



O DEVER DO ESTADO BRASILEIRO USAR AS LICITAÇÕES E AS CONTRATAÇÕES PÚBLICAS PARA A PROMOÇÃO DA CIÊNCIA, TECNOLOGIA E INOVAÇÃO NACIONAL

Luciano Elias Reis

ADVERTIMENT. L'accés als continguts d'aquesta tesi doctoral i la seva utilització ha de respectar els drets de la persona autora. Pot ser utilitzada per a consulta o estudi personal, així com en activitats o materials d'investigació i docència en els termes establerts a l'art. 32 del Text Refós de la Llei de Propietat Intel·lectual (RDL 1/1996). Per altres utilitzacions es requereix l'autorització prèvia i expressa de la persona autora. En qualsevol cas, en la utilització dels seus continguts caldrà indicar de forma clara el nom i cognoms de la persona autora i el títol de la tesi doctoral. No s'autoritza la seva reproducció o altres formes d'explotació efectuades amb finalitats de lucre ni la seva comunicació pública des d'un lloc aliè al servei TDX. Tampoc s'autoritza la presentació del seu contingut en una finestra o marc aliè a TDX (framing). Aquesta reserva de drets afecta tant als continguts de la tesi com als seus resums i índexs.

ADVERTENCIA. El acceso a los contenidos de esta tesis doctoral y su utilización debe respetar los derechos de la persona autora. Puede ser utilizada para consulta o estudio personal, así como en actividades o materiales de investigación y docencia en los términos establecidos en el art. 32 del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual (RDL 1/1996). Para otros usos se requiere la autorización previa y expresa de la persona autora. En cualquier caso, en la utilización de sus contenidos se deberá indicar de forma clara el nombre y apellidos de la persona autora y el título de la tesis doctoral. No se autoriza su reproducción u otras formas de explotación efectuadas con fines lucrativos ni su comunicación pública desde un sitio ajeno al servicio TDR. Tampoco se autoriza la presentación de su contenido en una ventana o marco ajeno a TDR (framing). Esta reserva de derechos afecta tanto al contenido de la tesis como a sus resúmenes e índices.

WARNING. Access to the contents of this doctoral thesis and its use must respect the rights of the author. It can be used for reference or private study, as well as research and learning activities or materials in the terms established by the 32nd article of the Spanish Consolidated Copyright Act (RDL 1/1996). Express and previous authorization of the author is required for any other uses. In any case, when using its content, full name of the author and title of the thesis must be clearly indicated. Reproduction or other forms of for profit use or public communication from outside TDX service is not allowed. Presentation of its content in a window or frame external to TDX (framing) is not authorized either. These rights affect both the content of the thesis and its abstracts and indexes.



LUCIANO ELIAS REIS

**O DEVER DO ESTADO BRASILEIRO USAR AS LICITAÇÕES E AS
CONTRATAÇÕES PÚBLICAS PARA A PROMOÇÃO DA CIÊNCIA, TECNOLOGIA
E INOVAÇÃO NACIONAL**

Curitiba / Tarragona

2020

UNIVERSITAT ROVIRA I VIRGILI

O DEVER DO ESTADO BRASILEIRO USAR AS LICITAÇÕES E AS CONTRATAÇÕES PÚBLICAS PARA A PROMOÇÃO DA CIÊNCIA,
TECNOLOGIA E INOVAÇÃO NACIONAL

Luciano Elias Reis



FAIG CONSTAR que aquest treball, titulat “El deure de l'Estat Brasiler d'usar la contractació pública per a la promoció de la ciència, tecnologia i innovació nacional”, que presenta Luciano Elias Reis per a l'obtenció del títol de Doctor, ha estat realitzat sota la meua direcció al Departament Dret Públic d'aquesta universitat.

HAGO CONSTAR que el presente trabajo, titulado “El deber del Estado Brasileño de usar la contratación pública para la promoción de la ciencia, tecnología e innovación nacional”, que presenta Luciano Elias Reis para la obtención del título de Doctor, ha sido realizado bajo mi dirección en el Departamento de Derecho Público de esta universidad.

I STATE that the present study, entitled “The duty of the Brazilian State to use public procurement for the promotion of national science, technology and innovation”, presented by Luciano Elias Reis for the award of the degree of Doctor, has been carried out under my supervision at the Department of Public Law of this university.

TARRAGONA, 12 DE FEBRERO DE 2020.

LOS DIRECTORES DE LA TESIS DOCTORAL

O DEVER DO ESTADO BRASILEIRO USAR AS LICITAÇÕES E AS CONTRATAÇÕES PÚBLICAS PARA A PROMOÇÃO DA CIÊNCIA, TECNOLOGIA E INOVAÇÃO NACIONAL

Tese apresentada como requisito parcial para a conclusão do Curso de Doutorado em Direito Econômico e Social do Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná e no Curso de Doutorado em Derecho de la Administración na Universitat Rovira I Virgili, conforme convênio de regime de cotutela.

ORIENTADORES: PROF. DR. EMERSON GABARDO
PROF. DR. ENDRIUS COCCILO
PROF. DRA. MARINA RODRÍGUEZ

BEAS

Curitiba / Tarragona

2020

AGRADECIMENTOS

Como é bom recordar das pessoas que me ajudaram nesta jornada acadêmica do doutorado e também dos meus estudos desde pequeno. Agradecer é a atitude mais sábia de um ser, pois é sabido que sozinho nada se alcançará e sem as bases qualquer edificação declinará.

Primeiramente, agradeço a Deus pelas oportunidades e pela boa vida (boa) que me proporciona com muita saúde e afeto dos amigos e familiares que me avizinham, sem a sua força, sua luz e seu poder nada seria possível.

Ao Professor Emerson Gabardo, exemplo de jurista e cientista, que foi um excelente orientador e sempre presente nas fases da pesquisa. Além disso, agradeço-lhe pelas diversas oportunidades acadêmicas que tem me proporcionado, pelo singular incentivo na ida para a Espanha e pelas críticas que me serviram para o contínuo amadurecimento.

Ao Professor Endrius Cocciolo da Universitat Rovira i Virgili, que, além de me recepcionar muito bem em Tarragona, transmitiu e compartilhou uma visão avançada e interligada do Direito, do Meio Ambiente e da Concorrência.

À Professora Marina Rodríguez Beas da Universitat Rovira i Virgili que com seus textos e orientação me ajudaram para que pudesse compreender a realidade das licitações e dos contratos espanhóis; doutro lado, pude auxiliá-la para que compreenda a língua portuguesa ao ler toda a tese.

Ao meu sócio e irmão Rafael Knorr Lippmann pela compreensão e incessante ajuda no aspecto profissional e acadêmico, sendo que foi, e é, imprescindível para a maturação dos meus pensamentos críticos acadêmicos e profissionais.

Ao amigo de longa data Rodrigo Cipriano dos Santos Risolia pela sua criteriosa leitura, revisão e crítica ao texto, bem como pelas palavras de apoio.

Aos amigos Fabrício Verdolin de Carvalho, Rodrigo Cipriano dos Santos Risolia, Rafael Polli Carvalho e Rodrigo Polli Carvalho, os quais de uma forma, direta ou indireta, contribuíram para este trabalho e para o meu crescimento.

Aos amigos e Professores de Direito Administrativo Edgar Guimarães, Daniel Wunder Hachem, Regina Nery Ferrari, Paulo Reis, Anderson Pedra, Ronny Charles,

Marcus Alcântara, Gabriela Pércio, Horácio Ferragino, Rodrigo Pironti Aguirre de Castro, Felipe Gussoli, Vivian Lima do Valle, Adriana Schier, José Anacleto Abduch Santos, Hamilton Bonatto, André Luiz Freire, Daniel Ferreira, Eduardo Tesseroli e Helton Kramer, os quais têm sido companheiros de estudos do Direito Administrativo e acima de tudo meus tutores para diversas revisões teóricas, inspiradores para a continuidade nos estudos, bem como para novos projetos profissionais.

Aos Professores Marçal Justen Filho, Joel de Menezes Niebuhr e Romeu Felipe Bacellar Filho que servem de exemplos para a contínua reflexão crítica, estudo sério e comprometido para a melhoria do cenário das contratações públicas brasileiras.

Aos Professores do querido Centro Universitário Curitiba – UNICURITIBA que tem sido a minha casa desde a minha graduação nos idos de 2000 e que a partir de 2011 na docência da cadeira de Direito Administrativo, em especial aos Professores José Mario Tafuri e Tanya Kozicki.

Ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná – PPGD e aos amigos do Doutorado que foram excelentes companheiros nesta jornada, em especial a todos da nossa querida turma de jantar do ano de 2016-1, e à querida Eva por todo auxílio na parte da secretaria. Aqui não poderia deixar de fazer um destaque para a querida Anna Luisa de Santana, a qual sempre esteve junto para agregar com palavras de incentivo, dividir as angústias do processo de sanduíche e subsidiar na tradução da introdução e conclusão.

Ao Programa de Pós-Graduação em Direito Administrativo da Universitat Rovira i Virgili que muito me enobreceu com a possibilidade de estudar em uma série instituição de ensino espanhola, sendo marcante para a minha vida pessoal e profissional os seis meses ali vividos, os dois anos de curso e a viabilidade de aprender com o Professor Josep Ramon Fuentes i Gasó e com os amigos Laura Presicce, Itzel Ramos Olivares e Jerônimo Basílio São Mateus.

Aos meus pais e professores de vida, João Alves de Miranda Reis e Eliane Soares Elias Reis, que sempre foram e sempre serão os meus mestres, devo-lhes tudo e principalmente os valores, os princípios e a educação ensinados.

Aos meus irmãos Leandro Elias Reis e Lisiane Elias Reis pelo amor fraternal e respeito, bem como pelo incomensurável estímulo, apesar da minha ausência nos últimos tempos.

Ao meu querido cunhado Piero Barbato que tem sido um grande amigo e incentivador desta jornada, bem como à querida cunhada Renata Fonseca pelo carinho.

À minha amada Ana Paula Zanette, a qual foi compreensiva, amorosa, parceira de Espanha, amiga e muito companheira para que um sonho pudesse ser concretizado, até porque não é fácil aguentar a ausência, a ansiedade e o nervosismo de um parceiro que tem o defeito do perfeccionismo.

Ao pequeno e gigante Antônio, que me mostrou o quão é linda a vida, o quão ímpar é o amor paternal e que todos os dias me ensina de tudo, rogando a Deus para que possa tirar dez na árdua tese de educá-lo e então ser compensado com os seus beijos e abraços.

Ao mais novo membro ou membra da família, que apesar dos obstáculos já passados, peço para Deus sempre iluminar, conceder muita saúde e abençoar em toda vida. Seja muito bem vindo(a)!

Resumo

A tese apresentada no Programa de Pós-Graduação em sentido estrito em Direito na Pontifícia Universidade Católica do Paraná e também no Programa de Doutorado da Universitat Rovira i Virgili investigou a possibilidade de o estado brasileiro usar as licitações e as contratações públicas como instrumentos para direcionar e fomentar a ciência, a tecnologia e a inovação nacionais. O objetivo geral foi defender a intervenção estatal via indução e regulação em sentido estrito, independentemente da elevação de suposto custo financeiro a ser suportado pelos órgãos e entidades da Administração Pública, já que o desenvolvimento nacional e regional, bem como a autonomia nacional tecnológica, impõe uma visão estratégica dos ajustes e uma reconfiguração da teoria usualmente adotada para compreender o custo de uma contratação pública e da sua vantajosidade. Assim, especificamente o trabalho visou: à definição da regulação do estado no domínio econômico e suas várias formas; ao enquadramento necessário da contratação pública como uma política pública; à comprovação de que a função socioeconômico dos contratos administrativos sempre ocorreu, não sendo novidade legislativa; ao exame da relevância da ciência, tecnologia e inovação nacionais nos termos da legislação brasileira e sua correlação com as compras públicas como instrumentos para seu alcance; à inexistência de óbices ao uso desse tipo de intervenção ante os acordos bilaterais e multilaterais celebrados pelo Brasil; à explicação da distribuição de competência legislativa para atrelar o tratamento normativo da ciência, da tecnologia e da inovação nacionais por intermédio de licitações; e à proposição de critérios objetivos para que seja viável a imposição normativa de critérios diferenciadores para a pretensão principal desse trabalho. O estudo adotou o método dedutivo e realizou-se a partir de ampla pesquisa bibliográfica e normativa, considerando a realidade do Brasil e da Espanha, inclusive a partir das decisões judiciais e administrativas. O uso das lições da destruição criativa de Joseph Schumpeter e o enfoque atual, inclusive, sobre os benefícios ou não do acordo de livre comércio entre MERCOSUL e União Europeia, que foi noticiado em junho de 2019, também serviram de arrimo para confirmar a tese de que o estado brasileiro tem o dever de regular a favor da ciência, tecnologia e inovação nacional por meio do favorecimento de empresas que invistam no país, desde que seja estruturada uma política pública estratégica de acordo com o setor a ser beneficiado, respeite todas as etapas do ciclo para a sua formação, seja temporária e permita ampla participação dos cidadãos e operadores econômicos. Outrossim, ressalta-se que o tema é agenda primordial para os estados no cenário mundial, já que, de um lado, há a preocupação em fortalecer a economia nacional para aumentar o bem-estar social e, doutro, existe a necessidade (e/ou ganância) de obtenção de novas riquezas para internacionalizar sem esvair as existentes.

Palavras-chave: Compras públicas; mercado nacional; desenvolvimento; sustentabilidade; ciência, tecnologia e inovação.

Resumen

La tesis presentada en el Programa de Doctorado en Derecho en la Pontificia Universidad Católica del Paraná y también en el Programa de Doctorado en Derecho de la Universitat Rovira i Virgili investiga la posibilidad del estado brasileño de usar la contratación pública como instrumento para dirigir y fomentar la ciencia, tecnología y innovación nacionales. El objetivo general del trabajo es la necesidad de intervención estatal vía fomento y regulación en sentido estricto, sin el condicionamiento derivado del aumento del coste financiero que soportarán las entidades de la Administración Pública, debido a que consideramos que el desarrollo nacional y regional, así como la autonomía nacional tecnológica, implican una misión estratégica de los contratos y una reconfiguración de la teoría tradicional mediante la cual se determina el coste de la contratación y la ventaja más económica. Sobre esta premisa, en el trabajo se ha estudiado: la mejor definición de la regulación del estado en el dominio económico; de qué manera se puede entender la contratación pública como una política pública; comprobar de que el contrato público siempre tuvo una función social y económica; la importancia de incorporar la ciencia, la tecnología y la innovación nacionales en la legislación brasileña y el uso de las compras públicas para su fomento; la ausencia de obstáculos a la utilización de dicha intervención frente a los acuerdos bilaterales y multilaterales celebrados por el estado brasileño; la aclaración de la distribución de la competencia legislativa para abordar la regulación de la ciencia, tecnología y innovación nacionales a través de los contratos públicos; y la fijación de criterios objetivos para la imposición de una preferencia nacional. En la tesis se ha aplicado una metodología jurídico-deductiva y se ha llevado a cabo una amplia investigación bibliográfica y normativa, teniendo en cuenta la realidad de Brasil y España, teniendo también en consideración decisiones judiciales y resoluciones administrativas. Se aprovechó las lecciones de “destrucción creativa” de Joseph Schumpeter de acuerdo con la actualidad, incluso sobre los beneficios o las desventajas del acuerdo de libre comercio entre el MERCOSUR y la Unión Europea, que se firmó en junio de 2019, para confirmar la tesis de que el Estado Brasileño tiene el deber de regular la ciencia, tecnología y innovación nacional y conceder beneficios para las empresas que inviertan en el país. Para eso suceder, es condición que se estructure una política pública estratégica conforme el sector a beneficiar, que respete todas las etapas del ciclo de formación de una política pública, sea temporal y permita una amplia participación de los ciudadanos y de los operadores económicos. Además, se destaca que la cuestión representa un asunto prioritario en la agenda global de los Estados, ya que, por un lado, existe la preocupación de fortalecer la economía nacional para aumentar el bienestar social y, por otro, existe el interés de atraer nuevas inversiones internacionales sin perjuicio de las existentes a nivel internacional.

Palabras clave: contratos públicos; compra pública innovadora; mercado nacional; desarrollo; sostenibilidad; ciencia, tecnología e innovación.

Abstract

The thesis presented in the Strict Sense Law Post Graduation at Pontificia Universidade Católica do Paraná and also in the doctoral program of the Universitat Rovira i Virgili researched Brazilian's state possibility of using public bids and public contracts as instruments to direct and develop national science, technology and innovation. General objective was to defend State intervention through strict sense induction and regulation, regardless the increase of financial costs held by Public Administration's organs and entities, since national and regional development, as technological autonomy, demands strategic view of the adjustments and a reconfiguration of the commonly adopted theory to comprehend public contracting's cost and advantageousness. Therefore, specifically the work aimed: the definition of State's regulation in economic dominium and its forms; the necessary framing of public contracting as a public policy; the confirmation that administrative contract's socioeconomic function has always occurred, as so it is not legislative news; to national's science, technology and innovation examination in Brazilian law terms and its correlation with public buys as instruments to reach them; to the absence of obstacles to this kind of intervention usage regarding Brazil's bilateral and multilateral agreements; to the explanation of legislative jurisdictional distribution to attach national's science, technology and innovation normative treatment through public bids; and to propose objective criteria to make viable the impositive normative differentiators criteria of this work's main goal. The study adopted the deductive method and have been developed through large bibliographical and normative research, considering Brazil's and Spain's realities, including through judicial and administrative decisions. Joseph Schumpeter's destructive creation lessons usage and nowadays focus, including the benefits, or its absence, of the Mercosur and EU free trade agreement, revealed June 2019, also served to confirm the thesis that Brazilian State has the duty to regulate in favor of national's science, technology and innovation by favoring companies that invest in the country, since the structure of strategical public policy according with the benefited sector, respect all the stages of the cycle to its formation, be temporary and allow broad citizens and economical operators participation. In this way, it is necessary to highlight that the subject is primary agenda to all countries worldwide, as, in one hand, there is concern in strengthen national economy to increase social welfare and, in the other, the need (and/or greed) to obtain new profits to internationalize without spending the already existent ones.

Keywords: public contracts; innovative public purchase; national market; development; sustainability; science, technology and innovation.

SUMÁRIO

PRÓLOGO	3
PROLOGO	10
INTRODUÇÃO	16
INTRODUCCIÓN	21
CAPÍTULO I – A FUNÇÃO SOCIAL DA LICITAÇÃO E DO CONTRATO ADMINISTRATIVO PELA NECESSÁRIA REGULAÇÃO ESTATAL	26
1.1. Breves considerações conceituais sobre licitação e contrato administrativo e a existência de (nova) função, de acordo com a Constituição da República Federativa de 1988 e a legislação infraconstitucional.....	26
1.2. O ambiente normativo brasileiro como espelho da função (socioeconômica) das licitações e dos contratos administrativos	55
1.3. A regulação estatal por meio de licitações públicas e contratos administrativos: fomento e direção.....	68
CAPÍTULO II – A POLÍTICA PÚBLICA DA CONTRATAÇÃO PÚBLICA COMO IMPRESCINDÍVEL AO DESENVOLVIMENTO NACIONAL SUSTENTÁVEL NO DIREITO ADMINISTRATIVO CONTEMPORÂNEO	96
2.1. A concreção do desenvolvimento e da sustentabilidade nas licitações públicas e nos contratos administrativos.....	96
2.2. O Direito Administrativo Contemporâneo: concertação e consensualização para além da unilateralidade	144
2.3. O uso da contratação pública como integrante da política econômica de um Estado	162
2.4. A política da contratação pública como integrante da política econômica é uma política pública.....	175
CAPÍTULO III – A INTERFACE ENTRE O DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL E AS COMPRAS PÚBLICAS VISANDO À CIÊNCIA, TECNOLOGIA E INOVAÇÃO	191
3.1. A compreensão da ciência, tecnologia e inovação e seu tratamento jurídico na legislação brasileira.....	191
3.2. O fundamento constitucional no ordenamento jurídico-brasileiro para a edição de normas de licitações públicas e contratos administrativos relacionadas com ciência, tecnologia e inovação.....	227
CAPÍTULO IV – REVISITANDO O CONCEITO DA BUSCA DA PROPOSTA MAIS VANTAJOSA A PARTIR DO ATUAL CONTEXTO DAS COMPRAS PÚBLICAS INOVADORAS NO BRASIL E NA ESPANHA	252
4.1. Uma reanálise da busca da proposta mais vantajosa, da isonomia e do desenvolvimento nacional sustentável nas licitações públicas e nos contratos administrativos	252

4.2. A comparação entre as compras públicas inovadoras no Brasil, na União Europeia e na Espanha310

CAPÍTULO V – A VÍSÃO CRÍTICA SOBRE AS BARREIRAS PARA O FOMENTO E A DIREÇÃO DA CIÊNCIA, TECNOLOGIA E INOVAÇÃO POR MEIO DAS LICITAÇÕES PÚBLICAS E DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS350

5.1. Os acordos internacionais como (supostos) obstáculos para qualquer tratamento discriminatório e afrontoso à concorrência350

5.2. A relação custo-benefício para a regulação estatal nas compras públicas para a direção e promoção da ciência, tecnologia e inovação conforme ferramentas da Análise Econômica do Direito.....389

5.3. Critérios para o estabelecimento de medidas eficientes para promover e direcionar a ciência, tecnologia e inovação nas compras públicas411

CONCLUSÃO447

CONCLUSIÓN455

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS463

PRÓLOGO

Em meados de 2008, li o livro “A emergência socioambiental” para fazer a prova de mestrado em Direito Econômico da Pontifícia Universidade Católica do Paraná e o seu final me chamou muita atenção, ao enfatizar que, no Brasil, deveria ser conferida mais enfoque à ciência, tecnologia e inovação do que para as novelas e para a televisão.

Passado isso, veio a aprovação e o curso, oportunidade em que pude aumentar a inquietude por diversos temas, dentre eles, o desenvolvimento, a eficiência, as licitações, os contratos, as parcerias governamentais e a sustentabilidade, tanto que o tema da dissertação foi sobre convênios administrativos e sua relação com a eficiência e o desenvolvimento.

Ao tempo desses fatos, não posso olvidar-me dos estudos e das leituras desde 2003 sobre Direito Administrativo, com ênfase em licitações, contratos e convênios administrativos. Da mesma maneira, tenho exercido a docência desde 2007 em diversas instituições de ensino em cursos de pós-graduação e na graduação na minha querida UNICURITIBA, bem como em cursos e treinamentos ministrados para centenas de órgãos e entidades da Administração Pública no Brasil.

Tudo isso, aliado à experiência profissional no escritório de advocacia e a pessoal com diversos acontecimentos de índole familiar (em especial, o casamento e o nascimento do meu filho), bem como a preocupação com a pragmaticidade de qualquer pesquisa científica, fizeram com que o tema da ciência, tecnologia e inovação voltasse com bastante vigor ao meu foco.

Em 2015, quando me preparava para fazer a seleção do programa de doutorado da Pontifícia Universidade Católica do Paraná, li o livro do “Estado Empreendedor” de Mariana Mazzucatto, e, em seguida, participei como palestrante num congresso em que houve uma ênfase sobre os novos ferramentais tecnológicos a serem implantados por alguns órgãos públicos, então, tive a certeza que o tema das compras públicas e a sua relação com a ciência, tecnologia e inovação nacional havia me beliscado.

Como toda e qualquer relacionamento passa por encantos e desencantos, não sendo diferente nesses quatro anos de pesquisa, em especial no último ano. Às vezes, a sensação de que o tema não era atraente e nem de agenda obrigatória para o atual

Estado Brasileiro, doutro lado, às vezes com a convicção de que o raciocínio adotado no presente poderá representar inovações legislativas a serem implementadas futuramente.

Sobre os últimos dozes meses, quando a pesquisa foi verticalizada e sistematizada, uma conversa com o orientador e cientista, Professor Emerson Gabardo, fez com que a intenção dita por mim durante a entrevista de seleção em 2016 acontecesse, qual seja, ficar seis meses fora do país e da zona de conforto para realizar um estágio de doutoramento na Universitat Rovira i Virgili em Tarragona, Espanha, sob o financiamento do governo federal, mais precisamente da CAPES (Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior). Essa representa mais uma influência recebida por esse Professor e amigo durante a minha trajetória acadêmica nos últimos dez anos.

O período foi enriquecedor para conhecer uma nova realidade, pesquisar e pensar na tese por vinte e quatro horas por dia, explorar a séria pesquisa desenvolvida na Espanha, notadamente em Tarragona, onde pude comprovar, e amadurecer ainda mais pessoal e profissionalmente. É claro que a acolhida e a orientação segura do Professor Endrius Cocciolo, bem como as diretrizes tracejadas pela Professora Marina Roríguez Beas e pelo Professor Josep Ramón-Fuentes Gasó, foram essenciais para descortinar vários olhares sequer imaginados quando da estruturação do projeto inicial de pesquisa.

Diante desse cenário fático, inicialmente o trabalho era para ser desenvolvido a partir da ciência do Direito, entretanto, percebeu-se a necessidade de correlacioná-lo com outras ciências como a economia, sociologia e a administração. Sem dúvidas a que gerou maior contribuição foram as ciências econômicas, que tenho uma certa facilidade por ter lido alguns livros do meu pai da série dos Economistas, ainda quando tinha 14 a 16 anos, muito embora naquele momento a leitura gerava pouca compreensão, incitando, desde já, a curiosidade. De qualquer maneira, quando retornei à leitura e ao estudo aprofundado sobre alguns economistas clássicos, notadamente Joseph Schumpeter e Ludwig von Mises para o desenvolvimento da pesquisa, pude assimilar que a experiência, as leituras anteriores e a vivência despertaram um raciocínio diferenciado e mais maduro sobre a postura do Estado e a confusão existente nas arenas pública e privada.

A interrelação e a transdisciplinaridade, presentes na própria bibliografia

adotada para este trabalho, demonstram vários setores abordando a questão das compras públicas e sua interface com a ciência, tecnologia e inovação nacional, seja para contratar objetos com tal qualidade, seja para impor que tais temas sejam beneficiados direta ou indiretamente. Portanto, indubitavelmente, trata-se de tema atual e de singular apreço no cenário político, acadêmico, jurídico, social e cultural, em especial na conjuntura mundial em que o conhecimento, informação, tecnologia e inovação têm sido as grandes moedas e apostas para a estruturação das economias estatais.

Para corroborar com a modernidade do tema, insta pontuar que, ao final da escrita desta tese, a União Europeia e o Mercosul selaram um acordo de cooperação comercial, incluindo as compras públicas. Números significativos foram e permanecem sendo divulgados na imprensa como motivos para animação do mercado na suscitada cooperação, como, por exemplo, possibilidade de as empresas brasileiras participarem de licitações europeias que quantificam 1,6 trilhões de euros e doutro lado as empresas europeias nas compras públicas brasileiras que movimentam 0,6 trilhões de reais. As condições do acordo ainda não foram divulgadas e será possível que se estabeleçam termos especiais conforme o setor e as regras de fracionamento de aplicabilidade completa do acordo a fim de cuidar ou descuidar das respectivas economias nacionais.

A separação dos conceitos científicos e das formas de compreensão ideológicas são fundamentais para qualquer diretriz a ser encampada perante o temário em questão, isso porque é muito comum que o seu tratamento seja efetuado a partir de pré-conceitos ou preconceitos do interlocutor e do escritor. Com o afã de perpassar uma linha isenta e idônea, buscou-se aprofundar cientificamente sobre as bases jurídicas, sociológicas e econômicas para cerzir uma linha de raciocínio que se revela passível de críticas em virtude da elevada riqueza dos pontos nevrálgicos do trabalho, mas não por uma miopia ideológica.

Cumprir tecer que algumas experiências estrangeiras vivenciadas por este autor, além dos seis meses em Tarragona na Universitat Rovira i Virgili, foram importantes como o Congresso de Direito Econômico em Lisboa em 2013, o Congresso de REDOEDA em Salamanca em 2018, o Congresso de Professores de Direito Administrativo da Espanha em 2019, o Congresso Internacional de Contratação Pública na Universidade Castilla-La-Mancha e principalmente o

Congresso sobre a Organização Mundial do Comércio em Coimbra, no qual pude escutar de vários profissionais atuantes no comércio internacional. e do próprio órgão em si, a imprescindibilidade de ter uma visão macroscópica e holística sobre decisões importantes de entrar numa zona de comércio ou de abertura do mercado nacional. Ademais, outro ponto pertinente foram os rápidos conselhos passados pelo Professor Pedro Gonçalves acerca das compras públicas inovadoras e os debates existentes para a melhoria do ambiente das contratações administrativas europeias.

Aliado a tais conhecimentos adquiridos no exterior, a atividade profissional exercida pelo autor nos últimos quinze anos como advogado ou nos últimos dez como professor representou um grande ponto de amadurecimento das ideias e da necessidade de uma proteção da ciência, tecnologia e inovação nacional. Os mais diversos cursos, seminários, congressos e palestras ministradas me permitiram conhecer vinte e três capitais de estados brasileiros mais o Distrito Federal, ir a outros diversos municípios que não são capitais, bem como a possibilidade de falar para mais de vinte mil pessoas e ter conhecido inúmeros professores e estudiosos da área de licitações públicas e contratos administrativos, sendo que tudo isso gerou um amadurecimento como pessoa e profissional.

Portanto, houve a relação da teoria e da prática, sempre pensando como operacionalizar comandos normativos atuais e outros a serem propostos, para que a pesquisa seja pragmática e produza resultados favoráveis para o desenvolvimento nacional sustentável, ponderando inclusive as dificuldades a serem enfrentadas para a perpetração e fortalecimento da ciência, tecnologia e inovação nacional.

Para a realização deste trabalho, utilizei a metodologia dedutiva no qual “uma proposição teórica geral é aplicada a um caso particular”.¹ Para tanto, houve a investigação sobre um variado e multidisciplinar acervo bibliográfico nacional e estrangeiro, bem como acerca das decisões dos Tribunais de Contas e do Poder Judiciário.

Foi deveras importante a comparação com outros países, em especial o cenário atual do Brasil e da Espanha, cotejando-os de acordo com os seus blocos econômicos respectivamente MERCOSUL e União Europeia, para aferir como as modificações normativas foram incorporadas no dia a dia dos órgãos e entidades da Administração

¹BARRAL, Welber. **Metodologia da pesquisa jurídica**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2003, p. 76.

Pública, como está sendo usada a contratação estratégica, como são feitas as compras públicas de ciência, tecnologia e inovação (compras inovadoras) e como estão trabalhando a questão da proteção econômica e a promoção da ciência, tecnologia e inovação nacional.

Atinente ao contexto do tema em relação à delimitação ante a área de concentração Direito Econômico e Desenvolvimento do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu da Pontifícia Universidade Católica do Paraná, a sua relação reside justamente pelo fato de se perquirir a realização de uma análise crítica da realidade contemporânea brasileira e a imperiosidade da regulação estatal no ambiente das licitações e dos contratos públicos para a busca do desenvolvimento sustentável. Coadunou-se com a linha de pesquisa Estado, Economia e Desenvolvimento, pois investigou-se a viabilidade e até que ponto seria possível a regulação do Estado sobre o mercado para a direção e o incentivo de determinadas finalidades constitucionais como a ciência, tecnologia e inovação, inclusive apreciando de acordo com as ferramentas da análise econômica do direito.

Quanto à pertinência no Programa de Doutorado em Direito Administrativo da Universitat Rovira i Virgili, salienta-se que a pesquisa foi realizada em conformidade com a linha de pesquisa do Direito da Administração Pública do Programa DRETMEDI – Território, Cidadania e Sustentabilidade, Direito Ambiental, Imigração e Governo Local), porque explorou a importância e os cuidados necessários pela Administração Pública para usar as suas compras públicas a fim de fomentar a sustentabilidade.

No que se refere à estruturação do trabalho, optou-se por dividir em cinco capítulos. O primeiro abordou sobre a função da licitação pública e do contrato administrativo em conformidade com a legislação brasileira, o espelho normativo atualmente existente para que tais instrumentos cumpram a sua função socioeconômica e o papel da regulação estatal para intervir por meio da direção e do fomento.

O segundo tratou da contratação pública como política pública imprescindível ao desenvolvimento nacional sustentável no viés do Direito Administrativo Contemporâneo, discorrendo sobre a concretização do desenvolvimento, da sustentabilidade e do desenvolvimento nacional sustentável, o ambiente atual do Direito Administrativo como propício para o enfoque na concertação e na consensualização e ainda o uso da contratação como instrumento de política pública

e em especial da econômica.

O terceiro capítulo enfatizou a interface entre o desenvolvimento sustentável e o tratamento diferenciado para a ciência, tecnologia e inovação nacional nas compras públicas. Com este afã, desmitificou-se os conceitos de ciência, tecnologia e inovação, bem como o seu tratamento no regime jurídico brasileiro; a fim de consolidar premissas essenciais para o raciocínio ulterior do trabalho. A mais, depurou-se a dificuldade na compreensão da competência legislativa para a edição de normas de licitações públicas e contratos administrativos no Brasil, ainda mais sobre as normas que versam sobre ciência, tecnologia e inovação incidentais sobre as compras públicas.

O quarto revisitou (e reconsiderou) o conceito e a abrangência do princípio da proposta mais vantajosa a partir da sua composição com a isonomia, da diferenciação entre a análise financeira e a econômica e da imprescindibilidade de adotar uma forma de quantificação do custo da solução da licitação no qual se leve em consideração diversos custos vilipendiados atualmente. Depois, dissertou-se acerca das compras públicas inovadoras (abarcadas a ciência, a tecnologia e a inovação) no Brasil, na União Europeia e em especial na Espanha, sendo para tal escopo houve a devida comparação de acordo com as normas vigentes.

O quinto e último capítulo teve por desiderato fazer um exame crítico sobre as barreiras atualmente levantadas para a não concessão de um tratamento diferenciado às compras públicas que incentivem ou direcionem a ciência, tecnologia e inovação nacional. Nesse ideário, explanou-se sobre os acordos internacionais como (não) obstáculos para a concessão de um regime discriminatório e favorável à ciência, tecnologia e inovação nacional, sob o viés de uma verificação conforme a Constituição da República Federativa de 1988. Em um segundo momento, foi apreciada a relação custo *versus* benefício para o aproveitamento da contratação pública estratégica para a ciência, tecnologia e inovação nacional a partir dos instrumentais da análise econômica do direito, e, ao fim, encetou-se sobre os critérios e propostas para que no Brasil se implante medidas normativas e práticas visando à promoção e direção da ciência, tecnologia e inovação nacional por meio das compras públicas, inclusive com adoção dos atuais textos normativas e da necessidade de criação de outros.

Pelo exposto e considerando que o Brasil tem o dever constitucional de evitar a dependência em inovação, ciência e tecnologia estrangeira, valores extremamente

significativos no mercado global, além do tema deste trabalho possuir singular relevância para o desenvolvimento econômico e para o bem estar da sociedade brasileira, espera-se que a leitura seja aprazível e provocadora.

PROLOGO

A mediados de 2008, leí el libro “A emergencia socioambiental” para el examen de ingreso a la maestría en Derecho Económico en la Pontificia Universidad Católica del Paraná y su parte final me despertó interés, la cual describía que en Brasil debería tener más énfasis en la ciencia, tecnología e innovaciones que en las novelas y televisión.

Después de eso, ya aprobado en la maestría, tuve la oportunidad de estudiar importantes temas, como el desarrollo, la eficiencia, las licitaciones, los contratos públicos, los convenios y la sostenibilidad, a punto de escoger como tema de tesis los convenios administrativos y su relación con la eficiencia y el desarrollo económico.

Pero al mismo tiempo, no puedo olvidarme de los estudios y lecturas en Derecho Administrativo desde 2003, haciendo hincapié en las licitaciones, contratos públicos y convenios. Igualmente, imparto clases desde 2007 en distintas universidades, tanto en cursos de posgrado como en el curso de derecho de mi querida universidad, UNICURITIBA, así como enseñanza para centenares de funcionarios públicos de órganos y entidades públicas de la Administración Pública en Brasil.

Por todo eso, más la experiencia profesional en mi oficina de abogados y de vida personal (boda y nacimiento de mi hijo), así como mi inquietud con los efectos prácticos de cualquier investigación académica, hicieron que el tema de ciencia, tecnología e innovación regresara con mucha intensidad como mi enfoque de estudio.

En 2015, cuando hacia la preparación para la selección del curso de Doctorado en la Pontificia Universidad Católica del Paraná, he leído el libro “Estado Empreendedor” de Mariana Mazzucatto, y, luego en seguida, fui ponente en un congreso donde se ha discutido con gran vehemencia la necesidad de incremento de nuevas herramientas tecnológicas por la Administración Pública, entonces tuve la certidumbre cien por cien de mi tema de investigación, compras públicas y su enlace con la ciencia, tecnología e innovación nacional.

En toda relación hay encantos y desencantos, lo mismo ha pasado aquí en los últimos cuatro años de investigación, en especial en último año. En muchos casos la sensación de que el tema no es pauta de la agenda obligatoria para el Brasil es desalentador, por otro lado, tengo la convicción de que la propuesta de la tesis, si

adoptada, podrá significar efetivas innovaciones de legislación en el futuro.

Durante los últimos doce meses, cuando la investigación fue profundizada y sistematizada, una charla con el director y científico, Profesor Emerson Gabardo, permitió la realización de una intención dicha en 2016 cuando hice la selección para el doctorado, es decir, hacer una estancia fuera del país y de mi zona de comodidad, a partir de un periodo en la Universitat Rovira i Virgili en Tarragona, España, bajo la financiación del gobierno brasileño, más precisamente de la CAPES (“Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior”). Eso significa más una influencia recibida por este alumno del amigo y profesor director de la tesis en mi carrera académica en los últimos diez años.

La estancia fue muy exitosa para conocer una nueva realidad, investigar y reflexionar cien por cien en los días en la estancia, explotar la investigación hecha en España, en especial en Tarragona, donde pude demostrar y madurar aún más personal y profesionalmente. Por supuesto, la acogida y orientación segura del Profesor Endrius Cocciolo, así como las directrices de la Profesora Marina Rodríguez Beas y del Profesor Josep Ramón Fuentes Gasó, fueron esenciales para revisar algunos puntos no pensados cuando de la a estructuración inicial del proyecto de investigación.

Ante ese escenario, el trabajo inicialmente sería desarrollado a partir de la ciencia del derecho, sin embargo, se percibió la necesidad de correlacionarlo con otras ciencias como la economía, la sociología y la administración. Entre ellas, indudable la que más añadió fue la ciencia económica, la cual tengo un poco de proximidad por la lectura de algunos libros de la serie “Os Economistas” de mi padre cuando tenía 14 a 16 años, aunque en aquel momento la lectura era de pequeña comprensión, a pesar de la curiosidad. Asimismo, cuando volví a leer y profundizar el estudio sobre algunos economistas clásicos, en particular, Joseph Schumpeter y Rudolph Mises para el desarrollo de la investigación, aproveché la experiencia de las lecturas previas para tener un razonamiento diferenciado y más maduro sobre la posición y la confusión existente del estado en los ámbitos público y privado.

La interrelación y la transdisciplinariedad, presentes en la bibliografía adoptada para esta tesis, demuestran varios sectores que examinan las compras públicas y su relación con ciencia, tecnología e innovación nacional, sea para contratar objetos con esa calidad, sea para imponer que dichos temas se beneficien directa o

indirectamente. Por lo tanto, sin duda, es un tema actual y de singular apreciación en el escenario político, académico, jurídico, social y cultural, especialmente en la coyuntura global en que el conocimiento, la información, la tecnología y la innovación han sido las grandes monedas y apuestas para la estructuración de las economías estatales.

Para evidenciar la actualidad de la tesis, cuando he terminado su redacción, subrayase que la Unión Europea y el Mercosur han firmado un acuerdo de cooperación comercial, incluso para las compras públicas. Se han publicado y siguen publicitando cifras significativas en la prensa como razones de entusiasmo del mercado en la cooperación, como si hubiera la posibilidad de que las empresas brasileñas participen en los pliegos europeos que cuantifican 1.600 millones de euros y, por otro, empresas europeas en contrataciones brasileñas que aportan 6 millones de reales. Las condiciones del acuerdo aún no se han divulgado y pueden ser especiales de conformidad con el sector y la viabilidad de normas de plena aplicabilidad con el fin de cuidar o descuidar sus economías nacionales.

