

VI ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITO ADMINISTRATIVO E GESTÃO PÚBLICA II

THIAGO ALLISSON CARDOSO DE JESUS

RAYMUNDO JULIANO FEITOSA

NEWTON CESAR PILAU

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

Diretora Executiva - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - UNIVEM/FMU - São Paulo

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

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

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

Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio - Rio de Janeiro

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR - Ceará

Representante Discente: Prof. Dra. Sinara Lacerda Andrade - UNIMAR/FEPODI - São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - ESDHC - Minas Gerais

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

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - Ceará

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR - São Paulo

Secretarias

Relações Institucionais:

Prof. Dra. Daniela Marques De Moraes - UNB - Distrito Federal

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM - São Paulo

Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie - São Paulo

Comunicação:

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali - Rio Grande do Sul

Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB - Paraíba

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC - Santa Catarina

Relações Internacionais para o Continente Americano:

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

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM - Rio Grande do Sul

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

Relações Internacionais para os demais Continentes:

Prof. Dr. José Barroso Filho - ENAJUM

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP - São Paulo

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

Eventos:

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec - Minas Gerais

Profa. Dra. Cinthia Obladen de Almendra Freitas - PUC - Paraná

Profa. Dra. Livia Gaigher Bosio Campello - UFMS - Mato Grosso do Sul

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

D597

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

Coordenadores: Newton Cesar Pilau; Raymundo Juliano Feitosa; Thiago Allisson Cardoso De Jesus – Florianópolis; CONPEDI, 2023.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-723-6

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

Tema: Direito e Políticas Públicas na era digital

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Direito administrativo. 3. Gestão pública. VI Encontro Virtual do CONPEDI (1; 2023; Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



VI ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITO ADMINISTRATIVO E GESTÃO PÚBLICA II

Apresentação

Com satisfação, apresentamos a publicação que sistematiza os trabalhos apresentados no GT DIREITO ADMINISTRATIVO E GESTÃO PÚBLICA II no bojo da programação do Encontro Virtual do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito, realizado em junho de 2023. Reunindo pesquisadoras e pesquisadores das diversas regiões brasileiras, representativas de distintas Instituições de Ensino Superior e programas de pós-graduação acadêmicos e profissionais da área do Direito, o GT foi um ambiente apropriado para a apresentação, sistematização e discussão de ideias, proposições e modelagens de experiências exitosas voltadas a pensar e qualificar intervenções e práticas voltadas ao redesenho de espaços, a efetividade das políticas de governança e ao estudo dos impactos da gestão pública no desenvolvimento humano sustentável.

Nos anais que agora apresentamos, a comunidade encontrará abordagens sobre contratos públicos municipais acima do valor de mercado e a responsabilidade do gestor público municipal, asseverando sobre a importância da transparência dos contratos.

Ainda, textos sobre a Administração pública e o interesse público no contexto da quarta revolução industrial, com destaque aos instrumentos necessários para a satisfação do interesse público e para o aumento da eficiência, da transparência, da fiscalização, da participação social e do tratamento isonômico na prestação de serviços públicos aos cidadãos.

Destaque, ainda, sobre a repercussão da lei nº. 14.230/2021 na proteção jurídica do meio ambiente em face de atos de improbidade administrativa, com realce à legislação brasileira e seus mecanismos de proteção contra atos violadores de improbidade administrativa na esfera ambiental.

Temas como a responsabilização do servidor público face à lei geral de proteção de dados, Due diligence como política pública anticorrupção e sobre a teoria da desconsideração da personalidade jurídica pela administração pública também foram contemplados e amplamente debatidos.

Ademais, importantes artigos sobre a inconveniência da prescrição intercorrente na ação de improbidade administrativa; a importância (ou não) de políticas públicas inseridas na nova lei de licitações; sobre a lei complementar 168/2022 e a movimentação por

conveniência da disciplina no estatuto dos militares do estado de Minas Gerais; sobre Direitos fundamentais na era da “big data”; ainda sobre o novo marco do saneamento básico e sua regulamentação estadual e versando sobre a família em relação com o estado e o interesse público em casos de remoção.

Progressivamente, o GT tem contribuído para além da difusão das pesquisas realizadas. A sua relevância para qualificação de práticas e intervenções é inquestionável. Cumpre a pesquisa jurídica todos os seus escopos (social, político e científico) assim; cumpre a Universidade sua função sociopolítica de fomentar o pensamento crítico voltado a melhorar a qualidade de vida e o trato estatal a problemas públicos complexos.

Convidamos todas e todos à leitura!Recebam nosso abraço fraterno!

Prof. Dr. Newton César Pilau

Universidade Vale do Itajaí, SC

Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa

Universidade Católica de Pernambuco, PE

Prof. Dr. Thiago Allisson Cardoso de Jesus

Universidade Estadual do Maranhão e Universidade Ceuma, MA; e Universidade de Salamanca, Espanha

A IMPORTÂNCIA (OU NÃO) DE POLÍTICAS PÚBLICAS INSERIDAS NA NOVA LEI DE LICITAÇÕES

THE IMPORTANCE (OR NOT) OF PUBLIC POLICIES INCLUDED IN THE NEW BIDDING LAW

Karina Amorim Sampaio Costa ¹

Resumo

O objetivo principal do artigo é refletir criticamente sobre a importância, ou não, da inserção de políticas públicas na nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos, inclusive a ponderação entre os princípios e objetivos nela previstos. Foram analisadas, em especial, algumas (a) políticas econômicas, como a exigência de regularidade fiscal, trabalhista e social de licitantes; (b) políticas sociais, como a contratação de aprendizes ou pessoas com deficiência; e (c) políticas ambientais, que exigem, por exemplo, a comprovação da origem da madeira utilizada por determinado licitante ao prestar serviços à Administração Pública ou a executar obra pública. O estudo se baseou na consulta realizada à legislação vigente, a sítios eletrônicos do Governo Federal, à jurisprudência do Tribunal de Contas da União (TCU) e, ainda, à literatura especializada na matéria. A partir dessas fontes, foi possível verificar que diversas dessas políticas, no intuito de buscarem o atingimento de finalidades públicas, acabam por frustrar os objetivos inerentes às licitações, cujo principal deles é a seleção da proposta mais vantajosa, que foi cotejado com os princípios, dentre outros, da legalidade e da economicidade.

Palavras-chave: Políticas públicas, Licitações, Contratos administrativos, Princípios administrativos, Proposta mais vantajosa

Abstract/Resumen/Résumé

The main objective of the article is to reflect critically on the importance, or not, of the insertion of public policies in the new Law of Public Tenders and Administrative Contracts, including the weighting between the principles and objectives foreseen therein. In particular, some (a) economic policies were analyzed, such as the requirement of fiscal, labor and social regularity of bidders; (b) social policies, such as hiring apprentices or people with disabilities; and (c) environmental policies, which require, for example, proof of the origin of the wood used by a given bidder when providing services to the Public Administration or carrying out public works. The study was based on consultation with current legislation, Federal Government websites, the case law of the Federal Court of Accounts (TCU) and specialized literature on the subject. From these sources, it was possible to verify that several of these policies, to seek the achievement of public purposes, end up frustrating the objectives inherent in the bidding processes, the main one of which is the selection of the

¹ Doutoranda em Direito e Políticas Públicas pelo Centro Universitário de Brasília (UniCEUB). Mestre em Direito Constitucional pelo Instituto Brasileiro de Direito Público (IDP). Advogada.

most advantageous proposal, which was compared with the principles, among others, legality and economy.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Public policy, Bids, Administrative contracts, Administrative principles, Most advantageous proposal

1. Introdução

A utilização de leis para estabelecer, implementar e/ou fortalecer políticas públicas no Brasil tem sido praxe nos últimos anos, assim como se verificou com diversas delas que foram inseridas na Lei nº 14.133 (BRASIL, 2021), a nova Lei de Licitações e Contratos.

