

**XXVII ENCONTRO NACIONAL DO
CONPEDI SALVADOR – BA**

DIREITO ADMINISTRATIVO E GESTÃO PÚBLICA II

MATEUS EDUARDO SIQUEIRA NUNES BERTONCINI

SÉRGIO URQUHART DE CADEMARTORI

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais

Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul

Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI

Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro

Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo

Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)

Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - IMED – Santa Catarina

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará

Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM – Distrito Federal

Relações Internacionais para o Continente Americano

Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goiás

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo

Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFSM – Rio Grande do Sul)

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho (Unifor – Ceará)

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec – Minas Gerais)

Comunicação:

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC – Santa Catarina)

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali – Rio Grande do Sul)

Dr. Caio Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais)

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

D597

Direito administrativo e gestão pública II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UFBA

Coordenadores: Mateus Eduardo S. N. Bertoncini; Sérgio Urquhart de Cademartori – Florianópolis: CONPEDI, 2018.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-586-7

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

Tema: Direito, Cidade Sustentável e Diversidade Cultural

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVII Encontro Nacional do CONPEDI (27 : 2018 : Salvador, Brasil).

CDU: 34



XXVII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI SALVADOR – BA DIREITO ADMINISTRATIVO E GESTÃO PÚBLICA II

Apresentação

O Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito promoveu em Salvador, nos dias 13 a 15 de junho de 2018, o XXVII Encontro Nacional do CONPEDI, congresso inspirado no tema “Direito, Cidade Sustentável e Diversidade Cultural. Novamente, professores, pesquisadores e estudantes brasileiros e estrangeiros, reunidos em 63 grupos de trabalho na tradicional Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia, protagonizaram mais um evento da pós-graduação em Direito de grande sucesso científico e humano, ambientado na histórica, culturalmente diversa, luminosa e acolhedora cidade de Salvador, capital do Estado da Bahia.

Os participantes do GT 51, de Direito Administrativo e Gestão Pública, coordenado pelos professores doutores Mateus Eduardo Siqueira Nunes Bertocini (UNICURITIBA) e Sérgio Urquhart de Cademartori (UNILASALLE), assistiram as apresentações de 12 trabalhos científicos, seguidas de amplo e democrático debate, com a participação de todos os presentes, numa ambiência demarcada pela dialeticidade e harmonia, que só fez crescer e aprofundar as reflexões sobre os artigos previamente aprovados ao menos por dois avaliadores doutores do CONPEDI, frutos de pesquisas desenvolvidas em diversos programas de mestrado e doutorado em Direito no Brasil.

A relação de textos apresentados e respectivos autores é a seguinte: (1) “Legalidade, discricionariedade e boa-fé: a revisão de insalubridade do executivo federal”, de Anália Tâmara Câmara Santos Lemos e Fabiano André de Souza Mendonça; (2) “Fundo de Garantia por Tempo de Serviço para temporários e comissionados: dever da Administração Pública ou descumprimento da Constituição Federal?”, de Renata Pinto Coelho Vello; (3) “Discricionariedade administrativa e controle jurisdicional: existe de fato uma liberdade decisória do gestor público insindicável pela tutela jurisdicional?”, de Kate de Oliveira Moura Surini e Leonardo Medeiros Junior; (4) “Espaço de atuação discricionária reduzido nos atos de nomeação para cargos oriundos de concurso público”, de Raiano Tavares de Oliveira; (5) “Responsabilização do Estado em razão dos atos praticados por multidões”, de Fernanda Resende Severino e Bruno Martins Teixeira; (6) “A Teoria Neoinstitucionalista do processo e o controle processual da discricionariedade administrativa: conjecturas e proposições”, de Marcos Paulo Andrade Bianchini; (7) “Administração Pública, jurisdição constitucional e vedação ao nepotismo: a construção normativa do STF na Súmula Vinculante n. 13 e a salvaguarda dos princípios da moralidade e impessoalidade

administrativa”, de Vinicius Filipin; (8) “O direito de regresso na responsabilidade civil extracontratual do estado”, de Ana Paula Marques de Souza e Ana Paula Pimentel Araújo; (9) “A responsabilização empresarial na Lei Anticorrupção à luz do princípio do non bis in idem”, de Eduardo Martins de Lima e Flávia Cristina Mendonça Faria Da Pieve; (10) “As relações entre Estado e empresas no Brasil na perspectiva do regime jurídico de licitações: burocracia e formalismo no interesse da atividade empresarial”, de Francisco Cardozo Oliveira e Mateus Eduardo Siqueira Nunes Bertoncini; (11) “Repercussões da reforma do Poder Judiciário sobre a Administração Pública federal”, de Diogo Lopes Cavalcante e Higor Oliveira Fagundes; e (12) “Mediação na Administração Pública municipal: aplicação da Lei 13.140/2015 às municipalidades”, de Giovani da Silva Corralo e Danubia Desordi.

Discricionariedade, agentes públicos, improbidade administrativa, concurso público, responsabilidade do Estado, controle, nepotismo, Lei Anticorrupção, princípios da Administração Pública, licitações, relações público-privadas firmadas pelo Estado e mediação na Administração Pública foram os temas sensíveis discutidos no Grupo de Trabalho, a indicar a permanente transformação do Direito Administrativo brasileiro desde o advento da Constituição de 1988, disciplina jurídica que não mais se satisfaz com verificações puramente normativas, mas que se revela em toda a sua complexidade também a partir de análises filosóficas, sociológicas, antropológicas, pragmáticas, dialéticas, sistêmicas e críticas, conforme o leitor denotará apreciando os trabalhos apresentados, em mais esta autorizada publicação do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito - CONPEDI.

Boa leitura a todos!

Mateus Eduardo Siqueira Nunes Bertoncini - UNICURITIBA

Sérgio Urquhart de Cademartori - UNILASALLE

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 8.1 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

AS RELAÇÕES ENTRE ESTADO E EMPRESAS NO BRASIL NA PERSPECTIVA DO REGIME JURÍDICO DE LICITAÇÕES: BUROCRACIA E FORMALISMO NO INTERESSE DA ATIVIDADE EMPRESARIAL

THE RELATIONS BETWEEN STATE AND COMPANIES IN BRAZIL IN THE PERSPECTIVE OF THE REGIME OF BIDDING: BUREAUCRACY AND FORMALISM IN THE INTEREST OF THE ENTREPRENEURSHIP

Francisco Cardozo Oliveira ¹

Mateus Eduardo Siqueira Nunes Bertoni ²

Resumo

O artigo trata dos fundamentos jurídicos da relação entre o Estado e as empresas no Brasil na perspectiva de aplicação do regime de licitações. Procura-se identificar a racionalidade e as finalidades perseguidas pela administração pública na aplicação do regime de licitações, os interesses tutelados e os efeitos sociais, econômicos e jurídicos das contratações de obras e serviços pelo Estado. Coloca-se em perspectiva o alcance da proteção de interesses empresariais e de mercado na aplicação do regime de licitação e seus reflexos na democracia e no modo como organizados os controles de gestão dos processos de compras pelo Estado.