La separación de los conceptos científicos y las formas de asimilación ideológicas son fundamentales para cualquier línea de razonamiento sobre ese tema, porque es común que haya prejuicio en la interpretación del juicio a partir de la vida común de las personas. Con el propósito de obtener una línea idónea e imparcial, intento profundizar científicamente las bases jurídicas, sociológicas y económicas para llevar a cabo una directriz factible de críticas ante la cantidad de puntos discutibles en ese trabajo.

Algunas experiencias extranjeras experimentadas por este autor, además de los seis meses en Tarragona en la Universitat Rovira i Virgili, fueron relevantes para la investigación, como el Congreso de Derecho Económico en Lisboa en 2013, el Congreso de REDOEDA en Salamanca en 2018, el Congreso de Profesores de Derecho Administrativo de la España en 2019, el Congreso Internacional de Contratación Pública en la Universidad Castilla-La-Mancha y en el Congreso sobre la Organización Mundial del Comercio en Coímbra, donde pude compartir con profesionales que actúan en el comercio internacional y que tienen un análisis integral sobre las importantes decisiones de entrar o no en una zona libre de comercio o en la apertura del mercado nacional. Igualmente, otro punto bueno fue conocer y oír algunos consejos de Profesor Pedro Gonçalves sobre el futuro de las compras

públicas innovadoras y los principales debates para mejorar las contrataciones públicas en Unión Europea.

Agregando los conocimientos recibidos en mi estancia, la actuación profesional llevada a cabo como abogado en los últimos años y también como profesor representaran una ventaja para madurar las ideas acerca de la protección inexorable para la ciencia, la tecnología y la innovación nacional. Los más variados cursos, congresos y ponencias me permitieron conocer veintitrés capitales de provincias brasileñas más el Distrito Federal, compartir con más de veinte mil personas, hacer amistad con otros profesores y diletantes de contrataciones públicas, fuera el crecimiento como persona y profesional.

Por lo tanto, en mis estudios hay una relación entre la teoría y la práctica, siempre a pensar como tener mayor eficiencia operativa de las normas actuales y de otras futuramente legisladas, eso todo para que la investigación sea pragmática y con resultados favorables para el desarrollo nacional sostenible, incluso apalancando las dificultades existentes para el robustecimiento de la ciencia, de la tecnología u de la innovación nacional.

En la tesis se ha aplicado una metodología jurídico-deductiva en que “uma proposição teórica geral é aplicada a um caso particular”.² En ese intento ha llevado a cabo una amplia investigación bibliográfica y normativa, teniendo en cuenta la realidad de Brasil y España, teniendo en cuenta también las decisiones judiciales y resoluciones administrativas de los Tribunales de Cuentas.

La comparación entre países, como Brasil y España, de acuerdo con los bloques económicos que pertenecen, ha sido sustancial para verificar las diferencias de normas, cómo se usa la contratación pública estratégica, cómo se hace las compras públicas innovadoras y cómo se comprende la protección nacional en relación a la ciencia, la tecnología y la innovación.

En especial sobre el tema y su delimitación, la pertinencia con el Programa de Doctorado de la Pontificia Universidad Católica del Paraná está investigar el uso de las contrataciones como instrumentos para la búsqueda del desarrollo nacional sostenible. Escudriñó con la línea de investigación “Estado, Economía e Desenvolvimento”, pues se apreció la viabilidad y en qué medida sería posible la

²BARRAL, Welber. **Metodologia da pesquisa jurídica**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2003, p. 76.

intervención estatal, incluso utilizando el análisis económico del derecho como útil para confirmar los efectos beneficiosos para el desarrollo del estado brasileño.

En cuanto a la pertinencia, en el Programa de Doctorado en Derecho Administrativo de la Universitat Rovira i Virgili se destaca que la investigación se llevó a cabo de acuerdo con la línea de investigación de Derecho de la Administración Pública del programa DRETMedi (Territorio, ciudadanía y sostenibilidad. Derecho ambiental, inmigración y gobierno local), porque explotó la importancia y el cuidado necesario por la Administración Pública para utilizar sus compras públicas para fomentar la sostenibilidad.

Con respecto a la estructuración de la tesis, se optó por dividirla en cinco capítulos. El primer capítulo abordó la función de la licitación y el contrato público de conformidad con la legislación brasileña, el espejo normativo actual para que dichas herramientas cumplan su función socioeconómica estratégicamente y la función de la regulación estatal dirigida y fomentada.

El segundo capítulo se discurre a la contratación pública como una política pública esencial para el desarrollo nacional sostenible como recorte del Derecho Administrativo Contemporáneo, subrayando los modos de concreción del desarrollo, de la sostenibilidad y del desarrollo nacional sostenible, el entorno actual del Derecho Administrativo con énfasis en el consenso y también el uso de la contratación como herramienta de política pública y, en particular, económica.

El tercer capítulo hizo hincapié en la cercanía entre el desarrollo sostenible y el trato diferenciado para la ciencia, la tecnología y la innovación nacional a partir de la contratación pública. Con este propósito, se presentó los conceptos de ciencia, tecnología e innovación, así como su tratamiento en el régimen jurídico brasileño, fijando así premisas inevitables para la tesis. Además, se halló la dificultad para comprender la competencia legislativa para la edición de las normas de licitación y los contratos públicos en Brasil, más aún en las normas que se ocupan de la ciencia incidentalmente, la tecnología y la innovación en materia de contratación pública.

El cuarto capítulo revisó (y reconsideró) el concepto y el alcance del principio de la propuesta más ventajosa a partir de su composición armónica o no, con la isonomía, de la diferenciación entre el análisis financiero y el económico y la desconexión inexorable para que la búsqueda de un modo de cómputo del coste de la solución de licitación más adecuado ante los diversos costes en general olvidados.

Luego, se hizo un análisis pormenorizado sobre las compras públicas innovadoras (englobadas por la ciencia, la tecnología y la innovación) en Brasil, en Unión Europea y en especial en España, con el fin de hacer un cotejo entre las normas.

El quinto y último capítulo fue hecho un examen crítico de los obstáculos que actualmente se plantean a la no concesión de un tratamiento de discriminación al contratista que fomenta a la ciencia, la tecnología y la innovación nacional directamente. Bajo este razonamiento enfocó sobre los acuerdos internacionales de cooperación como no obstáculos para la concesión de un régimen de discrimen favorable a la ciencia, la tecnología y la innovación nacional de acuerdo con la Constitución de Brasil. En seguida, se apreció la relación coste versus beneficio para aprovechar la contratación pública estratégicamente para la ciencia, la tecnología y la innovación nacional a partir de las herramientas del análisis económica del derecho y, al final, diseñó los criterios y propuestas de medidas legislativas y prácticas para promover y dirigir la ciencia, la tecnología y la innovación a través de la contratación pública, incluida la adopción de normas vigentes y de la necesidad de crear normas más adecuadas.

Por lo anterior y considerando que el Brasil tiene el deber constitucional de evitar la dependencia de la innovación, la ciencia y la tecnología extranjera, valores muy significativos en el mercado global, al mismo tiempo el tema de la tesis tiene una notabilidad singular para el desarrollo económico y para el bienestar de la sociedad brasileña, por todo eso se espera que la lectura sea agradable y provocativa.

INTRODUÇÃO

As compras públicas sempre constituirão uma importância elevada para cada Estado. Não é por outro motivo que têm sido alvo de vários debates nos últimos vinte anos no mundo, principalmente de como utilizá-las estrategicamente. Apesar de mencionar esse pequeno lapso temporal, convém recordar que o afã de alinhar a contratação pública, por exemplo, com o protecionismo do mercado nacional sempre aconteceu, inclusive por países que atualmente pleiteiam aberturas comerciais e que desde a década de trinta do século passado protegem os empresários locais em aquisições governamentais como os Estados Unidos da América.

Juntamente com outros propósitos de interesse público, a ciência, a tecnologia e a inovação nacional também merecem ser incentivadas e aprimoradas a partir do instrumental da licitação e do contrato administrativo. É nesse ponto que reside a grande preocupação do estudo ao explicar a função desempenhada por essas ferramentas, as quais sempre foram justificadas por interesses socioeconômicos, não havendo sentido em discorrer sobre suposta nova função social ou econômica. Caso se discorde dos argumentos ventilados no bojo desta tese, no mínimo uma reflexão se faz necessária.

O desenvolvimento nacional sustentável – que apareceu na legislação brasileira em 2010 de maneira expressa, quando houve a alteração da Lei nº 8.666/93 pela Lei nº 12.349 – significou uma externalização de deveres e prescrições já determinados, a partir de uma leitura da legislação de licitação nacional em conformidade com a Constituição. De qualquer modo, seja deduzida por interpretação sistemática ou literal, o fato é que cerzir a teoria e a prática erige um grande obstáculo aos operadores diários das contratações públicas. A medida razoável e proporcional para que o desenvolvimento nacional sustentável não desencadeie discriminação ilegítima ou abuso de direito pelo redator do instrumento convocatório ou da minuta contratual faz com que o referido princípio do desenvolvimento nacional sustentável por diversas vezes não passe de mera retórica quando da sua aplicação.

Ainda que atualmente no Brasil já exista um dever insuperável de a atividade controladora, judicial ou administradora sopesar os obstáculos e os entraves vivenciados pelo gestor público quando da prática de seus atos e decisões, consoante preconiza o artigo 23 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasil, infelizmente,

de maneira nefasta, os agentes públicos preferem a inação, ainda mais quando a legalidade estrita não suporta e jamais suportará, ao invés de uma ação de acordo com a juridicidade. Motivo que enseja a discussão e elucidação de caminhos mais prósperos para as atividades da Administração Pública, fato que deve ser ressaltado nas pesquisas acadêmicas no Brasil. Não basta que números de doutores e de pesquisas acadêmicas sejam aflorados para fins de comparação com outras nações, mas se mostra imprescindível que exista maturidade (e pragmatismo) das pesquisas científicas, bem como devolução de conteúdo a ser aproveitado pelo Estado por intermédio de soluções ou teses factíveis de serem implementadas para a melhoria do bem-estar.

A mais, avaliar a compra pública como uma estratégia nacional, a imperiosidade de respeito ao princípio do desenvolvimento nacional sustentável nos editais e contratos ou ainda os impactos socioeconômicos das opções estatais nesse tema, enfim todos esses fatores não podem permitir que se alijem as opções governamentais de um planejamento estratégico a médio e longo prazo a partir de uma política pública bem definida. Correlacionar as licitações e os contratos públicos como objeto e ferramenta de política pública é prospectar um cenário mais seguro e estável a operadores econômicos e agentes públicos. Em geral, a importância do assunto é motivada pela vinculação existente entre os valores despendidos em aquisições públicas em geral e o produto interno bruto, ou, ainda, pelo impacto social que poderá promover via cláusulas sociais, ambientais ou inovadoras. Conquanto essa seja a forma comum de se valorar, deve-se cotejar a partir da estabilidade e segurança a ser promovida para os agentes em geral que negociam com o Estado, sejam integrantes do segundo ou do terceiro setor.

Em especial as contratações de objetos que direcionam ou fomentam a ciência, a tecnologia e a inovação nacional transluzem a preocupação em um foco protagonizado pelos Estados em geral, seja mensurando o comportamento individual ou via blocos econômicos. Como se verificará no decorrer do raciocínio adotado, exultam-se diversos fundamentos para a defesa dessa pauta como de arena pública e não meramente privada. Inviável o Estado ser um mero expectador ou um consumidor comum, mas exsurge o seu dever de ação por meio de uma regulação segura, democrática e duradoura. Índice de transparência, de competitividade, de ambiente de negócios ou até o seu enquadramento segundo os objetivos do

desenvolvimento sustentável da Organização das Nações Unidas, são algumas das balizas que sedimentam o dever de tratamento prescritivo do Estado na e sobre a economia.

A regulação da contratualização administrativa requer do Estado e do Direito Administrativo Contemporâneo mecanismos adequados e necessários para intervir no mercado com responsabilidade. Em um ambiente democrático, como é o caso do Brasil ou da Espanha, seja com mais ou menos amadurecimento cultural sobre a democracia, dessume-se que os holofotes sobre as licitações públicas e os contratos administrativos demonstram a busca de um ambiente mais dialógico e consensual ao invés da unilateralidade e mera imposição de vontade do interesse público (primário ou até algumas vezes secundário) à sociedade.

Assim, num cenário que se permeie a boa-fé e a confiança para que o colaborador/parceiro privado possua interesse em ajustar com o Poder Público, a compra pública inovadora tem aparecido como uma possível solução para alguns problemas encontrados (falta de soluções à disposição no mercado) e como foco de melhorar a imagem (não raras vezes, desgastada) dos órgãos e entidades compradores. Quando se discorre compras inovadoras, a intenção não é discorrer sobre os meios de tecnologia para promover as contratações públicas, as licitações eletrônicas ou o uso de criptomoedas para pagamento, mas sim tratar da viabilidade de uso da regulação estatal para direcionar e promover as licitações e contratações que versem sobre ciência, a tecnologia e a inovação, seja a partir do anseio de contratar objetos que especificamente venham a ter este foco ou de quaisquer objetos, mas que em contrapartida imponham ao contratado este “ônus” para o bem da sociedade.

Como o Direito é embasado pela solidariedade,³ não é justo que aqueles que se beneficiem moral e licitamente do Poder Público, ao perceberem contraprestações pecuniárias em razão do cumprimento de obrigações contratuais, não devolvam à sociedade uma parcela. É claro que ciência, tecnologia e inovação são palavras ressoadas nos últimos tempos em veículos de comunicação, técnicos ou meramente

³ Léon Duguit compreende que há uma unidade na sociedade (consenso) em virtude da chamada solidariedade ou interdependência social, que acontece seja pela solidariedade por semelhança (por necessidades comuns cuja satisfação está na vida em comum) ou pela solidariedade por divisão de trabalho (todos têm anseios e aptidões diversas cuja satisfação é efetivada pela troca de serviços recíprocos). (DUGUIT, Léon. **Fundamentos do Direito**. São Paulo: Martin Claret, 2009, p. 35-44).

de notícias em geral, como palavras em ênfase, ainda mais quando se admoesta a adoção de meios disruptivos ou o intento de disrupção. No decorrer da argumentação proposta neste trabalho, almeja-se de forma crítica avaliar a definição de ciência, tecnologia e inovação, inclusive recorrendo ao marco teórico de Joseph Schumpeter e Ludwig von Mises, até para corroborar com os fatores positivos que deverão ser enfatizados para a atual imputação de medidas estatais em sede de compras públicas.

Especificamente, anui-se em partes com a ideia de a destruição criadora ser saudável, nos termos da lição de Joseph Schumpeter, pois sempre gerará um crescimento. Porém, ponderando que crescimento e desenvolvimento são coisas diferentes, bem como pode ser que o crescimento não seja sustentável para o desenvolvimento da sociedade, inequívoco que a mão estatal será preponderante para evitar uma ruína socioeconômica, a qual sucederia caso a inércia fosse a regra. O encontro do equilíbrio precisará do apoio da sociedade com a sua efetiva participação, bem como dos mais diversos atores, isto porque ciência, tecnologia e inovação são temas que são comumente trabalhados por profissionais dos mais diversos setores e interesses (agentes públicos, instituições de ensino e ciência, agentes privados, financiadores, dentre outros). Por isso, discorrer-se-á durante o transcorrer em algumas oportunidades sobre ecossistema.

Pautar de maneira favorável à proteção do mercado nacional para direcionar ou favorecer, a depender do caso, ciência, tecnologia ou inovação nacional é a princípio sedutor para os nacionalistas e intervencionistas, ao mesmo tempo que é pernicioso para os liberais e que desejam um Estado menos regulador. Argumentos fáceis de aumento de custo ou favorecimento ao custo de oportunidade ou aferição de custos de transação são largamente aventados quando do trato do temário em voga, porém precisam ser encarados sob a verticalidade necessária para evitar assertivas não correspondentes à verdade ou não passíveis de serem contrastadas (falta de checagem).

No mesmo sentido, o mantra da proposta mais vantajosa sem a devida perspicácia de como examinar a vantajosidade pela análise econômica da proposta (e não mera análise financeira), bem como a composição de custos do mercado pela Administração Pública sem qualquer metodologia, inclusive sem ponderar o custo da ciência, tecnologia e inovação nacional, são dogmas que merecem ser superados. Por isso, diversas assertivas foram para pavimentar um raciocínio passível de adoção

instantânea nos órgãos e entidades da Administração Pública Brasileira ou no mínimo para que dúvidas sejam lançadas sobre a rotina usualmente adotada.

Considerando que a preocupação com a acumulação de capital intelectual e de seu uso para apoderar ou manipular ou capturar interesses representa talvez a moeda mundial mais poderosa e desejada, o fato é que a ciência, a tecnologia e a inovação nacional pelas compras públicas puderam ser estudadas pela legislação brasileira e espanhola, dentro do seu contexto da União Europeia. Os tópicos e os detalhes de aproximação e de repulso foram destacados, inclusive os normativos, sublinhando sempre que o estado de arte da comparação se mostra efetivamente bastante prejudicado em razão das posições de saída bastante diferentes entre o Brasil e a Espanha.

Mesmo assim, como alhures mencionado, inúmeras barreiras são levantadas para obstaculizarem a proteção nacional diretamente em desfavor dos operadores econômicos ou indiretamente a partir de alguma imposição normativa diretiva ou fomentadora para os operadores ou sobre os objetos adquiridos, tanto é que se buscou rechaçar todos os argumentos refratários à tese de possibilidade de uso das compras públicas estatais para a direção e fomento da ciência, tecnologia e inovação nacional. Por fim, com o afã sempre de apresentar possíveis soluções e como implementar a tese ora proposta, houve a apresentação de critérios e regras objetivas para que, no Brasil, exista efetivamente sua aplicação como forma de proteger a sociedade nacional, e, com isso, o bem-estar geral.

Por todas essas razões, a grandeza e atualidade dessa tese afloram a necessidade de um debate crítico, ainda mais após o anúncio de acordo comercial para afastar as fronteiras entre o Mercosul e a União Europeia em vários temas, inclusive nas compras públicas, e que poderão ser adiantadas até por meio de acordos bilaterais entre países do bloco econômico americano diretamente com a União Europeia. Um acordo desejado por décadas e que teve breves contornos para encetá-lo a partir de céleres blocos de negociação, entretanto, será que fará bem à saúde do estado brasileiro e de sua população, eis a pergunta a ser respondida nas próximas décadas.

INTRODUCCIÓN

La contratación pública siempre será de gran importancia para los Estados. No es por otra razón que haya sido objeto de varios debates en los últimos veinte años en el mundo, principalmente cómo utilizarla estratégicamente. A pesar de mencionar un tiempo tan pequeño, subrayase que el objetivo por alinear la contratación pública, por ejemplo, con el proteccionismo del mercado nacional siempre ha ocurrido, incluso por los países que actualmente reclaman aperturas comerciales y que desde el 1930 protegen a los empresarios locales en adquisiciones gubernamentales como en los Estados Unidos de América.

Junto con otros propósitos de interés público, la ciencia, la tecnología y la innovación nacional también merecen ser fomentadas y mejoradas a partir de los instrumentos de licitación y del contrato público. Es en este punto que se encuentra la gran preocupación del estudio para explicar la función realizada por estas herramientas, que siempre han estado justificadas por intereses socioeconómicos, y por ende no es novedosa la dicha función social o económica. La defensa de un desacuerdo con los argumentos fijados en la tesis, por estos motivos, merece al menos una reflexión.

El desarrollo nacional sostenible - introducido en la legislación brasileña en 2010 por la modificación de la Ley nº 8.666/93 por la Ley nº 12.349 - significó una externalización de deberes y prescripciones, a pesar que estaban determinados a partir de una interpretación de la legislación nacional en conformidad con la Constitución. En cualquier caso, sea deducido por interpretación sistemática o literal, lo cierto es que la unión de la teoría y la práctica representa un obstáculo importante para los habituales operadores de contratos públicos. La medida razonable y proporcional para que el desarrollo nacional sostenible no desencadene la discriminación de trato ilegítima o el abuso de la ley por parte de los redactores de los pliegos o de las minutas contractuales hace con que ese principio sea meramente retórico, sin aplicación efectiva.

Aunque actualmente en Brasil exista un deber insuperable de la actividad de control, judicial o administrativa, de apreciar los obstáculos acostumbrados por el administrador público cuando de la práctica de sus actos y decisiones, como prescribe el artículo 23 de la Ley de Introducción a las Reglas del Derecho Brasileño,

lamentablemente los agentes públicos prefieren la inacción, especialmente cuando la legalidad estricta no apoya y no le basan con una norma específica. Tienen miedo de una futura responsabilización. Esta es la razón que justifica una discusión y un esclarecimiento de los caminos más prósperos para las actividades de la Administración Pública, en especial para las investigaciones académicas en Brasil. No basta cantidad de doctores en derecho y de investigaciones académicas se presenten ante otras naciones, pero es esencial que haya madurez (y pragmatismo) de la investigación científica, así como la devolución de sus contenidos para que el Estado la use a través de soluciones factibles o tesis que si implementadas van a mejorar el bienestar del pueblo.

Además, para evaluar la contratación pública como una estrategia nacional, el respecto del principio de desarrollo nacional sostenible en los pliegos y en las cláusulas contractuales, así como en los impactos socioeconómicos de las opciones estatales en este tema, se muestra inexorable que las opciones gubernamentales se sigan una planificación estratégica a medio y largo plazo a partir de una política pública bien delimitada. Usar la contratación pública como objeto y herramienta de política pública es prospectar un escenario más seguro y estable para los operadores económicos y agentes públicos. En general, la importancia del tema está justificado por un criterio financiero (la relación entre los valores gastados en contratos públicos y el producto interno bruto), pero es mucho más, eso porque existe un gran impacto social que se puede promover a través de las cláusulas sociales, ambientales o innovadoras. De todo modo, es muy importante que haya confianza y seguridad para los operadores económicos que negocian con el Estado.

En particular, la contratación de objetos que dirigen o fomentan la ciencia, la tecnología y la innovación nacional se transformaran en una preocupación de los Estados en general, sea individualmente sea a través de bloques económicos. Como será demostrado en este trabajo, existen muchos fundamentos para la defensa de la actuación del Estado como motivo de ámbito (interés) público y no meramente privado. No es factible que el Estado sea un mero espectador o un consumidor común, pero si es su deber conducir con liderazgo una acción en este sentido a partir de una regulación segura, democrática y duradera. Los índices de transparencia, de competitividad, de libertad económica o hasta los objetivos de desarrollo sostenible de las Naciones Unidas, son algunas de las balizas insuperables que consolidan el

deber de tratamiento prescriptivo del Estado en y sobre la economía.

La regulación de los de contratos públicos requiere mecanismos adecuados y necesarios del Estado y del Derecho Administrativo Contemporáneo para intervenir en el mercado de manera responsable. En un entorno democrático, como es el caso de Brasil o España, con una maduración más o menos cultural sobre la democracia, se percibe que las contrataciones públicas buscan más dialogo y consensualidad al revés de unilateralidad e imposición de voluntad de interés público (primario o incluso a veces secundario) sobre la sociedad.

Así, en un escenario en que la buena fe y la confianza son elementos indispensables para generar el interés en contratar con el Gobierno, la compra pública innovadora ha aparecido como una posible solución a algunos problemas encontrados (falta de soluciones disponibles en el mercado) y se ajusta para mejorar la imagen (no inusualmente desgastada) de los organismos y entidades de compra, disminuyendo así la desconfianza. Cuando se discuten compras innovadoras, la intención no es un debate de los medios de tecnología que sirven para efectuar la contratación pública, las licitaciones electrónicas o el uso de criptomonedas para el pago, pero si la viabilidad de utilizar la regulación estatal para imponer e impulsar las licitaciones, ofertas y contrataciones que fomenten la ciencia, la tecnología y la innovación, sea por las compras innovadoras, sea por la imposición de inversión a los contratistas para esos enfoques como una contrapartida.

Dado que el Derecho se basa en la solidaridad⁴, no es justo que quienes se benefician moral y jurídicamente del Poder Público no regresen una parte a la sociedad cuando perciben ingresos económicos por la contraprestación pactada. Por supuesto, la ciencia, la tecnología y la innovación son palabras dichas con resonancia en los últimos tiempos en los medios de comunicación, técnicos o no, como palabras en énfasis, en especial cuando se refiere a los medios disruptivos o la intención de disrumpir. Por tales razones, en esta tesis se propone una crítica sobre la definición de ciencia, de tecnología y de innovación a partir del marco teórico de Joseph Schumpeter y de Ludwig von Mises, incluso para corroborar los puntos positivos que

⁴ Léon Duguit entiende que hay unidad en la sociedad (consenso) debido a la llamada solidaridad o interdependencia social, que ocurre ya sea por solidaridad por similitud (para necesidades comunes cuya satisfacción es en la vida común) o por la solidaridad división del trabajo (todos tienen diversos deseos y habilidades cuya satisfacción se lleva a cabo mediante el intercambio de servicios recíprocos). (DUGUIT, Léon. **Fundamentos do Direito**. São Paulo: Martin Claret, 2009, p. 35-44).

deben ser enfatizados para la imputación actual de las medidas estatales en la contratación pública.

Específicamente, se acuerda en parte de que la destrucción creativa es saludable, según lecciones de Joseph Schumpeter, ya que siempre generará crecimiento. Sin embargo, teniendo en cuenta que el crecimiento y el desarrollo son cosas distintas, esto porque el crecimiento puede no ser sostenible para el desarrollo de la sociedad, es imprescindible la actuación estatal para evitar una ruina socioeconómica. La búsqueda de un equilibrio necesita del apoyo de la sociedad con su participación efectiva, así como de los actores más diversos, porque la ciencia, la tecnología y la innovación son temas comunes a diferentes profesionales de diversos sectores e intereses (actores públicos, instituciones educativas y científicas, agentes privados, financiadores, entre otros). Por lo tanto, se discutirá durante el curso dese trabajo en algunas oportunidades sobre el ecosistema.

Guiar de manera favorable a la protección del mercado nacional, a depender del caso, para dirigir o favorecer la ciencia, la tecnología o la innovación nacional es a principio una propuesta bastante seductora para los nacionalistas e intervencionistas, al tiempo que es perniciosa para los liberales y para aquellos que desean un estado menos regulatorio. Argumentos fáciles sobre un supuesto ampliación de los costes o de favorecimiento del coste de oportunidad o todavía de aumento de los costes de transacción se sugieren en gran medida cuando se trata del tema, pero deben ser apreciados bajo a una crítica más profunda para impedir aserciones engañosas o que no se puedan contrastar (falta de verificación).

En el mismo sentido, a considerar la propuesta más ventajosa sin la interpretación adecuada de cómo examinar esa ventaja a través del análisis económico de la propuesta (economicidad que sostenga precio y calidad, e no solo un mero análisis financiero - precio), así como a partir de los estudios de composición de los costes de mercado por parte de la Administración Pública sin alguna metodología correcta, incluso sin considerar el costo de la ciencia, la tecnología y la innovación nacional, son dogmas que merecen ser superados. Por ende, varias afirmaciones fueron lanzadas para insertar incertidumbres sobre algunas acciones comunes en general adoptadas en la rutina de la Administración Pública Brasileña.

Como la preocupación por la acumulación de capital intelectual y su uso para tomar o manipular o capturar intereses representa quizás la moneda mundial más

poderosa y deseada, por eso es que la ciencia, la tecnología y la innovación nacionales a partir de la compra pública fueron estudiados de acuerdo con la legislación brasileña y la española en su contexto como integrante de la Unión Europea. Los temas y detalles de aproximación y repulsión, incluidos los normativos, fueron estudiados en la búsqueda de una comparación efectiva, no obstante, las grandes diferencias existentes entre Brasil y la España.

Aun así, como se ha mencionado, se plantean numerosos obstáculos para dificultar la protección nacional directamente o indirectamente a favor de los operadores económicos o de los objetos, por eso se logró traer todos los argumentos refractarios a la tesis de la posibilidad de utilizar la contratación pública estatal para dirigir y fomentar la ciencia, la tecnología y la innovación nacionales. Por fin, no designio de presentar posibles soluciones y viabilizar las mismas, hubo la estructuración de algunos criterios y normas objetivas para que en Brasil se use normas protectoras, así tutelando efectivamente la sociedad nacional, y con eso el bienestar general.

Por tales razones, la grandeza y actualidad del objeto de la tesis establecen la necesidad de un debate y un análisis crítico, en especial después de la comunicación de un acuerdo comercial para bajar las fronteras entre el Mercosur y la Unión Europea sobre diversos temas, incluso en la contratación pública, que podrán adelantarse incluso a través de acuerdos bilaterales entre países del bloque económico americano directamente con la Unión Europea. Un acuerdo deseado durante décadas y que ha firmado en rápidas rondas de negociación, a pesar que permanece la incertidumbre sobre las ventajas para el estado brasileño y sus ciudadanos, que solo será contestada en las próximas décadas.

CAPÍTULO I – A FUNÇÃO SOCIAL DA LICITAÇÃO E DO CONTRATO ADMINISTRATIVO PELA NECESSÁRIA REGULAÇÃO ESTATAL

1.1. Breves considerações conceituais sobre licitação e contrato administrativo e a existência de (nova) função, de acordo com a Constituição da República Federativa de 1988 e a legislação infraconstitucional

Inicialmente, os conceitos de licitação e de contrato administrativo merecem ser descortinados para que se possa inferir acerca da plausibilidade ou não do discurso existente nos últimos vinte anos de uma função social e econômica da licitação e do contrato administrativo, ou, ainda, de uma “nova função social e econômica”. De imediato, já convém fazer um aparte sobre a necessidade de abordar a função da licitação e do contrato, não se restringindo tão somente à função da contratação administrativa.

É sabido que existem censuras sobre a função da licitação em si, já que a referida estaria diretamente relacionada com a contratação administrativa ou com o contrato administrativo. Quando houve a inserção da nova finalidade da licitação em 2010, Marçal Justen Filho exarou críticas asseverando que a busca de desenvolvimento nacional sustentável deve ser realizada pela contratação administrativa, e não pela licitação – que é mero procedimento para a seleção dos fornecedores. Segundo o seu raciocínio, não se deveria ter colocado o princípio do desenvolvimento nacional sustentável como finalidade a ser objetivada pela licitação, mas, sim, tê-lo estipulado como princípio da contratação em si.⁵

Anui-se parcialmente com a posição de Marçal Justen Filho, isso porque a contratação é o ato ou o efeito de contratar que abarca o contrato e todos os procedimentos anteriores à sua feitura, o que *per si* alberga a licitação. Ao mesmo tempo, não se concorda com a ideia de que a licitação não tenha que obedecer ao

⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. Desenvolvimento nacional sustentado: contratações administrativas e o regime introduzido pela Lei 12.349. **Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini**, n. 50, abr.2011. Disponível em www.justen.com.br/informativo. Acesso em 20 de jan. de 2017. De forma diversa, pela compreensão de o referido escopo alcançar as licitações, as contratações diretas e os contratos, vide “as contratações públicas (e antes mesmo, as licitações) podem servir de estímulo para a adaptação voluntária da indústria, do comércio e da prestação de serviços aos parâmetros entendidos necessários à satisfação dos interesses (públicos) gerais, na direção do desenvolvimento nacional sustentável.” (FERREIRA, Daniel. **A licitação pública no Brasil e sua nova finalidade legal: a promoção do desenvolvimento nacional sustentável**. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 43-46).

desenvolvimento nacional. Do ponto de vista de natureza jurídica, é um procedimento administrativo e, como tal, não pode ser implementado sem observar tal diretriz principiológica. Além disso, o segundo argumento, a *contrario sensu*, é de que nem sempre todo contrato administrativo é perfectibilizado a partir de uma licitação, já que, no ordenamento jurídico brasileiro, há os casos de dispensa e de inexigibilidade, os quais podem originar avenças que não necessariamente são contratos administrativos propriamente ditos, pelo menos do ponto de vista deste autor.⁶ O terceiro argumento é de que existem documentos e critérios somente racionalmente possíveis de serem exigidos na licitação para a conferência do respeito ao desenvolvimento nacional sustentável pelos fornecedores.⁷ Para aclarar, explica-se: quando há a solicitação, para que um licitante tenha determinado documento ou critério relacionado ao desenvolvimento nacional sustentável como requisito para ser habilitado ou ainda para que a sua proposta seja valorada, logo pode-se dizer que a licitação está atingindo o desiderato do desenvolvimento nacional sustentável, e não somente o contrato em si.

Continuando o raciocínio, argui-se, ainda, que, numa análise *ex-post*, após a celebração do contrato como momento para aferir o mencionado cumprimento ao desenvolvimento nacional por meio de alguns documentos, seria ilógica tal exigência por dois motivos: (i) o descumprimento geraria um processo administrativo sancionador por possível incumprimento contratual e até, a depender da situação, uma rescisão contratual, sendo que se não tivesse tal documento ou condição já na licitação – e ali sendo avaliado –, sequer teria sido declarado vencedor e muito menos contratado; assim, já celebrado o contrato, haveria um prejuízo claro a terceiros e aos objetivos legalmente previstos; (ii) quando determinada condição para participar do certame ou documento habilitatório é pressuposto de acesso à seleção de fornecedores, logo haverá uma indução maior aos fornecedores para que cumpram

⁶ Posição que encontra eco na tese de Marçal Justen Filho, o qual questiona a natureza jurídica do enlace entre uma pessoa jurídica de direito público interno e um órgão ou entidade da Administração, tanto que corrobora a aludida hipótese como não de contrato administrativo propriamente dito, mas de um convênio administrativo entre pessoas administrativas. (JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 8. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 499). De forma contrária, inclusive sobre o mesmo inciso, vide GUIMARÃES, Edgar. **Contratação direta**. Curitiba: Negócios Públicos, 2013, p. 72.

⁷ Usa-se a palavra racionalmente, porque a exigência poderá acontecer em momento após a licitação ou durante a execução do contrato, todavia perderá a finalidade ante as consequências jurídicas ocasionadas ao infrator.

um objetivo diretamente relacionado ao interesse público, partindo por óbvio da premissa que se trata de uma exigência legal e adequada. Com isso, emerge motivo suficiente para pedir critérios/documentos durante o certame, antes da celebração do contrato, que não estão essencialmente relacionadas com o contrato e suas especificidades de execução (direta ou indiretamente), mas em função da condição do licitante ou de sua proposta como requisito/vantagem que deverá ser avaliada já durante a licitação, sob pena de ser excluído da disputa.

Feitos os esclarecimentos iniciais sobre as justificativas acerca da nomenclatura mais adequada que parece ser a função da licitação e do contrato administrativo, agora é imprescindível conhecer um pouco a história de cada instituto (licitação e contrato) e suas respectivas definições para saber se existe de fato uma nova função.

Pelo vernáculo, a palavra licitação (do latim *licitatione*) significa o ato ou efeito de licitar, bem como lançar leilão, dar preço ou oferecer lance. A sua origem remonta tempos anteriores ao Estado Moderno do século XV, quando se aventa sobre a existência da “licitação da vela” (também denominada de vela e pregão), na qual os licitantes eram apregoados para comparecerem em uma determinada data e hora para iniciarem a disputa com a oferta de lances, sendo que no recinto havia uma vela acesa, a qual ditava o tempo de disputa. Assim que apagasse, haveria a finalização do certame e o vencedor seria o autor da menor oferta até o último momento em que estivesse acesa.⁸

Especificamente no Brasil, as licitações remontam as Ordenações Filipinas, em 1592, visto que em tal coletânea de normas já prescrevia que “(...) não se fará obra alguma, sem primeiro andar em pregão para se dar de empreitada a quem de houver fazer de melhor e por menos preço”. Em 1828, a Lei de 29 de agosto, em seu art. 5º, também obrigava a realização de obras públicas mediante empresários previamente selecionados por “Editais Públicos” e, para aquele que tivesse ofertado a maior vantagem. Ademais, havia a Lei 1º de outubro de 1828, de acordo com a qual as obras poderiam ser feitas por pregão àquele que ofertasse a menor oferta e na falta

⁸ ARAÚJO, Edmir Netto de. **Curso de Direito Administrativo**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 549-550.

deveria fazer com publicidade por jornal.⁹ Em 1909, a Lei nº 2.221 estatuiu preceitos sobre a necessidade de sobriedade e seriedade com o uso do dinheiro público.¹⁰

Posteriormente, em 1922, com o Código de Contabilidade, estabeleceram-se algumas normas de como a Administração Pública deveria portar-se para a realização de suas contratações. Não era um conjunto de normas compilados numa lei exclusiva sobre o assunto, porém os seus poucos dispositivos preceituavam algumas diretrizes a serem obedecidas. Em 1967, o Decreto-Lei nº 200/67, que trata da organização da administração pública federal até hoje (infelizmente!)¹¹, em seus artigos 125 a 144 estatuiu de maneira um pouco mais clara sobre a forma e os procedimentos a serem praticados para a concretização de uma licitação, sendo também auxiliado pelos decretos regulamentadores nº 73.140/73, 86.025/81 e 87.770/82. A parte específica do Decreto-Lei nº 200/67 foi revogada com a edição do Decreto-Lei nº 2.300, de 21 de novembro de 1986, e este passou a ser um texto normativo geral sobre licitações e contratos em seus noventa artigos.¹²

Em 1993, após a Constituição da República Federativa de 1988, o Decreto-Lei nº 2.300 foi revogado pela atual e questionada Lei nº 8.666/93, que é extensa com cento vinte e três artigos, porém não é o único texto normativo que versa sobre licitações e contratos em vigor no Brasil, até porque existe um grande emaranhado de

⁹ “Art. 47. Poderão ajustar de empreitada a obras que se houverem de fazer, mettendo-as primeiramente em pregão para preferirem aquelles que se offererem por menor preço, precedendo vistoria legal, publicação do plano, e sua avaliação: e na falta de empreiteiros, as poderão fazer por jornal. E quando as obras forem de grande importancia, e alguns SOCIOS, ou Empreendedores se offererem a fazê-las, percebendo algumas vantagens para sua. Indemnização, enviarão as propostas aos Conselhos Geraes de Provincia.” (Lei do 1º de outubro de 1828. Criando em cada cidade e villa do império camaras municipais).” (ALMEIDA, Candido Mendes de. **Código Philippino, ou, Ordenações e leis do Reino de Portugal**: recopiladas por mandado d'El-Rey D. Philippe I. 14. ed. Rio de Janeiro: Typografia do Instituto Philomathico, 1870).

¹⁰ Sobre o tema, vide MOTTA, Carlos Pinto Coelho. **Eficácia nas licitações e contratos**. 12. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2011, p. 2-6.

¹¹ Infelizmente, porque haveria a necessidade de uma nova reconfiguração do esqueleto da Administração Pública Federal, considerando as mudanças sociais e os problemas políticos que demandam uma atuação e uma estruturação diferente do Estado Brasileiro. Saliencia-se que tais motivos inclusive corroborariam para modificar as bases de um Direito Administrativo Autoritário para um Direito Administrativo Dialógico. Acerca das necessárias mudanças, vide: BINENBOJM, Gustavo. **Temas de Direito Administrativo e Constitucional**. São Paulo: Renovar, 2008, p. 03-37; GABARDO, Emerson. A flexibilização da legalidade mediante o prestígio de uma ideia equivocada de eficiência e uma visão niilista da separação dos poderes. In: HACHEM, Daniel Wunder; GABARDO, Emerson; SALGADO, Eneida Desiree. **Direito Administrativo e suas transformações atuais**. Curitiba: Ithala, 2016, p. 207-216.

