

ADMINISTRAÇÃO CONSENSUAL E CONFIANÇA PÚBLICA: O DIÁLOGO COMPETITIVO COMO FERRAMENTA DISRUPTIVA DA AQUISIÇÃO PÚBLICA TRADICIONAL

JOINED UP ADMINISTRATION AND PUBLIC TRUST: THE COMPETITIVE DIALOGUE AS A DISRUPTIVE TOOL FOR TRADITIONAL PUBLIC ACQUISITION

Alexandre Antonio Bruno da Silva

Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2005). Doutorando em Política Públicas pela Universidade Estadual do Ceará (UECE). Mestre em Direito pela Universidade Federal do Ceará (2001). Mestre em Informática pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (1991). Graduado em Direito pela Universidade de Fortaleza (1998). Graduado em Processamento de Dados pela Universidade Federal do Ceará (1988). Atualmente é professor do Programa de Mestrado do Centro Universitário Christus, Professor adjunto da Universidade Estadual. Coordenador da pós-graduação em direito do trabalho do Centro Universitário Christus (UNICHRISTUS), Auditor-Fiscal do Trabalho do Ministério do Trabalho e Emprego, professor titular da Faculdade Farias Brito (FB).
E-mail: alexandre_bruno@terra.com.br

Cíntia Menezes Brunetta

Possui MBA em Poder Judiciário pela Fundação Getúlio Vargas e Mestrado em Direito pelo Centro Universitário Christus - Unichristus. Doutoranda da Faculdade Autônoma de Direito - Fadisp. É juíza federal do Tribunal Regional Federal da 5ª Região e, atualmente, está exercendo a função de Secretária Geral da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados - Enfam, como juíza auxiliar da Presidência do STJ. Coordenadora Geral Adjunta do PPGD/Enfam. Vencedora do Prêmio Inovare em 2010 e menção honrosa do mesmo prêmio em 2019, ambos na categoria juiz.
E-mail: cbrunetta@hotmail.com

Paulo Roberto Fontenele Maia

Mini Cv - Possui graduação no curso de Bacharel em Direito pela Universidade de Fortaleza (2003), especialização em Direito Processual Civil pela Universidade Estadual do Ceará (2006), Pós-Graduação Lato Sensu em Direito Administrativo pela Universidade Anhanguera - UNIDERP (MS-2013) e Pós-Graduação em Direito Público com ênfase em gestão pública pela Faculdade Damásio de Jesus (2020). Atualmente é Procurador do Estado do Amapá, aprovado em décimo lugar e nomeado através do Decreto nº.0465 de 20 de fevereiro de 2008. Exerce o cargo de Procurador Adjunto na Secretaria de Estado da Educação. Atua ainda como facilitador da Escola de Administração Pública do Estado (EAP) ministrando cursos de Processo Disciplinar, Licitação e Orçamento Público.
E-mail: paulomaia@hotmail.com

Recebido em: 25/06/2021
Aprovado em: 08/04/2022

RESUMO: A nova Lei 14.133/2021 surge em um cenário brasileiro carente de decisões transparentes e objetivas em termos de políticas públicas. Mais do que isso, ingressa no ordenamento jurídico pátrio no meio de uma pandemia que forçou uma reinterpretação e uma reinvenção de velhas e ultrapassadas práticas administrativas inspiradas em tradições seculares. O

presente artigo aborda questões tão diversas como administração consensual e machine learning, legitimidade e governança, burocracia e eficiência. Pretende buscar no passado legitimidade e razão para as transformações, encontrar no presente ferramentas possíveis para elas e projetar no futuro uma administração pública mais coerente e democrática. No seu desenvolvimento, reconhece-se que pensar em modernização do Estado é pensar em burocracia e em processos decisórios transparentes. Defende-se, a seguir, que a nova modalidade licitatória trazida pela Lei 14.133/2021, o diálogo competitivo, inaugura uma Administração Pública menos encastelada e mais horizontal, institucionalizando a participação privada na busca pelas melhores soluções para os desafios da “era da informação”. Conclui-se que se está diante de uma transformação paradigmática do Direito Público, em que abandona o formalismo jurídico para uma interpretação mais realista da norma mediante a concretização da Administração Pública consensual.

Palavras-chave: Lei 14.133/2021. Diálogo competitivo. Administração pública consensual. Processos decisórios automatizados. Algoritmos. Confiança pública.

ABSTRACT: The law 14.133/2021 appears in a Brazilian scenario lacking transparent and objective decisions in terms of public policies. More than that, it enters the national legal system in the midst of a pandemic that forced a reinterpretation and reinvention of old and outdated administrative practices inspired by secular traditions. This article addresses issues as diverse as consensual administration and machine learning, legitimacy and governance, bureaucracy and efficiency. It intends to seek legitimacy and reason for the changes in the past, to find possible tools for them in the present and to project a more coherent and democratic public administration in the future. In its development, it is recognized that thinking about modernization of the public administration means thinking about bureaucracy and transparent decision-making processes. It is argued, next, that the new bidding modality brought by Law 14.133/2021, the competitive dialogue, inaugurates a public administration that is less encased and more horizontal, institutionalizing private participation in the search for the best solutions to the challenges of the “information age”. We conclude that we are facing a paradigmatic transformation of public law, in which it abandoned the legal formalism for a more realistic interpretation of the Law through the implementation of the consensual public administration.

Keywords: Law 14.133/2021. Competitive dialogue. Joined up public administration. Automated decision-making processes. Algorithms. Public trust.

SUMÁRIO: Introdução. 1 Legitimidade, governança e participação. 2 Burocracia administrativa e processos decisórios automatizados. 3 Administração consensual e diálogo competitivo. Considerações finais. Referências bibliográficas.

INTRODUÇÃO

Quando se fala em burocracia, o senso comum tende a conduzir a nossa imaginação para um cenário similar ao forjado por Kafka nos seus clássicos “O Processo” (1925) e “O Castelo” (1922), consubstanciado em um mundo “das chancelarias, das repartições, dos arquivos, das salas e escritórios mofados, abrigados em edificios decadentes” (SCHILLING, 2013).

Para os estreitos objetivos do presente ensaio, contudo, forçoso é abandonar a ideia de labirintos infinitos de setores administrativos e mesas abarrotadas de papéis empoeirados e carimbos com números e dizeres enigmáticos e voltar nossa reflexão sobre burocracia para uma perspectiva mais relacionada à modernização do Estado através de uma governança *joined up*. Como afirmou o próprio Kafka, “a partir de certo ponto não há retorno. Esse é o ponto a ser alcançado” (KAFKA, 2021).

Nas duas últimas décadas do século XX, o mundo passou por várias transformações relevantes. Podemos elencar como impactantes no espelho da memória a dissolução da União das Repúblicas Socialistas Soviéticas (URSS) (1991) e a reunificação da Alemanha (1990). Acredita-se que esses eventos tenham sido determinantes para vários outros, porém é possível que eles sejam apenas parte de algo que envolveu todo o mundo. A chegada dos “sinais dos tempos” para alguns paradigmas econômicos, administrativos e políticos que marcaram época.

Enquanto algumas experiências socialistas dissolviam-se no ar, as economias capitalistas criavam formas para sobreviver às graves crises que assolavam o mundo: crise de legitimidade democrática, crise econômica e crise na organização burocrática, entre tantas outras. Os corpos políticos, que dependiam de sua solidez para existir, mostraram grandes fissuras. Apenas os dotados de maior flexibilidade ou naqueles onde existia a possibilidade de utilização de mais força foram capazes de continuar.

É nesse contexto que entra a proposta do presente artigo.

A novel Lei 14.133/2021 surge em um cenário brasileiro carente de decisões transparentes e objetivas em termos de políticas públicas. Mais do que isso, ingressa no ordenamento jurídico pátrio no meio de uma pandemia que forçou uma reinterpretação e uma reinvenção de velhas e ultrapassadas práticas administrativas inspiradas em tradições seculares.

No tom de Kafka, chega-se a um ponto em que não há retorno, um ponto alcançado através do caminho da racionalidade.

