol do interesse público. Essa é mais uma medida na busca pela eficiência e que assegura o direito fundamental do cidadão à boa administração.

Portanto, a justificativa dos poderes de fiscalização da Administração reside na necessidade de controlar a execução do contrato, evitando situações prejudiciais para o interesse público, de que a entidade pública contraente não viesse nunca a tomar conhecimento ou de que só viesse a aperceber-se tarde demais (ESTORNINHO, 2014, p. 487).

Desse modo, um certame liso, com planejamento, com o preço médio para a contratação sendo obtido de maneira lícita e não precária, atentando-se para o desenvolvimento nacional sustentável, sem privilégios, sem esquemas, sem cartel, com a elaboração do termo de referência e edital de modo probo e em consonância com os preceitos previstos na lei e que atendam aos mandamentos constitucionais, significa o respeito com a coisa pública, o bom trato do bem comum e o agir em nome da coletividade. Tudo isto reflete-se no direito

fundamental à boa administração e garante dignidade aos indivíduos membros da comunidade.

2º A REPÚBLICA, O NEOREPUBLICANISMO E O CONTEXTO CONTEMPORÂNEO NO BRASIL

Da mesma maneira como citado no capítulo anterior que o Direito Administrativo sofreu uma série de mutações¹⁵ ao longo dos anos, as formas de Governo também se modificam e evoluem de modo a acompanhar o amadurecimento das conquistas humanas.

Isto se justifica quando notamos o Estado de Direitos Humanos alcançado com as mais diversas lutas que fez com que os direitos fundamentais passassem a estar previstos na Constituição Federal.

Juarez Freitas (2015, p. 118), assinala que :

O Estado Constitucional, na sua gradativa afirmação (nem sempre linear) dos elementos da cidadania possui, não sem graves riscos de captura, precípuas funções de fomentar, induzir, regular e prover consoantes prioridades mandatárias. Em outras palavras, não se admitem os atos administrativos de soberania ou exclusivamente políticos, no presente estágio de constitucionalização do Direito Administrativo. Como consequência, intensifica-se (sem absolutização) o controle qualitativo: a discricionariedade (inclusive a regulatória e a de planificação); passa a ser vista como a competência administrativa (não mera faculdade) de avaliar e escolher, no plano concreto, soluções embasadas em razões robustas (fáticas e jurídicas), com estimativa segura do atendimento de requisitos formais e substanciais do direito fundamental à boa administração.

O texto acima trazido reforça a ideia de uma Administração Pública dialógica que vai buscar agir consoante os mandamentos constitucionais e em prol do cidadão, respeitando o interesse público e em simultâneo, agindo com práticas de governança em sintonia com os mandamentos constitucionais.

As palavras a seguir transcritas do professor lusitano Paulo Otero merecem constar do tópico preliminar deste capítulo, dada a sua relevância e diálogo com este trabalho:

¹⁵Sobre este tópico, Freitas assinala que “[...] o direito está em incessante movimento ou continuada variabilidade evolutiva, e deve ser interpretado à vista dessa nova evidência.” (2010, p. 207).

O Estado de direitos humanos é em primeiro lugar, um Estado humano: trata-se de um modelo de sociedade política ao serviço da pessoa humana, fazendo de cada ser humano a razão justificativa do Estado e do Direito e justificando o propósito de construção de uma sociedade globalmente mais humana e solidária.

O imperativo constitucional da edificação de um Estado humano, identificado no artigo 1º da Constituição com o empenho na construção de uma sociedade livre, justa e solidária, envolve a definição de tarefas ou incumbências fundamentais do poder político no sentido de promover uma melhor dignificação de cada ser humano: os valores da liberdade, da justiça e da solidariedade tornam-se as pedras angulares do sistema constitucional de um Estado de direitos humanos (2016, p. 31).

Em que pese o texto acima referir-se ao constitucionalismo da República Portuguesa, por simetria ele pode ser perfeitamente aplicado à realidade brasileira, uma vez que a República Federativa do Brasil também é um Estado Democrático de Direito que valoriza a dignidade da pessoa humana e prevê diversas ações e garantias de cunho social.

Data de 15 de novembro de 1889 a proclamação da República e em 1891 houve a promulgação daquela considerada como a primeira Constituição Republicana, buscando instaurar no país uma ordem jurídica sob um novo manto, distanciando-se dos ideais da monarquia que marcavam o texto anterior. Registra-se, preliminarmente, que a República é uma organização política que deve servir ao homem e não o homem que deve servir aos aparelhos políticos (CANOTILHO, 2003, p. 225).

Historicamente o país passou por algumas transformações e períodos marcantes em sua história, como por exemplo, vale citar: “República das Oligarquias”; “Política do café com leite”; e “Coronelismo”. Inclusive, houve a caracterização de um período como “República Velha” e pós 1985 a época da chamada “Nova República”.

Fato é que o presente trabalho não vislumbra adentrar em questões históricas de modo aprofundado, nem mesmo faz uso do método histórico para seu desenvolvimento. Contudo, serve esta etapa para indicar que o Brasil é uma República, viveu em cento e vinte anos alguns momentos históricos peculiares e no momento pode-se dizer que enfrenta uma fase de neorepublicanismo, assim, a terminologia República sofreu mudanças conceituais e políticas.

Assinala-se, no que pertine ao termo república, que etimologicamente, a sua origem advém do latim *res publica*, que significa a coisa do povo. Tal conceituação remonta à Roma e ao ideal “Ciceroniano”. Assim, a conceituação estaria relacionada ao bem comum, aquilo que é do povo. Daí que a república é definida como a “forma de governo na qual o Estado tem em vista servir à coisa pública e aos interesses comuns dos cidadãos”¹⁶.

De acordo com Skinner, historicamente as ideias republicanas estavam presentes no final do período renascentista na Itália em alguns centros e foi Veneza o que exibiu os mais duradouros apegos aos tradicionais valores da independência e auto governo. Daí que nos idos de 1297, era considerada a república sereníssima (1999, p. 160).

Skinner ao abordar a temática da república invoca Maquiavel, a quem rotula como um republicano por convicção e formação (1999, p. 174) e que entendia que a mesma deveria fundar-se no povo e que teria a sua melhor forma quando todas as espécies de homens se misturassem (1999, p. 179/180).

Nos dias atuais, encontra-se em voga a terminologia do neorepublicanismo, fenômeno este que ocupa um considerável espaço na academia e se faz presente em distintas disciplinas. Salienta-se que o neorepublicanismo embora possa ter perspectivas diferentes nas áreas que é citado, apresenta um traço comum em sua origem, que é oriunda inclusive de um contexto acadêmico anglo-saxônico.

Desse modo, cabe observar que o neorepublicanismo acresceu outra dimensão à linguagem republicana: o espírito cívico, a virtude frente à corrupção, o regresso a uma tendência de valorização dos princípios, uma educação voltada efetivamente para a cidadania. Isso revela que nas origens da modernidade constava não só a teoria dos direitos naturais, mas também era um período em que Maquiavel¹⁷ estava em evidência, após ponderar que a política deveria se desvincular dos preceitos que vigoravam na Antiguidade e Idade Média, em uma espécie

¹⁶Consoante definição do dicionário Michaelis. Disponível em: <<<http://michaelis.uol.com.br/moderno-portugues/busca/portugues-brasileiro/republica/>>>. Acesso em 07 de janeiro de 2018.

¹⁷Registra-se que nesta nova visada trazida por Maquiavel, dois fatores marcaram muito o seu pensamento, cujas definições serão a seguir apontadas de modo exemplificativo e raso: Virtú, que corresponderia a uma série de atributos que em existindo alçariam um governante a bons resultados em termos políticos. O príncipe deveria agir politicamente dentro da realidade. Este teria então a disposição de fazer o que fosse preciso para alcançar a glória e a grandeza cívica, quer as ações sejam intrinsecamente boas ou más (SKINNER, 2010, p 75); e Fortuna que está atrelada ao senso de oportunidade: o príncipe então, deveria estar apto a enfrentar o imprevisto, momento em que eventual infortúnio pudesse surgir.

de rompimento com a questão religiosa, (com “Deus” como justificativa para tudo), com os valores cívicos ganhando espaço.

Como pontua Skinner, Maquiavel entendia que a meta de manter a liberdade e a segurança de uma república representava o valor mais decisivo e elevado da vida política, pelo que entendia que a atuação do príncipe deveria ser a mais virtuosa possível (1999, p. 203).

Sob o prisma político e jurídico, o moderno republicanismo traz à baila a dúvida se homens e mulheres poderiam continuar a ser livres e senhores do seu destino em um mundo em que os mecanismos da representação, através dos partidos políticos, dos grupos de interesses e a profissionalização da política põem em causa justamente essa liberdade. A resposta residiria em uma espécie de volta aos princípios da virtude, do civismo, da responsabilidade, à tradição dialógica, próprios do republicanismo atlântico e continental, conferindo à constituição um papel insubstituível como *lar* para a deliberação política (PINTO, 2001, p. 461/480).

Mostra-se viável cotejar a teoria proposta por Ricardo Leite Pinto nos termos supracitados com o atual panorama vivido no Brasil. Lamentavelmente o cenário ora enfrentado pelo povo é de crise, de descrença em certas instituições e em alguns membros do parlamento, pelo que a deliberação e a busca por uma efetiva representatividade pode aparecer como uma boa alternativa para a superação deste conturbado momento.

Ademais, o direito fundamental à boa administração como visto no capítulo anterior, se faz presente no ordenamento jurídico pátrio, mas seu reconhecimento está atrelado a um viés republicano, pois guarda relação com a coletividade (bem comum a ser alcançado), e a um direito a ser promovido/garantido pelo Estado.

O foco do presente estudo volta-se aos atos de má gestão na condução dos certames licitatórios, para demonstrar que por conta dos desvios de conduta de poucos gestores públicos, muitos brasileiros acabam por sofrer. Afinal, denota-se uma certa inefetividade estatal na prestação e garantia dos direitos fundamentais do cidadão. Ante tais falhas a boa administração que deve ser prestada pelo Estado mostra-se em alguns casos mitigada e até ignorada, fazendo com que pilares e fundamentos republicanos venham a balançar.

Daí que o viés do neorepublicanismo no qual se contesta a corrupção, onde o povo clama por concretas soluções e por um verdadeiro “basta” nos episódios de crimes de colarinho branco e burlas, surge como importante contribuição em prol de uma mudança. A segurança jurídica, um dos principais nortes da Administração Pública, em alguns casos não consegue vigorar, reitere-se, face ao comportamento inadequado de poucos, ante os inúmeros quadros de corrupção e descrença em alguns representantes do povo. Assim, a valorização da virtude e dos princípios éticos ganha cada vez mais força perante a comunidade já profundamente desgastada e esgotada por conta dos mais diversos e tristes atos de má gestão em certames licitatórios. Eis aqui, nos valores neorepublicanos uma boa alternativa, uma solução plausível para dias melhores no Brasil e para um efetivo implemento de políticas públicas de conscientização para que as licitações no país ocorram sempre de modo liso e com ampla e irrestrita competitividade.

Afinal, devem ser resgatados os objetivos republicanos e os propósitos constitucionais. Nesta esteira, vale ressaltar que o artigo primeiro da Constituição de 1988 caracteriza o Estado brasileiro como Estado Democrático de Direito. Trata-se da fórmula composta, cujas adjetivações se conjugam para identificar a feição estatal a que se pode acrescentar o caráter “social” extraído da leitura completa do texto constitucional (MEDAUAR, 2012, p. 34).

Os valores cívicos e a moralidade são instrumentos importantes no combate à corrupção. Adicionado a isso, o respeito aos princípios estabelecidos no texto constitucional e uma efetiva liberdade a ser conferida aos cidadãos podem ser instrumentos de significativa valia na busca por uma sociedade livre, justa e igualitária.

Segundo Pinzani, “o republicanismo brasileiro, contudo, se caracteriza menos pela insistência na temática das virtudes cívicas, típica do republicanismo clássico e do neorepublicanismo, e mais pela preocupação com a necessidade de fortalecer o senso da *res pública*, da coisa pública, entre os cidadãos – e isso me parece um importante ponto de distinção” (2007, p. 5).

É exatamente nesse contexto que se entende que a liberdade proposta por Philip Pettit também pode se amoldar como referencial para o presente estudo, de modo a demonstrar como uma liberdade do tipo “não interferência” seria salutar à coletividade na caminhada pelo efetivo progresso e no respeito à coisa pública.

2.1 A LIBERDADE COMO “NÃO INTERFERÊNCIA”

Em sua clássica obra “Teoria da Liberdade”, Philip Pettit sublinha que a liberdade pode ser discutida por diferentes domínios. Dessa maneira, invoca uma conceituação de liberdade até então pouco difundida, qual seja, o da liberdade como espécie de não dominação, conceito este alinhado com o ideal da liberdade republicana. O homem será livre no contexto da obra, de um modo geral, quando em determinadas situações, puder vir a ser responsabilizado por suas ações no exercício de sua liberdade (2007, p. xxi).

Como é cediço, classicamente o mundo jurídico se ateve usualmente a duas concepções de liberdade: a negativa e a positiva. Contudo, Pettit apresentou uma visada diversa e este panorama modificou-se, consoante será exposto nesta etapa.

Pettit¹⁸ (2007, p.177) reforça que traçar uma distinção entre as duas citadas formas do ideal político de liberdade fez parte da tradição jurídica. Liberdade negativa seria aquela correspondente à liberdade pela interferência, ou seja, a ação do indivíduo ocorreria sem a intervenção estatal. Haveria até uma liberdade em que o indivíduo pudesse agir de acordo com sua consciência, sem ser obstruído por terceiros, o que significaria uma ausência de interferência alheia.

No que tange à liberdade positiva, nota-se que cada indivíduo é o responsável por si mesmo, pelos seus atos, configurando-se uma espécie de “autogoverno”. Pettit (2007, p.177) acentua que essa liberdade é tida como a “liberdade dos antigos”, parafraseando Benjamim Constant. Ademais, enfoca que essa liberdade é assimilada a um ideal psicologicamente exigente de um tipo que apresenta capacidade psicológica requerida pelo controle discursivo. Haveria assim uma maior participação nas questões políticas, com mais espaço de fala e efetiva participação dos cidadãos nos assuntos de cunho público, como se fosse um tipo de domínio sobre si mesmo e sobre seus atos.

¹⁸ Outro expoente do neorepublicanismo é o já citado neste trabalho Quentin Skinner, um teórico que nos anos 80 enfatizou seus estudos nas searas da liberdade, bem como da virtude, corrupção e império da lei. O referido autor corroborava do entendimento de Pettit como “neoromano”, no sentido de que a participação política funciona como ferramenta de significativa relevância para a garantia ou concessão de uma maior liberdade. Trata-se, inclusive, de um dos grandes estudiosos de Maquiavel.

Após esta sintética exposição sobre a liberdade negativa e a positiva, é que será analisada a terceira modalidade de liberdade, apresentada por Pettit, qual seja, a republicana. A separação entre liberdade negativa e positiva para o autor parecia não ser tão relevante, pelo que deveria haver esta terceira modalidade.

Daí que Pettit apresenta uma alternativa intermediária, na qual a liberdade consistiria numa ausência, tal como a concepção negativa, sem contudo, retratar ausência de domínio pelo outro (ausência total de interferência). A proposta, então, carregaria traços conceituais semelhantes da concepção negativa de liberdade (ausência) e carregaria ainda um elemento em comum com a liberdade positiva (o foco no domínio, não na interferência). Residiria então nessa proposta de liberdade, o ideal da não dominação que tem início através da noção de interferência, pressupondo-se que uma pessoa usufrui a não dominação na medida em que ela não se expõe a um poder arbitrário de interferência por parte dos outros (PETTIT, 2007, p. 191).

Nota-se, então, que Pettit, enfatiza que encontra-se em Roma os primeiros traços republicanos, bem como que lá também estariam presentes o ideal de política como não dominação (2007, p. 208) e que Maquiavel teria sido um grande expoente do tema. Nessa mesma linha, Skinner aponta que no entendimento de Maquiavel: nunca teria havido uma república tão digna de imitação e tão bem sucedida quanto Roma (1999, p. 190); que a liberdade garantia uma forma genuinamente popular de governo (1999, p. 164); e que a liberdade era entendida como sendo a independência em face da agressão externa da tirania e assim, um povo livre seria aquele capaz de governar-se ao invés de ficar nas mãos de tiranos (1999, p. 177).

Pettit diferencia a liberdade negativa (ausência de interferência de terceiros) e a liberdade proposta por ele (não dominação), ante o modo de interferência existente. Na sua visada, seria inadmissível haver um quadro de interferência externa sob pena de dominação e arbitrariedade. Assim, na medida em que a ação do Estado não se reveste de arbitrariedade, ela não representa uma agressão para a posse do controle discursivo das pessoas (PETTIT, 2007, p. 192).

Desta feita, o neorepublicanismo estaria relacionado à liberdade como não dominação e nesse contexto, uma liberdade que até admitiria interferências, porém, que não pudessem ser de

cunho arbitrário. Como corolários do neorepublicanismo, destacam-se ainda, a participação política (considerada como participação de todos), uma efetiva soberania popular garantida através de um adequado processo eletivo e a virtude cívica (que abarca para além da já citada defesa da liberdade, o respeito pelo bem comum, o amor pela pátria e a oposição à corrupção).

Cotejando a boa administração com a liberdade, Jaime Rodríguez-Arana Muñoz pontuou que:

A vida democrática, tal e como a compreendemos, parte da concepção do homem como pessoa, como ser racional livre que a partir de sua própria condição analisa e julga os assuntos públicos, cria projetos colectivos para a comunidade e estabelece linhas de ação para executá-las (2012, p. 35).

Cabe ainda observar que Pettit aponta para a existência de dois tipos de poder dentro de qualquer mundo social, para então observar que as duas hipóteses de interferência arbitrária seriam o *imperium do Estado ou poder público e o dominium*, este último se relaciona ao poder no âmbito privado, que determinados agentes individuais ou coletivos detêm face a outros membros da comunidade (PETTIT, 2007, p. 211).

Desta feita, mostra-se plausível traçar um paralelo entre Pettit e Maquiavel, no que tange à liberdade como não interferência, de modo a indicar a luta do povo, uma vontade popular em enfrentar os abusos estatais, fatos esses que funcionariam como um mecanismo contundente na garantia da liberdade e na manutenção do poder e dos valores cívicos.

Sublinha-se que o neorepublicanismo com foco na liberdade como não dominação valoriza a questão das leis virtuosas, marcantes no ideal republicano, que garante ao povo o direito de resistência e contestação às leis arbitrárias em prol do bem comum, da *res pública*.

Cabe aqui outra transcrição de Paulo Otero, a fim de contextualizar a liberdade e o republicanismo, matérias estudadas nesta etapa, com o fito de reforçar os fundamentos do Estado de direitos humanos:

O conceito constitucional de Estado de Direito democrático pressupõe e move-se, deste modo, no contexto de um Estado de direitos humanos, mobilizando todas as funções do Estado para a concretização da liberdade, da justiça e da solidariedade: o Estado de Direito é um Estado ativo e envolve um modelo político dinâmico, teleologicamente orientado para a prossecução de tais valores (2016, p.51-52).

Desse modo, a liberdade como não interferência tal como apresentada por Pettit, poderia funcionar de modo interessante no Brasil, uma vez que o quadro enfrentado pelo país é de uma sociedade descrente em parte de seus governantes, vítima da escassez de prestação de direitos fundamentais e saturada dos incidentes de burlas e fraudes em certames licitatórios.

Portanto, um cidadão efetivamente livre poderia ter um concreto e pleno espaço para falar, para deliberar, para decidir e efetivamente opinar sobre os rumos do país sem ficar a mercê de um sistema marcado, lamentavelmente pelos casos de corrupção e descrédito. Talvez possa estar aí uma saída para novos horizontes em que valores cívicos e uma concreta democracia deliberativa pudessem imperar, ao invés da imposição de leis e regulamentos estatais que por vezes não possuem qualquer utilidade prática para o administrado e assim alguns poucos permaneçam na elite e muitos permaneçam na miserabilidade.

Diante disso, o fato a ser discutido e levantado neste estudo é o fenômeno que a liberdade prevista na lei maior brasileira como um dos principais vetores do ordenamento jurídico pátrio no atual contexto se mostra enfraquecida e os cidadãos de bem, no mundo da vida, acabam sofrendo ante a austeridade enfrentada por um Estado combalido que não consegue cumprir de modo pleno com o prometido pela lei maior.

Um dos maiores problemas que comprometem exatamente esse ideal republicano do governo do povo para o povo, essa escassez do espaço de fala, de deliberação, enfim de liberdade do cidadão brasileiro, reside na falta de respeito que alguns agentes públicos demonstram no manejo da coisa pública. O que se descortina é que tais agentes tratam-na não como um bem da coletividade e sim como se fossem seus próprios senhorios, consoante será estudado no item que se segue.

2.2 O INTERESSE PARTICULAR NA *RES PÚBLICA*

A Administração Pública e o direito administrativo são compreendidos com recurso à ideia de interesse público (REBELO DE SOUSA; MATOS, 2008, p. 207). Ou seja, o agente público quando do seu agir profissional, o faz não em nome próprio de acordo com suas vontades, pelo contrário, tem por obrigação pautar sua conduta nos termos da lei e sempre com o ideal

de que é um servidor público, que ingressou na função pública para servir ao público e cuidar da melhor forma possível do bem comum, que é de todos.

Consoante salientado em capítulo anterior, o agente público deve estar imbuído de ter a máxima eficiência por ocasião da prestação de seus serviços, buscando da melhor forma possível dentro das hipóteses legais, cumprir o mandamento do respeito a res pública. Estes possuem acesso a recursos e bens públicos em função do órgão que estão vinculados e devem portanto, proceder de modo a tratar de modo zeloso e prudente a coisa pública. Ou seja, não há espaço para autonomia de vontade, alienações e aquisições de modo aleatório e consoante bel prazer do servidor, muito pelo contrário: todos os seus atos administrativos devem ser emanados consoante o dispositivo normativo.