¹² Existiram outros atos normativos durante a história da legislação brasileira, porém não relevantes a ponto de serem citados neste trabalho em razão da falta de utilidade para esta explanação. De qualquer maneira, aludem-se para permitir a consulta: Decreto 41.019/57, Lei 4.320/64, Emenda Constitucional 15/1965 e Lei nº 4.717/65, Decreto Federal 73.140/73, Decreto Federal nº 86.025/81.

leis, decretos, instruções e demais atos normativos tratando direta ou indiretamente sobre a matéria, o que demonstra a grande complexidade enfrentada por todos operadores.¹³

Conhecendo rapidamente como se deu o avanço normativo das licitações públicas brasileiras, é indispensável uma definição para ao final encontrar a resposta se tem ou não uma nova função hodiernamente. Pode-se dizer que não é de difícil definição, mesmo em nível internacional.¹⁴ Enrique Laso expõe que licitação pública é um procedimento para celebrar determinados contratos, cuja finalidade é a determinação daquele que oferece as condições mais vantajosas para a Administração a partir de um convite externado a todos os possíveis interessados por meio de um ato convocatório (*pliego de condiciones*) para que então possam formular propostas e, por sua vez, a Administração selecionará e aceitará aquela mais vantajosa para perfectibilizar um contrato.¹⁵

De maneira similar, Edgar Guimarães conceitua licitação como “procedimento administrativo consubstanciado num conjunto de atos praticados de forma ordenada e sucessiva pelo Poder Público, visando à seleção da melhor oferta, em razão de um negócio jurídico que pretende celebrar por meio de um contrato.”¹⁶ Para Marçal Justen Filho, é o procedimento administrativo, disciplinado por lei e por um ato administrativo prévio, que visa selecionar a proposta mais vantajosa, observados os princípios da isonomia, da competitividade e da promoção do desenvolvimento

¹³ Sobre o contentamento ou descontentamento com a Lei nº 8.666/93, vide REIS, Luciano Elias. (Des)esperança no marco regulatório de contratações públicas: viver o presente e aplicar as normas existentes ou imaginar que a solução vem com novas normas. **Cadernos Jurídicos da OABPR**, Curitiba, p. 55 - 56, 26 mai. 2017; BINENBOJM, Gustavo. **Temas de Direito Administrativo e Constitucional**. São Paulo: Renovar, 2008, p. 881-883; NIEBUHR, Joel de Menezes. Mudança nas licitações. **Revista Colunistas do Direito do Estado**, ano 2015, número 17; NÓBREGA, Marcos. Uma nova lei de licitações. **Revista Colunistas do Direito do Estado**, ano 2016, número 314; SUNDFELD, Carlos Ari. **Contratações Públicas e seu Controle**. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 267-285.

¹⁴ Em outros tempos, havia a problemática se a licitação era instrumento de Direito Administrativo ou de Direito Financeiro, bem como se era um processo ou procedimento administrativo. Acerca do tema, vide Carlos Ayres Britto (BRITTO, Carlos Ayres. **O perfil constitucional da licitação**. Curitiba: Zênite, 1997, p. 69-78 e 106-145).

¹⁵ “*un procedimiento relativo al modo de celebrarse determinados contratos, cuya finalidad es la determinación de la persona que ofrece a la Administración condiciones más ventajosas; consiste en una invitación a los interesados para que, sujetándose a las bases preparadas (pliego de condiciones), formulen propuestas, de las cuales la Administración selecciona y acepta la más ventajosa (adjudicación), con lo que ele contrato queda perfeccionado; y todo el procedimiento se inspira, para alcanzar la finalidad buscada, en estos principios: igualdad de todos los licitantes ante la Administración y cumplimiento estricto de las cláusulas del pliego de condiciones.*” (LASO, Enrique. **La licitación pública**. Montevideo: Julio Cesar Faira Editor, 2005, p. 01).

¹⁶ GUIMARÃES, Edgar. **Controle das licitações públicas**. São Paulo: Dialética, 2002, p. 38.

nacional sustentável, por meio de um órgão específico competente.¹⁷ Outros autores possuem definições similares, não havendo grande discrepância entre eles, salvo no que se refere a sua natureza jurídica – procedimento ou processo administrativo.¹⁸

Para diferenciar processo e procedimento administrativo, adota-se a posição de Romeu Felipe Bacellar Filho, o qual realizou um percuciente estudo sobre as distinções a partir de vários autores nacionais e estrangeiros. Para o jurista, processo e procedimento possuem uma relação entre espécie e gênero, respectivamente. O processo representa instrumento constitucional de atuação de todos os poderes estatais, é, portanto, uma espécie de exteriorização da função administrativa em que há a participação dos interessados em contraditório “imposto diante da circunstância de se tratar de procedimentos celebrados em preparação a algum provimento (ato de poder imperativo por natureza e definição) apto a interferir na esfera jurídica das pessoas.”¹⁹ Já o procedimento não contém necessariamente a pluralidade de sujeitos e a factibilidade de contraditório.

Na mesma esteira, em aprofundado estudo, Odete Medauar explica que a processualidade não é ínsita ao exercício da função jurisdicional e pode estar presente em outras funções estatais. Outrossim, explica que o processo administrativo é uma sucessão encadeada e necessária de atos administrativos, permeada pelo contraditório e com uma pluralidade de sujeitos, no exercício de poder, que objetiva um ato final, qual seja, o resultado “a que se direcionam as atuações interligadas dos

¹⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 68.

¹⁸ José dos Santos Carvalho Filho define licitação como "o procedimento administrativo vinculado por meio do qual os entes da Administração Pública e aqueles por ela controlados selecionam a melhor proposta entre as oferecidas pelos vários interessados, com dois objetivos – a celebração de contrato, ou a obtenção do melhor trabalho técnico, artístico ou científico." (CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 17. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2007, p. 209-210). Em sentido similar, CRETELLA JÚNIOR, José. **Das licitações públicas**. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 50-59; NOHARA, Irene. **Direito Administrativo**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 305; GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 477; ESCOBAR, J. C. Mariense. **Licitação: teoria e prática**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996, p. 19.

¹⁹ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Processo Administrativo Disciplinar**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 47-48. Discordando da diferença entre processo e procedimento, vide Marcelo Harger “No direito brasileiro, no entanto, embora se utilize os termos “processo e procedimento” as consequências jurídicas da opção por um ou outro termo tem sido as mesmas.” (HARGER, Marcelo. **Processo administrativo: aspectos gerais**. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). **Tomo: Direito Administrativo e Constitucional**. Vidal Serrano Nunes Jr., Maurício Zockun, Carolina Zancaner Zockun, André Luiz Freire (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/145/edicao-1/processo-administrativo:-aspectos-gerais>.)

sujeitos em simetria de poderes, faculdades, deveres e ônus, portanto em esquema de contraditório.”²⁰ Diferentemente de Odete Medauar e Romeu Felipe Bacellar Filho,²¹ existem autores defensores de o termo processo administrativo ser adequado tão somente para situações litigiosas, tal qual Hely Lopes Meirelles prenuncia que a característica do processo “é o ordenamento de atos para a solução de uma controvérsia.”²²

Defende-se que a natureza jurídica da licitação é de procedimento administrativo, mesmo que o inciso XXI do artigo 37 da Constituição prescreva “processo de licitação”. Feliz ou infelizmente, a Constituição da República, assim como outros textos legais infraconstitucionais, emana normas, porém a redação de seus preceitos foi – e é –, realizada, na maioria das vezes, por pessoas sem a profunda tecnicidade teórica, seja jurídica ou de outras ciências. Por isso, deve ser encarada como algo comum a inserção de palavras ou expressões equivocadas do ponto de vista técnico teórico. Aqui reside a necessidade de inteligência para a sua interpretação e aplicação.

A licitação é um procedimento porque nem todos os seus atos e seus etapas são marcados pela abertura de contraditório e pluralidade de sujeitos. É composta de duas fases: interna e externa. A fase interna compreende todos os atos necessários desde o momento em que a Administração Pública manifesta o seu desejo

²⁰ MEDAUAR, Odete. **A Processualidade no Direito Administrativo**. São Paulo: RT, 1993, p. 41-42. Em sentido similar, Cármen Lúcia Antunes Rocha aduz “O processo é o meio que pode se desenvolver por mais de um modo, que é o procedimento. Como escrevemos em outra ocasião, ‘processo é o meio, o instrumento juridicamente criado para se realizar uma determinada finalidade. Difere de procedimento, que é o modo pelo qual se atua...’ O processo é instrumento; o procedimento é a maneira de fazer ou agir, ou, como na hipótese em foco, de conduzir o processo. O processo identifica o objeto e a forma de exercer determinadas atividades administrativas; o procedimento é o modo de aperfeiçoar esta atividade”. (ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Princípios constitucionais do processo administrativo brasileiro. **Revista de direito administrativo**, v. 209, p. 189-222, jul.set.1997, p. 190)

²¹ Utilizou-se tão somente os dois autores, porém existem outros diversos na mesma diretriz de amplitude à definição de processo administrativo: MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 498-510; MOREIRA, Egon Bockmann. **Processo Administrativo**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 39-65; NOHARA, Irene, MARRARA, Thiago. **Processo Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2009, p. 23-26; DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. A Lei de Processo Administrativo: sua ideia matriz e âmbito de aplicação. In: NOHARA, Irene, MORAES FILHO, Marco Antonio Praxedes de (Org.). **Processo Administrativo: Temas Polêmicas da Lei nº 9.784/99**. São Paulo: Atlas, 2011, p. 185-201, p. 197.

²² MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 11. ed. São Paulo: RT, 1985, p. 581. Na mesma senda: FIGUEIREDO, Lucia Valle. **Curso de Direito Administrativo**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 424.

internamente para pedir uma solução, a fim de atender uma necessidade pública.²³ De acordo com a sistemática do órgão ou entidade, vários atos são realizados internamente, sem a participação de estranhos ao corpo de agentes públicos da estrutura administrativa, como, por exemplo, a análise da viabilidade contábil de abrir a licitação, a autorização da autoridade competente para o prosseguimento dos atos, a realização de estudos para avaliar qual a melhor solução que satisfaça a necessidade exteriorizada, a ponderação de custo *versus* benefício das alternativas de solução, a pesquisa de mercado e pesquisa de preços da solução a ser adotada, dentre outros.

Como se pode observar, são vários e típicos atos que ocorrem internamente sem a oportunidade de contraditório e pluralidade de sujeitos no momento do seu acontecimento. Destaca-se que a falta de contraditório está no instante da sua feita, isso porque nada impede que, posteriormente, seja alvo de controle externo praticado por qualquer pessoa. No mesmo cariz, a pluralidade de sujeitos assume-se como regra e significa que estranhos ao corpo administrativo do licitador não são aptos a participarem efetivamente de toda a fase interna. Isso, todavia, é bem diferente de inexistirem atos, documentos ou até propostas de terceiros, pois, por exemplo, será indispensável ter na etapa de pesquisa de preços a oitiva e coleta, por meio da consulta a terceiros (fora da Administração), podendo até acontecer uma audiência pública para escutar potenciais fornecedores e analisar suas soluções mercadológicas

²³ “No Direito Administrativo, convertidos em pressupostos dos contratos da Administração Pública, esses elementos lógicos, axiológicos e psicológicos – a escolha, a convicção, a confiança, o enlace – não de receber tratamento jurídico, centrado no julgamento, para atender aquela necessidade de crescer o subjetivismo de que estão necessariamente – mas não ilimitadamente, porque não completamente – imbuídos. Nesse cerceamento, o direito há de empenhar-se até certo ponto: o bastante à necessidade pública. Somente com essa medida prudente assegurará a prevalência do interesse público sobre o interesse privado, o que é princípio basilar não só da contratação, mas de toda a atuação da administração pública. Caso contrário, a pretexto de tolher o subjetivismo deletério, o direito estará tolhendo deletериamente a liberdade de contratar. Compete, portanto, à prudência do direito descobrir parâmetros verdadeiros para dosar o cerceamento apenas por verdadeiros parâmetros. Tais, que não entrem a administração pública. A necessidade de disciplinar a contratação administrativa é indiscutível. Em face dela, o que se pode e deve discutir é se a licitação é o melhor meio de gerar e gerir o enlace contratual da administração pública. Essa discussão será levada a efeito neste livro mediante comentários históricos, que virão até a realidade presente, partindo do contratualismo.” (BARROS, Sérgio Resende. **Liberdade e Contrato**: a crise da licitação. Piracicaba: Editora Unimep, 1995, p. 26). De modo similar, Gonzalo S. Kodelia entoa: “La finalidad general de las contrataciones del Estado, debe relacionarse con los requerimientos sociales. Es decir, el Estado invierte recursos de la sociedad para alcanzar las metas que ésta le impone, las cuales se relacionan con la satisfacción de sus necesidades.” (KODELIA, Gonzalo S. **Teoría General del Contrato Administrativo**. In: REGUEIRA, Enrique M. Alonso et al. **Contratos de la Administración**: teoría y práctica. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: La Imprenta Ya SRL, 2017, p. 17-68, p. 50).

existentes para enfrentar a necessidade pública, etc..²⁴

A processualidade típica e seus elementos caracterizadores como a pluralidade de sujeitos e contraditório estarão evidentes na fase externa da licitação. Em outras palavras, verifica-se que, durante toda a realização de uma licitação, existe o momento típico de procedimento administrativo (até o final da fase interna) e o típico de processo administrativo (a partir da fase externa, a qual se inicia pela publicação do ato convocatório). Como existe a relação entre espécie e gênero, todo processo é procedimento, mas nem todo procedimento é processo, logo, pode-se afirmar que licitação é procedimento. Caso se disserte sobre o processo da licitação, do ponto de vista técnico, deve-se referir à fase externa. O caráter procedimental é uma sucessão de atos concatenados desenvolvidos de forma ordenada e sucessiva para o alcance de um objetivo. Contudo, esta expressão possui polissemia e pode significar também o chamado “iter procedimental”. Para evitar confusões de nomenclatura que trariam finalidades diversas para a teoria ora proposta, compreende-se que iter procedimental é sinônimo de caráter procedimental e que este está sempre estará presente em um procedimento ou em um processo administrativo.

A licitação busca satisfazer uma necessidade material que é o seu objetivo imediato (um produto, serviço, obra ou alienação), para, posteriormente, satisfazer o objetivo mediato que é atender o interesse público ao acudir a necessidade pública em conformidade com o regime jurídico vigente.²⁵ É dessa maneira um procedimento típico do sistema democrático, no qual é inadmissível arbítrio ou pessoalidade do governante, e possui fundamento legal, econômico e financeiro.²⁶ Tem sempre como

²⁴ Sobre a pesquisa de mercadológica e de preços, vide: REIS, Luciano Elias. O problema chamado pesquisa de mercado e a recente Instrução Normativa SLTI/MPOG n. 05/2014. **Revista JML de Licitações e Contratos**, v. VIII, p. 17-26, 2014.

²⁵ Daniel Ferreira também trabalha a ideia de finalidade material da licitação e da contratação administrativa, diferenciando-a das finalidades legais (seleção da proposta mais vantajosa, igualdade e promoção do desenvolvimento nacional sustentável): “(...) a finalidade material da licitação se aproxima, em muito, da finalidade (material) da contratação administrativa e no mesmo panorama antevisto para o objeto licitado e o objeto contratado: enquanto o fim ordinário da licitação é, abstratamente, tornar viável a satisfação da necessidade ou da utilidade, administrativa ou coletiva, a finalidade material da contratação administrativa é concretamente satisfazê-la, na forma e nas condições propostas.” (FERREIRA, Daniel. **A licitação pública no Brasil e sua nova finalidade legal: a promoção do desenvolvimento nacional sustentável**. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 34)

²⁶ CALASANS JÚNIOR, José. **Manual da licitação: orientação prática para o processamento de licitações**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 04-06. Jesús Gonzalez Pérez alerta que: “la sujeción de la acción administrativa a determinadas formalidades, la necesidad de que la acción administrativa se realice a través de los cauces formales de un procedimiento ha sido siempre -- y sigue siéndole -- una de las más firmes garantías del interés público.” (PÉREZ, Jesús Gonzalez. **La ética en la Administración Pública**. 2. ed. Madrid: Civitas Ediciones, 2000, p. 103).

destinatário a coletividade e se revela fundamental não confundi-la com a patologia da licitação, conforme explica Adilson Abreu Dallari, para quem “a licitação não é um mal, não é um procedimento lento, complicado, burocratizado, puramente formal e sem resultados práticos”, isso porque “não se pode confundir a licitação com o mau uso que dela se tem feito.”²⁷

Deve-se tomar cuidado para não criticar as licitações públicas a tal ponto de torná-las um instrumento de incredulidade de sua eficiência e legitimidade para a escolha pelo Estado do seu futuro contratado.²⁸ Recorda-se que o massivo ataque ao instituto do serviço público ajudou a sua bancarrota, como explica Jacques Chevallier em sua obra “Serviço Público”. Ademais, a repetição despropositada da ineficiência da gestão pública longe de ser uma crítica positiva a fim de aprimorar os métodos administrativos e modernizar a capacidade administrativa passa a ser uma crítica negativa que somente tem o condão de apontar “a inferioridade intrínseca e congênita da gestão pública e postulando a incapacidade da administração de ser reformar; por essência, pouco performativos e fracamente produtivos.”²⁹

Pelo exposto, compreende-se que a natureza jurídica é de procedimento e, com isso, definiu-se licitação como o procedimento administrativo desenvolvido de forma ordenada e sucessiva, almejando encontrar a proposta economicamente mais vantajosa ao Poder Público, a partir de uma análise interna da melhor solução para satisfazer a necessidade pública, e, desde que seja observada a isonomia, a competitividade e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável.

Nem todo procedimento instaurado atinge o seu objetivo, visto que uma licitação pode ter cinco destinos: (i) licitação frutífera; (ii) licitação deserta; (iii) licitação fracassada; (iv) licitação revogada e (v) licitação anulada. A licitação frutífera ocorre quando ela se propõe e atende ao seu fim mediato e imediato; a deserta quando não comparece qualquer possível interessado para disputar o objeto licitado; a fracassada

²⁷ DALLARI, Adilson Abreu. **Aspectos Jurídicos da Licitação**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 8 e 18. Celso Antônio Bandeira de Mello explana que três exigências públicas sempre deverão ser atendidas: (i) proteção aos interesses públicos e recursos governamentais; (ii) respeito aos princípios da isonomia e da impessoalidade e (iii) obediência aos reclamos da probidade administrativa (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Elementos de Direito Administrativo**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1992, 177.

²⁸ “Certame licitatórios não é cenário circense, onde se premia o irrealismo.” (ALCORADO, Luiz Carlos. **Licitação e Contrato Administrativo**. 2.ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2000, p. 265).

²⁹ CHEVALLIER, Jacques. **O serviço público**. Trad. Augusto Neves Dal Pozo e Ricardo Marcondes Martins. Belo Horizonte: Fórum 2017, p. 54.

quando todos os interessados participantes da licitação ou o interessado participante têm suas propostas desclassificadas ou os seus documentos de habilitação, em parte ou na integralidade, rejeitados;³⁰ a anulada, quando existe algum vício de legalidade em seu procedimento ou em sua existência que a torne ilegal, o que per si determina a sua anulação, nos termos do art. 49 da Lei de Licitações e de acordo com as Súmulas nº 346 e 473 do Supremo Tribunal Federal;³¹ e a revogada quando não mais presente a oportunidade e a conveniência a partir da ocorrência de um fato superveniente à deflagração do certame, nos termos do artigo 49 da Lei nº 8.666/93 e da Súmula 473 do Supremo Tribunal Federal.³²

Como consequência da licitação frutífera e sua sequência lógica normal, a Administração Pública deve celebrar o contrato administrativo com o fornecedor que venceu a disputa. Abre-se parêntese para destacar que se defende a ideia de “sequência lógica normal”, porque, não havendo qualquer motivo devidamente apresentado aos autos e publicizado a todo e qualquer interessado, é ato vinculado à contratação. Não existe uma expectativa de direito ao adjudicatário e uma faculdade da Administração Pública licitadora, e, sim, há um direito ao adjudicatário e um dever de ser convocado para perfectibilizar o ajuste. Quanto ao prazo para a feitura do contrato, daí não se defende um prazo fixo, mas um lapso temporal razoável, o qual poderá variar de acordo com o substrato fático e o planejamento do órgão ou entidade envolvida.

Para o enquadramento do instituto do contrato administrativo e sua função,

³⁰ Sobre a diferença da licitação fracassada e deserta, Maria Sylvia Zanella Di Pietro esclarece que: “A licitação deserta ocorre na hipótese do inciso V do art. 24 da Lei nº 8.666, ou seja, quando não acudirem interessados à licitação anterior e esta, justificadamente, não puder ser repetida sem prejuízo para a Administração, mantidas, neste caso, todas as condições preestabelecidas. Licitação fracassada é aquela em que se apresentam licitantes interessados, porém nenhum deles preenche os requisitos, ou porque faltaram documentos exigidos para habilitação (art. 27), ou porque foram desclassificados com base no art. 48” (DI PIETRO, Maria Sylvia; et al. **Temas Polêmicos sobre Licitações e Contratos**. 5 ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 114).

³¹ Marçal Justen Filho detalha que a anulação deriva diretamente da legalidade e da indisponibilidade do interesse público. Nas palavras do autor, “como a Administração está estritamente vinculada à Lei, não se admite que pratique atos ofensivos a dispositivos legais. Por isso, a autoridade administrativa tem o dever de invalidar seus próprios atos que se revelem viciados” (JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 16.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 893).

³² MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. **Princípios gerais de Direito Administrativo**. 3 ed. São Paulo: 2007, p. 632-633. Especificamente sobre revogação e a necessidade sempre de permitir contraditório e ampla defesa prévios ao ato revogatório, vide: REIS, Luciano Elias. Revogação da licitação pública: aspectos conceituais, procedimentais e de controle judicial. **Revista Juris Plenum Direito Administrativo**, v. 1, p. 63-92, 2016.

também é importante que se conheça um pouco de sua história para saber inicialmente se faz sentido diferenciá-los dos demais contratos, bem como defini-lo a partir de suas características principais.³³

A Administração Pública começou a chamar os particulares para colaborarem na satisfação das necessidades coletivas e, com isso, realizar tarefas públicas como concessões de obras e serviços, serviços de transporte iluminação das cidades, contratos de empreitada, motivo pelo qual Isabel Celeste Fonseca diz que o contrato administrativo é uma “forma de exercício do poder administrativo.”³⁴ A referida autora explicita que, (i) desde a Antiguidade Oriental, mobilizavam-se recursos humanos amplos para a defesa externa e a segurança interna, a circulação de pessoas e bens e a realização de obras para a coletividade; (ii) na Grécia Antiga e na Roma, apesar de uma estrutura administrativa incipiente, verifica-se uma preocupação para o atendimento de necessidades coletivas; (iii) na Roma Imperial, a Administração Pública foi estruturada por um sistema administrativo territorial que ficou responsável para satisfazer as múltiplas necessidades coletivas, como infraestrutura, abastecimento de água, defesa, comunicações, mercados, ensino e lazer; (iv) ainda na Roma Imperial, os contratos administrativos apareceram, o que, inclusive, ajudou na diminuição do uso dos escravos para algumas tarefas públicas até o século I d. C, e foram usados até mesmo para a cobrança de impostos – e não apenas nas obras públicas.³⁵

Apesar disso, no século XIX, aparecem os contratos administrativos nos moldes conhecidos até hoje a partir de negócios à época que visavam à construção de estradas de ferro e a iluminação das cidades a gás, até porque os exemplos mencionados anteriormente estavam muito mais próximos de atos administrativos em si do que de contratos.

Assim como ocorre com o próprio surgimento do Direito Administrativo, é a França que oferece larga contribuição para a existência dos contratos administrativos.

³³ Sobre a história dos contratos administrativos, vide AMARAL, Diogo Freitas do. **Curso de Direito Administrativo**. Vol. II. Coimbra: Almedina, 2013, p. 544-549; PASTOR, Juan Alfonso Santamaría. **Principios de Derecho Administrativo Geral II**. 2 ed. Madrid: Justel, 2009, p. 166-172.

³⁴ FONSECA, Isabel Celeste M. **Direito da contratação pública**: uma introdução em dez aulas. Coimbra: Almedina, 2009, p. 24.

³⁵ FONSECA, Isabel Celeste M. **Direito da contratação pública**: uma introdução em dez aulas. Coimbra: Almedina, 2009, p. 31-32. Sobre o tema, vide também ESCOLA, Hector Jorge. **Compendio de Derecho Administrativo**. Vol. II. Bueno Aires: Ediciones Depalma, 1984, p. 597-599.

Alguns casos deliberados pelo Conselho de Estado são extremamente significativos para gerar um afastamento do Direito Civil como fonte imediata à resolução dos conflitos decorrentes dos ajustes envolvendo a Administração Pública. Esses julgamentos evidenciam a busca de um regime jurídico próprio (ou normas específicas) para tratar dos contratos públicos ao invés de atrelar-se integralmente ao regime de direito privado, quais sejam: (i) em 1902, ao deliberar que a contratante pública poderia impor unilateralmente a modificação do conteúdo das prestações contratuais numa lide envolvendo um município e seu concessionário de uma rede de iluminação pública a gás, a fim de determinar a mudança do combustível para a iluminação (de gás para eletricidade); (ii) em 1910, quando o concessionário foi obrigado pelo município contratante a criar novas linhas de tráfego não previstas inicialmente no contrato; (iii) em 1916, quando o concessionário de iluminação a gás solicitou uma majoração da sua remuneração contratual ante a subida significativa do preço do carvão como insumo essencial do objeto contratual.³⁶

Ressaltando os casos concretos, Eduardo García Enterría explica que é a partir da base empírica que se produz a “substantivación jurídico-material de la figura” do contrato administrativo. Salienta, ainda, que, da experiência francesa, resulta a substituição do critério estrutural de atos de autoridade, por meio dos atos de gestão como critério central de delimitação do âmbito da jurisdição contencioso-administrativo, e passa para o critério de serviço público.³⁷ O autor chama a atenção também para o Arrêt Terrier de 1903, no qual, pela primeira vez, a competência da jurisdição contenciosa-administrativa se define caso o fato gerador da demanda esteja relacionado com a organização e o funcionamento dos serviços públicos propriamente dito, apesar que a consolidação de tal raciocínio acontece pelos *Théroud* (1910), *Compagnie d'Assurance Le Soleil* (1910) y *Société de Granits Porphyroides des Vosges* e pela escola realista de *Bordeau* (*Duguit e Jèze*).³⁸

³⁶ FONSECA, Isabel Celeste M. **Direito da contratação pública**: uma introdução em dez aulas. Coimbra: Almedina, 2009, p. 47-48.

³⁷ Sobre o histórico de serviço público e sua concepção no Estado Liberal e no Estado Social, vide SCHIER, Adriana **Serviço Público**: garantia fundamental e cláusula de proibição de retrocesso social. Curitiba: Íthala, 2016, p. 36-58; ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Direito dos Serviços Públicos**. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 71 e seguintes.

³⁸ ENTERRÍA, Eduardo García. La Figura Del Contrato Administrativo. **Revista de Administración Pública**, nº 41/110, Madrid, 1963, p. 99-128, p. 103-104. Juan Alfonso Santamaría Pastor pontua: “Desde hace al menos quinientos años, los poderes públicos han hecho un empleo sistemático de la

A importância de compreender a história do contrato administrativo em outros países, que servem de inspiração para o Direito Administrativo Brasileiro, tem uma razão de ser, qual seja, avaliar qual a forma mais adequada de conceituá-lo.³⁹ Seguindo nessa missão, convém salientar que, muito diferente da França, a Alemanha historicamente era refratária à existência do contrato administrativo, já que o repasse de uma atividade da Administração Pública para o particular seria um ato administrativo unilateral de submissão (ou subjugação)⁴⁰ no qual este anui como condição de sua eficácia. A sua causa está no interesse e no poder público que não admite negociação.⁴¹ Como diz Recaredo Velazco, para os alemães, o contrato administrativo está próximo de uma requisição que se exterioriza por dois atos administrativos (um impõe uma prestação e outro o pagamento da indenização), sendo que a diferença reside, pois na requisição “se impone unilateralmente la voluntad de la Administración, mientras que en el contrato la sumisión es voluntaria.”⁴² Esse raciocínio, segundo Enterría, reverbera também na doutrina suíça e italiana.⁴³ A diferença (França *versus* Alemanha) não está somente no fato de os litígios envolvendo contratos administrativos irem para a jurisdição administrativa, mas no modo de visão do ato em si: ato de gestão que gera uma colaboração *versus* ato de

técnica contractual para realizar no pocas de sus actividades. Pero esta modalidad de actuación conoce en nuestros días un auge considerable (en perjuicio de la actividad unilateral y autoritaria) tanto en cantidad como en variedad: no sólo se ha incrementado sustancialmente el número y volumen de convenios que cada Administración celebra con empresas privadas, con las restantes Administraciones y con entidades de todo tipo (incluso con algunas pertenecientes a su propia organización); también las modalidades contractuales que se emplean son sumamente diversas e innovadoras, careciendo muchas de ellas de paralelo en el ámbito privado.” (PASTOR, Juan Alfonso Santamaría. **Principios de Derecho Administrativo Geral II**. 2 ed. Madrid: Justel, 2009, p. 165).

³⁹ Sobre a relação entre a busca da autonomia do contrato administrativo e do Direito Administrativo em relação, respectivamente, ao contrato privado e ao Direito Privado, Enterría comenta: “La gravedad del problema teórico del contrato administrativo es que en él se viene a condensar el problema entero del Derecho Administrativo o, y en especial las tres cuestiones centrales de la modulación en su ámbito de instituciones procedentes del Derecho civil, de la posición jurídica de la Administración como sujeto y de la aplicación a la misma del Derecho privado.” (ENTERRÍA, Eduardo García. La Figura Del Contrato Administrativo. **Revista de Administración Pública**, nº 41/110, Madrid, 1963, p. 99-128, p. 110-111).

⁴⁰ Como possíveis significados para fins de tradução da sumisión que Enterría escreve.

⁴¹ GONÇALVES, Pedro. **O Contrato Administrativo**. Coimbra: Almedina, 2003, p. 18.

⁴² VELAZCO, Recaredo Fernandez de. **Los contratos administrativos**. 2. ed. Madrid: Institutos de Estudios de Administración, 1945, p. 32. Até porque o raciocínio alemão se embasava no ato administrativo: “El régimen del derecho (rechtsstaat) se perfecciona en virtud del acto administrativo, el cual, con su fuerza obligatoria, está ubicando dentro de las relaciones a regular entre el Estado y el súdito. (...) El acto administrativo es un acto de autoridad que emana de la administración y que determina frente al súdito lo que para él debe ser de derecho en un caso concreto.” (MAYER, Otto. **Derecho administrativo alemán**. Tomo I. Buenos Aires: De Palma, 1982, p.125-126).

⁴³ ENTERRÍA, Eduardo García. La Figura Del Contrato Administrativo. **Revista de Administración Pública**, nº 41/110, Madrid, 1963, p. 99-128, p. 104-105.

submissão ou subordinação que a partir da anuência impõe o mero cumprimento.⁴⁴

Espanha e Portugal seguiram noções de contrato administrativo de acordo com a linha francesa, a qual suplica o seu tratamento por meio de um regime jurídico especial.⁴⁵ No estado espanhol, a legislação prescreveu o seu caráter de colaboração, exceto as concessões, que se assujeitam aos tribunais de contencioso-administrativo.⁴⁶ De forma similar, no estado português, o contrato administrativo “foi puramente obra da lei” e tem o intuito colaborativo, apesar que o conceito de matriz substantiva nem sempre seguiu às riscas a sua matriz processual. Isso quer dizer que o Estado age e buscar o particular para satisfazer as suas necessidades como um cliente, conquanto existam normas peculiares.⁴⁷

Como visto, a jurisdição administrativa é uma característica muito utilizada para discernir o contrato administrativo do privado, todavia, esse não é um critério válido no contexto brasileiro, o qual não possui dualidade de jurisdição. Desse modo, deve-se perquirir outras características a partir dos conceitos nacionais e estrangeiros, a fim de encontrar qual seria uma definição atual adequada. Seguindo essa missão, para Hector Jorge Escola são *“aquellos contratos celebrados por la administración pública con una finalidad de interés público y en los cuales, por tanto, pueden existir cláusulas exorbitantes del derecho privado o que coloquen al cocontratante de la administración pública en una situación de subordinación respecto de ésta.”*⁴⁸ No mesmo intento, Roberto Dromi aduz que a caracterização do contrato administrativo se dá em razão: *“a) del objeto del contrato, es decir, las obras y los servicios públicos cuya realización y prestación constituyen precisamente los fines de la Administración; b) de la participación de un órgano estatal o ente no estatal en ejercicio de la función administrativa, y c) de las prerrogativas especiales de la Administración en orden a su*

⁴⁴ Sobre a história da Itália e Alemanha como contrários à ideia de contratos administrativos ou com pensamento adversário e favorável Espanha, França e Portugal, consoante se denota respectivamente de: GONÇALVES, Pedro. **O Contrato Administrativo**. Coimbra: Almedina, 2003, p. 12-16 e 16-19.

⁴⁵ GONÇALVES, Pedro. **O Contrato Administrativo**. Coimbra: Almedina, 2003, p. 18.

⁴⁶ ENTERRÍA, Eduardo García. La Figura Del Contrato Administrativo. **Revista de Administración Pública**, nº 41/110, Madrid, 1963, p. 99-128, p. 106-107.

⁴⁷ FONSECA, Isabel Celeste M. **Direito da contratação pública: uma introdução em dez aulas**. Coimbra: Almedina, 2009 p. 55. Sobre os sistemas tradicionais de contratação pública na Europa, em especial França, Grã-Bretanha, Espanha e Alemanha, vide ESTORNINHO, Maria João. **Curso de Direito de Contratos Públicos: por uma contratação pública sustentável**. Coimbra: Almedina, 2013, p. 159-218.

⁴⁸ ESCOLA, Hector Jorge. **Compendio de Derecho Administrativo**. Vol. II. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1990, p. 614.

interpretación, modificación y resolución."⁴⁹ Assim, o regime jurídico do contrato administrativo é marcado pelo formalismo, pelas prerrogativas da Administração Pública (desigualdade jurídica entre as partes contratantes e as cláusulas exorbitantes), pelos direitos e obrigações personalíssimas e pelos efeitos perante terceiros.⁵⁰

De forma idêntica, Jean Rivero elenca três características dos contratos administrativos: as partes do contrato, pois somente é contrato administrativo se uma das partes é uma pessoa coletiva de direito público; o objeto do contrato, este deve estar atrelado à própria execução do serviço público; as cláusulas do contrato deverão confiar um objeto à execução do serviço a um particular com a existência de cláusulas exorbitantes ao direito comum.⁵¹ De forma um pouco diversa, Romeu Felipe Bacellar Filho compila seis elementos integrativos: (i) é um ajuste bilateral, no mínimo deve existir duas partes; (ii) é consensual, necessitando de vontade recíproca na contratação, característica imprescindível para a sua não descaracterização; (iii) é formal, pois deve atender às formalidades legais; (iv) é comutativo, porque estipula obrigações e direitos recíprocos, bem como sanções no caso de inadimplemento; (v) é oneroso, devendo ser pago na forma ajustada e (vi) é *intuitu personae* pois exige a pessoa do contratado para o seu cumprimento, somente podendo ser adimplido por outros nos casos autorizados e estabelecidos em lei.⁵² Vide que o autor não elenca as cláusulas exorbitantes como um diferencial, até porque nega a sua existência, alegando que decorrem diretamente do ordenamento jurídico, por isso, não há que se falar em qualquer exorbitância ou algo incomum.⁵³

⁴⁹ DROMI, Roberto. **Derecho Administrativo**. 10. ed. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 2004, p. 474-475.

⁵⁰ DROMI, Roberto. **Derecho Administrativo**. 10. ed. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 2004, p. 483-486.

⁵¹ RIVERO, Jean. **Direito Administrativo**. Trad. Dr. Rogério Ehrhardt Soares. Coimbra: Livraria Almedina, 1981, p.133-137. A título complementar, vale frisar que outros juristas também qualificam a existência das cláusulas exorbitantes como diferenciais aos demais contratos (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 640 e s.; MEIRELLES, Hely Lopes. **Licitação e Contrato Administrativo**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1975, p. 187 e s.; MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 219 e s.; DI PIETRO, Maria Sylvania. **Direito Administrativo**. 32. ed. São Paulo: Atlas, 2019, p. 298 e s.; BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Direito Administrativo**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 131 e s.; ESTORNINHO, Maria João. **Réquiem pelo contrato administrativo**. Coimbra: Almedina, 1990, p. 75-76).

⁵² BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Direito Administrativo**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 130.

⁵³ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Reflexões sobre Direito Administrativo**. Belo Horizonte: Saraiva, 2009, p. 178.

Marçal Justen Filho diferencia os contratos administrativos em sentido amplo (gênero) dos acordos de vontade da Administração, dos contratos administrativos em sentido restrito e os contratos de direito privado (espécies). O gênero é um “acordo de vontades destinado a criar, modificar ou extinguir direitos e obrigações, tal como facultado legislativamente e em que pelo menos uma das partes atua no exercício da função administrativa”, já a espécie de contrato administrativo em sentido restrito “acordo de vontades para constituir relação jurídica destinada ou a satisfazer de modo direto necessidades da Administração Pública ou a delegar a um particular o exercício de competências públicas.”⁵⁴ André Luiz Freire enfoca a natureza jurídica de ato bilateral e da imputação de normas jurídicas infralegais individuais, quando conceitua como “ato administrativo bilateral introdutor de normas jurídicas infralegais individuais, concretas, obrigatórias para as partes (sendo uma delas entidade da Administração Pública) e reguladoras de uma relação jurídica obrigacional.”⁵⁵

De acordo com a realidade portuguesa, Pedro Gonçalves qualifica como “um acordo juridicamente vinculativo celebrado entre dois ou mais sujeitos de direito com vista à constituição, modificação ou extinção de uma relação regulada pelo direito administrativo e que, por isso mesmo, fica submetido a um regime substantivo de direito público.”⁵⁶ De forma igual, outro jurista português, Armando M. Marques Guedes pontua que o contrato é ajuste pelo qual uma pessoa se obriga para com a Administração a colaborar e cooperar no exercício de determinadas atividades administrativas, sob as exigências que o interesse público clama no caso, mediante uma remuneração estipulada e sempre ressalvado o direito à indenização, isto é, “equitativa compensação, ou rescisão, no caso de acrescida onerosidade que afete o equilíbrio financeiro do empreendimento.”⁵⁷

Por todo esse panorama, indaga-se se o contrato administrativo de fato é diferente ou igual ao contrato de direito privado. Se for igual, já se adianta que a

⁵⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 451,452 e 464.

⁵⁵ FREIRE, André Luiz. **Manutenção e retirada dos contratos inválidos**. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 54.

⁵⁶ GONÇALVES, Pedro. **O Contrato Administrativo**. Coimbra: Almedina, 2003, p. 27.

⁵⁷ GUEDES, Armando M. Marques. **Direito Administrativo** (apontamentos das lições ao 2º ano jurídico de 1955-56 pelo Exmo Senhor Prof. Doutor Marques Guedes). Lisboa: Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1955, p. 362. Sobre o enquadramento do contrato administrativo em direitos estrangeiros, vide José Luis Esquivel (ESQUÍVEL, José Luís. **Os contratos administrativos e a arbitragem**. Coimbra: Almedina. 2004, p. 27-63).

nomenclatura com adjetivação “administrativo” não faria sentido algum, salvo para questões mercadológicas de venda de livros, para outro intuito comercial ou para uma suposta separação metodológica de ramos do direito. Entretanto, se houver motivo que os torne distintos, então será justa a denominação.⁵⁸

Defendendo inexistir qualquer dessemelhança entre eles já que fariam parte do contrato como instituto do direito, e não do direito civil ou do direito administrativo, Romeu Felipe Bacellar Filho aduz que a diferenciação não tem o menor sentido, pois não é instituto de exclusivo de qualquer ramo do Direito.⁵⁹ Luis Cosculluela Montaner e Mariano López Benítez alegam que o contrato é uma instituição jurídica pertencente à Teoria Geral do Direito e é comum a todas as disciplinas jurídicas, sendo que o contrato administrativo é aquele regido pelo Direito Administrativo.⁶⁰ Nesse ponto, não se discorda de que tal é um instituto de Direito Administrativo que é consectário de um instituto do Direito como um todo, mas que justamente por suas particularidades e tratamento jurídico precisa ser tratado de maneira segmentada.⁶¹ Seria a comparação exposta por Enterría de que ambos (contrato administrativo e contrato civil) são montanhas diferentes que integram a mesma cordilheira.⁶²

Indubitavelmente, um dos pontos centrais arguidos pelos diversos posicionamentos seria a existência de cláusulas exorbitantes, as quais representam

⁵⁸ Sônia Yuriko Kanashiro Tanaka explana em sua obra, de maneira diversa, ao apresentar três possibilidades para o seu enquadramento, mais precisamente a partir da teoria negativa do contrato administrativo, a teoria positiva do contrato administrativo e a teoria intermediária (TANAKA, Sônia Yuriko Kanashiro. **Concepção dos contratos administrativos**. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 16-49).

⁵⁹ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Direito Administrativo e o Novo Código Civil**. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 182-184.

⁶⁰ MONTANER, Luis Cosculluela; BENÍTEZ, Mariano López. *Derecho público económico*. 2. ed. Madrid: Justel, 2008, p. 169. Igualmente, MONTANER, Luis Cosculluela. **Manual de Derecho Administrativo**. 8. ed. Madrid: Editorial Civitas, 1997, p. 391; FREIRE, André Luiz. **Manutenção e retirada dos contratos inválidos**. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 49.