A questão é: essas inserções, na mencionada Lei, impedem ou restringem a finalidade precípua da licitação, qual seja, a busca da proposta mais vantajosa para a Administração?

A exigência de apresentação de atestado(s) de capacidade técnica para participar de certames, por exemplo, é capaz, *de per se*, de limitar a participação nos torneios promovidos pelo Setor Público, pois quem não possui tal(is) atestado(s) sequer pode concorrer.

Situação semelhante acontece com a comprovação de capacidade econômico-financeira. Pela legislação vigente,¹ quase todas as empresas devem apresentar balanço patrimonial anual, mas isso não quer dizer que, apenas por isso, terão capacidade econômico-financeira para a contratação. O inverso também é verdadeiro: o fato de dada pessoa jurídica não ser obrigada a apresentar balanço – como no caso das micro e pequenas empresas que fornecem bens para pronta entrega ou para a locação de materiais, na forma do Decreto nº 8.538 (BRASIL, 2015, art. 3º) – não quer dizer que elas não consigam atender à Administração.

O nó (formal) da questão reside nas demais exigências que, a princípio, não se relacionam com a expertise ou a capacidade técnica ou econômico-financeira dos licitantes, mas que são exigidas no edital impedindo/restringindo que esses fornecedores só sejam declarados vencedores do certame se tiverem comprovado o atendimento a tais exigências.

É muito comum o licitante ser inabilitado do certame por não ter comprovado a regularidade tributária ou fiscal. Muitos também são inabilitados porque não atingiram a cota de contratação de menores aprendizes, de egressos do sistema prisional ou de deficientes físicos, políticas públicas por excelência de movimentação do mercado de trabalho.

¹ Nos dois principais tipos de pessoas jurídicas brasileiras, as sociedades limitadas, e as sociedades anônimas, essa obrigação se impõe por força do art. 1.065 do Código Civil, no primeiro caso, e do art. 176, inciso I, da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, no segundo. A exceção de tal apresentação, por exemplo, se dá nos casos das micro e pequenas empresas, em que a dispensa de apresentação de balanço em situação específica, é prevista no art. 3º do Decreto nº 8.538, de 6 de outubro de 2015.

O objetivo principal é analisar algumas dessas políticas públicas inseridas na nova Lei de Licitações e como elas podem influenciar a escolha dos fornecedores que irão contratar com o Poder Público. A título ilustrativo, indagam-se:

- a) a criação de cotas para deficientes e/ou menores aprendizes, de privilégios para micro e pequenas empresas, a exigência de regularidade fiscal e trabalhista, entre outras, impediria ou restringiria que o Estado obtivesse a proposta mais vantajosa?
- b) é justificável a inserção de tantas exigências relacionadas a políticas públicas econômicas e sociais nos processos de compras públicas?
- c) os processos licitatórios e a execução contratual não seriam mais eficazes, eficientes ou menores onerosos com a retirada de exigências não relacionadas diretamente com a capacidade técnica ou econômico-financeira de empresas em licitações?

Estas são questões que serão enfrentadas nesse artigo, por meio da consulta à legislação vigente, a sítios eletrônicos do Governo Federal, à jurisprudência administrativa do Tribunal de Contas da União (TCU) e à literatura especializada, sem a pretensão de, no entanto, esgotar este rico tema, que comporta diversos graus de análise e profundidade.

2. Objetivos da nova Lei de Licitações

A nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos trouxe modificações importantes em relação à lei anterior, fixando objetivos que merecem destaque.

A Lei nº 8.666 (BRASIL, 1993, art. 3º) trazia o rol de princípios regentes dos processos de compras públicas, dos quais se destacam os da (i) seleção da proposta mais vantajosa para a Administração, o da (ii) legalidade e o da (iii) vinculação ao instrumento convocatório.

Nessa mesma linha principiológica, a Lei nº 8.666 (BRASIL, 1993, art. 3º, §1º) impôs aos agentes públicos que, ao elaborarem o edital, não permitissem exigência que frustrasse o caráter competitivo da licitação ou estabelecesse tratamento diferenciado, justamente para favorecer a ampliação das disputas.

A nova Lei de Licitações, por sua vez, diferenciou *princípios* e *objetivos* do processo licitatório, trazendo, no artigo 5º, *princípios* que inexistiam na legislação anterior, a saber: eficiência, interesse público, planejamento, transparência, eficácia, segregação de funções,

motivação, segurança jurídica, razoabilidade, competitividade, proporcionalidade, celeridade e economicidade, assim como disposições do Decreto-Lei nº 4.657 (BRASIL, 1942).

O *objetivo* principal das licitações, segundo a nova Lei, é a seleção da proposta mais vantajosa para a Administração sem, contudo, ferir o caráter competitivo da licitação e a legalidade. Esse *objetivo* principal é constantemente destacado em decisões do TCU, que o fazem prevalecer em detrimento de outros, como é o caso do Acórdão nº 357 (BRASIL, 2015):

Marçal Justen Filho (2005, p. 384-385) indica que a maioria dos problemas práticos ocorridos em licitações começa com a elaboração equivocada do edital, que não consegue contrabalançar corretamente as exigências para atingir esse *objetivo*. A fim de evitar omitir regras necessárias, a Administração transforma os editais em amontoados de exigências inúteis, com formalismos excessivos e requisitos meramente ritualísticos. Muitas vezes os editais parecem retratar a intenção de garantir para a Administração, por via oculta e indireta, o poder de decidir arbitrariamente, a faculdade de excluir imotivadamente os licitantes incômodos ou antipáticos. O resultado é o surgimento de conflitos intermináveis, a exclusão de licitantes idôneos, a desclassificação de propostas vantajosas e assim por diante.

Carlos Ari Sundfeld (2012, p. 87-88) é bastante incisivo nessa questão, quando tratou do *direito administrativo dos cliques* e do *direito administrativo dos negócios*. Antagônicos entre si, o primeiro deles é o da Administração de papelaria, que age por autos e atos, é estatista, desconfia dos privados, despreza a relação tempo, custos e resultados; o segundo, por sua vez, foca em resultados e, para obtê-los, fixam prioridades para gerenciar a escassez de tempo e de recursos. Esse mesmo entendimento é compartilhado por boa parte da doutrina.²

Nessa mesma direção, o apego a formalismos exagerados e injustificados é uma manifestação perniciosa da burocracia que, além de não resolver apropriadamente problemas cotidianos, ainda causa dano ao erário, sob o manto da legalidade estrita. Esquece-se o interesse público e passa a conferir os pontos e vírgulas como se isso fosse o mais importante a fazer, como já dizia Carlos Pinto Coelho Motta (2008, p. 125).