Entretanto, a confusão entre interesse público e privado ocorre no Brasil, é notada por conta de desvios cometidos por alguns agentes públicos, governantes e agentes políticos que deveriam agir com prudência e cumprir seu dever de cautela, sendo eficientes no trato do bem público, mas atuam de modo diametralmente oposto.

Aparenta ser difícil para os agentes ímprobos, aceitar que são cidadãos comuns que momentaneamente ocupam cargos públicos, cujos *misters* englobam o trato da coisa pública. Não se mostram capazes de gerir a coisa pública, pois confundem o que é de toda a coletividade com o que é privado. Ao invés de servirem *ao* público, servem-se *do que é* público.

Infelizmente, não são poucos os casos em que agentes públicos utilizam-se dos bens públicos para benefício próprio em total antagonismo do que se espera de um cidadão que tem acesso ao que é de todos em razão de seu trabalho. Há casos veiculados na mídia, como por exemplo: uso de carros e aeronaves oficiais para fins particulares; as “farras de diária” quando há recebimento de numerário para servidores públicos por deslocamentos não justificados; os funcionários fantasmas, entre outros.

Há na cultura brasileira, por parte de alguns, um certo problema cultural de confusão entre o interesse público e o privado. Alguns servidores públicos desonrosos buscam obter vantagens em razão do cargo. Trata-se de uma questão até mesmo patrimonialista. O governante seria um senhor, que faria jus a todos os privilégios e desmandos, em alguns casos com uma gama

de servidores ao seu dispor, sem a menor necessidade na maioria das vezes, assemelhando-se como na época em que o Brasil era uma colônia e alguns senhores que agiam como se o Estado fosse sua propriedade particular, uma “emancipação” de seus jardins.

Por óbvio não há espaço para privilégios na Administração Pública, os excessos em gastos com motoristas, garçons, a destinação de inúmeros servidores para serem alocados ao dispor de uma única autoridade, isto não pode existir em um país pobre como o Brasil. Registra-se que a Administração Pública integra o contexto geral do sistema político de um Estado, refletindo e expressando as características e distorções desse sistema (MEDAUAR, 2012, p. 38). Assim, devem os agentes públicos se pautarem a todo instante para atuarem de acordo com o princípio da legalidade estrita, sem deixar margem para ações eivadas de vícios, de manias equivocadas do patrimonialismo e práticas de corrupção.

Com o fito de se estabelecer um paralelo do assunto ora abordado com o recorte do presente estudo, vislumbra-se analisar a essência do fenômeno que se desvela: alguns poucos servidores públicos no exercício da “malandragem”, na ganância da riqueza e da vida de luxo, aceitam propinas, cometem crimes de peculato e até mesmo se corrompem, fraudando licitações. Algumas compras públicas realizam-se de modo desgovernado, sem qualquer limite, controle e quem fica lesado é o cidadão, que a cada dia parece ter menos direitos e garantias fundamentais muito em virtude do mau uso do dinheiro público desviado para o privilégio de alguns e para suas contas em paraísos fiscais.

A fim de ilustrar o que fora pontuado neste tópico, designadamente no que tange ao lado escuso da governança pública atrelada ao esquecimento dos direitos dos cidadãos que são colocados em segundo plano em detrimento do interesse particular de alguns agentes, cita-se Jaime Rodríguez-Arana Muñoz:

É verdade que as instituições públicas numa democracia são dos cidadãos. É verdade, mas às vezes se perde de vista porque a condição humana em certas ocasiões prefere transitar pelo tempestuoso mundo do poder, do dinheiro e da notoriedade, com um sistemático esquecimento da principal função do governo e da gestão no âmbito público, qual seja, a melhora das condições de vida das pessoas (2012, p. 14).

No ramo do direito administrativo, classicamente o órgão público é considerado como uma unidade de atuação com atribuição específica responsável por uma atividade estatal, composta por agentes públicos e voltada para o interesse público. Ou seja, a coisa é pública, o interesse

é público, o agente está incumbido da missão de zelar pela coisa pública. Contudo, aqueles que fraudam licitações e lesam o Estado e assim, os demais cidadãos da comunidade agem de maneira antagônica ao mandamento legal. O método fenomenológico auxilia o intérprete a descortinar esta conduta, afinal, segundo Guimarães (2007, p. 52/53): “[...] somente a intuição fenomenológica nos levará a perceber os verdadeiros sentidos da pessoa humana e da sociedade”.

Cabe ainda pontuar, que o procedimento administrativo – e a licitação não foge disso - deve ter uma forma especial e requer a busca pela eficiência, uma vez que o bem em questão a ser tratado é público e os interesses perseguidos pertencem aos cidadãos e aos contribuintes. Nesse contexto, Mario Bernardino assinala que o primado do interesse público, tal como os direitos e garantias dos administrados são os fundamentos das exigências de imparcialidade e transparência das normas de contratação pública, bem como a causa principal do excessivo formalismo e complexidade dos processos (2006, p. 175).

Fábio Medina Osório (2007, p. 43) sublinha que com a alteração do modelo de uma Administração Pública inchada e burocrática para um modelo gerencial, seriam aumentados os “os níveis de responsabilidade pessoal dos agentes públicos, suas liberdades, espaços discricionários e balizamentos éticos ligados a vetores de eficiência e boa administração”.

Todavia, a eficiência é relegada para patamares ínfimos pelos agentes ímprobos, que contaminam a administração pública e comprometem o planejamento orçamentário estatal, quando pensam que ao adquirirem em nome do Estado em razão do cargo que ocupam, estão indo a um centro comercial a fim de adquirir um item para seu uso pessoal em uma nítida e bizarra confusão entre público e privado.

Nesse contexto e ultrapassada essa sucinta narrativa sobre o mau trato da coisa pública, tida por alguns como se privada fosse, abordar-se-á abaixo algumas das consequências nocivas ao povo brasileiro que decorrem dessas sucessivas agressões, cuja autoria acaba por ser de alguns de seus próprios “representantes” e servidores públicos que deveriam cuidar da coisa pública, mas só tem olhos para os seus interesses próprios e de sua teia de laçaios. É nessa linha que Faoro (2012, p. 834) assinala que “[...] na peculiaridade histórica brasileira, todavia, a camada dirigente atua em nome próprio, servida dos instrumentos políticos derivados de sua posse do aparelhamento estatal”.

Contudo, sublinha o autor desta pesquisa que posturas analisadas neste trabalho referem-se aos atos de uma parcela e não da totalidade, por óbvio, dos agentes públicos. Nesse contexto, o autor frisa que tem muito respeito pelos órgãos públicos e pelos seus servidores que honram o artigo 37 da Constituição Federal – tal como ele - na busca por um país melhor.

2.3 A FALTA DE VOZ ATIVA DO POVO NAS DECISÕES DOS SEUS REPRESENTANTES E O “SIMULACRO CONSTITUCIONAL”

Nos idos da década de oitenta, com o clamor popular pelas “Diretas Já” e pela realização de uma Assembleia Nacional Constituinte que viesse a, de fato, garantir a implementação de direitos, liberdades e garantias fundamentais, o povo encontrava-se notadamente esperançoso com a nova Constituição que se avizinhava.

O artigo 1º da Constituição Federal preceitua que a República Federativa do Brasil é formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constituindo-se em um Estado Democrático de Direito e, a seguir elenca os fundamentos republicanos da soberania, cidadania, dignidade da pessoa humana, valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e pluralismo político. Já o seu parágrafo único, assevera que todo poder emana do povo que o exercerá por meio de representantes eleitos ou diretamente.

Dessa forma, através de um leitura deste dispositivo constitucional, nota-se que o Brasil é uma República Democrática e que se prometera ao povo que sua dignidade¹⁹ e seus valores sociais seriam respeitados. Ademais, também houve menção de que o povo teria voz ativa nas decisões que viessem a decidir o norte do país, seja de modo direto ou através de políticos democraticamente eleitos. Registra-se que a estrutura jurídica brasileira assim estava prevista e no papel constava que o povo seria o soberano, o detentor do poder.

Todavia, em que pese constar do preâmbulo da Constituição Federal que a Assembleia Nacional Constituinte de 1988 se reuniu para instituir um Estado Democrático destinado a assegurar uma série de direitos sociais e individuais (entre eles a igualdade), parece que essa meta não foi alcançada em sua plenitude.

¹⁹Sobre a dignidade da pessoa humana, Canotilho (2003, p. 225-226) observa que esta “exprime a abertura da República à ideia de comunidade constitucional inclusiva, pautada pelo multiculturalismo multivisional, religioso ou filosófico”.

Isto se revela quando as promessas do texto magno não são plenamente assegurados e os princípios republicanos começam a estremecer, o povo acaba por não se sentir representado pelos parlamentares e a promessa de Democracia, como um poder do povo efetivamente, mostra-se um programa constitucional não efetivado de forma plena, pelo que pode ser trazido ao estudo, a citação da tese da Constituição posta como Simulacro, por Luiz Moreira (2007, p. 93/94):

Comumente o poder constituinte é exercido por uma assembléia que realiza o designio de formular e promulgar os princípios que passarão a estruturar o sistema constitucional que terá preponderância sobre todo o sistema jurídico. Logo, a assembléia constituinte repousa o poder de prescrever as normas e ordenar as condutas.

Exatamente neste momento a Constituição é posta como simulacro. A simulação consiste na tentativa de transformar um consenso sobre a forma de constituir e ordenar o sistema jurídico, obtido em um dado momento histórico, em algo atemporal, configurando um processo comum de formulação de normas jurídicas em ato fundador, a partir do qual os questionamentos e os problemas posteriores são solucionados pela remissão incontestada e necessária a tal estrutura.

O simulacro consiste na justificação de um ato fundante que põe a constituição como ato extraordinário da soberania popular, quando o poder constituinte e a assembléia por ele instalada se revestem de caráter ordinário. Portanto, o simulacro é o ato de outorga que uma assembléia se dá a si mesma com o propósito de restringir, regular e prescrever os direitos atinentes à soberana manifestação dos sujeitos de direito.

Na referida obra, em apertada síntese, pode-se entender que o jurista Luiz Moreira coloca em pauta uma questão importante para reflexão no sentido de indagar se os representantes do povo poderiam efetivamente assim ser considerados, uma vez que os constituintes originários não teriam sido efetivamente alvos de escolhas do próprio povo. Interpretando suas palavras, teria havido uma espécie de outorga da própria assembleia para si mesma.

Assim, a Constituição Federal, documento de tamanha relevância para o país, acaba por ter um simbolismo muito grande e uma efetividade remota, considerado como um instrumento de monopólio estatal (MOREIRA, 2007, p. 11). A pertinência de dialogar a tese citada com o escopo do presente trabalho reside no fato de que muito embora a lei de licitações preveja a busca pela proposta mais vantajosa, a isonomia, a legalidade e o desenvolvimento nacional sustentável, na prática em alguns casos não é isto o que se vê e atos de má gestão na condução de certames licitatórios ocorrem em prejuízo da coletividade.

Consoante teorizado por Medauar (2012, p. 34), o componente democrático está relacionado a ideia de “governo do povo para o povo”. Neste sentido, o termo democrático é habitualmente associado aos aspectos de formação do governo, ao modo pelo qual são escolhidos aqueles

que tomam as decisões em nome do povo. Contudo, texto e contexto aqui parecem não se relacionar, uma vez que poucos brasileiros se consideram representados de fato no parlamento.

O cidadão brasileiro está cansado da exaustiva rotina de escândalos de burlas às licitações. A lei por vezes não é respeitada, fraudes em certames licitatórios são constantemente descobertos, cartéis deflagrados, em suma, legalidade, moralidade e eficiência embora previstos no texto constitucional como algo mandamental para a ação da Administração Pública, em determinados procedimentos licitatórios não são respeitados. Então, a fenomenologia²⁰ enquanto método, auxilia o intérprete a desvelar que tais premissas se mostram nesses casos como mero simbolismo e um autêntico simulacro.

²⁰Consoante Dartigues (2010, p. 26), “a tarefa da fenomenologia, será, pois, analisar as vivências intencionais da consciência para perceber como aí se produz o sentido dos fenômenos, o sentido do fenômeno global que se chama mundo”.

3º APONTAMENTOS GERAIS SOBRE AS LICITAÇÕES

A Administração Pública, em regra, tem a obrigatoriedade de promover o procedimento licitatório toda vez que almejar efetuar uma contratação cujo objeto versar sobre obras, serviços (inclusive de publicidade), compras, alienações, concessões, permissões e locações.

Nesse sentido, mostra-se salutar trazer a conceituação de Celso Antônio Bandeira de Mello (2014, p. 532) acerca da licitação:

Licitação - em suma síntese - é um certame que as entidades governamentais devem promover e no qual abrem a disputa entre os interessados em com elas travar determinadas relações de conteúdo patrimonial, para escolher a proposta mais vantajosa às conveniências públicas. Estriba-se na ideia de competição a ser travada isonomicamente entre os que preencherem os atributos e aptidões necessários ao bom cumprimento das obrigações que se propõem a assumir.

Cabe acentuar que não há margem de escolha para o administrador público realizar manobras ou tecer preferências sobre as contratações que vier a firmar em nome do Estado, não se aplicando aqui qualquer autonomia da vontade, mas sim um imperativo legal de buscar a proposta mais vantajosa em prol do interesse público. Afinal, a Administração Pública só pode atuar com base na lei, não havendo espaço livre da lei onde ela possa atuar como um “poder jurídico livre” (CANOTILHO, 2003, P. 833).

Observa-se, neste tocante, que as hipóteses em que o aludido procedimento é dispensável ou inexigível estão previstos na lei, não havendo possibilidade de o agente público contratar quando lhe convier, como ocorre nas relações jurídicas particulares, regidas sob o manto do direito privado.

Contudo, em alguns casos isto não ocorre e agentes públicos ao invés de cumprirem o dever legal de promoverem as compras públicas por meio deste procedimento, o fazem de maneira ilegal e imoral. Inclusive, este fenômeno, consoante narrado na parte introdutória deste trabalho, é o recorte do estudo em tela, quando através de um viés jurídico, filosófico e com traços da antropologia, buscar-se-á se descortinar a origem do problema, no sentido de verificar o que são estes atos de má gestão na Administração Pública que culminam com a violação do Direito Fundamental à boa administração pública e o que faz com que alguns

gestores públicos brasileiros banalizem²¹ as licitações e desta maneira e desrespeitam a *res pública* como um todo.

Sublinha-se, por oportuno, que o aprofundamento acerca da conceituação do instituto das licitações, regras, prazos, tipos e fases, não é o escopo deste trabalho. Do mesmo modo, não se vislumbra exaurir todos os tópicos atinentes à normatização da matéria. Todavia, *mister* se faz tecer, alguns rasos e breves comentários sobre o processo licitatório propriamente dito e apontar alguns de seus traços principais, de modo que se possa situar a questão e até mesmo ilustrar algumas burlas, falhas e ofensas às normas.

No percurso deste trabalho, institutos jurídicos e administrativistas brasileiros e lusitanos serão correlacionados, ante a semelhança que marca a doutrina destes dois países. Assim, já neste momento, vale importar um conceito português do instituto do concurso público²² trazido por Mário Bernardino, de modo a frisar a essência da licitação:

Concurso é o procedimento especial destinado a eleger segundo a lei e facultando a competição entre os interessados, o melhor co-contratante com a Administração, atendendo ao fim público concretamente a prosseguir pelo contrato em vista. [...] o concurso público traduz-se num complexo de actos, finalizado porém com um acto (sic) definitivo e executório, após o qual terá lugar a celebração do contrato, em via de regra a reduzir por escrito (2006, p. 123).

Com isto em mente, verifica-se que as compras públicas devem obedecer a um procedimento formal, com uma sucessão de etapas, devidamente planejada, com início no levantamento da necessidade dos bens ou serviços, ou da venda em sendo o caso de leilão, momento este inicial da licitação, mas que possui grande importância, sendo certo que uma mácula nesta altura contaminaria todos os atos subsequentes.

A partir daqui serão trazidos alguns aspectos legislativos e regulamentares das licitações no Brasil, reitera-se que de modo superficial, apenas para situar a pesquisa e servir de parâmetro para alguns comentários futuramente expostos.

²¹A temática aqui é invocada em consonância com o ideal de Hannah Arendt, designadamente na obra “Eichmann em Jerusalém”, quando a autora emprega a expressão banalidade do mal, no sentido de indicar que Eichmann, tido como um dos carrascos do nazismo, poderia ser visto como “capacho do sistema”, que seguia fielmente às ordens que lhe foram emanadas, inclusive as que invocavam morte de seres humanos por meio cruel e covarde. Assim, todo esse mal era visto como algo banal, “um mero” cumprimento de ordens.

²²Insta salientar que a terminologia empregada no país Ibérico para as licitações é concurso público, guardando, evidentemente notória diferença e assim não se confundindo, portanto, com o significado deste termo no Brasil.

3.1 HISTÓRICO

Data de 14 de maio de 1862 o primeiro regulamento que se obteve notícia cuja abordagem efetivamente disciplinava a questão das compras públicas e alienações no País: o Decreto n.º 2926, atinente às arrematações dos serviços a cargo do “Ministério da Agricultura, Commercio e Obras Publicas”.

Registra-se que o referido documento fora firmado por Imperador Manoel Felizardo de Souza e Mello e que, curiosamente, ousa-se dizer, guarda alguma similaridade com a atual conjuntura nacional. Isto pode ser verificado quanto à previsão de necessidade de publicação de anúncios convidando interessados, quando facultava-se amostras de itens que se pretendia adquirir para o caso de compras, bem como permitia-se a realização de visita para conhecer as plantas das instalações em que ocorreriam as construções nos casos de obras (análoga à visita técnica prevista no atual regramento), bem como necessidade de apresentação de atestado que abonassem a capacidade dos concorrentes²³.

Outra norma de destaque acerca das Licitações que merece ser pontuada é o decreto-lei n.º 200, de 25 de fevereiro de 1967, que elencou a matéria entre os seus artigos 125 e 144. Observa-se que a referida norma estatuiu que os ditames das licitações para compras, obras e serviços passariam a ser regidos por elas no âmbito da Administração Pública Direta e das Autarquias.

Dentre as modalidades previstas no referido diploma, conforme artigo 127, estavam a concorrência, a tomada de preços e o convite. Em que pese o leilão não constar naquela norma de modo expresso, como procedimento licitatório, no artigo 143 o legislador ressaltou que no que couber, as matérias ali previstas seriam aplicáveis às alienações, quando então admitir-se-ia o leilão como uma das modalidades.

Todavia, o diploma em questão foi revogado dezanove anos depois, pelo decreto-lei n.º 2.300, de 21 de novembro de 1986 que pode ser considerado como o regulamento que efetivamente passou a ter como escopo, a regulamentação das licitações e contratos da Administração

²³Estes traços de semelhança podem ser notados a partir de uma leitura dos artigos 1º; 2º e 11º do regulamento em questão. Disponível em: <<<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-2926-14-maio-1862-555553-publicacaooriginal-74857-pe.html>>>. Acesso em 10 ago.17.

Pública Federal. Ressalte-se, por oportuno, que contrato administrativo é um acordo de vontades que visa a produção de efeitos sobre uma relação jurídica administrativa (REBELO DE SOUSA; MATOS, 2009, p. 19). Destaca-se que a norma em questão, que continha noventa artigos, dividido em seis capítulos, em seu artigo 20 previu as modalidades licitatórias como sendo concorrência, tomada de preços, convite, concurso e, passou a incluir no mesmo rol, o leilão (diferentemente do que ocorria com a regulamentação revogada).

Já em 1988, com o advento da Constituição Federal, foi estatuído no inciso XXVII de seu artigo 22, que é de competência privativa da União Federal legislar sobre normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecido o disposto em seu art. 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, § 1º, III.

Ademais, o clássico e mandamental artigo 37 da lei maior define que a Administração Pública deve obedecer aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e no inciso XXI deste mesmo artigo, consta que:

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

Neste sentido, em 21 de junho de 1993, foi sancionada a aludida norma geral, qual seja, a lei n.º 8.666, que instituiu normas para licitações e contratos da Administração Pública. Dividida em seis capítulos (“disposições gerais”; “da Licitação”; “dos contratos”; “das sanções administrativas e da tutela judicial”; “dos recursos administrativos”; e “das disposições finais e transitórias”), a referida lei é composta por 126 artigos e inovou na regulamentação da matéria ante algumas especificidades trazidas, conforme será exposto no decorrer deste item. Portanto, como visto, estão sujeitas ao conteúdo da citada lei os órgãos da Administração Pública Direta e Indireta²⁴.

²⁴Cabe acentuar que apenas em 30 de junho de 2016, quando a Constituição Federal praticamente chegava aos seus trinta anos é que foi promulgada a lei n.º 13.303/2016, que regulamentou o estatuto jurídico das empresas públicas e sociedades de economia mista, ocasião em que os certames licitatórios destas instituições passaram a ser efetivamente normatizados por uma lei específica.

Observa-se que a lei n.º 8.666, de 21 de junho de 1993 representou uma evolução legislativa não apenas na normatização do tema, mas também por compatibilizar um diálogo das regras dantes já existentes com o sistema da Constituição de 1988.

Porém, a sociedade é dinâmica e o texto deve acompanhar o contexto, assim, tal como ocorre com o fenômeno da Constituição Viva²⁵, da mutação constitucional, a lei de 1993 já não mais tem a mesma força praticamente quinze anos após sua promulgação.

Desta feita, foi elaborado o projeto de lei n.º 559/2013, tendo o mesmo sido aprovado no Senado Federal em dezembro de 2016²⁶ e encaminhado para a Câmara dos Deputados (ganhando o n.º 6814/2017), que busca promover algumas mudanças no ramo das licitações. Entretanto, como visto, este trabalho não tem como objetivo esmiuçar a legislação e funcionar como manual didático, pelo que não vai se aprofundar em detalhes da nova legislação. Contudo, mister se faz citar que a matéria provavelmente será regida por outro diploma.