⁶¹ Tal tronco comum pode ser percebido inclusive nos contratos administrativos e nos contratos privados da Administração Pública, observação que também tem o mesmo sentido na realidade de Portugal: “Parece-nos de facto que não pode deixar de se reconhecer que há, em certa medida, um regime comum a todos os contratos da Administração ou, noutra fórmula, um regime que se aplica aos contratos da Administração seja qual for a sua natureza jurídica; é assim quanto a tudo o que se relaciona com o princípio da primazia da lei ou com a vinculação da Administração pelos direitos fundamentais, bem como com a sujeição do procedimento de formação de certos contratos (independentemente da sua natureza jurídica) a um regime jurídico unitário. Tudo isso é verdade; de resto, nada tem de estranho ou de anormal a existência de um regime comum a todos os contratos da Administração, por isso que se trata sempre de contratos.” (GONÇALVES, Pedro. **O Contrato Administrativo**. Coimbra: Almedina, 2003 p. 35-36)

⁶² ENTERRÍA, Eduardo García. La Figura Del Contrato Administrativo. **Revista de Administración Pública**, nº 41/110, Madrid, 1963, p. 99-128, p. 116.

uma característica essencial dos contratos administrativos. Podem ser delimitadas como todas as cláusulas e condições que excedem ao comum, aquilo que normalmente é utilizado no Direito Privado, para, segundo as palavras de Hely Lopes Meirelles “consignar uma vantagem ou uma restrição à Administração ou ao particular contratante.”⁶³ As referidas cláusulas demonstram as prerrogativas inerentes à Administração Pública na perquirição do interesse público primário, sendo que são estereotipadas para aplicar a relação de desigualdade entre as partes. Roberto Dromi explica que a origem desta diferenciação está “*en la desigualdad de propósitos perseguidos por las partes en el contrato, pues al fin económico privado se opone y antepone un fin público o necesidad pública colectiva que puede afectar su ejecución.*”⁶⁴ No ordenamento jurídico pátrio, tais cláusulas seriam aquelas previstas nos artigos 58 e 59 da Lei nº 8.666: (i) alteração unilateral do contrato administrativo; (ii) a inoponibilidade do princípio “exceptio non adimpleti”; (iii) rescisão unilateral; (iv) aplicação de sanções administrativas; (v) ocupação temporária e (vi) dever de fiscalização contratual.

Com a devida vênia para aqueles, como Romeu Felipe Bacellar, os quais alegam a inexistência de cláusulas exorbitantes nos contratos administrativos, já que são cláusulas positivadas e comuns aos contratos administrativos em razão da condição da Administração Pública e da natureza dos seus propósitos, insta ponderar que não se discorda da razão exposta, porém tal não pode gerar a asserção de inexistência das ditas cláusulas ou, no mínimo, dos efeitos prescritos pela lei sobre elas para com os terceiros – contratados – como consequência. Quanto à rotulagem, aquiesce-se que a denominação exorbitante foi sendo posta e repetida durante o tempo, tanto que gerou uma certa quietude sobre ela, do ponto de vista de rotulagem.

A título complementar, salienta-se que Fernando Vernalha Guimarães compreende pela releitura do termo “cláusula exorbitante” sob o argumento de impropriedade técnica de conceituá-la como cláusula, uma vez que induz a ideia de elemento constitutivo e como causa do contrato, enquanto, na verdade, ela é efeito

⁶³ MEIRELLES, Hely Lopes. **Licitação e Contrato Administrativo**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1975, p. 187. Igualmente, “Exorbitantes em relação ao direito comum, já que neste as obrigações derivam geralmente do contrato e a imposição material da vontade das partes depende de intervenção judicial.” (ZARDO, Francisco. **Infrações e sanções em licitações e contratos administrativos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 36)

⁶⁴ DROMI, Roberto. **Derecho Administrativo**. 10. ed. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 2004, p. 484.

aplicável ao contrato administrativo decorrente do regime jurídico que a contempla, *in verbis* “efeito da imposição de normas jurídico-públicas injuntivas. Jamais cláusulas contratuais, no sentido que lhes empresta o Direito. Constituem, em suma, poderes jurídico-públicos.”⁶⁵

Porém, quando se fala de rotulagem, seja nominada e prescrita pelo ordenamento, o que pode gerar para fins de raciocínio uma regra incontroversa ou um auxílio para a comunicação entre todos os aplicadores, o fato é que de nada adianta estar estipulada se não houver razão de ser, se não tiver como aplicar e se não tiver parâmetro de aplicação. Para o operador do Direito, o conhecimento do regime jurídico é impreterível para a correta adequação e utilização do instituto. Celso Antônio Bandeira de Mello aponta sobre a indispensabilidade de conhecer o regime jurídico para a compreensão de um instituto jurídico:

Se o que importa ao jurista é determinar em todas as hipóteses concretas o sistema de princípios e regras aplicáveis – quer seja a lei clara, obscura ou omissa-, todos os conceitos e categorias que formule se justificam tão-só na medida em que através deles pressione logicamente uma determinada unidade orgânica, sistemática, de normas e princípios. A razão de ser destes conceitos é precisamente captar uma parcela de regras jurídicas e postulados que se articulam de maneira a formar uma individualidade.⁶⁶

Assim, ao analisar o regime jurídico do contrato administrativo no Brasil, atualmente em vigor, é inconteste que a legislação confere determinadas potestades à Administração Pública no Brasil ante os terceiros contratados, as quais podem ser rotuladas como cláusulas exorbitantes ou qualquer outra denominação.⁶⁷ Exemplo disso é a possibilidade de o contrato administrativo ser alterado em razão de novos interesses distintos daqueles que o justificaram quando da celebração, diferindo

⁶⁵ GUIMARÃES, Fernando Vernalha. **Alteração unilateral do contrato administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 105. Sobre um estudo comparado acerca da exorbitância no contrato administrativo, vide GIACOMUZZI, José Guilherme. **Estado e Contrato**. São Paulo: Malheiros, 2011.

⁶⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 91.

⁶⁷ Marcos Juruena Villela Souto discrimina as seguintes diferenças no contrato administrativo ante o privado: firmado pela administração pública, objetivos de interesse público, supremacia do Poder Público, exigência de licitação prévia e existência de cláusulas exorbitantes. (SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Tópicos de licitações**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999, p. 54). Ainda, computa recordar de Themístocles Brandão Cavalcanti: “o contrato administrativo, embora contenha os mesmos elementos intrínsecos, comuns a todos os contratos, obedece, entretanto, a razões de interesse público que acarretam cláusulas que constituem pressupostos do próprio contrato. Essas cláusulas, nem sempre expressas, são baseadas na supremacia do interesse público, que geralmente se identifica com a posição assumida pelo Estado no contrato.” (CAVALCANTI, Themistocles Brandão. **Curso de Direito Administrativo**. 8. ed. São Paulo: Livraria Freitas Bastos, 1967, p. 62).

daqueles subordinados ao direito civil.⁶⁸ O regime jurídico específico tem o condão justamente de gerar uma autonomia.⁶⁹ Prosper Weil explicita que, se não houver algum regime de potestade, seria insubsistente o uso da teoria do fato do príncipe e da imprevisão, os quais, por óbvio, não significam que possam ser usados de maneira arbitrária e indiscriminada, sob pena de flagrante ilegalidade.⁷⁰

Enterría explica que os contratos administrativos possuem uma modulação típica do Direito Administrativo que seria uma dupla exigência a estar presente para a sua configuração: a presença da Administração como organização coletiva e o seu “giro ou tráfico” peculiar e próprio, o qual seria a justificativa para possuir um tratamento diferente, inclusive para a existência das cláusulas exorbitantes que não são, em si, parte dos contratos (como algo interno), mas uma decorrência da satisfação das necessidades públicas ou da execução dos serviços públicos.⁷¹

Feitas tais considerações acerca da presença dessas cláusulas como fundamentais para a caracterização dos contratos administrativos, é imperioso recordar, inclusive com apego ao que já foi dito alhures sobre a imperiosidade de uma Administração Pública Consensual e Paritária, o que a sua aplicação nos tempos atuais *per se* demanda uma interpretação consentânea com a realidade.⁷² Interessante

⁶⁸ MENDES, Pedro Vaz. **Pacta Sunt Servanda e interesse público nos contratos administrativos**. Lisboa: Universidade Católica, 2016, p. 384. Giza-se que os contratos típicos de direito civil também podem ser alterados a partir de alguma mudança de cenário e inclusive poder-se-ia aventar a sua mudança sem a necessidade de apresentação posterior de voluntividade da outra parte, desde que os termos ajustados já previssem de maneira bastante exauriente quais seriam tais ocasiões e suas consequências jurídicas para o negócio em tela.

⁶⁹ GONÇALVES, Pedro. **O Contrato Administrativo**. Coimbra: Almedina, 2003, p. 28

⁷⁰ WEIL, Prosper. **Derecho administrativo**. Trad. Luis Rodríguez Zúñiga. Madrid: Editorial Civitas, 1994, p. 92-93.

⁷¹ ENTERRÍA, Eduardo García. La Figura Del Contrato Administrativo. **Revista de Administración Pública**, nº 41/110, Madrid, 1963, p. 99-128, p. 115-116 e 123. Ainda às fls. 115-116 discorre que: “No ocurriendo esto en los contratos de la Administración, existiendo en este caso una modulación, como venimos diciendo, de la figura, ocurre que esta modulación, en cuanto que alcanza una cierta «unidad de sentido» y no es una pura particularidad o excepción casuística respecto del régimen general, ha dado lugar, sin más, a que exista una teoría ius administrativa del contrato, por lo mismo que el Derecho administrativo es el derecho propio de las Administraciones públicas en cuanto sujetos. Ahora bien, esto no puede querer significar que el contrato objeto del Derecho administrativo sea algo radicalmente irreductible al cuadro contractual tradicional del Derecho civil, y que, por consiguiente, tenga que tratarse de una institución totalmente singular o independiente; más bien lo correcto es afirmar que la misma doctrina general del contrato, que no es tampoco la que resulta de todas las particularidades que sobre el mismo puedan encontrarse en un Código civil positivo, sino algo propio del Derecho sin especificaciones, esa doctrina general se especifica o modula (...) de una manera peculiar en el Derecho Administrativo.”

⁷² Acerca da interpretação das normas, sempre valioso recorrer ao escólio de Karl Larenz ao dizer que: “Interpretar é (...) uma actividade de mediação, pela qual o intérprete traz à compreensão o sentido de um texto que se lhe torna problemático. O texto da norma torna-se problemático para quem a aplica

e bastante ponderada é a defesa de Vivian Lima López Valle sobre as prerrogativas num contrato administrativo deverem ser aplicadas de maneira subsidiária somente no casos em que demonstrar a sua necessidade/adequação a partir dos seguintes critérios, bastante lúcido e racionais: "a) urgência (perigo ao interesse público), b) excepcionalidade (aplicação episódica), c) ultima ratio (caráter residual às soluções consensuais), d) justificação (benefício às finalidades contratuais)."⁷³

Fernando Dias Menezes de Almeida, em tese de livre-docência, manifesta que contrato administrativo integra parte da categoria jurídica geral "contrato" e qualifica-se dessa maneira em virtude da incidência do regime jurídico de Direito Público autoexecutório que lhe garante uma série de prerrogativas nos casos em que o objeto assim demandar, e não pelo simples fato de algum órgão ou entidade da Administração Pública participar do polo contratante. Em síntese, defende que o critério do objeto da relação convencional será o determinante para permitir o uso e gozo de prerrogativas.⁷⁴

Também fazendo uma crítica contextualizada e mais contemporânea à década de 1990 em diante, Maria João Estorninho pondera que não se pode ficar aplicando o modelo oitocentista de contratação pública, até porque existe uma certa aproximação entre o direito privado e o direito administrativo, concluindo que "nem o contrato administrativo é tão exorbitante quanto isso, nem os contratos privados da Administração são exatamente iguais aos contratos celebrados entre particulares, o que reflete desde logo uma eventual aproximação entre todos os contratos da

atendendo à aplicabilidade da norma precisamente a uma situação de facto dessa espécie." (LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. Trad. José Lamego. 3. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1997, p. 437). Ademais, nunca se pode esquecer da correlação entre a interpretação jurídica e a relação social sempre deve existir. Sobre o tema, Pablo Jiménez Serrano esclarece que "(...) a interpretação jurídica está condicionada à norma, que, por sua vez, é o resultado da realidade social. Por isso mesmo, e de forma indireta, ao pesquisar o direito, e ao interpretar as normas jurídicas, estaremos conhecendo e avaliando o nível de desenvolvimento da realidade social. Verifica-se, portanto, que o direito como fenômeno social é o objeto mediato da interpretação jurídica." (SERRANO, Pablo Jiménez. **Interpretação jurídica**. São Paulo: Desafio Cultural, 2002, p. 84)

⁷³ VALLE, Vivian Cristina Lima López. **Contratos administrativos e um novo regime jurídico de prerrogativas contratuais na Administração Pública Contemporânea: da unilateralidade ao consenso e do consenso à unilateralidade na relação contratual brasileira** (tese de doutorado). Universidade Feeral do Paraná, 2017, Orientador: Prof. Dr. Clémerson Merlin Cléve, (265 f.), p. 214-215.

⁷⁴ ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. **Contrato administrativo**. São Paulo: Quartier Latin, 2012. Acerca do caráter procedimental consensual dos contratos administrativos, apesar de normas exorbitantes ao corriqueiro do normalmente visualizado na esfera privada, assim também esposa VEDEL, Georges. **Derecho Administrativo**. Trad. Juan Rincon Jurado. Madrid: Aguilar, 1980, 186-196.

Administração.”⁷⁵

É claro que este autor não pode deixar de externar a preocupação com a mera importação de raciocínio adotado por juristas que estão em países com outra realidade socioeconômica, por isso, sustenta-se que algumas ponderações acerca dos contratos administrativos deverão ser obtemperadas para a realidade brasileira. Indubitavelmente, existem movimentos pendulares transnacionais, como é o caso da Administração Paritária, Concertada, Dialógica e Consensual, todavia, na parte de contratações públicas, existem alguns movimentos específicos, de acordo com o país ou bloco econômico. Vide, por exemplo, os portugueses, os quais servem de inspiração e réplica para inúmeros manuais e artigos publicados pelo Brasil afora, sendo que sua realidade nem sempre se reflete no país.⁷⁶ Atualmente, já estão defendendo que a natureza jurídica do contrato público é neutra, inclusive por suas normas estarem sendo direcionadas/prescritas a partir do direito comunitário da União Europeia.⁷⁷ Tal raciocínio, por exemplo, não poderá ser emprestado para o Brasil, já

⁷⁵ ESTORNINHO, Maria João. **Contratos da administração pública** (esboço de autonomização curricular). Coimbra: Almedina, 1999 p. 65. Na mesma senda, Marta Portocarrero enuncia: “O epíteto de Administração consensual, participada, de Estado Cooperativo, surge em consequência da acentuação de uma determinada forma de relacionamento do Estado e da Administração com a Sociedade e que não é mais do que a resposta a novas exigências sociais de informação, de participação, de transparência; em suma, de um novo estatuto do administrado, para além de uma evidente e atual necessidade prática de colaboração recíproca. Em consequência, muito se tem tratado de uma mudança do direito administrativo e da necessidade de este se adaptar a novas realidades. As razões são várias e sobejamente conhecidas: inadequação/insuficiência do instrumento classifico centrado no ato autoritário a uma Administração dialogante, participada, e mudança social (com forte interpenetração entre os diversos atores sociais e o Estado e convívio numa sociedade de interesses globalizados), que obrigam a um repensar de método e perspectiva. Por outro lado, o tempo é de hegemonia das ciências econômicas, ciências que trazem para a ordem do dia a procura de uma maior eficácia, eficiência e racionalidade da ação administrativa, concedendo muitas vezes relevância jurídica a critérios que não os da estrita legalidade.” (PORTOCARRERO, Marta. **Contratos sobre o exercício de poderes públicos, transação e arbitragem**: ensaio sobre disponibilidade e indisponibilidade do poder administrativo. Porto: Universidade Católica – Editora Porto, 2015, p. 16-17)

⁷⁶ Para demonstrar, é só verificar a necessidade que possuíam antes das novas Directivas da União Europeia de 2014 acerca de contratação pública para diferenciar contratos da administração, contratos administrativos e contratos públicos: “Na verdade, o contrato administrativo, associado a uma regulação jurídica administrativa, constitui apenas uma categoria de contratos de direito público, à qual pertencem, por ex., os contratos fiscais – sobre eles, cfr. J. Casalta Nabais, *Contratos Fiscais* (reflexões acerca da sua admissibilidade) – os contratos de direito constitucional (v.g., entre os Estados de uma Federação), bem como os tratados e acordos internacionais (entre Estados e entre Estados organizações internacionais); note-se que os acordos internacionais podem ter por objeto ‘questões administrativas’, v.g., quando esteja em causa o estabelecimento de relações de cooperação ou de assistência recíproca entre as administrações públicas de dois ou mais Estados.” (GONÇALVES, Pedro. **O Contrato Administrativo**. Coimbra: Almedina, 2003 p. 55).

⁷⁷ GONÇALVES, Pedro. *O Contrato Administrativo*. Coimbra: Almedina, 2003 p. 53. Mesma preocupação externada por Isabel Celeste M. Fonseca: “No atual contexto de blocos econômicos e direito comunitário, em especial na União Europeia, tem-se questionado o enquadramento do novo

que o Mercosul do qual integra é incipiente ainda em seu desenvolvimento e está muito longe de possuir uma maturação igualmente a União Europeia.

Postas tais observações, além das cláusulas exorbitantes, os contratos administrativos diferenciam-se pelo fato de figurar no polo contratante um órgão ou entidade da Administração Pública.⁷⁸ Anuindo com León José Maria Baño, é fato incontroverso que o contrato administrativo possui um critério orgânico e formal, já que, respectivamente, a parte contratante é a Administração Pública e há exclusão total ou parcial de normas de outras categorias de contratos, o que *per se* gera a sua regência pelo regime jurídico de Direito Público.⁷⁹

Por isso, pode-se definir o contrato administrativo como sendo o acordo de vontades celebrado pelas partes, em que o contratante é parte integrante da Administração Pública no exercício de função pública típica, que visa satisfazer necessidades públicas e norteia-se pelo regime jurídico de direito administrativo.

A definição ora proposta difere-se parcialmente daquela prescrita pelo ordenamento jurídico brasileiro no artigo 2º da Lei nº 8.666/93 que preceitua *contrato todo e qualquer ajuste entre órgãos ou entidades da Administração Pública e particulares, em que haja um acordo de vontades para a formação de vínculo e a estipulação de obrigações recíprocas, seja qual for a denominação utilizada.*

De um lado, organicamente, para que exista contrato administrativo, no mínimo

regime de contratação pública, mais precisamente para saber se ainda faz sentido discernir o contrato administrativo dos demais contratados de natureza jurídico-privado, considerando que mesmo quando celebra estes contratos também está assujeitam a vinculações jurídico-públicas, as quais estereotipam-se pelas normas estabelecidas pela EU". (FONSECA, Isabel Celeste M. **Direito da contratação pública**: uma introdução em dez aulas. Coimbra: Almedina, 2009, p. 26).

⁷⁸ Como bem argumentado por Diogo Freitas do Amaral, a igualdade das partes num contrato não pressupõe "a igualdade de posição das partes (a aequitas posicional), mas sim a igualdade reportada directamente à prestação (a aequitas prestacional)", por isso existe a imperiosidade de acordo de ambas partes para a existência, constituição e manutenção do ajuste. (AMARAL, Diogo Freitas do. **Curso de Direito Administrativo**. Vol. II. Coimbra: Almedina, 2013, p. 552).

⁷⁹ LEÓN, José Maria Baño. La figura del contrato en el derecho público: nuevas perspectivas y límites. In: Congreso Luso-Hispano de Profesores de Derecho Administrativo (5º Barcelona, 2002). **La contratación pública en el horizonte de la integración europea**. Madrid: Instituto de Administración Pública, 2004, p. 11-29, p. 13-14. Em sentido análogo, José Anacleto Abduch Santos defende que o contrato administrativo é composto por três elementos estruturais e constitutivos. O primeiro de natureza subjetiva que se dá pela participação do Estado em um dos polos da relação jurídico-contratual. O segundo de natureza objetivo-material que é a finalidade que justifica a celebração da avença, a qual está correlacionada diretamente com a satisfação de uma necessidade pública ou de um interesse público. O terceiro tem natureza jurídica que significa a sua subordinação ao regime jurídico de direito público o que implica na "possibilidade de se valer de prerrogativas jurídicas exorbitantes, no exercício da potestade pública." (SANTOS, José Anacleto Abduch. **Contratos administrativos**. Belo Horizonte: Fórum, 2015, p. 23).

o polo contratante deve figurar um órgão ou entidade da Administração Pública. Não há contrato administrativo propriamente dito se o contratante for uma pessoa estranha à Administração, ainda que esteja exercendo a função administrativa típica. Não é o fato de um concessionário de serviço público, que seja uma pessoa jurídica de direito privado não integrante organicamente da estrutura administrativa, exercer função pública durante os atos necessários imprescindíveis para a consecução do serviço público que tornará o seu contrato com terceiros como contrato administrativo. Nada impede que possa gozar dos efeitos, parcial ou totalmente, de um contrato administrativo como, por exemplo, o dever de fiscalização contratual, a rescisão unilateral ou outra potestade. Defende-se até que, a depender do caso, poder-se-ia ventilar na possibilidade de alteração unilateral das condições administrativas (cláusulas regulamentares), desde que houvesse previsão nas condições preliminares de negociação contratual e nos termos contratuais.

Doutro lado, o conceito legal é bastante equivocado ao requerer a necessidade de o contratado ser um particular. É plenamente possível que o contratado seja outro órgão ou entidade da Administração Pública, como está previsto na própria Lei 8.666, quando estabelece sobre os contratos privados da administração, *in verbis* do artigo 62, § 3º. Além disso, existem as empresas estatais que podem participar de licitações ou de procedimentos de contratação direta e celebrar contratos administrativos. Por conseguinte, qualquer restrição da figura do contratado parece bastante equivocada, razão pela qual não é feita qualquer individualização ou caracterização sobre a figura do contratado na definição ora defendida.

Quando se discorre no exercício de função pública, recorda-se do escólio de Celso Antônio Bandeira de Mello de quem exerce função age em nome de terceiro, portanto, tem o dever de realizar muita bem a sua tarefa.⁸⁰ A função relaciona-se com a atividade de administração, o que significa gerir pessoa e patrimônio. Já administração pública representa a tutela de pessoa e patrimônio público para o bem da sociedade. Segundo a clássica lição de Ruy Cirne Lima, a função de administrar “é a atividade do que não é proprietário – do que não tem a disposição da coisa ou do negócio administrado.”⁸¹ Ou seja, independente de previsão expressa em alguma

⁸⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 100.

⁸¹ LIMA, Ruy Cirne. **Princípios de Direito Administrativo**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 41.

norma jurídica, o Estado deverá pautar a sua conduta sempre ciente da sua missão, mero gestor dos interesses da coletividade e executá-la de forma eficiente.⁸² O Estado existe para servir a sociedade que o integra. Sob esse raciocínio, jamais poderá existir um contrato administrativo que afronte o bem-estar social, bem como os fundamentos e objetivos fundamentais do Estado. Caso exista algum contrato infringindo, então é dever invalidá-lo, pois “no exercício da função administrativa, a Administração Pública tem, *em princípio*, o dever de invalidar seus atos desconformes do Direito”⁸³

Quanto à satisfação das necessidades públicas, esse é um critério inserido na definição para ressaltar a finalidade de todo e qualquer contrato. Aparentemente, figura como um reforço ou até uma repetição do exercício da função pública, todavia o que pretende é deixar patente que não se busca colmatar o interesse de um órgão ou entidade da Administração Pública sobre um objeto determinado, mas sim a satisfação de uma necessidade pública. Esta, por sua vez, é aflorada a partir de um problema público detectado e para o qual serão realizados diversos atos, a fim de encontrar qual a melhor forma de superá-la pela via da contratação. O objeto é o que se busca como útil e satisfatório para enfrentar uma necessidade a partir de uma relação jurídica. Por exemplo, o objeto é o contrato de terceirização de veículos de grande porte e a necessidade seria o deslocamento de bens e materiais de expediente de Curitiba para as unidades administrativas localizadas no interior do Estado. Como se verifica, não se deve confundir objeto e necessidade pública a ser solucionada.

Neste sentido, Josep Ramon Fuentes I Gasó explica sob o viés dos interesses sociais presentes na contratação pública ao defini-la como “uno de los diversos medios jurídicos de que puede hacer uso la Administración Pública en el desarrollo de su actividad propia y la realidade refleja que la contratación adquiere en la vida administrativa un lugar cada vez más destacado, que crece con proporcional medida a como aumenta la presencia de la Administración en el acontecer de los intereses sociales.”⁸⁴

⁸² “O Estado está vinculado, necessariamente, às normas regidas pelo Direito Público; atua nos termos da Constituição e das leis, que lhe inculca, quando menos, a competência (conjunto de atribuições = deveres) e o fim (interesse público = finalidade cogente).” (VITTA, Heraldo Garcia. **Aspectos fundamentais da licitação**. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 16).

⁸³ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de direito administrativo**. 6 ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 233.

⁸⁴ FUENTES I GASÓ, Josep Ramon. Contratación administrativa. In: BALLBÉ MALLOL; M., Franch I Sager, M. **Manual de Derecho Administrativo**. Girona: AECI-UAB, 2002, p. 435. Sobre a dilatação

Atinente ao regime jurídico-administrativo para interpretar e aplicar todas as circunstâncias fáticas e suas consequências jurídicas, insta ponderar que tal é o elemento formal da definição proposta. O importante é buscar nas normas de Direito Público o amparo para resolver problemas decorrentes nas contratações administrativas. Além das regras, alvitra-se que os princípios de tal regime contribuem significativamente também para o encontro dos melhores caminhos, seja pela impossibilidade de positivar em regras todas as múltiplas variedades casuísticas, passíveis de surgirem numa relação contratual; seja pelo caráter orientativo e prescritivo direto que os princípios oferecem.

Nortear-se pelo regime jurídico-administrativo no Estado Brasileiro, em específico para os contratos administrativos, não representa afastar-se por completo da teoria do direito, dos contratos civis e do regime de direito privado. A própria Lei nº 8.666 em seu artigo 54 prescreve que tais contratos serão regidos pelos preceitos de Direito Público e por suas cláusulas, aplicando-lhes supletivamente os princípios da teoria geral dos contratos e as disposições de Direito Privado. Desse modo, existe a interpenetrabilidade entre o Direito Público e o Direito Privado por disposição expressa estipulada no próprio ordenamento jurídico, ressaltando que o Direito Posto alça o seu uso de modo supletivo.⁸⁵

Feitas tais considerações conceituais, verifica-se que a função social ou econômica da licitação e do contrato administrativo sempre existiu. Não é possível raciocinar um contrato administrativo sem a sua respectiva função social ou

da ingerência dos órgãos administrativos no exercício da autonomia contratual, Enzo Roppo pondera que esse processo “corresponde a uma linha de tendência provavelmente irreversível; donde poderia retirar-se a conclusão de que o papel do contrato está destinado a ser, cada vez mais, comprimido e circunscrito, pelo multiplicar-se das funções e dos poderes da intervenção da administração pública. (...) porque é também verdade que estes mesmos fenômenos de acrescida intervenção dos aparelhos públicos na esfera da sociedade estão na origem de um iter exatamente oposto, com base no qual o contrato se apresenta como instrumento cada vez mais utilizado e necessário para as finalidades da acção administrativa – não já, portanto, simples objeto da intervenção pública, mas seu meio insubstituível.” (ROPPO, Enzo. **O Contrato**. Trad. Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 2009, p. 342).

⁸⁵ Silvio Luís Ferreira da Rocha explana que os princípios da boa-fé, da justiça contratual e da função social poderão ser ponderados com normas publicísticas para até mesmo condicionar, limitar ou afastar alguma prerrogativa a depender do caso concreto: “(...) mesmo a Administração, investida em suas prerrogativas, não pode afastar-se dos deveres criados pela necessária observância da boa-fé, da função social e da justiça nas relações contratuais. Esses princípios podem nas respectivas funções interpretativa, integradora e limitadora diminuir ou mesmo suprimir pretensões ou direitos da Administração em matéria contratual.” (ROCHA, Silvio Luís Ferreira da. **Princípios contemporâneos do contrato administrativo**. In: ROCHA, Silvio Luís Ferreira da (org.). **O contrato administrativo e os princípios da boa-fé, justiça contratual e função social do contrato**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 01-30, p. 28).

econômica. Compete pontuar a crítica de Eros Roberto Grau, que entoa a dinamicidade dos mesmos e o fim de serem instrumentos para atenderem os objetivos das partes e do Estado frente a ordem econômica.⁸⁶ Por isso, são “condutos da ordenação dos mercados, impactados por normas jurídicas que não se contêm nos limites do Direito Civil: preceitos que instrumentam a intervenção do Estado sobre o domínio econômico, na busca de soluções de desenvolvimento e justiça social.” Diante de tal importância, a atuação estatal não se adscrive a normas condicionadoras, conformadoras e direcionadoras, mas também a normas criadoras de direitos e obrigações aos agentes privados.⁸⁷ Consequentemente, a obediência aos propósitos finalísticos do Estado Brasileiro, aos fundamentos e aos objetivos fundamentais da República é um pressuposto quando se examina a juridicidade do instituto e sua aplicabilidade.⁸⁸ É claro que no mundo dos fatos nem sempre foi assim, porém a falta da adequada aplicação de acordo com a ordem jurídica não significa dizer que é uma nova função. A falta de uso ou o desuso voluntário não modifica o dever normativo. De qualquer sorte, sequer haveria necessidade de maiores elucubrações sobre a relevância da licitação e do contrato administrativo, bem como

⁸⁶ A despeito de uma visão geral dos contratos e sua relação com as relações econômicas, Irineu Galeski Júnior e Marcia Carla Pereira Ribeiro destacam: “O contrato é instituto intimamente ligado às relações econômicas, pois é seu instrumento de operacionalização. O Direito assume o papel de definir e regular os contratos porque é seu papel principal normatizar as instituições relevantes para a dinâmica social. Nesse contexto, a forma pela qual o Direito regula o contrato pode dar maior ou menor efetividade às relações econômicas, pode otimizar os enlaces suficientes ou pode reprovar as relações viciadas. Desse modo, uma análise jurídica e econômica do contrato é indispensável para um modelo de mercado baseado na propriedade privada, livre iniciativa e livre concorrência.” (GALESKI JÚNIOR, Irineu. Economia dos contratos. In: RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; KLEIN, Vinicius (Coord.). **O que é análise econômica do direito**: uma introdução. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 129-139, p. 138).

⁸⁷ GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 92 e 94-95. Como destaca José María Gimeno Feliú, deve-se “Educar el paladar de instituciones públicas y privadas y de los ciudadanos, para que pongan en valor la sostenibilidad social, es el gran reto para poder consolidar un Estado de Derecho que puede enarbolar como principal bandera la de la justicia social.” (FELIÚ, José María Gimeno e outros. **La gobernanza de los contratos públicos en la colaboración público-privada**. Barcelona: Cambra Oficial de Comerç de Barcelona, 2018, p. 53).

⁸⁸ Relativamente à juridicidade versus a legalidade estrita e a inexorável mudança de concepção de controle, Prosper Weil explica “Formulando la noción de legalidad, los juristas del siglo XIX pensaban menos en la limitación del gobierno por el derecho, en el sentido amplio del término, que en su subordinación a la ley, es decir al Parlamento. Para ellos, el Estado de Derecho debía ser ante todo un Estado legal. Se ha visto que esta concepción, característica del liberalismo político del último siglo último, estaba basada en la desconfianza hacia el poder ejecutivo y la confianza en el Parlamento, único capaz de expresar la voluntad general. Esta significación originaria de la noción de legalidad no puede perderse de vista; sin ella, el derecho administrativo, privado de su soporte político e histórico, sería incomprensible. Con el uso, el término de legalidad ha recibido una acepción más amplia y ha pasado a ser sinónimo de regularidad jurídica, de juridicidad; el <bloque de la legalidad> (HAURIU) abarca hoy día el conjunto de reglas de derecho que limitan la acción administrativa.” (WEIL, Prosper. **Derecho administrativo**. Trad. Luis Rodríguez Zúñiga. Madrid: Editorial Civitas, 1994, p. 138).

a sua repercussão na esfera social e econômico, dado que, como definido neste tópico, ambos visam à satisfação de necessidades públicas com base no interesse público.

Pode-se até defender que a “nova função” se dá pelo comportamento ilícito praticado nos últimos tempos que não se interpretava adequadamente a licitação e o contrato administrativo, porém isso precisa ser muito bem explicado. Quando se ventila o desuso ou a incorreta aplicação como fatores presentes na realidade brasileira, isso é facilmente comprovado pela asserção da “nova função” do contrato administrativo nos inúmeros textos recentes em leis e atos normativos para expressar de forma literal tal dever.⁸⁹ Em razão dessa crítica, o autor propositalmente coloca entre parêntese “nova” no título deste tópico.

⁸⁹ De qualquer modo, o alerta feito por Flavio Amaral Garcia é preciso, para que a licitação não perca a sua verdadeira finalidade. Pondera que “existem três princípios que limitam, ou em certa medida devem ser ponderados, no momento de se utilizar a licitação como função regulatória: o princípio da proporcionalidade, o princípio da eficiência e o princípio da isonomia.” (GARCIA, Flávio Amaral. **Licitações & Contratos Administrativos**. 3. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 74).

1.2. O ambiente normativo brasileiro como espelho da função (socioeconômica) das licitações e dos contratos administrativos

A regra e o princípio do dever de licitar está insculpido no artigo 37, XXI, da Constituição da República de 1988, quando esta assevera que excepcionados os casos previstos na legislação, as obras, os serviços, as alienações e as compras deverão ser contratadas mediante processo de licitação pública, a qual assegure as condições de igualdade, e somente se exijam os requisitos de qualificação técnica e econômica indispensáveis à execução contratual.

Regulamentando tal dispositivo constitucional, foi sancionada a Lei nº 8.666/1993 que disciplina as licitações e os contratos administrativos. Tal legislação já foi alvo de várias modificações ao longo dos seus vinte e seis anos e possui um projeto legislativo desde 1995 para a sua alteração completa. Atualmente, o projeto está em fase de aprovação no Congresso Nacional.⁹⁰ Dentre as reformas já publicizadas, destacam-se as seguintes para evidenciar o poder de compra do Estado e a sua utilização para a satisfação das necessidades públicas:

A Lei nº 8.883/1994 que criou e modificou algumas hipóteses de dispensa de licitação demonstra o uso das contratações para aspectos eminentemente sociais, como foi o caso do inciso XIII ao prever a possibilidade de contratação de entidades com vistas à recuperação social do preso, e do inciso XX e a possibilidade de contratação de associação de portadores de deficiência física;

A Lei nº 10.973/2004 que instituiu a hipótese de dispensa para a contratação realizada por Instituição Científica e Tecnológica ou por agência de fomento para a transferência de tecnologia e para o licenciamento do direito de uso ou de exploração de criação protegida;

A Lei nº 11.445/2007 que inseriu como caso de dispensa de licitação a contratação da coleta, processamento e comercialização de resíduos sólidos urbanos recicláveis ou reutilizáveis por meio de associações ou cooperativas formadas exclusivamente por pessoas de baixa renda;

A Lei nº 11.484/2007 que versou a hipótese de contratação direta para o fornecimento de bens e serviços, produzidos ou prestados no país que envolvam

⁹⁰ Projeto legislativo 1292/1995.

cumulativamente alta complexidade tecnológica e defesa nacional;

A Lei nº 12.188/2010 que previu como dispensa de licitação a contratação de instituição ou organização, pública ou privada, com ou sem fins lucrativos, para a prestação de serviços de assistência técnica e extensão rural no âmbito do Programa Nacional de Assistência Técnica e Extensão Rural na Agricultura Familiar e na Reforma Agrária, instituído por lei federal;

A Lei nº 12.349/2010 que alterou para incluir o desenvolvimento nacional sustentável como princípio e finalidade da licitação e do contrato administrativo, a possibilidade de preferência em situação de empate e de margem de preferência para produtos manufaturados e serviços nacionais e a inserção de dois novos casos de dispensa de licitação relacionados com a pesquisa, ciência, tecnologia e inovação;

A Lei nº 12.715/2012 que prescreveu a contratação por dispensa em situações que haja transferência de tecnologia de produtos estratégicos para o Sistema Único de Saúde;

A Lei nº 12.873/2013 que estipulou como dispensa de licitação a contratação de entidades privadas sem fins lucrativos, para a implementação de cisternas ou outras tecnologias sociais de acesso à água para consumo humano e produção de alimentos, para beneficiar as famílias rurais de baixa renda atingidas pela seca ou falta regular de água;

A Lei nº 13.246/2013 que conceituou produtos para pesquisa e desenvolvimento, criar nova hipótese de dispensa de licitação para a aquisição ou contratação de produto para pesquisa e desenvolvimento e possibilitar a dispensa parcial de documentos quando for o caso de licitação para a contratação dos referidos produtos para pesquisa e desenvolvimento;

A Lei nº 13.204/2015 que criou como dispensa de licitação a compra de insumos estratégicos para a saúde produzidos ou distribuídos por fundação que, regimental ou estatutariamente, tenha por finalidade apoiar órgão da administração pública direta, sua autarquia ou fundação em projetos de ensino, pesquisa, extensão, desenvolvimento institucional, científico e tecnológico e estímulo à inovação, inclusive na gestão administrativa e financeira necessária à execução desses projetos, ou em parcerias que envolvam transferência de tecnologia de produtos estratégicos para o Sistema Único de Saúde – SUS;

A Lei nº 13.146/2015 que estabeleceu como critério de desempate favorável

aos bens produzidos ou prestados por empresas que comprovem cumprimento de reserva de cargos prevista em lei para pessoa com deficiência ou para reabilitado da Previdência Social e que atendam às regras de acessibilidade calcadas na legislação.

Os casos retro esposados são somente aqueles que por lei alteraram diretamente a Lei nº 8.666/93, porém é necessário abordar outras leis e atos normativos infralegais que demonstram o uso da contratação pública para a satisfação das necessidades públicas, indo além da mera busca do melhor objeto, já que retratam a preocupação com o interesse público, mais precisamente em sua faceta do interesse social e econômico.⁹¹ Por uma questão metodológica, serão expostas as leis por ordem cronológica, salvo na questão das “licitações verdes”, na qual se optou por discorrer sobre as principais legislações de forma contínua.

A Lei Complementar nº 123/2006 representou uma grande mudança de paradigma para as compras públicas brasileiras, já que, mesmo sob um olhar um pouco cético em seu início, representou – e até hoje representa – um destaque no uso da contratação pública como instrumento de política pública econômica. Proporciona benefícios e regime diferenciado às microempresas, empresas de pequeno porte, cooperativa⁹², microempreendedores individuais⁹³ e agricultores familiares⁹⁴, o que fez com que se aumentasse significativamente o número de êxitos de tais pessoas nas licitações instauradas no país desde 2006. Há um estudo do IPEA (Instituto de Pesquisas Econômica Aplicada) que demonstra o impacto de intervenção estatal similar no sucesso das microempresas e empresas de pequeno porte na Coréia do Sul e nos Estados Unidos, bem como um estudo de caso feito no Ceará, ainda que tal relatório reclame a alta apreciação de dados empíricos para proporcionar uma

⁹¹ “Processo de contratação pública é o conjunto de fases, etapas e atos estruturados de forma lógica para permitir que a Administração, a partir da identificação precisa de sua necessidade de demanda, possa definir com precisão o encargo desejado, minimizar seus riscos e selecionar, isonomicamente se possível, a pessoa capaz de satisfazer a sua necessidade pela melhor relação benefício-custo.” (MENDES, Renato Geraldo. **Processo de Contratação Pública**. Curitiba: Zenite, 2012, p. 25)

⁹² Nos termos do artigo 34 da Lei 11.488/2012: Art. 34. Aplica-se às sociedades cooperativas que tenham auferido, no ano-calendário anterior, receita bruta até o limite definido no inciso II do caput do art. 3º da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006, nela incluídos os atos cooperados e não-cooperados, o disposto nos Capítulos V a X, na Seção IV do Capítulo XI, e no Capítulo XII da referida Lei Complementar.