Assim, o ensaio que agora se inicia pretende abordar questões tão diversas como administração consensual e *machine learning*, legitimidade e governança, burocracia e eficiência. Pretende buscar no passado legitimidade e razão para as transformações, encontrar no presente ferramentas possíveis para elas e projetar no futuro uma administração pública mais coerente e democrática. Tudo isso com um olhar atento para a Lei 14.133/2021 e suas diretrizes.

No primeiro tópico, abordar-se-á alguns aspectos gerais relacionados a legitimidade, governança e participação. Falar-se-á do momento em que o Estado passa a ter o dever não somente de estabelecer e de conferir eficácia aos canais de participação e de interlocução com os indivíduos e grupos sociais, mas toma para si a obrigação de, com eles, constantemente, interagir, instituindo e mantendo vínculos robustos e duradouros.

Em um segundo momento, o objeto é a tão temida burocracia e seu reconhecimento como fundamental para a construção da confiança do corpo social na administração pública. Para isso, levar-se-á a burocracia e os processos decisórios estatais para o ponto sem retorno kafkaniano: o ponto da máquina e dos algoritmos computacionais. Entender que um processo automatizado e transparente é mais salutar do que outro com menos regras e mais liberdade decisória é compreender que a burocracia é essencial para a concretização dos princípios basilares de uma administração pública eficiente e democrática.

Por fim, irá se abordar a relação entre administração *joined up*, a nova modalidade licitatória do diálogo competitivo e a busca do Estado e da sociedade por sua modernização. A Administração Pública consensual (baseada na ideia de governança *joined up*), nesse contexto, ganha força com a propagação do ideal democrático para além da política, resultado do alargamento das bases de legitimação do exercício do poder estatal, por meio da democracia substantiva.

A metodologia adotada foi a pesquisa bibliográfica de referenciais teóricos relacionados ao objeto de pesquisa (administração consensual e modernização dos processos decisórios estatais).

1 LEGITIMIDADE, GOVERNANÇA E PARTICIPAÇÃO

O advento da Constituição Federal de 1988 gerou impacto em toda a ordem jurídica interna e implicou um movimento conhecido como a Constitucionalização do Direito. Este

movimento incide em qualquer ordenamento jurídico no qual vigore uma constituição dotada de supremacia.

A promulgação da Carta Magna possibilitou ao Direito Administrativo brasileiro a demanda por reformas para a instituição de um Estado Democrático, que assegure materialmente o exercício dos direitos sociais e individuais, bem como a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça, como valores supremos almejados pelo poder constituinte.

Esse movimento é pautado na releitura de institutos e conceitos básicos da Administração Pública à luz dos princípios constitucionais e não apenas à mera incorporação do direito ordinário ao texto constitucional.

Enquanto o Direito Administrativo clássico prestigiava a autoridade dos agentes públicos em detrimento da liberdade e dos direitos fundamentais do cidadão, as novas ordens democráticas deslocam seu eixo de atenção para o cidadão. Inverte-se, então, a supremacia do estado, que passa a ser controlado, para proporcionar a todos o bem-estar e o desenvolvimento.

Longe de essa inversão ser isolada ao contexto brasileiro, ela tem explicação em uma nova ordem política e social mundial que perdura há várias décadas.

De fato, o pensamento humano, no fim do século XIX, é marcado pelo historicismo desenvolvimentista, que reforçava a ideia de instituições e eventos em uma contínua cadeia de progresso. Entretanto, ao fim do século XX, novas teorias econômicas e sociológicas da racionalidade abalaram as antigas certezas, dentre elas, as do inexorável bom funcionamento da democracia representativa e a do paradigma burocrático weberiano, que passou a ser caracterizado como ineficiente e dispendioso.

Verifica-se, que a derrocada do historicismo desenvolvimentista e a ascensão do modernismo¹ alteram a natureza e o próprio conceito de Estado. Ao mesmo tempo que os modernistas afastaram as narrativas históricas, desafiaram o conceito de Estado como fruto de uma nação, com língua, cultura e passado comuns. A partir da nova concepção, passa-se a trabalhar com padrões formais, regularidades, modelos de ação e instituições conectadas nas dimensões de espaço e tempo. No momento que estudam o Estado, representam-no como algo fragmentado, associado a interesses diversos referentes a classes sociais, a partidos ou a interesses privados (BEVIR, 2011, p. 105)

Ao final do século XX, as sociedades encontram-se confrontadas com inúmeras dificuldades que se apresentam como “crise”: o fosso que se criou entre governantes e sociedades; o déficit de eficácia do Estado, a inoperância simbólica da política, o aumento da pobreza e do desemprego. Enfim, a crise de legitimidade aparece como a maior de nosso tempo, já que corrói as bases da coesão social. Uma evidência clara desse processo encontra-se no diagnóstico de que quanto mais as democracias se afirmam como valor moral, mais aumenta o descrédito na política e nos governantes, expressando uma crise de legitimidade (IVO, 2001, p. 41).

Em relação ao pensamento político, os modernos criticam o ideário de que a democracia representativa seja um excelente modelo para a escolha e avaliação dos representantes políticos. Demonstram ser uma ilusão acreditar que representantes, ao assumirem as suas funções públicas, objetivam agir de acordo com o bem comum, olvidando os seus próprios interesses. É essa compreensão dos fatos que termina por minar a legitimidade dos governantes. Por outro lado, abre-

¹ Segundo Mark Bevir, de quem se utilizará o termo e significado, “Por ‘modernismo’ não se pretende evocar um contraste com ‘medieval’ ou com ‘os primórdios do moderno’. Em vez disso, o modernismo se refere aqui, preferencialmente, à troca cultural no final do século XIX e início do século XX que promoveu abordagens mais fragmentadas e formais à arte e ao conhecimento. O modernismo teve uma orientação analítica e atomística. Isso minou a confiança na continuidade do passado e presente.” (BEVIR, 2015, p. 12)

se caminho para que fossem pensadas novas formas para elaborar e legitimar as políticas públicas nas democracias representativas.

A partir do final dos anos 1980, a palavra “governança” assume um caráter de maior relevância nos meios acadêmicos. Nesse período, o Banco Mundial (BM) passa a conceber o conceito de “boa governança” como um conjunto de princípios que deveriam guiar e nortear o seu trabalho e as ações com os países-membros (GONÇALVES; COSTA, 2011, p. 21).

Desta forma, em 1989, o BM definiu, em um de seus relatórios, o que entendia por governança, abrangendo aspectos relativos ao arranjo institucional dos Estados, processos para a formulação de políticas públicas, tomada de decisão e implementação, fluxos de informação e as relações globais entre cidadão e seus governos (WORLD BANK, 1989).

A partir do documento, depreende-se como “boa governança” aquela que consegue alcançar o progresso em seu desenvolvimento, através das transferências de recursos recebidas pela instituição. Ressalte-se que o foco do documento estava na necessidade de oferta de um ambiente em que o investimento privado fosse assegurado e promovido (GONÇALVES; COSTA, 2011, p. 21).

Ao longo dos anos 1990, a ideia de governança é marcada pelo esforço neoliberal de conquista de mercados. Esse posicionamento implicava na responsabilidade de os diversos governos promoverem e respeitarem leis que permitissem o pleno e eficaz funcionamento do mercado. Nesse arcabouço jurídico, deveriam estar a proteção à propriedade privada, a segurança dos investimentos, a proteção à produção industrial, bem como as medidas corretivas e de auxílio em momentos de crise do próprio mercado (GONÇALVES; COSTA, 2011, p. 22).

Ressalte-se que a partir de meados anos 1980 e ao longo da década de 1990, ocorre o enfraquecimento de algumas economias, o que leva a uma relevante mudança nos conceitos de desenvolvimento econômico e de boa governança. Como medidas, é possível citar a liquidação de grandes empresas estatais e a redução das burocracias administrativas. Trata-se do receituário do Fundo Monetário Internacional e do Banco Mundial que aconselhavam a descentralização como parte dos ajustes necessários para “restaurar os mercados, criar ou fortalecer a democracia e promover a “boa governança” (CHEEMA; RONDINELLI, 2008, p. 3-4).

Entretanto, ainda antes do final da década de 1990, inicia-se o questionamento das estratégias adotadas. O Banco Mundial, provavelmente em reação à pressão recebida de movimentos sociais e populares, reconhece os erros da postura agressiva de proteção ao mercado e compromete-se com a noção de desenvolvimento sustentável. Nesse sentido, defende a adoção de políticas sociais e ambientais e advoga um papel central para os cidadão e agentes locais no processo de desenvolvimento por meio da participação e da boa governança (FREY, 2008, p. 4).