Após essa breve exposição sobre alguns traços históricos marcantes da evolução legislativa do instituto, serão indicadas algumas das modalidades pertinentes ao procedimento licitatório no ordenamento jurídico brasileiro.

3.2 MODALIDADES

Entre as modalidades de licitação, a aludida norma prevê no bojo de seu artigo 22, cinco possibilidades: concorrência; tomada de preços, convite, concurso e leilão, dispostas em seus parágrafos primeiro, segundo, terceiro, quarto e quinto, respectivamente.

A concorrência é a modalidade aberta a quaisquer interessados que, na fase inicial de habilitação preliminar, comprovem possuir os requisitos mínimos de qualificação exigidos no

²⁵O Professor do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direitos e Garantias Fundamentais da Faculdade de Direito de Vitória Adriano Sant'Ana Pedra acerca desta temática elaborou o livro "Constituição Viva", defendendo em resumo, a teoria de que Constituição é viva, pois a sociedade é viva. A Constituição, assim, será dinâmica para acompanhar a mutação da sociedade e a sua evolução. Evita-se desse modo um eventual hiato envolvendo sociedade e Constituição.

²⁶Entre as inovações observa-se a inversão de fases do procedimento; as indicações de modo objetivo e concentrado no mesmo item, dos princípios atrelados ao tema; a estipulação de novo teto dos valores que justifiquem dispensa de licitação; obrigação da contratação de seguro para obras e serviços de engenharia de grande vulto e a figura do projeto completo que vai ser instituída, entre outras.

edital para execução de seu objeto. É processada com regras mais complexas e possui uma natureza própria que acaba por admitir uma maior elasticidade ao princípio da competitividade (ALCOFORADO, 1998, p.11).

Já a tomada de preços, prevista no inciso II do artigo 22, caracteriza-se por ser a modalidade de licitação entre interessados devidamente cadastrados ou que atenderem a todas as condições exigidas para cadastramento até o terceiro dia anterior à data do recebimento das propostas, observada a necessária qualificação. Ronny Charles ressalta tratar-se de um procedimento de menor complexidade que a concorrência pois em um primeiro momento os participantes seriam escolhidos dentro de um universo de particulares cadastrados (2013, p. 170). Assim, não haveria uma “universalidade” de particulares que pudessem participar do certame.

A modalidade convite é a que admite interessados do ramo pertinente ao seu objeto, cadastrados ou não, escolhidos e convidados em número mínimo de 3 (três) pela unidade administrativa, a qual afixará, em local apropriado, cópia do instrumento convocatório e o estenderá aos demais cadastrados na correspondente especialidade que manifestarem seu interesse com antecedência de até 24 (vinte e quatro) horas da apresentação das propostas. É a única modalidade em que não há exigência de publicação de edital, uma vez que a convocação se dá pela carta convite (DI PIETRO, 2014, p. 417).

Guardam certas semelhanças a concorrência, a tomada de preços e o convite, designadamente pelo objeto que envolve tais certames, pois como visto, a concorrência abarca todos os interessados, pelo que impera o princípio da universalidade nesta modalidade. A tomada de preços se caracteriza por em regra acolher os licitantes previamente cadastrados. Já o convite, por ser a modalidade composta por licitantes eleitos pela administração e que exige necessariamente três propostas válidas para que o certame se realize.

Entretanto, mostra-se salutar apontar que a grande diferença entre as modalidades, cujo objeto, reitera-se, é similar, reside nos aspectos da habilitação (na concorrência ocorre após o edital, na tomada de preços ela se dá previamente e no convite ela se presume); dos licitantes (na concorrência pode participar qualquer interessado, na tomada de preços os previamente cadastrados e no convite os convidados); e do valor do contrato (na concorrência estão

englobados os de grande monta, na tomada de preços as contratações de médio porte e no convite as de valores inferiores); bem como quanto aos valores envolvidos: basicamente a diferença entre as modalidades concorrência, tomada de preços e convite reside no valor total da contratação, consoante artigo 23 da lei. No que concerne às obras e serviços de engenharia: convite - até R\$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil reais); tomada de preços - até R\$ 1.500.000,00 (um milhão e quinhentos mil reais); concorrência - acima de R\$ 1.500.000,00 (um milhão e quinhentos mil reais). Quanto às compras e serviços que não sejam referidos às obras e serviços de engenharia, deve-se respeitar o seguinte teto: convite - até R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais); tomada de preços - até R\$ 650.000,00 (seiscentos e cinquenta mil reais); concorrência - acima de R\$ 650.000,00 (seiscentos e cinquenta mil reais)²⁷.

O concurso, por sua vez, é a modalidade de licitação entre quaisquer interessados para escolha de trabalho técnico, científico ou artístico, mediante a instituição de prêmios ou remuneração aos vencedores, conforme critérios constantes de edital publicado na imprensa oficial com antecedência mínima de 45 (quarenta e cinco) dias.

O leilão é a modalidade de licitação entre quaisquer interessados para a venda de bens móveis inservíveis para a administração ou de produtos legalmente apreendidos ou penhorados, ou para a alienação de bens imóveis prevista no artigo 19, a quem oferecer o maior lance, igual ou superior ao valor da avaliação. Aqui, ao invés da busca pelo melhor preço, busca-se o melhor lance (CHARLES, 2013, p. 171).

Para além das supracitadas modalidades de licitação previstas na lei geral, destacam-se outras duas, que inclusive nos últimos anos vem sendo utilizadas com certa frequência pelos órgãos públicos face à inovação legislativa surgida e a uma maior possibilidade de praticidade procedimental: o pregão e o Regime Direto de Contratação (RDC).

Modalidade de licitação que se encontra fora da lei geral, o pregão foi inserido no ordenamento jurídico pátrio através da medida provisória n.º 2.026 de 04 de maio de 2000. Neste sentido, cabe acentuar que segundo Ronny Charles, tal modalidade não teria sido prevista na lei geral por deslize (2013, p. 163). Já em 17 de julho de 2002, a matéria ganhou o *status* de lei, a de n.º 10.520 (lei do pregão), para os casos de aquisição de bens e serviços

²⁷Cabe aqui uma ressalva no sentido de que a lei promulgada em 1993 apresentou tais cifras de acordo com o panorama daquela época. Entretanto, neste aspecto dos valores referidos aos certames, os mesmos encontram-se nitidamente defasados.

comuns²⁸. Considerado como um “leilão às avessas”, tendo em vista a inversão de fases, o pregão representou uma maior celeridade nos procedimentos licitatórios, uma vez que em um primeiro momento se verificam as propostas e a seguir se realiza uma checagem da documentação do licitante vencedor para verificar sua aptidão para figurar no certame, nos exatos termos do Edital. Seria, pois, uma forma de leilão não para alienar, mas para adquirir bens e serviços comuns (MELLO, 2014, p. 579). Isto se justifica, pois é apenas ao final do certame é que se verifica a habilitação do licitante vencedor. Cabe assinalar, ainda, que de modo subsidiário, aplicam-se no pregão as regras da lei geral de licitações, nos termos do artigo 9º da lei n.º 10.520.

O pregão mostra-se eficiente, célere e econômico também, exatamente por somente admitir que sejam licitados nesta modalidade os bens e serviços comuns, para além do fato de não se exigir nestes casos, estruturas procedimentais mais complexas (GARCIA, 2010, p. 123).

Nesta esteira, em que pese a lei n.º 8.666/93 trazer inovações, consoante citado acima, e representar um grande referencial no que concerne aos procedimentos licitatórios, foi através do pregão que efetivamente as licitações passaram a ganhar celeridade, uma vez que as modalidades de concorrência, tomada de preços, convite, concurso e leilão elencadas na lei ainda guardavam alguns traços das compras públicas que ocorriam à época de um Estado brasileiro pré-constitucionalista. Nesta linha, como a clara intenção desta modalidade é o ganho de agilidade e a redução dos gastos públicos, crer-se-ia que dificilmente o administrador público pudesse utilizar outra opção de modalidade, que não fosse o pregão para viabilizar um certame (BITTENCOURT, 2006, p. 33).

Registra-se que uma das maiores inovações e ferramentas das mais importantes (quando usadas para o bem) foi a implementação do pregão na forma eletrônica, realizado pela internet através de senha e token devidamente cadastrado junto ao ente responsável pelo sítio eletrônico que promove o certame²⁹.

Neste sentido, Lucas Furtado observa que o Brasil é o maior comprador por leilão eletrônico do mundo (2015, p. 24). O parágrafo primeiro do artigo primeiro da lei do pregão previa a

²⁸Consoante descrito no parágrafo único do artigo primeiro da lei que instituiu o pregão, consideram-se bens e serviços comuns, para os fins e efeitos deste artigo, aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais no mercado.

²⁹No caso dos órgãos da Administração Pública Direita, no âmbito federal, o competente sítio eletrônico é o : www.comprasgovernamentais.gov.br.

possibilidade de realização do procedimento utilizando-se recursos de tecnologia da informação, nos termos de regulamentação específica. Esta regulamentação adveio no ano de 2005, designadamente no dia 31 de maio, com o decreto n.º 5.450. O artigo segundo do aludido decreto foi preciso ao apontar que o tipo seria o de menor preço, com objeto envolvendo bens ou serviços comuns e o certame ocorre “à distância” em sessão pública, por meio da internet, sem contato pessoal ente órgão público e licitantes. Neste sentido, cabe assinalar que é mandatória a utilização da modalidade pregão nas licitações que versem sobre aquisições de bens e serviços e a forma eletrônica deverá ser preferencialmente utilizada.

Eis aqui a grande possibilidade de minar conluios, armações e esquemas, pois, com o advento desta norma, a impessoalidade passou a imperar e dar maior credibilidade ao certame. Afinal, é possível realizar praticamente todo o trâmite procedimental da licitação, sem sequer saber quais os licitantes envolvidos na competição, em virtude de tal distanciamento ser garantido por um sistema de criptografia e de autenticação digital.

Todavia, em que pese o sistema de pregão eletrônico ser um dos mais avançados do mundo, por apenas poder ser utilizado para os casos de aquisição de bens e serviços, necessita ter seu escopo de atuação ampliado a fim de limitar os espaços para a corrupção (FURTADO, 2015, p. 425).

Porém, como em muitos casos ocorridos no Brasil, um horizonte de esperança que adveio com o pregão eletrônico chegou a cair por terra em algumas ocasiões, nas quais alguns agentes públicos que não cumprem o dever de império previsto no artigo 37 da Constituição Federal e alguns licitantes eivados de má-fé que driblam o sistema, usam do “jeitinho brasileiro” e da malandragem para “se dar bem a qualquer custo” e ludibriar o sistema, como é o caso da utilização dos lances efetuados pelos robôs³⁰.

Já o RDC, que surgiu com a lei n.º 12.462, de 04 de agosto de 2011, foi idealizado para atender algumas especificidades licitatórias e contratuais, por tempo determinado, conforme previsto já no artigo 1º da aludida lei, quais sejam: os necessários à realização dos Jogos Olímpicos e Paraolímpicos de 2016; Copa das Confederações de 2013 e Copa do Mundo de

³⁰Lamentavelmente, mesmo com toda tecnologia empregada no pregão eletrônico que – em tese - fortalece a impessoalidade e traz uma ainda maior credibilidade aos certames, ainda assim, alguns empresários brasileiros optaram pela burla e conseguiram um modo de driblar o sistema, efetuando lances constantes através de robôs, comprometendo a lisura do procedimento. Conforme veiculado no portal eletrônico da revista Isto é, contornar essa prática maléfica mostra-se algo desafiador ao Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. Disponível em: <<http://istoe.com.br/139247_GOLPE+NO+PREGAO+ELETRONICO/>>. Acesso em 04 ago. 2017.

2014; obras de infraestrutura e contratação de serviços para os aeroportos das Capitais distantes até 350 km das sedes dos eventos mundiais supracitados; ações integrantes do PAC; obras e serviços de engenharia no âmbito do Sistema Único de Saúde; obras e serviços de engenharia para construção, ampliação e reforma da administração de estabelecimentos penais e de unidades de atendimento sócio educativo; das ações no âmbito da segurança pública; das obras e serviços de engenharia, relacionadas a melhorias na mobilidade urbana ou ampliação de infraestrutura logística; dos contratos referentes aos contratos de locação de bens móveis ou imóveis pela administração Pública, quando o locador precisar realizar aquisição ou reforma substancial; das ações em órgãos destinados à ciência, tecnologia e inovação³¹.

Dentre os objetivos do RDC, previstos no artigo 3º da lei específica, estão: a ampliação e eficiência nas contratações públicas e a competitividade entre os licitantes; promoção de troca de experiências entre custos e benefícios ao setor público; incentivo à educação e a busca por assegurar um tratamento isonômico entre os licitantes e a seleção da proposta mais vantajosa para a administração. Algumas inovações foram trazidas com o RDC designadamente a questão da possibilidade da contratação integrada, prevista no artigo 9º da lei, que permite que nas obras e serviços de engenharia, que a empresa que realizou o projeto básico venha a elaborar também o projeto executivo (procedimento vedado nas licitações “comuns”) a que se denomina o fenômeno do “*turnkey*”³²; o orçamento em regra será sigiloso; a habilitação será exigida apenas do licitante vencedor (tal como ocorre com o pregão); e a possibilidade de remuneração variável.

Segundo notícia veiculada no sítio eletrônico do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, o RDC representa um “avanço no modelo tradicional de licitações ao encurtar o tempo do processo e o custo dos projetos, por adotar o critério de inversão de fases”. Consoante veiculado no mesmo documento, é assinalado que “o sistema antigo de licitações

³¹Esta possibilidade não estava prevista no texto original da norma, tendo sido criada com o advento da lei n.º 13.243 de 2016 e em uma época de austeridade em que o fomento às ciências anda “esquecido” por alguns agentes públicos e laboratórios universitários estão “sucateados”, eventualmente esta medida - se utilizada para o bem – pode ser uma mais valia considerável para o país.

³²Significaria a tradução de “girar a chave” em inglês, numa alusão ao fato de que a Administração Pública ao desejar realizar alguma construção divulga tal anseio e ao final a obra estará pronta, já entregue e o espaço apto a funcionar, cabendo ao licitante aquisição de materiais, equipamentos e todos os atos pertinentes até a entrega do objeto.

(lei n.º 8.666/93 e lei n.º 10.520/02) é considerado lento e complexo devido ao excesso de burocracia, que ainda dificulta o controle e favorece a corrupção”³³.

Contudo, em que pese o respeito pelo douto Ministério, a crítica acima, referente ao método convencional de licitações que favoreceria a corrupção, não parece servir de pretexto para enaltecer o RDC. Afinal há notícias de escândalos envolvendo obras realizadas consubstanciadas no RDC. É o caso noticiado pela revista VEJA em seu sítio eletrônico, denominado de “arenas da propina”, relatando o caso de corrupção na monta de 1,5 bilhão de reais que teriam sido alvo de sobrepreço, em determinadas arenas construídas para a Copa do Mundo³⁴.

Por fim, embora não se trate de uma modalidade, cabe a abertura de um parêntese neste item, para abordar o Sistema de Registro de Preços (SRP), uma vez haver previsão acerca deste instituto na lei geral de licitações, bem como na lei do pregão e a matéria ser regulamentada pelo decreto n.º 7.892/2013.

O SRP é um instrumento que gera mais eficiência nas contratações públicas aptas a dele se utilizarem (CHARLES, 2013, p. 126). Este procedimento funciona como uma espécie de “estoque virtual” ao dispor da Administração Pública para contratações futuras. Na hipótese, quando pela característica do bem houver necessidade de contratações frequentes, entregas parceladas, quando for interessante a aquisição por mais de um órgão ou quando não for possível precisar o quantitativo exato a ser contratado, o SRP é aplicável.

O ente que fizer uso da ferramenta do SRP irá realizar uma licitação para a aquisição de determinados bens ou para contratação de serviços e não necessariamente precisará efetivamente os adquirir. A flexibilidade em contratações administrativas é outro ponto de destaque, sendo uma das soluções advindas do SRP (JUSTEN FILHO, 2012, p. 215). Assim, o órgão terá deixado junto ao licitante vencedor, previamente ajustado preço e quantitativo que possa vir a comprar, consoante sua necessidade e planejamento administrativo. Corresponde, então, ao procedimento que a Administração pode adotar perante compras rotineiras de bens padronizados ou mesmo na obtenção de serviços (MELLO, 2014, p. 582).

³³Conteúdo constante do sítio eletrônico do aludido Ministério. Disponível em: <<<http://www.pac.gov.br/noticia/564012c0>>>. Acesso em 17 ago. 2017.

³⁴Na aludida reportagem, veiculada em 05 nov. 2016, invocou-se que as arenas Mané Garrincha (Brasília), Maracanã (Rio de Janeiro), Arena das Dunas (Natal), Itaquerão (São Paulo) e Amazonas (Manaus) teriam sido objeto de irregularidades. Disponível em: <<<http://veja.abril.com.br/brasil/arenas-da-propina-a-corrupcao-em-cinco-estadios-da-copa>>>. Acesso em 17 ago. 2017.

Uma de suas principais características é a existência de um instrumento denominado de ata de registro de preços, documento que faz às vezes de um contrato em que qualificação das partes, especificações de objeto, obrigações e valores contratados devem estar nela contidos. O licitante vencedor se compromete a cumprir suas obrigações nos termos invocados na ata durante o prazo de doze meses. Registra-se que além do órgão que realiza a licitação, denominado gerenciador, é possível que outros órgãos figurem na licitação desde o início como participantes, ou no decorrer dos doze meses de vigência da ata, na qualidade de não participantes, vulgarmente rotulados como carona³⁵.

3.3 PRINCÍPIOS NORTEADORES

Inicialmente observa-se que este trabalho abordará os princípios sob uma visada “Dworkiana”, considerando-os como norma abstrata, os quais integram o sistema jurídico ao lado das regras, conforme já sublinhado no item, 1.2 deste estudo. Outrossim, respeitar-se-á o entendimento do estadunidense no que pertine ao tema, nomeadamente nos casos de colisão entre os princípios, hipótese em que ambos podem ser aproveitados não havendo necessidade de “descarte” de um deles, tal como ocorre com as regras, naquilo que o aludido autor rotula como o “tudo ou nada”.

Cabe ainda pontuar, a título ilustrativo, que sob a ótica do autor que é referencial teórico deste estudo, Juarez Freitas, (2010 “b”, p. 229/230), consoante tábua de semelhanças entre princípios e regras por ele criada, que os princípios são: “diretrizes normativas axiologicamente superiores - fonte máxima para o intérprete e das quais sempre emanam, mediadas ou não pelo legislador determinadas regras; voltam-se para o futuro, mas quando originários e intangíveis, tendem à vinculação em todos os tempos; são fundamentais e fundantes; ostentam, em seu núcleo, potencial de eficácia direta e imediata; relativizam-se mutuamente, constituindo-se na interação; não admitem subsunção dedutiva estrita (o silogismo é dialético); não devem ser lidos a lógica do “tudo ou nada”, pois todos devem ser preservados; toda antinomia é resolvida pela hierarquização axiológica (atividade que se

³⁵Registra-se que o aludido Decreto que regulamentou o SRP inovou e pode ser considerado como avanço significativo na matéria, quando estabeleceu limites ao fenômeno da adesão, também conhecida como “carona”, na esteira do emblemático acórdão n.º 1233/2012, do Tribunal de Contas da União (TCU). Na hipótese, em seu artigo 22 e parágrafos, estatuiu o *modus operandi* da utilização da ata por outros entes e estipulou que é vedado que as contratações adicionais ultrapassem cem por cento do quantitativo total constante do instrumento convocatório ou da ata, bem como estatuiu que o quantitativo máximo de adesão não poderá exceder ao quántuplo do quantitativo de cada item registrado. Desse modo, pôs fim às adesões desreguladas e impôs limites à falta de planejamento que marcava a atuação de alguns órgãos aderentes.

identifica com a ponderação); formam a unidade da qual emerge a dialética circular hermenêutica; não são contingentes plenamente; conferem e asseguram, sobretudo, complexidade ao sistema; devem ser pensados numa teoria-tópico sistemática; requerem uma visão constitucionalista em oposição ao fragmentário legalismos estrito; determinam e pressupõem coerência; são indeterminados em certa medida, mas determináveis”.

No que concerne às compras públicas, registra-se que aos procedimentos de formação dos contratos públicos aplicam-se, antes de mais, os princípios gerais da atividade administrativa. As entidades públicas, ao decidirem contratar, devem pautar suas ações por critérios jurídico-públicos (ESTORNINHO, 2014. p. 369). Para além dos tradicionais princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, corolários máximos da administração pública, há outros princípios setoriais que abarcam a matéria de licitações.

Entre os quais, a título exemplificativo cabe citar o princípio da vinculação ao instrumento convocatório, que preceitua que o edital faz regra entre as partes e, em sendo a licitação um procedimento vinculativo, a regra é que tanto a administração quanto o licitante vencedor devem honrar os compromissos estabelecidos, consoante artigo 3º da lei geral. A inobservância deste princípio pode ensejar nulidade do procedimento (DI PIETRO, 2014, p. 386).

Outro princípio é o da adjudicação compulsória que define que o licitante que realizar a melhor oferta será o vencedor do certame e a ele será entregue o objeto licitado. Em um jargão popular significa “dar a quem venceu aquilo que ele venceu”. Nesta esteira, assinala-se que na obra elaborada pelo hoje Presidente da República Portuguesa, professor Marcelo Rebelo de Sousa com André Salgado de Matos, é pontuado que indiretamente a adjudicação individualiza o concorrente com o qual o contrato será celebrado, com a ressalva de que este será necessariamente aquele que apresentou a proposta escolhida (2009, p. 118).

Registra-se que o desatendimento deste mandamento da adjudicação compulsória pode tornar o procedimento inválido, pela presunção de prejuízo à competitividade e à isonomia (CHARLES, 2013, p. 40).

O princípio do julgamento objetivo está previsto no artigo 45 da lei geral e vem de certo modo a corroborar com o princípio da vinculação ao instrumento convocatório, uma vez que a

lei geral estipula que os julgamentos no âmbito das licitações devem se ater à órbita do edital, não podendo exigir-se do licitante dados não previamente invocados, sob pena de nulidade.