⁹³ Conforme artigo 18-E, parágrafo quarto, da Lei Complementar n. 123/2006 após alteração pela Lei Complementar n. 155/2016.

⁹⁴ De acordo com o artigo 3º-A da Lei Complementar n. 123/2006 incluído pela Lei Complementar 147/2014.

conclusão.⁹⁵ Apesar da crítica de falta de dados brasileiros no relatório do IPEA, salienta-se que alguns números acessíveis no mercado das compras públicas, como é o caso dos dados extraídos do site www.comprasgovernamentais.com.br, demonstram a inclusão e a acessão de tais pessoas aos contratos administrativos. Para tanto, pode-se averiguar os referenciais do Painel de Compras do Governo Federal, o qual concluiu, em 2018: (i) 5.367 das empresas cadastradas eram microempresa e empresa de pequeno porte, enquanto 3.173 como de outros portes; (ii) 67,59% dos 16.373 contratos foram celebrados com ME/EPPs, sendo o total de tais somaram o importe de R\$ 22.783.313.578,30. Atualmente, em 2019, não é diferente, já que dos 28537 fornecedores cadastrados, 17.067 são ME/EPP.⁹⁶ Por conseguinte, esta legislação é um bom exemplo do uso adequado e racional das compras públicas como instrumento de modificação do comportamento do mercado.

Estritamente às compras governamentais “verdes” (licitações visando à proteção ambiental pelo consumo sustentável),⁹⁷ no âmbito brasileiro, merecem destaque as Leis nº 6.938/1981, nº 12.187/2009 e nº 12.305/2010.⁹⁸ Abre-se um

⁹⁵ ARAÚJO JÚNIOR, Ignácio Tavares de. **Análise comparada sobre medidas de favorecimento de micro e pequenas empresas (MPES) em compras públicas com avaliação de eficácia e identificação de melhores práticas** (Texto 2422 para discussão). Brasília: Rio de Janeiro, Ipea, 2018.

⁹⁶ Dados extraídos diretamente do Portal de Compras do Governo Federal (<http://paineldecopras.planejamento.gov.br/QvAJAXZfc/opendoc.htm?document=paineldecopras.qvw&lang=en-US&host=QVS%40srvbsaiasprd04&anonymous=true>). Acesso em 05 de fev, de 2019 às 11:23).

⁹⁷ Sobre a regulação para o incentivo de condutas que visam à proteção ambiental e práticas de consumo e produção sustentável, vide DROMI, Roberto. **La revolución del desarrollo: innovaciones en la gestión pública**. Buenos Aires, Madrid, México: Ciudad Argentina – Hispania Libros, 2007, p. 114-118.

⁹⁸ Convém observar que existiam diversos decretos e regulamentações estaduais que já disciplinavam ou inseriam algumas ferramentas para colimar a sustentabilidade das contratações públicas no Brasil. Por exemplo, Lei do Estado de São Paulo n. 11.878, de 19 de janeiro de 2005, Decreto Estadual do Paraná n. 6.2.52/2006, etc.. Sobre a função social da licitação pública e o desenvolvimento sustentável, vide: FERREIRA, Daniel. Função Social da licitação pública: o desenvolvimento nacional sustentável (*no e do Brasil, antes e depois da MP 495/2010*). In: **Fórum de contratação e gestão pública – FCGP**. Belo Horizonte: Fórum, ano 9, n. 107 nov. 2010, p. 49-64 e FERREIRA, Daniel. **A licitação pública no Brasil e sua nova finalidade legal: a promoção do desenvolvimento nacional sustentável**. Belo Horizonte: Fórum, 2012; BARKI, Teresa Villac Pinheiro; SANTOS, Murillo Giordan (org.) **Licitações e contratações públicas sustentáveis**. Belo Horizonte: Fórum, 2011; FREITAS, Juarez. Licitações sustentáveis: conceitos e desafios. In: BACELLAR, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder (Coord.). **Direito público no MERCOSUL: Intervenção estatal, direitos fundamentais e sustentabilidade**. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 373-385; MATA DIZ, Jamile Bergamaschine; CALDAS, Roberto Correia da Silva Gomes. Contratos administrativos à luz de novas formas de gestão e da sustentabilidade: por uma concretização do desenvolvimento sustentável no Brasil. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 16, n. 65, p. 249-275, jul.set. 2016; VILLAC, Tereza; BLIACHERIS; Marcos Weiss; SOUZA, Lilian Castro (org.). **Panorama de licitações sustentáveis: Direito e Gestão Pública**. Belo Horizonte: Fórum, 2016; PAZ, Jorge García. Las compras

parêntese para fazer uma censura à comum denominação de “licitação verde” como se algumas pudessem ser verdes e outras não do ponto de vista de anseio ao equilíbrio ambiental. Não há discricionariedade administrativa para não trilhar o caminho de proteção ambiental nas licitações e nos contratos, ou seja, todo e qualquer certame deverá priorizar e pautar-se nos ditames normativos existentes para a busca da proteção. Em outras palavras, para este autor, toda licitação é verde, até porque faz parte da função do Estado a proteção e o respeito ao meio ambiente, logo não há que se adjetivar “verde ou não”. É o mesmo raciocínio da “nova função social”. Se continuar com tais adjetivações, futuramente haverá a segmentação quase como se fosse modalidade: licitação verde e função ambiental da licitação, licitação tecnológica e função tecnológica da licitação, licitação aberta e função transparente da licitação, licitação social e função social da licitação, licitação inovadora e função inovadora, dentre outras. Ou seja, todas estas divisões tão somente facilitam para enfraquecer a postura proativa que deverá acontecer pela Administração Pública quando das suas contratações, porquanto, em breve, estar-se-á num suposto atenuante ou excludente de culpabilidade pelo descumprimento das funções normativamente preconizadas para o atendimento do interesse público, quando alegar que não se fez a licitação verde, porém fez a licitação tecnológica. Fazendo uma comparação, é o mesmo que, a partir de uma determinação atuação, o Estado pudesse alegar que buscou o desenvolvimento nacional, porém infelizmente malferiu a igualdade de gênero, a liberdade de iniciativa e a dignidade da pessoa humana de um grupo social. Afinal, é tão interesse público a preocupação ambiental quanto a social, tecnológica, científica, afora outros.

Adstrito às leis nacionais citadas, a Lei nº 6.938/1981 dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente e traça em linhas gerais o dever de os particulares e a Administração Pública tomarem as cautelas necessárias para a prevenção e precaução com o meio ambiente, ressaltando vários princípios, dentre eles, a ação governamental na manutenção do equilíbrio ecológico, nos incentivos ao estudo e à pesquisa de tecnologia orientadas para o uso racional e proteção dos recursos ambientais. Outro destaque que pode ser aproveitado de tal legislação para as compras públicas é o cadastro técnico federal de atividades potencialmente poluidoras

verdes, una práctica sustentable y ecológica: posibilidad de su aplicación en el Perú. **Revista Contabilidad y Negocios**, Lima, vol. 4, número 7, jul.2009, p. 39-52.

e/ou utilizadoras dos recursos ambientais, bem como a possibilidade de o Poder Executivo incentivar o desenvolvimento de pesquisas e processos tecnológicos destinados a reduzir a degradação da qualidade ambiental, a fabricação de equipamentos antipoluidores ou quaisquer outras iniciativas que propiciem a racionalização do uso de recursos ambientais.

A Lei nº 12.187/2009 versa sobre a Política Nacional sobre Mudança do Clima e estabeleceu, como um dos instrumentos passíveis de serem fruídos para a estruturação e aplicação da política brasileira sobre mudança de clima, a adoção das medidas existentes ou a serem criadas, que estimulem o desenvolvimento de processos e tecnologias que contribuam para a redução de emissões e remoções de gases de efeito estufa, bem como para a adaptação, inclusive com o estabelecimento de critérios de preferência nas licitações e concorrências públicas para as propostas que propiciem maior economia de energia, água e outros recursos naturais e redução da emissão de gases de efeito estufa e de resíduos.

A Lei nº 12.305/2012 que instituiu a Política Nacional de Resíduos Sólidos é muito reverberada, pelo menos nas cláusulas editalícias e contratuais, para a questão da logística reversa que deverá ser respeitada nos contratos públicos. Fala-se “pelo menos”, porque, muitas vezes, o dispositivo editalício, a cláusula contratual e a norma da lei são esquecidas durante a execução contratual, ainda mais nos efeitos posteriores à execução quando deverá ser inutilizado e jogado fora determinados objetos como é o caso de bens de informática. O direito posto trata a logística reversa como o instrumento de desenvolvimento econômico e social caracterizado por um conjunto de ações, procedimentos e meios destinados a viabilizar a coleta e a restituição dos resíduos sólidos ao setor empresarial, para reaproveitamento, em seu ciclo ou em outros ciclos produtivos, ou outra destinação final ambientalmente adequada. A lei também obriga os fabricantes, importadores, distribuidores e comercial de agrotóxicos, pilhas e baterias, pneus, óleos lubrificantes, lâmpadas fluorescentes e produtos eletroeletrônicos a estruturar e implementar sistemas de logística reversa, mediante retorno dos produtos após o uso pelo consumidor, de forma independente do serviço público de limpeza urbana e de manejo dos resíduos sólidos. Mais uma vez, salienta-se que a questão não está na previsão normativa, mas sim na aplicação efetiva de tais normas, a partir da conscientização dos agentes públicos acerca de sua aplicação.

A Lei nº 12.462/2011, que criou o regime diferenciado de contratação, foi importante também ao positivar os seguintes objetivos: aumentar a eficiência das contratações e a competitividade entre os licitantes; promover a troca de experiências e tecnologias em busca da melhor relação entre custos e benefícios para o setor público; incentivar a inovação tecnológica e assegurar tratamento isonômico entre os licitantes e a seleção da proposta mais vantajosa para a administração pública. Ao traçar tais objetivos, pode-se perceber que o uso da força da contratação do Estado é colocado como meio para a majoração do ambiente tecnológico no país, bem como para um repensar na relação custo *versus* benefício para o setor público no alcance da proposta mais vantajosa, o que pode ser encarado como um arrefecimento à ideia pura de mensuração tão somente pelo preço. Além disso, a legislação em questão expressou claramente preocupação não só com a satisfação do objeto em si, mas com a solução buscada pela Administração Pública, para que esta seja transversal a ponto de atingir outros pontos de interesse público como é a questão do meio ambiente a partir da geração de resíduos, mitigação por condicionantes e compensação ambiental, uso de objetos e serviços que auxiliem na diminuição do consumo de energia e de recursos naturais, da avaliação de impacto de vizinhança, da proteção do patrimônio cultural e da acessibilidade para pessoas com deficiência. Diretrizes para o uso de tal regime diferenciado, expostas no artigo 4º, tem uma elevada contribuição foi incluir a busca da maior vantagem para a administração pública como um vetor para os certames, considerando custos e benefícios, diretos e indiretos, de natureza econômica, social ou ambiental, inclusive os relativos à manutenção, ao desfazimento de bens e resíduos, ao índice de depreciação econômica e a outros fatores de igual relevância. Trata-se de tema extremamente prático e relevante, como se verá adiante neste trabalho, ao diferenciar preço e custo, direto e indireto, bem como as suas diferenças teóricas e práticas.⁹⁹

A Lei nº 13.303/2016, que trata especificamente das licitações e dos contratos das empresas estatais, também enfocou o poder da compra como meio para o atingimento de finalidades de interesse público, tanto que determinou o respeito (i) à disposição final ambientalmente adequada dos resíduos sólidos gerados pelas obras contratadas; (ii) à mitigação dos danos ambientais, por meio de medidas

⁹⁹ Apesar de existirem outras previsões contributivas para evidenciar a utilização da contratação como instrumento para mudança, não serão mencionados

condicionantes e de compensação ambiental, que serão definidas no procedimento de licenciamento ambiental; (iii) à utilização de produtos, equipamentos e serviços que, comprovadamente, reduzam o consumo de energia e de recursos naturais; (iv) à avaliação de impactos de vizinhança, na forma da legislação urbanística; (v) à proteção do patrimônio cultural, histórico, arqueológico e imaterial, inclusive por meio da avaliação do impacto direto ou indireto causado por investimentos realizados por empresas públicas e sociedades de economia mista; (vi) à acessibilidade para pessoas com deficiência ou com mobilidade reduzida. Igualmente à Lei do RDC, a legislação das estatais fixou o dever de avaliar a busca da proposta mais vantajosa, optando por denominar de busca da maior vantagem competitiva para a estatal a partir da consideração dos custos e benefícios, diretos e indiretos, de natureza econômica, social ou ambiental, inclusive os relativos à manutenção, ao desfazimento de bens e resíduos, ao índice de depreciação econômica e a outros fatores de igual relevância.¹⁰⁰

A Lei nº 13.246/2016, conhecida como Marco Legal da Ciência, Tecnologia e Inovação, dentre as várias e profundas modificações e inserções, acrescentou de maneira cristalina “o poder de compra do Estado” ao elevá-lo como princípio (inciso XIII do parágrafo único do artigo 1º da Lei nº 10.973/2004),¹⁰¹ replicando posteriormente no inciso VIII do § 2º do artigo 19 como instrumento de estímulo à inovação nas empresas, quando aplicáveis, e no inciso IX do § 6º do artigo 19 ao estatuir que as iniciativas da União, Estados, Distrito Federal, Municípios, ICTs e suas agências de fomento poderão ser estendidas às ações visando à indução de inovação por meio de compras públicas.

Além do panorama legal em normas nacionais, sublinha-se que, especialmente em sede de compras públicas, existem uma série de atos infralegais disciplinadores do tema. Dentre eles, chama-se atenção no âmbito federal a Instrução Normativa SLTI/MPOG nº 01, de 19 de janeiro de 2010, e em 2012 o Decreto nº 7.746, de 05 de junho que estabeleceu critérios, práticas e diretrizes gerais para a promoção do

¹⁰⁰ Sobre o tema, vide GUIMARÃES, Edgar; SANTOS, José Anacleto Abduch. **Lei das Estatais**. Belo Horizonte: Fórum, 2017; PEREIRA JÚNIOR, Jessé; HEINEN, Juliano; DOTTI, Marinês Restelatto; MAFFINI, Rafael. **Comentários à Lei das Empresas Estatais**. Belo Horizonte: Fórum, 2017; REIS, Luciano Elias; CHIESORIN JÚNIOR, Laerzio. **Lei das Empresas Estatais: responsabilidade empresarial e o impacto para o desenvolvimento econômico nacional**. Curitiba: OAB-PR, 2017.

¹⁰¹ XIII - a utilização do poder de compra do Estado para fomento à inovação.

desenvolvimento nacional sustentável por meio das contratações realizadas pela administração pública federal direta, autárquica, fundacional e pelas empresas estatais dependentes, e para instituir a Comissão Interministerial de Sustentabilidade na Administração Pública – CISAP.

Em 2017, o Decreto nº 9.245 previu, dentre outros aspectos, a Política Nacional de Inovação Tecnológica na Saúde (PNITS) para regulamentar o uso do poder de compra do Estado em contratações e aquisições que envolvam produtos e serviços estratégicos para o Sistema Único de Saúde (SUS), no âmbito do Complexo Industrial da Saúde (CIS). O decreto tem como objetivos específicos, na área de contratações administrativas, que se (i) promova o aprimoramento do marco regulatório referente às estratégias e ações de inovação tecnológica na área da saúde, (ii) promova a sustentabilidade tecnológica e econômica do SUS, com a definição de condições estruturais para aumentar a capacidade produtiva e de inovação do País, com vistas à contribuição para a ampliação do acesso à saúde, (iii) estimule e fomente a parceria entre a administração pública e as entidades privadas, com vistas à promoção da transferência, da internalização, da incorporação, do desenvolvimento e da qualificação de tecnologias em saúde no território nacional, bem como (iv) o estabelecimento de critérios para o uso do poder de compra estatal com o intuito de racionalizar os gastos em saúde e induzir o desenvolvimento científico, tecnológico e industrial, com vistas à sustentabilidade do SUS e à consolidação do CIS no País.

No final de 2018, foi editado o Decreto nº 9.571/2018 que trata sobre as diretrizes nacionais sobre empresas e direitos humanos. De pronto, salienta-se que esta recente legislação impactará também nas licitações e nos contratos administrativos, porque, em primeiro lugar, a matéria dos direitos humanos está diretamente relacionada aos direitos fundamentais, e, em segundo, porque o próprio decreto prescreve algumas normas incidentes aos fornecedores da Administração Pública. Além disso, o decreto também gerará efeitos diretos e imediatos para as empresas estatais nos termos da Lei nº 13.303. Para demonstrar esta correlação, vide o artigo 3º que determina ao Estado a responsabilidade de proteger os direitos humanos em atividades empresariais, pautando-se, além de outros, no desenvolvimento de políticas públicas e realização de alterações no ordenamento jurídico para considerar, fora os impactos diretos gerados pela empresa, os impactos indiretos ocasionados pela cadeia de fornecimento e para estimular a criação de

medidas adicionais para a proteção e elaboração de matriz de priorização de reparações e indenizações para grupos em situações de vulnerabilidade. Ademais, também está previsto como diretriz o dever de o Estado estimular a adoção, por grandes empresas, de procedimentos adequados ao dever de vigilância em direitos humanos, bem como promover e apoiar as medidas de inclusão e de não discriminação com criação de incentivos para contratação de grupos vulneráveis. Dessa maneira, a Administração Pública deverá adaptar os seus editais de licitação e suas minutas contratuais para estarem compatíveis com o novel decreto e também deverá criar mecanismos aptos a fiscalizar e acompanhar o cumprimento dessa legislação. Como algumas normas estaduais e municipais já iniciaram a tratar da exigência do *compliance* e da preocupação com o gerenciamento de riscos por desvios de conduta dos funcionários dos contratados, o Decreto também previu que é responsabilidade das empresas fazer mecanismos operacionais de denúncia e de reclamação que permitam a identificação dos riscos e impactos de violações aos direitos humanos.¹⁰² Nesse sentido, especificou uma série de possíveis condutas que explicitam o dever de criar um programa de integridade e um sistema de *compliance* para alijar qualquer risco de afronta aos direitos humanos.

Existem também normas que vigoram para os contratos públicos no Brasil, no entanto, são pouco tratadas nos editais e nas minutas contratuais, como, por exemplo, a Convenção nº 94 da Organização Internacional do Trabalho, devidamente recebida e aprovada pelo Decreto-Legislativo nº 20/1965, o qual estipula a imperiosidade de garantir aos trabalhadores envolvidos nos contratos públicos de terceirização salários, jornada de trabalho e outras condições de trabalho que não sejam menos favoráveis que outras condições impostas para qualquer trabalho da mesma natureza, na profissão ou indústria interessada da mesma região.

Outros atos normativos infralegais, no Brasil, também exteriorizam a ideia de pensar a contratação pública como estratégica e relacioná-la com um planejamento macro-estatal. Para tanto, serão expostas algumas instruções normativas atualmente em vigor editadas pelo Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão (atualmente,

¹⁰² Sobre a viabilidade da exigência de as empresas a serem contratadas com o Poder Público terem programas de compliance, vide MUÑOZ, Jaime Rodríguez -Arana. Compliance y self-cleaning en la contratación pública europea. **Anuario da Faculdade de Direito da Universidade da Coruña**, v. 21, 2017, p. 277-299.

tal pasta é denominada como Ministério da Economia), as quais têm relação direta com a ideia de a contratação pública servir como instrumento de política pública e também por estarem atreladas, direta ou indiretamente, ao modelo a ser proposto no final desta tese como viável a ser implantada para as contratações de ciência, tecnologia e inovação.

A Instrução Normativa da Secretaria de Gestão nº 01/2019 dispõe sobre o plano anual de contratações de bens, serviços, obras e soluções de tecnologia da informação, a qual tem por finalidade criar a obrigação de os órgãos e entidades integrantes da Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional planejarem anualmente as suas contratações, pois precisam informar antecipadamente numa ferramenta informatizada e publicizada para todos terem a possibilidade de acompanharem. Com isso, cria-se uma metodologia para que efetivamente se planejem as licitações de cada órgão ou entidade, a partir da identificação prévia de suas necessidades, do autoconhecimento – inclusive com as experiências de exercícios anteriores – e do seu alinhamento com a estratégica orçamentária.

A Instrução Normativa da Secretaria de Gestão nº 05/2017 trata sobre as regras e os procedimentos a serem obedecidos na contratação de serviços e trouxe boas inovações ao separar a fase de planejamento da contratação, da seleção do fornecedor e da gestão contratual.¹⁰³ A estrutura da seleção do fornecedor e da gestão contratual, anteriormente, já era tratada a partir de atos normativos anteriores, ainda que tenham ocorrido alguns avanços e melhores detalhamentos, entretanto a parte do planejamento da contratação não era tão bem estabelecida e, nos moldes atualmente tracejados, transluz a relação instrumental que deve existir nas licitações e nos contratos públicos. Tanto é assim que, na fase de planejamento, haverá a necessidade de um grupo de trabalho multidisciplinar, devidamente preparado e qualificado, para realizar um estudo preliminar, um mapa de riscos a partir do seu gerenciamento e o termo de referência ou projeto básico para então se pensar

¹⁰³ “É diferente falar em planejamento da contratação pública. O planejamento antecede o preparo. O momento do planejamento é aquele em que as ações são pensadas para obter os resultados desejados. Planejamento é a ação de pensar antes de fazer, com o objetivo de identificar claramente os objetivos e os métodos mais eficientes para o seu alcance. O preparo da licitação é a etapa posterior ao planejamento da contratação, que deve ser elaborado de acordo com o planejamento estratégico institucional da entidade ou ente público.” (PÉRCIO, Gabriel Verona. **Contratos Administrativos: Manual para Gestores e Fiscais**. Curitiba: Juruá, 2015, p. 20).

ulteriormente na elaboração do ato convocatório. Cumpre enfatizar a etapa de estudos preliminares, a qual será de extrema valia para avaliar a viabilidade ou não da contratação, bem como para ponderar qual a melhor solução para o enfrentamento da necessidade pública, representando, dessa maneira, a previsão normativa do modelo que se defende neste trabalho, qual seja, a realização na fase interna de um percuciente estudo para perquirir a melhor forma de enfrentar o problema público e, com isso, atender futuramente a necessidade pública que clama pelo procedimento administrativo licitatório.

A Instrução Normativa da Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação nº 05/2014, que foi alterada pela Instrução Normativa nº 03/2017, trata do procedimento administrativo para a realização de pesquisa de preços para instruir a fase interna da licitação. Ela concebe um formato adequado para a busca de preços a balizarem e estimarem o valor da licitação, já que, antes de sua edição, era habitual que os órgãos e entidades da Administração Pública baseassem o valor do certame tão somente com base em orçamentos buscados junto a fornecedores. A referida instrução normativa apresentou outras fontes verossímeis e compatíveis para que se alcance o objeto da pesquisa de preços, como é o caso de embasamento em preços de outros contratos públicos já celebrados, consulta ao painel de preços governamentais, ou pesquisa publicada em mídias especializadas e sítios eletrônicos especializados ou de domínio público.

Pelo relato normativo apresentado neste ponto, pode-se visualizar que existem muitas normas em variadas fontes que regulam sobre licitações e contratos administrativos, inclusive sob o ponto de vista do seu uso estratégico, o que já se revela como uma grande dificultador para a aplicação de todas, pois nem sempre os agentes públicos possuem conhecimento delas, ainda que isso não possa ser alegado considerando o velho jargão positivado na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro de que ninguém pode se escusar do cumprimento da lei. Apesar desta última assertiva, salienta-se que, sabiamente ao crivo deste autor, a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro sofreu uma modificação, a fim de incluir alguns novos textos que retratam normas mais compatíveis e de acordo com o princípio da realidade ante os agentes públicos que atuam diretamente na gestão pública. Disso resulta, indubitavelmente, que o correto e ponderado uso da contratação pública perpassa pela preparação e qualificação dos operadores de licitações e contratos, de modo a

possuírem condições para manejar todo este “arcabouço” normativo existente.¹⁰⁴ Até porque se defende que a preparação e capacitação são pressupostos para a ocorrência de uma licitação e de um contrato administrativo e, com isso, para o atingimento da função do Estado com os seus propósitos de interesse público.

¹⁰⁴ Joel de Menezes Niebuhr expressa que a legislação brasileira sobre licitação pública é “composta por um cipoal de normas espalhadas por leis, decretos, portarias, etc.. Aliás, isso tumultua as atividades dos intérpretes, que, com frequência, para tomarem decisões, precisam recorrer a diversos diplomas normativos, muitos deles contraditórios.” (NIEBUHR, Joel de Menezes. **Licitação pública e contrato administrativo**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 51).

1.3. A regulação estatal por meio de licitações públicas e contratos administrativos: fomento e direção

A partir de 1990, a reforma da atuação estatal diante da globalização perpassa pela imperiosidade de revisitar a regulação, inclusive utilizando a contratualização administrativa como um útil instrumento.¹⁰⁵ O Direito tem assumido papel fundamental para esse processo de intervenção estatal, a partir de prescrições normativas visando ao desenvolvimento. Nesse prumo, os contratos e demais ajustes (dentre eles os convênios administrativos) precisam ser repensados sobre a sua atual pragmaticidade, isto é, sob o viés da necessidade versus utilidade¹⁰⁶ levando em consideração o impacto econômico-social de tais avenças diante do mercado e da sociedade.¹⁰⁷ Para essa missão, em especial os contratos administrativos devem estar aptos para enfrentarem os “desafios da força do mundo dos atos e da pujança dos seus múltiplos tempos”, podendo sempre ser lembrado que a “realidade é sempre mais forte do que a imaginação humana” e é “tão veloz quanto inacreditável, inexplicável, desproporcional”, diferenciando-se das obras criadas pelo homem que em geral são mais paulatinas.¹⁰⁸

¹⁰⁵ Outros países também estão no mesmo caminho para uma reanálise da regulação estatal, conforme se desprende de obras da Espanha (PUIGPELAT, Oriol Mir. **Globalización, Estado y Derecho**. Las transformaciones del Derecho Administrativo. Madrid: Civitas Ediciones, 2004, p. 95-116), Portugal (MONCADA, Luís S. Cabral de. 6. ed. **Direito Económico**. Lisboa: Coimbra Editora, 2012, p. 425-438; GONÇALVES, Pedro Costa. **Reflexões sobre o Estado Regulador e o Estado Contratante**. Coimbra: Coimbra Editora, 2013), França (CHEVALLIER, Jacques. **O Estado Pós-Moderno**. Trad. Marçal Justen Filho. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 59-80) e México (VILLANUEVA, Luis F. Aguiar. **Gobernanza y gestión pública**. México: FCE, 2006, p. 137-236).

¹⁰⁶ “Utilidade é a satisfação e o prazer retirado de cada bem, sem haver, necessariamente, uma conotação material. Maximizar a utilidade significa extrair o máximo de utilidades possível com o menor custo. Nesse sentido, como os recursos disponíveis são escassos, antes de fazer uma escolha, cada indivíduo leva em consideração os custos e benefícios de adquirir os bens que constam da sua lista de preferências. É o que, em economia, se chama trade-off, ou seja, uma escolha realizada a partir da análise comparativa de custo e benefício entre opções disponíveis, porém, mutuamente excludentes em razão da restrição orçamentária.” (PINHEIRO FILHO, Francisco Renato Codevila. Teoria da agência: problema agente-principal. In: RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; KLEIN, Vinicius (Coord.). **O que é análise econômica do direito**: uma introdução. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 97-109, p. 98-99).

¹⁰⁷ Contrário à intervenção estatal na economia por entender que a ação estatal gerará distorção no mercado competitivo, bem como pela possibilidade de captura de interesses privados na ação estatal, na assimetria informacional e na teoria public choice (escolha coletiva ou escolha pública), vide MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. **Análise econômica do direito**. Trad. Rachel Sztajn. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 125-127.

¹⁰⁸ MOREIRA, Egon Bockmann. Contratos públicos de longo prazo, mutações e segurança jurídica. In: ACEVEDO, Rafael Fernández; FERNÁNDEZ, Patricia Valcárcel (directores). **La contratación pública a debate**: presente y futuro. Navarra: Civitas, 2014, p. 511-524, p. 522.

Quando se trata de uma nova abordagem para o tema de regulação, quer-se, inclusive, parametrizá-la de maneira diversa daquela anterior e comumente discorrida.¹⁰⁹ Se antes em classificações, a regulação aparecia ao lado da normatização muito mais próxima da atividade administrativa de polícia ou limitação, o uso da expressão regulação estatal deve ser enquadrada de maneira mais ampla, como toda forma que gere a intervenção indireta do Estado na ou *sobre* a economia. A realidade vivenciada pelos Estados a partir dos eventos nas sociedades e o avanço da informação, das relações jurídicas e do papel estatal ante as novas demandas (em geral)¹¹⁰, fazem com que tal remodelação se mostre mais razoável.¹¹¹

No âmbito doutrinário, Floriano de Azevedo Marques Neto assenta que regulação envolve “toda a atividade estatal sobre o domínio econômico que não envolva a assunção direta da exploração de atividade econômica (em sentido amplo).”¹¹² Sobre a sua importância, Jacques Chevallier explica que este raciocínio acarreta uma nova concepção do papel do Estado na economia, advogando favoravelmente ao seu papel de árbitro no processo econômico, até porque, segundo o autor, “falar da função regulatória do Estado pressupõe que o sistema econômico não possa atingir por si próprio o equilíbrio, que ela tenha necessidade da mediação do Estado para o alcançar.”¹¹³ Exsurge para Diogo de Figueiredo Moreira Neto como um novo tipo de atividade jurídica do Estado para aperfeiçoar a atividade administrativa e superar a administração burocrática de perfil burocrático em que tanto a eficiência e a legitimidade possuíam papéis secundários e periféricos.¹¹⁴ Com o devido respeito, discorda-se em parte desse autor, porque a eficiência e a legitimidade

¹⁰⁹ Para evitar repetições utilizar-se-á a palavra regulação ao invés de regulação estatal, portanto sempre que neste texto aludir-se a regulação é a regulação estatal.

¹¹⁰ Incluindo as sociais, econômicas, ambientais, culturais, etc..

¹¹¹ Segundo Jaime Rodriguez Arana, o Direito Administrativo não pode se desapegar ou ficar longe da realidade, bem como das diferenças existentes nas necessidades de cada Estado conforme o grau de bem-estar sociedade e de demandas. (MUÑOZ, Jaime Rodriguez-Arana. **Derecho administrativo y derechos sociales fundamentales**. Sevilla: Global Law Press Editorial Derecho Global/INAP, 2015, p. 166-183).

¹¹² MARQUES NETO, Floriano Azevedo. Limites à abrangência e à intensidade da regulação estatal. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n. 04, nov/dez 2005, jan. 2006. Disponível na internet: <http://www.direitodoestado.com.br>.> Acesso em 17. jul. 2017, p. 03.

¹¹³ CHEVALLIER, Jacques. **O Estado Pós-Moderno**. Trad. Marçal Justen Filho. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 72.

¹¹⁴ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Direito regulatório: a alternativa participativa e flexível para a administração pública de relações setoriais complexas no estado democrático**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 68, 88 e 95.

nunca tiveram, ou pelo menos nunca deveriam ter, qualquer tipo de papel secundário na atuação estatal, e sim devem sempre ter um papel incidental sobre ela, inclusive buscando sempre a relação entre justiça e eficiência.¹¹⁵

De forma um pouco diferente e com um enfoque teleológico interessante, Roberto Correia da Silva Gomes Caldas e Thiago Penido Martins ponderam que a regulação é uma atividade que objetiva “conformar o setor privado aos interesses públicos” e compreende todos os tipos de normas jurídicas (total amplitude) e controles administrativos que busquem a máxima eficiência alocativa e produtiva setoriais, tanto de forma ativa como “passiva (reativa) preventiva ou repressiva.”¹¹⁶ A preocupação em alargar a definição parece profícua, entretanto, não parece que a ideia de regulação possa ser substituída pela mera conformação, sob pena de parecer que a regulação possa ser sempre orientativa, o que se distancia da maioria das vezes que é ordenatória e prescritiva. Da mesma maneira, compreende-se que a máxima eficiência alocativa deverá subsistir, contudo, não se pode resumir a setoriais, já que muitas atuações regulatórias poderão ser intersetoriais como uma política regulatória de consumo atingindo vários setores econômicos. A capacidade regulatória é serviente para atender a especialidade, complexidade e multiplicidade de questões econômicas e sociais, inclusive equalizando os interesses e os diversos atores para a satisfação dos interesses da coletividade.¹¹⁷

De qualquer forma, impende observar que a regulação é a forma pela qual o Estado atua quando intervém indiretamente sobre o domínio econômico.¹¹⁸ Utiliza-se

¹¹⁵ De acordo com Paulo Caliendo Velloso da Silveira, citando Casamiglia, no mínimo existem cinco sentidos que demonstram uma relação de conexão entre justiça e eficiência: 1º) uma sociedade idealmente justa é uma sociedade eficiente; 2º) uma sociedade justa e equitativa dificilmente será uma sociedade que desperdiça, não utiliza ou subutiliza recursos; 3º) A eficiência é um componente da justiça, embora não seja nem o único, nem o principal critério de justiça; 4º) A eficiência, entendida como processo de maximização da riqueza social, exige intervenções regulatórias, corretivas ou estratégicas do Estado no Mercado e; 5º) Existe uma utilidade em observar se os mecanismos jurídicos de controle são eficientes na produção de riqueza social.” (SILVEIRA, Paulo A. Caliendo Velloso da. **Direito tributário e análise econômica do direito**: uma visão crítica. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, p. 76).

¹¹⁶ CALDAS, Roberto Correia da Silva Gomes; MARTINS, Thiago Penido. Princípios do Equador e Governança Regulatória nas contratações públicas sustentáveis: implicações nas desapropriações. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, Belo Horizonte, n. 112, p. 183-229, jan.jun. 2016, p. 196.

¹¹⁷ MOURA, Emerson Affonso da Costa. Estado gerencial, regulação econômica e serviços públicos – O papel das agências na promoção do desenvolvimento. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 14, n. 57, p. 193-217, jul./set. 2014, p. 199-200 e 203.

¹¹⁸ “(...) a função de regulação, portanto, fundamenta-se na atuação do Estado sobre decisões e atuações empresariais, com fundamentos teóricos e científicos, que visem atender ao interesse público

a expressão regulação como sendo mais adequada e será adotada a noção de regulação em sentido amplo e também a regulação em sentido estrito. A intervenção é o ato ou efeito de o Estado intervir sobre o domínio econômico, a qual pode acontecer de maneira direta, quando atua no mercado por meio de empresas estatais ou qualquer outra forma (v. g. participação minoritária em empresas); ou de forma indireta, quando o Estado usa do instrumento da regulação para gerar tal interferência.¹¹⁹ A regulação também não é puro sinônimo de intervenção indireta porque é o meio usado para atingi-la, bem como não representa toda e qualquer forma de intervenção, pois esta pode ser direta ou indireta. Toda regulação é interventiva, mas nem toda intervenção é regulatória, pois a intervenção poderá ocorrer por meio do exercício da atividade econômica.¹²⁰ Por sua vez, a regulação possui variadas formas de ser praticada, a partir de atividades administrativas de fomento ou por direção, denominada por este autor como regulação em sentido estrito. Neste ponto, salienta-se ainda que há discordância quanto ao uso da expressão intervenção sobre o domínio econômico como sustenta Luiz Alberto Blanchet, uma vez que no Brasil juridicamente a palavra intervenção é o conceito adotado pela Lei nº 8.987 para externar uma das medidas adotadas pelo poder concedente sobre o concessionário em caso de irregularidade durante a execução do contrato de concessão.¹²¹

substantivo sem, contudo, deixar de soperar os efeitos dessas decisões no subsistema regulado com os interesses de segmentos da sociedade e, até mesmo, com o interesse individual no caso concreto. Trata-se de espécie de intervenção indireta, que alcança atividades econômicas e sociais. Ela visa, basicamente, a implementação de políticas públicas e realização dos direitos sociais.” (GUERRA, Sérgio. Riscos, assimetria regulatória e o desafio das inovações tecnológicas. In: In FREITAS, Rafael Vêras de; RIBEIRO, Leonardo Coelho; FEIGELSON, Bruno (coord.). **Regulação e novas tecnologias**. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 83-98 e 90).

¹¹⁹ “Qualquer ação estatal que repercute na sociedade, criando, modificando ou extinguindo direitos e situações, pode ser concebida como uma forma de interferência do Estado.” Nesse compasso, a autora defende que interferência estatal é gênero, compreendendo as espécies interferência em sentido estrito, cuja área de incidência é a vida privada, e intervenção, cuja área de incidência é a ordem econômica. (MELLO, Célia Cunha. **O fomento da Administração Pública**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 01-02).

¹²⁰ MOREIRA, Egon Bockmann. O Direito Administrativo Contemporâneo e Intervenção do Estado na Ordem Econômica. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n. 01, fevereiro, 2005. Disponível na internet: <http://www.direitodoestado.com.br>. Acesso em 14 de mai. de 2019.

¹²¹ BLANCHET, Luiz Alberto. **Curso de Direito Administrativo**. 5. ed. Curitiba: Juruá, 2008, p. 185. Valioso recordar que as classificações podem ser legais (normativas) ou doutrinárias. As legais (normativas) são preconizadas por alguma lei ou norma infralegal, assim como ocorre com a classificação de espécies de bens públicos consoante o artigo 99 do Código Civil. As doutrinárias partem de uma divisão desenvolvida por algum jurista com base em premissas e pautada numa utilidade para o seu raciocínio. Para ilustrar estas, Evert Verdung divide a intervenção pública em substantiva e a direcionada para um determinado processo. As medidas de intervenção pública

Como se verifica, o termo regulação precisa ser bem definido para o correto entendimento do seu significado, sob pena de confundi-lo com outros instrumentos e institutos jurídicos. Sobre a polissemia gerada pela palavra, Evert Vedung explica os vários significados que poderá dela extrair como: (i) esclarecimento oficial de estudos, regulamentos ou ordens administrativas; (ii) atividade de governo no controle de assuntos da sociedade e (iii) tipo de instrumento político a ser usado pelos governos.¹²²

A relação e respectiva regulação entre Estado e Mercado sempre existiu e continuará existindo.¹²³ Não é possível que todos os mercados sejam completamente autorregulados. O Estado precisa exercer a sua função regulatória para que os fins estatais e o bem da sociedade sejam mantidos em ordem. Ademais, salienta-se, por exemplo, que, no Brasil, existe autoregulação no mercado de publicidade, o qual é exercido pelo CONAR, porém sempre que há qualquer desequilíbrio ou não entendimento entre os atores do referido mercado, é o Estado que socorrerá para determinar as diretrizes e a palavra final para a sua manutenção e preservação dos direitos dos envolvidos. Em síntese, é patente que regulação é exercício de função estatal. Entretanto, até que ponto e como exercerá são questões a serem debatidas de acordo com o modelo de Estado, a sociedade e o tempo de análise.

A intervenção, ou também denominada de interferência, do poder público é uma realidade histórica “consustancial ao próprio conceito de civilização e de autoridade”, bem como é um fenômeno “permanente e não é específico de um país, mas sim universal, independente das ideologias dos sistemas econômicos com maior ou menor atuação estatal, possuindo também condicionantes externos ao país em razão da internacionalização das atividades econômicas ou o pertencimento de

substantiva “afectan a varias campos funcionales tales como los de la energia, medio ambiente, recursos naturales, utilización de la tierra, vivienda, bienestar social, transporte, desarrollo económico y otros muchos campos del esfuerzo humano.” (...) Os programas orientados direcionados para un determinado programa “se refieren a ideas y medidas dirigidas a la organización y función de la propia administración pública.” (VEDUNG, Evert. **Evaluación de políticas públicas y programas**. Madrid: Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. 1997, p. 21).

¹²² VEDUNG, Evert. **Evaluación de políticas públicas y programas**. Madrid: Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. 1997, p. 155.