² É o que se pode ver, por exemplo, em SOUTO, Marcos Juruena Villela. Licitações e controle de eficiência: repensando o princípio do procedimento formal à luz do “placar eletrônico”! In ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO. Floriano de Azevedo. **Direito Administrativo e seus novos paradigmas**. 2. ed. 1. reimp. Belo Horizonte, Fórum, 2018, p. 535; e por REIS, José Carlos Vasconcellos dos. As modulações no Direito Administrativo. In FREITAS, Daniela Bandeira de; VALLE, Vanice Regina Lírio do (coords.). **Direito Administrativo e democracia econômica**. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 280-283.

O TCU, numa vertente diferente, mas com a mesma intenção, já possui jurisprudência pacífica no sentido da perniciosidade do rigor excessivo ou do formalismo exacerbado, entendendo que todos os atos praticados em uma licitação se regem pelo princípio da utilidade, não se admitindo tais formalismos, principalmente quando resultem em indevida restrição à competitividade, como no Acórdão nº 2163 (BRASIL, 2014), assim como no conflito entre os princípios da economicidade e da eficiência, hipótese em que não haveria óbices ao prosseguimento de contratações, tratados no Acórdão nº 2738 (BRASIL, 2015).

No Direito Norte-Americano, Daniel Gordon e Gabriella Racca (s/d, p. 11-123) indicam o alto grau que os administradores públicos possuem para conduzir licitações e contratações públicas, mirando, justamente, as finalidades públicas a serem atingidas:

The US system has enormous flexibility regarding the choice of procedure. Since World War II, the use of non-price evaluation criteria and the conduct of discussions (the term used for negotiations between the contracting agency and the vendors) have become more and more common. Since the 1970s, procurement officials have been essentially free to choose whether to use negotiated procedures, allowing them to consider factors other than price and to conduct discussions, or to use the “sealed bidding”, under which bids are evaluated Only to ensure “responsiveness”, that is, conformance with the tender document (called the solicitation), with the contract generally being awarded to the bidder submitting the lowest price responsive bid, with discussions prohibited.

Pensa-se que esse modelo de maior liberdade, no Brasil, precisa de maior maturidade da gestão pública, justamente para evitar que atos contrários à lei, à moral, ou atos corruptos propriamente ditos possam ser praticados, conforme aponta a Transparência Internacional em artigo dedicado ao tema (FORTINI e MOTA, 2017, p. 296-314).

O ponto central que se pretende debater é: a *legalidade* deve sempre prevalecer em face da *economicidade*?³ Em qual medida o cotejamento desses dois princípios deve caminhar num ou noutro sentido, sem olvidar que o principal objetivo das licitações públicas é a seleção da proposta mais vantajosa para a Administração?⁴

³ Paulo Soares Bugarin possui trabalho em que debate a questão conceitual do princípio da economicidade, com a visão de vários doutrinadores e instituições sobre o tema. BUGARIN, Paulo Soares. Reflexões sobre o princípio constitucional da economicidade e o papel do TCU. In: **Revista do Tribunal de Contas da União**, v. 29, n. 78, out/dez 1998, p. 43-44.

⁴ Esses parâmetros de controle são analisados, em profundidade, por ROSILHO, André Janjácomo. **Controle da Administração Pública pelo Tribunal de Contas da União**. 2016. Tese (Doutorado em Direito). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-08022017->

Jaime Rodríguez-Arana Muñoz (2012, p. 138) propõe, nessa linha, que a garantia do interesse geral é a principal tarefa do Estado e, por isso, o Direito Administrativo – que rege as licitações e contratações públicas – deve levar em consideração essa realidade e adequar-se aos novos tempos, sob pena de perder a oportunidade de cumprir a função que o justifica, que é a melhor ordenação e gestão da atividade pública com vistas à justiça. Essa situação poderia ser regulamentada, inclusive, sob o ponto de vista infralegal, afastando-se do fetichismo legal apontado por Victor Aguiar Jardim de Amorim (2020, p. 242-247).

Vistos os objetivos, examinam-se algumas políticas públicas inseridas na nova Lei.

3. Políticas públicas inseridas na nova Lei de Licitações e suas consequências

A nova Lei de Licitações, assim como ocorria com a anterior, possui diversas políticas públicas que devem ser respeitadas pelos licitantes, mas que podem significar restrição ao caráter competitivo da licitação, impactando nos preços e na escolha do fornecedor, inclusive na escolha da proposta mais vantajosa para a Administração, norte de que não se pode afastar.

Observa-se que tais exigências trazem impactos maiores ou menores em diversos setores abrangidos por tais políticas previstas nas leis de compras públicas, em especial na Lei nº 14.133 (BRASIL, 2021), seja sob o ponto de vista econômico, social ou ambiental, tratadas a seguir.

3.1. Políticas econômicas

As políticas econômicas são destacadas nas Leis que tratam de Licitações, em especial:

- a) pela exigência de regularidade fiscal, trabalhista e social dos licitantes; e
- b) pelo cumprimento de prerrogativas relacionadas às micro e pequenas empresas.

Ambas as exigências ocorrem antes da celebração do contrato: (a) uma como condição de habilitação no certame; e a outra (b) como prerrogativa para as micro e pequenas empresas em certames específicos, como o empate ficto ou a concessão de prazo diferenciado para regularização fiscal.

3.1.1. Exigência de regularidade fiscal, trabalhista e social de licitantes

[165131/publico/Andre_Rosillo_Control_e_da_Administracao_Publica_pelo_TCU_INTEGRAL.pdf](#). Acesso em: 16 abr. 2023, pp. 98 e seguintes.

A Lei nº 14.133 (BRASIL, 2021) traduz, nos requisitos de habilitação em certames públicos, política econômica que impacta nos campos fiscal, trabalhista e social.

Impõe-se que as empresas que quiserem fornecer bens ou prestar serviços para a Administração Pública estejam em dia com as obrigações perante o Fisco (federal, estadual e/ou municipal), com o Instituto Nacional de Seguridade Social (INSS), com o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS) e com os processos trabalhistas em curso, além de declararem não empregar menores como política de proteção à infância e juventude. É o que traz o art. 68 da Lei nº 14.133 (BRASIL, 2021).

Não há dúvidas que, nessa direção, tanto o Estado quanto a sociedade ganham. O Estado, que recebe os valores referentes a estes tributos, e a sociedade, com a utilização destes recursos, por exemplo, na construção de estradas ou de hospitais.

O grande problema, no entanto, é a inabilitação de uma empresa que não consegue comprovar a regularidade, mas que propõe preços muito mais vantajosos que a concorrente que comprovou estar regular, com certidões negativas em dia.

Dito de outra forma, e problematizando a questão: a inabilitação de uma empresa que, por alguma razão, mesmo que sanável, deixe de ser declarada vencedora do certame por falta de comprovação de regularidade fiscal, é justificável, se ela pode oferecer um preço bem mais vantajoso para a Administração? E se a irregularidade for meramente transitória, documental?