Um olhar menos atento poderia acreditar que as concepções construídas pelo Consenso de Washington (1989) foram abandonadas, que agora o conceito de boa governança estaria intimamente ligado à redução da pobreza e das desigualdades. Bem, não foi isso o que ocorreu, afinal estas preocupações surgem como meramente compensatórias, um freio de arrumação, essenciais para o prosseguimento da agenda neoliberal. Entretanto, abriu-se um outro caminho.

Dessa forma, a maior preocupação com as capacidades locais e com conceitos como parceria, capital social e redes sociais, desenvolvidas no intenso debate sobre o conceito de boa governança, passou a ser interpretada como medida com o fito de reforçar a agenda pró-crescimento, em benefício das forças dominantes (FREY, 2008, p. 4).

Verifica-se que, nessa linha, o sucesso econômico e o atendimento aos mercados deixam de ocupar a centralidade. O Estado passa a ter responsabilidades sociais e econômicas, além da promoção dos direitos humanos, de democracia e dos Estado de Direito, todos requisitos de economia de mercado e de um Estado bem-administrado (GONÇALVES; COSTA, 2011, p. 26).

A capacidade de governar, deixa de poder ser avaliada exclusivamente pelos resultados econômicos das políticas governamentais e passa a ter importância a forma que o poder é exercido.

Assim, governantes não mais se apoiam em promessas genéricas relacionadas a um pretensão caráter nacional e ao objetivo abstrato de perseguir o bem comum. Definem-se objetivos políticos, planos de governo. Solicita-se a ajuda de especialistas, nas mais diversas áreas para desenhar, executar e avaliar políticas públicas.

A governança surge como resposta as diversas crises na concepção do Estado e da democracia representativa. Acredita-se que a crise de legitimidade, a crítica ao corporativismo burocrático e as crises econômicas foram determinantes para a criação de alternativas. Nesse sentido, as concepções econômicas neoclássicas apressaram-se para caracterizar as crises fiscais como uma patologia constituída no interior do Estado de Bem-Estar Social.

Nessa narrativa, parte-se da ideia de que os atores racionais em suas escolhas sempre buscam a maximização dos seus interesses de curto prazo. No caso do cidadão, este privilegia as políticas de bem-estar, em detrimento de políticas de longo prazo, o que leva ao aumento compartilhado dos gastos estatais. Com o mesmo raciocínio, os representantes políticos, como atores racionais, buscam a maximização de seus interesses eleitorais de curto prazo, promovendo ações que garantam os votos dos cidadãos racionais. Nos dois casos, esquece-se a responsabilidade fiscal. (BEVIR, 2011, p. 106).

Além disso, eleitores demandam menor carga tributária e melhores serviços, exigindo-se um Estado mais eficiente em relação aos seus gastos. Ao mesmo tempo, clama-se por transparência, pela responsabilização dos agentes públicos no caso de desvios, por líderes mais atuantes e pela possibilidade de influenciar na concepção das políticas públicas. É exatamente através da boa governança que se procura dar respostas adequadas aos aspectos que mostram fragilidades (BEVIR, 2011, p. 107)

Segundo Mark Bevir (2011, p. 104), a ruptura modernista com as narrativas históricas levou à construção de modelos formais, ao mesmo tempo que incorporou novos agentes como: partidos políticos, grupos de interesse e redes políticas. Além disso, o autor enfatiza que se passou a utilizar dois conceitos formais da racionalidade, que se encontram associados a diferentes formas de análise da governança: a) conceito econômico da racionalidade, onde se privilegia a maximização da utilidade e se encontra ligada ao neoliberalismo e a teoria da escolha racional; b) conceito sociológico de racionalidade, que privilegia a adequação às normas sociais e que preza pela participação, através da teoria das redes e do comunitarismo.

Os novos modelos formais podem ser percebidos e delineiam boa parte da administração pública, mesmo antes da franca utilização dos artefatos tecnológicos.

2 BUROCRACIA ADMINISTRATIVA E PROCESSOS DECISÓRIOS AUTOMATIZADOS

Através da análise histórica, verifica-se que o fenômeno burocrático é bem antigo. Manifesta-se a partir do processo de divisão do trabalho, que passou a exigir uma certa coordenação de sua execução, com o objetivo de melhor atender às situações que se apresentam. Apesar disso, a teorização acerca do fenômeno burocrático é bem mais recente, iniciando-se de maneira mais sistematizada a partir do final do século XVIII, quando foi criado o termo “burocracia” (TENÓRIO, 2017, p. 79).

O novo termo, do original francês *bureaucratie*, deriva-se de *bureau* e este de *bure*, que em latim, significa “pano de lã”, utensílio que cobria a mesa utilizada para servir como apoio para o despacho de negócios oficiais. Não levou muito tempo para que a palavra fosse utilizada, também, para representar os móveis que passaram a ser utilizados com habitualidade para essa atividade (TENÓRIO, 2017, p. 79).

Passou-se algum tempo até que a palavra *bureau* originasse um outro neologismo, criando-se a palavra *buraliste*, já utilizada no século XVII, que no século XVIII passou a representar certas categorias de empregados que atuavam no governo e nas empresas. No século posterior, século

XIX, o fenômeno burocrático passa a ser objeto de análise sistematizada, merecendo destaque de dois importantes nomes, John Stuart Mill e Karl Max. Desta forma, é possível sistematizar as críticas à burocracia em duas vertentes: liberal e marxista.

Sob o ponto de vista liberal, o Estado havia deixado se dominar por burocratas, que, abandonando os critérios liberais, presavam por um Estado intervencionista, portanto, antiliberal. Desta forma, através da burocracia instalada, criava-se um círculo vicioso, onde a burocracia fomentava o intervencionismo que, por sua vez, exigia cada vez mais controles burocráticos.

Ao analisar a questão, John Stuart Mill enumera três principais problemas na intervenção burocrática por parte do Estado na esfera privada (MILL, 2017, p. 213). O primeiro acontece quando a coisa a ser feita seria mais bem-feita pelos próprios indivíduos do que pelo governo. Em termos gerais, defende-se que ninguém é mais qualificado para conduzir um assunto do que aqueles que estão nele pessoalmente envolvidos (MILL, 2017, p. 213-214).

A segunda objeção levantada ocorre nos casos em que, embora os indivíduos não executem determinada atividade tão bem quanto os funcionários do governo, é desejável que esta fosse executada por estes, como um meio para sua própria educação mental. Defende-se, assim, que executar pessoalmente estas funções serviria como uma forma de fortalecer suas faculdades ativas, exercitar sua capacidade de julgar e lhes dar um conhecimento mais familiarizado de assuntos que são deixados aos seus cuidados (MILL, 2017, p. 213-214).

Por fim, como terceiro problema, John Stuart Mill apresenta aquele que seria para ele o mais convincente motivo para restringir a intervenção do governo: o seu desnecessário empoderamento. Para ele, cada função acrescida à burocracia estatal termina por disseminar a sua influência sobre os indivíduos, convertendo-os em meros dependentes (MILL, 2017, p. 215).

[..] onde tudo é feito através da burocracia, nada a que a burocracia seja contrária de fato poderá ser feito. A constituição de tais países é uma organização da experiência e da capacidade prática da nação na forma de um corpo disciplinado para o propósito de governar o resto; e, quanto mais perfeita for a organização em si mesma, quanto mais sucesso tiver em atrair para si e educar para si as pessoas de maior capacidade de todas as fileiras da comunidade, mais completa será a submissão de todos, inclusive dos membros da burocracia. Porque os governantes são tão escravos de sua organização e de sua disciplina quanto os governados são dos governantes. (MILL, 2017, p. 218)

Segundo John Stuart Mill, é importante que o governo não apenas impeça, mas estimule a aplicação e o desenvolvimento individual e de grupos na atuação pública. Desta forma, faz-se um grande mal quando, ao invés de se incentivar a atividade de indivíduos ou de grupos, o sistema burocrático substitui iniciativas por sua própria atividade.