¹²³ Segundo Eros Roberto Grau, o mercado “além de lugar e princípio de organização social – é instituição jurídica (= institucionalizado e conformado pelo Direito posto pelo Estado). Sua consequência é função da segurança e certeza jurídicas que essa institucionalização instala, permitindo a previsibilidade de comportamentos e o cálculo econômico.” (GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 36).

blocos, acordos ou convenções internacionais com políticas supranacionais.”¹²⁴ Qualquer ordenamento jurídico independente do seu tempo prescreverá a intervenção admitida pelo Estado, seja através de regras claras ou a partir de princípios normatizadores das balizas a serem respeitadas. As normas jurídicas sempre cravarão os limites e deverão ser interpretadas para a sua correta aplicação de acordo com as circunstâncias sociais e mercadológicas. O modelo de Administração Pública adotado pelo Estado já indica uma “pré-determinação da sua atuação através da função reguladora limitada pelo princípio da juridicidade”.¹²⁵ Não é o fato de uma Constituição ser da década de 1970, por exemplo, que deverá possuir uma visão enrijecida sobre a participação dos privados no mercado de transportes públicos, sob pena de na atualidade ser inviável por exemplo a admissão do transporte remunerado privado individual de passageiros ou chamado na Espanha como “las licencias de vehículo de turismo con conductor” (uber, cabify, etc.). A interpretação e a aplicação deverão fazer o adequado silogismo da realidade, de acordo com o interesse público, a fim de atender as necessidades sociais, por meio do manejo proporcional da ação estatal.

Por isso, parecem pertinentes as seguintes palavras de José Bermejo Vera, quando descreve que o processo de liberalização, regulação ou desregulação não exige a diminuição do papel estatal na economia, senão que deve haver a adaptação às normas circunstâncias usando as técnicas de intervenção indireta, e não somente a intervenção direta, para assentir com o desenvolvimento e direção de uma política econômica concreta pautada mais nos estímulos positivos, consensuais e participativas ao invés de meramente coercitiva.¹²⁶ Ademais, nas modificações observadas das últimas décadas, principalmente para o século XXI, observa-se a progressão do direito privado e das relações contratuais ao Direito Administrativo, a

¹²⁴ VERA, José Bermejo. **Derecho administrativo (parte especial)**. 6. ed. Navarra: Editorial Arazandi (Thomson Civitas), 2005, p. 785.

¹²⁵ CARVALHO, Raquel. **O direito à informação administrativa procedimental**. Publicações Universidade Católica: Porto, 1999, p. 133.

¹²⁶ VERA, José Bermejo. **Derecho administrativo (parte especial)**. 6. ed. Navarra: Editorial Arazandi (Thomson Civitas), 2005, p. 788. Não se pode esquecer que a desregulação não significa falta de regulação: “... debe matizarse que la desregulación tiene efectos complejos porqu hace creer que es un movimiento inverso al de la reglamentación de ámbitos de la actividad por parte de la Administración, cuando en su realidad se trata de utilizar otros dispositivos, incluso de autorregulación, de fomento, de negociación, de flexibilidad por medio de normas evolutivas, pero sin descartar la utilización de algunas de las técnicas administrativas clásicas como las sancionadoras.” (ARANGUREN, Juan-Cruz Alli. **Derecho administrativo y globalización**. Madrid: Civitas, 2004, p. 199)

redução das ações dotadas de império e da preponderância dos fins e interesses subjetivos nas relações jurídico-administrativas, tudo isso pela complexidade atualmente vivenciada pelo Direito Administrativo em razão da realidade econômica, social e técnica, necessitando assim uma regulação que leve em consideração os vários sistemas e subsistemas na ordem nacional e internacional.¹²⁷ Convém exaltar que os próprios limites entre o Direito Público e o Direito Privado não são fixos e nem apriorísticos, devendo ser estudados de acordo com a época dos fatos e as circunstâncias históricas.

Do ponto de vista econômico, Ludwig Von Mises usa a expressão estatismo para qualificar uma entidade política fundada em pressupostos coletivistas e intervencionistas, sendo que estes têm por missão a subordinação incondicional do indivíduo ao Estado.¹²⁸ Já o Estado pode ter a intervenção do governo como obstáculos à diminuição da liberdade no afã da preferência temporal,¹²⁹ assim como ocorre com as atividades criminosas, uma vez que nem sempre é imediato o seu reflexo para a sociedade. Aqui, reflete-se a importância de uma política regulatória ter premissas publicizadas e com metas claras para que a sociedade possa ter a sensibilidade de legitimidade para qualquer intervenção, seja relacionada com as contratações públicas ou não. A participação, o controle e a transparência são imprescindíveis para aproximar a Administração e os cidadão, sendo um vis atrativo

¹²⁷ ARANGUREN, Juan-Cruz Alli. **Derecho administrativo y globalización**. Madrid: Civitas, 2004, p. 383. Fernando Araújo também externa que: ““(…) a fuga para o direito privado tem efetivamente levado à proliferação muito rápida das soluções contratualizadas no próprio seio do direito público, numa tendência que faz a privatização seguir as tendências gerais de <downsizing> e de <outsourcing>; sendo que a própria regulação tem vindo a adoptar formas contratualizadas (pensemos nos já aludidos <contratos-programas), formas flexibilizadoras mas susceptíveis de diluírem, e por isso de confundirem, questões de legitimação e de responsabilização políticas.” (ARAÚJO, Fernando. **Teoria Económica do Contrato**. Coimbra: Almedina, 2007, p. 91).

¹²⁸ MISES, Ludwig Von. **Caos planejado: intervencionismo, socialismo, fascismo e nazismo**. Trad. Beatriz Caldas. São Paulo: LVM, 2017, p. 59.

¹²⁹ “E não é por acaso o fato da intensidade da preferência pela satisfação no presente, em vez de no futuro, ser designada por taxa de preferência temporal, que ‘é (e pode ser) diferente de uma pessoa para outra e (varia) de um momento para o outro, mas que nunca pode ser algo positivo para todos’, e que é influenciada por ‘fatores externos, biológicos, individuais, sociais e institucionais’. A preferência temporal, portanto, está intrinsecamente conectada ao objetivo da ação, que, de acordo com Ludwig von Mises: ‘Visa sempre a remover um mal-estar futuro, mesmo que o futuro seja apenas o momento iminente. Entre o início da ação e a obtenção do fim pretendido decorre um lapso de tempo, a saber, o tempo de maturação no qual a semente plantada pela ação produz o fruto.’” (HOPPE, Hans-Hermann. Prefácio. In: MISES, Ludwig Von. **Caos planejado: intervencionismo, socialismo, fascismo e nazismo**. Trad. Beatriz Caldas. São Paulo: LVM, 2017, p. 62-63)

pelo princípio democrático inarredável das sociedades atuais complexas.¹³⁰

Em interessante estudo sobre o diálogo contínuo entre Estado e Mercado para a demarcação da economia política, Maurin Almeida Falcão aborda, a partir da obra de Gilpin, o papel das intervenções e a busca do legítimo autor do poder político, com intuito de compreender a mudança social no mundo contemporâneo, de acordo com a interação entre os aspetos social, econômicos e político da sociedade. Para o autor, “o cientista político arremata de forma contundente que o Estado seria o mundo puro da ciência política, responsável pela distribuição dos recursos econômicos. Por sua vez, ausente o Estado, o mecanismo dos preços e as forças do mercado determinariam o resultado das atividades econômicas, ou seja, o mundo puro do economista.”¹³¹ A presença e o exercício efetivo da regulação é imprescindível para a sociedade, tanto que o Estado não só aparece de maneira indireta para interferir sobre o domínio econômico quanto diretamente, já que os objetos tutelados são estratégicos para o bem estar geral.¹³² No decorrer da história, presencia-se a posição do Estado ora mais próximo, ora mais longe do mercado, caracterizando movimentos pendulares (Estado mínimo *versus* Estado de Bem-Estar).¹³³

¹³⁰ MORÓN Miguel Sánchez. **Derecho Administrativo (Parte general)**. 6. ed. Madrid: Tecnos, 2010. p 82.

¹³¹ FALCÃO, Maurin Almeida. O Estado, o mercado e as transformações econômicas, políticas e sociais como determinantes de uma economia política do tributo. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, Belo Horizonte, n. 104, p. 263-289, jan.jun. 2012, p. 273.

¹³² Sobre o Estado atuando de maneira direta na economia, vide passagem de Eloi Pethechust e Marcia Carla Ribeiro: “É possível extrair-se a conclusão de que pode a Administração Pública atuar no mercado por meio de sociedades estatais, pois seus objetivos perseguidos ultrapassam a mera produção de bens e serviços econômicos, atingindo interesses subjacentes de fundamental importância para o atendimento do interesse público, tal como domínio de setores estratégicos (energia elétrica, petróleo e energia nuclear) e fomento de infraestrutura básica necessária ao desenvolvimento econômico e social do país (saneamento, programas de financiamento habitacional, linhas de crédito voltadas ao financiamento de empreendimentos privados considerados necessários ao desenvolvimento do país etc.)” (PETHECHUST, Eloi; RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. Perspectivas para as empresas estatais no Brasil: propostas para um estatuto jurídico. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 15, n. 62, p. 99-121, out./dez. 2015 p. 109).

¹³³ “(...) el binomio intervención (pubificación)- liberalización se presenta históricamente en una relación de movimiento pendular, conforme a la cual se van sucediendo distintas etapas en las que el eje de fuerza de la relación pasa de un extremo a otro, segundo la tendencia universalmente sentida, sin que ello quiera decir que existan ni momentos de completa intervención ni fases sucesivas de total liberalización de la economía, sino que en cada caso el conjunto de medidas que tiende a regular la actuación pública en la economía se orienta mayoritariamente en un sentido o en otro, existiendo siempre, incluso en los momentos de mayor liberalización, alguna parcela o sector en la que encuentran acomodo situaciones interventoras y a la inversa.” VERA, José Bermejo. **Derecho administrativo (parte especial)**. 6. ed. Navarra: Editorial Arazandi (Thomson Civitas), 2005, p. 793-794. Fazendo um paralelo com os contratos administrativos, é possível visualizar que nas sociedades empresariais públicas (denominação utilizada para se referir às empresas públicas e sociedades de economia mista)

Compete recordar da direção à economia de mercado, seja pela economia livre ou economia social ou economia dirigida/controlada. A economia livre é tradicional do modelo liberal e o Estado se limita a criar uma ordem jurídica objetiva e imparcial que visa não atuar, influenciar e nem orientar as linhas político-econômicas, deixando grande liberdade para os agentes (*players*) econômicos. A economia social de mercado precisa do Estado e seu protagonismo para garantir a concorrência, assegurar o mercado quando este é defeituoso ou não existe, e, com isso, proporcionar aos cidadãos o bem-estar. Já a economia dirigida ou controlada coaduna com a economia social, porém acrescidos dois pontos: (i) se existente a autoregulação do mercado, mesmo assim deve ser corrigida pela regulação do Estado e (ii) que existem objetivos nacionais que não são livres ao mercado e o Estado deve regular em sentido genérico, planejando pela via coativa, condicionamentos, incentivo ou encauzando a ação empresarial privada.¹³⁴

Como se verifica a importância da regulação e da intervenção estatal deve ser obtemperada por ângulos além do Direito, não se podendo restringir a uma discussão meramente jurídica. O Direito deve servir para que se alcance o bem-estar social de forma segura. Entretanto, sem dúvidas, os ambientes econômico e social merecem ser compreendidos para saber até que ponto haverá a sua utilidade.¹³⁵ Por isso, toda esta nova estruturação da intervenção indireta possui respaldo na necessidade de

o Estado ora tem procurado uma redução de sua influencia e direção, inclusive com a privatização, de algumas, já doutro lado em outros setores tem buscado uma maior intervenção, direta ou indireta. Discorre-se de uma administrativização do direito empresarial, de um lado ampliando as empresas estatais ou participação minoritária em empresas e de outro a partir de um rigor maior sobre tal atuação por meio de controles legais para a proteção dos consumidores, da livre concorrência, regras contábeis, transparência de atuação, etc.. As razões justificadoras para as técnicas ou medidas liberalizadoras do Estado podem ser qualificadas como de índole política, financeira e econômica, as quais são descritas como: “de índole política, porque supone la acogida de planteamientos neoliberales, dentro de los cuales la iniciativa y la propiedad privada juegan un papel de primer orden, y de índole económico-financiera, ya que se pretende reducir el déficit público, así como aumentar la eficacia de las empresas.” (VERA, José Bermejo. **Derecho administrativo (parte especial)**. 6. ed. Navarra: Editorial Arazandi (Thomson Civitas), 2005, p. 792-793).

¹³⁴ VERA, José Bermejo. **Derecho administrativo (parte especial)**. 6. ed. Navarra: Editorial Arazandi (Thomson Civitas), 2005, p. 805

¹³⁵ “... el derecho administrativo sigue ampliando sus espacios de regulación, aun cuando adecue sus técnicas y se aproxime a otros ámbitos del conocimiento técnico-científico y disciplinas jurídicas, como ocurre con las actividades sanitarias, urbanísticas, de las telecomunicaciones, del bienestar social, del medio ambiente, de la biotecnología, etc. No sólo asume los términos de otros ámbitos de conocimiento, que le exigen un proceso continuo de adaptación, sino que asimila las aportaciones de otras ramas del Derecho, que habían regulado anteriormente los nuevos espacios, lo que supone un nuevo proceso de armonización y ósmosis, que contribuye a integrarlo en un nuevo orden más extenso y lo hace cada día más complejo.” (ARANGUREN, Juan-Cruz Alli. **Derecho administrativo y globalización**. Madrid: Civitas, 2004, p. 382).

revisitar as formas em si de atuação do Estado. Ramón Parada explica que a tripartição dos modos de atividade administrativa sempre aconteceu, mais precisamente segmentando-se em atividade de limitação ou de polícia, atividade de fomento e atividade de prestação ou de serviço público, porém, atualmente, não pode ser mais sustentado como adequado para retratar as atividades administrativas necessárias para a consecução do interesse público, tanto é que o autor acresce uma quarta e quinta atividade, quais sejam, a sancionadora e a arbitral da Administração Pública.¹³⁶

Evert Vedung, em 1977, de forma um pouco diferente e metafórica já explicava que os governos podem recorrer a três instrumentos básicos:

(...) el palo, la zanahoria y el sermón. Los gobiernos pueden obligarnos a hacer lo que ellos desean, recompensarnos o premiarnos materialmente por haberlo hecho, o predicarnos que debemos hacerlo. Al palo se le denomina regulación, a la zanahoria medios económicos, y el sermón podría calificarse de información. En mi opinión, todos los demás tipos de instrumentos políticos propuestos en la bibliografía sobre el tema pueden reducirse a estos tres fundamentales. También afirmo que esta tricotomía no se puede reducir; si se transformase en un esquema de dos, la pérdida de información sería irreparable.¹³⁷

Carlos Ari Sundfeld sustenta a necessidade de reconstrução da teoria da ação administrativa, a qual perpassa por três grandes setores, quais sejam: a administração

¹³⁶ PARADA, Ramón. **Derecho administrativo I**. Parte General. 15. ed. Madrid: Marcial Pons, 2004, p. 369 e seg. Prosper Weil comenta a classificação com as seguintes palavras: “Esta clasificación expresa la intensidad variable de la acción administrativa: intervención lejada por medio de la ayuda el otorgamiento y el control; intervención más rígida, pero todavía exterior, en la policía; gestión directa en el servicio público orgánico. Su interés es el orden sociológico o político, ya que traduce perfectamente la graduación de las limitaciones que la intervención del Estado acarrea para la iniciativa privada. Bajo este punto de vista, está incontestablemente inspirada en la concepción liberal de finales mucho más discutible – la distinción de policía y servicio público no ha sido nunca claramente precisada – y no presenta un interés práctico demasiado importante. Los auténticos problemas se situan en otro plano.” (WEIL, Prosper. **Derecho administrativo**. Trad. Luis Rodríguez Zúñiga. Madrid: Editorial Civitas, 1994, p. 67). Santiago Muñoz Machado explica a divisão histórica das formas de atuação administrativa. Recordando a classificação de L. Jordana de Pozas (policia, serviço público e fomento), de Eduardo García de Enterría que sistematizou de maneira diferente com a ideia de intervenção ou regulação econômica ou social e do italiano Santi-Romano que classificou em atividade administrativa de limitação e atividade de prestação. (MACHADO, Santiago Muñoz. **Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General**: Libro XIV – La actividad regulatoria de la Administración. Madrid: Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, 2015, p. 13-18). Sobre outras formas de classificação das formas de atividade administrativa de acordo com a formalização jurídica e por sua incidência na esfera jurídica dos particulares, vide MONTANER, Luis Cosculluela; BENÍTEZ, Mariano López. **Derecho público económico**. 2. ed. Madrid: Justel, 2008, p. 203-205.

¹³⁷ VEDUNG, Evert. **Evaluación de políticas públicas y programas**. Madrid: Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. 1997, p. 155.

de gestão, a administração fomentadora e a administração ordenadora.¹³⁸ Ao seu lado, José Roberto Pimenta Oliveira explana que para o cumprimento dos objetivos constitucionais inerentes à estruturação do Estado Social e Democrático de Direito, desenhado pela Constituição, não há como a função administrativa restringir-se, na atualidade, ao campo ordenador e sancionatório.¹³⁹

Ainda que existam várias classificações como acima refletido, adota-se para este trabalho a regulação como um gênero representativo instrumental da intervenção indireta, a qual abarcará a função de direção (regulação em sentido estrito), fomentadora e de gestão.¹⁴⁰ Para o desenvolvimento deste, destacar-se-á sobre as duas primeiras, porém, antes de adentrar, é imperioso ponderar que o uso da regulação por meio das licitações e dos contratos administrativos revela-se bastante saudável.

Segundo estudos do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA) sobre as instituições e investimentos privados em infraestrutura nas economias emergentes, existe correlação direta impactante entre o aumento quantitativo e qualitativo do investimento em infraestrutura para o desenvolvimento econômico, tanto na literatura macroeconômica quanto na da distribuição de renda e minoração da pobreza, por isso, atrelar a participação do privado como operador e investidor é um ponto comum e crescente para os países de baixa e média renda nas últimas décadas. Considerando que, de 2003 a 2010, o cenário externo para investimentos foi amplamente favorável pela alta liquidez internacional para países emergentes como

¹³⁸ SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito Administrativo Ordenador**. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 16. Em sentido análogo, Célia Cunha conceitua a administração fomentadora “como um complexo de atividades concretas e indiretas que o Estado desempenha despidido do poder de autoridade, cujo labor se limita a promover e/ou incentivar atividades e regiões, visando melhorar os níveis de vida da sociedade.” (MELLO, Célia Cunha. Op. cit., p. 38). Nos mesmos termos, vide GARCÍA, Jorge Sarmiento. **Derecho público**. 2. ed. Buenos Aires: Ediciones Ciudad Argentina, 1998, p. 647.

¹³⁹ Postulou-se da Administração uma crescente e cada vez mais complexa intervenção estatal no domínio social e econômico, formalizada, pela ordem jurídica, com a positivação de dever de prestar serviços públicos nos diversos campos em que o interesse da coletividade mandava uma presença ativa da atividade administrativa, considerados como atividades materiais vinculadas à existência da própria sociedade, passíveis de fruição direta pelos administrados, fornecidos pela Administração, sob regime de direito público. (OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. **Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no Direito Administrativo Brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 514-515).

¹⁴⁰ A atividade administrativa de gestão seria a função de “gerir – como agente, como sujeito ativo – determinadas atividades. Engloba inicialmente o ‘oferecimento de utilidade ou comodidade material fruível diretamente pelos administrados.’ Em sua dupla modalidade: prestação de serviços públicos (isto é, os reservados ao Estado) e de serviços sociais (atribuídos a ele sem caráter de exclusividade, o que eliminar a técnica concessional; são os casos de educação e saúde).” (SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito Administrativo Ordenador**. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 16).

é o caso do Brasil, o mesmo não se repetiu de 2010 a 2015, quando houve diminuição de fluxo de entrada para tais países, em virtude dos efeitos do menor crescimento, dos menores preços de *commodities* e da possibilidade do fim (ou da diminuição sensível) do ciclo de política monetária expansiva que era realizada pelas economias dos países desenvolvidos. A partir disso, com a menor liquidez internacional, faz-se necessário que as economias emergentes trabalhem com fatores locais, que são fundamentos de suas economias, como chamariz para os investimentos. Justamente neste ponto, entra o índice de liberdade econômica e o de qualidade regulatória, os quais se mostram relevantes para investimentos e aqui reside inclusive a relação do mercado das licitações e dos contratos administrativos, tanto que o relatório sugere ao final dentre outras medidas a aprovação de uma nova lei de licitações para produzir um cenário regulatório mais seguro aos investidores.¹⁴¹

José María Gimeno Feliu exalta que a contratação pública e sua regulação é um dos fenômenos de maior relevância, inclusive sociopolítica, no marco da política econômica dos Estados. Explica que além dos aspectos financeiros, representativos pelos relevantes valores destinados aos contratos públicos como se denota em comparação com o PIB, eles representam que “los poderes públicos realizan una política de intervención en la vida económica, social y política del país, utilizan por las distintas autoridades nacionales como mecanismo proteccionista y evitando, por tanto, una auténtica competencia.” A proteção do mercado nacional é muito questionada se pode ser feita pelo mercado das compras públicas ou não, sendo que o referido autor, a partir dos estudos de A. Mattera, explana e sintetiza os motivos dessa prática: 1) em certos casos, a contratação pública é uma ferramenta preeminente para gerar a devida vazão de certos produtos de tecnologia avançada, e, assim, garantir por essa via a rentabilidade industrial e comercial dos gastos de investigação, pesquisas e desenvolvimento das empresas nacionais, sendo que em muitos casos tais empresas são subvencionadas pelo Estado; 2) a política de contratação pública tende a

¹⁴¹ ROCHA, Katia; MOREIRA, Ajax; FIUZA, Gabriel. **Instituições e investimentos privados em infraestrutura nas economias emergentes**. Texto para discussão / Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada.- Brasília: Rio de Janeiro : Ipea , 2018, p. 08-09, 17 e 19. Sobre os referidos índices, vide ainda às fls 17 do Relatório que “Esses índices resumem diferentes aspectos institucionais: o primeiro contempla diversos aspectos que vão desde abertura comercial até simplificação tributária e trabalhista; e o segundo leva em conta aspectos relativos à governança das agências reguladoras e à estabilidade das regras. Mesmo que a relação entre esses índices e as recomendações práticas de política não seja conhecida, consideramos útil fazer algumas recomendações e considerações práticas relacionadas ao tema e que estão na agenda econômica relativa ao Brasil.”

favorecer a empresas instaladas em zonas economicamente subdesenvolvidas ou em declínio, gerando-lhes um tratamento preferencial ante o resto das empresas competidoras, sob o fundamento de favorecer o desenvolvimento industrial e econômico das zonas consideradas, por algum motivo, de interesse público como de prioritário desenvolvimento; 3) às vezes, a contratação pública promove a transformação e a adaptação das estruturas de produção, favorece a reconversão industrial, luta contra o desemprego, reativa os investimentos ou compensa setores discriminados, etc. 4) existem obstáculos psicológicos, que buscam uma mentalidade direcionada para a compreensão das realidades políticas e econômicas em um contexto exclusivamente nacional para a confiança de produções e técnicas nacionais ao patriotismo, às influências e inclusive as razões de comodidade.¹⁴² Posto isso, a contratação pública é considerada um importante objeto de regulação, tanto que envolve dois aspectos: (i) a regulação normativa ou regulamentação dos procedimentos de contratação e (ii) a regulação jurídica dos operadores econômicos que participam dos certames e integram o mercado dos licitantes.¹⁴³

Não se pode olvidar que a imperiosidade de regulação se dá também pelo fato de tal pauta possuir repercussão no equilíbrio do mercado e da concorrência. Por isso, os critérios gerais para a integração das considerações concorrenciais na regulação de contratação pública pontuados por Albert Sánches Graells são: a) o arquétipo normativo do procedimento de licitação deve assegurar um amplo acesso para todas as empresas potencialmente interessadas; b) as regras relativas à avaliação das ofertas e da adjudicação do contrato devem assegurar a igualdade de oportunidades, a neutralidade de avaliação e a ausência de distorções à competência; c) depois da adjudicação, as regras relativas ao cumprimento do contrato, sua revisão e sua eventual segunda licitação, assim como as impugnações das decisões, devem seguir garantidores da concorrência não distorcida; d) o exercício do poder de compra

¹⁴² FELIÚ, José María Gimeno. **El control de la contratación pública (las normas comunitarias y su adaptación en España)**. Madrid: Editorial Civitas, 1995, p. 37.

¹⁴³ GONÇALVES, Pedro Costa. **Reflexões sobre o Estado Regulador e o Estado Contratante**. Coimbra: Coimbra Editora, 2013, p. 23. Em sentido análogo, Santiago Muñoz Machado exalta que os objetivos da função regulatória atual devem ser não somente o poder de ditar normas, mas sim “de utilizar todos los instrumentos, normativos y ejecutivos, precisos para orientar el funcionamiento de los mercados hacia la competencia e imponer obligaciones de servicio público a los operadores para que su natural afán de beneficio fuera compatible con las exigencias del interés general.” (MACHADO, Santiago Muñoz. **Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General**: Libro XIV – La actividad regulatoria de la Administración. Madrid: Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, 2015, p. 25).

pública deve limitar-se na medida necessária para evitar o exercício abusivo, de modo que os contratos públicos reflitam condições anormais de mercado.¹⁴⁴ Valioso recordar de Luis Cosculluela Montaner e Mariano López Benítez quando abordam o princípio da menor onerosidade nas medidas de intervenção pública que gere restrição à liberdade da empresa, o Estado deve buscar a menor onerosidade possível diante do caso a ser enquadrado, não significando jamais a limitação completa da interferência estatal, tanto que não se apoia a abstenção interventiva liberal ou o intervencionismo desarrazoado, rogando só que tal medida estatal seja a menos gravosa para o exercício dos direitos e liberdades que em matéria econômicas tem os cidadãos.¹⁴⁵

É claro que o estudo sobre o desenho normativo, prescrito pelo Estado a partir das licitações e dos contratos públicos, deve ser realizado com cuidado, porque tal dinâmica contratual-regulatória exige que se respeite os princípios basilares da concorrência, em especial àqueles que são preconizados pela Constituição e pelas legislações nacionais. O agente econômico precisa de garantias contra o Estado e contra os demais agentes econômicos que operam no mercado. Como dito Por Eros Roberto Grau, “cálculo e segurança inerentes à produção capitalista exigem uma dupla garantia: (a) contra o Estado (=liberalismo político) e (b) em favor do mercado (=liberalismo econômico).”¹⁴⁶ No caso brasileiro, a liberdade de iniciativa e a livre concorrência estampam-se nos fundamentos e nos objetivos fundamentais da República, não podendo ser desconsiderados. Ao mesmo tempo, reitera-se que a Administração Pública precisa utilizar os ferramentais necessários para o alcance dos seus fins, inclusive utilizando a sensibilidade técnica para modificações de interpretação e aplicação jurídica, ainda mais quando se está pensando em soluções de interesse público à base de respeito, negociação e participação das partes contratantes.

Como diz Egon Bockmann Moreira, a contratação pública atual reclama o

¹⁴⁴ GRAELLS, Albert Sánchez. Reflexiones críticas em torno a la disciplina del comportamiento de mercado del comprador público. In: ACEVEDO, Rafael Fernández; FERNÁNDEZ, Patricia Valcárcel (directores). **La contratación pública a debate: presente y futuro**. Navarra: Civitas, 2014, P . 275-298, 288-296.

¹⁴⁵ MONTANER, Luis Cosculluela; BENÍTEZ, Mariano López. **Derecho público económico**. 2. ed. Madrid: Justel, 2008, p. 30-31.

¹⁴⁶ GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 37.

afastamento de velhos paradigmas e conviver com o novo, ter sensibilidade técnica sobre as mudanças jurídicas ocorridas e a celeridade necessária para o enfrentamento dos problemas, até porque “a certeza da precariedade vista não como um dado negativo, mas sim na condição de premissa positiva – a de acolher com segurança o futuro que não para de chegar.”¹⁴⁷ Por tais razões, trabalhar tal força regulatória significa não ficar adstrito a repetição de fórmulas antigas que não mais se apresentam como aptas à satisfação das necessidades atuais, e sim aproveitar das lições antigas concebidas no século XIX e início do século XX para promover uma realidade mais consentânea com os valores atuais sempre em plena conformidade com a segurança jurídica.

Diante dessas breves colocações teóricas e passando a sistematizá-las, propõe-se explicar, no campo prático, como o Estado deverá efetivá-las no campo da regulação (ou intervenção)¹⁴⁸ da atividade econômica em sentido estrito.¹⁴⁹ Para tanto, aproveita-se a classificação de Eros Roberto Grau que diferencia esta em três modalidades, sendo que poder-se-ão ser aproveitadas para o critério da regulação em geral: (i) intervenção por absorção ou participação quando o Estado intervém diretamente no domínio econômico, mais precisamente na atividade econômica em sentido estrito como agente (sujeito) econômico;¹⁵⁰ (ii) intervenção por direção, “o Estado exerce pressão sobre a economia, estabelecendo mecanismos e normas de comportamento compulsório para os sujeitos da atividade econômica em sentido estrito”; e (iii) intervenção por indução, “o Estado manipula os instrumentos de

¹⁴⁷ MOREIRA, Egon Bockmann. Contratos públicos de longo prazo, mutações e segurança jurídica. In: ACEVEDO, Rafael Fernández; FERNÁNDEZ, Patricia Valcárcel (directores). **La contratación pública a debate: presente y futuro**. Navarra: Civitas, 2014, p. 511-524, p. 524.

¹⁴⁸ Usa-se aqui a intervenção como sinônimo tão somente para se utilizar a classificação de Eros Roberto Grau que parece apropriada quanto ao seu modo, em que pese as ressalvas quanto ao uso dos signos intervenção e regulação.

¹⁴⁹ “Já se sabe que grande parte da intervenção indirecta do Estado assume hoje em dia a natureza da regulação, característica de um sistema econômico em que o mercado é o meio natural da decisão econômica e a propriedade privada o instituto predominante, mas em que o Estado continua a, por seu intermédio, assegurar certos interesses gerais consubstanciados no adequado funcionamento das regras do mercado e a prestação de certos serviços de interesse geral. A intervenção indirecta subdivide-se em: 1) criação de infra-estrutura; 2) polícia econômica; 3) fomento econômico.” (MONCADA, Luís S. Cabral de. 6. ed. **Direito Económico**. Lisboa: Coimbra Editora, 2012, p. 439).

¹⁵⁰ A absorção ocorre quando o Estado “assume integralmente o controle dos meios de produção e/ou troca em determinado setor da atividade econômica em sentido estrito; atua em regime de monopólio”; já a participação “o Estado assume o controle de parcela dos meios de produção e/ou troca em determinado setor da atividade econômica em sentido estrito; atua em regime de competição com empresas privadas que permanecem a exercitar suas atividades nesse mesmo setor.” (GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 143).

intervenção em consonância e na conformidade das leis que regem o funcionamento dos mercados.”¹⁵¹

Advoga-se que o uso das contratações públicas para a regulação evidencia-se por intermédio da direção (regulação em sentido estrito) e da indução (fomento), a fim de direcionar condutas desejáveis para o desenvolvimento nacional e impor determinados comportamentos no domínio econômico.¹⁵² Quanto à constitucionalidade para tal mister, alvitra-se do comando normativo do artigo 174 da Constituição da República Federativa do Brasil ao prescrever que o Estado, como agente normativo e regulador da atividade econômica, exerce, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo que este será determinante para o setor público e indicativo para o setor privado. Logo, o Estado deverá (e não poderá) atuar na fiscalização, planejamento e incentivo, e, para tanto, deverá utilizar todos os meios possíveis, inclusive os contratos e licitações.

Especificamente sobre a regulação em sentido estrito (ordenação ou direção) pela via das licitações e dos contratos administrativos, a sua característica se dá pela prescrição normativa que determina um padrão de comportamento a ser respeitado pelos agentes. O Estado ao regular “reserva para si o desempenho material e direto de algumas atividades essenciais e concentra seus esforços em produzir um conjunto de normas e decisões que influenciem o funcionamento das instituições estatais e não estatais, orientando-as em direção de objetivos eleitos.”¹⁵³

Quando o Estado impõe que determinados produtos necessariamente precisam estar certificados no INMETRO (Instituto Nacional de Metrologia, Normalização e Certificação de Qualidade), não é possível que um produto não certificado seja comercializado no âmbito privado ou público. Por uma determinada norma, houve a expressão de vontade do Estado estipulando a necessidade de

¹⁵¹ GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 143.

¹⁵² “Qualquer ação estatal que repercuta na sociedade, criando, modificando ou extinguindo direitos e situações, pode ser concebida como uma forma de interferência do Estado.” Nesse compasso, Célia Mello Cunha defende que interferência estatal é gênero, compreendendo as espécies interferência em sentido estrito, cuja área de incidência é a vida privada, e intervenção, cuja área de incidência é a ordem econômica. Não se desconhece que existem autores que não distinguem interferência e intervenção, porém para o presente ensaio utilizar-se-á o raciocínio de Célia Mello Cunha. (MELLO, Célia Cunha. **O fomento da Administração Pública**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 01-02).

¹⁵³ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 665.

cadastro para a preservação da saúde e do bem-estar da sociedade.¹⁵⁴ Na própria exposição de motivos ao Projeto de Lei de criação do INMETRO, em 31 de outubro de 1973 (EM/GM/nº 79) está exposto que o seu advento decorre de um controle estatal sobre os produtos nacionais e importados para que haja a segurança mínima do ponto de vista econômico e confiabilidade do mercado para que se permita a livre concorrência e do lado do consumidor, com intuito de não fazer deste alvo de bens irregulares, com qualidade temerária ou perigosos para a sua vida. Da mesma forma acontece com a aquisição pelos órgãos e entidades públicas de armas, que são produtos controlados de uso permitido, pois necessariamente a fornecedora interessada em participar da licitação deverá ser devidamente registrada e fiscalizada nos termos das Leis nº 10.826/2003 e nº 13.060/2014, bem como pelos Decreto Federal nº 3.665/2000 e Decreto nº 5.163/2004.

Evert Vedung inclusive utiliza um exemplo de possível restrição a produtos têxteis da Coreia, sendo que o Estado pode impor restrição para a importância por meio da regulação, pode impor alguma valoração maior (que o autor chama de instrumento econômico) ou determina que se coloque na etiqueta a proveniência e esperar que a informação leve a conscientização e não compre o produto. O autor faz uma diferença entre o instrumento de regulação, no qual existe uma cogência para fazer ou não fazer, o instrumento econômico onde existe uma liberdade para fazer, porém terá que suportar os encargos (subvenções, impostos, taxas, algum saque, etc.) e o instrumento da informação que busca a mudança de comportamento a partir da informação e conhecimento das razões para tomar uma postura diversa. Aduz que a regulação está associada a alguma ameaça de sanção negativa como multa, pena de prisão ou outro tipo de castigo, bem como existem casos de sanção positiva, o que ele chama de normas não sancionadoras por meio de *lex imperfecta*. Em que pese esta divisão realizado pelo autor, parece que o instrumento econômico e o instrumento de regulação se equivalem, não havendo qualquer sentido para a sua diferença, uma vez que ambos decorrem de uma vontade estatal emanada por meio de uma norma que busca impor uma determinada postura, seja proibindo, ordenando um encargo

¹⁵⁴ Convém pontuar que nem todos os certificados são compulsórios, por isso faz-se questão de ressaltar, neste parágrafo, a lista de produto com certificação obrigatória, já que existem alguns produtos que a certificação é facultativa, logo não havendo qualquer impedimento à sua comercialização sem o certificado.

que deverá ser suportado (não tem liberdade ao agente privado) ou estipulando uma regra obrigatória a ser seguida.¹⁵⁵

Convém ponderar que a informação, ainda que colocada como instrumento apartado, deverá estar presente sempre, inclusive na regulação. A informação é indispensável para que exista a possibilidade de controle, bem como para que a sociedade se sinta legitimada com a atuação estatal. A informação gera o convencimento ou o que Vedung chama de persuasão moral para influenciar as pessoas através do conhecimento repassado pela comunicação com argumentos racionais.¹⁵⁶ Inclusive, a informação poderá acarretar a atividade administrativa de fomento que Eros Roberto Grau trabalha como normas de intervenção por indução as quais estipulam “preceitos que, embora prescritivos (deônticos), não são dotados da mesma carga de cogência que afeta as normas de intervenção por direção”. A norma de intervenção por indução confere ao destinatário a alternativa de aderir ou não à prescrição nela veiculada. Caso haja a sua adesão, resultará em benefícios usufruídos pelo aderente. Diferentemente, as normas de intervenção por direção impõem comportamentos por intermédio da cogência das normas.¹⁵⁷

Atinente à ação estatal na intervenção por indução, impende tecer que o intuito do Estado é justamente que o aderente da medida estatal possa beneficiar-se

¹⁵⁵ VEDUNG, Evert. **Evaluación de políticas públicas y programas**. Madrid: Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. 1997, p. 156-158. Inclusive, vale recordar da seguinte passagem: “La diferencia consiste en que una regulación proscribire o prescribe la propia acción, mientras que la obligación, en nuestro ejemplo tributario, se aplica al pago del impuesto, no a la acción en sí misma. Existe una evidente diferencia fundamental entre prohibir la elaboración, comercialización y venta de los puros marca Rimeeester y gravar un impuesto a la producción y oferta de los mismos.” (VEDUNG, Evert. **Evaluación de políticas públicas y programas**. Madrid: Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. 1997, p. 158).

¹⁵⁶ “La información transmitida puede ser de muchos tipos distintos. Puede afectar al carácter del problema en cuestión, a cómo las personas no están abordando de hecho, a las medidas que se pueden adoptar para modificar la situación prevalente y las razones por las cuales los destinatarios deberían tomar en consideración y adoptar dichas medidas. No obstante, para presionar a las personas para que hagan lo que el gobierno considera conveniente, no se ofrece nada más que la simple transferencia de conocimientos o el razonamiento persuasivo.” (VEDUNG, Evert. **Evaluación de políticas públicas y programas**. Madrid: Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. 1997, p. 158). Mises defende que a simples persuasão já seria suficiente para direcionar as pessoas a fazerem boas escolhas, não havendo a imprescindibilidade de atuação estatal (MISES, Ludwig Von. **Burocracia**. Trad. Raul Martins. Campinas: Vide Editorial, 2018, p. 35-45) Contudo, com o digno respeito, o Estado precisa regular certas escolhas para o bem-estar social, pensando inclusive na heterogeneidade de interesses e factíveis capturas “ilegítimas” por algum “poder” sobre as pessoas, o que per se demonstra que não se trata de um aviltamento a consciência dos cidadãos.

¹⁵⁷ GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 144-145.

ante os demais no mercado.¹⁵⁸ O benefício exsurge como um prêmio àquele que realiza a conduta – seja positiva ou negativa – incitada pelo Estado.¹⁵⁹ Por exemplo, na Lei nº 10.973 (Lei de Inovação), os mecanismos de sanções premiaias estão baseados na equação retorno privado dos investimentos em propriedade intelectual *versus* retorno social na exploração dos direitos garantidos, por meio da propriedade intelectual.¹⁶⁰

O enaltecimento à atividade administrativa de fomento tem aparecido como um dos aspectos mais comentados da reforma estatal das últimas décadas, mesmo que não seja algo recente.¹⁶¹ Maria Sylvia Zanella Di Pietro conduz que diversas alterações têm se destacado em razão do Estado Subsidiário, dentre estas, o crescimento de técnicas de fomento e o debate sobre o dever do Estado em fomentar, mais precisamente ajudando, estimulando, criando condições com intuito de que os vários grupos de interesses busquem os seus próprios objetivos conciliados com o interesse público.¹⁶² Sobre o assunto, Diogo Figueiredo Moreira Neto qualifica que se trata de um “direcionamento não coercitivo do Estado à sociedade, em estímulo das atividades privadas de interesse público. É uma atividade que se sistematiza e ganha consistência acoplada ao planejamento dispositivo.” Por tal relevância, o autor infere

¹⁵⁸ Nesta tese defende-se o fomento como instituto passível de ser aplicado sob a natureza de função administrativa (meio) e também sob atividade legislativa. Sobre a diferença, vide SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. **Fomento: Administração Pública, Direitos Fundamentais e Desenvolvimento**. Curitiba: Íthala, 2019, p. 146 e seguintes.

¹⁵⁹ GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 145. Na mesma esteira, Marcos Juruena Vilela Souto manifesta: “Consequência natural do planejamento econômico dentro de um regime que privilegia a livre iniciativa é o fomento, pela qual o administrado é livre para aderir a objetivos de interesse público fixado em lei, em troca dos incentivos nela previstos. Uma vez estabelecida a adesão do administrado, o Estado pode obrigar a particular a cumprir a lei e aquilo a que voluntariamente se comprometeu.” (SOUTO, Marcos Juruena Vilela. **Direito Administrativo das Parcerias**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 03).