Mais: a política pública de incentivo à regularidade fiscal, social e trabalhista deve suplantar a busca da proposta mais vantajosa? Haveria um limite para essa busca? Por vezes, um eventual débito de R\$ 1.000,00 com o Fisco municipal – que impede a emissão de certidão negativa para dada empresa participar da licitação – também impede esse mesmo licitante de oferecer uma proposta de preços, por exemplo, com valor R\$ 10.000,00 mais barato que a primeira colocada no certame. Nesse caso concreto, o Estado perde R\$ 11.000,00 em recursos públicos, que deixaria de despender se contratasse com a empresa que ofereceu a proposta mais barata, facilitando, inclusive, que esta empresa pudesse regularizar os R\$ 1.000,00 que a concorrente, no exemplo dado, deva à municipalidade. Ao ser contratada, com valor R\$ 10.000,00 mais barato, a licitante não só tem a possibilidade de quitar o débito de R\$ 1.000,00 a partir dos valores que irá receber do Poder Público, mas também possibilita ao Estado que pague R\$ 10.000,00 a menos do que pagaria.

Essa lógica, atualmente, é totalmente corrompida à medida que ente licitante não pode contratar com o particular que não tem a certidão negativa de débitos fiscais, apesar de ter a proposta mais vantajosa, em termos de preços, à própria Administração. É um contrassenso.

Numa outra vertente de análise sobre a mesma questão, o fato de a empresa ter algum débito para com o fisco a impede de realizar uma boa execução contratual ou de entregar produtos na data combinada? É preciso apontar que não. A irregularidade tributária ou fiscal com o Poder Público não está umbilicalmente ligada à capacidade de execução contratual. São questões independentes entre si.

Dado o real objetivo das licitações, a inabilitação de empresas com preços mais vantajosos em face de exigências não relacionadas com a capacidade técnica ou financeira é alta, trazendo prejuízos elevados para a própria Administração.

Analisando-se a questão com alguma profundidade, e apenas para que se tenha ideia da dimensão de agentes (pessoas físicas ou jurídicas) envolvidos nessa questão, indica-se quadro com visão global disponível no sítio eletrônico da Controladoria-Geral da União (CGU) com os números dos diversos sistemas de controle de sanções que ela administra:⁵

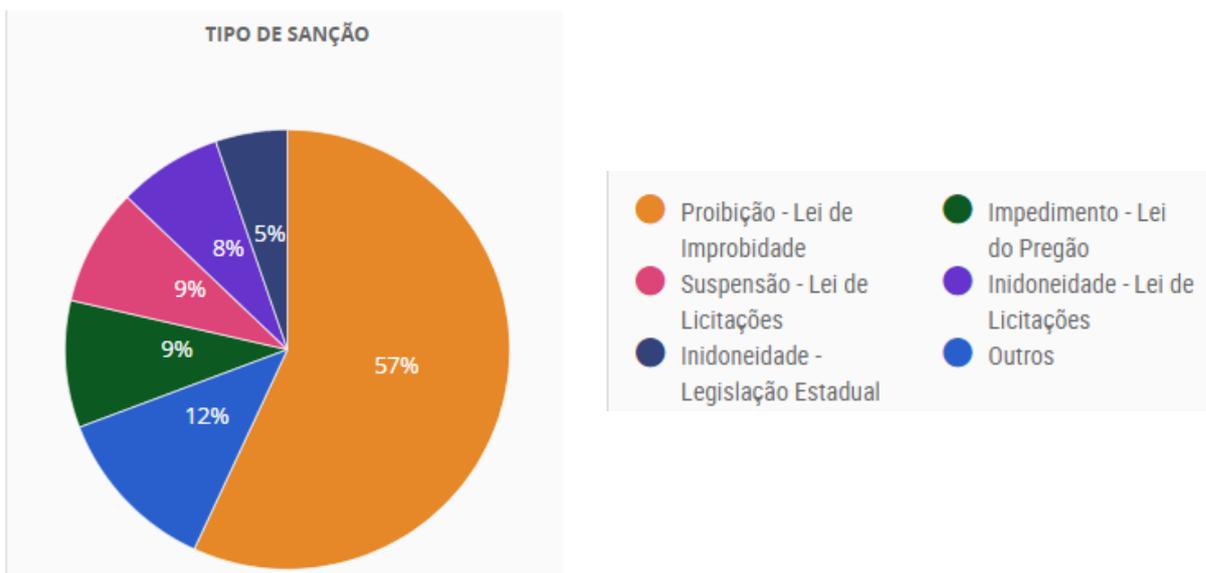
Cadastro de sanções	Quantidade de sanções vigentes	Quantidade de sancionados (pessoas físicas ou jurídicas)
CEIS - Cadastro de Empresas Inidôneas e Suspensas	15.726	13.127
CNEP - Cadastro Nacional de Empresas Punidas	535	345
CEPIM - Cadastro de Entidades Privadas sem Fins Lucrativos Impedidas	4.134	2.267
CEAF - Cadastro de Expulsões da Administração Federal	5.617	4.864
Acordos de Leniência	21	91
Total	26.033	20.694

Fonte: Controladoria-Geral da União.

No primeiro caso indicado na tabela, do CEIS, as 15.726 sanções vigentes (envolvendo 13.127 pessoas) e que impactam diretamente nas licitações e contratações realizadas pelo Poder Público estão assim divididas, segundo informações do sítio eletrônico da própria CGU:⁶

⁵ Disponível em: <https://www.portaltransparencia.gov.br/sancoes>. Acesso em: 21 ago. 2022.

⁶ Disponível em: <https://www.portaltransparencia.gov.br/sancoes>. Acesso em: 21 ago. 2022.



A maior parte das proibições de contratar (57%) advém da Lei nº 8.429 (BRASIL, 1992), que sanciona com a *proibição de contratar com o poder público* aqueles condenados pela prática de atos de improbidade administrativa. As outras sanções decorrem, na maior parte, das leis de compras públicas da União e Estados, objeto deste estudo. Decotando-se os números, têm-se o seguinte detalhamento:

Tipo de sanção	Percentual	Quantidade de sanções vigentes
Proibição – Lei de Improbidade	57%	8.947
Suspensão – Lei de Licitações	12%	1.943
Inidoneidade – Legislação Estadual	9%	1.471
Impedimento – Lei do Pregão	9%	1.351
Inidoneidade – Lei de Licitações	8%	1.192
Outros	5%	822
Total	100,00%	15.726

Extraí-se, deste comparativo, que estão vigentes 5.957 sanções, fruto do somatório daquelas destacadas, aplicadas a pessoas físicas e jurídicas que, por alguma razão, não cumpriram as obrigações assumidas com a Administração, seja por atraso na entrega, inexecução contratual ou qualquer outra causa que motivou a aplicação da punição.

O que se quer demonstrar com esses dados é o fato de que todas essas pessoas físicas e/ou jurídicas que contrataram com o Poder Público atenderam aos requisitos editalícios, seja com relação a capacidade técnica, seja econômico-financeira. E mesmo assim foram punidas e impossibilitadas de novamente contratar, o que só reforça que o fato de que, mesmo que tais licitantes possuíssem certidões negativas, não significa que cumprirão o contrato.

A verdade é que várias dessas exigências de habilitação pura e simples se distanciam da essência das licitações, impondo limites que não possuem nexo direto com as capacidades

técnicas e econômicas exigidas. São exigências exógenas que impactam na escolha do fornecedor, mas que não significam garantia de cumprimento, como demonstrado.

A grande crítica é a utilização das compras governamentais para o cumprimento de finalidades destoantes dos princípios e objetivos das licitações, podendo essas políticas serem implementadas de forma coercitiva pelo Estado por outros mecanismos que não exigências habilitatórias para contratar com o poder público. É o caso, por exemplo, das ações de execução fiscal, em que o Estado busca, pela via judicial, cobrar valores de tributos que lhe são devidos. Os protestos de títulos, como as certidões de dívidas ativas, são outro meio bastante eficiente de constranger o devedor a regularizar a situação.

