IV ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITO ADMINISTRATIVO E GESTÃO PÚBLICA I

JANAÍNA RIGO SANTIN

JOSÉ SÉRGIO DA SILVA CRISTÓVAM

NEWTON CESAR PILAU

Copyright © 2021 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

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 I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Janaína Rigo Santin; José Sérgio da Silva Cristóvam; Newton Cesar Pilau – Florianópolis: CONPEDI, 2021.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-65-5648-428-0
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Constitucionalismo, desenvolvimento, sustentabilidade e smart cities.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Direito administrativo. 3. Gestão pública. IV Encontro Virtual do CONPEDI (1: 2021 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34

CONPEDI

Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis
Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

IV ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITO ADMINISTRATIVO E GESTÃO PÚBLICA I

Apresentação

O IV ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI: CONSTITUCIONALISMO, DESENVOLVIMENTO, SUSTENTABILIDADE E SMART CITIES, ocorreu entre os dias 09 a 13 de novembro de 2021 pela plataforma virtual do CONPEDI, com a organização e o apoio da Universidade do Itajaí. Trata-se do quarto evento realizado pelo meio virtual e síncrono, a fim de resguardar a saúde de todos ante aos desafios ainda presentes da Covid-19. Em mais este evento foi possível constatar que as pesquisas jurídicas não pararam com a pandemia, pelo contrário, oportunizou-se em mais este evento do CONPEDI debates e discussões altamente qualificados, com a reunião de pesquisadores nacionais e internacionais na socialização do conhecimento gerado até então.

Mais uma vez o CONPEDI ofereceu aos participantes conferências, painéis e grupos de trabalho de elevadíssimo nível, os quais proporcionaram um olhar multifacetado e plural, envolvendo as mais diversas áreas do direito e ciências afins, reunidas para propor soluções criativas, holísticas e transdisciplinares aos complexos problemas da contemporaneidade.

As pesquisas e debates realizados no Grupo de Trabalho "Direito Administrativo e Gestão Pública I trouxeram um diálogo enriquecedor, com discussões abertas, horizontais e plurais, marcadas pela pertinência acadêmica e pela preocupação com os desafios do pós pandemia, com foco no Constitucionalismo, no Desenvolvimento e na Sustentabilidade.

Os artigos aqui publicados gravitam em torno das seguintes temáticas:

1. O DIÁLOGO COMPETITIVO COMO ALTERNATIVA À OPACIDADE ALGORÍTMICA DA ADMINISTRAÇÃO: UMA COMPREENSÃO DA NOVA LEI DE LICITAÇÃO À LUZ DA TEORIA DE BAUMAM

2. COMPRAS GOVERNAMENTAIS: DESENVOLVIMENTO E NOVOS MARCOS LEGAIS

3. GUIA DE UTILIZAÇÃO – UMA PROPOSTA DE RUPTURA DA DISTINÇÃO NA CLASSIFICAÇÃO DO ATO ADMINISTRATIVO SOB A ÓTICA DA RESOLUÇÃO N. 37 /2020

4. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA AMBIENTAL: ANÁLISE DO JULGAMENTO POR IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA DO EX-MINISTRO DO MEIO AMBIENTE DO ESTADO DE SÃO PAULO: RICARDO AQUINO SALLES

5. A INCIDÊNCIA DO ARTIGO 28 DA LINDB SOBRE A RESPONSABILIDADE CIVIL DO GESTOR PÚBLICO

6. INDISPONIBILIDADE CAUTELAR DE BENS EM AÇÕES CIVIS PÚBLICAS POR ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

7. LEGALIDADE, JURIDICIDADE E AUTOTUTELA ADMINISTRATIVA NA REVISÃO DE SANÇÕES DISCIPLINARES: INAPLICABILIDADE DO ELEMENTO SUBJETIVO ANIMUS ABANDONANDI À MATERIALIDADE DA INFRAÇÃO DE INASSIDUIDADE HABITUAL

8. EFICÁCIA EXECUTIVA DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO CÍVEL: O PROBLEMA E AS SOLUÇÕES

9. O PODER DE POLÍCIA NO ESTADO CONSTITUCIONAL DE DIREITO: REPENSANDO AÇÕES PÚBLICAS PARA ENFRENTAR VULNERABILIDADES

10. OS LIMITES DA INTERVENÇÃO ESTATAL NA ECONOMIA POR MEIO DE MEDIDAS DE FOMENTO NO NOVO MARCO LEGAL DAS STARTUPS

11. ATIVISMO JUDICIAL EM POLÍTICAS PÚBLICAS E AS LIMITAÇÕES IMPOSTAS PELO PRINCÍPIO DA RESERVA DO POSSÍVEL

12. ISONOMIA ADMINISTRATIVA NAS UNIVERSIDADES PÚBLICAS: EFETIVIDADE DE POLÍTICAS PÚBLICAS EDUCACIONAIS INCLUSIVAS ANTE A REALIZAÇÃO DO PROCEDIMENTO DE HETEROIDENTIFICAÇÃO POR COMISSÃO DE VALIDAÇÃO DE DECLARAÇÃO ÉTNICO-RACIAL

13. UMA CARTA VIVA DE DIREITOS PARA GESTÃO PÚBLICA DE CIDADES HUMANAS, INTELIGENTES E SUSTENTÁVEIS

14. SERVIÇO PÚBLICO DE LIMPEZA EM CRISE: POLÍTICA NACIONAL DE RESÍDUOS SÓLIDOS E ASPECTOS DA ECONOMIA CIRCULAR PARA A LOGÍSTICA REVERSA

15. POLÍTICA JURÍDICA COMO PROJEÇÃO DA SOCIEDADE QUE DEVE SER E DO INTERESSE PÚBLICO.

16. O SURGIMENTO DO CORREIOS DO BRASIL COM A PRIVATIZAÇÃO DA ECT

De nossa parte, estamos honrados pela participação na Coordenação desse relevante Grupo de Trabalho (GT), com o registro da satisfação em podermos debater com todos participantes e autores de artigos apresentados.

Cumprimentos à toda equipe do CONPEDI, pelo destacado empenho e a qualidade da organização de mais este evento virtual, congregando pesquisadores em torno da socialização da pesquisa científica produzida na área do Direito!

Cordial abraço e esperamos que os leitores apreciem a leitura!

De Passo Fundo (RS), Florianópolis (SC) e de Balneário Camboriú (SC), novembro de 2021.

Profa. Dra. Janaína Rigo Santin – Universidade de Passo Fundo (UPF) e Universidade de Caxias do Sul (UCS)

Prof. Dr. José Sérgio da Silva Cristóvam – Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC)

Prof. Dr. Newton Cesar Pilau – Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI)

Nota técnica: Os artigos do Grupo de Trabalho Direito Administrativo e Gestão Pública I apresentados no IV Encontro Virtual do CONPEDI e que não constam nestes Anais, foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals (https://www.indexlaw.org/), conforme previsto no edital do Evento, e podem ser encontrados na Revista de Direito Administrativo e Gestão Pública. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

COMPRAS GOVERNAMENTAIS: DESENVOLVIMENTO E NOVOS MARCOS LEGAIS

GOVERNMENT PROCUREMENT: DEVELOPMENT AND NEW LEGAL FRAMEWORKS

Rosan de Sousa Amaral [1]

Resumo

Através de método dogmático-jurídico, este artigo propõe análise sobre as compras governamentais e sua evolução legislativa a partir da Constituição Federal de 1988. A pesquisa bibliográfica e normativa se faz necessário para análise da origem do Direito Administrativo. Através de investigação jurídico-comparativa e histórica do direito comparado, abordar-se-á as compras governamentais em outros países. Com a Constituição de 1988, se compilará a legislação de compras governamentais, com análises das legislações, bem como se apontará tendência legislativa. O marco teórico-jurídico será a doutrina nacional de Direito Administrativo e as diversas vertentes filosóficas adotadas no campo do Direito.