Palavras-chave: Atividade empresarial, Regime jurídico de licitação, Formalismo, Mercado, Interesses econômicos

Abstract/Resumen/Résumé

The article deals with the legal bases of the relationship between the State and the entrepreneurship in Brazil with a view to applying the bidding regime. It seeks to identify the rationality and the objectives pursued by the public administration in the application of the bidding regime. Is put in perspective the scope of the protection of entrepreneurship and market interests in the application of the bidding regime and its effects on democracy and on the way in which are organized the management controls of the shopping processes by the State.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Entrepreneurship, Legal regulation of bids, Formalism, Market, Economic interests

¹ Pós-doutor pela UFSC, Doutor pela UFPR, Professor na graduação e no Mestrado em Direito no UNICURITIBA, Juiz de Direito no Paraná, email xikocardozo@msn.com.

² Pós-doutor pela UFSC, Doutor pela UFPR, Professor na graduação e no Mestrado em Direito no UNICURITIBA, Procurador de Justiça no Paraná, email mateusbertoncini@uol.com.br.

INTRODUÇÃO

O artigo analisa a relação jurídico-econômica entre Estado e atividade empresarial, na perspectiva de funcionalidade do princípio da igualdade na aplicação do regime jurídico de licitações; assim, o objetivo geral é analisar a relação entre Estado e mercado no Brasil e, nessa relação, a função do regime jurídico de licitações. Os objetivos específicos se situam em torno da análise do papel da burocracia e do formalismo na aplicação do regime jurídico de licitações em benefício de interesses mercantis; a análise também procura identificar o modo como a operação do regime de licitações pode favorecer um arranjo político sustentado por interesses empresariais, que operam no financiamento de campanhas eleitorais, na estrutura da administração pública e na apropriação de benefícios econômicos e políticos nas contratações com o Poder Público.

A análise se justifica na medida em que o regime jurídico de licitações tem relevância para o implemento das atividades do Estado em benefício da sociedade, assim como na aplicação de recursos públicos, e mesmo no papel das políticas de desenvolvimento econômico.

Coloca-se como problema a ser enfrentado pela análise o de situar os fundamentos da relação entre Estado e atividade empresarial, mediada pela aplicação do princípio da igualdade no regime jurídico de licitações, e seus efeitos na construção da socialidade.

Como se observa, a análise adota uma perspectiva transversal, que conecta elementos do direito administrativo e do direito empresarial, fiel a uma prática de renovação propiciada pela interdisciplinaridade.

Para dar conta do problema de análise proposto, o desenvolvimento do trabalho está estruturado em três etapas; a primeira que trata dos desdobramentos do princípio da igualdade, visto na perspectiva de assegurar tratamento isonômico nas contratações pela administração pública por meio de licitações. A análise em torno do princípio da igualdade surge relacionada ao contexto da economia neoliberal e sua configuração na realidade brasileira, o que exigirá, desde logo, como já afirmado, uma perspectiva de análise interdisciplinar, nesse sentido de relação sistêmica entre direito e economia; a segunda etapa da análise trata dos fundamentos jurídicos do regime de licitações em face do papel do Estado no Brasil e do desenho da ordem econômica constitucional; a última etapa apoia-se nas

etapas anteriores, voltada para a análise do processo de aplicação do regime de licitações e o que ele assimila de práticas burocráticas, de visão formalista do ordenamento jurídico e dos interesses em conflito que podem conduzir, de um lado, ao incremento de formas de corrupção e de apropriação privada de recursos públicos, e de outro, ao comprometimento da evolução social e da democracia.

Adota-se o método dialético compatível com a abrangência de regulação do direito empresarial, comprometido com uma visão crítica e interdisciplinar, e apoiado em bases bibliográficas e documentais.

1. O PRINCÍPIO DA IGUALDADE E O REGIME DE LICITAÇÕES NO CONTEXTO DA ECONOMIA NEOLIBERAL

Conforme assinala Ludwig Wittgenstein, o problema da igualdade é central na compreensão sistemática do direito (*Regel=gleich*), porque coloca em evidência o sentido da justiça (1988, p. 212-213).

Na perspectiva da relação entre direito e economia, a regulação da igualdade na atividade empresarial pode assumir diferentes contornos; interessa para a análise a que se objetiva pela concorrência. A competitividade nos mercados implica regular a concorrência como possibilidade de convivência de interesses em conflito que, nesse sentido, funciona como parâmetro de igualdade; na medida em que os agentes econômicos nos mercados estão sujeitos à concorrência, se tornaria viável o cálculo de riscos que assegura o equilíbrio entre ações e finalidades e se justifica a acumulação de lucros.

Compras e serviços governamentais constituem oportunidades de negócios e de lucros; por isso, o processo de contratação com o Poder Público necessita também estar sujeito a uma regra de concorrência, que funciona como garantia de igualdade de tratamento entre os participantes e de condições de acesso aos recursos públicos.

A percepção do modo como a relação entre igualdade e concorrência influencia o regime jurídico de licitações exige um antecedente reconstrutivo que permita assinalar as diferenças entre liberalismo e neoliberalismo e suas conexões com o princípio da igualdade. Em um segundo esforço reconstrutivo, será possível, na sequência, avaliar a contingência do sentido da lei na realidade brasileira e os efeitos jurídicos e econômicos mensuráveis no quadro de aplicação das regras do regime jurídico de licitações.

1.1 Liberalismo, neoliberalismo e o princípio da igualdade no regime jurídico de licitações

Reconhecer a concorrência como elemento aglutinador do sentido do princípio da igualdade, na aplicação do regime jurídico de licitações, e sua relação com a atividade empresarial, implica compreender a estrutura de fundamentos do liberalismo econômico, em especial na transição para o neoliberalismo, no estágio atual da econômica globalizada.

Na esteira do pensamento de Hegel, revela-se incontornável, portanto, a adoção de um paradigma reconstutivo histórico. Mas não é só do ponto de vista jusfilosófico que o paradigma reconstutivo se justifica. Conforme afirmava Tullio Ascarelli, o estudo do direito implica uma atitude dialética de compreensão, com mais ênfase no direito comercial – e agora no direito empresarial - que permita alcançar os desdobramentos do fenômeno jurídico no tempo e no espaço; daí a preocupação dele com uma metodologia comparatista de reconstrução, capaz de buscar a unidade do direito e de captar a dinâmica da aplicação da lei e da experiência jurídica comprometida com sua efetividade na vida social (1952). É exatamente esse caráter experiencial do direito que penetra a cultura jurídica brasileira, cujos reflexos se observa no pensamento de Miguel Reale, que soube compreender a extensão da proposta de Túlio Ascarelli construída, inclusive, no período de permanência dele no Brasil (1979).