[..] um Estado que apequena seus homens para que sejam instrumentos mais dóceis em suas mãos, mesmo que para fins benéficos; tal Estado vai descobrir que com homens pequenos grandes coisas não poderão realmente ser realizadas, e que a perfeição da máquina pela qual sacrificou tudo no fim não lhe proporcionará nada, por falta de uma força vital a qual, para que a máquina pudesse trabalhar mais suavemente, ele preferiu banir. (MILL, 2017, p. 222)

Apesar de trilhar caminhos diferentes, a crítica feita por Karl Marx termina por fortalecer a argumentação de John Stuart Mill. Inicialmente, Karl Max refuta a ideia *hegeliana* de que a burocracia possa exercer uma função mediadora entre os diversos grupos sociais. Ao contrário, a burocracia encoraja de maneira oligárquica as divisões políticas indispensáveis à sua própria sobrevivência, perseguindo os seus fins em detrimento dos da comunidade.

Essa concepção fica clara quando Marx analisa como correta a posição de Hegel, que diz ser o poder governamental o lado objetivo da soberania inerente ao monarca. Essa mesma realidade se repete em diversos âmbitos. No caso da igreja católica, por exemplo, ela representa a existência

real da soberania, do conteúdo e do espírito da Santíssima Trindade. No caso da burocracia, esta é a identidade do interesse estatal e do fim particular privado, coloca-se de modo que o interesse estatal se torna um fim privado particular, que termina por se contrapor aos demais fins privados.

Assim, segundo Marx, o mesmo espírito que cria na sociedade as corporações, origina no Estado a burocracia. Desta forma, verifica-se que sempre que o espírito corporativo é atacado, ataca-se também o espírito burocrático. Se no início a burocracia combate a existência das corporações, com o tempo passa a defendê-las. Objetiva com isso, segundo o autor, salvar o seu próprio espírito (MARX, 2013, p. 71).

Os fins do Estado se transmutam em fins da repartição e os fins da repartição se transformam em fins do Estado. A burocracia é um círculo do qual ninguém pode escapar. Sua hierarquia é uma hierarquia do saber. A cúpula confia aos círculos inferiores o conhecimento do particular, os círculos inferiores confiam à cúpula o conhecimento do universal e, assim, eles se enganam reciprocamente. (MARX, 2013, p. 72)

Dessa forma, o espírito público do Estado, assim como a disposição política, aparece para a burocracia como uma traição ao seu mistério. A autoridade é, portanto, o princípio de seu saber e o culto à autoridade é sua disposição. No seu interior, o materialismo da obediência passiva, da fé na autoridade, do mecanismo de uma atividade formal, fixa, de princípios, ideias e tradições imutáveis (MARX, 2013, p. 72).

A seu turno, Max Weber adota uma posição metodológica diferente das até então aqui apresentadas, uma vez que, metodologicamente, evita qualquer juízo de valor. Limita-se a apresentar as principais características históricas do sistema burocrático, ao mesmo tempo em que acentua os aspectos racionais da burocracia que se instala. Para ele, a administração burocrática está imbuída de uma superioridade técnica incontestável e, no modelo burocrático puro, a precisão, a velocidade e a certeza atingem o seu nível ótimo. Nessa linha, quando o Estado adota uma organização burocrática, não só seus processos de trabalho se tornam mais eficientes e transparentes, como

[...] A burocratização implica em particular a possibilidade ótima de colocar em prática o princípio da especialização das funções administrativas conforme regulamentações estritamente objetivas. As atividades particulares são confiadas a funcionários especializados que, com a prática, vão aprendendo cada vez mais. A resolução “objetiva” dos assuntos pressupõe primeiramente uma resolução conforme as normas calculadas e “sem levar em conta as pessoas [...]” (WEBER, 2018, p.39).

A impessoalidade da gestão burocrática parece ser um dos elementos que levaram Weber a adotá-la como modelo de máxima eficiência de gestão administrativa. Essa impessoalidade, segundo o autor, não só tornaria estáveis as atividades normais exigidas pelos objetivos da estrutura governada burocraticamente, como também asseguraria o cumprimento normal e continuado dessas atividades, independentemente das pessoas para quem elas seriam atribuídas.

A eficiência inerente da burocracia também seria fruto, segundo Weber (2018), da especialização gerada pela existência de normas gerais, claras e escritas, mais ou menos estáveis, mais ou menos precisas, a depender da organização e do objeto do trabalho, e que podem ser aprendidas e transmitidas sem intermediários.

Em sentido contrário, quanto menos rotinas burocráticas claramente estabelecidas, maior o campo “criativo” da atuação administrativa, que se inclina para uma avaliação individual e tendenciosa (guiada por preferências e preconceitos implícitos ou explícitos) do que seria o interesse coletivo (público ou empresarial) ou para uma atuação claramente orientada por favores e qualificações pessoais. Sem normas claras e aplicáveis à universalidade, a impessoalidade não consegue ser observada em um nível geral. Nem a impessoalidade de quem pratica o ato, nem a impessoalidade do destinatário do serviço.

A burocracia estabiliza os processos de trabalho, facilitando a substituição de funcionários e despersonalizando o serviço prestado. Qualquer pessoa pode ser substituída, inclusive por algoritmos, porque seu trabalho passa a ser guiado por regras claras, que podem ser repassadas. Essas regras, expressas, também podem ser permanentemente revistas e auditadas, extirpando do seio da gestão o improvisado, mas mantendo a inovação e a criatividade, desde que democraticamente discutidas no momento de alteração das regras procedimentais a serem seguidas.

A burocracia torna estáveis os processos de trabalho, mas não estanques. Ela exige apenas que a mudança não seja fruto de uma disposição pessoal e anárquica, mas da decisão que observa o cenário sistêmico e não se descuida dos objetivos do serviço que será prestado. É através dela que o poder funcional, normativamente regulado, destinado a ser abstrato e indiferente para pessoas ou grupos que temporariamente ocupam certas posições, substitui o poder pessoal.

Nessa linha, a burocracia deve ter a virtude de tornar transparentes os processos decisórios da administração pública, promovendo uma série de valores constitutivos, condensados na percepção de igualdade de chances, oportunidade e respeito pela dignidade e autonomia da pessoa humana. Uma burocracia funcional substitui a arbitrariedade de uma decisão política, ao mesmo tempo autoritária e benevolente (e, portanto, tendenciosa e moralmente onerosa), por uma decisão racional, que é tomada com base em regras claras e aplicáveis para todos.

Pensar em modernização do Estado, assim, é pensar em burocracia e em processos decisórios transparentes e, por outro lado, a transparência nos processos decisórios ligados ao poder público é intimamente ligada com a confiança do corpo social na administração, como um elemento constitutivo de uma gestão democrática.

De fato, apenas partindo do conhecimento dos processos decisórios estatais, esses passam a ser controlados e auditáveis, e o administrado passa a ter certeza de que as diretrizes observadas são aquelas que constituem valores constitucionalmente protegidos.

E é por isso que, ao mesmo tempo em que estão sendo utilizados nas mais diversas empresas, algoritmos e processos decisórios automatizados vêm ganhando espaço na implementação de políticas públicas. São inúmeros e sedutores os argumentos que defendem a utilização das novas ferramentas. O mais frequente é aquele que afirma que, com estes, as instituições públicas podem se tornar mais objetivas, eficientes e impessoais. A utilização de algoritmos permite a automatização de inúmeras transações realizadas com cidadãos (JOSEPH; JOHNSON, 2013, 46).

Algoritmos fazem com que as organizações interajam com o público de uma maneira mais confiável e inclusiva. Isso é feito através da redução da influência do erro e do viés humano (NAIK; BHIDE, 214, p. 50-53). Em tese, algoritmos podem permanecer livres de preconceitos e preferências indesejáveis uma vez que sistemas de pontuação algorítmica podem ser usados para reduzir a influência do viés humano, na tomada de decisão (O'NEIL, 2016, p 142).

Frank Pasquale (2016), ao analisar a questão, afirma que os sistemas algorítmicos geralmente são ofuscados e envolvidos pelo sigilo. Essa característica de alguns deles representa um grave problema para um Estado democrático. O sistema democrático não convive de maneira adequada com a opacidade, uma vez que é imprescindível para o seu bom funcionamento a permanente oportunidade de fiscalização popular. A transparência surge, desta forma, como uma característica essencial dos algoritmos utilizados na governança pública.