Palavras-chave: Compras governamentais, Direito administrativo, Direito comparado, Constitucionalismo, Nova lei de licitações

Abstract/Resumen/Résumé

Using a dogmatic-legal method, this article proposes an analysis of government procurement and its legislative evolution from the Federal Constitution of 1988. Bibliographic and normative research is necessary for an analysis of the origin of Administrative Law. Through legal-comparative and historical research of comparative law, government procurement in other countries will be addressed. With the 1988 Constitution, government procurement legislation will be compiled, with analysis of legislation, as well as a legislative trend. The theoretical-juridical framework will be the national doctrine of Administrative Law and the various philosophical aspects adopted in the field of Law.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Government procurement, Administrative law, Comparative law, Constitutionalism, New bidding law

---

[1] Mestrando em Instituições Sociais, Direito e Democracia pela Universidade FUMEC; Bacharel pela Faculdade de Direito da UFMG; Coautor do livro As Recentes Modificações da Legislação Administrativa, Ed. Conselho Federal OAB.

1 INTRODUÇÃO

Utilizando um método jurídico-dogmático, este artigo se propõe investigar as mudanças dos marcos da administração pública das compras governamentais ocorridas no Brasil a partir da Constituição Federal de 1988.

Através de pesquisa bibliográfica e normativa, se faz necessário análise da origem do Direito Administrativo, bem como, através de uma investigação jurídico-comparativa e histórica do direito comparado, se abordará a forma como *compras governamentais* são realizadas em outros países.

Este trabalho irá compilar a legislação das compras desde a Lei n. 8.666/1993, passando pelas suas modificações, substituições, inovações posteriores, até a recente publicação da nova lei de licitações (Lei n. 14.133, de 1º de abril de 2021), bem como apontar uma tendência legislativa.

Este artigo utilizou pesquisa bibliográfica da doutrina nacional, inclusive as doutrinas de Celso Bandeira de Mello, Hely Lopes de Meirelles, Maria de Prietto e Luciano Ferraz, dentre outros. Para tanto, este artigo também utilizou de uma necessária compilação da legislação de regência para se observar as tendências da legislação das *compras governamentais*, inclusive em base filosófica utilizando método jurídico-teórico, com o objetivo de responder necessária pergunta: se a nova lei de licitações avançou ou retrocedeu com seus novos marcos do contrato administrativo público, e qual sua contribuição para o desenvolvimento e a desjudicialização perseguida pelos Poderes constituídos?

2 A ORIGEM DO DIREITO ADMINISTRATIVO E DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

A análise da origem do Direito Administrativo, conforme Bandeira de Mello (MELLO,2015), remonta a Revolução Francesa, mais precisamente o *"18 de Brumário"*, quando se germinou os traços e se vislumbrou a necessidade de um Estado de Direito.

Os fatores sociais e políticos se originaram da necessidade da sociedade pós-revolução francesa em possuir seus anseios comunitários atendidos em contraponto ao período da Monarquia onde o Rei era o Estado (*"o Estado sou eu"*) onde Leon Duguit, em seu *Traité de Droit Constitutionnel* (apud MELLO, 2015, p. 45), apontou a pedra filosofal que formulou do *serviço público* como célula mater do regramento jurídico (*regra de Direito*) que desaguou no

Direito Administrativo.

Assim, o Direito Administrativo nasceu com o Estado de Direito, onde o Estado, deve submissão ao ordenamento jurídico, com a necessária divisão deste Poder em decorrência de suas três funções preconizadas por Montesquieu e sua advertência: "cumpre aquele que faz as leis não as execute nem julgue; cumpre que aquele que julga não faça as leis nem as execute; cumpre que aquele que executa nem faça as leis, nem julgue" (apud MELLO, 2015, p. 49).

Dentro desse quadro conceitual do Direito Administrativo encontra-se o Estado moderno e suas relações com a sociedade. O Estado moderno e seus atos administrativos. O Estado moderno e seus contratos administrativos.

Portugal e Itália adotam Códigos Administrativos tal qual a França, com a prevalência do interesse público sobre o interesse privado, enquanto Alemanha não (a licitação pública tedesca tem os princípios do direito civil).

O contrato administrativo no Brasil tem a origem francesa. Dessa forma, o Regime Jurídico é Especial (presença de cláusulas de Equilíbrio Econômico Social e de cláusulas exorbitantes).

O contrato administrativo no Brasil é regido por Regime Jurídico de Direito Público e adota como princípio dogmático cláusulas de Equilíbrio Econômico Social e de cláusulas exorbitantes, por imposição do interesse público, conforme Di Pietro (2016, p. 297):

> A expressão **contratos da Administração** é utilizada, sem sentido amplo, para abranger todos os contratos celebrados pela Administração Pública, seja sob regime de direito público, seja sob regime de direito privado. E a expressão **contrato administrativo** é reservada para designar tão somente **os ajustes que a Administração, nessa qualidade, celebra com pessoas físicas ou jurídicas, públicas ou privadas, para a consecução de fins públicos, segundo regime jurídico de direito público** (grifos nossos).

Dentro deste corte da evolução histórica do Direito Administrativo brasileiro, encerramos este capítulo com uma conclusão de Bitencourt Neto (2009, p. 14):

> O Direito Administrativo brasileiro, tendo raiz na família europeia-continental, também está sob o influxo de tais transformações, que têm vindo a se intensificar a partir da Constituição democrática de 1988. É necessário prosseguir a reelaboração democrática do nosso Direito Administrativo, sem menosprezar as experiências do Direito Comparado, analisadas com o necessário filtro de nossa identidade jurídica, agora tendo na devida conta os novos desafios trazidos pelo fenômeno de sua transnacionalização.

3 CONCEITOS E PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DOS CONTRATOS PÚBLICOS

> Ato administrativo é toda manifestação unilateral de vontade da Administração Pública que, agindo nessa qualidade, tenha por fim imediato adquirir, resguardar, transferir, modificar, extinguir e declarar direitos, ou impor obrigações aos

administrados ou a si própria (MEIRELLES, 2011, p. 154).

Sem ressalvas ao conceito de *contrato administrativo* lançado por Bandeira de Mello (2015, p. 639), Hely Lopes Meirelles (2011, p. 217) define *contrato administrativo* como sendo "o ajuste que a Administração Pública, agindo nessa qualidade, firma com particular ou outra entidade administrativa para a consecução de objetivos de interesse público, nas condições estabelecidas pela própria Administração".

Dentre os princípios proclamados na Carta Política, se encontram os esculpidos no artigo 37, inciso XXI, que balizam a forma atual da Administração Pública de todos os entes da Federação: União, Estados e Municípios. No *caput* já encontramos os princípios reguladores de toda Administração Pública: *legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência*.

Toda execução orçamentária deve ser dentro do princípio da legalidade dos atos administrativos esculpidos no artigo 37 e seu inciso XXI da Carta Política.

4 AS COMPRAS GOVERNAMENTAIS NO BRASIL E NO MUNDO

Segundo notícia divulgada no portal eletrônico do IPEA, no Brasil, em 2018 as compras governamentais equivalem a uma média de 12,5% do Produto Interno Bruto (PIB) o que as tornam importantes como instrumento de desenvolvimento econômico e social. No mundo, chegam a corresponder 17,9% do PIB.

Por causa das compras governamentais já se mataram e ainda se morre devido aos interesses comerciais, econômicos e geopolíticos, conforme se constata na origem institucional delas.

É de se lembrar do *Mercantilismo*. Originário da política econômica do Absolutismo Monárquico, foi causa de fundo das maiorias das guerras no mundo moderno (século XV ao século XVIII), onde os países visavam acumular grande quantia de metais preciosos, decorrentes das atividades mercantis, inclusive escravização de mão de obra humana e exploração das colônias (UOL, 2021, online).