Para o efeito do problema em análise, interessa elaborar os contornos básicos da reconstrução da relação entre concorrência e o princípio da igualdade, no contexto de desenvolvimento da economia de mercado no ocidente e, mais especificamente, no Brasil. Nesse sentido, o que primeiro deve ficar assentado é que a viabilidade da economia de mercado, na modernidade, esteve dependente do desenvolvimento de uma estrutura jurídica; de modo simplificado, essa estrutura se consolidou em torno da regulação jurídica do contrato e do direito de propriedade privada. Assim, as práticas da economia de mercado impuseram uma discursividade normativa, um compromisso moral e ético entre os indivíduos, que se desdobrou nos fundamentos dos institutos jurídicos de direito privado. Um dos eixos da normatividade das práticas da economia do mercado, que ganha forma com a concorrência e o princípio da igualdade, é justamente a de igualdade de oportunidades. O mercado deve dispor de formas institucionais capazes de assegurar oportunidades iguais de trabalho e de ganhos. É nesse sentido que, desde uma perspectiva funcionalista, conectada a ampliação do exercício

de liberdade social, Axel Honneth sustenta que não é possível conceber as práticas de mercado como um “sistema sem normas”, em que não estejam pressupostas imposições de objetivos, expectativas de sentido e de decisões econômicas que possam implicar sentimentos de injustiça (2014, p. 261).

Enquanto o liberalismo pressupunha uma dimensão de liberdade e de oportunidades iguais naturalizadas pela ação nos mercados de indivíduos moralmente motivados, o neoliberalismo implica o funcionamento da economia de mercado mediante dinâmica construída pela ação dos indivíduos; se para o liberalismo clássico, na linha do pensamento de Adam Smith, o mercado constituía o ambiente em que se dava a ação individual, a visão de Friedrich Hayek, em meados do Século XX, é a de que a forma do mercado depende da dinâmica de interação das ações dos indivíduos, ou seja, o ambiente de mercado não é dado, mas um processo em construção. Consequentemente, a ordem do mercado, embora uma ordem espontânea, derivada da interação das ações individuais, assume um caráter normativo. A normatividade do mercado, nesse sentido, estará assegurada pela premissa do Estado de Direito que, segundo Friedrich Hayek, exige que o Estado esteja organizado segundo as regras do direito privado (1983). Daí a premissa de segurança jurídica: compete ao Estado garantir a segurança das trocas no processo de configuração espontânea da ordem do mercado.

Segundo a ordem econômica neoliberal, não se trata da ausência do Estado, mas da atuação do Estado na economia, mediante a regulação da concorrência, suficiente para propiciar o funcionamento do mercado; contudo, a normatividade da concorrência deve observar os interesses que estão em jogo no mercado, porque o Estado deve atuar dentro das regras do direito privado para assegurar a regulação dos preços; a eficácia do Estado de Direito, na perspectiva econômica, assume contornos essencialmente técnicos, de preservação das taxas de rentabilidade na atividade empresarial. Do ponto de vista da inter-relação entre o sistema jurídico e o sistema econômico, o papel do Estado resulta paradoxal: de um lado estrutura órgãos administrativos comprometidos com o funcionamento da ordem espontânea dos mercados e, de outro, busca a satisfação de interesses sociais em torno da ampliação de direitos e titularidades; na esteira desse paradoxo, que confronta interesses mercantis e interesses sociais, emerge em meados do Século XX, a tentativa de construção do Estado Democrático de Direito, que, por sua vez, no início do Século XXI, enfrenta os desafios da globalização econômica.

A breve reconstrução histórica levada a efeito permite enfatizar o papel do regime jurídico de licitações na relação entre Estado e interesses empresariais, segundo a lógica do

neoliberalismo; a normatividade da igualdade, reduzida a perspectiva de oportunidades iguais nos mercados, pode dar ensejo a uma aplicação do regime jurídico de licitação pela administração pública tendente a proteger, com mais intensidade, interesses empresariais, em detrimento dos interesses sociais.

1.2 A contingência do sentido da lei na realidade social e econômica brasileira e seus efeitos no regime jurídico de licitações

O exame do regime jurídico de licitações no Brasil, que tenha em conta o princípio da igualdade, compatível com a normatividade da concorrência, implica, obviamente, uma perspectiva de análise do momento da aplicação do direito e, conseqüentemente, do plano da eficácia. Impõe-se, portanto, novo esforço reconstrutivo, agora de caráter normativo.

Em oposição à pluralidade de fontes do Medievo, o direito moderno, de acordo com Paolo Grossi, adotou o que ele qualifica de absolutismo jurídico, com a estatização das fontes, a subordinação ao poder político e a redução ao sentido formal da lei separada da noção de justiça (2004, p. 50).

Embora no Brasil, em face das assimetrias sociais e econômicas, o apego à lei e à abstração dos conceitos jurídicos tenha sido combinado com um olhar realista na aplicação do direito, o que acaba predominando é uma concepção formalista das regras, nesse sentido preservando a herança tardia da tradição liberal; conforme observa José Reinaldo de Lima Lopes, o cientificismo manteve uma concepção idealista do direito no Brasil, restrita a investigação conceitual e abstrata, alheia à experiência do fenômeno jurídico (2014, p. 311). Pode ter sido essa cultura idealista que conferiu substrato a uma mentalidade formalista na aplicação do regime jurídico de licitações no Brasil, ainda mais se levado em conta a relação de proximidade entre direito privado e direito administrativo, na tradição da cultura jurídica ocidental, com reflexos na realidade brasileira.

À cultura do formalismo jurídico soma-se uma visão da burocracia do Estado brasileiro, em especial daquelas encarregadas dos controles econômico-financeiro dos atos da administração, de preservação dos interesses dos mercados.

Desse modo, a aplicação do regime jurídico de licitações no Brasil, em termos de esforço reconstrutivo, revela a consolidação de uma concepção formalista do princípio da igualdade, garantidora da concorrência e de oportunidades iguais, no quadro do Estado de Direito, restrito a operar mediado pelas regras de direito privado.

Convém verificar se essa concepção formalista do princípio da igualdade e de tutela da concorrência na aplicação do regime de licitação no Brasil ainda se sustenta, no momento em que o sentido da lei passa a ser definido pela atividade jurisdicional dos tribunais, no contexto de assimilação da normatividade dos princípios.

De acordo com Tércio Sampaio Ferraz Junior, o paradigma do direito legislado e codificado entrou em crise e, conseqüentemente, a subsunção perdeu espaço para a ponderação de princípios, com o conseqüente deslocamento do sentido da norma, que se tornou dependente da atividade jurisprudencial dos tribunais; ganhou relevância, diz ele, o problema da aplicação e da justificação da decisão jurídica (2014, p. XIV-XV). Aquela perspectiva de primazia do papel do legislador, característica dos ideais da Revolução Francesa de 1789, que assegurava certeza e objetividade ao sentido da lei positiva, acabou superada por uma outra perspectiva em que o sentido da lei acaba ditado pela contingência do momento da aplicação e do seu contexto. Na mesma direção, Mario Barcellona sustenta que são os fundamentos do direito que estão mergulhados na incerteza, porque reduzidas as saídas para os impasses da justiça em função das assimetrias da pós-modernidade (2006, p. 289-291).