Mas afinal, o que são algoritmos?

A palavra “algoritmo” evoca inescrutáveis explicações acerca de parte da infraestrutura do mundo moderno (ligada a big data, machine learning, inteligência artificial); mas dificilmente é identificada como um guia para os assuntos humanos (CHRISTIAN, *et al.*, 2016).

Embora o senso comum associe algoritmos à modernidade e a complexos processos relacionados à tecnologia computacional, eles ditam, desde o início da história do homem, a maneira como as decisões são tomadas. A palavra algoritmo, na verdade, vem do nome do matemático persa al-Khwārizmī, autor de um livro do século XIX sobre técnicas para fazer contas com as mãos. Os

primeiros algoritmos conhecidos, porém, precedem o próprio trabalho de al-Khwārizmi. Eles estão expressos em uma pedra de argila suméria de 4 mil anos atrás (CHRISTIAN, *et al.*, 2016).

São os algoritmos que auxiliam na busca de respostas às mais rotineiras questões: o que deve ser feito e como? Quanto de bagunça dos filhos deve ser aceita? Qual é o melhor momento de pedir um aumento ao chefe ou decidir por uma gravidez?

Segundo definição mais generalizada, os algoritmos são uma sequência de passos finitos e não ambíguos (frutos do processo de "*decision-making*" humano ou não), que levam a um resultado esperado: para um mesmo problema, o mesmo procedimento (O'NEIL, 2016). Assim, há algoritmos para assar bolo ou escrever um trabalho acadêmico como este.

São fórmulas, receitas ou caminhos que, seguidos, conduzem a uma solução específica. Os algoritmos são formatados a partir das primeiras percepções humanas do mundo e das mais primitivas interações com o ambiente que cerca o homem.

Algumas dessas fórmulas são construídas a partir de um ponto inicial definido ou transmitidas através da tradição oral ou escrita. Porém, a maior parte delas é criada mediante resultados (bem-sucedidos ou não) das interações sociais e ambientais humanas.

Com efeito, para criar um modelo decisório (algoritmo), fazem-se escolhas sobre o que é importante. O mundo é simplificado para uma versão portátil facilmente compreendida e através da qual podem-se inferir fatos e ações relevantes (O'NEIL, 2016 p. 20-21).

Geralmente, quando se elaboram referências a algoritmos em discurso público, eles não são abordados como construções matemáticas, mas sim como implementações particulares com objetivos específicos. São exatamente esses que fazem sentido para o presente estudo, porque, quando implementados e em execução, passam a afetar a vida das pessoas (MITTELSTADT, 2016, p. 2-3) e a dinâmica de toda a sociedade.

O algoritmo vai do problema ao resultado, atravessando os passos pelos quais precisa passar para ser resolvido. Refere-se, portanto, a um conjunto complexo de interpretações e decisões. Para as políticas públicas, os algoritmos vão além de uma sequência ou conjunto de instruções, que são de alguma forma confinadas. Eles também devem produzir um resultado eficaz decorrente do processo decisório que o antecede.

Embora explicar um algoritmo seja algo relativamente fácil em um trabalho como esse, mesmo quando entramos em suas definições mais complexas, é difícil para seres humanos descreverem detalhadamente, até mesmo em linguagem natural, as pequenas tarefas do cotidiano. Consequentemente, também se torna difícil elaborar um algoritmo que, posteriormente, vai ser transformado em um processo decisório automatizado, especialmente em um campo complexo como é o das políticas públicas.

De fato, inicialmente, nessa definição, pode-se utilizar tarefas não abstratas, com rígida sequência e, especialmente, controladas, mapeando tarefas cotidianas como se fossem constituídas objetivamente de passos maquinais, como, por exemplo, pode-se tentar emular uma tarefa simples como fazer um pudim.

Assim, é possível criar uma sequência de tarefas como essa: abrir a lata de leite condensado e a garrafa de leite, quebrar os ovos e separar o açúcar, bater leite, leite condensado e ovos no liquidificador, preparar o caramelo em banho maria na forma do pudim, esperar esfriar um pouco, colocar os ingredientes batidos na forma, levar ao forno, esperar ficar douradinho, aguardar esfriar e desenformar. Tudo pronto!

Depois, é só parar e observar os pontos de interrogação que surgem em nossos pensamentos: "bem, perfeito, mas não é somente isso". Rapidamente intui-se que definir o que seja um algoritmo e como ele deve funcionar é sempre mais fácil do que fazê-lo funcionar².

Nessa linha, é óbvio que o exemplo do pudim é muito útil para exemplificar para um leigo o que seja, grosso modo, um algoritmo. Entretanto, como já se viu, quando pensamos em processos

² A esse respeito, pode testemunhar o ator e ex-modelo Rodrigo Hilbert, famoso por ser muito talentoso em todo tipo de trabalho, mas que se tornou meme em rede nacional por errar a receita clássica do pudim de leite.

decisórios complexos e que afetam diretamente a vida das pessoas, é imprescindível ir mais além. Exemplo clássico de utilização de algoritmos nas políticas públicas brasileiras é aquele voltado à escolha dos grupos familiares aptos a participar do programa Bolsa Família.

Com base nas informações desse cadastro, o Ministério do Desenvolvimento Social avalia se a família tem o perfil para fazer parte do programa. Como diz o próprio sítio do Ministério, “a seleção é feita por meio de um sistema informatizado, ou seja, embora seja pré-requisito para ingressar no programa, estar no Cadastro Único não garante a entrada imediata no Bolsa Família” (BRASIL, 2017).

Diz-se, ainda, que o Responsável Familiar no cadastro que compõe o perfil a ser avaliado é quem garante que as informações comunicadas são verdadeiras e por fim afirma:

Todas as informações devem ser prestadas corretamente, principalmente sobre renda e composição familiar. É com base nesses dados e no cruzamento de outras informações que avaliaremos se a família poderá ser selecionada para o Bolsa Família. (BRASIL, 2017)

Com essas informações prestadas sobre a tomada de decisão relativa ao programa bolsa família, chega-se a uma série de conclusões que serão muito úteis para os desafios contidos na contratação de empresas pelo Poder Público através do diálogo competitivo previsto na Lei 14.133/2021. Sobressai-se, de fato, que boa parte do conhecimento sobre os chamados “fórmulas” e “resultados” estão sob domínio dos particulares. À vista disso, reforça-se a ideia de uma Administração Pública dialógica.

Afinal, concedido ou não o benefício, um grande conjunto de ações e consequências em cadeia passam a acontecer, muitas delas imprevisíveis (KITCHIN, 2017, p. 16). A antevisão dos desdobramentos gera mais responsabilidades em relação ao seu funcionamento.

Com efeito, a essa altura já restou claro que algoritmos não devem ser vistos de maneira apartada das tarefas que executam ou permitem que sejam executadas. Eles devem ser considerados à luz de como influenciam a vida das pessoas e devem ser entendidos com conteúdo sistêmico que envolve aspectos mais amplos que a mera solução para um problema, deve-se analisar o modo como os usuários interagem, as escolhas que foram feitas durante seu desenvolvimento, os bancos de dados que são utilizados e quais os resultados esperados (KITCHIN, 2017, p. 25).

Entretanto, a prática de utilização tem demonstrado que o preconceito humano pode infiltrar-se nos próprios algoritmos. Em alguns casos, o desenvolvimento de um algoritmo requer a tomada de posições relacionadas a problemas socialmente complexos. Deixado livre, o responsável pela implementação constrói o algoritmo baseado em seus próprios princípios e ponderações (KRAEMER et al., 2011, 258).

Além disso, verifica-se que a utilização de algoritmos permite que apenas um pequeno grupo de pessoas tenha o conhecimento de como as decisões estão sendo tomadas. Em alguns casos, a participação humana é considerada desnecessária, em outras, dificultada ou até mesmo impossibilitada. Dessa forma, aflora uma importante questão: como garantir que as regras procedimentais sejam democraticamente discutidas?

Verifica-se, então, a relevância de que as decisões, relativas a casos críticos, sejam tomadas por pessoas responsáveis pelo planejamento, implementação, execução e controle das políticas públicas. De outra forma, a opacidade natural dos algoritmos permite que essas escolhas fiquem de maneira permanente escondidas e produzindo efeitos, o que facilita a dominação burocrática (KRAEMER et al., 2011, 258).