O *Mercantilismo* também teve notória influência nas guerras mundiais do século XX onde a busca dos países industrializados por mercado para seus insumos e produtos teve a mesma lógica do Mercantilismo Monárquico. Note que entre o fim da primeira guerra e o início da segunda guerra o Japão desenvolveu sua indústria fortemente, ao ocupar espaços deixados pelos países ocidentais exauridos com os custos da primeira guerra (BAPTISTUCCI; REIS, 2005, p. 93-104).

Com o fim da segunda guerra surge o *capitalismo* substituindo o *mercantilismo* como

política econômica ocidental e oriental, excetuando os países do leste europeu que pertenciam ao Pacto de Varsóvia liderado pela União Soviética.

Para melhor compreensão, subdividiremos este capítulo para subcapítulos em cada país ou região diferentes, bem como a evolução da legislação brasileira sobre as compras governamentais e seus contratos administrativos.

4.1. A União Europeia e as compras governamentais

Segundo Heloisa C. Moreira e José Mauro de Morais (MOREIRA; MORAIS; 2002, p. 9), a União Europeia estabelece diretivas em sua legislação de compras governamentais, como para a aquisição de bens, contratações de obras públicas, contratações de serviços, tanto para empresas públicas quanto para empresas privadas.

A partir destas diretivas, os países da comunidade europeia devem adequar a legislação nacional às normas e procedimentos acordados pelo bloco e aplicar os princípios de livre circulação de bens, tratamento nacional e não discriminatório, de forma a garantir oportunidades iguais de participação aos ofertantes do próprio país e dos demais países comunitários nas compras governamentais.

Há três tipos de licitações na seleção das propostas: procedimentos abertos de contratação (qualquer fornecedor, empreiteira ou prestador de serviços pode apresentar propostas); procedimentos limitados (só os interessados convidados pelos adjudicantes podem participar) e procedimento por negociação (os adjudicantes consultam possíveis adjudicados à sua escolha e negociam as condições do contrato).

Os procedimentos das licitações são publicados nas três fases previstas do processo de contratações (MOREIRA; MORAIS, 2002, p. 11-12).

4.2. A Itália e as compras governamentais

Como já reportado anteriormente, a Itália adota a codificação do Direito Administrativo tal qual Portugal e França. Reiterando que todo país participante da União Europeia passou a subscrever a legislação comum do direito administrativo a partir da década de 1990, inclusive quanto ao regramento das *compras governamentais* e *licitações*.

É o fenômeno descrito por Bitencourt Neto (2009, p. 2) como “a transnacionalização da incidência do Direito Administrativo”, onde este autor justifica esta expressão ao afirmar sua caracterização quando sua aplicação ultrapassa a fronteiras da base territorial e populacional dos Estados para sua incidência, com aplicação das normas para sujeitos privados e Estado,

com repercussão para além do interesse exclusivo de determinado Estado.

Caio Borges Cordeiro (CORDEIRO, 2015, p. 51), em sua dissertação de mestrado na UFMG, intitulada "As Aquisições Públicas na Itália à Luz do Direito Administrativo Europeu", analisa o surgimento da *Central Purchasing Bodies*[1] incentivado pelas diretivas lançadas pelo Conselho e Parlamento europeus no ano de 2004.

Notadamente, nesta consolidação de um Direito Administrativo europeu a influência inglesa ficou caracterizada na inserção das sociedades *in house providing* que serviu de moldura para o modelo de central de compras italiano, que foi realizado por intermédio de uma entidade pública de vértice privado, mas considerada *in house* (CORDEIRO, 2015, p. 71).

Segundo o estudo de Caio Borges (CORDEIRO, 2015, p. 72), a CONSIP é uma empresa pública italiana comissionada a partir do ano 2000, com a finalidade de redesenhar e simplificar os processos de compras na Itália, buscando celeridade, eficiência, contenção e racionalização da despesa pública, utilizando plataformas eletrônicas e da exploração de ganhos a partir de economia de escala.

Com a publicação do Código de Contratos Públicos da Itália, em 2006, a Consip, que é uma empresa com capital integralmente público, mas regida pelo direito privado, ficou responsável pela implementação dos novos instrumentos de aquisições públicas inseridos no Direito Administrativo italiano.

Esta novidade no direito administrativo italiano (o Consip) teve influência no Direito Administrativo brasileiro na aprovação dos consórcios públicos de licitação através da Lei n. 11.107/2005.

Como se denota, esta profunda modificação no Direito Administrativo Europeu e italiano decorre da relativização da noção de subjetividade pública e os reflexos na natureza jurídica de organismo público, segundo análise de Caio Borges (CORDEIRO, 2015, p. 70).

4.3. Os Estados Unidos e as compras governamentais

Os princípios de licitação nos Estados Unidos são agilidade, transparência com o uso do dinheiro público, bem como o respeito à legislação e a ética.

A finalidade estratégica da política de compras governamentais dos Estados Unidos é obter resultados de política econômica e social a partir do poder de compra do Estado. Visa, assim, "a busca da proposta mais vantajosa para os bens e serviços demandados pelos órgãos governamentais" (MOREIRA; MORAIS, 2002, p. 16).

[1] Em tradução livre: Central de Compras.

A legislação de regência da licitação norte-americana é o *Sistema Federal Acquisition Regulations (FAR)*, com restrições de aquisição de bens e materiais de construção estrangeiros (*Buy American Act, Balance of Payments* e *Small Business Act*) que só podem ser suspensas através de assinatura de acordo internacional pelos Estados Unidos.

Os Estados Unidos adotam três procedimentos ou modalidades para fornecimento ao governo, semelhante as adotadas pela União Europeia: licitação aberta (*sealed bidding*), licitação restrita ou seletiva (número limitado de ofertantes convidados) e aquisição por fornecedor único. Também há a licitação simplificada para valores inferiores a US$ 100.00 (MOREIRA; MORAIS, 2002, p. 16-17).

Como mecanismo para atender tais finalidades, a licitação nos Estados Unidos adota mecanismos como *performance bond*[2] e *value engineering*[3].

Segundo Heloísa Moreira e José Mauro de Morais, *Performance bond* é um seguro-garantia que as construtoras são obrigadas a entregar ao contratante, com cobertura de 100% do valor do contrato, o que garante ao contratante a conclusão da obra (MOREIRA; MORAIS, 2002, p. 16-17).

Segundo estes autores, a cláusula ou apólice *performance bond* é gerida pela própria seguradora que reportará a administração pública para atender o princípio da transparência. A seguradora fiscaliza toda a execução da obra, garantindo o cumprimento das normas e regras pré-estabelecidas, qualidades dos materiais e serviços especificados, as boas práticas na execução do projeto, cumprimento dos prazos e entrega da obra dentro do calendário contratado. Caso a empresa venha a falir ou ser incapacitada durante a execução do contrato, a seguradora deve assumir e concluir a obra ou projeto (MOREIRA; MORAIS, 2002, p. 16-17).

A funcionalidade e transparência da apólice *performance bond* na legislação administrativa dos Estados Unidos teve influência no Direito Administrativo brasileiro na aprovação de licitações públicas pelo *Regime Diferenciado de Contratação* através da Lei n. 12.462/2011 que instituiu o *seguro garantia* em até 100% para algumas modalidades, como será abordada quando analisarmos as modificações dos contratos administrativos no Brasil.

A *Value engineering* é uma metodologia criada pelo engenheiro Lawrense Mills na década de 1940 com o objetivo de maximizar processos produtivos de empresas ao reduzir custos e otimizar os recursos (MOREIRA; MORAIS, 2002, p. 16-17).