A abertura propiciada pelo conteúdo normativo dos princípios deveria contribuir para alterar a cultura sedimentada de aplicação formalista do regime de licitações; contudo, parece que o que está em causa é o contrário: a normatividade dos princípios, pelo menos no Brasil, serviu para aprofundar o caráter idealista e formal dos fundamentos do direito, em meio a incertezas e visões moralistas crescentes em torno do alcance da proteção jurídica.

Assim, a questão da contingência do sentido da lei na atualidade, embora possa vir balizada pelo discurso argumentativo, ele próprio encerrado em sua normatividade, conforme adverte Neil MacCormick (2006), abre oportunidade para uma aplicação que pode surgir ditada pelas conveniências dos interesses dominantes em determinado momento; no caso do regime jurídico de licitações, a aplicação da lei pode surgir enredada na proteção de interesses dos mercados. Essa premissa se confirma se observada a assertiva de Fabio Ciaramelli de que, atualmente, reside nos mercados e nas suas formas de competição globalizada, a viabilidade de consensos possíveis em torno da democracia e, conseqüentemente, dos sentidos do direito (2013, p. 227).

Conseqüentemente, na aplicação do regime jurídico de licitações no Brasil, no contexto do modelo de economia neoliberal, pode não estar em causa apenas a defesa de interesses mercantis desde a estrutura da administração pública, mas a assimilação da

racionalidade do mercado pelo Estado como a única capaz de conferir alguma lógica aos fundamentos do direito.

2. OS PRESSUPOSTOS DO REGIME DE LICITAÇÕES E O MODELO DA ORDEM ECONÔMICA NA CONSTITUIÇÃO

O regime de licitações no Brasil está disciplinado pelo inc. XXI, do artigo 37 da Constituição da República, e tem como elemento fundamental a observância do princípio da igualdade. A extensão da aplicação do princípio da igualdade, no regime jurídico de licitações, alcança maior objetividade no contraste com os princípios reguladores da ordem econômica constitucional, de modo mais específico com o de proteção econômico-jurídica da concorrência; nos desdobramentos desse contraste, emergem os pressupostos do modo como a ordem econômica constitucional confere funcionalidade ao modelo de economia de mercado praticado no Brasil.

2.1. A regulação das licitações e da concorrência na ordem jurídica brasileira

Jean Rivero já advertia que o concurso público para a conclusão de contratos administrativos, de acordo com as concepções do liberalismo econômico, relativas às virtudes da concorrência e com uma visão contabilística do interesse público, acabou conduzindo a conflitos entre os licitantes e a ofertas de preços mais baixos, o que nem sempre significava aquisição mais vantajosa pelo Estado (1981, p. 141). De fato, parece ser esse o desafio que permanece ao longo do tempo na aplicação do regime jurídico de licitações, agora com mais intensidade em face das exigências colocadas pelo modelo econômico neoliberal.

De acordo com a Constituição da República de 1988, está assegurada a igualdade de condições de todos os concorrentes nos contratos de obras, serviços e compras quando estabeleçam obrigações de pagamento de acordo com as condições efetivas da proposta, estando a lei que regular o regime de licitações restrita às exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia de cumprimento das obrigações (art. 37, inc. XXI).

No âmbito do regime jurídico de licitação, o tratamento igualitário constitui garantia a ser observada materialmente no processo administrativo licitatório.

Na doutrina brasileira parece preponderar a perspectiva de que a regra de igualdade incorporada pela Constituição busca proteger os licitantes; nesse sentido Maria Sylvia Zanella di Pietro sustenta que a regra de busca de isonomia procura evitar preferências pela administração de um ou outro licitante em prejuízo dos demais (2003, p. 303); no mesmo

sentido, Odete Medauar se refere ao princípio da competitividade, que deve ser observado para evitar preferências ou distinções entre licitantes (2007, p. 181). Evidencia-se, portanto, uma diretriz para o princípio da igualdade na aplicação do regime de licitações compatível com os pressupostos do liberalismo econômico, de proteção de interesses empresariais.

No desdobramento do princípio da igualdade na legislação ordinária, o art. 3.º da Lei n.º 8666/1993, que regula o regime de licitações no Brasil, afirma que a licitação se destina a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia e a proposta mais vantajosa para a administração, devendo ser processada e julgada em estrita conformidade com os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, igualdade, publicidade e da probidade administrativa, com vinculação ao instrumento convocatório. A observância da igualdade surge em dois momentos, o de garantia de incidência da ordem constitucional e, de um ponto de vista instrumental, de regulação do procedimento e do julgamento da licitação. Neste âmbito, Marçal Justen Filho afirma que o processo de licitação contém inafastável diferenciação na medida em que a administração deve escolher o contratante e a proposta; de todo modo, diz ele, a lei veda a discriminação arbitrária, produto de preferências pessoais e subjetivas do ocupante do cargo público, e sustenta que a licitação constitui instrumento jurídico para afastar arbitrariedade na seleção do contratante (2002, p. 60). O sentido da assertiva aponta na mesma direção de proteção dos licitantes contra arbitrariedades do Poder Público.

Na realidade brasileira, contudo, o modo como aplicado o princípio da igualdade contribui, em muitos casos, para a instrumentalização do processo de licitação como meio de obtenção de vantagens. A própria Constituição fixa o limite formal de aplicação do princípio da igualdade, ao determinar que a legislação reguladora do regime de licitações está limitada às exigências de qualificação técnica e econômico-financeira. Nesse sentido, o art. 27 da Lei n.º 8666/1993 coloca para os licitantes a exigência de qualificação técnica e de qualificação econômico-financeira, ambas diretamente ligadas à qualidade do serviço a ser prestado ou dos bens a serem adquiridos; o artigo 30 da mesma lei trata da exigência de qualificação técnica com a estipulação de documentos comprobatórios de condições de capacidade técnico-profissional; do mesmo modo, o art. 31 da Lei 8666/1993 arrola a documentação e indica as condições para a qualificação econômico-financeira dos licitantes, necessárias a execução do objeto do contrato a ser firmado com a administração pública.

De modo geral, o alcance da aplicação do princípio da igualdade no regime de licitações no Brasil gira em torno da avaliação da qualificação técnica e da qualificação econômico-financeira dos licitantes, que se estende, inclusive, ao modelo de regime

diferenciado de contratação (art. 14, da Lei n.º 12462/2011); esses dois requisitos acabam sendo determinantes para a escolha do vencedor e para a contratação e colocam em causa a necessidade de consideração de elementos tópicos em torno dos objetivos e da configuração material do processo de licitação.

Na jurisprudência dos tribunais brasileiros, o problema da comprovação da capacidade técnica dos licitantes, se resolve por meio de um juízo analógico: o interessado precisa comprovar por meio de atestados que já realizou obras ou prestou serviços com complexidade técnica similar. O critério utilizado não está isento de dúvidas e de incertezas, desde a valoração dos atestados de capacidade técnica até a mensuração do conteúdo dos documentos apresentados pelos licitantes.