Muitos negócios poderiam ter sido feitos com preços infinitamente menores sem essas exigências de regularidade fiscal extremada. Será que o Estado realmente está sendo eficaz com essa política pública? Ou poderia criar outros mecanismos que pudessem mitigar essas exigências e, ainda, criar outros métodos coercitivos para que pudessem tanto reduzir os preços em licitações e, ao mesmo tempo, manter a arrecadação, de forma apartada, como citado com relação aos protestos de certidões negativas, permitidas pela Lei nº 9.492 (BRASIL, 1997)?

Luís Roberto Barroso (2018, p. 46), em artigo tratando, dentre outros temas, da constitucionalização do Direito Administrativo, aponta para a superação da ideia restrita de vinculação positiva do administrador à lei, na leitura convencional do princípio da legalidade. Indica ela a superação desse paradigma para se buscar diretamente na Constituição o fundamento de validade da atuação do gestor público, fazendo com que o princípio da legalidade se transmude para o da constitucionalidade ou, mais propriamente, ao da juridicidade, compreendendo a subordinação deste à Constituição e à lei, nessa ordem.

É necessário repensar, nessa tônica de ideias, a inserção dessas exigências dentro das leis de licitações da forma rígida como foi mantida na Lei nº 14.133 (BRASIL, 2021), sob pena de a Administração não atingir a finalidade de obtenção da proposta mais vantajosa. Afinal, não seria esse o principal objetivo? Em adição, a mesma Lei também manteve as disposições constantes dos artigos 42 a 49 da Lei Complementar nº 123 (BRASIL, 2006), no que toca a micro e pequenas empresas, tratadas a seguir.

3.1.2. Prerrogativas relacionadas às micro e pequenas empresas

Além das questões relacionadas à política fiscal-tributária tratada acima, outra política pública com viés econômico inserida na nova Lei de Licitações é a concessão de prerrogativas às micro e pequenas empresas em face das demais pessoas jurídicas.

Em linhas gerais, a política pública se refere à possibilidade dessas empresas terem acesso a mercados que não conseguiriam alcançar, muitos dominados pelas grandes empresas, que possuem, muitas vezes, estrutura que lhes permite adotar práticas que as fazem dominar ou angariar a maior parte do mercado no segmento em que atuam.

Pode-se dizer que a política voltada a micro e pequenas empresas está tendo sucesso desde a criação. Diferentemente da política pública de exigências de regularidade fiscal, social ou trabalhista, a política pública de incentivo à micro e pequenas empresas não impede/restringe a competição por conta disso. Pelo contrário, amplia as vantagens a empresas que dificilmente alcançariam êxito nessas licitações.

Essa questão, específica para esse segmento da atividade econômica, é objeto de preocupação também em outras partes do mundo, como na União Europeia, em que a Diretiva 2014/24/UE do Parlamento Europeu e do Conselho de 26 de fevereiro de 2014 trata do assunto.⁷ Essa diretiva foi objeto de análise, por exemplo, por Martin Trybus (2014), que destaca as quatro políticas para o segmento naquele espaço comunitário:

Thus, while Directive 2004/18/EC provided very little to increase SME participation in procurement, the new Public Sector Directive 2014/24/EU allegedly contains four main ‘innovations’ directed at the promotion of SMEs: the division of contracts into lots, the European Single Procurement Document, the limitations of requirements for participation, and direct payments to subcontractors.

No Brasil, são três as principais políticas criadas pela Lei Complementar nº 123 (BRASIL, 2006), tratadas abaixo.

a) Prazo diferenciado para regularização de débitos fiscais

A primeira dessas políticas diferenciadas é a possibilidade de as microempresas e as empresas de pequeno porte, se declaradas vencedoras do certame, terem prazo de 5 (cinco) dias úteis para regularizar quaisquer débitos fiscais que elas possam eventualmente ter.

⁷ Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:32014L0024&from=EN>. Acesso em: 16 abr. 2023.

Nos moldes do art. 43 e parágrafos daquela Lei (BRASIL, 2006), as empresas devem enviar a documentação, mesmo vencida, para que possam ter a prerrogativa de poder regularizá-la. Ou seja, mesmo que a empresa esteja irregular com alguma certidão, ainda assim ela pode participar da licitação e apresentar proposta mais vantajosa para o Poder Público.

b) Empate ficto entre concorrentes

A segunda prerrogativa está definida no art. 44 da Lei (BRASIL, 2006), que se denomina empate ficto. Nesse caso, as micro e pequenas empresas que estiverem numa margem de preços de até 5% para as licitações na modalidade pregão, e de até 10% para as demais modalidades, podem cobrir o preço que foi proposto pela empresa declarada vencedora pelo menor preço. É uma última chance, definida legalmente. Haverá, assim, a concessão de prazo para que as micro e empresas de pequeno porte cubram o preço ofertado. Caso não se manifestem, há preclusão do direito. Aqui também é possível verificar que a Administração pode obter preços mais vantajosos da parte de quem pode cobrir a melhor oferta até aquele momento. Ganha a micro ou pequena empresa, que terá um novo cliente. Ganha o Poder Público, que pagará menos para ter aquela contrapartida em bens ou serviços.

c) Licitações exclusivas

Por fim, a terceira principal prerrogativa concedida às micro e pequenas empresas diz respeito à realização de licitações exclusivas à participação delas, conforme definido no art. 48 da Lei Complementar em tela (BRASIL, 2006). O mencionado dispositivo estabelece privilégio que não é comum em relação a outros licitantes, ou seja, obriga o Poder Público a licitar, de forma exclusiva, para micro e pequenas empresas em licitações até o valor de R\$ 80.000,00.

Segundo dados disponíveis no sítio eletrônico do Governo Federal,⁸ acumulados de dezembro de 2020 a dezembro de 2021, participaram de compras públicas promovidas pela União 114.377 micro e pequenas empresas, num total de 800.543 processos de compras no mesmo período. A essas empresas foram destinados mais de R\$ 480 bilhões em compras, de um total de R\$ 851 bilhões, representando 56,44% para o segmento, o que denota que a política de incentivo a micro e pequenas empresas tem surtido efeito prático.

Além dessas preferências em licitações públicas, aqui destacadas, há diversas outras que foram analisadas, por exemplo, por Fabiano de Figueiredo Araújo (2016, p. 51-73), em que o

⁸ Disponível em: <http://paineldecompras.economia.gov.br/processos-compra>. Acesso em: 16 abr. 2023.

autor analisou 14 setores econômicos contemplados com margens de preferências em licitações públicas, sistematicamente organizadas, em que o ele aponta, inclusive, que o uso regulatório da contratação estatal – tal como ocorre nessa segmentação preferencial – pode ensejar a evidenciação de falhas regulatórias percebidas no bojo da teoria da captura ou a inexistência de motivações técnicas para as opções pretendidas, debatendo os reflexos no mercado.

Nessa análise, indica que a regulação acaba tendo o condão de majoritariamente beneficiar os agentes regulados, quais sejam, os licitantes de bens e serviços nacionais, e não o de atingir os efeitos pretendidos pela normatização subjacente à política regulatória (ARAÚJO, 2016, p. 76), o que, ao fim e ao cabo, desvirtua a lógica de estímulos pretendida pelo legislador, o que não pode ser desconsiderado, inclusive na escolha de novos segmentos ou setores da atividade econômica a serem contemplados com tais políticas de incentivos.