A participação humana também se mostra relevante no controle de falhas das decisões tomadas pelos algoritmos. Nesse sentido, verifica-se a necessidade de que algum gestor tenha competência para a tomada de decisões, inclusive contrárias ao funcionamento natural do algoritmo. Esse agente humano teria o poder discricionário de contrariar as regras do sistema

algorítmico. Desta forma, mostra-se necessária uma limitação do grau em que um sistema relativo a políticas públicas pode ser automatizado (BRENNINKMEIER, 2018).

Max Weber já afirmava que o sistema capitalista exige que os negócios da administração devem ser executados de maneira contínua, sem ambiguidades, no menor tempo e da maneira mais precisa possível (WEBER, 2016, p. 151). A análise dessas características leva a crer que a governança algorítmica é o destino procurado há décadas, o destino final e o ponto sem retorno kafkaniano, voltando à introdução. Ela, assim, nada mais é que a tendência histórica em direção à mecanização (DANAHER *et all*, 2017, p. 2).

Dito isso, passa-se aos desafios concretos trazidos pela Lei 14.133/2021 e da modalidade licitatória do diálogo competitivo para a modernização e melhoria dos processos decisórios estatais.

3 ADMINISTRAÇÃO CONSENSUAL E DIÁLOGO COMPETITIVO

Como se observou nos tópicos anteriores, o crescente movimento inclusivo dos cidadãos no processo de definição da “razão pública” deixa de ser visto como um monopólio estatal, com participação exclusiva de autoridades, órgãos e entidades públicos, ampliando-se substancialmente o “fórum público”.

Acerca desse movimento inclusivo, Manuel Castells (2002, p. 412) o denomina como a *Era da informação*. Da construção teórica erigida por Castells (2002), é possível destacar três importantes aspectos: a) a lógica difusa de sociedade em rede contemporânea; b) a necessidade de reorganização político-administrativa a partir do contexto difuso e plural mediante um federalismo efetivamente cooperativo e gestão compartilhada entre público e privado; c) a governança globalizada resultado do processo irreversível da globalização.

A lógica difusa impõe à organização estatal a obrigação de instituir canais e mecanismos de participação social ativos. Dessa forma, o aparelho estatal interconectado com o corpo social propicia maior capilaridade dos órgãos para absorção e internalização das demandas oriundas da sociedade. Consequentemente, toda decisão estatal se torna ainda mais legítima uma vez que emana do próprio tecido social.

A segunda conclusão conduz à compreensão de uma nova organização político-administrativa a partir dessa lógica difusa, não mais sendo possível se imaginar uma organização hermética e incomunicável. Características como horizontalidade, cooperação e gestão integrada entre diferentes esferas federativas e compartilhada entre público e privado estão cada vez mais presentes na composição e organização do Estado contemporâneo.

A terceira resposta denota a necessária reconfiguração dos governos compreendendo o fenômeno da globalização como o resultado de um processo irreversível de soberania compartilhada (CASTELLS, 2002).

Dentre os três aspectos destacados, merece especial atenção o contido no item b, qual seja, a necessária reorganização político-administrativa a partir do contexto difuso e plural mediante um federalismo efetivamente cooperativo e gestão comum entre público e privado.

Embora claramente irreversíveis e desejáveis a cooperação e a gestão compartilhada, tem-se presente que até a promulgação da nova lei de licitação, não existia a possibilidade de efetiva interação público-privada no transcurso do procedimento licitatório, a fim de se buscar, ao lado do particular, a melhor solução para determinado problema na administração pública.

Ao contrário desse viés cooperativo e de gestão conjunta, o sistema legal de contratação pública brasileiro instituído pela lei n. 8.666/93 se revela muito distante de uma administração em rede ou consensual. A justificativa para essa inadequação legislativa ao atual contexto do Direito Administrativo remete ao momento histórico, político e social em que a lei foi aprovada, ou seja, poucos anos após a Constituição Federal de 1988, um ano depois da Lei de Improbidade (Lei n. 8.429/92) e poucos meses do “impeachment” de Fernando Collor, primeiro presidente eleito diretamente, após a redemocratização, porém envolto em inúmeros escândalos de corrupção.

Portanto, em face dos fatos ocorridos no início da década de 90, aprovou-se uma lei de licitações e contratos maximalista que supervalorizou a forma em detrimento do próprio conteúdo, apegada a detalhes, absolutamente destituída de uma visão econômica do processo de contratação. Também foi essencialmente marcada por externalidades negativas tal qual o rígido controle (multi-instâncias) e nítido distanciamento entre poder público e iniciativa privada destacado como medida para se evitar o risco de captura da Administração Pública por interesses particulares.

Entretanto, o modelo maximalista parece não ter identificado uma boa solução para evitar os desvios e nem, muito menos, aparenta melhor relação com o conceito de “boa governança” apresentado no tópico anterior. Mesmo diante da existência de normas detalhistas e várias instâncias de controle, isso não foi suficiente para conter desvios de dinheiro público, nem tampouco tornou o processo de contratação economicamente eficiente.

O resultado não poderia ser diferente uma vez que o volume de normas e controle é indiretamente proporcional à confiança na capacidade dos seus destinatários, segurança e fluidez do sistema. Ou seja, se há muitas normas é porque há elevado nível de desconfiança no mercado e, por esse motivo, tem-se um sistema engessado, prolixo, com altos custos transacionais e baixa efetividade.

Contudo, é verdade que, mesmo inflexível, controlado e supostamente blindado aos interesses escusos de particulares, isso, por si só, não neutralizou a contaminação do interesse público por benefícios exclusivamente privados, porém, é preciso ter em mente que não existe evolução sem progresso, e não existe progresso sem risco (LEITÃO; FERREIRA, 2021, p. 71).

Ora, a administração não pode ficar inerte diante de riscos. O mundo contemporâneo é repleto de desafios. Ultrapassar a paralisia da precaução *forte* e prevenir-se contra os riscos significa abraçar o consequentialismo moderno (SUNSTEIN, 2012). A nova administração pública pode e deve se apropriar de novos institutos jurídicos, a exemplo do diálogo competitivo na sequência apresentado, a fim de desencaixar antigas concepções do processo licitatório em prol de resultados maiores e mais benéficos à sociedade.

A transformação da administração do poder extroverso para a administração consensual e dialógica é um avanço sem retorno (*bottom up*) ou conforme já citado “a partir de certo ponto não há retorno” (KAFKA, 2012). Sobre as transformações da modernidade, transcreve-se o seguinte:

Essa é uma transformação iminente causada pelos riscos da modernidade, afinal, conforme salientado por Giddens, nenhum sistema perito pode ser inteiramente perito em termos das consequências da adoção de princípios peritos. Vale dizer, não há incertezas sobre as transformações e suas respectivas consequências, mas o efeito paralisante certamente é maléfico para a sociedade (LEITÃO; FERREIRA, 2021, p. 87).

Nesse cenário de insucessos da lei anterior e inevitáveis transformações, é que surge a Nova Lei de Licitações e Contratos (Lei n. 14.133/2021), com o objetivo de instituir modelos diferentes, aproximando o diálogo entre o setor público e privado, ampliando a transparência e racionalizando o gasto público.

Em outras palavras, sob o viés da racionalidade econômica e sob os auspícios da “Nova Administração”,³ a recém-chegada lei de licitação é disruptiva, pois permite, através da modalidade diálogo competitivo, uma aproximação e fortalecimento da parceria entre setor público e privado. Nesse sentido, Ronny Charles Torres (2021, p. 201) faz essa constatação:

Coerente com seu ranço burocrático, a lei n. 8.666/93 permitia pouca flexibilidade procedimental e dificultava o desenvolvimento de uma administração pública

³ Expressão utilizada por Sabino Cassese em “New Paths for Administrative Law: A Manifesto”, em *International Journal of Constitutional Law*, vol. 10 (3), 2012, p. 603-613. Traducción de Alicia I. Saavedra Bazaga, European University Institute, Florencia.

dialógica, preconizando um formato de modalidades rígidas e com limitada agilidade. Já a lei n. 14.133/2021 [...] trouxe interessantes inovações, que demonstram uma tendência de mudança no modelo seletivo e contratual da administração pública brasileira. Uma das novidades que deixa cadente esta intenção de mudança foi a inclusão da modalidade diálogo competitivo.