A incerteza aumenta na mensuração da capacidade econômico-financeira, praticamente restrita na lei de licitação a exibição de balanço patrimonial e demonstrações contábeis; o § 5.º do art. 31 da Lei n.º 8666/1993 enfatiza que a comprovação da boa situação financeira da empresa será feita de forma objetiva mediante cálculo de índices contábeis. Ocorre que na realidade brasileira, em muitos casos, os registros contábeis não são confiáveis. Embora Marçal Justen Filho advirta que as demonstrações contábeis são apenas instrumentos para comprovação das exigências de habilitação, e o que interessa é o conteúdo dos documentos (2002, p. 334), na prática a avaliação da capacidade econômico-financeira acaba reduzida aos elementos formais; desse modo, resultam potencializados os riscos de frustração da prestação do serviço ou da qualidade dos bens adquiridos.

Mas as distorções do caráter formal que informam a aplicação do regime de licitações no Brasil se revelam mais evidentes no confronto com a regulação da concorrência.

O art. 170 da Constituição brasileira de 1988 inclui a livre concorrência entre os princípios reitores da ordem econômica constitucional. Para Luiz Roberto Barroso, a proteção da concorrência na Constituição está relacionada ao direito de liberdade de iniciativa, característica do modelo de economia de mercado; a proteção da concorrência, diz ele, tem duplo objetivo: assegurar a competição entre agentes econômicos e proteger a liberdade de escolha dos consumidores (2001, p. 187-212).

Observadas essas premissas, o regime de licitações desdobra a garantia de competitividade incluída na proteção da concorrência pela ordem econômica constitucional.

Deve-se considerar, todavia, que a proteção da concorrência, no quadro da economia neoliberal, muda o alcance da liberdade garantida pela Constituição; conforme assinalam Pierre Dardot e Christian Laval, sob o neoliberalismo, a intervenção do Estado na economia, diferentemente do pressuposto por Karl Polanyi, não configura contramovimento em favor da

sociedade, mas uma política de poder que pressupõe relações sociais e econômicas regidas pela concorrência (2016, p. 67-68); proteger a concorrência assume a conotação de controle social e político como forma de garantir a viabilidade econômica dos mercados.

Sob o liberalismo a concorrência, vista como virtuosa para assegurar igualdade, não conseguia impedir distorções em favor dos licitantes nas compras de bens e serviços pelo Estado; sob o neoliberalismo, alargou-se o caráter formal da igualdade a ser resguardada pela concorrência, porque o Estado incorporou estruturalmente a defesa dos interesses dos licitantes; o Estado está encarregado de produzir concorrência, ao mesmo tempo em que incentiva formas oligopolizadas de dominação de mercados; intensifica-se o caráter formal da competitividade e da igualdade entre os licitantes até o limite do mero arbítrio e da proteção a determinados grupos econômicos e empresariais. Conseqüentemente, ampliou-se a possibilidade de distorções nos processos de licitações em benefício dos licitantes.

2.2 A relação econômico-jurídica entre atividade empresarial e os contratos de compras, obras e serviços com a administração pública, na perspectiva do desenvolvimento social e econômico

Na *Filosofia do direito* Hegel enfrenta o problema da relação entre sociedade civil e o Estado, em face dos princípios do liberalismo econômico, de modo a evidenciar a contradição que lhe é inerente: de um lado, diz ele, cresce a acumulação de fortunas e, de outro, cresce o isolamento, a limitação do trabalho, a dependência e a extrema necessidade (2003, p. 208). A solução para essa contradição, no pensamento hegeliano, coloca o Estado como instância superior, capaz de apaziguar os conflitos surgidos da desigualdade produzida.

Enquanto Hegel vislumbrava na atuação do Estado a possibilidade de saída para os impasses da economia de mercado, já em meados do Século XX, T.W. Adorno sustenta a inviabilidade de uma solução nesse sentido, dado que o Estado se transforma no meio de defesa do sistema capitalista e, conseqüentemente, reduz as chances de reparação de injustiças por meio da esfera jurídica, apoiada na universalidade abstrata da norma; no direito, diz ele, o princípio formal da equivalência transforma-se em norma, mas uma tal igualdade, sem levar em conta as diferenças, favorece a desigualdade (2009, p. 257).

No capitalismo tardio, portanto, a ação do Estado oscila entre a tarefa imediata de salvação do capitalismo de suas crises e a de redução dos efeitos delas, mediante a articulação de políticas de desenvolvimento econômico.

O processo de compras de bens e de serviços pelo Estado se insere nessa dinâmica de reativação de mercados em crise ou de políticas de desenvolvimento econômico. O Estado, desse modo, não pode ser concebido como simples comprador ou consumidor de bens e serviços oferecidos pelo mercado; as compras e os serviços adquiridos pelo Estado assumem papel social e econômico relevante, que coloca em evidência a articulação política e econômica do regime jurídico de licitações. Visto na perspectiva de relação entre atividade empresarial e Estado, o regime jurídico de licitações não pode ser reduzido ao âmbito do especificamente contratual, sem que também consideradas as repercussões sociais e econômicas nele imbricadas.

A utilidade do regime jurídico de licitações para a preservação das dinâmicas de mercado pode ser melhor analisada pelo ótica do que José Eduardo Faria qualifica de indistinção entre o público e o privado, no contexto da economia globalizada; segundo ele, as práticas econômicas atuais propiciam uma forma de interpenetração entre estruturas empresariais, sistema financeiros e blocos comerciais, em que o Estado incorpora um tipo de ordem organizacional concebida pelos agentes econômicos de administração de interesses empresariais, mediante a adoção de regras flexíveis ou de flexibilização de controles (2000, p. 35-36) A adoção pela administração pública no Brasil da contratação de mão de obra terceirizada parece estar compreendida nesse processo de interpenetração de interesses possibilitado pela flexibilização da legislação trabalhista e de controles administrativos. O Estado adota uma prática de mercado de redução dos custos de mão de obra, mediante a precarização de salários e de trabalho, ao mesmo tempo em que propicia às empresas um mercado promissor de prestação de serviços e de acumulação de lucros. O regime jurídico de licitações pode funcionar para obter maior redução possível de custos, sem que esteja em causa a qualidade do serviço prestado; o Estado incorpora a dinâmica de precarização do trabalho, ao mesmo tempo em que facilita a acumulação de lucros.