Além das políticas de caráter econômico, as sociais também possuem grande relevo.

3.2. Políticas sociais

A Lei nº 14.133 (BRASIL, 2021) traz também políticas sociais as mais diversas para prestigiar determinados segmentos sociais, muitas vezes desamparados, a saber: a) a contratação de aprendizes (art. 92, inciso XVII); n) a contratação de deficientes (art. 92, inciso XVII); e c) a proteção contra a contratação ilegal de menores (art. 68, inciso VI).

Esses perfis profissionais, geralmente, têm dificuldade para ingresso no mercado de trabalho, ou também após o ingresso, para manter-se em atividade.

O jovem aprendiz, por não ter experiência profissional, esbarra exatamente nessa característica, ficando afastado do mercado de trabalho, que busca pessoas que já tenham tido experiências anteriores. Cria-se um círculo vicioso aqui, que só admite pessoas com experiência, deixando de fora, justamente, aquele que ainda precisa iniciar o contato com o mercado de trabalho para que tenha a almejada experiência anterior para se manter inserido.

O deficiente, por ser socialmente alijado, do mesmo modo, tem pouquíssimas oportunidades no mercado. O ônus familiar para manter uma pessoa com deficiência é muito maior. E esse ônus não é necessariamente financeiro, mas social. Via de regra, uma das pessoas da família precisa se dedicar integralmente ao parente com deficiência, deixando de trabalhar fora para desempenhar essa atividade doméstica, que exige muito mais que a externa. Da mesma

maneira que ocorre com o jovem aprendiz, há um ciclo vicioso aqui, que impede a pessoa com deficiência de se capacitar e, por conta disso, ingressar no mercado de trabalho.

Os menores, apesar da proteção constitucional contra o trabalho infantil, ainda são muito explorados em diversas atividades, principalmente no interior do país, em que ajudam os pais ou responsáveis, por exemplo, para compor a renda familiar com diversas atividades. Com isso, deixam a escola para exercer uma atividade remunerada, mesmo que mínima, prejudicando o próprio futuro. Por vezes, é também uma situação inevitável.

Esse tipo de proteção social ocorre também em outros países, como é o caso do Estados Unidos, em que há políticas públicas voltadas para os denominados *historically disadvantaged individuals (HDIs)*, tratados pela doutrina estrangeira (LINARELLI, 2011, p. 3).

O Poder Público, quando consegue estimular estes segmentos sociais, ou evitar que classes menos favorecidas sejam exploradas, age de maneira racional e socialmente relevante, protegendo minorias que não podem ser desconsideradas do contexto social. Mas até que ponto essa política é realmente vantajosa?

Imagine-se, por exemplo, que a empresa “A”, participante de dado torneio público, tenha apresentado declaração de que não promove trabalho infantil, ou não descumpra o regramento a respeito da contratação de menores, e seja declarada vencedora do certame. Se, na prática, essa empresa não cumprir aquilo que declarou, compete ao Poder Público fiscalizar para aferir se a tal declaração não é meramente formal e materialmente não praticada.

Num exemplo concreto, essa situação é ainda mais evidente, justamente dentro da perspectiva da *legalidade x economicidade* pela busca da proposta mais vantajosa.

A Defensoria Pública do Estado do Pará realizou, em 16 de junho de 2021, a abertura do Pregão Eletrônico SRP nº 011/2021, para o registro de preços de serviços de natureza continuada com mão de obra exclusiva para os cargos de: Recepcionista e Secretário Nível Médio I, para o prazo de 12 (doze) meses.⁹

No referido edital, constou o preço estimado da contratação a que a Administração estaria disposta a custear, baseada em pesquisa de preços, conforme quadro abaixo:

⁹ O edital do certame pode ser encontrado em: http://comprasnet.gov.br/ConsultaLicitacoes/ConsLicitacao_Relacao.asp. Edital nº 11/2021. UASG 925989. Acesso em: 16 abr. 2023.

4. DOS RECURSOS HUMANOS EMPREGADOS NA EXECUÇÃO DOS SERVIÇOS

4.1. Para a execução dos serviços, a CONTRATADA deverá prover os seguintes Postos de Trabalho:

GRUPO	DESCRIÇÃO	QTD	VALOR UNITÁRIO	VALOR ANUAL UNITÁRIO	VALOR TOTAL (ANUAL)
1	RECEPCIONISTA - RMB	25	R\$ 4.862,69	R\$ 58.352,28	R\$ 1.458.807,00
	SECRETARIO NÍVEL MÉDIO I - RMB	54	R\$ 5.462,34	R\$ 65.548,08	R\$ 3.539.596,32
2	SECRETARIO NÍVEL MÉDIO I - BRASÍLIA	01	R\$ 5.591,85	R\$ 67.102,20	R\$ 67.102,20
TOTAL					R\$ 5.065.505,52

Fonte: Edital do Pregão Eletrônico SRP nº 011/2021 – DPE/PA

A licitação foi dividida em três itens: Recepcionista RMB, Secretário Nível Médio I – RMB e Secretário Nível Médio I – Brasília. Os valores unitários anuais são, respectivamente, R\$ 58.352,28, R\$ 65.548,08 e R\$ 67.102,20.

Participaram da licitação diversas empresas do ramo. De acordo com a Ata de Realização do Pregão, os resultados foram os seguintes para cada um dos itens:

Item	Descrição	Valor unitário anual inicial	Valor unitário anual da vencedora	Diferença percentual
1	Recepcionista – RMB	R\$ 58.352,28	R\$ 40.448,16	(-) 30,68%
2	Secretário Nível Médio I – RMB	R\$ 65.548,08	R\$ 47.703,36	(-) 27,22%
3	Secretário Nível Médio I – Brasília	R\$ 67.107,20	R\$ 66.068,40	(-) 1,55%

Dentro do escopo deste artigo, e analisando os motivos de desclassificação de alguns licitantes, verifica-se que muitos foram desclassificados em virtude da falta de atendimento do art. 93 da Lei nº 8.213 (BRASIL, 1991), que estabelece a obrigatoriedade de empresas com 100 (cem) ou mais empregados preencherem de 2% (dois por cento) a 5% (cinco por cento) dos seus cargos com beneficiários reabilitados ou pessoas portadoras de deficiência, habilitadas.

Analisando-se os valores das propostas dessas empresas que foram afastadas, têm-se:

Item	Descrição	Valor unitário anual inicial	Valor unitário anual da vencedora	Valor apresentado por concorrente desclassificada pelo art. 93 da Lei nº 8.213/1991
1	Recepcionista – RMB	R\$ 58.352,28	R\$ 40.448,16	R\$ 40.450,00 ¹⁰
2	Secretário Nível Médio I – RMB	R\$ 65.548,08	R\$ 47.703,36	R\$ 47.956,00 ¹¹
3	Secretário Nível Médio I – Brasília	R\$ 67.107,20	R\$ 66.068,40	-

Conforme se demonstra, os preços finais apresentados pela vencedora do certame e os preços finais apresentados pelas concorrentes, antes da desclassificação lastreada no art. 93 da Lei nº 8.213 (BRASIL, 1991), são muito próximos entre si, o que significa dizer que as concorrentes foram afastadas não por terem preços inexequíveis, impraticáveis ou acima do estimado pela Administração, mas apenas por não atenderem – *a priori* – as cotas de contratação de pessoas com deficiência previstas na legislação. Se tais empresas pudessem continuar competindo por preços mais baixos – a despeito da exigência da tal certidão – é possível inferir que o Estado pagaria valores mais vantajosos.