Outros princípios que merecem destaque no campo das licitações são os princípios da competitividade (vedado direcionamento ou frustração proposital de interessados); bem como o princípio da sustentabilidade (o ente deve buscar sempre em suas contratações um objeto que venha a causar menos impacto possível ao meio ambiente, seja na produção, seja na sua utilização).

Celso Antônio Bandeira de Mello assinala também o princípio da igualdade que implica o dever não apenas de tratar isonomicamente todos os que afluírem ao certame, mas também o de ensejar oportunidade de disputá-lo a quaisquer interessados que desejando dele participar, possam oferecer as indispensáveis condições de garantia (2014, p. 542).

Ademais, sem prejuízo da aplicação dos princípios supracitados, é perfeitamente possível uma importação e aplicação de alguns princípios utilizados no regime de contratações públicas em Portugal, quais sejam o da proporcionalidade, que estabelece que o procedimento a reger o certame, deve ser o mais adequado ao interesse público, ponderando-se os custos e os benefícios decorrentes da respectiva utilização; o da boa fé que preceitua que entidades públicas e privadas devem agir segundo as exigências da identidade, autenticidade e veracidade na comunicação, devendo as peças escritas do procedimento e termos do contrato serem claros e precisos; e o da responsabilidade que prevê que entidades, funcionários e agentes públicos podem ser responsabilizados civil, financeira e disciplinarmente por atos que violem o disposto na lei (BERNARDINO, 2006, p. 44).

3.4 ATOS DE MÁ GESTÃO NA CONDUÇÃO DE CERTAMES

Diversos são os atos de má gestão na condução dos certames licitatórios que podem macular o procedimento, conseqüentemente trazer graves e irreversíveis feridas nos princípios supracitados e violar o direito fundamental à boa administração pública.

Inicialmente cabe acentuar que muitos dos atos de má gestão podem configurar uma improbidade administrativa, pelo que inicialmente entende-se ser salutar pontuar - ainda de

que forma rasa – este fenômeno de modo “macro” de má gestão, para a seguir, de forma mais concretista esmiuçar as “ações” de má gestão propriamente ditas.

Esta prática criminosa da improbidade administrativa está regulamentada pela lei de número 8.249, de 02 de junho de 1992³⁶ e trata-se de uma medida implementada pelo Governo no combate à corrupção. A falta de honestidade de propósito e o locupletamento do agente público com dano ao erário são traços marcantes da improbidade.

Constam do artigo 9º do citado diploma as condutas que configuram atos de improbidade administrativa, dentre elas, cita-se por ora as que podem ocorrer na seara das licitações: enriquecimento ilícito; auferir qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida em razão do exercício de cargo, mandato, função, emprego ou atividade nas entidades mencionadas no art. 1º da lei; e notadamente: receber, para si ou para outrem, dinheiro, bem móvel ou imóvel, ou qualquer outra vantagem econômica, direta ou indireta, a título de comissão, percentagem, gratificação ou presente de quem tenha interesse, direto ou indireto, que possa ser atingido ou amparado por ação ou omissão decorrente das atribuições do agente público; perceber vantagem econômica, direta ou indireta, para facilitar a aquisição; e perceber vantagem econômica, direta ou indireta, para facilitar a alienação, permuta ou locação de bem público ou o fornecimento de serviço por ente estatal por preço inferior ao valor de mercado.

Em síntese, a improbidade administrativa é uma espécie do gênero imoralidade administrativa qualificada pela desonestidade de conduta de agente público, mediante a qual este se enriquece ilicitamente, obtém vantagens indevidas, para si ou para outrem, ou causa dano ao erário (ALVARENGA, 2001, p. 107).

No que tange ao campo das licitações, recorte do presente estudo, cabe ressaltar que o inciso VIII do artigo 10 da citada norma elenca que frustrar a licitação ou dispensá-la indevidamente corresponde a um ato de improbidade. Aqui, a própria lei de improbidade já exemplifica duas das hipóteses de má gestão, que consoante narrado, serão aprofundados a seguir, quais sejam: frustrar licitação e dispensá-la indevidamente.

³⁶Observa-se que a aludida lei foi criada em cumprimento ao ditame constitucional, designadamente do parágrafo quarto do artigo 37 que assim preceitua “§ 4º Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível”.

A licitação frustrada é a aquela em que não são acudidos interessados no objeto. Portanto, ela ocorre após a Administração Pública realizar toda fase interna do certame e preparar a fase externa, convocando interessados e publicando o edital, mas por ocasião da realização da licitação não surgem interessados em contratar com a administração. O planejamento para a aquisição cairá por terra e o órgão pode perder a oportunidade de executar a contratação. Afinal, há ocasiões em que a verba pública previamente destinada a um fim, não vindo a ser utilizada, pode ser recolhida por não ter sido emitida a devida nota de empenho ou ter de entrar em restos a pagar para o exercício subsequente.

Entretanto, há casos em que os próprios agentes públicos que deveriam zelar pela coisa pública e pela lisura do certame, em conluio com as empresas interessadas, ajustam previamente um total não comparecimento. Assim, a licitação é frustrada e realiza-se, por exemplo uma contratação emergencial, na qual o contratante paga uma comissão ao agente ímprobo.

Pontua-se, ainda, que há casos de inexigibilidade não comprovada, que podem ser exemplificados como aquelas situações nas quais ao invés de cumprir o seu dever de realizar contratações públicas mediante procedimentos licitatórios prévios, o agente não os realiza sob o pretexto de que o fornecedor de determinado equipamento ou serviço é exclusivo, mas na prática esta não é a hipótese. Seria o caso da burla de um documento atestando único revendedor de determinada peça, ou serviço técnico de reparo exclusivo, quando na verdade não o é. Por óbvio, tais atos ferem o dever de dar ampla concorrência aos certames, situação que se mostra em total descompasso com os princípios constitucionais da legalidade, improbidade e fere diversos deveres do republicanismo. Ou seja, utiliza-se a argumentação da inviabilidade de licitação, mas na verdade é uma fraude para encobrir um privilégio.

Um dos casos mais clássicos de má gestão e fraudes aos procedimentos licitatórios é o fracionamento de despesas. A lei é driblada de modo desonesto através desta medida, que carrega traços ardilosos do agente que a pratica. A ação consiste em contratar de modo direto durante um exercício financeiro, serviços de mesma natureza durante ocasiões faseadas, de modo a “maquiar” uma compra que ultrapassa o teto estipulado pelo referido diploma.

De modo a ilustrar o que fora narrado, corresponderia a uma compra de livros para escolas da rede pública em três momentos em um mesmo ano: a primeira de R\$ 4.000,00 (quatro mil

reais); a outra de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais); e uma terceira de R\$ 3.000,00 (três mil reais), perfazendo três compras diretas – com dispensa de licitação - no valor total de R\$ 12.000,00 (doze mil reais).

A Administração Pública nesse caso gastaria R\$ 12.000,00 (doze mil reais) em contratações diretas, ultrapassando o teto de R\$ 8.000,00 (oito mil reais) para compras realizadas dessa maneira. Merece ser ressaltado que a contratação direta até R\$ 8.000,00 (oito mil reais) refere-se a todo o exercício e não a cada aquisição, até mesmo porque se assim não fosse, não justificaria haver tal regramento.

Este tipo de atitude, via de regra, é praticado por agentes incompetentes, que não se planejam, atestando suas incapacidades para gerir a coisa pública ante tamanha desídia e desleixo. O dever mandamental do agente exige que este realize um planejamento anual de sua demanda, de modo a efetivar uma adequada contratação sempre buscando a proposta mais vantajosa para a Administração. Por óbvio, as contratações feitas sem planejamento, realizadas “de qualquer maneira” e sem a adequada pesquisa de preços³⁷ atenta contra os princípios constitucionais da eficiência e legalidade.

Adicionalmente, outro problema que decorre dessa compra mal realizada e que se distancia da ordenança legislativa, é que certamente uma empresa interessada em celebrar pacto junto à Administração Pública teria uma possibilidade muito maior de oferecer o seu produto ou serviço por um preço consideravelmente inferior se a contratação ocorresse em larga escala do que caso esta se desse através de inúmeras compras diretas realizadas de modo separado.

Neste sentido, cabe transcrever parte do voto proferido pelo Exmo. Sr. Ministro Herman Benjamim, do Superior Tribunal de Justiça, por ocasião do julgamento do Recurso Especial nº 1.130.318 – SP:

[...] Note-se que de acordo com a premissa fática do acórdão recorrido, o valor da compra impunha a licitação pela modalidade concorrência, contudo, foram feitas várias aquisições diretas e fraudulentas.

[...] Com ou sem comprovação de superfaturamento, o desprezo ao regular procedimento licitatório, além de ilegal, acarreta dano, porque a ausência de

³⁷O Governo Federal, por intermédio do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, criou um sítio eletrônico denominado Pannel de Preços, que objetiva auxiliar os gestores públicos nas pesquisas de preços que precedem os procedimentos licitatórios e tomadas de decisões por ocasião das compras públicas. Disponível em: <<<http://paineldeprescos.planejamento.gov.br/>>>. Acesso em 17 ago. 2017.

concorrência obsta a escolha da proposta mais favorável dos possíveis licitantes a contratar.

Há, ainda, determinadas hipóteses³⁸ previstas no inciso IV, do artigo 24 da lei geral de licitações em que a situação enfrentada pelo órgão é tão grave e requer uma ação imediata, que não seria viável aguardar o prazo para a realização de todos os deslindes necessários até o final do procedimento licitatório, pelo que se autoriza a contratação de modo emergencial sem a necessidade de instauração do competente procedimento licitatório. Trata-se de uma medida rara que somente pode ocorrer em casos excepcionais, seja sob pena da ocorrência de algo extremamente danoso ou pela ocorrência de um mal maior. Todavia, há casos em que esta justificativa é utilizada sem a real medida emergencial, o que retrata um mau planejamento e um dolo do agente público em “fabricar” este fenômeno.

Entretanto, há uma contratação emergencial que se realiza pela desídia do agente público e é autorizada. Esta justificativa torna-se viável sob o argumento de que seria mais grave para a administração não contratar do que contratar dessa maneira. Seria então plausível, uma contratação nesses moldes cabendo a respectiva ação regressiva contra o servidor público que deu causa ao fato. A indenização em tela deve ocorrer desde que comprovada que a urgência é real e que haveria um melhor resultado para a Administração Pública. O que é necessário, então, é verificar se a urgência existe efetivamente e se a contratação é a melhor opção naquelas circunstâncias (JUSTEN FILHO, 2012, p. 341).

Nessa linha, vale transcrever a ementa do Acórdão n.º 1122/2017, do Tribunal de Contas da União, de relatoria do Exmo. Sr. Dr. Benjamim Zymler³⁹, que demonstra o entendimento favorável daquele órgão de controle acerca do tema:

Licitação. Dispensa de licitação. Emergência. Inércia da Administração. Possibilidade: A contratação direta também se mostra possível quando a situação de emergência decorre da falta de planejamento, da desídia administrativa ou da má gestão dos recursos públicos. O art. 24, inciso IV, da Lei 8.666/1993 não distingue a emergência resultante do imprevisível daquela resultante da incúria ou da inércia administrativa, sendo cabível, em ambas as hipóteses, a contratação direta, desde que devidamente caracterizada a urgência de atendimento a situação que possa

³⁸Conforme preliminarmente narrado no presente estudo, não se trata esta obra de um manual didático, pelo que se optou por não elencar todos os casos previstos pela norma.

³⁹Os dados acerca do referido julgamento foram extraídos do sítio eletrônico do TCU. disponível em <<<https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#/detalhamento/11/%252a/NUMACORDAO%253A1122%2520ANOACORDAO%253A2017%2520COLEGIADO%253A%2522Plen%25C3%25A1rio%2522/DTRELEVANCIA%2520desc/false/1>>>. Acesso em 10 out. 2017.

ocasionar prejuízo ou comprometer a segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou particulares.

Reitera-se que com o advento da lei n.º 13.303 de 2016, o assunto ganhou ainda mais força quando no seu artigo 29, a norma elencou as hipóteses de dispensa de licitação na esfera das empresas públicas e sociedades de economia mista, bem como quando no inciso XV previu a contratação direta em situações de emergência que pudessem ocasionar prejuízos ou comprometer a segurança das pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens e, logo a seguir no parágrafo segundo do mesmo artigo estatuiu que aquele que deu causa a tal fato por ação ou omissão deverá ser responsabilizado.

Em síntese, é admissível a contratação emergencial pela incúria do agente público que deu causa ao problema, mas a jurisprudência do Tribunal de Contas é clara no sentido de que em se comprovando a responsabilidade do agente, este deverá ressarcir o erário pelos danos causados. Trata-se, pois, de um episódio de má gestão e violação ao direito fundamental à boa administração pública.

Por óbvio, sublinha-se, que um procedimento com o devido planejamento, a adequada pesquisa de preços e ampla publicação das condições da contratação que se vislumbra, é muito mais salutar que uma contratação emergencial, na qual a empresa contratada – que visa o lucro – poderá orçar o preço e os moldes contratuais do modo como lhe convier e inclusive “inflacionar” o produto. Nesses casos, gasta-se mais do que o devido e por culpa do agente público. Quem sofre é o contribuinte.

Em outros casos, nota-se também um direcionamento da licitação de modo a favorecer um licitante e excluir os outros interessados, o que pode se dar de modo sutil, como por exemplo, quando há a inclusão no edital de determinados pré-requisitos a serem atendidos pelos participantes, que na prática não são essenciais. O bem que poderia ser adquirido ou o serviço que viria a ser prestado, aqui também, poderia o ser por um preço mais em conta. Seriam atendidos, dessa forma, os anseios da administração e surtiria o mesmo efeito prático, a contratação com ou sem a exigência editalícia. Entretanto, a exigência criada acarreta em um gasto superior ao necessário e totalmente inútil, comprometendo o orçamento público e a boa administração pública.

A má gestão, consoante colocado, reflete uma atitude irresponsável do administrador público, pois a cada gasto mal feito na esfera pública é a sociedade brasileira que arca com seus custos e se prejudica com a falta de empenho no trato dos recursos públicos.

Observa-se, por oportuno, que em muitos casos ao lado da má gestão por parte dos servidores públicos, há ações de particulares que ao invés de portarem-se como cidadãos de bem e agir de modo solidário e fraterno cumprindo os mandamentos constitucionais, praticam um conluio criminoso. Realizam, pois, o que se entende por cartel. Na ocasião restringe-se muito a competitividade, quando alguns licitantes em comum acordo conspiram e acertam previamente preços e condições de suas propostas de modo a burlar o certame e no final, o resultado trata-se de verdadeiro jogo de “cartas marcadas”. Este fenômeno por vezes se dá em uma espécie de rodízio, no qual as empresas combinam qual irá vencer cada competição, frustrando a competitividade para que todos consigam “se dar bem” em um sujo esquema.

Salienta-se que cartéis representam uma prática comum em licitações e prejudicam os esforços do Poder Público em utilizar de modo adequado os recursos e benefícios da sociedade, favorecendo empresas, que por meio de acordo entre si, fraudam os certames (SANTOS; SOUZA, 2016, p. 90)

Como visto, assim se desvela o fenômeno da má gestão na condução dos certames: como uma prática desviante a atentatória ao direito fundamental à boa administração pública, que compromete os recursos públicos, que frustra a competitividade das licitações e que está presente, infelizmente, de forma diuturna no Brasil. Sublinha-se que é exatamente a fenomenologia, que ensina como conseguir a vivência da realidade, por meio da descrição do fenômeno que a experiência nos oferece, para chegar à sua essência (RIBEIRO JÚNIOR, 2003, p. 3) que auxilia o intérprete a desvelar este fenômeno. Tal fato culmina com a impossibilidade da efetivação plena dos direitos e garantias fundamentais nos moldes prometidos pela Constituição Federal, violando diretamente os pilares republicanos e gerando alguns efeitos colaterais de sofrimento no povo brasileiro.

Por fim, cabe observar que há alguns atos administrativos praticados em procedimentos licitatórios que mesmo irregulares, não chegam a configurar uma violação ao direito fundamental à boa administração pública, como por exemplo um erro material por ausência de numeração em uma folha dos autos, ou eventualmente o envio dos autos para o órgão

consulente utilizando-se modelo de ofício distinto daquele criado pelo órgão de assessoramento. Nessas hipóteses em que não há dolo ou qualquer prejuízo material para o ente estatal que realiza o certame, não há que se falar em má gestão que ofenda o direito do cidadão a uma boa administração pública.

4º A ORIGEM DAS PRÁTICAS DESVIANTES NOS CERTAMES QUE ATENTAM CONTRA O REPUBLICANISMO BRASILEIRO

A partir deste momento, o estudo focará em desvelar a origem do fenômeno, ou seja, o que ensinaria os maus administradores públicos a agirem de modo desviante e cometerem burlas licitatórias que ferem demasiadamente os cofres públicos e os corações dos brasileiros.

4.1 DESATENDIMENTO DO DEVER FUNDAMENTAL DE SOLIDARIEDADE

Dada a importância atribuída à solidariedade no texto magno brasileiro, o tema figura já no seu título I, na área destinada à abordagem dos Princípios Fundamentais, nomeadamente no inciso I do seu artigo 3º, que preceitua que é um objetivo fundamental da República Federativa do Brasil constituir uma sociedade justa, livre e solidária.

Com isto em mente, vale transcrever o que se entende por solidariedade. Trata-se de “sentimento de amor ou compaixão pelos necessitados ou injustiçados, que impele o indivíduo a prestar-lhes ajuda moral ou material”; e “estado ou situação de um grupo que resulta do compartilhamento de atitudes e sentimentos, tornando o grupo uma unidade mais coesa e sólida, com a capacidade de resistir às pressões externas”⁴⁰.

A solidariedade, portanto, está relacionada a uma postura de respeito, atenção e dedicação ao próximo, respeitando o espaço e o livre pensamento de todos. Afinal, “Só a solidariedade garante plenamente a dignidade de cada um, em quaisquer circunstâncias da vida” (MIRANDA, 2008, p. 211).

Parcela da comunidade brasileira deixa a desejar no tocante à solidariedade, de acordo com exposição do item anterior. Entretanto, a Constituição Federal elenca que a solidariedade é um dos objetivos republicanos. Traduz-se como um direito fundamental aos seus indivíduos e também como um dever fundamental ao Estado de fazer valer o que está no papel. Em simultâneo, observa-se o nascimento de um dever aos indivíduos: o de respeitar o próximo.

⁴⁰Esses são alguns dos significados do termo constantes do sítio eletrônico do Dicionário Michaelis. Disponível em <<http://michaelis.uol.com.br/busca?id=2aB1W>>. Acesso em 11 out. 2017.

Agir de modo solidário relaciona-se a pensar nos demais membros de sua comunidade, a respeitar individualidades e pluralidades da sociedade, não fazer com os outros o que não gostaria que fizessem aos seus. Em suma, doar-se, ajudar, apoiar, conceder suporte aos necessitados. Aceitar as diferenças havidas dentro da coletividade e tratar a todos de modo digno.

Otero (2007, p. 585 e 586) acerca da solidariedade, ressalta que esta ganha projeção como manifestação de um modelo de Estado de direitos humanos, com base na defesa e cultura da vida e possui uma tripla dimensão material: (i) uma que se expressa na relação entre Estado e a pessoa humana, que se materializa como cláusula constitucional do bem-estar, enquanto garantia de uma existência condigna integrante da própria dignidade humana, e, por outro lado, num propósito público de promoção e incentivo da solidariedade entre os membros da sociedade civil; (ii) outra cuja operatividade se mostra na relação entre os particulares consubstanciada no artigo primeiro da Declaração Universal dos Direitos Humanos que concita os homens a viverem em espírito de fraternidade; e (iii) a terceira que é aquela referente às relações entre Estados, do relacionamento entre pessoa e humanidade sob um viés de um princípio de solidariedade internacional. Destaca-se que o referido autor lusitano elenca diferentes dimensões de solidariedade, invocando até mesmo uma espécie que provém do Estado, que deve zelar pela dignidade humana.

Em similar análise, Júnior (2014, p. 434) observa que:

[...] a Constituição impõe ao Estado, a construção e organização de uma sociedade fraterna onde as pessoas possam, com iguais oportunidades, desenvolver as suas potencialidades e gozar dos mesmos bens materiais e espirituais, sem qualquer tipo de preconceito, seja de que ordem for.

Portanto é possível asseverar que o cidadão possui um direito fundamental de viver em uma sociedade solidária, devendo o Estado garantir tal proteção. Ademais, o cidadão no âmbito individual como um membro de uma comunidade de livres e iguais também deve agir na persecução de um Estado solidário, agindo de modo fraterno.

É nessa esteira que vale mencionar o significado de direitos fundamentais trazido por MIRANDA (2008, p. 9), que os entende como sendo “os direitos ou as posições activas das

peças enquanto tais, individual ou institucionalmente consideradas, assentes na Constituição, seja na Constituição formal, seja na Constituição Material”.

Como um dos objetivos republicanos previstos no texto magno é o de constituir uma sociedade solidária, entende-se que a Constituição Federal elenca as posturas esperadas tanto em âmbito estatal como na esfera dos indivíduos, de modo a garantir uma sociedade efetivamente solidária e de viver com respeito ao próximo e de modo fraterno, respectivamente. Ademais, cada indivíduo detém uma parcela contributiva (dever prestacional de cunho positivo) para tal fim, na busca por uma sociedade fraterna, nos termos do artigo 1º da Declaração de Direitos Humanos da ONU⁴¹.

Paulo Otero (2016, p. 43) ao tratar da identidade constitucional abordando o estado dos direitos humanos, traz outro excelente apontamento quando ressalva que “a solidariedade é por último, uma manifestação da cultura da vida própria de um Estado de direitos humanos, determinando sempre uma exigência de justiça social que dignifique a pessoa humana: sem solidariedade a vida humana é menos digna e sem dignidade a solidariedade é desumana”.