Seguindo essa tônica de cooperação, é preciso fortalecer o propósito legislativo de parceria entre o setor privado e o setor público, com a ideia de racionalizar o gasto público. Não é consentâneo com o princípio da eficiência e com a eficácia administrativa que haja investimento de esforço público direto na busca por objetos inseridos em setores em que a oferta privada abunda com excelência (TORRES, 2021).

A aproximação e aproveitamento da *expertise* da iniciativa privada é movimento fundamental para a consolidação da administração consensual em rede. É importante enxergar o mercado, especialmente, o nacional, como parceiro e aproveitar seu potencial para oferecer soluções eficientes. Assim, o poder público economiza ‘esforços’ e centra recursos apenas naquilo que a iniciativa privada não pode suprir nessa área.

Foi nessa perspectiva contemporânea que irrompeu, então, o diálogo competitivo, definido pela própria lei, em seu art. 6, inc. XLII como a:

Modalidade de licitação para contratação de obras, serviços e compras em que a Administração Pública realiza diálogos com licitantes previamente selecionados mediante critérios objetivos, com o intuito de desenvolver uma ou mais alternativas capazes de atender às suas necessidades, devendo os licitantes apresentar proposta final após o encerramento dos diálogos (BRASIL, 2021, n.p.).

Essa novel modalidade licitatória, inspirada na legislação europeia⁴, tem uma dupla concepção sequencial. Em um primeiro momento, fomenta um diálogo entre licitantes que atendam aos critérios mínimos determinados pela administração e, em uma nova etapa, instaura uma concorrência transparente a partir da especificação da solução que leve em conta as necessidades da administração de acordo com os critérios objetivos publicados no edital e que será utilizada para a seleção da proposta.

A Lei n. 14.133/2021, ao buscar no ordenamento alienígena parâmetros para o diálogo competitivo, rompe, assim, com o modelo tradicional de distanciamento entre público e privado, para juntos, e de forma transparente, construírem a melhor especificação do objeto a ser contratado e, sobretudo, uma melhor adequação dos processos decisórios estatais.

Enquanto a Lei n. 8.666/1993 restringia a participação do particular basicamente à oferta de preços e à execução do contrato, de forma diversa, a Lei n. 14.133/2021, mediante o diálogo competitivo e em outros casos específicos, traz o setor privado para esmiuçar de forma conjunta o escopo da solução pretendida. Tem-se, então, a ruptura formal no padrão de aquisições de bens e serviços no setor público.

De fato, a nova modalidade de licitação, ao admitir a troca de informações sobre critérios, parâmetros e necessidades (em certo ponto, que podem ser consideradas imbuídas de uma “subjatividade transparente⁵”), traz uma tentativa de promover a melhoria técnica e reduzir a assimetria informacional não só entre os competidores, mas, também, entre a própria administração e o particular interessado na contratação de seus produtos ou serviços.

Além disso, a institucionalização do diálogo público-privado possui o claro potencial de se utilizar a *expertise* da iniciativa privada na formatação de soluções voltadas à satisfação do interesse público, agregando valor não previsto (embora provável e potencial) às necessidades vislumbradas, mas não totalmente mapeadas pela administração. Desse modo, responde a um só tempo ao princípio

⁴ Diretiva 2004/18 da Comissão Europeia.

⁵ A gestão democrática e transparente favorece a qualquer sistema de controle.

da eficiência e da economicidade no âmbito das licitações, além de representar, conforme se descobriu nas seções precedentes, uma versão mais próxima da moderna administração pública, que tenta celebrar como duas de suas diretrizes, a coerência e a democracia.

Aliás, uma das relevâncias da nova modalidade é a redução da assimetria de informações entre o ente contratante e contratado, que passa, obrigatoriamente, pela flexibilização do processo licitatório, de maneira que os particulares ofereçam diferentes e criativas soluções às complexas contratações da administração.

Ademais, no seu artigo 32, a lei descreve o real propósito do instituto, que não pode ser aplicado em qualquer processo de contratação. A princípio, não será aplicável a situações comuns ou simples. Como preceitua a norma, é restrito a contratações em que a administração pretenda a contratação de objetos que envolvam, principalmente, inovação tecnológica ou técnica, ou cujas necessidades demandem alguma adaptação das soluções disponíveis no mercado ou ainda quando for impossível que as especificações técnicas sejam definidas com precisão suficiente pela administração (art. 32, inc. I, da lei 14.133/21).

Em razão do ineditismo do diálogo competitivo, acredita-se que as balizas para aplicação do instituto ainda não estão totalmente definidas. Contudo, fica explícito que o dispositivo oferece uma contextualização fática significativa. Isso demonstra o reconhecimento de que o poder público nem sempre tem a solução e nem sempre a complexidade é de ordem tecnológica. Muitas vezes, é de ordem social, geográfica e mesmo jurídica, entre outros impasses.

De toda forma, o diálogo competitivo inaugura uma administração pública menos encastelada e mais horizontal, institucionalizando a participação privada na busca pelas melhores soluções para os desafios da “era da informação”.

Conforme o professor Carlos Ari Sundfield (PGEGO, [2021?], n.p.), está-se diante de uma “virada pragmática do direito público” abandonando o formalismo jurídico preso a uma interpretação idealista da norma para uma interpretação mais realista da norma mediante a concretização da administração pública dialógica.

É certo que no velocíssimo mundo contemporâneo, o direito público já não se encontra mais tão distante do direito privado (CASSESSE, 2012). A própria dicotomia entre direito público e privado, antes um critério inabalável, deixou de ser sustentável e cada vez mais os atos administrativos são sinais do que se pode convencionar de *empresariamento* da administração (LEITÃO; FERREIRA, 2021).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A história mostra a capacidade humana para encontrar saídas nos momentos em que ocorrem graves crises. Nesse sentido, não foi diferente o contexto após as turbulências das últimas décadas do século XX. A crise de legitimidade, a crise econômica e a desconfiança em relação aos sistemas burocráticos instalados criaram a atmosfera perfeita para grandes mudanças.

Através da análise das primeiras das burocracias, verifica-se que os problemas apontados na grande crise já as acompanhavam há muito tempo. Os vícios que atingiam ou poderiam alcançar a estrutura burocrática já haviam sido diagnosticados por autores como Stuart Mill e Karl Marx. Problemas como o excesso de poder da burocracia, o seu crescimento desenfreado e a redução do envolvimento do cidadão na solução dos seus problemas já haviam sido diagnosticados.

Desta forma, verifica-se que, no primeiro momento, como o problema era mais ligado a aspectos econômicos, as soluções propostas e implementadas atenderam à racionalidade econômica, associada à deveres de eficiência e desempenho. Desta forma, o receituário neoliberal, mais adequado para o momento, ganhou espaço. Saiu-se vencedora a proposta de uma radical diminuição do Estado, implementada através da privatização de partes de sua estrutura e pela terceirização de alguns de seus serviços. Prega-se nesse momento, muitas vezes, o ideário de um estado mínimo.

Entretanto, não tardou para que agências internacionais verificassem os exageros que estavam sendo cometidos. Afinal, a concepção de boa governança não poderia estar atrelada apenas ao sucesso econômico. Surge a ampliação do conceito de desenvolvimento, abarcando a ideia de que este não deveria estar vinculado apenas aos resultados financeiros de um Estado. O desenvolvimento sustentável exige, dentre outros aspectos, que os países estejam ligados às boas práticas. Nesse momento, ganham força os aspectos humanos, associados à racionalidade social.

O cidadão deve ter condições de influir, participar mais ativamente das escolhas estatais. Nesse sentido, a participação deve ser garantida através das estruturas de redes, onde problemas complexos podem ser analisados pelos esforços combinados de vários órgãos públicos e entidades representativas privadas.

A nova Lei 14.133/2021 surge nesse contexto, em um cenário brasileiro carente de decisões transparentes e objetivas em termos de políticas públicas. Mais do que isso, ingressa no ordenamento jurídico pátrio no meio de uma pandemia que forçou uma reinterpretação e uma reinvenção de velhas e ultrapassadas práticas administrativas inspiradas em tradições seculares.