Não se está aqui, por óbvio, a estimular a retirada de tais políticas das leis que regem as contratações públicas, mas apenas se propondo reflexão sobre o tema. O que se quer alertar, nesse caso concreto, é que o simples fato de que se preveja, na legislação, essa ou aquela imposição ao particular, não significa que a situação, na prática, ocorra (como a falta de cumprimento da cota de contratação de pessoas com deficiência, por exemplo) e nem que aquele dado particular não consiga executar o contrato com a Administração de forma regular.

A política pública de incentivo à contratação de pessoas com deficiência, no exemplo dado, afastou licitantes com preços competitivos em face de consulta à certidão correspondente que, inclusive, poderia estar desatualizada por falta de envio de informações ou qualquer outra inconsistência cadastral, mas não foi esse o entendimento do Pregoeiro no caso concreto, conforme registrado na Ata que desclassificou essas concorrentes:

¹⁰ Lance final, antes da desclassificação, apresentado pela empresa UP IDEIAS SERVIÇOS ESPECIALIZADOS E COMUNICAÇÃO EIRELI, inscrita no CNPJ nº 07.271.878/0001-00, conforme consta da Ata Complementar nº 02 do certame.

¹¹ Lance final, antes da desclassificação, apresentado pela empresa AVAL EMPRESA DE SERVIÇOS ESPECIALIZADOS LTDA., inscrita no CNPJ nº 24.930.315/0001-04, conforme consta da Ata Complementar nº 02 do certame.

Recusa de proposta	10/08/2021 15:30:46	Recusa da proposta. Fornecedor: AVAL EMPRESA DE SERVICOS ESPECIALIZADOS LTDA, CNPJ/CPF: 24.930.315/0001-04, pelo melhor lance de R\$ 40.875,0000. Motivo: Conforme análise de documentação, inclusive a relação de funcionários com indicação da data de admissão dos mesmos e consulta à Certidão do Ministério da Economia. verificou-se que o Licitante não atendia o percentual exigido no art. 93 da Lei nº 8.213 de 1991 conforme declarado no Sistema.
Recusa de proposta	11/08/2021 13:00:19	Recusa da proposta. Fornecedor: UP IDEIAS SERVICOS ESPECIALIZADOS E COMUNICACAO EIRELI, CNPJ/CPF: 07.271.878/0001-00, pelo melhor lance de R\$ 40.450,0000. Motivo: Conforme análise de documentação apresentada e consulta à Certidão do Ministério da Economia. verificou-se que o Licitante não atende o percentual exigido no art. 93 da Lei nº 8.213 de 1991 conforme declarado no Sistema.

Fonte: Ata de Realização do Pregão Eletrônico SRP nº 011/2021 – DPE/PA – Complementar nº 2

Outras situações dessa mesma natureza poderiam acontecer em quaisquer outras licitações realizadas no País, prejudicando a competição por preços mais vantajosos e que esbarram nas previsões da Lei nº 14.133 (BRASIL, 2021. Respeita-se, por um lado, a legalidade e a vinculação ao instrumento convocatório, mas se perde, por outro, a obtenção da proposta mais vantajosa, frustrando, *a priori*, o principal objetivo da licitação.

Ao examinar a tripla função do Direito Administrativo, Floriano de Azevedo Marques Neto (2018, p. 123) aponta que uma delas é a de composição de distintos interesses dos administrados, tal e qual ocorre nas licitações públicas, concluindo que esse ramo do direito não existe meramente para a concreção do interesse público, genérica e abstratamente concebido, mas sim para a adequada arbitragem da permanente oposição de interesses em prol da satisfação coletiva, remetendo à possibilidade de orquestrar a melhor solução.

Para além das questões econômicas e sociais examinadas, as questões ambientais também estão presentes nas licitações públicas, conforme se analisa no tópico seguinte.

3.3. *Políticas ambientais*

O desenvolvimento nacional pode ser considerado a principal política pública, conformando e harmonizando todas as demais, demandando prestações positivas do Estado para a concretização de direitos (BERCOVICI, 2006 p. 144). Tais prestações devem ser racionais, não significando, no entanto, retrocesso econômico e tecnológico à atividade humana, conforme alerta Carla Amado Gomes (2009, p. 191).

A doutrina também aponta a participação do Estado como ente preservacionista tanto como consumidor quanto como regulador, utilizando-se das contratações como política pública que incentiva a produção de bens, serviços e obras sustentáveis, fomentando novos mercados, gerando emprego e renda compatíveis com a prioridade estratégica estabelecida (PEREIRA JÚNIOR, 2009, p. 33).

Sob o ponto de vista ambiental, a Lei nº 14.133 (BRASIL, 2021) trouxe também como princípio o desenvolvimento nacional, desta feita qualificado com o termo *sustentável*.

Esse desenvolvimento *nacional* direcionado à *sustentabilidade*, por si só, traz inúmeras implicações para o segmento privado, que concorre à celebração de contratos públicos tendo que atender a inúmeras exigências, muitas delas na Instrução Normativa nº 01 (BRASIL, 2010).

Na ótica das políticas públicas, o TCU (BRASIL, 2014), tratando de mecanismos de governança, destaca que as políticas públicas devem ser integradas, tanto interna quanto externamente, de forma que as ações e os objetivos específicos das intervenções empreendidas pelas diversas partes interessadas sejam alinhados para se reforçar mutuamente. Mas nem sempre isso é possível.

A questão ambiental permeia não só as contratações públicas em si, mas diversas outras áreas do Poder Público. Alerta Raquel Melo Urbano de Carvalho (2012, P. 176), ao comentar sobre o uso de recursos hídricos, por exemplo, que é indispensável a adoção de instrumentos tecnológicos e recursos da natureza que sejam eficazes na construção da sustentabilidade indispensável ao contexto atual, com as tecnologias consumindo menos energia, os recursos produzindo a menor quantidade de resíduos possível, a produção evitando a emissão de gases responsáveis pelo efeito-estufa, o reaproveitamento de bens.

Na seara das licitações o desafio é ainda maior, uma vez que a sociedade brasileira ainda caminha a passos vagarosos para implementar diversas dessas políticas. A exigência de comprovação da origem da madeira a ser utilizada na execução da obra ou do serviço, prevista na legislação em vigor, é uma delas (BRASIL, IN nº 01, de 2010, art. 4º, inciso IX). Esse tipo de exigência torna a aquisição, por vezes, mais cara que o habitual, mas com previsão normativa nesse sentido, autorizando a contratação com preço até 20% maior de produtos nacionais em detrimento dos estrangeiros (BRASIL, Lei nº 14.133, de 2021, art. 26, §2º).

Jessé Torres (2009, p. 33-42), em obra específica sobre políticas públicas em licitações, rememora a gestão de florestas como uma das políticas estimuladas em normas extravagantes de licitação em relação ao meio ambiente, uma vez que não estão todas reunidas na mesma Lei nº 14.133 (BRASIL, 2021) que, apesar disso, deve ser utilizada subsidiariamente.