O método *value engineering*, que também é aplicado nas compras governamentais

---

[2] Em tradução livre: "Bônus de Desempenho".
[3] Em tradução livre: "Engenharia de Valor".

norte-americanas, consiste prévia análise do projeto buscando identificar e solucionar problemas com posterior eliminação de custos desnecessários, o que resulta em qualidade, funcionalidade e rentabilidade dos projetos. As vantagens do *value engineering*, além destas últimas, também propicia melhores práticas de negócios e fortalecem as parcerias público-privadas – que foi incorporado na nova Lei de Licitações do Brasil.

4.4. Lei de Licitações do Brasil de 1993

Embora a própria Constituição da República tenha autorizado o uso da legislação produzida no regime extraconstitucional (de abril de 1964 até março de 1985), somente em 21 de junho de 1993 foi sancionada e publicada a **Lei n. 8.666** pelo então Presidente da República Itamar Franco, regulamentando as disposições do inciso XXI do artigo 37 da Carta Política.

A Lei n. 8.666/1993 veio regrar a forma da relação entre o Estado e a sociedade civil, as **compras governamentais** necessárias para a manutenção das políticas públicas desde as mais comezinhas embora vultosas em escala (merenda e material escolar, suprimentos das forças armadas, material mobiliário da administração, transporte, insumos e serviços), até as mais complexas (contratação de construções de usinas de energia hidrelétrica e de energia nuclear, linhas de transmissão de energia, rodovias, portos, aeroportos).

A partir da Queda do Muro de Berlim os fenômenos sociais, científicos e políticos passaram ter nova dinâmica e velocidade, antevendo a chegada do século da comunicação, o século XXI.

A partir da década de 1990, o desenvolvimento acentuado das tecnologias, da robótica (automação industrial), principalmente as tecnologias relacionadas com sistemas de dados e comunicações, levou a sociedade a necessitar de novos procedimentos e novas respostas do Estado, tendo em vista a sua incapacidade de liderar sozinho processos de desenvolvimento econômico e social do país, pondo em xeque a Lei n. 8.666/1993.

4.5. As modificações da legislação administrativa no Brasil no século XXI

As necessidades contemporâneas da sociedade brasileira, bem como as dificuldades da Administração Pública como um todo, principalmente nas de compras governamentais, levaram ao ***pregão eletrônico*** com a publicação da **Lei n. 10.520, de 17 de julho de 2002, regulamentada pelo Decreto n. 5.450, de 31 de maio de 2005**

A **contratação e execução de obras** era outro desafio nacional. Geralmente, tais obras e seus consequentes serviços não eram entregues no prazo previsto, devido a problemas de

financiamento público, de licenciamentos necessários e às vezes supervenientes, de imprecisão de projetos, de inadimplemento da contratada, dentre os diversos motivos.

Esses gargalos agravaram o travamento da logística e infraestrutura do país, conforme registram Rosan Amaral e Felipe Cândico:

> [...] a quantidade de contratos fiscalizados pelos órgãos de controle públicos, notadamente pelos Tribunais de Contas, acrescida das formalidades decorrentes da Lei nº 8.666/1993, da limitação de recursos humanos, das necessidades de novas tecnologias para projetos, administração dos custos e projetos, do maior rigor com os necessários licenciamentos ambientais, desaguavam em atrasos de obras e os seus consequentes aumentos de custos advindos com os aditivos contratuais estabelecidos pelo artigo 65, inciso II, alínea 'd' e seu §1º, da citada lei (AMARAL; CÂNDIDO, 2015, p. 37).

Por outro lado, a Constituição da República de 1988 também anunciou uma modernização na relação do Estado com a sociedade, bem como na descentralização nas prestações de serviços públicos, como a possibilidade de terceirização de serviços públicos pelo regime da concessão e permissão (artigo 175 da CF). Porém, em harmonia com o artigo 37 e seu inciso XXI da Carta Política, sempre através de licitação pública.

As demandas da sociedade, dos agentes econômicos e até do próprio Estado (*lato sensu*) e sua administração, propiciaram o advento da **Lei n. 8.987, de 13 de fevereiro de 1995**, que dispõe sobre o **regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos** previsto no artigo 175 da Constituição Federal.

Este novo marco legal apresentou uma novidade: a possibilidade de que a concessão ou permissão não seja apenas para os serviços públicos, como também para *obras públicas* (artigo 1º da Lei n. 8.987/1995), bem como visou contemplar um vasto campo de prestação de serviços onde o Estado estava com dificuldades de atender a sociedade tais como rodovias, geração de energia, transmissão de energia, portos e, mais recentemente, aeroportos.

A novidade legislativa e institucional da Lei nº 8.987/1995 é que **afastou a incidência da Lei n. 8.666/1993,** posto que todos os requisitos do seu contrato administrativo e processo licitatório estão dispostos no seu próprio.

Outra novidade importante foi a quebra do *intuitu personae*. O artigo 26 da Lei n. 8.987/1995 previu a possibilidade da subconcessão dos serviços públicos. Ou seja, o contratado vencedor da licitação pode transferir a concessão para terceiros, observado os requisitos da própria lei, *in verbis*: "Art. 26. É admitida a subconcessão, nos termos previstos no contrato de concessão, desde que expressamente autorizada pelo poder concedente".

Nesta seara, foi sancionada e publicada a **Lei n. 11.079, de 30 de dezembro de 2004,** que instituiu normas gerais para licitação e contratação de ***parceria público-privada*** no âmbito da administração pública, com contraprestação pecuniária do parceiro público.

Estas modalidades de concessão não devem ser confundidas com a concessão comum (Lei n. 8.987/1995) porque nesta última não há qualquer contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado (artigo 2º, §3º da Lei n. 11.079/2004).

A Lei n. 11.079/2004 confirmou a **tendência de restringir a incidência da Lei nº 8.666/1993 nos novos institutos de contratos administrativos** conforme se constata na exegese do seu artigo 3º e seus parágrafos.

A maior modificação no regramento dos contratos administrativos após a Lei 8.666/1993 veio com a publicação da Medida Provisória n. 527 de 2011, convertida na **Lei n. 12.462, de 04 de agosto de 2011**, que instituiu o *Regime Diferenciado de Contratações Públicas*, inicialmente para atender os compromissos internacionais que o Brasil assumiu para a realização tempestiva de eventos (Copas da FIFA e Olimpíadas).

A Lei n. 12.462, de 04 de agosto de 2011, que instituiu o Regime Diferenciado de Contratações Públicas, já deixou claro a que veio em seu artigo 1º, §2º:

> A opção pelo RDC deverá constar de forma expressa do instrumento convocatório e **resultará no afastamento das normas contidas na Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993**, exceto nos casos expressamente previsto nesta Lei.

O artigo 2º da Lei n. 12.462/2011 já demonstra a diferença das limitações com o artigo 7º da Lei n. 8.666/1993 visando atender às necessidades contemporâneas da administração e da sociedade, seja o cidadão destinatário final das obras, ou seja, o empresário ou construtor.

Com o advento da Lei 13.190/2015, a aplicação da Lei do *RDC* também foi autorizada nos âmbitos de estabelecimentos penais/unidades socioeducativas, mobilidade urbana, infraestrutura e sistemas públicos de ensino e de pesquisa, ciência e tecnologia.

Outra mudança explícita de regramento trazida pela Lei n. 12.462/2.011 é a relativa ***compra de bens***, em face da Lei n. 8.666/1993.

Enquanto o artigo 14 da Lei n. 8.666/1993 dispõe (porque ainda em transição para a nova lei) que "**nenhuma compra será feita sem a adequada caracterização de seu objeto** e indicação dos recursos orçamentários para seu pagamento, sob pena de nulidade do ato e responsabilidade de quem lhe tiver dado causa", o artigo 7º da Lei n. 12.462/2.011 **autoriza a administração a indicar marca ou modelo dos bens que pretende comprar** atendido alguns critérios como "padronização do objeto, única capaz de atender às necessidades da entidade contratante, ou descrição do bem ou objeto puder ser melhor compreendida com a marca ou modelo de referência".