Sobre este tópico, Miranda (2016, p. 270) sublinha que há um dever universal de respeito, que recai sobre qualquer cidadão em face do outro, repousa exatamente nos valores da fraternidade e solidariedade, devendo ser entendido em face das justas exigências da moral, ordem pública e no bem estar de uma sociedade democrática.

Partindo das premissas supracitadas, nota-se que uma sociedade se faz efetivamente solidária quando o Estado assim a promove, cabendo ressaltar, que há também a tarefa concernente ao dever de cada indivíduo na luta por este propósito.

Correlacionando a questão da solidariedade com o tema trazido por este estudo, mostra-se evidente que o Estado, por meio dos seus agentes públicos que em seu nome realizam as compras públicas, devem cumprir a estrita legalidade na condução dos certames licitatórios ante o múnus atrelado a seu próprio cargo. Além disso, devem agir de modo solidário sem ferir o próximo e desrespeitar a coisa pública.

⁴¹“Artigo 1: todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade”. Disponível em: <<https://www.unicef.org/brazil/pt/resources_10133.htm>>. Acesso em 01 nov. 17.

Por outro lado, o particular que contrata com a Administração Pública também tem o dever de ser solidário, tal como qualquer outro cidadão. Deve, então, agir nos termos da lei e em cumprimento aos preceitos morais e éticos, obedecendo sempre os termos editalícios.

Ocorre que, consoante verificado no decorrer deste trabalho, em alguns casos, o próprio Estado falha, quando realiza práticas de má gestão no trato da coisa pública por ocasião dos procedimentos de contratações. Diversos são os exemplos de tais violações ao direito à boa administração pública: superfaturamento, aditamentos contratuais desnecessários, direcionamentos de procedimentos, emergências fabricadas, fracionamentos de despesas.

Por conseguinte, aquele que age dessa maneira não tem qualquer preocupação com a coisa pública e não é solidário, pois em momento algum respeita o próximo, não se preocupa com a moral, não se coloca no lugar do outro e não pensa que seu gesto culminará em drásticas consequências aos demais membros da mesma comunidade a que ele está inserido. O rombo orçamentário causado com gastos não previstos faz com que verbas que seriam destinadas à promoção e garantia de outros direitos fundamentais sejam utilizadas para compensar este mau gasto. Com isto, a escassez de direitos fundamentais torna-se uma triste realidade da cotidianidade brasileira por conta de alguns poucos maus administradores públicos.

Neste ponto, cabe traçar um paralelo com a obra “A ética da alteridade e da responsabilidade” do Professor Dr. Aloísio Krohling, cujo trecho abaixo cita-se, quando aborda a relação do homem e as suas interfaces com o outro (2011, p. 29):

[...] ética é a reflexão crítica sobre escolhas ou decisões entre o que fazer e o que não fazer. A ética tem por objetivo facilitar a realização das pessoas, de modo a que o ser humano chegue a realizar-se a si mesmo como tal, isto é, como pessoa.

A ética é sempre cuidado e respeito à alteridade e pretende a perfeição do ser humano, que não se realiza sozinho. A ética é sempre a redescoberta em si mesmo ou do OUTRO. Ninguém perde a sua ipseidade se relacionando com outras pessoas. Alteridade deriva do latim *alter* = outro; corresponde a algo como outriedade. Alteridade é outro conceito fundamental para a importância dos Direitos Humanos Fundamentais [...].

Essa correlação apontada acima mostra-se viável, pois para além de comportamentos que ignoram por completo a moralidade administrativa, agentes públicos que atuam de modo

ilegal e descumprindo seu dever legalmente imposto, mostram que não se preocupam com os outros, não carregam consigo a ética da alteridade. Afinal quem utiliza o dinheiro público para fins escusos e ambições particulares, por óbvio, não respeita os demais membros da coletividade na qual está inserido.

Na mesma linha, Fabriz e Abikair Filho (2013, p. 8) pontuam ao abordarem a questão da ética e alteridade sob um viés de Lévinas, que “o eu e o outro buscam a convivência pacífica através do diálogo, respeitando a existência única e a autonomia do outro. A relação ética está no respeito recíproco”. Mais uma vez, trabalhando o tema com o estudo em tela, quem comete atos de má gestão da coisa pública em certames licitatórios não respeita o próximo e mostra-se mesquinho, ignorando a alteridade. Por conseguinte, tem um comportamento imoral e maculado.

Além dos casos supracitados de alguns agentes públicos que ignoram por completo a solidariedade, descumprindo seu dever funcional na qualidade de representante do Estado, também há o caso de alguns particulares que contratam com a administração pública, mas realizam fraudes, simulações, negócios jurídicos inválidos e escusos, cometendo corrupção e cartel, por exemplo. Quem assim age, certamente não busca a fraternidade almejada pelas nações que subscreveram a citada Declaração de Direitos do Homem, não respeitam os preceitos republicanos e, por óbvio, não são solidários.

Assim, embora a maioria dos agentes públicos brasileiros venham a ser pessoas corretas e sérias, lamentavelmente, parte do grupo envolto em procedimentos de aquisições optam por não agir com a práxis da boa administração pública. Isto se nota quando não respeitam a coisa pública, violam as regras de boa conduta e cometem atos de improbidade. Falta respeito ao próximo e se ignora por completo a almejada harmonia social, como visto não querem ser solidários, não o são e em muitos casos estas são razões que originam as práticas de má gestão no procedimento de compras públicas.

Caso este pequeno grupo de pessoas eivadas de má-fé respeitasse minimamente os mandamentos constitucionais da solidariedade e assim pensassem no próximo e no caos orçamentário que desencadeiam no país, certamente muitos dos atos de má gestão na condução dos certames não ocorreria.

4.2 A IMORALIDADE ADMINISTRATIVA E A BANALIDADE DO MAL

Um dos princípios basilares que norteiam a Administração Pública é o da moralidade administrativa. Cabe aqui trazer uma citação de Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2014, p. 385), acerca deste princípio, expõe que: “exige da Administração comportamento não apenas lícito, mas também consoante a moral, os bons costumes, as regras de boa administração, os princípios de justiça e de equidade, a ideia comum de honestidade”.

Ocorre que alguns agentes públicos atuam de modo diverso e ao invés de agirem com postulados morais e probos, tem suas ações marcadas por atos de verdadeiras imoralidades administrativas.

Trata-se de um dos graves problemas que contaminam o Brasil e que mostra-se presente em algumas repartições públicas nas mais diversas regiões do país. Nestes casos, quando servidores públicos que deveriam se empenhar em realizar as compras públicas, com empenho e de modo eficiente, na busca pela proposta mais vantajosa para o Estado, contratam em nome do Estado (usando o dinheiro, portanto de toda a coletividade) consoante interesses escusos e desonestos.

Práticas desviantes, fracionamentos de despesas, mau uso do dinheiro público, corrupção são o retrato de agentes sem caráter e que não respeitam os demais membros da comunidade. Isto também pode ser considerado como algumas das origens dos problemas de má gestão na condução dos certames, já que em muitos casos, o caráter de alguns agentes públicos já está maculado com essa veia de imoralidade administrativa.

A imoralidade se dá por diversas formas e as consequências são drásticas. O serviço objetivo geral ao interesse geral implica em atender às necessidades coletivas das pessoas. Algo que acaba se diluindo quando se prima pelo apego ao poder e ao governo. Então, o ambiente unilateral do poder passa a transparecer e a surgir apadrinhamentos, vassalagens, exclusões, favorecimentos; em definitivo, o lado mais obscuro do poder no qual as pessoas sem princípios agem perfeitamente e, lamentavelmente, ditam e dão ordens a seu bel-prazer, às vezes em esquemas formalmente democráticos (RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, 2012, p. 17).

Ao abordar essa questão patrimonialista, em sua emblemática obra “Os donos do Poder”, Raymundo Faoro, registra que a astúcia, a habilidade e a sagaz manipulação, são qualidades ajustadas ao comando elitário (2012, p. 830).

O exercício de Poder não é uma prerrogativa ou um direito dos governantes sobre os governados, trata-se de um serviço daqueles em favor do bem comum dos governados: a realização do bem comum, traduzindo uma realidade a serviço da salvaguarda dos direitos e deveres da pessoa humana, consubstanciada na própria razão dos poderes públicos (OTERO, 2016, p. 32).

Ao invés de pautarem suas ações em comportamentos lícitos e em consonância com os preceitos constitucionais, agentes ímprobos agem de modo subversivo, ignorando todo e qualquer código de conduta que permeia o órgão ao qual está vinculado. Lembra-se que o agente público não tem escolha, deve seguir os ditames legais e agir na órbita de sua competência. Afinal, a norma jurídica consiste em um modelo de conduta tanto para sujeitos públicos quanto para privados, respaldado pelo poder do estado cuja observância gera variáveis graus de obrigatoriedade (JUSTEN FILHO, 2014, p. 133).

Alguns agentes públicos atuam em descompasso com o princípio da moralidade administrativa. Suas ações acabam sendo na verdade, atos de imoralidade administrativa, verdadeiros escândalos no campo das compras governamentais. Mais grave é que, para estes agentes, práticas desonestas e ilegais acabam por ser algo considerado “normal” e “banal”.

De modo a ilustrar este pensamento, ainda que de forma rasa, mostra-se possível traçar um paralelo de toda essa crise enfrentada pelo país e da “resignação” de alguns quanto aos episódios fraudulentos, com a teoria da banalidade do mal de Hannah Arendt.

Na aludida teoria, Arendt em sua obra *Eichmann em Jerusalem*, faz uso da expressão *banalidade do mal*, no sentido de tecer observações acerca do regime nazista, nomeadamente da atuação de Adolf Eichmann (2006, p. 7).

Neste sentido, a autora trabalha a relação da ação humana, cotejando-a com a vontade de agir. A partir desta ideia, analisa a possibilidade de que Eichmann, um dos maiores carrascos do nazismo, pudesse vir a ser tratado como mais uma peça da engrenagem, um “mero cumpridor

de ordens” (como ele entendia e alegava o ser, ainda que as ordens fossem emanadas pelo déspota Adolf Hitler), por se tratar de militar do alto escalão germânico.

A relação que ora se pretende traçar entre o texto de Arendt e o contexto da má gestão nos certames licitatórios se mostra cabível, pois tal como Eichmann que era um reproduzidor do sistema de Hitler e entendia ser toda aquela brutalidade como algo “comum”, alguns poucos gestores públicos brasileiros promovem licitações de modo fraudulento causando enormes desfalques nos cofres públicos, entendendo que isso é algo normal, corriqueiro e que faz parte dos usos e costumes na sociedade brasileira. Assim, em que pese a diferença de gravidade dos crimes, o que ora não se discute, obviamente, no que concerne estritamente à banalização de uma conduta ilegal, tal como Eichmann, agentes desleais fazem o mal, acreditam ser aquilo tão banal que a maioria esmagadora deles não mostra um pingão de arrependimento, apesar de todo o dano que trazem para o povo brasileiro.

A coisa pública, o cargo público, a boa administração, muitas vezes os juramentos e promessas assumidas quando da assunção dos cargos: nada mais disso importa e é levado em conta. Para os agentes desviantes, mesmo com toda a ineficiência e imoralidade em seus atos, suas condutas são algo “natural”, que “sempre foi assim” e portanto, aceitável e *banal*.

Contudo, como visto, com a onda do neorepublicanismo, a força que os deveres cívicos mostram estar retomando, o amor pela pátria sendo resgatado e a vontade de se dar um “basta”, acordaram o povo brasileiro. Cansados de tantos escândalos e corrupções, com sentimento distinto aqueles que tomavam conta de muitos alemães contemporâneos do 3º Reich de Hitler, que em profundo tom de alienação aceitaram que seu destino ficasse nas mãos de um tirano que espalhava ódio e perversão por onde passava, avassalando a vida de milhares de pessoas de bem, o povo brasileiro clamou por mudanças e muitos daqueles corruptos de “colarinho branco” experimentam hoje a vida dentro de penitenciárias.

Com isso, neste tópico buscou-se demonstrar que um dos problemas que acarretam a má gestão nos certames licitatórios é a imoralidade que toma conta de alguns agentes públicos brasileiros que ao invés de trabalharem em prol da coisa pública, realizando certames lisos, praticam atos desviantes burlando a lei e desfalcando os cofres públicos. Isto faz parte da essência dessas pessoas, que mais grave, entendem que o comportamento ilegal e criminoso é algo “banal”.

4.3 O MENOSPREZO À SERIEDADE: O SARCASMO AO “CAXIAS”

A ideia ora apresentada aponta um fenômeno que se desvela na visada do autor como sendo também um fator preponderante para a prática de atos ímprobos, desviantes e de má gestão da coisa pública, quais sejam, os aqui intitulados menosprezo à seriedade e sarcasmo ao “caxias”.

O fenômeno remonta ao fato de que em alguns ambientes no Brasil, as pessoas que cultuam a malandragem, o golpe, o jeitinho são mais valorizadas e enaltecidas do que aquele cidadão sério e cumpridor das regras. Registra-se que esta situação se apresenta tanto em ambientes privados como em empresas, condomínios e sociedades, bem como nas repartições públicas. Nesse sentido, como o escopo deste trabalho volta-se aos atos de gestão pública, a análise aqui se restringirá a esta última categoria.

O que se vislumbra apontar é que em alguns casos o agente público acaba contaminado por um sistema já viciado, em que imperam frases como “sempre foi assim”, “pisa no freio”, “não precisa trabalhar tanto”. Ou seja, há um formalismo legal exigido para o deslinde procedimental, muitas vezes até bem delineado e autoexplicativo, como é o caso das licitações, mas alguns servidores públicos driblam as normas e operam conforme os maus exemplos e as “manias” que imperam na repartição.

Muito provavelmente, um agente público sério e honesto, que busca agir em consonância com o mandamento constitucional do artigo 37 da Constituição Federal passou por apuros quando se deparou com os servidores corruptos. Acredita-se que nas repartições em que ocorrem atos de má gestão na condução dos certames, não são todos os agentes públicos que atuam em descompasso com a lei. Ou seja, longe de ser a universalidade dos agentes que “não presta”, que é criminoso ou burlão. Mas também tudo leva a crer que aquele que alerta, que bem assessora, que busca atender o bem comum, ao imperativo do interesse público, nesses ambientes contaminados é colocado de lado. E não só: é menosprezado. É taxado de “Caxias” e ainda vira alvo de deboche.

Isso que o tópico em tela tenta ilustrar: que infelizmente, em locais escurcos, aquele que é leal, transparente e probo perde espaço e não tem voz ativa. Muitas vezes é retirado do setor, colocado “para escanteio” e recebe algum “castigo” no plano fático, mas que é chamado de “tarefa” pelos seus superiores. Alguns acabam contaminados pelo sistema e outros que

duramente lutam e enfrentam os atos de corrupção, improbidade e manias viciadas do órgão, sofrem e são perseguidos.

A cultura lamentavelmente no Brasil não é de se venerar o agente público que luta pela res pública, que diariamente em todos os seus passos separa o público do privado e age consoante o imperativo da legalidade.

Em que pese atualmente os valores republicanos buscarem a efetiva e boa administração e os valores cívicos aos poucos retomarem espaço no país, algumas correntes estarem cultuando por exemplo o excelentíssimo senhor Juiz Sergio Moro, por entender ser o mesmo um herói contra a corrupção, estas situações são raras de ocorrer.

Um exemplo nítido no Brasil pode ser notado traçando-se um paralelo com o *sitcom* “A Grande Família” que ficou no ar por mais de uma década na maior rede televisiva do país semanalmente, teve alguns especiais de natal e inclusive chegou até a virar um longa metragem de grandes proporções.

Na hipótese, o personagem “Lineu” vivido pelo brilhante ator Marco Nanini, era um servidor público honesto (como a maioria dos servidores brasileiros), correto, simples, cumpridor de suas obrigações à risca e um exímio pai de família. Nas entrelinhas era tido como um “Caxias”, um “bonachão”, um cara que era sério demais. Em contrapartida, o personagem “Agostinho”, interpretado pelo também exímio ator Pedro Cardoso, era o “malandro” que vivia em situações de apuros, no “fio da navalha”, agindo corriqueiramente em situações que beiravam práticas delituosas e de burlas. Cabe apontar que não se está aqui indicando que “Agostinho” era criminoso ou que praticava fraudes em licitações, mas sim que o aludido personagem representava a cotidianidade de muitos brasileiros, fazendo inclusive mais sucesso que o personagem vivido por Nanini.

Embora trate-se de um *sitcom*, esta famosa série brasileira pode ser dialogada com a teoria de Roberto Damatta, que explica que a antropologia remonta o brasileiro para alguns personagens, quais sejam, o “malandro” e o “caxias”. O seriado em tela, inclusive, busca retratar uma família brasileira e a rotina que envolve muitos brasileiros em suas relações laborais e sociais. Da Matta (1986, p. 106), sobre esta relação observa que:

O malandro então como tenho acentuado em meus estudos, é uma personagem nacional. É um papel social que está à nossa disposição para ser vivido no momento em que achamos que a lei pode ser esquecida ou até mesmo burlada com certa

classe ou jeito. No Brasil então podemos ser caxias ou autoritários, como personagens típicos do mundo das leis e da ordem; podemos ser renunciadores e beatos que querem estar fora deste mundo, quando somos religiosos e pretendemos fundar um modo de existência paralelo; e podemos também ser malandros e jeitosos, políticos hábeis e sagazes, quando não enfrentamos a lei com a sua modificação ou rejeição frontal, mas apenas a dobramos ou simplesmente passamos por cima dela.

Nesses ambientes em que a má gestão impera, muitas vezes a pessoa séria é vítima de “galhofa” e sarcasmo quando tenta colocar na prática aquilo que aprendeu na teoria. O agente público estuda durante anos para ingressar e ser empossado em um cargo público, quando então inicia sua labuta para implementar o que a lei determina. Contudo, escuta comentários negativos e em alguns casos determinações superiores para “pegar mais leve”, de “segurar o ritmo”, pois não era assim que o sistema funcionava. Em alguns tristes episódios no país, o cumpridor de leis é o rotulado como caxias e inflexível.

Roberto Damatta (1997, p. 74) sobre esta temática revela que realizou uma pesquisa com universitários pós graduados, indagando-lhes: “como você classifica a pessoa que obedece às leis no Brasil?” e segundo o Autor, a resposta era invariavelmente negativa. Emendou ainda o autor que todos teriam mencionado que quem assim procedia era uma pessoa inferior e sem recursos, sendo que um informante deu uma resposta padrão e grosseira para a pergunta: “Quem obedece a todas as leis é um babaca!”. Para Damatta, a conclusão ali era de que “a obediência às leis configura na sociedade brasileira uma situação de pleno anonimato e grande inferioridade.

Este argumento ilustra bem o que se pretende pontuar nesta etapa. O brasileiro que quer cumprir a lei em sua plenitude, agir em conformidade com a legalidade muitas vezes é denegrido. Isto se dá na sociedade como um todo e por consequência, como as repartições estão englobadas na comunidade, seria quase impossível não ocorrer na área pública.

Pessoas sérias são por vezes alvos de piadas no Brasil, seja em seus ambientes laborais ou sociais. A elas são proferidos comentários hostis e alguns assédios de ordem moral lhes são destinados.

Isso é muito triste e perigoso, pois uma sociedade em que vê na seriedade algo ruim ou extremista, acaba por entender que atos de malandragem, burlas e de “manutenção do status quo” da burla são algo “normal”. É difícil fazer com que o personagem “Lineu” passe a ganhar mais aplausos e idolatria que “Agostinho” no Brasil. Em um quadro de corrupção

endêmica e viral, como a que acomete algumas repartições no país, o implemento da seriedade e do cumprimento de leis mostra-se cada vez mais difícil.

Por isso, o dia em que todos os órgãos públicos que realizem licitações conseguirem colocar na mente de todos os seus servidores que a seriedade, o cumprimento do formalismo regulamentar e a boa administração pública são os nortes a serem perseguidos, devendo ser execradas práticas delituosas e corruptas, as compras públicas poderão ser mais lisas e certamente o Brasil ganhará mais credibilidade perante a comunidade internacional e, principalmente, perante o verdadeiro dono do poder: o seu povo.

4.4 UMA QUESTÃO HISTÓRICA: PATRIMONIALISMO, A MALANDRAGEM E O SUBTERFÚGIO DO “JEITINHO BRASILEIRO”

Um dos principais problemas que ficaram enraizados em determinados órgãos da Administração Pública e nas veias de alguns poucos servidores desviantes, foi a questão patrimonialista.

Ou seja, tudo aquilo que a Administração Pública dialógica busca combater e reverter, ainda desvela-se na conduta de alguns agentes desviantes. Alguns pensam que estão na época do Estado no qual as decisões eram centralizadas pelo Rei, que tudo avocava e que deveria ser o responsável pelos atos administrativos, quando o monarca exercia seu poder sobre os bens públicos e privados. A máquina estatal era extremamente burocrática.

Esse patrimonialismo faz com que alguns administradores públicos brasileiros, se entendam no direito de não diferenciar o público do privado e acabem por promover suas vontades próprias através dos mecanismos de controle por ele implementados para este fim.

Desde o século XVI no país os latifúndios – privados – representavam centros de atividades políticas e nesse contexto, a administração dessas terras restava por conta de “milícias” vinculadas aos senhores das terras (análogos ao caso dos senhores feudais). Esta questão da

“localidade” do poder muito repercutiu na formação do Brasil e perdura até hoje⁴². Faoro inclusive, sobre o tema, aponta que “o sistema patrimonial prende os servidores em uma rede patriarcal na qual eles representam uma extensão da casa do soberano” (2012, p. 38).

Nos dias atuais, também há casos de *confusão* e indistinção da coisa pública e privada, fatos estes que acabam por tomar conta da página de diversos noticiários policiais. É a situação, por exemplo, de um agente público/político que utiliza um meio aéreo do Estado – ou seja de todos os brasileiros – para se locomover a trabalho para sua casa de praia. Ou o emprego de uma viatura oficial, cujo uso o agente público faz jus face ao cargo que ocupa e a utiliza para fins particulares de recreio particular ou familiar. O fenômeno então se descortina, como sendo o caso de alguns agentes públicos eivados de má fé, que acabam por apropriar-se ilegalmente do bem público, de modo perverso, cometendo atos de má gestão.