Por outro lado, o regime jurídico de licitações pode ser útil para propiciar a aquisição de bens ou serviços comprometidos com uma política de desenvolvimento econômico, como parece ser o caso, no Brasil, das hipóteses previstas na Lei n.º 12462/2011, voltadas para o aumento de infraestrutura. Em torno dessa questão, é preciso considerar a advertência de Mariana Mazzucato, no sentido de que o Estado, na economia capitalista, tem papel ativo no investimento produtivo e na inovação; como ela sustenta, a maioria das inovações revolucionárias que alimentaram a dinâmica do capitalismo, desde o transporte ferroviário, passando pela indústria farmacêutica, até a Internet somente se tornaram possível com o investimento intensivo de capital proporcionado pelo Estado (2014, p. 30). Assim, a

contratação de obras ou serviços de infraestrutura pelo Estado se insere na perspectiva de uma política de desenvolvimento econômico. O risco, neste caso, é o de que a aplicação do regime jurídico de licitações, enredado em práticas neocorporativistas na estrutura da administração pública, para usar a expressão de José Eduardo Faria, assuma o papel de veto ideológico a atuação dos agentes políticos eleitos.

3. A APLICAÇÃO DO REGIME DE LICITAÇÕES NA RELAÇÃO ENTRE ESTADO E INTERESSES EMPRESARIAIS: FORMALISMO, BUROCRACIA E CORRUPÇÃO

O formalismo observado na aplicação dos princípios reguladores da licitação, nos termos do disciplinado pela Lei n.º 8666/1993, contempla uma funcionalidade sistêmica no objetivo de favorecer interesses empresariais e, nesse sentido, está de acordo com os propósitos de governo para o mercado. O procedimento licitatório se perde em formalidades e, conforme assinala Rafael Valim, não assegura a contratação de empresas com condições técnicas e financeiras para cumprir o contratado, do que resulta a necessidade de aditivos contratuais, encarecimento de obras e serviços e baixa qualidade no produto final disponibilizado para a administração pública (2012, p. 125-136). No mesmo sentido, Cesar A. Guimarães Pereira ressalta que a preocupação com a igualdade é tão intensa que conduz a administração pública a posições excessivamente formalistas, muitas vezes em prejuízo do interesse público (2000, p. 117-132). Conforme o que acabou desenvolvido na análise, uma visão formalista do princípio da igualdade, no regime de licitações, pode não ser compatível com o objetivo de assegurar melhores condições de contratação em benefício do interesse público e, ao mesmo tempo, não impede práticas de corrupção. A esta altura, se revela necessário analisar o desdobramento da racionalidade formalista na aplicação do regime jurídicos de licitações, em face da relação entre Estado e atividade empresarial, em duas dimensões: a dimensão dos controles administrativos e o paradoxo de ineficiência que disso resulta e a dimensão de efetividade da democracia em face da tensão caracterizada pela burocracia e a intransparência, neste último caso com o desfecho de corrupção e de desvios de recursos públicos.

3.1 Formalismo na aplicação do regime jurídico de licitações, multiplicação de controles e ineficiência

A racionalidade formalista que envolve a operação do regime de licitações no Brasil impõe múltiplos tipos de controle e modos de diferenciação de competências administrativas, no pressuposto de assegurar a legalidade e a eficiência dos procedimentos licitatórios. Na esfera administrativa operam várias agências de controle dos processos de licitações, entre elas a Controladoria-Geral da União e seus congêneres nos Estados e Municípios, os Tribunais de Contas e ainda o Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE ; no controle jurisdicional opera o Poder Judiciário. A ação dessas agências, marcada pelo discurso de uma racionalidade técnica, funciona como uma espécie de freio à ação política; em resumo, a racionalidade de controles e de competência se contrapõe à racionalidade política. Nesse sentido, recentemente, a Câmara de Vereadores de São Paulo questionou a ação do Tribunal de Contas do Município que assumiria postura política e não técnica (Folha de S. Paulo, Cotidiano, B4, 10.3.2018). Contudo, a esfera de controles administrativos, em que pese o discurso de proteção da eficiência e da legalidade, não está isenta de, na prática, pautar-se por atuação política, mediante formas de paralisação e de bloqueio de iniciativas do Poder Executivo; basta atentar para o fato de que a composição dos tribunais de contas observa uma lógica de perfis políticos, mais do que técnicos. Talvez em razão do perfil acentuadamente político da composição dos tribunais de contas, é que o corpo técnico desses órgãos assume protagonismo no controle de atos administrativos e, especialmente de licitações, o que acaba contribuindo para contrapor uma visão formalista, de legalista estrita, a uma visão pragmática e valorativa, que orienta a ação dos agentes políticos. O que é necessário enfatizar é que nem a prática de controles administrativos da aplicação do regime jurídico de licitações está isento de conteúdos políticos, nem a ação dos agentes políticos nas licitações pode ser concebida sem a observância dos limites da ordem jurídica.

São vários os momentos no procedimento licitatório sujeitos a julgamento ou a avaliação técnico-jurídica. Entre os que suscitam grandes debates, está o da avaliação ou do julgamento, no plano administrativo, da equação econômico-financeira da proposta do licitante que tem seu correlato, no plano jurisdicional, na tutela da manutenção do equilíbrio financeiro do contrato administrativo. Em torno dessa questão emerge a necessidade de um critério objetivo, que permita preservar os interesses do licitante no procedimento licitatório.

A preservação do conteúdo econômico da proposta está assegurada pelo inc. XXI do art. 37 da Constituição de 1988. Segundo Egon Bockmann Moreira e Fernando Vernalha Guimarães, a regra constitucional de manutenção do conteúdo econômico da proposta protege o contrato administrativo em duas direções; de um lado, preserva a boa-fé na contratação, na medida em que reduz o poder do administrador de modificar preços em nome

da supremacia do interesse público; de outro lado, tutela o interesse dos contratados, mediante a redução de custos transacionais e a preservação do interesse privado na contratação com o Poder Público (2015, p. 374-375). Como se observa, em ambas as direções, a proteção está direcionada para a preservação dos interesses privados na contratação com a administração pública; a premissa, portanto, de acordo com a perspectiva da análise, está em linha com os pressupostos do regime jurídico de licitações. Ocorre que, em uma realidade econômica sujeita a crises recorrentes como é o caso do Brasil, a manutenção do conteúdo econômico da proposta se revela tarefa complexa. A avaliação pelo órgão administrativo de controle exigirá quase sempre a aplicação de um modelo da teoria da imprevisão, conjugado com uma perspectiva de cunho mais jurídico, em termos de onerosidade excessiva, a inviabilizar o equilíbrio de obrigações. O formalismo que a análise em torno dessa questão implica conduz, inevitavelmente, a uma multiplicação de controles administrativos, destinados a aferição do conteúdo econômico da proposta, que acaba conduzindo à paralisação do processo de contratação, com o conseqüente risco de ineficiência da gestão administrativa.

Na jurisprudência do Tribunal de Contas da União a preservação do direito à manutenção do equilíbrio econômico-financeiro da proposta, nos termos do regulado no inc. XXI, do art. 37 da Constituição, é feita a partir da premissa de que os preços ofertados estejam de acordo com os parâmetros do mercado (Acórdão 1870/2016, Rel. Marcos Bemquerer); o objetivo é evitar formas de superfaturamento. Para essa tarefa, o Tribunal utiliza parâmetros de composição de custos de obras e serviços elaborados por órgãos técnicos da administração ou dos mercados. Contudo, observar a lógica dos preços de mercado pode não ser suficiente para evitar práticas de superfaturamento, na medida em que os preços nos mercados nem sempre estão pautados por critérios objetivos.