A Lei n. 12.980/2014, que é a conversão da Medida Provisória nº 630/2013, apresentou também outras modificações ou inclusões na Lei n. 12.462/2.011 (RDC), como a ***contratação integrada*** (art. 9º da RDC). A *contratação integrada* permite a elaboração e o desenvolvimento

dos projetos básico e executivo, a execução de obras e serviços de engenharia, a montagem, a realização de testes, a pré-operação e todas as demais operações necessárias e suficientes para a entrega final do objeto (artigo 9º, §1º, dado pela Lei n. 12.980/2014).

Em um trabalho minucioso e específico sobre a Lei n. 12.462/2011 de Bicalho e Motta (2014, p. 81) se extrai uma conclusão que este *novel* atingiu seus objetivos:

> Em outras palavras: ao vincular o objetivo da melhor relação entre custos e benefícios para o setor público a uma diretriz detalhada dos parâmetros definidores da maior vantagem – como deflui do inciso III do art. 4º - e criar o mecanismo de remuneração variável vinculada ao desempenho, além do contrato de eficiência, a norma deixa entrever o caminho para uma concepção contemporânea da licitações e contratos que pressupõem a obtenção de resultados positivos para a Administração expressos numa vantagem *concretamente* aferível.

Além do abandono de muitas formalidades da Lei n. 8.666/1993, o *RDC* também apresentou avanços contra os inconvenientes aumentos de custo das obras decorrente pela aplicação do artigo 65 da Lei n. 8.666/1993, os ***aditivos contratuais*** (§4º do artigo 9º da Lei 12.462/2011).

Os prazos do processo administrativo para a contratação pelo *RDC* são diferentes e menores do que os prazos da Lei n. 8.666/1993, como se constata no artigo 45 da Lei n. 12.462/2011 e bem demonstrado por Alécia Bicalho e Carlos Motta (BICALHO; MOTTA; Fórum,2014).

Em cima destas premissas, adveio a **Lei n. 13.303/2016** (*Estatuto das Estatais*), tal qual o *RDC*, apresentou muitos conceitos e definições aproveitados por esta nova lei de licitação (Lei n. 14.133/21): matriz de riscos, contratação integrada, anteprojeto de engenharia (art. 42, VII) e dispensa de licitação para as Empresas Públicas e Sociedades de Economia Mista até R$ 100.000,00 para obras e serviços de engenharia, bem como até R$ 50.000,00 para outros serviços e compras (art. 29).

Este *Estatuto das Estatais*, em seu artigo 8º, também acolheu sugestões da doutrina para a adoção do princípio da transparência, com exposição passiva dos seus dados financeiros, administrativos e projetos, tal qual na legislação norte americana e seu *Securities Act 1933 – Due Dilgence* (AMARAL; CÂNDIDO, 2015, p. 61-62).

Por fim, com a promulgação da Lei n. 14.133, de 1º de abril de 2021, oriunda do Projeto de Lei do Senado n. 559 de 2013, chegamos ao atual marco legal para os contratos públicos – a nova Lei de Licitações -, sobre a qual faremos o cotejamento em face a Lei 8.666/1993.

4.6 A nova Lei de Licitações do Brasil

Finalizando este capítulo, após compilar a legislação administrativa brasileira relativa

aos contratos estatais ou públicos acima, feita em análise sincrônica e diacrônica, se faz necessário cotejar as principais diferenças entre a antiga Lei de Licitações (Lei n. 8.666/1993) e a nova Lei de Licitações (Lei n. 14.133/2021).

A partir do livro "Manual da Nova Lei de Licitações", Amaral (2021, p. 21-24), como observação inicial, registra que boa parte do projeto de lei original (PLS 559/2013, relatado na Comissão Especial do Senado pela Senadora Katia Abreu/TO) consistiu em adaptações dos principais textos normativos vigentes sobre licitações e contratos, quais sejam: a Lei nº 8.666, de 1993 (Lei Geral de Licitações); a Lei nº 10.520, de 2002 (Lei do Pregão); a Lei nº 12.462, de 2011 (Lei do Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC).

Esta nova lei foi a mais profunda mudança na Lei de Licitações após 27 anos, estipulando punições mais duras para a corrupção e mais flexibilidade para as contratações.

Além do conceito quantitativo de *grande vulto* (acima de R$ 200 milhões), o artigo 6º da Lei 14.133/2021 também apresenta novidades nestas definições que vão até o inciso LX, dentre elas gloso: *termo de referência, anteprojeto, projeto básico,* projeto *executivo, matriz de risco* e as *empreitadas* (por preço único, por preço global e integral).

O procedimento de licitação continua o mesmo da Lei n. 8.666/1993. De igual forma, conforme disposição do artigo 193 da Lei n. 14.133/2021, somente teve revogação imediata os artigos 89 a 108 desta (Crimes e Procedimentos), enquanto a revogação total da Lei n. 8.666/1993, da Lei n. 10.520/2002 (Pregão Eletrônico) e dos artigos 1º a 47-A da Lei n. 12.462/2011 (RDC) somente ocorrerá após 02 anos da publicação desta nova Lei. No entanto, a Administração poderá optar pelo sistema das leis antigas ou pelo sistema na Lei n. 14.133/2021 (art. 191).

Como tendência legislativa já observada na Lei do *RDC*, a nova lei de licitações também vem restringindo o *intuito persona*, quando permite mais de uma empresa cumprindo o mesmo serviço (art. 49 da Lei n. 14.133/2021).

Para simplificar a Administração, principalmente dos pequenos e médios Municípios, o valor limite para dispensa de licitação agora é de R$ 50.000,00, bem como fica dispensado contrato de compras e serviços no valor inferior a R$ 10.000,00 (Lei n. 14.133/2021, art. 95).

Após a *RDC* (Lei n. 12.462/2011) ter vedado o aditivo contratual nas *contratações integradas* (art. 9º, §4º), a Lei n, 14.133/2021 o reintroduziu no Capítulo VII (*Da Alteração dos Contratos e dos Preços*) do Título III – art. 124-II "d". Agora, para algumas majorações nas obrigações, sequer é necessário o aditivo contratual de valor, podendo serem realizadas por apostilamento como disposto no art. 136.

Foram introduzidas <u>modificações</u> como *projeto básico* (estava previsto *projeto*

completo no projeto aprovado no Senado; o substitutivo da Câmara o subdividiu em *projeto básico* que foi mantido no Senado – art. 6º, XXV da nova lei) - e *projeto executivo* (nenhuma licitação de obra sem o *projeto executivo*), *contratação integrada, PMI* (empresas que fizeram o projeto participarem da disputa) – vetado pelo art. 14 do substitutivo da Câmara mas autorizado quando for contratações integradas ou contratação de obra ou serviço que inclua o encargo e elaboração do projeto básico e do projeto executivo (14, §4º, da Lei 14.133/21), *orçamento global* (antes o orçamento era por itens da obra), *e um tópico próprio para as Licitações Internacionais,* possibilidade de a seguradora retomar a obra (art. 99 c/c 102 da nova lei) bem como inovações: *matriz de risco, diálogo competitivo, contrato de eficiência, critérios de seleção, exequibilidade, restrições a terceirização, pré-qualificação, arbitragem, introdução na fase externa da "fase de preparação".*

Por fim destacamos nas Disposições Transitória e Finais a faculdade dos entes federativos instituírem *centrais de compra* (artigo 181 da Lei n. 14.133/2021), originada no Direito Administrativo italiano e sua criação da *Consip*, que permite a licitação compartilhada entre os entes do consórcio.