Nesse passo, reconhece-se ao longo do artigo que pensar em modernização do Estado é pensar em burocracia e em processos decisórios transparentes. Afinal, a burocracia deve ter a virtude de tornar transparentes os processos decisórios da administração pública, promovendo uma série de valores constitutivos, condensados na percepção de igualdade de chances, oportunidade e respeito pela dignidade e autonomia da pessoa humana.

Uma burocracia funcional substitui a arbitrariedade de uma decisão política, ao mesmo tempo autoritária e benevolente (e, portanto, tendenciosa e moralmente onerosa), por uma decisão racional, que é tomada com base em regras claras e aplicáveis para todos.

Defende-se, nessa linha, que a nova modalidade licitatória trazida pela Lei 14.133/2021, o diálogo competitivo, inaugura uma Administração Pública menos encastelada e mais horizontal, institucionalizando a participação privada na busca pelas melhores soluções para os desafios da “era da informação”.

Desta forma, conclui-se que se está diante de uma transformação paradigmática do Direito Público, em que abandona o formalismo jurídico para uma interpretação mais realista da norma mediante a concretização da Administração Pública consensual.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BEVIR, Mark. Governança democrática: uma genealogia. *Rev. Sociol. Polit.*, Curitiba, v. 19, n. 39, p. 103-114, junho de 2011. Disponível em <
<https://www.scielo.br/j/rsocp/a/YkZsZbDQpz94zmpNdrRWwy/?format=pdf>. Acesso em: 17 fev. ereiro de 2021. <https://doi.org/10.1590/S0104-44782011000200008>.

BEVIR, Mark. Porque a distância histórica não é um problema. *História da Historiografia: International Journal of Theory and History of Historiography*, v. 8, n. 18, 14 set. 2015.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 21 mar. 2022.

BRASIL. Lei nº 8.429, de 21 de junho de 1993. Dispõe sobre as sanções aplicáveis em virtude da prática de atos de improbidade administrativa, de que trata o § 4º do art. 37 da Constituição Federal; e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18429.htm. Acesso em: 21 mar. 2022.

BRASIL. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá

outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18666cons.htm. Acesso em: 21 mar. 2022.

BRASIL. Lei n. 14.133, de 1º de abril de 2021. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Brasília-DF: Presidência da República, [2022]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14133.htm. Acesso em: 13 mar. 2022.

BRENNINMEIJER, Alex. Meer dan een burger-servicenummer. 2018. Disponível em: https://www.nationaleombudsman.nl/uploads/tijdschrift_voor_conflicthantering_hoeveel_legitimatie_schept_lokale_democratie.pdf. Último acesso em: 05 jul. 2019.

CASSESE, Sabino. “New Paths for Administrative Law: A Manifesto”. *International Journal of Constitutional Law*, v. 10, n. 3, 2012, p. 603-613.

CASTELLS, M. A era da informação: fim de milênio. 3. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2002. v. 3.

CHEEMA, G. Shabbir; RODINELLI, Dennis A. From Government decentralization to decentralized governance. In: *Decentralizing governance: emerging concepts and practices*. Washington: Brooking Institution Press, 2007. P 1-20.

CHRISTIAN, B.; GRIFFITHS, T. Algorithms to live by the computer science of human decisions. New York: Henry Holt and Co, 2016.

DANAHER, John et al. Algorithmic governance: Developing a research agenda through the power of collective intelligence. *Big Data & Society*, v. 4, n. 2, 2017.

FREY, Klaus. Desenvolvimento, boa governança e democracia local. *Braz. sci. político rev.* (Online), Rio de Janeiro, v. 3, Selected Edition, 2008. Disponível em <http://socialsciences.scielo.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1981-38212008000100007&lng=en&nrm=iso>. acesso em 17 de fevereiro de 2021.

GONÇALVES, Alcindo Fernandes; COSTA, José Augusto Fontoura. Governança global e regimes internacionais. São Paulo: Almedina, 2011.

JOSEPH, Rhoda C.; JOHNSON Norman A. Big data and transformational government. Disponível em: <https://pennstate.pure.elsevier.com/en/publications/big-data-and-transformational-government>. Acesso em 04 fev. 2021.

KAFKA, Franz. Aforismos reunidos. [S.l.]: IMS, 2012. Disponível em: https://www.revistaserrote.com.br/wp-content/uploads/2012/03/aforismos_08.pdf. Acesso em: 13 mar. 2022.

KRAEMER, F; VAN OVERVELD, K; PETERSON, M. Is there an ethics of algorithms? *Ethics and Information Technology* 13(3): 251–260, 2011.

LEITÃO, Andre Studart; FERREIRA, Helio Rios. As novas tecnologias a serviço da nova administração: a blockchain, os smart contracts e a nova lei de licitações e contratos (lei nº 14.133/2021). RDB – Revista de Direito Brasileira, Florianópolis, v. 29, p. 71-91, maio/ago. 2021.

MAX, Karl. Crítica da filosofia do direito de Hegel. Trad. Rubens Enderle e Leonardo de Deus. 3ª. Ed. São Paulo: Boitempo, 2013.

MILL, John Stuart. Sobre a liberdade e a sujeição das mulheres. Trad. Paulo Geiger. 1ª ed. São Paulo: Penguin Classics Companhia das letras, 2017.

MITTELSTADT, B. D. et al. The ethics of algorithms: mapping the debate. Big Data & Society, v. 3, n. 2, p. 205395171667967, 2016. Disponível em: <<https://journals.sagepub.com/doi/full/10.1177/2053951716679679>>.

NAIK, Gauri, BHIDE, Sanika S. Bhide. Will the future of knowledge work automation transform personalized medicine?. Applied & translational genomics 3, no. 3 (2014): 50-53.

O'NEIL, C. Weapons of math destruction: How big data increases inequality and threatens democracy. Broadway Books, 2016.

OLIVEIRA, G. J. et al. A administração consensual como a nova face da administração pública no séc. XXI. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, v. 104, p. 303-322, jan./dez. 2009.

PASQUALE, Frank. The Black Box Society. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2016.

PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO DE GOIÁS. O Procurador do Estado na construção do Direito Público: o que esperar? Com CARLOS ARI SUNDFELD. Youtube, 20 maio [2021?]. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=-NFlyNDRt2o>. Acesso em: 13 mar. 2022.

SCHILLING, Voltaire. Franz Kafka e o horror à burocracia. 06 mar. 2013. Terra – Educação – História. Disponível em: <<https://www.terra.com.br/noticias/educacao/historia/franz-kafka-e-o-horror-a-burocracia,e47c51553204d310VgnVCM5000009ccceb0aRCRD.html>>. Acesso em: 20 fev. 2019.

SUNSTEIN, Cass R. Para além do princípio da Precaução, RDA – Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 259, p. 11-71, jan./abr. 2012.

TENÓRIO, F. G. Weber e a burocracia. Revista do Serviço Público, v. 38, n. 4, p. 79-90, 19 jul. 2017. Disponível em: <https://revista.enap.gov.br/index.php/RSP/article/view/2328>. Acesso em: 15 set. 2020.

TORRES, Ronny Charles. Leis de Licitações Públicas Comentadas. 12. ed. São Paulo: JusPodivm, 2021.

WEBER, Max. Economia e Sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva. Vol. 2. Trad. Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. 4a ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2015.

WEBER, Max. Ensaios de sociologia. Trad. Waltensir Dutra. 5. Ed. Rio de Janeiro: LTC, 2016.

WEBER, Max. O que é burocracia. Brasília: Conselho Nacional de Administração, 2018.
Disponível em: <[https://cfa.org.br/wp-content/uploads/2018/02/40livroburocra
cia_diagramacao.pdf](https://cfa.org.br/wp-content/uploads/2018/02/40livroburocra
cia_diagramacao.pdf)>. Acesso em: 20 fev. 2019.

WORLD BANK. Sub-Saharan Africa: from crisis to sustainable growth. Washington: World Bank, 1989. Disponível em: <https://documents.worldbank.org/en/publication/documents-reports/documentdetail/498241468742846138/from-crisis-to-sustainable-growth-sub-saharan-africa-a-long-term-perspective-study>. Acesso em 17 fev. 2021.