Lamentavelmente, comportamentos deprimentes como estes acabam por surgir em uma sociedade já contaminada historicamente com tanto descaso, ousadia e desídia de alguns agentes públicos. Atos de corrupção, nepotismos, fraudes em licitações como o recorte do presente estudo, são também traços do patrimonialismo brasileiro. Infelizmente, a ganância, o poder, a vontade de querer cada vez mais e a sensação de impunidade, fazem com que a coisa pública seja tão desrespeitada por alguns. Lamentavelmente isto ainda é algo enraizado em alguns brasileiros e também contribui para que atos de má gestão na condução dos certames licitatórios venham a ocorrer.

Em se tratando de uma questão histórica, de algo enraizado nas veias de alguns brasileiros, o fenômeno da malandragem e do subterfugio do jeitinho brasileiro também são ferramentas utilizadas para o mal por alguns agentes públicos e contaminam procedimentos licitatórios.

Neste sentido, entende-se que alguns brasileiros pensam ser interessante utilizar do jeitinho brasileiro para conseguir algumas facilidades. Confundem, misturam (em alguns casos até de propósito), a habilidade em ter “jogo de cintura” para sair de determinadas situações embaraçosas. A desculpa na maioria das vezes é que os outros são “pragmáticos” ou muito sérios e o assunto se resolveria simplesmente com um jeitinho utilizado para fins ardilosos ao invés da opção pelo estrito cumprimento do dever legal.

⁴²É o típico exemplo na história do país referente ao coronelismo, ocasião em que a órbita de ingerência territorial do coronel acabava por se confundir com as suas terras, quando era dispensado um tratamento à coisa pública similar aos seus bens privados.

Em determinadas situações no Brasil é estranho alguém que recebe um troco no comércio em montante a maior do que o devido e opta por realizar a devolução. Causa estranheza até mesmo no caixa do estabelecimento. Quando em um uma lanchonete entrega-se um sanduiche a mais do que o que fora pedido e pago e o cliente devolve, por exemplo, ele é quase xingado por alguns por ser “tão sério”.

Ary Ferreira da Cunha (2015, p. 85)⁴³ ao mencionar que a corrupção tem consequências graves, ligando-a à mortalidade infantil, à percentual de recém nascidos com pouco peso, à taxa de literacia em adultos e ao abandono escolar nas escolas primárias entre outros, acentua que : “a corrupção está longe se ser um daqueles fenômenos sociais absurdos, mas toleráveis, porque culturalmente enraizados e mais ou menos inofensivos”. Em que pese tratar-se o exemplo em tela da realidade lusitana, é inevitável não detectar traços semelhantes ao que ocorre no Brasil, quando a malandragem e o jeitinho são tratados por alguns como algo banal e enraizados na cultura brasileira.

A burla, o drible, a simulação em atos administrativos atrelados ao campo das compras públicas que culminam com a violação do direito fundamental à boa administração pública, como objeto deste estudo, muitas vezes se dá por conta desse jeitinho brasileiro. Contratações de serviços em alguns casos são ajustadas por determinado valor e ao final o montante efetivamente pago pelo órgão (e por todos os brasileiros) é bem superior ao constante do contrato. Aqui, o agente desviante acresce valores para satisfazer seu interesse particular em mais um caso de má gestão.

Há também o fracionamentos de despesa, como já observado, quando um servidor desidiioso e com preguiça de realizar um certame, ou para obter vantagem com a contratação direta, realiza uma maquiagem na contratação de modo a que pelo serviço de mesma natureza o órgão venha a gastar mais de R\$ 8.000,00 (oito mil reais), mas como tal pagamento se dá de modo faseado, os órgãos de controle em determinados casos não consegue ter acesso aos

⁴³O aludido autor para ilustrar a citação supra observa que: “A cultura portuguesa está cheia de exemplos de manifestações culturais deste tipo, como as “Roubalheiras”, celebração que completa as Nicolinas, semana de festa na cidade berço que já se repete há vários séculos. Tradicionalmente, os responsáveis tomam a cargo a missão de “desviar” todo o tipo de bens que encontram desprotegidos, em regra para junto do Pinheiro (lugar central das festividades), gerando situações por vez divertidas, mas inconvenientes: tabuletas, sinais, balizas, carrinhos de choque, bezerros, etc., tudo vai parar à praça onde os donos, mais ou menos aborrecidos, as podem ir buscar. O aproveitamento da permissividade das autoridades policiais, por parte de algumas pessoas alheias às festividades, levou à proibição da tradição algures o segundo ou terceiro quartel do século XX. Em 1994, a tradição foi restabelecida em articulação com as forças policiais e desde aí tem se mantido, ainda que em moldes um pouco diferentes”.

dados da aquisição. Logo, por desídia do administrador ou má fé, são gerados gastos enormes e desnecessários ao Estado. Outros exemplos podem ser citados: superfaturamento em obras para propinas; carteis e conluíus entre empresas que fraudam certames. Em suma, muitos dos atos de má gestão e de desrespeito à coisa pública decorrem do jeitinho brasileiro.

Os argumentos de que “sempre foi assim”, “sabe como que é”, entre outros, costumam acompanhar o agente público descompromissado com o país e que só pensa em seu enriquecimento.

Infelizmente o jeitinho brasileiro acompanha alguns brasileiros que entendem ser algo cultural: furar uma fila, simular alguns atos jurídicos, adquirir filmes piratas, pular uma roleta de ônibus, estacionar em vaga proibida, falsificar carteiras de estudante. Isto ocorre até mesmo em alguns casos com pessoas até mesmo esclarecidas, que atuam dessa maneira e passam a acreditar que isso é ser normal.

Por se tratar de algo cultural que atinge alguns membros da coletividade brasileira, seria quase impossível que isso não transbordasse para a esfera pública. Mostra-se difícil, assim, frear este fenômeno de modo que ele não fizesse parte da Administração Pública, afinal, os agentes públicos, antes de mais nada, são cidadãos brasileiros, vivem a cultura do país e alguns deles, curtem esse “jeitinho brasileiro”.

Damatta (2004, p. 9) ao analisar antropológicamente alguns traços dos brasileiros, aponta que o indivíduo sabe ser brasileiro e não americano “porque diante de um não burocrático, pode dar um jeitinho”. Acerca da conceituação e explanação do aludido jeitinho brasileiro, transcreve-se o próprio Damatta (1986, p. 100-102):

[...] Assim, entre o “pode” e o “não pode”, escolhemos, de modo chocantemente antilógico, mas singularmente brasileiro, a junção do “pode” com o “não pode”. Pois bem, essa junção que produz todos os tipos de “jeitinhos e arranjos que fazem com que possamos operar um sistema legal que quase sempre nada tem a ver com a realidade social.

O “jeito” é um modo e um estilo de realizar. Mas que modo é esse? É o que ele indica algo importante. É sobretudo, um modo simpático, desesperado ou humano de relacionar o impessoal com o pessoal; nos casos – ou no caso - de permitir juntar um problema pessoal (atraso, falta de dinheiro, ignorância das leis por falta de divulgação, confusão legal, ambiguidade do texto da lei, má vontade do agente da norma ou do usuário, injustiça da própria lei, feita para dada situação, mas aplicada universalmente etc.) com um problema impessoal. Em geral, o jeito é o modo pacífico e até mesmo legítimo de resolver tais problemas, provocando esta junção inteiramente casuística da lei com a pessoa que a está utilizando[...].”

A abordagem nesta etapa então serviu para mostrar que o mau hábito e os maus costumes de parte da sociedade brasileira, que “veneram” o “jeitinho brasileiro” também se mostram presentes na Administração Pública. Claro que não se trata da regra, mas sim da exceção - de uma parte ínfima dos agentes públicos brasileiros – mas fato é que essa cultura é muito perigosa para existir dentro de uma repartição que trata da coisa pública e promove contratações com pessoas jurídicas de direito privado em nome do Estado Brasileiro.

5º A NÃO EFETIVIDADE DE DIREITOS FUNDAMENTAIS DECORRENTE DA MÁ GESTÃO NA CONDUÇÃO DOS CERTAMES

Como já salientado na trajetória deste estudo, diferentemente do que ocorre com o particular que pode livremente adquirir bens e dispor dos mesmos quando e como lhe interessar, a Administração Pública encontra a sua atuação necessariamente vinculada à lei. Na relação administrativa, a vontade da Administração Pública é definida pela lei, com base nos ditames do princípio da legalidade. Em contrapartida, no que tange às relações entre particulares, vigora o princípio da autonomia de vontade, por meio do qual a eles é permitido fazer tudo que a lei não proíbe (DI PIETRO, 2014, p. 65).

Este preceito também é aplicado no campo das licitações públicas. O ato de comprar para a Administração Pública não é algo instantâneo e livre, pelo contrário: ele demanda uma vasta pesquisa interna para verificar a necessidade do órgão, um planejamento para tal fim deve ser realizado de forma precisa, deve haver previsão orçamentária para tanto, uma adequada pesquisa de preços, bem como a realização de um certame licitatório, cujos requisitos técnicos não são poucos. Ou seja, a formalidade legal exige uma série de atos para o alcance de um fim: a efetiva aquisição. Há um verdadeiro iter a ser perseguido pela administração para o alcance de uma compra pública lisa e em conformidade com o preceito normativo. Nesta linha, o emblemático administrativista português Diogo Freitas do Amaral registra que:

[...] A actividade administrativa não se esgota na tomada de decisões (decision-making): antes de cada decisão há sempre numerosos actos preparatórios a praticar, estudos a efectuar, averiguações a fazer, exames e vistorias a realizar, informações e pareceres a colher, etc... E depois da tomada da decisão, novos trâmites a percorrer: registos, controles, vistos, publicação, notificações aos interessados, etc...[...] (2010, p. 288).

Nos dias atuais, percebe-se a lei não somente como um vetor limitador à escolha de atuação do administrador público, figurando também como pressuposto. Isto ocorre em função de uma maior e gradativa vinculação do agente público ao princípio da legalidade. A ação administrativa baseia-se não apenas na lei, observando adicionalmente normas, direitos fundamentais e princípios constitucionais.

Para tanto, consolida o artigo 37, *caput*, da Constituição Federal, que a Administração Pública direta e indireta deve observar e atuar, no exercício de suas funções, em obediência aos

princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. Assim, não haveria espaço para uma atuação administrativa emotiva e sem critérios. Um moderno Estado Constitucional, quando toma suas decisões administrativas, necessita atender a lei, bem como observar os ditames da boa administração pública.

O direito fundamental à boa administração pública concede ao cidadão receber um tratamento por parte da Administração Pública de modo eficiente, transparente, probo, com respeito à legalidade, sustentabilidade, publicidade e moralidade. Por conseguinte, em se tratando a licitação de um procedimento de compras públicas, o primado da boa administração também deve estar presente neste tocante.

Como visto e já bem salientado, burlas, cartéis, pesquisas de preços precárias, dispensas indevidas, emergências fabricadas, são alguns dos exemplos de má gestão da coisa pública quando da realização de licitações. Nitidamente, são práticas atentatórias aos alicerces basilares republicanos que desrespeitam a coisa pública e o povo brasileiro e que ofendem o direito fundamental à boa administração pública, culminando em um retrocesso.

A partir daqui serão acentuados os efeitos dessa má gestão e o sofrimento causado nos brasileiros por conta deste fenômeno negativo, que tem como uma das principais consequências, o fato do orçamento público restar comprometido por conta do mau uso do dinheiro em alguns processos, com a decorrente mitigação da prestação dos direitos fundamentais.

5.1 ESCASSEZ DE DIREITOS FUNDAMENTAIS DECORRENTE DE ATOS DE MÁ GESTÃO E VEDAÇÃO AO RETROCESSO

Os atos de má gestão na condução dos certames acarretam uma série de danos aos cidadãos brasileiros, que cada vez mais sentem-se desamparados pelo Estado, por não receberem o adequado tratamento previsto pela lei maior.

Em que pese a Constituição Federal prever em seu texto a prestação de uma série de direitos fundamentais, a garantia dos mesmos e os elenque entre seus valores a dignidade da pessoa humana, parece que diferentemente do esperado, a cada dia que passa o brasileiro se vê mais

distante do prometido no texto constitucional. Ao invés da maturidade constitucional conferir ao brasileiro uma vida mais digna e trazer maiores possibilidades aos cidadãos, o panorama se mostra no mundo da vida de modo distinto, pois a sensação é que a cada geração a vida fica mais difícil para o brasileiro, contrariando as expectativas de evolução social. Os atos de má gestão aparecem como vilões nessa história e configuram um total descomprometimento do servidor público que assim atua, com seu múnus, qual seja, o de trabalhar em prol da coletividade e não em seu próprio interesse. Quando o órgão realiza licitações sem observar os corolários constitucionais e as formalidades legais pertinentes traz danos não só ao órgão ao qual faz parte, mas também a toda administração pública e aos demais utentes do serviço público.

Daí que não se pode olvidar que a ação de governo e a atuação administrativa hão de orientar-se pelos parâmetros e vetores constitucionais, os quais vão marcar a temperatura real do compromisso democrático da ação pública (RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, 2012, p. 15). Agindo de modo diverso, os representantes do Estado vão estar violando o direito fundamental à boa administração pública e comprometendo todo o orçamento público. Por conseguinte, o planejamento para a garantia de uma prestação mínima dos direitos fundamentais, nos patamares já existentes restará comprometida e o retrocesso seria inevitável.

Ingo Sarlet entende que o princípio da proibição do retrocesso social está intimamente relacionado à noção de segurança jurídica, própria do Estado de Direito. Neste sentido, o autor acentua o destaque da matéria no ordenamento jurídico pátrio:

Assim, bastariam estas breves considerações, para demonstrar o quanto a segurança jurídica (aqui tomada num sentido propositalmente amplo) assumiu um lugar de destaque na atual ordem jurídico-constitucional brasileira, ao lado da segurança social (igualmente consagrada de modo expresso no âmbito da ordem social e ligada diretamente aos direitos fundamentais à saúde, assistência e previdência social). Importa lembrar, neste contexto, que a segurança jurídica (para além das manifestações específicas expressamente constantes do texto constitucional) integra, na condição de subprincípio, também os elementos nucleares da noção de Estado de Direito plasmada na Constituição de 1988 desta sendo indissociável. Ademais, nem o princípio fundamental da segurança jurídica e nem mesmo o complexo de direitos fundamentais específicos já referidos e agasalhados pelo nosso Constituinte, esgotam o elenco de possibilidades quando se cuida de delimitar o âmbito de

proteção de um direito à segurança jurídica, à luz do sistema constitucional brasileiro. Dentre essas outras possíveis manifestações, destacam-se duas que, pela sua relevância para a presente abordagem, já aqui não poderiam deixar de ser mencionadas, quais sejam, a idéia da proteção da confiança e a da proibição de retrocesso (2004, p. 6).

Dessa maneira, deve haver uma proteção a cada direito fundamental (incluída aqui a boa administração) não só pela segurança contra medidas retroativas, mas também contra aquelas que potencialmente causem um retrocesso. De modo a respeitar a dignidade humana, veda-se, então, ao Estado (independente do cenário político e social enfrentado pelo país), eventual violação do núcleo mínimo existencial. Afinal trata-se esta de núcleo essencial da República (CANOTILHO, 2003, p. 226).

Em outras palavras, o descumprimento do direito fundamental à boa administração pública por parte do Estado, caracterizaria um “retrocesso social”, que para além da escassez de direitos fundamentais, poderia trazer algumas consequências para o próprio Estado.

Então, uma vez considerada a boa administração pública como direito fundamental, esta possui um status jurídico diferenciado e representa um instrumento de proteção do cidadão frente à atuação do Estado. Frise-se que a Constituição Federal de 1988 representou um verdadeiro paradigma⁴⁴, pelo fato do Constituinte Originário mostrar preocupação com o cidadão e com o valor da dignidade humana, e por prever em seu texto um rol de direitos fundamentais, o que lhe credenciou a ser denominada de “cidadã”.

Cabe ressaltar que em regra esta classe de direitos possibilita que o indivíduo exija do Estado uma prestação positiva, com o propósito da garantia da dignidade humana. Embora devidamente previstos no texto magno, na prática, o Estado não conseguiu atingir plenamente a garantia dos direitos fundamentais. No caso, mostra-se pertinente trazer uma alusão ao que ressaltou Norberto Bobbio, no sentido de que o fundamental em relação aos direitos do homem seria não só justificá-los e sim protegê-los (BOBBIO, 1992, p. 24).

⁴⁴O paradigma aqui empregado deve ser cotejado consoante teoria de Thomas Kuhn, que os trata como verdadeiros “saltos” e consideráveis mudanças de pensamento no ramo científico, no bojo de sua emblemática obra “A estrutura das revoluções científicas”.

O direito existe para ser aplicado e deve-se corresponder o texto à realidade da vida (DA SILVA, 2007, p. 17). Porém, apesar de carregar traços de validade e vigência, no que tange à eficácia e efetividade dos direitos fundamentais, há que se falar hoje em uma certa mitigação dos mesmos por diversos motivos: escassez de recursos estatais, despreparo de alguns agentes políticos e falta de conscientização popular, além da má gestão, tão citada e que é o cerne deste estudo.

Uma norma de direito fundamental impõe sempre ao Estado um dever jurídico relativo à proteção de um bem, que resultará direta ou indiretamente em uma garantia efetiva ou potencial de acesso, por parte dos cidadãos, ao bem protegido pela norma (REIS NOVAIS, 2003, p. 125). Nota-se pelo entendimento do notável jurista luso que ao cidadão é conferido um direito fundamental e que ao Estado, em paralelo, caberá a sua proteção. Contudo, no Brasil, lamentavelmente o script não é seguido “como manda o figurino”. Muitas dessas falhas estatais decorrem exatamente das fraudes de agentes públicos descomprometidos e corruptos, acarretando em uma mitigação do dever de proteção e com isso o cidadão fica parcialmente descoberto e desassistido.

Ademais, a Constituição Federal prometera inúmeros direitos ao cidadão, como saúde, educação, trabalho, mas a cada exercício financeiro o orçamento fica mais reduzido, a austeridade cresce a cada ano e a corrupção se mostra presente. Quem sofre, assim, é o cidadão que vivencia a escassez dos direitos fundamentais.

Em síntese, há uma previsão na lei maior de diversos direitos individuais e sociais, de ferramentas para sua proteção, ou seja a norma é válida – afinal, seguindo o conceito de Bobbio (2014, p. 68) foi editada por autoridade detentora do poder legítimo de editar normas jurídicas - e vigente, mas carece de eficácia e efetividade.

O próprio Estado quando através de alguns de seus servidores eivados de má fé burlam certames licitatórios e gastam o dinheiro público de modo descontrolado e sem planejamento tornam inviável o cumprimento da promessa constitucional da prestação e da garantia dos direitos fundamentais.

Acerca desse dever de proteção do Estado, transcreve-se Andrade (2009, p. 138), para quem:

[...] A vinculação dos poderes estaduais aos direitos fundamentais não se limitaria ao cumprimento do dever principal respectivo (de abstenção, ou ainda de prestação ou de garantia de participação, conforme o tipo de direito do particular), antes implicaria o dever de promoção e de proteção dos direitos perante quaisquer ameaças, a fim de assegurar sua efectividade [...].

Ao pontuarem os efeitos da corrupção, Diogo Moreira de Figueiredo Neto e Rafael Vêras de Freitas⁴⁵, pontuam que “Trata-se de fenômeno social, diretamente, relacionado com a eficácia e a credibilidade da gestão pública, razão pela qual a sua proliferação propicia não só a redução de investimentos no país, como o agravamento das desigualdades sociais” (2014, p. 2).

Dessa forma, foi notado que atos de má gestão comprometem a efetividade dos direitos fundamentais nos termos prometidos pela lei maior. Outrossim, em alguns casos o próprio princípio da vedação ao retrocesso mostra-se violado, quando preceitos da boa administração pública não são respeitados pelo Estado quando da relação com os indivíduos, ferindo direitos dos mesmos. Assim, os cidadãos já descontentes com a aludida escassez se distanciam do texto magno, consoante será a seguir pontuado.

5.2 O ESVAZIAMENTO DO SENTIMENTO CONSTITUCIONAL

É notório que se encontra enraizado em cada cidadão um sentimento vivo de ter devidamente estabelecido, respeitado e concretizado seus direitos fundamentais. Nesta esteira, a concretização das normas constitucionais mostra-se de fundamental importância, esperando a sociedade que não esteja diante de uma “mera folha de papel”.

Nesse contexto, a Constituição Federal, promulgada em 1988, e por conta de seu inovador e democrático texto, orgulhou os brasileiros. O elo marcante entre povo e constituinte culminou na implementação do rótulo de Cidadã à lei maior do país. O povo sentiu-se parte do texto e entendia estar sendo ouvido pela Constituinte. Daury Cesar Fabríz, ao tratar do tema pontua, brilhantemente, que: “nas experiências constituintes brasileiras anteriores ressentiu-se a ausência popular no debate constituinte, o processo ocorrido na década de 80 mostrou-se

⁴⁵Artigo elaborado na edição de nº 156 da Revista Fórum Administrativo. Disponível em : << http://www.editoraforum.com.br/ef/wp-content/uploads/2014/01/ART_Diogo-Figueiredo-Moreira-Neto-et-al_Lei-Anticorruptcao.pdf>>. Acesso em 01 nov. 17.

particularmente rico e peculiar no que se refere à participação popular, estando ainda em vigência a ordem jurídica anterior, com as suas instituições em pleno funcionamento.” (2008). Desse modo, o povo entendeu ter sido parcialmente escutado e mesmo que não tivesse estado diretamente nas bancadas do parlamento, na altura pensaram que seus representantes apresentaram o pleito popular, fazendo com que houvesse uma crença efetiva de que a representação realmente existiu. Pode-se se dizer que muitos brasileiros se enxergaram naquele texto e pensaram fazer parte da Constituição Federal.⁴⁶

A Constituição Federal de 1988, como citado, representou um verdadeiro marco de conquistas históricas e foi alcançada após período de luta e fé de indivíduos que buscavam a positivação e efetivação dos valores republicanos.