Tal possibilidade já prevista no ordenamento jurídico brasileiro desde a última década (Lei n. 11.107/2005) se tornou realidade de nordeste brasileiro onde os governadores estaduais já instituíram e implantaram as *compras em grande escala* juntando as necessidades de cada ente federativo, como a compra de vacinas e medicamentos. Também se destaca nesta inovação a Central de Serviços Compartilhados (*shared servisse*), criado pelo Estado de Minas Gerais, e a Central de Compras do Governo Federal (originário do *central bodie purchaising* italiano/europeu).

5. O QUE SOMOS, O QUE QUEREMOS SER E QUAL O CAMINHO?

Antes deste artigo responder à pergunta que encerra a introdução deste artigo acima ("se a nova lei de licitações avançou ou retrocedeu com seus novos marcos do contrato administrativo público, e sua contribuição para a desjudicialização perseguida pelos Poderes constituídos?"), se faz necessário outras indagações para descobrir as necessidades da sociedade brasileira de paramentar as compras governamentais, como fundamento filosófico da construção legislativa.

5.1 A ação e manifestação do homem em comunidade

Pois em toda ação a intenção principal do agente, quer ele aja por necessidade natural

> ou vontade própria, é revelar sua própria imagem. Assim é que todo agente, na medida em que age, sente prazer em agir; como tudo o que existe deseja sua própria existência, e como, na ação, a existência do agente é, de certo modo, intensificada, resulta necessariamente o prazer [ ] Assim, ninguém age sem que (agindo) manifeste o seu eu latente (apud ARENDT, 2007, p. 188-189).

Com a citação de Dante Alighieri, Hanna Arendt (ARENDT, 2007, p. 188-189) ilustra sua compreensão de que "a ação e o discurso são os modos pelos quais os seres humanos se manifestam uns aos outros, não como meros objetos físicos, mas enquanto homens". E completa: "É com palavras e atos que nos inserimos no mundo humano; e esta inserção é como um segundo nascimento, no qual confirmamos e assumimos o fato original e singular do nosso aparecimento físico original".

Após estas digressões que, no entanto, estão nos fundamentos do pensamento científico e filosófico no campo do Direito, se torna necessário responder as perspectivas que o direito administrativo nos apresenta no campo das compras governamentais.

Porém, sem a abertura da razão aos elementos e justificativas da filosofia, uma análise do fenômeno e suas possíveis variantes certamente terá óbices e dificuldades para uma conclusão apropriada.

Ao continuar com Arendt se depara que o conceito ou uso da expressão *vita activa* vai além do seu conceito ou uso da contemplação (*theoria*) na hierarquia tradicional consagrada a partir do cristianismo e de Agostinho em *De Civitate Dei* (apud ARENDT, 2007, p. 18). Para a escritora, com o fim das cidades-estados a expressão *vita activa* perdeu seu significado político e passou a abraçar "todo tipo de engajamento ativo nas coisas deste mundo [ ] uma necessidade da vida terrena" (ARENDT, 2007, p. 22). Tal conceito está em conflito com a tradição devido a hierarquia tradicional valorizar em demasia a contemplação e conclui: "o uso que dou à expressão *vita activa* pressupõe que a preocupação subjacente a todas as atividades não é a mesma preocupação central da *vita contemplativa*, como não lhe é superior nem inferior" (ARENDT, 2007, p. 22).

A partir do pensamento de Agostinho (que propôs a caridade como pedra angular das relações humanas e, assim, criar um princípio político formador de um *corpus*) e passando pela concepção aristotélica do *affectio societas* que molda a *polis* como um espaço político comum dos negócios humanos, Arendt registra Aristóteles nesta concepção: "ao considerar os negócios humanos não se deve [ ] considerar o homem como ele é nem considerar o que é mortal nas coisas mortais, mas pensar neles (somente) na medida em que têm a possibilidade de se tornarem imortais". (ARISTÓTELES em Ética a Nicômaco apud ARENDT, 2007, p. 65-66)

Arendt (2007) conclui a importância do espaço público ou comum que leva a cada um ter a confiança que a responsabilidade política constitui um ônus aceito em prol do bem-estar e

da salvação daqueles que esta responsabilidade liberta do ônus dos negócios públicos.

Assim, juntando estas duas premissas, é permitido concluir que é na sua comunidade (*res publica*, em Roma; *polis*, em Athenas) que o homem tem o seu *agir* com o seu discurso.

5.2 A Filosofia Política na busca do melhor governo

Segundo Perrone-Moisés (2021), Norberto Bobbio cita a existência de quatro significados possíveis para a noção de filosofia política, que correspondem a quatro tipos de investigação: O primeiro consistiria na ideia da filosofia política como busca da melhor forma de governo ou da ótima República; O segundo, da investigação do fundamento do Estado, com a consequente justificação ou injustificação da obrigação política, ou seja, da legitimidade do poder político; O terceiro tipo é aquele que visa à determinação do conceito geral de política, ou da essência da categoria do político, seja por meio da "autonomia da política" em relação à moral, seja por meio da delimitação de seu campo em relação à economia ou ao direito; Finalmente, a quarta concepção parte da ideia da filosofia como metaciência, de modo que a filosofia política teria como tarefa a investigação dos pressupostos e das condições da validade da ciência e a análise da linguagem política.

Porém, a autora registra uma advertência de Bobbio: "não há teoria tão asséptica que não permita entrever elementos ideológicos que nenhuma pureza metodológica pode eliminar totalmente" (BOBBIO apud PERRONE-MOISÉS, 2021). Ela teoriza que Bobbio parece oscilar entre uma filosofia política puramente cognoscitiva e uma filosofia propositiva, mas, na verdade, apresenta em sua obra as duas dimensões.

A partir da teoria política de Norberto Bobbio, se constata uma filosofia propositiva nas construções ou modificações das legislações.

5.3 Como o Direito deve ser?

> O público compõe um tribunal que é mais poderoso do que todos os outros tribunais juntos (BENTHAM, 1791).

Esta constatação do jurista e filósofo inglês Jeremy Bentham levou-o a se preocupar como as leis deveriam ser produzidas. A partir da insustentabilidade do conteúdo moral como validade do direito, apresentou uma doutrina nos princípios procedimentais e finalísticos na criação das leis em seu livro *Nomography; or the art of inditing laws* (BENTHAM, 1843) onde ele defende o **Princípio da Utilidade**.

Em artigo publicado na *Revista Brasília*, Barros Mota (2021, p. 285-287) aponta o pensamento visionário de Jeremy Bentham e, a partir do pensamento positivista, destaca o

caráter científico do estudo do Direito em sua "arte da legislação".

Antes de tal conclusão, Barros Mota (2012, p. 286) analisa uma publicação de Bentham de 1843 (*Nomography; or the art of inditing laws*[4]) e observa que a utilização como método de um vocabulário moralmente neutro no discurso jurídico e político é um dos legados da doutrina Bentham, como a insustentabilidade do conteúdo moral como validade do Direito e observa as duas vertentes a fundamentar sua teoria do Direito: *expository jurisprudence*, destinada a conhecer o Direito como ele é; *censorial jurisprudence*, com o objetivo em determinar como o direito deve ser (que é a parte propositiva do *A Arte da Legislação*).

Assim, a construção legislativa deve sempre procurar o melhor, inclusive para uma evolução de conceitos consolidados, desde que compatível com os marcos constitucionais vigentes.