Tenha-se em conta o que afirma José Vicente Fernando Correl, no sentido de que o mercado nem sempre oferece bases confiáveis para comparação; ele diz que as transações no mercado nem sempre são transparentes, e que o mercado não atua em condições ideais, em face da assimetria de informações entre compradores e vendedores (2017, p. 45 e 195). De conseqüência, a busca pelo preço de mercado envolve variáveis subjetivas que se acentuam na medida em que também deva ser considerada a evolução de valores e de valorização de bens e serviços ao longo do tempo.

Assim, a apuração de sobrepreço ou de superfaturamento em procedimentos de licitação se releva complexa e, ao mesmo tempo em que exige a multiplicação de controles administrativos, pode conduzir a ineficiência em face da insegurança na atuação da administração pública, sem contar o encarecimento de obras e serviços, por conta das

expectativas dos mercados em torno da execução de contratos. E o encarecimento do preço de obras e serviços pode, paradoxalmente, resultar da multiplicação de controles nos procedimentos do regime de licitações. Assim, sob estrutura de controles e de fiscalização dos atos da administração pública, e de aparente transparência, podem estar materializadas formas de captura de recursos públicos pela atividade empresarial, que escapam a definição de sobrepreço ou de superfaturamento.

3.2 Burocracia e financiamento eleitoral: a relação entre a operação do regime jurídico de licitações e a democracia no Brasil

O formalismo excessivo na aplicação do regime jurídico de licitações encontra respaldo na racionalidade burocrática que historicamente caracteriza a administração pública no Brasil; uma racionalidade burocrática baseada na desconfiança e comprometida com formas de controles supostamente voltadas para evitar a corrupção, mas facilmente manipuláveis no jogo de interesses que gravita em torno da estrutura da administração pública. Os controles burocráticos na aplicação do regime de licitações não impedem a corrupção e os desvios de recursos públicos, que se operam no Brasil, mediante o pagamento de propinas a agentes públicos, formas de superfaturamento, e captura de recursos públicos para o financiamento de campanhas eleitorais, cuja sofisticação midiática implica elevados custos.

A operação do regime jurídico de licitações, nesse sentido, se insere na dinâmica da atividade da economia de mercado que atinge a funcionalidade do sistema democrático. Na área de infraestrutura e de construções, o problema começa quando as empresas financiam campanhas eleitorais com o objetivo de obter acesso privilegiado a contratos. A qualidade e o tipo de obras a serem executadas, assim como a taxa de lucro e a exposição a riscos acabam contaminando as decisões do Poder Público e comprometendo a finalidade da licitação, que seria a de obter a melhor contratação.

A relação entre a operação do regime jurídico de licitações no Brasil e a democracia pode ser vista de duas perspectivas: a do papel da burocracia em face do sistema político e a do financiamento eleitoral que, paradoxalmente, apesar das variadas formas de controle, conduz aos desvios e à corrupção.

Na perspectiva do papel da burocracia e do sistema político, é necessário levar em conta a estrutura de poderes do Estado desenhada pela Constituição de 1988, Segundo Marcus

Melo e Carlos Pereira, na realidade política brasileira de fragmentação partidária, conferiu-se uma grande extensão de poderes ao Presidente da República mas, ao mesmo tempo, criou-se também várias instâncias de controle e agências autônomas de salvaguarda em face do exercício do poder político (2013). As instâncias de controle funcionam no plano administrativo e jurisdicional e, desde uma visão tecnocrática, atuam para limitar os poderes dos mandatos políticos conferidos pela sociedade mediante o processo de eleições. Todavia, os agentes operativos de controles burocráticos podem alinhar-se aos interesses do mercado e, em determinados momentos, funcionar como uma espécie de bloqueio à ação dos agentes políticos; a imposição imparcial de limites extrapola para funcionar como bloqueio a ação política contrária aos interesses empresariais. Do ponto de vista sistêmico, tratar-se-ia de uma forma de instrumentalização que, considerado o ambiente da realidade sociojurídica brasileira atual, ocorreria no sentido inverso do proposto por Marcelo Neves (2006, p. 244-258); estaria em causa uma espécie de instrumentalização do poder político pelo direito, em que a intervenção do sistema jurídico opera para substituir ou colonizar o sistema de poder (político); não seria o caso de instrumentalização política, econômica e relacional de institutos jurídicos, mas de politização do sistema jurídico, mediante ação de bloqueio às ações dos agentes políticos; é nesse sentido que poderia ser vislumbrada a perspectiva de fechamento insuficiente do sistema jurídico, que daria ensejo a judicialização da política, e mesmo da vida social. Assim, a operação do regime jurídico de licitações configura uma abertura para a ação política de corporações burocráticas, desde a estrutura da administração pública, em favor do mercado colocando em risco o implemento de políticas públicas e de agendas de desenvolvimento social e econômico em benefício da sociedade.

Em relação à perspectiva de financiamento político existem estudos científicos indicando que no Brasil, na maioria dos casos, o sucesso em eleições depende de financiamento de campanhas políticas (Mancuso & Speck, 2012). A operação do regime jurídico de licitações ganha relevância no contexto de necessidade de recursos para financiamento eleitoral e de abertura de mercado para a atividade empresarial, mediante contratos com a administração pública.

Consolidou-se uma visão de que os doadores de recursos para financiamento eleitoral esperam recompensas futuras quando candidatos a cargos eletivos financiados estejam no exercício de mandatos políticos. Contudo, em estudo recente, Thiago do Nascimento Fonseca busca demonstrar que o direcionamento de recursos para financiamento eleitoral propicia ganhos antes mesmo da eleição dos políticos financiados; o estudo afirma que as empresas obtêm vantagens contratuais com a administração pública porque estão dispostas a fazer

doações de recursos no futuro; daí a importância de estar no exercício do poder político quando pactuados os acordos (2017, p. 31-49) Isso pode explicar a necessidade de controle da burocracia do Estado por grupos comprometidos com os interesses do mercado, de modo a manter ao longo do tempo os canais de distribuição de vantagens. Também pode justificar a dificuldade de renovação no Congresso Nacional, apesar do crescente desprestígio da atividade parlamentar; esta premissa encontra respaldo no estudo realizado por Ribeiro, Alves, Martins e Perc que, a partir de bases matemáticas, elaboraram mapa de correlação entre casos de corrupção e processos eleitorais no Brasil (2018).

A operabilidade do regime de licitações tanto pode atuar para colonizar o sistema de poder pela tecnocracia, na defesa de interesses empresariais, como também pode abrir oportunidades de financiamento empresarial de campanhas políticas, mediante contrapartidas de ganhos em contratos com o Estado, em ambas as direções, com o comprometimento da consolidação da democracia no Brasil.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A análise desenvolvida procurou investigar os elementos da relação entre Estado e atividade empresarial, mediada pelo regime jurídico de licitações, e seus efeitos na construção da socialidade no Brasil.