A ideia de universalidade dos direitos humanos também foi acolhida pela Constituição de 1988, na medida em que consagrou o valor da dignidade da pessoa humana tratando-o como princípio fundamental do constitucionalismo de 1988 (PIOVESAN, 2010, p. 54). Na altura, o anseio pela garantia dos direitos individuais e direitos sociais, permitiu que o povo brasileiro se enxergasse naquele texto e se sentisse parte dele. Assim, a Constituição Federal trouxe a confiança que estava escassa nos brasileiros.

A Constituição caracterizou-se como um autêntico símbolo para o povo brasileiro e a sua adesão foi praticamente unânime em todo território nacional. Afinal, havia uma expectativa de dias melhores com o advento do texto constitucional, tendo em vista a lei maior ter previsto uma série de direitos fundamentais, mas não só: elencou mecanismos para sua manutenção e garantia. Desta feita, o exercício de cidadania foi uma marca daquele período, o que acarretou um aumento da consciência política do brasileiro como um todo.

Neste sentido, verificou-se que milhares de brasileiros se identificaram com a carta política e houve um verdadeiro sentimento constitucional por parte dos brasileiros em consonância com a doutrina de Pablo Lucas Verdu constante de sua obra “El Sentimiento Constitucional”. Através desta teoria, o autor sublinha a relevância da integração política, enfatizando a

⁴⁶ Acerca deste laço entre povo e texto constitucional, importante apontar os dizeres de Emmanuel Joseph Sieyès, quando este sublinha “Em toda nação livre - e toda nação deve ser livre – só há uma forma de acabar com as diferenças, que se produzem com respeito à Constituição. Não é aos notáveis que se deve recorrer é à própria nação. Se precisamos de Constituição, devemos fazê-la. Só a nação tem direito de fazê-la” (SIEYÈS, 2008, p. 91).

importância de uma interpretação constitucional que configure a adesão ao texto por parte dos membros de uma comunidade. Aduz, ainda, que o sentimento constitucional não se relaciona apenas com um artigo da Constituição e sim com o conjunto da obra como um todo (VERDU, 1985, p. 146. Tradução própria).

Todavia, as promessas e garantias não se efetivaram por completo e as normas programáticas, ficaram em muitos casos apenas no papel, sendo deixados pelo caminho sem a plena concretização de diversos direitos fundamentais. O povo brasileiro inicialmente tão associado ao texto constitucional passou a nutrir uma sensação de abandono, fazendo com que o sentimento constitucional outrora tão forte, passasse, aos poucos a se esvaír.

Para além da não efetividade do texto e ausência de concretude de políticas públicas que garantissem a efetivação dos direitos e garantias fundamentais, outro fator preponderante para esse afastamento do brasileiro do texto constitucional decorreu dos diversos escândalos enfrentados pelo país, por conta de rombos aos cofres públicos. No tocante às licitações, é notório que os lastimáveis casos criminosos ocorridos nas compras públicas no Brasil, tornaram o brasileiro mais descrente de seus governantes e de seu país.

Portanto, atos de má gestão nas contratações públicas em muito contribuíram para que o sentimento constitucional aos poucos fosse se esvaziando e rompesse com toda aquela esperança e anseios outrora tão significativos. Afinal, há a quebra da confiança em um Estado que não garante as mínimas condições a seus membros e a vontade de constituição praticamente torna-se nula.

Acerca das dúvidas que pairam sobre o futuro do sentimento constitucional do povo brasileiro, mostra-se válido recorrer a Konrad Hesse que em sua “Força Normativa da Constituição” invocou a chamada vontade de Constituição nos seguintes termos:

[...] A resposta à indagação sobre se o futuro do nosso Estado é uma questão de poder ou um problema jurídico depende da preservação e do fortalecimento da força normativa da Constituição, bem como de seu pressuposto fundamental, a vontade de Constituição. Essa tarefa foi confiada a todos nós [...] (HESSE, 1991, p. 32).

O esvaziamento deste sentimento no decorrer dos anos foi aumentando e pouco a pouco o brasileiro sentiu-se desiludido com aquilo que mais lhe trazia esperança. Aquele estar na

Constituição, enxergar-se na Constituição, viver a constituição, deixava gradativamente de fazer parte da vida dos brasileiros.

Em outras palavras, quando o que está posto não coincide com a realidade, em um cenário em que o texto não corresponde ao contexto, não há como se falar em efetivação dos direitos fundamentais. Afinal, atos de má gestão, de corrupção, fraudes, cartel, fazem balançar os pilares do Estado Democrático de Direito, ante a escassez de direitos e garantias fundamentais que deles decorrem. O povo então, torna-se desesperançoso, em alguns casos descrente de sua dignidade humana e é relegado ao esquecimento, como se verá na fase que se segue.

5.3 A “ICONIZAÇÃO” DO POVO BRASILEIRO

Dessa maneira, mostrou-se que houve um nítido distanciamento entre o povo brasileiro e a Constituição Federal, ante as dificuldades enfrentadas na cotidianidade brasileira, designadamente no que tange a uma plena efetividade dos direitos fundamentais. Desta feita, aquela boa atmosfera vivida nos meados e fim dos anos 80, corroeu-se e o sentimento constitucional inflado até então, restou-se esvaziado.

Esta redução de proximidade entre povo e Constituição acaba por intensificar-se no momento em que o cidadão não participa das deliberações políticas, sentindo-se ignorado. O campo de tomada das decisões situa-se em local afastado do cidadão e estas acabam por não atender aos seus anseios como o esperado.

Com efeito, o povo, de quem emana todo o poder consoante os dizeres do parágrafo único da Constituição Federal, acaba por não ser tão soberano como esperado e sente-se em parte ignorado pelos governantes, com acesso remoto à saúde, educação, saneamento básico, cultura, e isso gera um quadro de desinteresse em significativa parcela do povo brasileiro, que começa a ficar descrente de parte de seus representantes.

Nesta etapa do estudo, buscar-se-á traçar um paralelo entre o conceito de “povo como ícone” trazido por Friederich Müllerem em sua obra “Quem é o Povo?” e a cotidianidade brasileira, com o fito de buscar desenvolver a teoria de que a marca da democracia (governo do povo para o povo) pode-se dizer que encontra-se ferida no Brasil.

Antes de adentrar no mérito do tópico propriamente dito, cabe observar que na aludida obra, o jusfilósofo alemão, analisa a utilização da palavra povo no contexto constitucional, ocasião em que elenca outros quatro conceitos de povo, para além do conceito supracitado, quais sejam, povo como (i) ativo; (ii) como instância global de atribuição; (iii) como destinatário de prestações civilizatórias de estado; e (iv) conceito de combate.

Contudo, como salientado, o recorte ora analisado é o do instituto do “povo como ícone”. Neste sentido e a fim de alcançar o objetivo de realçar a semelhança do panorama enfrentado hoje pelo povo brasileiro ante tamanha desilusão e descontentamento com a falta de concretização e garantia de direitos fundamentais, com a conceituação de Müller sobre o povo como “ícone”, cabe transcrever a definição trazida pelo jurista germânico:

[...] O povo como ícone, erigido em sistema, induz a práticas extremadas. A iconização consiste em abandonar o povo a si mesmo; em “desrealizar” (entrealisieren) a população, em mitificá-la (naturalmente já não se trata há muito tempo dessa população), em hipostasiá-la de forma pseudo-sacral e em instituí-la assim como padroeira tutelar abstrata, tornada inofensiva para o poder-violência – “notre bom peuple” [...] (Müller, 1998, p. 67).

Neste sentido, mostra-se possível correlacionar a tese invocada acerca da iconização com o atual contexto do povo brasileiro, cujo sentimento constitucional como acima citado esvaiu-se. O povo hoje se vê ignorado e abandonado, este fenômeno inclusive se percebe quando as promessas políticas de seus representantes eleitos não se concretizam.

Cotejando a iconização com o estudo em tela, a medida que licitações são feitas repletas de fraude e violando os preceitos constitucionais e ditames regulamentares, evidencia-se que há um pouco caso com a coisa pública, um gasto mal realizado com o dinheiro público, mas não só: trata-se de uma agressão brutal no povo brasileiro.

A violação ao direito fundamental à boa administração pública também é uma forma de “iconização” do povo, se a visada direta apontar para o fato de o povo brasileiro estar relegado, abandonado por alguns governantes. Não há como quase que semanalmente o brasileiro ser cientificado através de um de seus programas televisivos de maior audiência (no caso, o Fantástico, das Organizações Globo) de fraudes em licitações e contratações públicas e não se sentir agredido.

É nessa contextualização que se mostra cabível um paralelo do que Müller preceituou sobre o abandono do povo em si mesmo. Obras inacabadas, aditamentos contratuais, superfaturamentos e licitações fraudulentas. A má gestão dos certames faz o brasileiro de bem e trabalhador sofrer e os agentes públicos irresponsáveis engordarem suas contas bancárias no estrangeiro.

Mister se faz um adequado planejamento, um verdadeiro respeito com a coisa pública, uma maior transparência nas licitações, um efetivo mecanismo de controle nas repartições das três esferas estatais, tudo em prol da boa administração pública, sendo este o início do caminho para se alterar o cenário invocado neste estudo, uma vez que boa parte do povo brasileiro está, pois, sentindo-se abandonada a si mesmo, o que configura a sua “iconização” à luz da teoria de Müller.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O estudo em tela almejou desvelar por meio de uma visada direta e pelo método fenomenológico, que o direito fundamental à boa administração pública é reconhecido no ordenamento jurídico pátrio, estando previsto de modo implícito e subliminar na Constituição Federal, nomeadamente através de uma leitura do parágrafo 2º do artigo 5º do texto magno, de seu artigo 37 que elenca os princípios que norteiam as ações da Administração Pública, mas não só: o inciso III do artigo 1º da Constituição Federal também promove o instituto, uma vez que a boa administração está ligada à dignidade da pessoa humana, um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito.

Assim, o entendimento de que a boa administração pública funciona como um direito ao dispor do cidadão utente do serviço público guarda relação com a o perfil da Administração Pública dialógica que cada vez mais vem ganhando espaço em detrimento do modelo outrora vivenciado de um Estado absolutista e encontra-se em consonância com os pilares republicanos e fundamentos da República Federativa do Brasil expressos na lei maior, no sentido de valorar a dignidade da pessoa humana, a soberania e a cidadania, bem como tem como objetivos a construção de uma sociedade justa, livre e solidária que visa promover o bem de todos, entre outros atributos de um Estado Democrático de Direito.

Outrossim, foi destacado que o direito fundamental à boa administração pública seria alvo de estudo neste trabalho, em correlação com os procedimentos licitatórios, de modo a pontuar que o direito fundamental em tela também deve ser respeitado por ocasião das compras públicas por parte dos entes que desejarem contratar, utilizando como referencial teórico Juarez Freitas.

Entretanto, foi visto que em alguns casos de compras públicas no país (frise-se que não é a regra, nem mesmo a maioria deles), determinados agentes públicos responsáveis pelas aquisições em alguns órgãos e que deveriam zelar pela coisa pública, atuam de modo desviante e sem honestidade de propósito cometendo fraudes, burlas e ilegalidades na condução dos certames licitatórios, de modo que suas ações configurem atos de má gestão.

Neste sentido, chegou-se ao cerne da questão deste estudo, com pergunta central deste trabalho: o que configura a má gestão na condução dos certames licitatórios que viola o direito fundamental à boa administração na condução dos certames? Buscou-se, assim, apontar com o auxílio da fenomenologia, o que são estes atos de má gestão no mundo da vida, que seriam capazes de violar este direito do cidadão.

Dessa maneira, algumas conclusões podem ser extraídas da pesquisa:

Sobre o instituto da boa administração pública propriamente dito, foi mencionado que a Itália é um de seus principais berços, estando o tema positivado na Constituição Republicana daquele país e sendo alvo de constantes estudos doutrinários na localidade, sendo inclusive tal direito, atrelado à qualidade de vida dos cidadãos e dos utentes do serviço público.

Para além disso, foi visto que a temática está prevista na Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia, representando um verdadeiro marco no velho continente no que pertine à Administração Pública dialógica. Verificou-se, ainda, que trata-se de um direito fundamental de caráter vinculativo, que em eventual hipótese de descumprimento, confere-se ao cidadão, inclusive, a possibilidade de propositura de uma demanda em face do Estado Membro que eventualmente não preste o serviço respeitando tais ditames, tendo também sido ressaltada a importância da figura do provedor de justiça.

No que concerne ao ordenamento jurídico pátrio, foi sublinhado que o direito à boa administração pública é um direito fundamental que guarda relação com a dignidade da pessoa humana e com os preceitos constitucionais insculpidos no artigo 37 da lei maior. Portanto, notou-se que mesmo não estando positivado no ordenamento jurídico pátrio de modo expresso, o fenômeno se desvela através de uma leitura do inciso III do artigo 1º, parágrafo 2º do artigo 5º e do artigo 37 da Constituição Federal.

Ademais, foi enfatizado que este direito fundamental existe no ordenamento jurídico pátrio, ainda que tal previsão não se dê expressa e literalmente, devendo o intérprete fazer o uso da hermenêutica e da fenomenologia para notar a sua existência. Do mesmo modo, apontou-se que essa consagração muito se deve a fato de que em sendo o direito caracterizado por significativas mudanças e mutações, aperfeiçoando-se com o decorrer dos anos de modo a

fazer com que texto e contexto dialogassem, a Administração Pública deveria acompanhar este mecanismo.

Portanto, tal fato se procedeu e o quadro de uma Administração Pública prestacional, revestida de um viés dialógico fez sucumbir aquele ideal de estado absolutista e soberano. Assim os administrados passaram a clamar cada vez mais por uma efetiva participação popular nos processos de governança e a pleitear seus direitos com mais veemência perante a Administração Pública.

Dessa forma, a boa administração pública acabou por ganhar considerável relevo na academia brasileira, funcionando hoje como importantíssima ferramenta de controle e de guia para que os mandamentos constitucionais, fundamentos e objetivos republicanos venham a ser conferidos aos cidadãos.

Na etapa derradeira deste primeiro capítulo, frisou-se que a licitação um procedimento pelo qual a Administração Pública em regra deve adotar quando desejar realizar contratações, referentes às compras, vendas, obras, trabalhos ou serviços, ocasião em que buscar de modo objetivo a proposta mais vantajosa.

Desta feita, como visto, trata-se de um procedimento administrativo e que portanto deve ser regido pelo manto do direito público. Logo, diferentemente do que ocorre na relação entre os particulares, no qual a autonomia da vontade é o imperativo, quando a esses é permitido fazer tudo que a lei não veda, a Administração Pública deve agir nos termos e limites da lei, em respeito ao princípio da legalidade estrita.

Por isso, os mandamentos constitucionais que envolvem a Administração Pública devem se fazer presentes também quando o Estado for realizar aquisições e alienações e neste rol deve ser incluído o direito fundamental à boa administração pública, garantindo-se ao administrado, um serviço público eficiente, transparente célere, que respeite à moralidade, sustentabilidade, legalidade, publicidade, igualdade, imparcialidade, entre outros requisitos.

Portanto, as aquisições a serem realizadas pelo Estado, devem se dar através de certames lisos, procedimentos instaurados em consonância com os ditames legais e no qual todos os

mandamentos regulamentares específicos venham a ser respeitados e isto relaciona-se ao direito fundamental à boa administração.

Em uma etapa subsequente foram apontadas algumas características e fundamentos da República Federativa do Brasil, de modo a pontuar que a dignidade da pessoa humana é um dos cerne da Constituição Federal, funcionando como uma das bases do republicanismo e comprovando a preocupação do constituinte originário com o povo no sentido de que esse tivesse seus direitos fundamentais respeitados.

Também foi notado que o neo republicanismo passa a ocupar lugar de relevo na academia, nas mais diversas searas e no âmbito do direito constitucional e administrativo não é diferente. Valores cívicos, de amor pela pátria e respeito pela res pública e pela liberdade voltam a estar nas agendas com considerável ênfase.

A matéria foi invocada em sintonia com a atual conjuntura do país, tendo em vista a situação de crise econômica vivenciada e o cenário conturbado na representação política dos cidadãos que vai perdendo força a cada escândalo de corrupção experimentado no país. O povo brasileiro se sentiu cansado e a descrença nas instituições aumentou. Com isso também passaram a ganhar espaço os valores neorrepublicanos, com ideais que remontam ao antigo regime Maquiavelico da virtú (agir politicamente dentro da realidade) e fortuna (senso de oportunidade), além do enaltecimento à coisa pública, quando o povo então passa a clamar por concretas soluções e por um digno espaço de fala ativa nas relações com o Estado.

Nesse mesmo período do trabalho foi trazido o estudo de uma terceira espécie de liberdade, atrelada à ausência de interferência estatal. Essa proposta de liberdade (na qual o indivíduo estaria em uma situação de não interferência quando não se encontrasse exposto a um poder arbitrário de interferência por parte dos outros) foi mencionada como sendo uma espécie de liberdade intermediária, rompendo até certo ponto com o ideal da liberdade negativa e da liberdade positiva.

A ligação feita entre esta liberdade e o contexto brasileiro como apontado, residiu no fato de que os brasileiros, neste momento de descrédito em parte de seus representantes políticos e de distanciamento dos mesmos, indignados com a escassez de direitos fundamentais, passaram a

buscar com mais intensidade o ressurgimento dos valores democráticos e o espaço da participação popular nas tomadas de decisões.

Evidenciou-se ainda, que alguns poucos agentes públicos confundem o público com o privado e acabam fazendo mau uso da coisa pública. Ao invés de agirem com zelo e como verdadeiros guardiões da coisa pública e dos bens do povo brasileiro, este pequeno grupo de agentes (minoria absoluta, reitere-se na Administração Pública) pensam tratar-se de bens particulares e dos quais são proprietários como se pudessem dispor das mesmas com autonomia de vontade.

Muitas vezes consideram a repartição em que trabalham são extensões de suas casas, cultuando um patrimonialismo ainda enraizado nesses poucos agentes e apenas buscam obter vantagens para si e para os membros de suas teias às custas do Estado. Outrossim, invocou-se com relação aos certames licitatórios, que esta prática quando ocorre em muitos casos está ligada às compras governamentais e assim o direito fundamental à boa administração pública resta violado.

Apontou-se, também, nesta fase que as consequências de tais atos são graves para o país e para o povo brasileiro, que se sentem agredidos e traídos por alguns de seus “representantes”, que por ocasião de campanhas eleitorais fazem discursos enaltecendo a moral e a ética, mas na prática atuam em descompasso com o prometido.

Para consubstanciar o alegado, foi realizado um paralelo com a tese do “simulacro constitucional” para apontar que em que pese o texto magno prever a eficiência, a moralidade administrativa, a obrigatoriedade da licitação como regra, dentre tantos outros requisitos quebrados pelos agentes ímprobos, o povo acaba por não receber o tratamento esperado por parte de seus governantes exatamente pelo fato de verbas que seriam destinadas à efetividade de direitos fundamentais, se esvaírem por conta de superfaturamentos, golpes e burlas. Isso acaba por gerar em alguns um certo ideal de simulacro quanto às promessas não efetivadas, fazendo com que parte do povo não se “enxergue” no Parlamento.

No capítulo três foram realizados apontamentos gerais sobre as licitações, demonstrando que no país existe uma obrigatoriedade de licitar por parte dos órgãos públicos. Ou seja, a Administração se desejar contratar, deve, em regra o fazer mediante procedimento licitatório

prévio. Foi observado, ainda, que a matéria ganhou o status de tema constitucional, quando passou a ter previsão na lei maior de 1988.

Ademais, sublinhou-se que em 1993 foi promulgada a lei geral de licitações que registra a necessidade da busca pela proposta mais vantajosa, que o interesse público deve prevalecer, devendo sempre serem respeitados o julgamento objetivo, a igualdade e o desenvolvimento nacional sustentável. Os princípios, modalidades e tipos também foram realçados de modo a cotejar a boa administração pública com a matéria dos certames licitatórios.

Invocou-se ainda que o pregão trouxe maior celeridade aos certames e que o pregão eletrônico representou significativo progresso no que tange aos procedimentos licitatórios, passando estes a ganhar celeridade e uma ainda maior impessoalidade, desde que como vistos, usados para o bem (foram citados vasos de burlas até mesmo neste tipo de procedimento). O sistema de registro de preços, ferramenta de extrema valia para o planejamento orçamentário estatal também foi enfocado, tal como as inovações trazidas com o RDC.

Ao final desta etapa dedicou-se um espaço relevante para os atos de má gestão, inclusive pelo fato de tratar-se da resposta à pergunta deste estudo, no sentido de desvelar pelo método fenomenológico em uma visada direta o que são estes atos, o que configuraria a má gestão na condução dos certames a ponto de violar o direito à boa administração pública.

Para tanto, na ocasião foram citados alguns tipos de atos realizados por alguns agentes sem honestidade de propósito que realizam aquisições e alienações em nome do Estado, que são evitados de mácula e causam profundos danos nos cofres públicos e atentam contra a moralidade administrativa.

A improbidade administrativa foi apontada como um dos casos que guarda relação com ações de tais agentes desviantes. Outrossim, apontou-se o fracionamento de despesas, dispensas indevidas de licitação, desídias dos administradores públicos, superfaturamentos contratuais, aditamentos maculados, falta de fiscalização e inexigibilidades fabricadas, entre outros, como atos de má gestão extremamente comprometedores para a Administração Pública.

Registrou-se, ainda, que em muitos desses casos a corrupção está presente e ao lado de um agente público desonesto, encontra-se um particular que também lesa o Estado e colabora

com esse agente para que a má gestão ocorra. Em alguns casos de cartel, nos quais agentes públicos estão inseridos, muitas vezes parte de um particular a iniciativa da burla.