Neste sentido, artigo de Deák e Nobre Júnior (2017) "vislumbra, ao lado das reservas absolutas de lei previstas no texto constitucional, uma reserva legal relativa, menos rígida". Citando Bandeira de Mello (1981, p. 96) com a possibilidade de a lei inovar, bem como a decisão do Ministro Eros Grau que relatou decisão unânime em julgamento no STF, os autores assim concluem:

> Com efeito, o princípio da legalidade não se encerra na dicção literal do inciso II do art. 5º, da Constituição Federal, tal como visto anteriormente. E nem pode tal dispositivo ser analisado de forma isolada, sem considerar o contexto em que se insere o princípio da legalidade no quadro constitucional. Com efeito, e nisto concordamos com Eros Roberto Grau (GRAU, 2014, p. 243), não faz sentido que a Constituição preveja inúmeros casos de reservas específicas de lei, sem considerar, ao mesmo tempo, que nos demais casos em que inexiste tal previsão, o princípio da legalidade opera de modo menos rígido, ensejando maior espaço para a normatização regulamentar.

De fato, Bandeira de Mello além de confirmar a possibilidade nas hipóteses não previstas nas reservas específicas de lei, também aponta outro princípio a se seguir na busca da melhor decisão administrativa que é o *Princípio da Boa Administração* que espelha o princípio da eficiência, lembrando a origem deste último princípio:

> O fato é que o princípio da eficiência não parece ser mais do que uma faceta de um princípio mais amplo já superiormente tratado, de há muito, no Direito italiano: o princípio da *boa administração*. Este último significa, como resulta das lições de Guido Falzone, em desenvolver a atividade administrativa *do modo mais congruente, mais oportuno e mais adequado aos fins a serem alcançados, graças à escolha dos meios e da ocasião de utilizá-los, concebíveis como os mais idôneos para tanto* (MELLO, 2015, p. 126).

Partindo para a conclusão deste capítulo e seus tópicos, na evolução das normas regulamentadoras das compras governamentais, o princípio do interesse público não é obstáculo para que se adeque a legislação administrativa adotando princípios comuns ao direito

[4] Em tradução livre: "A Arte da Legislação"

comparado ou direito transnacional posto que a nossa Constituição adotou o princípio da eficiência a partir da Emenda Constitucional n. 19 de 1998, que o incluiu no *caput* do artigo 37.

6 CONCLUSÃO: UMA OPORTUNIDADE PERDIDA

Marcos Baptistucci e Dálcio Reis (2005, p. 93-104), citando Michael Foucault, reportam a conclusão deste que "não existe o poder como algo unitário e sim formas heterogêneas em constante transformação [ ] o poder não é objeto, não é coisa, ele é prática social constituída historicamente".

É incontroverso que o Direito Administrativo brasileiro de origem umbilical com o Direito Administrativo francês, tem como princípio basilar o *Princípio da Primazia do Interesse Público sobre o Interesse Privado*.

Maria Sylvia Di Prieto e Carlos Vinícios Ribeiro (2010), em trabalho sobre a Supremacia do Interesse Público, reportam que está em Norberto Bobbio a origem deste princípio enraizado nos sistemas republicanos, principalmente nos sistemas jurídicos da *civil law*, quando assim sintetizam:

> Ensina Norberto Bobbio que a ideia do primado do público, que se desenvolveu como forma de reação contra a concepção liberal do Estado e que se funda sobre a 'irredutibilidade do bem comum à soma dos bens individuais', pode assumir diversas formas 'segundo o diverso modo através do qual é entendido o ente coletivo – a nação, a classe, a comunidade do povo – a favor do qual o indivíduo deve renunciar à própria autonomia'; em que todas essas formas, 'é comum a ideia que as guia, resolvível no seguinte princípio: o todo vem antes das partes'.

Porém, continuam Maria Sylvia e Carlos Vinicius, foi com a incorporação do conceito de *interesse geral* de Rousseau na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, como fundamento do Poder estatal, foi que o consentimento ou vontade de todos passou a ser a fonte de legitimidade do Poder e teorizou: "A vontade geral é manifestada através da lei; esta deriva da natureza das coisas e encontra seu fundamento na razão, segundo pensamento de Rousseau" (DI PRIETO; RIBEIRO, 2010, p. 89).

Em seguida, Maria Di Prieto e Carlos Reis concluem quanto a origem do Princípio do Interesse Público ou do Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Privado, a partir do surgimento do Estado Liberal:

> Pode-se dizer que o princípio do interesse público se desenvolveu no período do Estado Social de Direito, quando a atuação do Estado cresceu em todos os setores, como o objetivo de corrigir a profunda desigualdade social gerada pelo liberalismo (DI PRIETO; REIS, 2010, p. 92).

De fato, na concepção clássica do Estado Democrática de Direito, não existe Estado se não existir interesse público a ser tutelado. Sem a supremacia do interesse público sobre o

privado a razão de existência do Estado na forma Democrática de Direito perece. Projetando um pouco mais este hipotético cenário, se o interesse privado ou de corporações (que não são maioria) prevalecerem na forma positivada como "interesse público" aí não estaremos a discutir mais o Estado Democrático de Direito e sim um Estado Autoritário.

Porém, o que este artigo propõe é uma análise da evolução legislativa dos contratos administrativos das compras governamentais à luz do princípio constitucional da eficiência e do desenvolvimento econômico e social.

E dentro da busca e realização do princípio da eficiência se busca resultados através de sinergia e compatibilidade com modelos e formas de contratos aplicados em outros países, inclusive países que também adotam o sistema jurídico do *civil law*.

Na busca e na realização do princípio da eficiência também se busca resultados através da adoção de métodos de redução de custos e padronização racional e interativa com os métodos e padronização de outros países, sem, contudo, se alterar ou relativizar o princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado.

Quando um país exige um **seguro garantia de 100%** (cem por cento) no valor da obra ou do serviço a ser contratado, isto não é mitigar o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado. Ao passo que limitar o seguro garantia a até 30% (trinta por cento) – artigo 99 da Lei n. 14.133/2021 -, mesmo considerando um avanço em face do seguro garantia da Lei n. 8.666/1993 que era de até 10% (dez por cento), no valor do objeto licitado pode estar a relativizar sim o princípio do interesse público.

É certo que a supremacia dos interesses públicos sobre os interesses privados concede privilégios e prerrogativas a Administração quando entes privados contratam com entes públicos. Em todo contrato da Administração, como requisito, deve haver as cláusulas exorbitantes que asseguram a supremacia da Administração sobre o particular, também denominadas cláusulas de privilégio ou de prerrogativas.

O mesmo ocorre com uma **vedação de aditivos contratuais**. Não significa o fim do equilíbrio econômico do contrato, a própria existência nos contratos administrativos da possibilidade de aditivo *prima face* leva a indagar em que se relaciona com o princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado. Afinal, ainda é do Judiciário em caso de controvérsia por derivação de competência constitucional preceituada no artigo 37 e seu inciso XXI e artigo 5º inciso XXXV da Constituição.

Assim, há um retrocesso na nova legislação de compras governamentais posto que na licitação pelo *Regime Diferenciado de Contratação* instituída pela Lei n. 12.462/2011 havia (revogada que foi agora pela Lei n. 14.133/2021) no seu art. 9º §4º: "na contratação integrada

é vedada a celebração de termos aditivos nos contratos celebrados".

Ao se adotar mecanismos como o previsto nos processos de compras governamentais dos Estados Unidos (*performance bond* e *value engineering*) se aproximaria de uma padronização comum com o direito comparado, facilitando as regras e procedimentos sem que haja qualquer comprometimento ao princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado nos contratos administrativos.

Ao se adotar mecanismos como o *performance bond* tal qual no *Regime Diferenciado de Contratação* (Lei n. 12.262/2011) para obras de grande porte, em caso de mora ou impossibilidade do contratado continuar com a execução do contrato administrativo, se **evitaria a judicialização** dando opção à Seguradora executar a obra ou quitar o sinistro.

A adoção do seguro garantia de 100% do valor do contrato leva desnecessidade de se adotar outras e diversas garantias contratuais que acabam por desinteressar outros fornecedores ou concorrentes a participarem do processo licitatório.