¹⁶⁰ OLIVEIRA, Fabrício de Souza; SAMPAIO, Kelly Cristine Baião. Lei de Inovações tecnológicas: a relação entre direito e economia legislativa da propriedade intelectual. *In*: KEMPFER, Marlene e outros. **Direito e inovação: estudos críticos sobre Estado, empresa e sociedade**. Juiz de Fora: Editora UFJF, 2013, p. 283-297, p. 290.

¹⁶¹ “La incentivación de actividades privadas es conocida desde los primeros tiempos de nuestra civilización, pero es en el Despotismo Ilustrado del siglo XVIII donde ese modo de intervención es teorizado más conscientemente como una modalidad de la acción pública y de forma más consciente. En Francia el gran ministro Colbert empleó técnicas incentivadoras, económicas y honoríficas. Estas últimas cobran también gran importancia en nuestra patria declarándose, frente a la reinante infravalorización de determinados oficios (herrereros, sastres, zapateros, carpinteros y otros), la posibilidad de acceder sus ejercientes a la hidalguía e incluso a la nobleza si en tres generaciones se consiguieren en las fábricas <adelantamientos notables y de utilidad al Estado> (Carlos III, 5 de febrero de 1788).” (PARADA, Ramón. **Derecho administrativo I**. Parte General. 15. ed. Madrid: Marcial Pons, 2004, p. 390).

¹⁶² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na Administração Pública**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 39.

que é “inegável que o fomento público, conduzido com liberdade de opção, tem elevado alcance pedagógico e integrador, podendo ser considerado, para um futuro ainda longínquo, a atividade mais importante e mais nobre do Estado.”¹⁶³

Carlos Ari Sundfled é favorável à administração fomentadora como impreterível para uma nova concepção e análise da teoria da ação administrativa, sendo que ela deverá ser compreendida como “a função de induzir, mediante estímulos e incentivos – prescindindo, portanto, de instrumentos imperativos, cogentes – os particulares a adotarem certos comportamentos.”¹⁶⁴ Consiste em dirigir a ação dos particulares em direção a fins de interesse geral mediante a outorga de incentivos diversos.¹⁶⁵

De maneira um pouco diversa, Manuel Maria Diez aponta que a atividade de fomento pode ser estudada partindo de uma ideia negativa ou positiva. Pelo lado negativo, a Administração mediante o fomento persegue fins públicos sem o emprego de coação e sem a realização de prestações. Já pelo positivo, o fomento é considerado como ação administrativa encaminhada a proteger ou promover aquelas atividades, estabelecimentos ou riquezas dos particulares ou de outros entes públicos que satisfaçam necessidades públicas ou visem utilidade geral.¹⁶⁶ Apesar de

¹⁶³ MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo. **Mutações do Direito Administrativo**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 45. Silvio Luis Ferreira da Rocha define a atividade de fomento de maneira descritiva e excludente, a partir da exposição de que a Administração poderá alcançar a satisfação das necessidades coletivas a partir de sua atuação de modo direto e imediato ou de modo indireto e mediato quando as atividades são prestadas pelos particulares, as quais foram incentivadas pela Administração, e servem para alcançar as necessidades coletivas. (ROCHA, Silvio Luis Ferreira da. **Terceiro Setor**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 23). Ecoando a mesma finalidade, porém pontuando que poderá alcançar os estabelecimentos particulares, Roberto Dromi define o fomento administrativo como uma “*acción dirigida a proteger o promover las actividades y establecimientos de los particulares, que satisfagan necesidades públicas o que se estimen de utilidad general.*” O autor argentino posiciona-se ainda que a ideia predominante do fomento é que versa sobre uma atividade persuasiva ou de estímulo, sendo que a sua finalidade será obtida com o convencimento para que se faça algo ou se omita. (DROMI, Roberto. **Derecho Administrativo**. 10. ed. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 2004, p. 1027).

¹⁶⁴ SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito Administrativo Ordenador**. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 16. Em sentido análogo, Célia Cunha conceitua a administração fomentadora “como um complexo de atividades concretas e indiretas que o Estado desempenha despido do poder de autoridade, cujo labor se limita a promover e/ou incentivar atividades e regiões, visando melhorar os níveis de vida da sociedade.” (MELLO, Célia Cunha. **O fomento da Administração Pública**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 38). Nos mesmos termos, vide GARCÍA, Jorge Sarmiento. **Derecho publico**. 2. ed. Buenos Aires: Ediciones Ciudad Argentina, 1998, p. 647.

¹⁶⁵ PARADA, Ramón. **Derecho administrativo I**. Parte General. 15. ed. Madrid: Marcial Pons, 2004, p. 390.

¹⁶⁶ “*Se puede estudiar la actividad de fomento partiendo de una idea negativa y de una idea positiva. Si se parte de la idea negativa, mediante el fomento, la administración persigue fines públicos, sin el empleo de la coacción y sin la realización de prestaciones. En cuanto a la idea positiva, el fomento debe ser considerado como la acción administrativa encaminada a proteger o promover aquellas actividades, establecimientos o riquezas de los particulares u otros entes públicos que satisfagan necesidades públicas o se estimen de utilidad general.*” (DIEZ, Manuel Maria. **Manual de Derecho Administrativo**. T. II. 3. ed. Buenos Aires: Editorial Plus Ultra, 1981, p. 231).

interessante tal divisão, não se visualiza óbice para a junção de tais ideias negativa e positiva para uma noção única ante a inexistência de diferenças substanciais com as demais noções apresentadas.

De todo modo, fica incontroverso considerar que a finalidade sempre será o interesse geral, o legítimo interesse público primário.¹⁶⁷ Silvio Luis Ferreira da Rocha qualifica a atividade de fomento que não persiga um fim de interesse geral como ilícita, já que o fomento legítimo e justificado “é aquele que visa a promover ou a estimular atividades que tendem a favorecer o bem estar geral.”¹⁶⁸ Por isso, o objeto pode recair tanto em atividades de particulares como de entidades públicas, mas “*el fin del fomento es la satisfacción indirecta de necesidades públicas.*”¹⁶⁹ O interesse público primário é a mola propulsora do fomento, sendo que o excesso às custas de recursos públicos escoa a sua validade.¹⁷⁰ É uma forma de “política de dirigismo social” com o apoio dos terceiros (cidadãos e pessoas em geral, inclusive jurídicas) os quais serão beneficiários.¹⁷¹

Segundo Silvio Luis Ferreira da Rocha, a atividade administrativa possui algumas características, como: (i) é uma atividade administrativa que visa à satisfação das necessidades coletivas e à obtenção dos fins do Estado; (ii) não procura alcançar imediata e diretamente tais fins, e sim objetiva que estes sejam alcançados pelas atividades dos particulares mediante a proteção e a promoção dessas atividades, excluída qualquer forma de intervenção coativa; (iii) a determinação concreta das atividades particulares a serem fomentadas caracteriza-se como uma questão política

¹⁶⁷ O interesse público e o princípio da supremacia do interesse público foram criticados nos últimos vinte anos, entretanto não parece existir dúvidas sobre a sua importância para a compreensão do Direito Administrativo e seus institutos. Para tanto, algumas classificações são feitas como interesse público primário e interesse público secundário a partir dos escólios dos autores italianos e como interesse público em sentido amplo e interesse público em sentido estrito para diferenciar o verdadeiro interesse público do privado. Neste ponto, vide excelente obra de Daniel Wunder Hachem que inclusive descreve que “o interesse público em sentido amplo é aquele objetivamente protegido pelo ordenamento, ao passo que o interessado privado é aquele subjetivamente pretendido por qualquer pessoa, física ou jurídica, pública ou privada, voltado à satisfação de suas conveniências pessoais.” (HACHEM, Daniel Wunder. **Princípio constitucional da supremacia do interesse público**. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 178). Referência na segmentação de interesse público primário e secundário, vide ALESSI, Renato. **Instituciones de Derecho Administrativo**. Tomo I. Trad. Buenaventura Pellisé Prats. Barcelona: Bosch Cada Editorial, 1970, p. 183-187.

¹⁶⁸ ROCHA, Silvio Luis Ferreira da. **Terceiro Setor**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 31.

¹⁶⁹ DROMI, Roberto. **Derecho Administrativo**. 10. ed. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 2004, p. 1027.

¹⁷⁰ OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. **Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no Direito Administrativo Brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 527

¹⁷¹ MONTANER, Luis Cosculluela; BENÍTEZ, Mariano López. **Derecho público económico**. 2. ed. Madrid: Justel, 2008, p. 245.

de conveniência e política, escapando ao campo estritamente jurídico e; (iv) a participação é voluntária, ou seja, depende da vontade dos particulares.¹⁷²

O Estado, como diretor da economia por meio do fomento, enfoca o caráter de colaboração ao invés da imposição, já que alcançará os fins com os particulares, participando de maneira livre, inclusive fixando objetivos e preferências, bem como dispondo de dinheiro para premiar determinadas iniciativas e terceiros.¹⁷³ Não pode esquecer que em uma economia social de mercado as medidas de fomento representam uma garantia do direito à liberdade da empresa e dos particulares, sempre destacando que tais técnicas geram desenvolvimento econômico e devem ser articuladas sob as arestas do direito de livre iniciativa e o princípio da livre concorrência.¹⁷⁴

Carlos Ari Sundfeld expõe que os atos da administração fomentadora não se cingem “a conferir aos particulares possibilidades de autuações que estes já não tenham” e sim “consiste em prestações produzidas pela Administração – sejam positivas (ajuda financeira a cientistas, créditos subsidiados a empresas estratégicas) ou negativas (isenção de impostos) – para tornar mais fáceis ou eficazes atividades que, não obstante, os indivíduos são livres para explorar.”¹⁷⁵ Ademais, insta lembrar também “a atividade de fomento não pode mais ser compreendida como benevolência do Estado, deixando de ser considerada mera liberalidade, favor ou graça, para apresentar-se como poderosos mecanismo de apoio, promoção e auxílio das iniciativas socialmente significantes, voltada ao desenvolvimento socioeconômico.”¹⁷⁶ Diante da escassez de recursos públicos, da limitação de recursos *versus* inúmeras necessidades e da própria (re)discussão do tamanho do aparelho estatal, o fortalecimento da atividade administrativa de fomento aparece como uma excelente

¹⁷² ROCHA, Silvio Luis Ferreira da. **Terceiro Setor**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 26. Célia Cunha Mello define a atividade de fomento pela existência de quatro caracteres fundamentais, quais sejam: exercício de função administrativa; proteção e/ou promoção de seu objeto; ausência de compulsoriedade e; satisfação indireta das necessidades públicas. Compete destacar que a satisfação é indireta das necessidades públicas em razão de não ser realizada diretamente pela Administração fomentadora, e sim pelo agente fomentado. (MELLO, Célia Cunha. **O fomento da Administração Pública**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 26-27, 31).

¹⁷³ VERA, José Bermejo. **Derecho administrativo (parte especial)**. 6. ed. Navarra: Editorial Arazandi (Thomson Civitas), 2005, p. 938.

¹⁷⁴ VERA, José Bermejo. **Derecho administrativo (parte especial)**. 6. ed. Navarra: Editorial Arazandi (Thomson Civitas), 2005, p. 938.

¹⁷⁵ SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito Administrativo Ordenador**. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 25.

¹⁷⁶ MELLO, Célia Cunha. **O fomento da Administração Pública**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 36.

alternativa para a melhor prestação de certos serviços e atividades públicas, visando à efetivação e satisfação da sociedade como um todo.¹⁷⁷

Portanto, em tempos de mudanças e crescimento econômico,¹⁷⁸ não se pode deixar de aprofundar os estudos e debates sobre a atividade administrativa de fomento, até para servir de justificativa para inovações e melhorias na vida dos cidadãos brasileiros. Como visto, o fomento não tem um caráter puramente econômico e nem visa somente incentivar atividades em que a iniciativa privada está carente, isto porque é mais ampla que o mero caráter econômico, alcançando em diversos objetos um caráter essencialmente social, isso sem falar que não necessariamente serve o precípua de ajudar e incentivar somente atividades “carentes” na iniciativa privada.¹⁷⁹ Vale apontar que a atividade fomentadora é uma das modalidades de interferência ou intervenção da Administração Pública no campo privado. Nessa toada, Carlos Ari Sunfeld qualifica que a interferência da Administração Pública no campo privado poderá ocorrer por três modalidades diversas: a) por intermédio de estímulos à iniciativa privada para induzi-la numa determinada direção; b) quando assume atividades particulares, passando a atuar em substituição a eles e; c) pela ordenação dos seus comportamentos via comandos cogentes advindos do poder de autoridade.¹⁸⁰

Abre-se parêntese para ponderar que existe uma certa aproximação entre o fomento e o nudge. O nudge também visa à modificação do comportamento das pessoas, todavia por meio de um “cutucão”, um empurrão ou um estímulo.¹⁸¹ Revela-se como um modo de incitar uma dada conduta a partir de um estímulo que desencadeie a postura querida do seu emissor, via mudança inconsciente ou

¹⁷⁷ Em trabalho recente, Adriana da Costa Ricardo Schier define fomento como “atividade administrativa inserida no contexto de parceria entre o Estado e a sociedade, mediante a qual a Administração Pública induz, promove e incentiva o particular a realizar atividades de interesse público, mediante mecanismos típicos da esfera privada. A partir desse conceito, na perspectiva adotada, deverá ser compreendido como um instrumento à disposição do Estado em prol do desenvolvimento nacional.” (SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. **Fomento: Administração Pública, Direitos Fundamentais e Desenvolvimento**. Curitiba: Íthala, 2019, p. 154).

¹⁷⁸ Sobre a diferença entre crescimento econômico e desenvolvimento econômico, vide tópico seguinte.

¹⁷⁹ DIEZ, Manuel Maria. **Manual de Derecho Administrativo**. T. II. 3. ed. Buenos Aires: Editorial Plus Ultra, 1981, p. 232.

¹⁸⁰ SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito Administrativo Ordenador**. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 25.

¹⁸¹ A palavra nudge não tem uma tradução perfeita em uma palavra portuguesa, por isso, a ideia do cutucão, estímulo e empurrão são adotadas.

subconsciente do destinatário.¹⁸² Dessa maneira, os poderes públicos podem empurrar em direção à cidadania para que de alguma forma possa se estabelecer certas políticas e alterações no comportamento da sociedade, sem coações e sem autoritarismo.¹⁸³ Difere do fomento, pois busca uma mudança de postura comportamental econômica e social por meio de mensagens subliminares. Desde já, imperioso alertar um possível debate sobre o enquadramento da postura estatal no planejamento a médio e longo prazo se poderia ser configurado um nudge ou um fomento.

De qualquer modo, não se pode esquecer que o manejo adequado das verbas públicas, seja direta ou indireta, deve ser conscientizado ao gestor público quando do seu gozo e aos cidadãos para que estes também efetivem o esmerado controle, o que inclusive atualmente é facilitado pelas ferramentas operacionais existentes.¹⁸⁴ Se os fundos públicos forem utilizados de maneira mais responsável e cuidadosa “se trasladaría hacia la ciudadanía un efecto de <empujón> para que cumplan con sus obligaciones tributarias, ya que ese dinero servirá para mejorar el bienestar social y no para los lujos y caprichos de malos gestores públicos.”¹⁸⁵

É importante destacar que o fomento pode não desencadear no uso imediato de verbas públicas, mas no uso mediato a partir do momento que conceder algum benefício ao particular que poderá ser, por exemplo, uma isenção ou diminuição de algum tributo ou uma preferência de valores em licitação, portanto, deverá ser muito desenvolvido, executado e fiscalizado, sob pena de gerar prejuízo ao erário. De nada adianta conceder vantagens a uma empresa por possuir uma certificação ambiental X, com espeque em ato normativo competente, se, durante o transcorrer da execução contratual, o órgão ou entidade contratante não tomar as devidas cautelas para perquirir se tal certificação está sendo respeitada, se não houve a perda dessa

¹⁸² “Esse nudge, na nossa concepção, é um estímulo, um empurrãozinho, um cutucão; é qualquer aspecto capaz de mudar o comportamento das pessoas de forma previsível sem vetar qualquer opção e sem nenhuma mudança significativa em seus incentivos econômicos. Para ser considerada nudge, a intervenção deve ser barata e fácil de evitar. Colocar as frutas em posição bem visível é um exemplo de nudge. Simplesmente proibir a junk food, não.” (THALER, Richard H.; SUNSTEIN, Cass R. **Nudge**. Trad. Ângelo Lessa. São Paulo: Objetiva, 2018).

¹⁸³ JIMÉNEZ, Antonio García. **Las conexiones entre contratación administrativa e innovación**. Madrid: Tecnos: 2018, p. 69-70.

¹⁸⁴ Por exemplo, existem no Brasil aplicativos e robôs que fiscalizam verbas de gabinete dos Deputados Federais como aquele denominado “Meu deputado” da organização Contas Abertas.

¹⁸⁵ JIMÉNEZ, Antonio García. **Las conexiones entre contratación administrativa e innovación**. Madrid: Tecnos: 2018, p. 71.

chancela ou qualquer outra postura que seja conflitante com o objetivo real da exigência.

No tocante à intervenção indireta do Estado a partir da licitação e do contrato administrativo, tal situação pode ser visualizada a partir de algumas legislações brasileiras ou projetos legislativos nos últimos anos, os quais têm promovido ou induzido a intervenção estatal visando ao desenvolvimento.

Por exemplo, a Lei nº 12.349/2010,¹⁸⁶ que alterou a Lei nº 8.666/1993, é um claro exemplo de fomento pelas compras públicas, já que trouxe uma série de dispositivos de fomento ao incremento tecnológico no Brasil, quando, por exemplo, previu margem de preferência para produtos manufaturados nacionais, contratação por dispensa de licitação para a aquisição de bens e serviços exclusivamente à pesquisa científica e tecnológica com recursos concedidos pela Capes, pela Finep, pelo CNPq ou por outras instituições de fomento a pesquisa credenciadas pelo CNPq para esse fim específico, dentre outras medidas.¹⁸⁷ Outros exemplos mais atuais são o catálogo eletrônico de padronização e a avaliação dos fornecedores (“espécia de cadastro positivo dos fornecedores”) da Petrobrás, possibilidade de apresentação de propostas e alternativas para satisfazer necessidades públicas via procedimento de manifestação de interesse, dentre outros.

Especificamente sobre as previsões normativas geradas nos últimos vinte anos, estas têm trabalhado claramente com a ideia de regulação e de fomento pelas compras públicas. Juan Francisco Mestre Delgado, em 2003, realçava o mecanismo de reforço por intermédio do fomento para “forzar a los empresarios al cumplimiento de previsiones – no necesariamente previstas con el carácter de imposiciones

¹⁸⁶ Decorrente da conversão da Medida Provisória nº 495/2010. Sobre a medida provisória e seus impactos, vide os seguintes artigos: RIGOLIN, Ivan Barbosa Lei das licitações é novamente alterada. **Revista Zênite de Licitações e Contratos** nº 199, Curitiba, set.2010, p. 871; NIEBUHR, Joel Menezes. Margem de preferência para a produção nacional em licitação pública – repercussões da medida provisória n. 495/2010. **Revista Zênite de Licitações e Contratos**, Curitiba, n. 198, ago.2010, p. 777; TOLOSA FILHO, Benedicto de. Os efeitos da MP 495/2010 nas contratações públicas. **Revista Zênite de Licitações e Contratos**, Curitiba, n. 202, dez./2010, p. 1203.

¹⁸⁷ Vide artigo publicado nos Anais do Seminário Ítalo-Brasileiro (REIS, Luciano Elias. Inovações legislativas nas contratações administrativas para a implementação da responsabilidade socioambiental por intermédio do fomento da pesquisa científica e tecnológica. In: DOTTA, Alexandre Godoy; HACHEM, Daniel Wunder, REIS, Luciano Elias. (Organizadores). **Anais do I Seminário Ítalo-Brasileiro em Inovações Regulatórias em Direitos fundamentais, Desenvolvimento e Sustentabilidade e VI Evento de Iniciação Científica UniBrasil 2001**, Curitiba, p. 115-146).

coactivas— contempladas en normativas sectoriales.”¹⁸⁸ No âmbito nacional e europeu, outro exemplo é a compra pública inovadora que é um típico exemplo de fomento e retrata uma medida de intervenção positiva e não cogente ao mercado.¹⁸⁹

Por todas as considerações, deduz-se que a citada regulação em sentido lato, e ora esmiuçada pela regulação em sentido estrito e pelo fomento, é um caminho incontroverso e que precisa ser muito bem planejado, estruturado normativamente e executado, sob pena de sua completa ineficácia. Recomenda-se, inclusive, desde já que, na seara das licitações e dos contratos administrativos no Brasil, que os esparsos textos normativos existentes sejam compilados de maneira organizada em um único documento, quem sabe num Código de Licitações e Contratos. A insegurança jurídica ocasionada pelo extenso, confuso e teratológico conjunto de normas jurídicas sobre o tema tem prejudicado sobremaneira a eficiência administrativa e propiciado, até, uma indelével corrupção nas compras públicas no Brasil.¹⁹⁰ Hoje, tem-se inúmeras leis e atos normativos infralegais para tratar do tema, como, por exemplo, a Lei nº 8.666/1993, a Lei nº 10.520/2002, a Lei nº 12.462/11 e a Lei nº 12.232/10.

Após esta etapa de organização normativa, é necessário que se regule melhor a fase de planejamento das compras governamentais, qualifique e propicie condições adequadas para os agentes públicos (etapa que faz parte da boa governança pública), permita maior transparência desde as licitações até as execuções contratuais (v.g., externando a fila cronológica de pagamento dos credores) e facilite possíveis enquadramentos à legislação que tenha impacto regulatório de mercado (sob pena de positivar mais um meio para a continuidade da corrupção e “legitimar” indevidamente

¹⁸⁸ MESTRE DELGADO, Juan Francisco. Contratos públicos y políticas de protección social y medioambiental, **Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica**, n. 291, 2003, p. 705-730, p. 707.

¹⁸⁹ LÓPEZ MIÑO, Antonio, “La compra pública innovadora en los sistemas europeo y español de contratación pública”. In: GARCIA, J. José Pernas (coord.). **Contratación Pública Estratégica**. Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi, 2013, p. 215-216. Sobre o assunto, vide também: ARNAEZ ARCE, V. M. La compra pública innovadora. La administración pública como adquirente de bienes y servicios innovadores. **Revista Vasca de Administración Pública**, n. 93, 2012, p. 17-35.

¹⁹⁰ Sempre lembrando que: “La corrupción no es un problema que pueda ser atacado aisladamente. No es suficiente que las leyes penales busquen las manzanas podridas y las castiguen. Por supuesto, el Estado puede necesitar establecer su credibilidad castigando a los funcionarios corruptos muy visibles, pero el objetivo de dichos procesos judiciales es atraer las noticias y el apoyo del público y no resolver el problema de fondo. Las leyes anticorrupción sólo pueden proporcionar un trasfondo para reformas estructurales más importantes. (...) Un país que combate seriamente la corrupción debe llevar a cabo un estudio detallado para determinar dónde es más perjudicial la corrupción y en que punto puede ser atacada con más eficacia.” (ACKERMAN, Susan Rose. **La corrupción y los gobiernos: causas, consecuencias y reforma**. Madrid: Siglo Veintiuno de España, 2001, p. 308-309).

a exclusão de potenciais competidores).

Estas medidas, dentre outras, estão no compasso do objetivo da regulação, segundo Floriano de Azevedo Marques Neto, que é “imperativa sempre que a capacidade dos atores econômicos ou põe em risco um valor de natureza coletiva (o meio ambiente, o uso de um bem escasso, um serviço de relevância social), ou se mostra insuficiente para se atingir uma finalidade de interesse geral da coletividade (a universalização de um serviço, a acessibilidade de uma comodidade, o incremento da competição, a satisfação dos usuários de um bem essencial, etc..).”¹⁹¹ Até porque Chevallier pontua que “o novo papel desempenhado pelo Estado na economia não se reduz, no entanto, a uma simples função de regulação: ele se traduz também por uma intervenção ativa no jogo econômico, tomando em conta o contexto de interdependência ligado ao processo de globalização.”¹⁹²

Sob esse raciocínio, pretende-se demonstrar e construir que a regulação estatal pelas licitações e pelos contratos administrativos deverá focar e priorizar a ciência, inovação e tecnologia no Brasil, almejando o desenvolvimento nacional e regional, bem como a imperiosidade de existir no ordenamento jurídico um procedimento específico para permitir a contratação de objeto científico, inovador e tecnológico nacional.¹⁹³ Esta necessidade e preocupação encontra amparo na

¹⁹¹ MARQUES NETO, Floriano Azevedo. Limites à abrangência e à intensidade da regulação estatal. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n. 04, nov/dez 2005, jan. 2006. Disponível na internet: <http://www.direitodoestado.com.br>.> Acesso em 17.07.2017, p. 13.

¹⁹² CHEVALLIER, Jacques. **O Estado Pós-Moderno**. Trad. Marçal Justen Filho. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 73.

¹⁹³ Argemiro Brum explica em sua obra que “a ciência e a tecnologia caracterizam o nosso tempo. Sua importância cresce a cada dia. O saber fazer (know-how) é o produto mais valorizado no mercado mundial – hoje e cada vez mais no futuro. ‘As possibilidades de desenvolvimento de uma sociedade não se baseiam apenas nas suas potencialidades naturais – recursos minerais e terras produtivas – mas, mais e mais, na sua capacidade de gerar conhecimento e novas tecnologias.” (BRUM, Argemiro J. **Desenvolvimento econômico brasileiro**. 16. ed. Petrópolis: Editora Vozes, 1996, p. 283). Na mesma linha, “A fim de realizar a referida opção de política científico-tecnológica, o Brasil deve consolidar o seu sistema nacional de inovação, ligado à economia e à sociedade, dentre de um conceito amplo, compreendendo tanto a rede de instituições e de empresas financiando ou realizando pesquisa científica e tecnológica, como o conjunto de políticas e instituições relativas à importação de tecnologia (incorporada ou não a equipamentos), propriedade industrial e investimento direto externo em áreas intensivas em tecnologia. (VELLOSO, João Paulo dos Reis. Novo modelo de desenvolvimento para o Brasil. In: VELLOSO, João Paulo dos Reis (org.). **Desenvolvimento, tecnologia e governabilidade**. São Paulo: Nobel, 1994, p. 17-60, p. 42). Sempre preciso, Luiz Alberto Blanchet enaltece a preparação do agente para as escolhas corretas visando ao desenvolvimento, uma vez que “o termo desenvolvimento traz necessariamente implícitos os aspectos de continuidade, sustentabilidade e empreendedorismo. Não basta ao administrador vislumbrar apenas a solução imediata para o motivo fático, como se o mundo acabasse em seguida. A ele compete buscar a solução que atenda a

Constituição da República de 1988 e reflete uma necessidade primária para a própria subsistência do mercado nacional ante o estrangeiro.

necessidade tal como se apresenta no momento, mas também que neutralize suas futuras mutações, ressalvadas, obviamente, aquelas que, sendo também supervenientes, sejam imprevisíveis, não provocadas pela Administração e por ela inevitáveis, alcançadas pela teoria da imprevisão.” (BLANCHET, Luiz Alberto. Infraestrutura nacional e desenvolvimento sustentável. *In*: DOTTA, Alexandre Godoy; HACHEM, Daniel Wunder; REIS, Luciano Elias (Org.). **Anais do I Seminário Ítalo-Brasileiro em Inovações Regulatórias em Direitos fundamentais, Desenvolvimento e Sustentabilidade e VI Evento de Iniciação Científica da UniBrasil**. 1. ed. Curitiba: Negócios Públicos, 2011, p. 26-41).

CAPÍTULO II – A POLÍTICA PÚBLICA DA CONTRATAÇÃO PÚBLICA COMO IMPRESCINDÍVEL AO DESENVOLVIMENTO NACIONAL SUSTENTÁVEL NO DIREITO ADMINISTRATIVO CONTEMPORÂNEO

2.1. A concreção do desenvolvimento e da sustentabilidade nas licitações públicas e nos contratos administrativos

Antes de relacionar o desenvolvimento e a sustentabilidade frente o princípio do desenvolvimento nacional sustentável nas licitações e nos contratos administrativos, é indispensável que se façam algumas observações sobre o significado, bem como as dificuldades de encontrar uma definição, respectivamente, de “desenvolvimento” e “sustentabilidade”.

Compreender o desenvolvimento e alinhar as arestas do desenvolvimento em geral e de acordo com o ordenamento jurídico brasileiro, perpassa por reconhecer a sua polissemia e avaliar como foi sendo pensado e repensado durante os fatos históricos. Tal situação é reconhecida como um problema estrutural das teorias estado e economia”,¹⁹⁴ ainda que Schumpeter enquadre o dito desenvolvimento como econômico e que no início do século XX, mais precisamente em 1911, ponderava ser até aquela época objeto de estudo da história econômica, a qual, por sua vez, retrata somente uma parte da história universal.

Num primeiro plano, já se constata a impossibilidade de restrição de compreensão do desenvolvimento só pelo viés econômico, sociológico ou qualquer outra faceta que queira. Mostra-se indispensável que seja realizada uma assimilação geral, holística, dinâmica e integrada.¹⁹⁵ Para Schumpeter, o desenvolvimento

¹⁹⁴ BLOCK, Fred; EVANS, Peter. The State and the Economy. In: SMELSER, Neil J; SWEDBERG, Richard. **The handbook of economic sociology**. 2. ed. New Jersey: BRITISH LIBRARY, p. 505-526, p. 508.

¹⁹⁵ Uma visão holística pode ser fundamentada até pela visão sistêmica da teoria da administração. Irene Nohara e Antonio Cesar Amaru Maximiano descrevem que sistema é “um todo complexo ou organizado; é o conjunto de partes ou elementos que formam um todo unitário ou complexo. Um conjunto de partes que interagem e funcionam como um todo é um sistema”, compreendendo “um conjunto de entidades chamadas partes, elementos ou componentes; alguma espécie de relação ou interação das partes; e a visão de uma entidade nova e distinta, criada por essa relação, em nível sistêmico de análise.” Para tanto, o método da teoria dos sistemas perpassa pela interdependência das partes (“é preciso analisar os elementos e suas inter-relações. A teoria geral dos sistemas é a exploração de ‘todos’ e ‘totalidades’ formados de partes interdependentes”) e tratamento complexo da realidade complexa (“é necessário utilizar abordagens holísticas ou sistêmicas, generalistas ou

econômico foi sempre bastante explorado pelos economistas, já que estes não se restringem ao estudo da teoria econômica, mas vão além, inclusive estudando sobre a sociologia histórica e acerca do futuro econômico em geral. O estudo econômico de uma sociedade não exsurge somente das condições econômicas precedentes, mas sim da situação total precedente, sendo que “o mundo econômico é relativamente autônomo, pois abrange parte tão grande da vida da nação e forma ou condiciona uma grande parte do restante pelo que escrever a história econômica por si mesma é obviamente uma coisa diferente do escrever, digamos, a história militar.”¹⁹⁶ Apesar desse ponto de vista, a autonomia idealizada não se perfaz solitariamente cíclica, demandando que se reconheça a relevância de sua interação com outras áreas, e, principalmente, com os efeitos sociais e jurídicos dela. Tanto é assim que, do ponto de vista desenvolvimentista, Douglas North pontua a função estatal para a regulação e expansão dos mercados como sendo de fundamental importância ao prescrever normas de impacto, o que representa afirmar a interdependência do mercado e do Estado e conseqüentemente do mundo econômico.¹⁹⁷

Resumindo a posição já defendida por Schumpeter nos anos de 1911, início do século XX, o desenvolvimento é compreendido pelas mudanças surgidas por sua própria iniciativa, interiores, e não aqueles que venham de fora. As modificações geradas de fora representam uma fenomenologia de mudança de dados e adaptação da economia para uma nova realidade, sem estereotipar em qualquer avanço pela sociedade em si.¹⁹⁸ Seja encarado como mera perturbação ao fluxo circular ou como mudança de dados sem desencadear desenvolvimento, os dados de um Estado

interdisciplinares. Sistemas são construídos, entidades construídas cognitivamente”). (MAXIMIANO, Antonio Cesar Amaru. NOHARA, Irene. **Gestão Pública: abordagem integrada da Administração e do Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2017, p. 38).

¹⁹⁶ SCHUMPETER, Joseph A. **Teoria do Desenvolvimento Econômico: uma investigação sobre lucros, capital, crédito, juro e o ciclo econômico**. Trad. Maria Sílvia Possas. São Paulo: Abril Cultural, 1982, p. 44.

¹⁹⁷ BLOCK, Fred; EVANS, Peter. The State and the Economy. In: SMELSER, Neil J; SWEDBERG, Richard. **The handbook of economic sociology. 2. ed. New Jersey: BRITISH LIBRARY**, , p. 505-526, p. 508.

¹⁹⁸ “o desenvolvimento econômico não é um fenômeno a ser explicado economicamente, mas que a economia, em si mesma sem desenvolvimento, é arrastada pelas mudanças do mundo à sua volta, e que as causas e portanto a explicação do desenvolvimento devem ser procuradas fora do grupo de fatos que são descritos pela teoria econômica.” (SCHUMPETER, Joseph A. **Teoria do Desenvolvimento Econômico: uma investigação sobre lucros, capital, crédito, juro e o ciclo econômico**. Trad. Maria Sílvia Possas. São Paulo: Abril Cultural, 1982, p. 44).

podem ser alterados com a majoração da população ou o crescimento da riqueza.¹⁹⁹

Ecoando pela diferenciação de crescimento econômico e desenvolvimento, Luis Carlos Bresser Pereira entoa pela noção deste como um “processo de transformação econômica, política e social, através da qual o crescimento do padrão de vida da população tende a tornar-se automático e autônomo.”²⁰⁰ Não se pode falar apenas desenvolvimento econômico, sem falar em social, político, etc., ou seja, é indispensável que se alie sempre todos os setores do local a ser analisado, não podendo analisar somente o aspecto econômico ou social, por exemplo.²⁰¹ Nesse prisma, Bresser esclarece que se avaliar o desenvolvimento é indispensável que se pondere um sistema social determinado, “o qual se localizará geograficamente em uma região, um país, um continente. Será sempre, porém um sistema social. Suas partes, portanto, serão interdependentes. Quando houver modificações reais na estrutura econômica, estas repercutirão na estrutura política e social, e vice-versa.” O verdadeiro desenvolvimento deverá originar mudanças na estrutura econômica e também repercutirá na esfera política e social. Não se esconde que o aspecto econômico é preponderante para o desenvolvimento, sendo que as demais transformações e consequências (como, por exemplo, o desenvolvimento social) são reflexos dele.²⁰² Como adverte Emerson Gabardo, mesmo fazendo ressalvas quanto ao uso da denominação desenvolvimento econômico, este é “o aumento quantitativo do produto nacional acompanhado por modificações qualitativas referentes ao bem-estar social” e não é correto falar em desenvolvimento autossustentado, pois caso não se sustente, é inviável qualificar como desenvolvimento em si, sendo, no máximo,

¹⁹⁹ SCHUMPETER, Joseph A. **Teoria do Desenvolvimento Econômico**: uma investigação sobre lucros, capital, crédito, juro e o ciclo econômico. Trad. Maria Sílvia Possas. São Paulo: Abril Cultural, 1982, p. 45-47.

²⁰⁰ PEREIRA, Luiz C. Bresser. **Desenvolvimento e crise no Brasil**. 7. ed. Brasília: Editora Brasiliense, 1977, p. 21.

²⁰¹ Nesse mesmo passo, vide: NUSDEO, Fábio. Desenvolvimento econômico – um retrospecto e algumas perspectivas. In: SALOMÃO FILHO, Calixto. **Regulação e desenvolvimento**. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 11-24, p. 17-18; RISTER, Carla Abrantkoski. **Direito ao desenvolvimento**: antecedentes, significados e conseqüências. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 01-03.

²⁰² PEREIRA, Luiz C. Bresser. **Desenvolvimento e crise no Brasil**. 7. ed. Brasília: Editora Brasiliense, 1977, p. 21-22. A título complementar, o autor também alerta que dependendo “o setor político pode transformar-se, em determinados momentos, no foco dinâmico do processo de desenvolvimento, como, paradoxalmente, aconteceu nos países comunistas. Esses fenômenos, porém, revestem-se sempre do caráter de exceção. A regra geral é que o desenvolvimento tenha como aspecto dominante de seu processo a transformação econômica e como resultado por excelência o crescimento do padrão de vida da população no seio da qual ocorre o desenvolvimento.”

crescimento.²⁰³

Como um método para conferir a existência ou não de um desenvolvimento em dado momento, deve-se perquirir a situação precedente para posteriormente aferir se houve ou não desenvolvimento. Por isso, Schumpeter defende que “todo processo de desenvolvimento cria os pre-requisitos para o seguinte” e “é um fenômeno distinto, inteiramente estranho ao que pode ser observado no fluxo circular ou na tendência para o equilíbrio”. Configura-se, assim, uma mudança espontânea e contínua nos canais do fluxo circular da economia, na perturbação do equilíbrio, afetando e deslocando para sempre o estado de equilíbrio anterior, o que emoldura a sua teoria como um modo de tratar tal fenômeno e os processos que lhe são inerentes.²⁰⁴

Fato incontroverso é que o crescimento pode gerar desenvolvimento, mas este não se resume àquele. O crescimento alia-se a mudanças quantitativas, não refletindo necessariamente em melhorias na vida da população, já o desenvolvimento, segundo Carla Abrantkoski, “consiste num processo de mudança estrutural e qualitativa da realidade socioeconômica” a partir de modificações sensíveis que conferem a característica da sustentabilidade, a qual é entendida “como a capacidade de manutenção das condições de melhoria econômica e social e de continuidade do processo.”²⁰⁵

No mesmo sentido, de modo pormenorizado, Fábio Nusdeo explana que o crescimento a rigor não conduz em si o país ao desenvolvimento em razão de duas justificativas: ou já ocorreram transformações estruturais no país que está crescendo e, portanto, não é mais subdesenvolvido; ou a transformação face o crescimento econômico não se está produzindo, o que transluz ser a elevação da disponibilidade de bens e serviço apenas transitória e sem condições de sustentabilidade. Além desse viés, o autor comenta que em tais situações o crescimento é decorrente de um fator exógeno, externo à economia do país, sendo que, cessada a ação do fator que deu origem ao crescimento, ocorrerá a regressão, mais precisamente contraindo-se a renda, o emprego, a produção e tudo mais. Exemplifica tais casos de crescimento,

²⁰³ GABARDO, Emerson. **Interesse público e subsidiariedade**. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 243.

²⁰⁴ SCHUMPETER, Joseph A. **Teoria do Desenvolvimento Econômico: uma investigação sobre lucros, capital, crédito, juro e o ciclo econômico**. Trad. Maria Sílvia Possas. São Paulo: Abril Cultural, 1982, p. 47.

²⁰⁵ RISTER, Carla Abrantkoski. **Direito ao desenvolvimento: antecedentes, significados e conseqüências**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 36.

sem desenvolvimento, com a situação brasileira à época da economia colonial, quando ocorria altas nos preços de insumos e produtos agrícolas que geravam uma expansão extraordinária naquele momento e tão somente nas zonas produtoras.²⁰⁶ Com o devido respeito, não parece que o raciocínio de Fábio Nusdeo é completamente verdadeiro para ideia geral de desenvolvimento, parecendo ser mais engendrado para a situação ou critério de país desenvolvido ou não.

Independentemente, dessume-se que não importa aos Estados e à sociedade em si somente o crescimento econômico, mas sim o desenvolvimento. Do contrário, o crescimento econômico poderá gerar uma riqueza efêmera, a qual não repercutirá sobre a sociedade como um todo, e, em muitas vezes, deixará o Estado em sua condição precária, típica de países subdesenvolvidos, ou atualmente denominados de países em desenvolvimento, expressão que gera a sensação de desenvolvimento em curso, o que nem sempre é verdade.²⁰⁷

Não é verdadeira e nem verossímil associar o desenvolvimento a partir do Produto Interno Bruto de um país. O PIB não retrata desenvolvimento, e sim riqueza. Existência de riqueza não é sinônimo de distribuição justa ou de inexistência de desigualdades sociais.²⁰⁸ Da mesma forma, pobreza não pode ser encarada como mera privação de bens ou patrimônio. Em 1971, o ganhador do Prêmio Nobel de Economia, Simon Kuznets, propôs o PIB como critério para medir o

²⁰⁶ NUSDEO, Fábio. Desenvolvimento econômico – um retrospecto e algumas perspectivas. In: SALOMÃO FILHO, Calixto. **Regulação e desenvolvimento**. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 11-24, p. 18.