Por meio de uma reconstrução histórica em torno da normatividade da igualdade e da concorrência ficou evidenciado que a aplicação do regime de licitações no Brasil observa uma tendência de proteção, com mais intensidade, de interesses empresariais, inclusive pela assimilação da racionalidade mercantil pelo Estado, em que pese o discurso de busca de contratação mais vantajosa, segundo o interesse público ou os interesses sociais. Nesse sentido, o exame do desdobramento do princípio da igualdade, na legislação ordinária reguladora do regime jurídico de licitações, permite observar o modo como ele, mediante uma racionalidade formalista, incorpora a defesa dos interesses dos licitantes, incentiva formas oligopolizadas de dominação de mercados e favorece distorções nos processos de aquisição de bens e serviços pelo Estado.

A análise indica como consequências do modo como operado o regime jurídico de licitações no Brasil o comprometimento da democracia, de um lado enredada por bloqueios decorrentes da colonização da política pelo sistema jurídico, desde a estrutura das agências de controle na esfera da administração pública, e, de outro lado, limitada pela rede de interesses

empresariais no financiamento de campanhas eleitorais e na obtenção de vantagens nas contratações com o Estado, com os previsíveis desvios de recursos e corrupção.

Como se observa, a aplicação do regime jurídico de licitações espelha a relação entre Estado e atividade empresarial e, conseqüentemente, a crise que atravessa a sociedade brasileira na atualidade, cujo indicativo é o de que não se trata apenas de corrigir a legislação, de renovar princípios morais ou de penalizar comportamentos desviantes; está em causa o modo como estruturada a evolução da socialidade o que, em última instância, exige acelerar as contradições da injustiça em busca do bem comum.

REFERÊNCIAS

- ADORNO, T.W. **Dialética negativa**. Rio de Janeiro, Jorge Zahar Editor, 2009.
- ASCARELLI, Tullio. **Studi di diritto comparato e in tema di interpretazione**. Milão, Giuffrè Editore, 1952.
- BARCELLONA, Mario. **Critica del nichilismo giuridico**. Turim, G. Giappichelli Editore, 2006.
- BARROSO, Luiz Roberto. A ordem econômica constitucional e os limites a atuação estatal no controle de preços. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, outubro/dezembro de 2001, pág. 187-212.
- CIARAMELLI, Fabio. **Consenso sociale e legittimazione giuridica** – Lezione di filosofia del diritto. Turim, G. Giappichelli Editore, 2013.
- CORREL, José Vicente Fernando. **Los inmuebles: valor, valoración y métodos de cálculos**. Valencia, Editora Tirant lo blanch, 2017.
- DARDOT, Pierre; LAVAL, Christian. **A nova razão do mundo**. Ensaio sobre a sociedade neoliberal. São Paulo, Boitempo Editorial, 2016.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 15.^a ed. São Paulo, Editora Atlas, 2003.
- FARIA, José Eduardo. **O direito na economia globalizada**. São Paulo, Malheiros Editores, 2000.
- FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **O direito, entre o futuro e o passado**. São Paulo, Editora Noeses, 2014.
- FONSECA, Thiago do Nascimento. Doações de campanha implicam em retornos contratuais futuros? Uma análise dos valores recebidos por empresas antes e após as eleições. **Revista de Sociologia Política**. UFPR, Curitiba, vol. 25, n.61, março de 2017, p. 31-49.
- GROSSI, Paolo. **Mitologias jurídicas da modernidade**. Florianópolis, Fundação Boiteux, 2004.
- HAYEK, Friedrich. **Os fundamentos da liberdade**. Editora Visão, 1983.
- HEGEL, G.W.F. **Princípios da filosofia do direito**. São Paulo, Martins Fontes, 2003.
- HONNETH, Axel. **El derecho de la libertad** – esbozo de una eticidad democrática. Buenos Aires, Katz Editores, 2014.
- JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 9.^a ed., São Paulo, Editora Dialética, 2002.
- LÍRIO, A. Sérgio. Menos burocracia. **Revista Cartacapital** n.º 766, São Paulo, p. 66, set de 2013.

LOPES, José Reinaldo de Lima. **Naturalismo jurídico no pensamento brasileiro**. São Paulo: Editora Saraiva, 2014, p. 311.

MAcCORMICK, Neil. **Argumentação jurídica e teoria do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

MANCUSO, Wagner Pralon; SPECK, Bruno Wilhelm. Financiamento, capital político e gênero: um estudo de determinantes do desempenho eleitoral nas eleições legislativas brasileiras de 2010. **36.º Encontro Anual da Anpocs**, GT 13, Águas de Lindóia, 2012.

MAZZUCATO, Mariana. **El Estado emprendedor – mitos del sector público frente al privado**. Barcelona, RBA Libros, 2014.

MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 11.ª ed., São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2007.

MELO, Marcus; PEREIRA, Carlos. **Making Brazil Work – Cheking the President in a multiparty system**. Palgrave Macmillan US, 2013.

MOREIRA, Egon Bockmann. GUIMARÃES, Fernando Vernalha. **A lei geral de licitações e o regime diferenciado de contratação**. 2.ª ed., São Paulo, Malheiros Editores, 2015.

NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

PEREIRA, Cesar A. Guimarães. O regime jurídico das licitações no Brasil e o Mercosul. **Revista de Direito Administrativo**. São Paulo, p. 117-132, out/dez de 2000.

REALE, Miguel. A teoria da interpretação segundo Tulio Ascarelli. **Revista da Faculdade de Direito da USP**, São Paulo, 1979, n.º 74, p. 195-210.

RIBEIRO, Haroldo V.; ALVES, Luiz G A.; MARTINS, Alvaro F.; LENZI, Ervin K L.; PERC, Matjaž; The dynamical structure of political corruption networks. **Journal of Complex Networks**, cny002, <https://doi.org/10.1093/comnet/cny002>. OUP, janeiro de 2018.

RIVERO, Jean. **Direito administrativo**. Coimbra, Editora Almedina, 1981.

RODRIGUES, Artur; SETO, Guilherme. Ação para extinguir tribunal une partidos aliados de Doria. **Folha de S. Paulo**. São Paulo, Cotidiano, B4, 10 de março de 2018.

VALIM, Rafael. As negociações de condições mais vantajosas no regime diferenciado de contratações públicas – RDC, In CAMMAROSANO, Márcio; DAL POZZO, Augusto Neves; VALIM, Rafael. **Regime diferenciado de contratações públicas -RDC** (Lie n.º 12462/2011; Decreto n.º 78581/2011) – Aspectos fundamentais. Belo Horizonte, Editora Fórum, 2012, p. 125-136.

WITTGENSTEIN, Ludwig. **Investigaciones filosóficas**. Barcelona, Editorial Critica, 1988.