Estes métodos comuns que se encontram no direito comparado podem ser aplicados no Brasil e com notórios resultados na eficiência, no desenvolvimento social e econômico, bem como na desjudicialização ao ser medidas auditáveis de execução extrajudicial.

Neste sentido, a tese de mestrado de Caio Cordeiro (CORDEIRO, 2015, p. 101), citando André Rosilho em "Licitações no Brasil" (2013, p. 105), observa um conflito de princípio legislativo ao se legislar sobre as licitações públicas: se uma lei rica em detalhes, minuciosa e capaz de restringir a discricionaridade do Administrador (maximalista); ou uma lei apenas com elementos essenciais, com descrição apenas do básico (minimalista). No entanto, ao que a nova Lei de Licitações indica, ainda continuamos maximalista e no meio do caminho para uma padronização mínima como nos demais países.

Ao legislador incumbe melhorar os marcos legislativos dentro da filosofia proposta por Jeremy Bentham citada acima e, ao assim fazer, também se atenderá a busca da eficiência e **desjudicialização** enunciadas pelas Emendas Constitucionais n. 19/1998 e n. 45/2004.

A nova legislação de licitações trousse avanços notórios. Porém, houve retrocessos apresentados pelas últimas leis de regência.

Também nesta tendencia normativa de busca de *consensualidade* foi publicada a Lei n. 13.465/2017 que instituiu a possibilidade do Usucapião Extrajudiciário. Ferraz e Gouveia (2016, p. 477-532) analisam este tema em direito comparado com Portugal como medida de busca de equilíbrio entre autoridade e liberdade através da *consensualidade*.

A simplificação de métodos e sistemas podem aumentar a sinergia social e econômica com um mundo conectado pela tecnologia e interesses comuns, trazendo maior

desenvolvimento nestes campos, sem, contudo, comprometer o princípio da segurança jurídica e da prevalência do interesse público sobre o interesse particular, cânone do Estado Democrático de Direito de uma república.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Rosan de Sousa. **Manual da Nova Lei de Licitações**. Belo Horizonte: Fórum (em edição), 2021.

AMARAL, Rosan de Sousa; CÂNDIDO, Felipe Fagundes. **As Recentes Modificações da Legislação Administrativa e os seus reflexos nos contratos, na sociedade e na Administração**. Brasília/DF: Ed. Conselho Federal da OAB, 2015.

ARENDT, Hannah. **A Condição Humana**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

BAPTISTUCCI, Marcos Viceconte; REIS, Dálcio Roberto dos. As relações de poder – do mercantilismo à era do conhecimento. **Revista Gestão Industrial**, v. 01, n. 02, p. 93-104, 2005. Disponível: https://periodicos.utfpr.edu.br/revistagi/article/view/168/164. Acesso: 21 maio 2021.

BARROS MOTA, Louise Menegaz. Jeremy Bentham: Entre o esquecimento e o retorno às ideias de um visionário. **Revista Digital do Senado Federal**, v. 49, n. 196, out./dez., 2012. Disponível: https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/496628. Acesso: 11 maio 2021.

BENTHAM, Jeremy. **Nomography**: or the art of inditing laws. *The Works of Jeremy Bentham*, Londres: Marshall & Co., 1843.

BENTHAM, Jeremy. **The works of Jeremy Bentham**: Londres: Marshall & Co., 1791.

BICALLO, Alécia Paolucci Nogueira; MOTTA, Carlos Pinto Coelho. **RDC**: Comentários ao Regime Diferenciado de Contratação. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

BITENCOURT NETO, Eurico. Direito Administrativo Transnacional. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 18, maio/julho, 2009. Disponível em: http://www.direitodoestado.com.br/codre vista.asp?cod=375 . Acesso: 20 maio 2021.

BLIACHERIENE, Ana Carla. **Controle da Eficiência do Gasto Orçamentário**. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

BOBBIO, Norberto. **Teoria Geral da Política**. Rio de Janeiro, Atlas, 2000.

COMPARATO, Fábio Konder. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, n. 35, p. 39-48, abr./jun., 1998.

CORDEIRO, Caio Barros. **As Aquisições Públicas na Itália à Luz do Direito Administrativo Europeu**: Estudo de caso do sistema CONSIP e aproximações com a realidade brasileira. 2015 Dissertação (Mestrado em Direito) UFMG, Belo Horizonte, 2015. Disponível em: https://repo sitorio.ufmg.br/bitstream/1843/BUBD-A3XHJF/1/dissertacao___caio_cordeiro_for matada_e_revisada_impressa_banca.pdf. Acesso: 25 maio 2021.

DEÁK, Renato Albuquerque; NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. O princípio da legalidade e os limites do poder regulamentar. **Revista Acadêmica da Faculdade de Direito do Recife**, v. 89, n. 01, p. 144-167, jan.-jun., 2017.

DI PRIETO, Maria Sylva Zanella. **Direito Administrativo**. 29. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

DI PRIETO, Maria Sylva Zanella; RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves. **Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito Administrativo**. 29. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

FERRAZ, Luciano. **Controle e Consensualidade**: Fundamentos para o controle consensual da Administração Pública. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020.

FERRAZ, Luciano; GOUVEIA, Jorge B. Procedimento Expropriatório e Administração Pública Dialógica. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, Belo Horizonte, n. 113, p. 477-532, jul.-dez., 2016.

GRAU, Eros Roberto. **O Direito Posto e o direito pressuposto.** São Paulo: Malheiros, 2014.

GUERREIRO, Gabriela. Congresso amplia a toda obra pública o regime diferenciado de contratação. **Folha de S. Paulo**, Brasília, 23 mar. 2014. Disponível em: http://www1.folha.uol.com.br/poder/2014/03/1430847-congresso-amplia-a-toda-obra-publica-o-regime-diferenciado-de-contratacao.shtml. Acesso em: 03 maio 2021.

IPEA. **PIB no Brasil e no Mundo**, 2018. Disponível: https://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/TDs/td_0930.pdf. Acesso: 12 maio 2021.

LOPES, Roberta. RDC pode ser estendido a obras não voltadas para a Copa. **Agência Brasil**, 2011. Disponível: http://memoria.ebc.com.br/agenciabrasil/noticia/2011-12-08/rdc-pode-ser-estendido-obras-nao-voltadas-para-copa. Acesso: 03 maio 2021.

MEIRELLES, Hely Lopes; AZEVEDO, Eurico de Andrade; ALEIXO, Délcio Balestero; e BURLE FILHO, José Emmanuel. **Direito Administrativo Brasileiro**. 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2015.

MOREIRA, Heloísa Camargos; MORAIS, José Mauro de. **Compras Governamentais**: Políticas e Procedimentos na Organização Mundial de Comércio, União Européia, Nafta, Estados Unidos e Brasil. IPEA, 2002. Disponível: https://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=4174. Acesso: 12 maio 2021.

PERRONE-MOISÉS, Claudia. Bobbio e a teoria política na lição dos clássicos. **Revista Cult**, 2021. Disponível: https://revistacult.uol.com.br/home/bobbio-e-a-teoria-politica-na-licao-dos-classicos. Acesso: 09 maio 2021.

ROSILHO, André. **Licitações no Brasil**. São Paulo: Malheiros, 2013.

TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial e os direitos fundamentais. **Revista de Direito da Procuradoria Geral**, Rio de Janeiro, n. 42, p. 69-70, jul.-set., 1990.

UOL, Vestibular. **Tráfico de negros atende as exigências do mercantilismo**, 2021. Disponível: https://vestibular.uol.com.br/resumo-das-disciplinas/historia-do-brasil/trafico-de-negros-atende-as-exigencias-do-mercantilismo.htm Acesso: 19 maio 2021.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. **Revista de Direito GV**, São Paulo, v. 04, p. 441-464, jul.-dez., 2008.