Na Lei nº 11.284 (BRASIL, 2006), por exemplo, consta que há necessidade de atendimento a diversos requisitos de caráter ambiental. Numa competição pública, a mesma questão novamente se apresenta: até que ponto a empresa licitante que se “autodeclara”

cumpridora dos deveres ambientais impostos pela legislação, de fato, cumpre tais exigências? Se não cumpre, estaria ela se valendo de declaração frágil para se ver declarada vencedora de torneios públicos sem, de fato, merecer o título de vencedora? A lógica, também nesse caso, é a mesma das políticas econômicas e sociais.

Cumpra ao Poder Público contratante, em firmando avenças com essas licitantes, fiscalizar as características com que se comprometeram os particulares quando da participação nos certames. E durante toda a vigência da contratação.

4. Conclusão

À guisa de conclusão, verificou-se que o legislador ordinário, por meio da Lei nº 14.133 (BRASIL, 2021), fixou a necessidade de observância de cumprimento de diversas políticas públicas. Outras leis de incentivo se acoplam a ela.

A despeito disso, verificou-se que diversas dessas políticas, no intuito de buscarem o atingimento de finalidades públicas as mais diversas, acabam por frustrar os objetivos inerentes aos processos de contratação pública, cujo principal deles é a seleção da proposta mais vantajosa para o Poder Público.

Pode-se enxergar, também, que as exigências documentais previstas na Lei, e atendidas pelo ente licitante no momento do torneio, não significam, por si sós, que a Administração Pública irá contratar a proposta mais vantajosa para o Poder Público, frustrando os objetivos precípuos previstos pelo legislador ordinário. E nem que a execução contratual seja afetada por eventual irregularidade cadastral. A questão é bem mais complexa.

Explorou-se ao longo do texto, mesmo que de forma menos aprofundada, os objetivos da Lei nº 14.133 (BRASIL, 2021), das políticas públicas nela inseridas, bem como as percepções sobre as políticas econômicas, sociais e ambientais veiculadas por ela.

Esse é um tema complexo, com múltiplas facetas e que demanda adequado tratamento, em especial em razão de que é necessário aferir se as políticas públicas que são propostas e inseridas em normas de direito público, notadamente na Lei nº 14.133 (BRASIL, 2021), cumprem o papel a que destinadas.

Referências bibliográficas

AMORIM, Victor Aguiar Jardim. Do fetichismo legal à busca pela “boa” burocracia nas contratações públicas. In DEZAN, Sandro Lúcio; CARMONA, Paulo Afonso Cavichioli

(organizadores). **Hermenêutica do Direito Administrativo: serviços públicos e concretização de direitos fundamentais**. v. 2. Curitiba: CRV, 2020.

ARAÚJO, Fabiano de Figueiredo. As margens de preferência em licitações públicas: o uso da contratação governamental como instrumento de regulação e as falhas regulatórias. 2016. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito. Centro Universitário de Brasília (UnICEUB), 2016.

BARROSO, Luis Roberto. A constitucionalização do Direito e suas repercussões no âmbito administrativo. In ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO. Floriano de Azevedo. **Direito Administrativo e seus novos paradigmas**. 2. ed. 1. reimp. Belo Horizonte, Fórum, 2018.

BERCOVICI, Gilberto. Planejamento e políticas públicas: por uma nova compreensão do papel do Estado. In: **Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico**. Maria Paula Dallari Bucci (organizadora). São Paulo: Saraiva, 2006.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão nº 2.163/2014**. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A2163%2520ANOACORDAO%253A2014/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520. Acesso em: 16 abr. 2023.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão nº 2738/2015**. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A2738%2520ANOACORDAO%253A2015/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520. Acesso em: 16 abr. 2023.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão nº 357/2015**. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A357%2520ANOACORDAO%253A2015/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520. Acesso em: 16 abr. 2023.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Referencial para avaliação de governança em políticas públicas**. Brasília: TCU, 2014.

BUGARIN, Paulo Soares. Reflexões sobre o princípio constitucional da economicidade e o papel do TCU. In: **Revista do Tribunal de Contas da União**, v. 29, n. 78, out/dez 1998.

CARVALHO, Raquel Melo Urbano de. As ações afirmativas na lei de licitações. In: BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves; CASTRO, Sérgio Pessoa de Paula (Coord.). **Tendências e perspectivas do direito administrativo: uma visão da escola mineira**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

COELHO MOTTA. **Eficácia nas licitações e contratos**. 11. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

FORTINI, Cristiana; MOTTA, Fabrício. Corrupção nas licitações e contratações públicas: sinais de alerta segundo a Transparência Internacional. In WALD, Arnold; JUSTEN FILHO, Marçal; PEREIRA, Cesar Augusto Guimarães (org.). **O Direito Administrativo na**

atualidade: estudos em homenagem ao centenário de Hely Lopes Meirelles. São Paulo: Malheiros, 2017.

GOMES, Carla Amado. Direito administrativo do ambiente. *In*: OTERO, Paulo; GONÇALVES, Pedro (Coord.). **Tratado de direito administrativo especial.** Coimbra: Almedina, v. 1, 2009.

GORDON, Daniel; RACCA, Gabriella Margherita. Integrity challenges in the EU and US procurement systems. *In* RACCA, Gabriella Margherita; YUKINS, Christopher R. **Integrity and efficiency in sustainable public contracts,** Bruxelas, Bruylant, s/d.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos.** 11. ed. Dialética. São Paulo: 2005.

LINARELLI, John. The Limited Case for Permitting SME Procurement Preferences in the WTO Agreement on Government Procurement. *In*: ***The WTO regime on government procurement: challenge and reform,*** Sue Arrowsmith, Robert D. Anderson, eds., Cambridge University Press, 2011. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1725023. Acesso em: 16 abr. 2023.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. A bipolaridade do Direito Administrativo e sua superação. *In* ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (coord.). **Direito Administrativo e seus novos paradigmas.** 2. ed. 1. reimpr. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

PEREIRA JUNIOR Jessé Torres; DOTTI, Marinês Restelatto. **Políticas públicas nas licitações e contratações administrativas.** Belo Horizonte: Fórum, 2009.

REIS, José Carlos Vasconcellos dos. As modulações no Direito Administrativo. *In* FREITAS, Daniela Bandeira de; VALLE, Vanice Regina Lírio do (coords.). **Direito Administrativo e democracia econômica.** Belo Horizonte: Fórum, 2012.

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

ROSILHO, André Janjácómo. **Controle da Administração Pública pelo Tribunal de Contas da União.** 2016. Tese (Doutorado em Direito). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016. Disponível em: https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-08022017-165131/publico/Andre_Rosilho_Controla_da_Administracao_Publica_pelo_TCU_INTEGRA_L.pdf. Acesso em: 16 abr. 2023.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. Licitações e controle de eficiência: repensando o princípio do procedimento formal à luz do “placar eletrônico”! *In* ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Direito Administrativo e seus novos paradigmas.** 2. ed. 1. reimpr. Belo Horizonte, Fórum, 2018.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito Administrativo para céticos.** São Paulo: Malheiros, 2012.

TRYBUS, Martin. ***The Promotion of Small and Medium Sized Enterprises in Public Procurement: A Strategic Objective of the New Public Sector Directive?*** (June 27, 2014). Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2860019. Acesso em: 16 abr. 2023.