A prática de atos má gestão na condução dos certames, ocorrida através das ações supracitadas, se desvela como desviante, atentatória aos preceitos republicanos, que contraria as premissas básicas do Estado Democrático de Direito. Para além de contrariar os princípios que regem a Administração Pública, estes atos administrativos retratam verdadeiros vícios na discricionariedade do administrador público que privilegia os interesses particulares e fazem pouco caso da rés pública. Com isso, violam o direito fundamental à boa administração pública e culminam com a escassez dos direitos fundamentais para os cidadãos.

No capítulo quatro, buscou-se estudar os motivos que dariam origem aos atos de má gestão por parte deste pequeno grupo de agentes públicos que assim atua nos procedimentos licitatórios.

Dessa forma, foi invocado que não há por parte destes agentes qualquer sentimento de solidariedade ou fraternidade para com o próximo. Afinal, quando realizam burlas e fraudes e comprometem o orçamento público, desviam verba de todos os brasileiros e os vitimam pois o Estado não terá como suprir a demanda para a implementação de programas destinados aos direitos fundamentais. Rompem assim com ditames constitucionais e até mesmo com premissas da ONU, tal como lançado à baila no decorrer do citado capítulo.

Outrossim, restou claro que ao invés de seguirem os preceitos que devem pautar suas ações inculpidos no artigo 37 da lei maior, estes agentes mostram agir conforme a imoralidade administrativa e não consoante a devida e esperada moralidade. Atos de desvios, farra de diárias, conluíus, aditamentos contratuais entre tantos outros mostram que a moralidade é algo desconhecido para quem assim atua.

Outro tópico que parece estar enraizado nestes agentes é a questão patrimonialista, quando confundem o público com o privado e entendem que por estarem ocupando um cargo público, o que é do Estado (e dos brasileiros, portanto) lhes pertence. Conforme cada vez mais estes atos venham a ocorrer, infelizmente, este mal acaba por se tornar banalizado para este grupo desviante e alguns destes agentes acabam cometendo tais atos com “naturalidade”, pensando que por “sempre ter sido assim”, pode permanecer deste jeito, como se um erro justificasse o

outro. Naquela altura traçou-se um paralelo com a teoria arendtiana de banalidade do mal, sem comparar a gravidade dos crimes cometidos por Eichmann com os atos de má gestão ocorridos no país, e sim a pífia justificativa da banalidade para o cometimento de uma ação ilegal.

Como ponto que também descortina-se como uma das origens deste ato também está relacionado à cultura brasileira e pode ser notado quando do enaltecimento ao “jeitinho brasileiro”, à malandragem, em detrimento à seriedade, que como citado no texto, em alguns casos no Brasil, as pessoas sérias são vítimas de deboche e os espertos são enaltecidos. Para ilustrar essa relação antagônica foram apontados os exemplos do “Caxias” e do “Malandro” e de seus simbolismos para parte dos brasileiros.

No último capítulo do trabalho, a pesquisa voltou-se ao fenômeno da escassez dos direitos fundamentais em decorrência dos atos de má gestão, que culminam uma série de danos aos cidadãos brasileiros. A consequência disto na prática é o distanciamento e o sentimento de desamparo do cidadão para com o Estado.

Na ocasião foi salientado que uma gama de direitos fundamentais foi previsto pela lei maior, havendo ainda menção à promoção das garantias de tais direitos pelo Estado no mesmo diploma. Todavia, falhas procedimentais foram notadas no país e o dever de proteção foi relativizado, fazendo com que o cidadão ficasse carente da concretude de tais direitos.

Ante tal inefetividade houve um descompasso entre o povo e o texto constitucional, pelo que aquele sentimento de exaltação ao texto magno tão inflado nos idos dos anos 80, acabou por se corroer e o fenômeno do esvaziamento do sentimento constitucional foi notado.

O povo brasileiro outrora orgulhoso e identificado com a lei maior, aos poucos dela distanciava-se e parte de todo aquele encanto foi se esvaindo com o passar dos anos, antes os cenários de falta de concretização plena das políticas públicas prometidas. Portanto, aquela vontade de constituição e o fenômeno do brasileiro se enxergar no texto foi deixado para trás, uma vez que texto e contexto não encontravam-se mais no mesmo tom.

A seguir foi apontado que o povo, de quem emana todo o poder consoante os dizeres do parágrafo único do artigo 1º da Constituição Federal, acaba por não ser soberano como

esperado e sente-se em parte ignorado pelos governantes, com acesso remoto à saúde, educação, saneamento básico, cultura e isso gera um quadro de desinteresse em significativa parcela do povo brasileiro, que começa a ficar descrente de parte de seus representantes.

Assim, a soberania popular apontada na Constituição Federal como emanando do povo brasileiro restou mitigada, uma vez que alguns brasileiros não conseguiam se identificar com o texto constitucional e se sentiam “abandonados a si mesmos” e assim, “iconizados”.

Desvelou-se, também, que consoante a ocorrência de atos de má gestão na condução dos certames, para além do dano reflexo da escassez dos direitos fundamentais para o povo, também há uma violação ao princípio da vedação ao retrocesso, uma vez que o cidadão não poderia se ver privado do direito fundamental à boa administração pública, uma vez tendo a Constituição Federal lhe assegurado tal direito.

Ante o acima exposto, conclui-se que atos de má gestão na condução dos certames licitatórios no país representam uma grave mácula grave que acomete o país, conforme diversas pautas jornalísticas e conteúdos midiáticos veiculados quase que semanalmente no Brasil.

Estes atos de má gestão podem se dar, como visto, das mais variadas espécies, como citado no decorrer do trabalho, seja ações até mesmo criminosas como corrupção e improbidade administrativa, ou pelas ações de cunho administrativo, de dispensas de licitação sem previsão legal, inexigibilidades licitatórias fabricadas, emergência por desídias do administrador, cartéis, fracionamentos de despesas, termos de referência mal elaborados, superfaturamentos, aditamentos indevidos, entre outros.

Portanto, em que pese a matéria ter sido alçada ao patamar constitucional, possuir uma lei geral consideravelmente vasta que a regulamenta, os atos de burla mostram-se rotineiros nas mais variadas regiões do país. Nem mesmo a promulgação de uma lei anticorrupção de nº 12.846, de 2013 foi capaz de frear o ímpeto desleal de alguns agentes desviantes. Com isso, a eficiência da máquina pública resta comprometida e o orçamento estatal é sacrificado.

Por consequência, verbas públicas são desviadas e aquelas que seriam destinadas às necessidades basilares dos cidadãos brasileiros, garantidas como direitos fundamentais no texto magno, se esvaem, comprometendo a prestação efetiva dos serviços estatais.

Assim, o direito fundamental à boa administração pública, que como sublinhado, encontra previsão na Constituição Federal de modo implícito e subliminar, resta violado, pois os cidadãos brasileiros fazem jus ao emprego de seu dinheiro, da melhor forma possível, sendo inadmissível, portanto, que aquele que compra em nome do Estado por conta do cargo público que exerça o faça em descompasso com o princípio da legalidade estrita e de modo a ferir os direitos e as garantias fundamentais do povo brasileiro.

Com isso, para que o direito fundamental à boa administração pública possa ser efetivo em todos os certames licitatórios, mister se faz de plano alterar a mentalidade enraizada em alguns servidores e em algumas repartições pelo país de modo a se valorizar mais a coisa pública e a efetivamente todos zelarem por ela.

Isto pode se dar com políticas de transparência, procedimentos de controle interno, elaboração de manuais de boas condutas (alguns entes já o fazem), constantes treinamentos, instituição de fiscal para todas as contratações, cumprir sempre o preconizado no parágrafo único do artigo 38 da lei geral, com o envio dos autos para a Consultoria Jurídica do órgão que promove o certame e seguir as recomendações dos pareceristas, facultar e fomentar a atualização de agentes públicos na área de formação, realização de planejamento adequado para as compras, entre outras ações em respeito à coisa pública.

Ademais, a implementação de políticas públicas que combatam a corrupção e diminuam assim a sensação de impunidade para alguns mostra-se salutar. Do mesmo modo, o trabalho investigativo da imprensa também revela-se importante neste processo para o país, pois certamente a repercussão dos escândalos ocorridos e o clamor da população pelo resgate dos valores cívicos e do amor pela pátria, também ecoam de modo a inibir práticas desviantes e antinacionalistas.

Mas fato é que deve haver uma aproximação entre o povo e os governantes de modo a garantir a participação popular na tomada de decisões, em prol da boa administração pública e no resgate do pleno diálogo entre o cidadão brasileiro e a Constituição Federal, fazendo com que texto e realidade caminhem em paralelo, que a competitividade nos certames sempre seja respeitada e que em todos os procedimentos, vença a proposta mais vantajosa para o Estado.

REFERÊNCIAS

ALCOFORADO, Luis Carlos. **Licitações e Contrato Administrativo: comentários à lei n.º 8.666/93, de 21 de junho de 1993**. Brasília: Brasília Jurídica, 1998.

ALMEIDA, Mário Aroso. **Teoria Geral do Direito Administrativo: temas nucleares**. Coimbra: Almedina, 2012.

ALVARENGA, Aristides Junqueira. **Reflexões sobre Improbidade Administrativa no Direito Brasileiro**. In Improbidade Administrativa: questões polêmicas e atuais. São Paulo: Malheiros, 2001.

AMARAL, Diogo Freitas do. **Curso de Direito Administrativo. Vol II**. Coimbra: Almedina: 2010.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 4 ed. Manuais universitários: Coimbra, 2009.

ARENDRT, Hannah. **EICHMANN EM JERUSALÉM: um relato sobre a banalidade do mal**. Tradução de José Rubens Siqueira. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

BERNARDINO, Mario. **Aquisições de bens e serviços na Administração Pública**. Coimbra: Almedina, 2006.

BITTENCOURT, Sidney. **PREGÃO passo a passo**. Rio de Janeiro: Temas & ideias. 2006.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus 1992.

_____. **Teoria do ordenamento jurídico**. São Paulo: Edipro, 2014.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 05 de outubro de 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>>. Acesso em 28 de julho de 2017.

BRASIL. **Decreto n.º 2.926**, de 14 de maio de 1862. Disponível em: <<<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-2926-14-maio-1862-555553-publicacaooriginal-74857-pe.html>>>. Acesso em 28 de julho de 2017.

BRASIL. **Decreto n.º 5.450**, de 31 de maio de 2005. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/decreto/d5450.htm>>. Acesso em 31 de julho de 2017.

BRASIL. **Decreto n.º 7.892**, de 23 de janeiro de 2013. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/decreto/d7892.htm>>. Acesso em 28 de julho de 2017.

BRASIL. **Decreto-Lei n.º 2.848 (Código Penal)**, de 07 de dezembro de 1940. Disponível em: << http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>>. Acesso em 31 de julho de 2017.

BRASIL. **Lei n.º 8.249**, de 02 de junho de 1992. Disponível em: << http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8429.htm>>. Acesso em 20 de agosto de 2017.

BRASIL. **Lei n.º 8.666**, de 21 de junho de 1993. Disponível em: << http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666cons.htm>>. Acesso em 20 de julho de 2017.

BRASIL. **Lei n.º 10.520**, de 17 de julho de 2002. Disponível em: << http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110520.htm>>. Acesso em 25 de agosto de 2017.

BRASIL. **Lei n.º 12.462**, de 04 de agosto de 2012. Disponível em: << http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112462.htm>>. Acesso em 1º de agosto de 2017.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Acórdão no Recurso Especial nº 1.130.318 – SP.

BRASIL. **Tribunal de Contas da União**. **Acórdão nº. 1122/2017**. Disponível em: << <https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#/>>>. Acesso em 10 de outubro de 2017.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CAPALBO, Creusa. **Fenomenologia e Ciências Humanas**. Aparecida: Ideias e Letras, 2008.

CHARLES, Ronny. **Leis de licitações públicas comentadas**. 5. Ed. Bahia: Juspodium, 2013.

CRETELLA JUNIOR, José. **Das Licitações Públicas**. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

CUNHA, Ary Ferreira da Cunha. **Combate à corrupção. Da teoria à prática**. Lisboa: Quid Juris, 2015.

CUNHA, Ricarlos Almagro Vitoriano; Hermenêutica como interpretação normativa. In: **Direito e Regulação**. _____ e JUNIOR, Alceu Maurício.(org). 1. ed. Curitiba: CRV, 2015.

DAMATTA, Roberto. **O que faz o Brasil, Brasil?** Rio de Janeiro: Rocco, 1986.

_____. **A casa & a rua. Espaço, cidadania, mulher e morte no Brasil**. Rio de Janeiro: Rocco, 1997.

_____. **O que é o Brasil?** Rio de Janeiro: Rocco, 2004.

DARTIGUES, André. **O que é a fenomenologia?** Tradução de Maria José J. G. de Almeida. 10 ed. São Paulo: Centauro, 2008.

DA SILVA, Vasco Pereira. **“A cultura a que Tenho Direito”**. **Direitos Fundamentais e Cultura**. Coimbra: Almedina, 2007.

DEZAN, Sandro Lucio. **Fundamentos de direito administrativo disciplinar**. 3 ed. Curitiba: Juruá, 2015.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 27 ed. São Paulo: Atlas, 2014.

DIAS, José Eduardo Figueiredo; OLIVEIRA, Fernanda Paula. **Noções fundamentais de direito administrativo**. Coimbra: Almedina, 2009.

DWORKIN, Ronald. **O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

_____. **Levando os direitos a sério**. 3 ed. 4 tiragem. São Paulo: Martins Fontes, 2016.

ESTORNINHO, Maria João. **Curso de Direito dos Contratos Públicos. Por uma contratação pública sustentável**. Coimbra: Almedina, 2014.

FABRIZ, Dauri Cesar. **A eficácia dos direitos sociais após duas décadas da Constituição Brasileira de 1988**. Publicações Seriadas do Centro de Estudos Sociais, Coimbra, n. 315, p. 1-13, out. 2008. Disponível em: <<http://www.ces.uc.pt/publicacoes/oficina/315/315.pdf>>. Acesso em: 04 de agosto de 2017.

FABRIZ, Dauri Cesar. ABIKAI FILHO, Jorge. **A teoria geral da prestação do dever fundamental, sob a ótica de Lévinas**. Disponível em: <http://www.derechocambiosocial.com/revista031/A_TEORIA_GERAL_DA_PRESTAÇÃO_O.pdf>. Acesso em 1º de novembro de 2017.

FAORO, Raymundo. **Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro**. 5 ed. São Paulo: Globo, 2012.

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

_____. A melhor interpretação “versus” a única resposta correta. In **Interpretação Constitucional**. SILVA, Virgílio Afonso (org). São Paulo: Malheiros, 2010.

_____. **A interpretação sistemática do direito**. 5 ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

_____. **Direito fundamental à boa administração**. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

_____. **Políticas Públicas, Avaliação de Impactos e o Direito Fundamental à Boa Administração Pública**. Revista Sequência. Florianópolis: UFSC, v. 36, nº 70, p. 115-133, jun. 2015. Disponível em: << <http://www.scielo.br/pdf/seq/n70/0101-9562-seq-70-00115.pdf>>>. Acesso em 03 de novembro de 2017.

_____. **Sustentabilidade: direito ao futuro**. 3 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

FURTADO, Lucas Rocha. **As raízes da corrupção no Brasil. Estudo de casos e lições para o futuro.** Belo Horizonte: Forum, 2015.

GARCIA, Flávio Amaral. **Licitações e Contratos Administrativos (casos e polêmicas).** 3 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

GUIMARÃES, Achiles Côrtes. **Fenomenologia e Direitos Humanos.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição.** Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

HUSSERL, Edmund. **A ideia da fenomenologia.** Tradução: Artur Morão. Lisboa: Edições 70, 2015.

ITÁLIA. **Constituição da República, 1947.** Disponível em : << <http://www.cortecostituzionale.it/documenti/download/pdf/Costituzione_della_Repubblica_italiana_agg2014.pdf>>. Acesso em 06 de outubro 2017.

JÚNIOR, Dirley da Cunha. **Curso de Direito Constitucional.** 8 ed. Bahia: Juspodium, 2014.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos.** São Paulo: Dialética, 2012.

_____. **Curso de Direito Administrativo.** 10 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

KROHLING, Aloísio. **A Ética da Alteridade e da Responsabilidade.** Curitiba: Juruá, 2011.

KUHN, Thomas S. **A Estrutura das Revoluções Científicas.** 6 ed. São Paulo: Perspectiva, 2001.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno.** 16 ed.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

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

MESQUITA, Maria José Rangel de. **A União Europeia após o Tratado de Lisboa.** Coimbra: Almedina, 2010.

MICHAELIS. **Dicionário Brasileiro de Língua Portuguesa.** Disponível em: <<http://michaelis.uol.com.br/moderno-portugues>> Acesso em: 11 de agosto de 2017.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional.** Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

_____. **Curso de Direito Constitucional.** Volume 1. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2016.

MOREIRA, Luiz. **A Constituição como Simulacro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo; FREITAS, Rafael Vêras de. **A juridicidade da Lei Anticorrupção—Reflexões e interpretações prospectivas**. Disponível em: <http://www.editoraforum.com.br/ef/wpcontent/uploads/2014/01/ART_DiogoFigueiredo-Moreira-Neto-et-al_Lei-Anticorruptcao.pdf>. Acesso em 1º de novembro de 2017.

MÜLLER, Friederich. **Quem é o povo: a questão fundamental da democracia**. Tradução: Peter Nauman. 2 ed. São Paulo: Max Limonad, 1998.

ONU. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001394/139423por.pdf>>. Acesso em 31 de julho de 2017.

OSÓRIO, Fábio Medina. **Teoria da Improbidade Administrativa**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais: 2007.

OTERO, Paulo. **Instituições políticas e constitucionais. Volume I**. Coimbra: Gráfica de Coimbra, 2007.

_____. **Direito Constitucional Português. Volume I. Identidade Constitucional**. Coimbra: Almedina, 2016.

PEDRA, Adriano Sant’Ana. **A Constituição Viva: poder constituinte permanente e cláusulas pétreas**. Mandamentos: Belo Horizonte: 2005.

PETTIT, Philippe. **Teoria da Liberdade**. Tradução de Renato Pubo Maciel. Coordenação e supervisão de Luiz Moreira. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

PINTO, Ricardo Leite. **Uma introdução ao neo-republicanismo**. 2001. Disponível em: <<<http://analisesocial.ics.ul.pt/documentos/1218726793R5fMU7mi5Rz78WY7.pdf>>>. acesso em: 20 de setembro de 2017.

PINZANI, Alessandro. **Republicanismo(s), Democracia e Poder**. Veritas, Revista Trimestral da PUCRS. Porto Alegre, Vol 52, n. 1, p. 5-14, março de 2007.

PIOVESAN, Flávia. Justiciabilidade dos direitos sociais econômicos: desafios e perspectivas. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes (coord.). **Direitos fundamentais sociais**. São Paulo: Saraiva, 2010.

PORTUGAL. **Constituição da República Portuguesa, de 2 de abril de 1976**. Disponível em: <<<http://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>>>. Acesso em 13 de agosto de 2017.

REBELO DE SOUSA, Marcelo; MATOS, André Salgado de. **Direito Administrativo Geral. Tomo I. Introdução e princípios fundamentais**. Alfragide: Dom Quixote, 2008.

_____. **Direito Administrativo Geral. Tomo III. Contratos Públicos**. Alfragide: Dom Quixote, 2009.

REIS NOVAIS, Jorge. **Das restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

RIBEIRO JÚNIOR, João. **Introdução à fenomenologia**. Campinas: Edicamp, 2003.

RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. **Direito fundamental à boa Administração Pública**. Tradução: Daniel Wunder Hachem. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

SANDULLI, Aldo M. **Manuale di Diritto Amministrativo**. XV Edizione, Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene: Napoli, 1989.

SANTANA, Jair Eduardo; CAMARÃO Tatiana; CHRISPIM, Anna Carla Duarte. **Termo de Referência. O impacto da especificação do objeto e do termo de referência na eficácia das licitações e contratos**. 4 ed. Belo Horizonte: Fórum: 2014.

SANTOS, Franklin Brasil; SOUZA, Kleberson Roberto de. **Como combater a corrupção em licitações. Detecção e prevenção de fraudes**. Belo Horizonte: Fórum: 2016.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição de retrocesso social no direito constitucional brasileiro**. Revista de Direito Social 14 (2004).

_____. (b) **A Administração Pública e os Direitos Fundamentais**. Palestra ministrada na Escola da Magistratura do TRF da 4ª Região. (s/d). Disponível em : << https://www2.trf4.jus.br/trf4/upload/arquivos/emagis_atividades/ingowolfgang sarlet.pdf>>. Acesso em 1º de novembro de 2017.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 34 ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

SKINNER, Quentin. **As fundações do pensamento político moderno**. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

_____. **Maquiavel**. Tradução de Denise Bottmann. Porto Alegre: L&PM, 2010.

SOARES, António Goucha. **A Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia - A proteção dos Direitos Fundamentais no Ordenamento Comunitário**. Coimbra: Coimbra Editora, 2002.

SORACE, Domenico. **La buona amministrazione e La qualità della vita, nel 60° anniversario della Costituzione**. Disponível em : << <http://www.constituzionalismo.it/articoli/277/>>>. Acesso em 1º de novembro de 2017.

SIEYÈS, Emmanuel, Joseph. **A constituinte Burguesa. Que é o Terceiro Estado?** 3ed. (tradução Norma Azeredo) Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1997.

UNIÃO EUROPEIA. **Carta dos Direitos Fundamentais**. Disponível em: < http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_pt.pdf>. Acesso em 10 de outubro de 2017.

VALLE, Vanice Regina Lírio do. **Direito fundamental à boa administração e governança.** Belo Horizonte: fórum: 2011.

VERDU, Pablo Lucas. **El sentimiento constitucional. (Aproximación al estudio del sentir constitucional como modo de integración política).** Madrid: Reus, 1985.

VITORINO, António. **Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia.** Cascais: Principia, 2002.