²⁰⁷ “Designa-se por subdesenvolvimento o estado das sociedades cujas economias não atingiram o estágio de crescimento auto-sustentado ou, dito de outra forma, que não realizaram ainda sua ‘decolagem’ ou evolução industrial e, dada a dificuldade de aferir com exatidão tal passagem a economias desenvolvidas, caracteriza-se habitualmente o fenômeno do subdesenvolvimento por uma série de indicadores econômicos e sociais, dentre eles, o mais corrente é o rendimento nacional per capita.” (RISTER, Carla Abrantkoski. **Direito ao desenvolvimento**: antecedentes, significados e conseqüências. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 21). Não se olvida da dificuldade de encontrar uma definição para a rotulação e separação dos países desenvolvidos, em desenvolvimento e os subdesenvolvidos, já que por que os Acordos Multilaterais normalmente possuem regras de transição e exceções de barreiras tarifárias para os subdesenvolvidos e aqueles em desenvolvimento. Atualmente um dos pontos nevrálgicos nesta separação é que inexistente um critério para classificar um país em desenvolvimento. Conseqüência disso é que Brasil e Índia, os quais poderiam estar num meio ponto como “em desenvolvimento” estão alocados como não desenvolvidos ao lado de países como Mongólia e Guiana. Como se verifica a premissa adotada na classificação acaba desencadeando uma injustiça pela falta de critério de discrimen, a qual não é perfectibilizada por provável ausência de utilidade para os países desenvolvidos.

²⁰⁸ Sobre os estudos entre desenvolvimento a partir do PIB, vide CARRASCO, Cristina; TELLO, Enric. Apuntes para una vida sostenible. In: MATEO, Maria Freixanet (coord.). **Sostenibilitats: polítiques públiques des del feminisme i l'ecologisme**. Barcelona: Institut de Ciències Polítiques i Socials, 2011, p. 11-53, p. 37 a 39.

desenvolvimento.²⁰⁹ Ainda que tenha sido louvável o seu intento de encontrar um modo objetivo e racional para tal avaliação, o referido medidor não se mostra verdadeiro à sua finalidade. Para exemplificar com dados atuais é só constatar que, em 2016, segundo dados do Fundo Monetário Internacional, o Brasil ocupava o nono lugar com 1.798,62 bilhões de dólares e a Espanha décimo quarto com 1.232,60 bilhões de dólares, sendo que este último é bem mais desenvolvido que o nosso.²¹⁰ Examinando outros dados entre os ditos países como índice de escolaridade, de emprego, de moradia, de qualidade de vida, de expectativa de vida, dentre outros, a resposta para ranqueá-los será bem diferente, mais precisamente com a Espanha estando bem a frente do Brasil.²¹¹ Tanto é assim que Daniel Wunder Hachem expõe que se pautar tão somente no PIB facilmente poderia classificar um país como desenvolvido, em que pese ele violar categoricamente direitos humanos e fundamentais. Sob este raciocínio, deve vincular-se a indicadores econômicos e também sociais.²¹² Portanto, a partir de contrastar o método do PIB com a realidade, infere-se que ele não é suficiente e verdadeiro para a conclusão pretendida. Em sentido análogo, entretanto agregando além da distribuição de renda, educação de qualidade, crescimento econômico, José Eli da Veiga alude a popularização da ciência como um elemento identificador.²¹³

Ademais, o crescimento econômico de um Estado é bem diferente do crescimento em um Estado. Considerando os tempos modernos, com ênfase da década de 1990 para cá e a revolução tecnológica existente, é visível que o crescimento econômico em um Estado não repercute indissociavelmente com o crescimento de um Estado, já que a entrada e saída de riqueza digital clama por um repensar, inclusive nesse viés. Anteriormente, tinha-se inclusive a valorização ou desvalorização da moeda a partir de um mercado específico (como, por exemplo, o

²⁰⁹ EMERY, Emerson Baldotto. **Desenvolvimento sustentável: princípio da eficiência em procedimentos licitatórios**. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 33.

²¹⁰ Informação disponível em <http://www.funag.gov.br/ipri/index.php/indicadores/47-estatisticas/94-as-15-maiores-economias-do-mundo-em-pib-e-pib-ppp>. Acesso em 15 de fev. de 2019.

²¹¹ Associando o desenvolvimento como um processo que perpassa por várias análises, vide GABARDO, Emerson. **Interesse público e subsidiariedade**. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 242 e seguintes.

²¹² HACHEM, Daniel Wunder. A noção constitucional de desenvolvimento para além do viés econômico: reflexos sobre algumas tendências do Direito Público brasileiro. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 13, n. 53, p. 133-168, jul./set. 2013, p. 151 e 157.

²¹³ VEIGA, José Eli. **A emergência socioambiental**. São Paulo: Editora Senac, 2007, p. 35.

ouro) ou de uma âncora monetária. Nos tempos atuais, discute-se até a existência ou não de uma única moeda (se física for)²¹⁴ e o papel estatal para a sua vinculação por meio da regulação de bancos centrais. O esvaziamento ou a capitalização de dinheiro virtual, a partir de movimentos mercadológicos ou estatais, e a especulação avançaram de forma estratosférica, tanto que as medidas temporais para investimentos alteraram, o interesse na regulação, por meio de acordos bilaterais ou multilaterais acerca de investimentos, é pauta estratégica dos Estados e a força e a vinculação da moeda para o país culminam num repensar do modo de metrificar o desenvolvimento e o mero crescimento econômico.

Bresser Pereira propõe atualmente a busca de um novo desenvolvimento, o qual deve ser focado na taxa de câmbio e na correspondente conta externa do país, isso porque tais vetores são importantes para a inflação, para o investimento e para a poupança, vergando à neutralização “a tendência à sobreapreciação cíclica e crônica da taxa de câmbio.” Alerta para a adoção de uma política macroeconômica no afã do novo desenvolvimento econômico que controle e repudie três inimigos: a incompetência dos governantes econômicos, o populismo fiscal e o populismo cambial. Além disso, manifesta que as contas fiscal e cambial sejam mantidas equilibradas e que os cinco preços macroeconômicos (a taxa de lucro, a taxa de juros, a taxa de câmbio, a taxa de salários e a taxa de inflação) sejam mantidos certos. Outrossim, destaca que o Brasil precisa focar na política industrial que auxilie os operadores nacionais serem competitivos alinhando-se com uma política clara e séria de ciência e tecnologia que compreenda que o sucesso dessas áreas demanda não só recursos públicos, mas também de uma política macroeconômica.²¹⁵

Para Amarty Sen, o processo de desenvolvimento demanda impreterivelmente da liberdade como ponto central, por duas razões: (i) a razão avaliatória que é a avaliação do progresso tem de ser feita verificando-se primordialmente se houve aumento das liberdades das pessoas e (ii) a razão da eficácia, haja vista que a realização do desenvolvimento depende inteiramente da livre condição de agente das

²¹⁴ Criptomoedas e blockchain são motivos suficientes para estudos avançados nas mais diversas áreas, não se adstringindo à área econômica ou social, já que os seus impactos sobre o papel do Estado, o Direito interno e o Direito transfronteiriço com constituições materiais econômicas, a política nacional versus política global, lideranças de blocos de países, etc. apresentam-se como fatores de impacto.

²¹⁵ BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. **Em busca do desenvolvimento perdido**. Rio de Janeiro: FGV, 2018, p. 43-44, 27 e seguintes, 134 e seguintes e 156-158.

peças.”²¹⁶ Para o autor, a expansão da liberdade é considerada o fim primordial e também o meio – instrumento – do desenvolvimento, o que é chamado de ‘papel constitutivo’ e o ‘papel instrumental’ da liberdade no desenvolvimento.

Compete frisar que o papel constitutivo se atrela à relevância da liberdade substantiva no enriquecimento da vida humana, a qual engloba capacidades elementares “como por exemplo ter condições de evitar privações como a fome, a subnutrição, a morbidez inevitável e a morte prematura, bem como as liberdades associadas a saber ler e fazer cálculos aritméticos, ter participação política e liberdade de expressão etc”. Portanto, nessa perspectiva, “o desenvolvimento envolve a expansão dessas e de outras liberdades básicas: é o processo de expansão das liberdades humanas, e sua avaliação tem de basear-se nessa consideração.” Já o papel instrumental da liberdade inclui “vários componentes distintos, porém inter-relacionados, como facilidades econômicas, liberdades políticas, oportunidades sociais, garantias de transparência e segurança protetora. Esses direitos, oportunidades e intitamentos instrumentais possuem fortes encadeamentos entre si, que podem se dar em diferentes direções.”²¹⁷ Por intermédio dessa concepção da liberdade sinteticamente abordada, Amartya Sen preconiza que a liberdade deve ser estudada e resguardada para o alcance do desenvolvimento, raciocínio que deve ser sobrelevado frente às características brasileiras.

Sendo possível fazer o recorte do desenvolvimento econômico do social, o social é vislumbrado como “a aquisição da progressiva igualdade de condições básicas de vida, mediante a realização para todo o povo, dos direitos humanos de caráter econômico, social e cultural, como o direito do trabalho, o direito à educação em todos os níveis, o direito à seguridade social, o direito à habitação, o direito de fruição de bens culturais.”²¹⁸ Na mesma linha, porém falando sobre o desenvolvimento em sentido lato, Amartya Sen concorda com a necessidade de mudanças radicais na esfera social para o alcance do desenvolvimento, pois este “requer que se removam as principais fontes de privação de liberdade: pobreza e tirania, carência de

²¹⁶ SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. Trad. Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2000, p. 18.

²¹⁷ SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. Trad. Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2000, p. 52 e 71.

²¹⁸ RISTER, Carla Abrantkoski. **Direito ao desenvolvimento**: antecedentes, significados e conseqüências. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 56.

oportunidades econômicas e destituição social sistemática, negligência dos serviços públicos e intolerância ou interferência excessiva de Estados repressivos.”²¹⁹

Pode-se também ser aludido o desenvolvimento como um direito humano que historicamente foi previsto por meio de diversos atos (normativos ou não) de cunho internacional, os quais estabeleceram o dever de o Estado promover as medidas necessárias para o seu alcance. Em primeiro, cumpre recordar da Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), referendada e proclamada pela Resolução n. 217 A (III) da Assembleia Geral das Nações Unidas, em 10 de dezembro de 1948, que alçou a dignidade da pessoa humana como base da liberdade, da justiça, do progresso e da paz mundial, bem como ressaltou o espírito de fraternidade e solidariedade.²²⁰ O artigo 1º previu que “todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos. Dotados de razão e de consciência, devem agir uns para com os outros em espírito de fraternidade”, o que já demonstra a necessidade de alteridade na busca dos objetivos das pessoas para que não haja prejuízo ou detrimento de terceiros, alinhando com a busca de um bem-estar e direitos mínimos para a existência digna.²²¹ Infelizmente, conquanto seja reconhecido como primeiro documento do Direito Internacional dos Direitos Humanos, tal documento, elaborado como uma reação às atrocidades cometidas durante e após a Segunda Guerra Mundial, não tem eficácia jurídica do ponto de vista formal, já que não foi concebido como tratado. De qualquer forma, já foi um passo importante para elencar a liberdade, a dignidade da pessoa humana, a alteridade, a fraternidade e o progresso como ingredientes que devem ser somados para o bem comum.

Após dez anos, também merece atenção a Convenção nº 111 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), visto que preconizou que os Estados Membros devem comprometer-se a “formular e aplicar uma política nacional que tenha por fim promover, por métodos adequados às circunstâncias e aos usos nacionais, a igualdade de oportunidades e de tratamento em matéria de emprego e profissão, com

²¹⁹ SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. Trad. Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2000, p. 18.

²²⁰ Disponível em: <https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Pages/Language.aspx?LangID=por>. Acesso em 27 de fev. de 2019.

²²¹ Artigo 25. Toda a pessoa tem direito a um nível de vida suficiente para lhe assegurar e à sua família a saúde e o bem-estar, principalmente quanto à alimentação, ao vestuário, ao alojamento, à assistência médica e ainda quanto aos serviços sociais necessários, e tem direito à segurança no desemprego, na doença, na invalidez, na viuvez, na velhice ou noutros casos de perda de meios de subsistência por circunstâncias independentes da sua vontade.

o objetivo de eliminar toda discriminação nessa matéria”. Esta convenção foi internalizada no Brasil por meio do Decreto nº 62.150, de 19 de janeiro de 1968, e também se revela um excelente passo para demarcar o dever de ação do Estado versus os direitos dos cidadãos.²²²

O Pacto dos Direitos Civis e Políticos e dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966 foi um importante marco normativo para a fixação do dever de desenvolvimento a ser buscado pelos Estados a partir do respeito às liberdades e tendo sempre como norte a dignidade da pessoa humana. Tanto é assim que, nos considerandos, expressou que o reconhecimento da dignidade humana constitui o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo, que os direitos econômicos, sociais e culturais decorrem da dignidade inerente à pessoa humana e que os Estados têm a obrigação de promover o respeito universal e efetivo dos direitos e das liberdades do homem. Em seu artigo 2º, ordenou aos Estados para que se comportem a adotar medidas, inclusive legislativa, “tanto por esforço próprio como pela assistência e cooperação internacionais, principalmente nos planos econômico e técnico, até o máximo de seus recursos disponíveis, que visem a assegurar, progressivamente, por todos os meios apropriados, o pleno exercício dos direitos reconhecidos no presente Pacto.” Ademais, usou a expressão de países em desenvolvimento para incumbi-los de levar em consideração que “os direitos humanos e a situação econômica nacional, poderão determinar em que garantirão os direitos econômicos reconhecidos no presente Pacto àqueles que não sejam seus nacionais.” Este Pacto foi internalizado no Brasil pelo Decreto Federal 591, de 1992.

As Conferências Mundiais de Direitos Humanos de Teerã (1968) e Viena (1993) também foram importantes acontecimentos para o amadurecimento dos direitos humanos, inclusive para alijar a ideia de serem associados tão somente a questões penais, e sim enquadrar e associá-los àqueles essenciais para a dignidade humana e liberdade.²²³ O fato é que o Estado tem o dever de intervir para garantir igualdade de oportunidades de acesso a todos os meios necessários para a subsistência material de uma vida digna, sendo que tal concepção é atribuída a Keba Mbaye quando da

²²² Disponível em: https://www.ilo.org/brasil/convencoes/WCMS_235325/lang--pt/index.htm. Acesso em 09 de jan. de 2019.

²²³ GUSSOLI, Felipe Klein. **Impactos dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos no Direito Administrativo Brasileiro**. Orientador Prof. Dr. Daniel Wunder Hachem. Curitiba, 2018, 329.f., Dissertação (Mestrado em Direito), Pontifícia Universidade Católica do Paraná, p. 12.

confeção da obra “The Right to Development”.²²⁴ Nessa diretriz, foi criado o Índice de Desenvolvimento Humano (IDH) por Mahbub ul Haq com a colaboração do economista indiano Amartya Sen para buscar metrificar o desenvolvimento por três dimensões básicas: renda, educação e saúde. A partir do IDH, é elaborado o Relatório de Desenvolvimento Humano que “é reconhecido pelas Nações Unidas como um exercício intelectual independente e uma importante ferramenta para aumentar a conscientização sobre o desenvolvimento humano em todo o mundo.”²²⁵ Do ponto de vista normativo-referencial, a Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento, adotada pela Revolução n.º 41/128 da Assembleia Geral das Nações Unidas, de 4 de dezembro de 1986, dispõe que reconhece o desenvolvimento como “um processo econômico, social, cultural e político abrangente, que visa ao constante incremento do bem-estar de toda a população e de todos os indivíduos com base em sua participação ativa, livre e significativa no desenvolvimento e na distribuição justa dos benefícios daí resultante” e preceitua em seu artigo 1º que “O direito ao desenvolvimento é um direito humano inalienável, em virtude do qual toda pessoa e todos os povos estão habilitados a participar do desenvolvimento econômico, social, cultural e político, para ele contribuir e dele desfrutar, no qual todos os direitos humanos e liberdades fundamentais possam ser plenamente realizados.”

De todo modo, o uso das liberdades como fim e instrumento, consoante escólio de Amartya Sen, revela-se coerente e, principalmente, congruente ao sistema constitucional brasileiro para a busca do verdadeiro desenvolvimento, além de ser uma medida objetiva para mensurar o desenvolvimento de cada país.²²⁶ Compete

²²⁴ MOURA, Emerson Affonso da Costa. Estado gerencial, regulação econômica e serviços públicos – O papel das agências na promoção do desenvolvimento. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 14, n. 57, p. 193-217, jul./set. 2014. p. 206.

²²⁵ Disponível no site do Programa das Nações Unidas <http://www.br.undp.org/content/brazil/pt/home/idh0.html>. Acesso em 23 de fev. de 2019.

²²⁶ André Folloni tenciona que o “tratamento constitucional do desenvolvimento: (a) deve ser um desenvolvimento econômico, no sentido de produção e distribuição de riquezas, ao menos enquanto isso for necessário; (b) deve ser um desenvolvimento social, no sentido de desenvolvimento da sociedade como um todo e não apenas dos indivíduos, e no sentido de proporcionar a satisfação dos direitos sociais; (c) deve ser um desenvolvimento que contribua para o bem estar de todos e permanecer, com esse bem-estar, em equilíbrio; (d) deve contribuir para permitir, a todas as pessoas, o desenvolvimento integral de suas potencialidades humanas e culturais; (e) deve ser obtido sem que isso prejudique o equilíbrio ecológico do meio ambiente e a vida sadia das presentes e futuras gerações. Se é assim, o desenvolvimento, na Constituição, integra, no mínimo, as noções de sustentabilidade e de liberdade, nas definições que esses termos costumam apresentar quando atrelados ao desenvolvimento.” (FOLLONI, André. A complexidade ideológica, jurídica e política do desenvolvimento sustentável e a necessidade de compreensão interdisciplinar do problema. **Revista Direitos Humanos Fundamentais**, Osasco, jan-jun/2014, ano 14, n.1, p. 63-91, p. 81).

frisar que a falta de respaldo jurídico nunca poderá ser levantada como desculpa ou motivo de justa causa para a sua não persecução na realidade brasileira, já que, consoante posicionamento doutrinário, a Constituição da República de 1988, em diversas oportunidades, protege e augura o desenvolvimento.²²⁷

Para o alcance da liberdade como principal vetor de finalidade e medição do desenvolvimento, o papel do Estado na sua fixação para fins de critérios de políticas públicas e atuação, em geral, revela-se singular. Não se consegue êxito na melhoria do desenvolvimento a partir das liberdades sem a participação do Estado, seja como ator, promotor, regulador, destinatário ou colaborador. O fato incontroverso é que se clama por ação estatal. Dentro do seu espeque e como fundamental para que qualquer ação futura seja frutífera e não decorrente da sorte do acaso ou destino, é imperioso que haja o devido planejamento. Estruturando o planejamento de um país para o desenvolvimento, ainda mais num país não desenvolvido, deve-se pensar numa, como adverte Gilberto Bercovici, política nacional de desenvolvimento que seja arquitetada a longo prazo, abarcando “todos os setores da vida social. No desenvolvimento brasileiro, o papel do planejamento foi fundamental. O Estado desenvolvimentista brasileiro se impôs como tarefa a coordenação, dinamização e reorientação das transformações econômicas e sociais.”²²⁸ Não obstante, deve-se também alvitrar que para um diagnóstico na etapa do planejamento é imprescindível que se conheça os obstáculos à atuação do Estado brasileiro e busque alternativas para superá-los. Nesse raciocínio, o autor ainda comenta que, em uma democracia, “o ponto fundamental é entender o povo como sujeito da soberania, ou seja, há uma completa identificação entre soberania estatal e soberania popular” e por isso “fortalecer o Estado brasileiro na superação do subdesenvolvimento, neste sentido, é também, em nossa opinião, fortalecer (para não dizer instaurar) o regime republicano

²²⁷ Dentre outros, vide: SALOMÃO FILHO, Calixto. Regulação e desenvolvimento. *In*: SALOMÃO FILHO, Calixto. **Regulação e desenvolvimento**. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 29-64, p. 40; RISTER, Carla Abrantkoski. **Direito ao desenvolvimento**: antecedentes, significados e conseqüências. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 231-336 e 389-440; LOCATELLI, Liliana. Desenvolvimento na Constituição Federal de 1988. *In*: BARRAL, Welber (org.). **Direito e desenvolvimento**: análise da ordem jurídica brasileira sob a ótica do desenvolvimento. São Paulo: Editora Singular, 2005, p. 95-118; OLIVEIRA, Gustavo Justino de. Direito ao desenvolvimento na Constituição Brasileira de 1988. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**. Belo Horizonte, ano 3, n. 11, p. 145-162, jul./set. 2005.

²²⁸ BERCOVICI, Gilberto. Planejamento e políticas públicas: por uma nova compreensão do papel do Estado. *In*: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). **Políticas Públicas**: reflexões sobre o conceito jurídico. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 143-162, p. 145.

e democrático da soberania popular do Brasil”²²⁹ O Estado deve promover o desenvolvimento a partir da ferramenta “planejamento”,²³⁰ sendo que a relação entre a ação pública e o ato de planejar é simbiótica, necessária e obrigatória nos dizeres de Lígia Maria Silva Melo de Casimiro.²³¹

No intuito de fortalecer o aspecto democrático e apostar que o povo reconheça a sua tarefa/responsabilidade, também nesse escopo, Welber Barral elenca como relevantes para a promoção do desenvolvimento econômico no século XXI: a) o capital humano, representando por uma população com alto nível de qualificação e de educação; b) o alto grau de liberdade política e econômica; c) a promoção da tecnologia e da inovação; d) a estrutura logística que minore custos de produção e os impactos para o meio ambiente; e) o alto nível de civismo e de comprometimento com a comunidade, o que denominado de capital social; f) as instituições com credibilidade e que consigam garantir os fatores acima citados.

Além do fator da inovação e da tecnologia, que será posteriormente melhor trabalhado, exalta-se o capital social que é alcançado e constatado pelos laços de comprometimento entre os membros de uma dada comunidade a partir do raciocínio de que, quanto menores os laços, menor a probabilidade da realização de objetivos comuns e de valorização de atividades não egoísticas.²³² Assim, verifica-se, por intermédio de tais fatores – e principalmente pelo dito “capital social” –, a relevância do comprometimento da comunidade, a qual deve participar, bem como deve ser fomentada pelo Estado para que assumam, e, assim, participem. Além de compatibilizar o desenvolvimento com o meio ambiente, não se pode esquecer que o desenvolvimento econômico é uma variante que todo Estado deve buscar por meio de medidas regulatórias na medida em que se obterá vantagens para a melhoria da

²²⁹ BERCOVICI, Gilberto. Planejamento e políticas públicas: por uma nova compreensão do papel do Estado. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). **Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 143-162, p. 161.

²³⁰ NASCIMENTO NETO, José Osório do; BLANCHET, Luiz Alberto. O desenho institucional energético como desafio do direito administrativo para o desenvolvimento. In: BONAT, Alan Luiz; NASCIMENTO NETO, José Osório do; QUETES, Regeane Bransin (org.). **Políticas públicas e desenvolvimento**. Curitiba: Íthlala, 2016 p. 275-298, p. 278.

²³¹ CASIMIRO, Lígia Maria Silva Melo de. **Planejamento social e mobilidade urbana como fundamentos do direito à cidade no Brasil**. Orientador Prof. Dr. Emerson Gabardo. Curitiba, 2017, 248 f., Tese (Doutorado em Direito), Pontifícia Universidade Católica do Paraná, p 101.

²³² BARRAL, Welber. Direito e desenvolvimento: um modelo de análise. In: BARRAL, Welber (org.). **Direito e desenvolvimento: análise da ordem jurídica brasileira sob a ótica do desenvolvimento**. São Paulo: Editora Singular, 2005, p. 31-60, p. 43.

qualidade da vida da comunidade.²³³

Luis Villanueva destaca que é impreterível a participação da sociedade ao lado do Estado para a busca do desenvolvimento, tanto que o autor comenta que as teorias e as experiências ensejam formas de alcance do desenvolvimento, por meio da associação de tarefas entre os vários agentes e *players* (do governo, do mercado ou não) para que se crie, ajuste e complemente capacidades das mais diversas searas, sendo certo que a governo sozinho não será capaz para resolver sozinho o problema do desenvolvimento.²³⁴ Isto é, desenvolvimento não existe de maneira isolada ou linear. É impreterível que haja a intenção de buscar o desenvolvimento conjunto, chamado de codesenvolvimento ou desenvolvimento em redes.²³⁵

O incentivo e a valorização ao empreendedorismo também se revelam importantes para a promoção do desenvolvimento local e geral, já que isso permitirá o desenrolar de um desenvolvimento sustentável, equilibrado e integrado para a sua permanência no decorrer do tempo.²³⁶ A sociologia econômica explica que o sucesso para a concretização de um Estado desenvolvimentista está na inovação institucional propiciada a partir das intrincadas relações entre Estado, economia e sociedade civil, ainda que as perspectivas mais promissoras de melhoria estarão naquelas que envolvem a sociedade civil para a reconstrução da governança econômica²³⁷. Sob

²³³ BUTELER, Alfonso. La intervención estatal em la Economía y el Derecho al Medioambiente. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder (Coord.). **Direito Público no Mercosul: intervenção estatal, direitos fundamentais e sustentabilidade**: anais do VI Congresso da Associação de Direito Público do Mercosul: homenagem ao Professor Jorge Luis Salomoni. Belo Horizonte: fórum, 2013, p. 25-33, p. 31.

²³⁴ VILLANUEVA, Luis F. Aguilar. **Gobernanza e gestión pública**. México: FCE, 2006, p. 79.

²³⁵ EMERY, Emerson Baldotto. **Desenvolvimento sustentável**: princípio da eficiência em procedimentos licitatórios. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 141.

²³⁶ REIS et al. 2006. Trabalho oral apresentado: “**O empreendedorismo no âmbito das associações rurais de incentivo governamental**”, 48º Congresso da Sociedade Brasileira de Economia e Administração e Sociologia Rural, Cynthia Marise Dos Santos Mattosinho; Poliana Pionório Freire; Michelle Caroline Varjão De Carvalho. Fasete, Paulo Afonso, 25 a 28 de julho de 2010.

²³⁷ Ainda que se possa discutir sobre a existência das especialidades de governança, como o caso explicitado no livro de governança econômica. Governança para a Administração Pública, entende-se como “uma forma mais consensual de trato da coisa pública, segundo uma ideia de subsidiariedade, à luz dos princípios básicos (sem prejuízo de outros), de senso de justiça (referindo usualmente como *fairness*), de conformidade no cumprimento das normas regulatórias (designado mais comumente pela expressão *compliance*), transparência (citado como *disclosure*), de prestação pública de contas (havido pela expressão *accountability*).” (COSTA, Denise Souza. **Direito fundamental à educação, democracia e desenvolvimento sustentável**. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 188). Gustavo Justino de Oliveira menciona que: “a Governança pode ser entendida como um modelo alternativo a estruturas hierarquizadas de Governo, e implica que os Governos sejam mais eficazes em um marco de economia globalizada, atuando com capacidade máxima e garantindo e respeitando as normas e valores próprios de uma sociedade democrática. A finalidade precípua da Governança Pública é a de alcançar a

esse olhar, haveria aqui um suposto entrave para a lógica neoliberal global que se pauta por uma espécie de “monocultivo institucional”, tendo o estado no papel fulcral. Todavia, isso não deve ocorrer e deve-se concentrar “a atenção não na questão quantitativa da expansão ou contração do estado de bem-estar social, mas nas inovações institucionais que modificam as formas de provisão pública à medida que as sociedades lutam para redefinir as metas do estado de bem-estar social.”²³⁸

Sob o viés da gestão pública e a necessidade de ruptura de estruturas já envelhecidas, ou, como diz Roberto Dromi, a imperiosidade de uma revolução do desenvolvimento com inovações e quebras de paradigmas, deve-se raciocinar por um novo pensamento do atuar administrativo para que haja uma gestão pública mais eficaz, transparente e austera com a satisfação das necessidades públicas.²³⁹ A mencionada revolução, redefine as vértebras da República e requer um “*giro protagónico en asuntos de la agenda pública sobre educación, seguridad, ambiente, vivienda, salud, energía, infraestructura, autonomía, regiones, integración, economía, instituciones, para cumplir con las cosas públicas pendientes.*”²⁴⁰

Para alcançar as consequências dessa revolução do desenvolvimento, é necessário atentar para alguns verbos, chamados de “verbos para o desenvolvimento”, os quais são estudados a partir da realidade argentina, porém extensíveis em grande parte ao Brasil: reconstruir a autoridade, pensar a agenda das coisas públicas pendentes, desenvolver a agenda do desenvolvimento, consensualizar as políticas do Estado, promover as ações consequentes, planejar as políticas do Estado, definir um novo contrato social redistributivo, explicitar as causas da ação política, executar políticas públicas ativas, liderar a inovação e a criatividade, dinamizar a gestão pública, trabalhar com verdade e esperança pela justiça social,

estabilidade das instituições políticas e sociais por meio do fortalecimento do Estado de Direito e do fortalecimento da sociedade civil, mediante o fomento de uma participação e de um pluralismo de dimensões múltiplas.” (OLIVEIRA, Gustavo Justino de. **Direito Administrativo Democrático**. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 215). Também se utiliza por alguns doutrinadores a denominação de nova gestão pública para mencionar sobre governança pública. Sobre o assunto e a utilização da expressão nova gestão pública, vide VILLANUEVA, Luis F. Aguilar. **Gobernanza e gestión pública**. México: FCE, 2006, p. 144.

²³⁸ BLOCK, Fred; EVANS, Peter. The State and the Economy. In: SMELSER, Neil J; SWEDBERG, Richard. **The handbook of economic sociology**. 2. ed. New Jersey: BRITISH LIBRARY, , p. 505-526, p. 508.

²³⁹ DROMI, Roberto. **La revolución del desarrollo: inovaciones en la gestión pública**. Buenos Aires – Madrid: Ciudad Argentina, 2007, p. 22.

²⁴⁰ DROMI, Roberto. **La revolución del desarrollo: inovaciones en la gestión pública**. Buenos Aires – Madrid: Ciudad Argentina, 2007, p. 24.

aliar os valores da ação política, aplicar as regras existentes, perseverar pelo desenvolvimento sustentável e equilibrado, e identificar o desenvolvimento.²⁴¹

Dentro de um aspecto econômico, segundo Cristina Carrasco e Enric Tello, a economia ecológica pode contribuir significativamente para medir o desenvolvimento ou sua falta a partir das perdas à sociedade por meio dos custos sentidos pela comunidade no cuidado da vida humana e dos custos e impactos sofridos pelos sistemas naturais. Os contributos, em geral, residem no fato de as críticas da “economia ecológica” considerarem os custos externos de um objeto (externalidades) e a sua forma de correição, computando as assimetrias de informação ou custos de oportunidade. Dito isso, faz-se necessário, além de o cálculo do custo ser macro e integrado, que exista uma capacidade mais eficiente para gerar e transmitir informação econômica verídica entre um sem número de pessoas, o que *per se* gerará uma conscientização e convencimento para que cada indivíduo possa aquiescer com o uso mais adequado dos bens em geral. Não parece que isso seja uma falha geral operativa circunstancial dos mercados capitalistas, e sim uma falha sistêmica.²⁴² Segundo Alfonso Buteler, esta é uma das maneiras de conciliar o desenvolvimento econômico com o respeito ao meio ambiente “es incluir dentro de los costos económicos de las actividad a realizar al respeto a la naturaliza”, o que significará em muitos casos “el incentivo al desarrollo medioambiental puede ser una variable de crecimiento económico.”²⁴³ Em síntese, o critério não é meramente de “riqueza” ou “acumulação de capital”, mas sim de custo geral para a obtenção do desenvolvimento.

Amartya Sen esclarece que a “ligação entre liberdade individual e realização de desenvolvimento social vai muito além da relação constitutiva – por mais importante que ela seja. O que as pessoas conseguem positivamente realizar é influenciado por oportunidades econômicas, liberdades políticas, poderes sociais e por condições habilitadoras como boa saúde, educação básica e incentivo e

²⁴¹ DROMI, Roberto. **La revolución del desarrollo**: inovaciones en la gestión pública. Buenos Aires – Madrid: Ciudad Argentina, 2007, p. 27-60.

²⁴² CARRASCO, Cristina; TELLO, Enric. Apuntes para una vida sostenible. In: MATEO, Maria Freixanet (coord.). **Sostenibilitats: polítiques públiques des del feminisme i l'ecologisme**. Barcelona: Institut de Ciències Polítiques i Socials, 2011, p. 11-53, p. 35.

²⁴³ BUTELER, Alfonso. La intervención estatal em la Economía y el Derecho al Medioambiente. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder (Coord.). **Direito Público no Mercosul: intervenção estatal, direitos fundamentais e sustentabilidade**: anais do VI Congresso da Associação de Direito Público do Mercosul: homenagem ao Professor Jorge Luis Salomoni. Belo Horizonte: fórum, 2013, p. 25-33, p. 31-32.

aperfeiçoamento de iniciativas.”²⁴⁴ Desta feita, para a efetivação dos inúmeros direitos sociais assegurados na Constituição da República de 1988, logo para resguardar as liberdades mínimas dos cidadãos, é indispensável que o Estado conheça o seu papel, bem como desenvolva políticas públicas eficientes e utilize os instrumentos jurídicos existentes para a consolidação de atividades que venham a guarnecer a sociedade. Como já dito, as licitações e as contratações administrativas são excelentes instrumentais para a melhoria deste ambiente, e, conseqüentemente, para a promoção do desenvolvimento.

Quanto às políticas públicas, vale ressaltar que o seu fundamento “é a necessidade de concretização de direitos por meio de prestações positivas do Estado sendo o desenvolvimento nacional a principal política pública, conformando e harmonizando as demais”, razão pela qual Gilberto Bercovici expressa que o desenvolvimento econômico e social, com a eliminação das desigualdades, pode ser considerado inclusive uma síntese dos objetivos históricos nacionais.²⁴⁵ A concepção de Bercovici está totalmente alinhada ao que prescreveu a Constituição da República Federativa 1988, uma vez que esta preconizou como um dos objetivos fundamentais do Estado o desenvolvimento nacional e a diminuição das desigualdades regionais e sociais. Não basta a modernização tecnológica e produtiva sem a correspondente vitalidade na economia, nas relações comerciais internacionais, e, acima de tudo, sem o preenchimento das necessidades mais comezinhas dos cidadãos como a educação, saúde, alimentação, moradia, cultura, lazer, etc.²⁴⁶

Outro conceito ao lado de desenvolvimento que possui tanta complexidade e dificuldade para a sua definição é a sustentabilidade. Apesar dos enigmas, a área jurídica não pode permitir que expressões e palavras fiquem “abertas” para a

²⁴⁴ SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. Trad. Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2000, p. 19. Valioso o raciocínio de Leonardo Boff de definir desenvolvimento como “ampliação das oportunidades de modelar a vida e definir-lhe um destino. O ser humano se descobre um ser utópico e um projeto infinito, habitado por um sem-número de potencialidades. Criar as condições para que elas possam vir à tona e sejam implementadas, eis o propósito do desenvolvimento humano. Trata-se de humanizar o humano, rasgar-lhe o horizonte de suas capacidades e habilidades e incentivá-lo na busca de sua realização. A serviço deste propósito estão as ciências, as tecnologias e nossos modos de produção.” (BOFF, Leonardo. **Sustentabilidade**: O que é – o que não é. 5. Ed. São Paulo: Vozes, 2018, p. 146-147).

²⁴⁵ BERCOVICI, Gilberto. Planejamento e políticas públicas: por uma nova compreensão do papel do Estado. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). **Políticas Públicas**: reflexões sobre o conceito jurídico. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 143-162, p.144.

²⁴⁶ CABRAL, Mário André Machado. **Subdesenvolvimento e estado de exceção**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 02.

interpretação e aplicação dos operadores, sob pena de gerar um cheque em branco que é preenchido de acordo com o bel-prazer do emitente, o que, por óbvio, acarreta um enorme risco à segurança jurídica.

No intuito de buscar uma definição, pode-se recorrer a uma muito difundida, a qual preza que a sustentabilidade é a satisfação das necessidades humanas das gerações atuais sem o comprometimento da satisfação das necessidades das gerações futuras.²⁴⁷ Trata-se de um modo de agir e viver das pessoas com alteridade.²⁴⁸ Em palavras similares, porém dentro de um contexto mais holístico, Leonardo Boff disserta:

é toda ação destinada a manter as condições energéticas, informacionais, físico-químicas que sustentam todos os seres, especialmente a Terra viva, a comunidade de vida e a vida humana, visando a sua continuidade e ainda a atender as necessidades da geração presente e das futuras de tal forma que o capital natural seja mantido e enriquecido em sua capacidade de regeneração, reprodução, e coevolução.²⁴⁹

Nessa concepção, Leonardo Boff defende que sustentar: (i) necessita das condições imprescindíveis para o surgimento dos seres por meio da conjugação das energias, dos elementos físico-químicos e informacionais de maneira atrelada; (ii) demanda o afastamento da ideia de antropocentrismo, já que todos os seres emergem um processo de evolução e gozam de valor intrínseco, independentemente de serem humanos ou não; (iii) torna a Terra mais do que uma coisa, ela não só contém vida, como ela própria é vida; (iv) gera a imperiosidade de compreender a comunidade da vida ampla em que todos os seres são interdependentes na qual se forma uma rede de vida; (v) revela a vida humana como um elo singular da rede da vida, já que possui consciência, sensibilidade e inteligência, qualidades que impõem o dever de cuidar e tutelar a Mãe Terra de qualquer forma ou intento destrutivo; (vi) absorve a continuidade do processo evolutivo, visto que os seres são conservados e suportados por uma “Energia de Fundo” ou “Fonte Originária de todo o ser” ; (vii) impacta no

²⁴⁷ CARRASCO, Cristina; TELLO, Enric. Apuntes para una vida sostenible. In: MATEO, Maria Freixanet (coord.). **Sostenibilitats: polítiques públiques des del feminisme i l'ecologisme**. Barcelona: Institut de Ciències Polítiques i Socials, 2011, p. 11-53, p. 17

²⁴⁸ SIMÃO, Angelo Guimarães; SILVA, Christian Luiz da; SILVA, Heloísa de Puppi e; CASTANHEIRA, Maria Auxiliadora Villar Castanheira; JUREC, Paulo Sérgio Sant'Anna; WIENS, Simone. Indicadores, políticas públicas e a sustentabilidade. In: SILVA, Christian Luiz da; LIMA, José Edmilson de Souza. **Políticas públicas e indicadores para o desenvolvimento sustentável**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 35-54, p. 37.

²⁴⁹ BOFF, Leonardo. **Sustentabilidade e tentativa de definição**. Disponível em: <https://leonardoboff.wordpress.com/2012/01/15/sustentabilidade-tentativa-de-definicao>. Acesso em 04 de fev.de 2019.

repensar sobre como atender as necessidades humanas conciliando o uso racional e cuidado dos bens e serviços que são ofertados pelos cosmos e pela terra; (viii) inspira, ou deveria inspirar, conscientização para a atual geração de que a Terra é suficiente para todas as gerações, sendo que a presente deverá compreender a relação de sinergia e cooperação para que haja a equitativa distribuição de bens e serviços e (ix) enseja o cuidar da terra para as próximas e futuras gerações as quais dependem da Terra sã para viverem, o que é chamado de uma solidariedade generacional.²⁵⁰

Alinhando a definição e embasando nos fundamentos jurídicos, Juarez Freitas propõe que é um princípio constitucional que “determina, com eficácia direta e imediata, a responsabilidade do Estado e da sociedade pela conscientização solidária do desenvolvimento material e imaterial, socialmente inclusivo, durável e equânime, ambientalmente limpo, inovador, ético e eficiente”, tendo como escopo “assegurar preferencialmente de modo preventivo e precavido, no presente e no futuro, o direito ao bem-estar”. Como se verifica o autor, trabalha a noção de sustentabilidade alinhada aos seguintes elementos: (i) natureza jurídica de princípio constitucional; (ii) a eficácia (no sentido de encontro de resultados justos) e eficiência (a partir do uso de meios idôneos); (iii) ambiente limpo e descontaminado; (iv) ética em tal mister por meio da probidade; (v) prevenção e precaução; (vi) solidariedade intergeracional; (vii) responsabilidade do Estado e (viii) a busca do bem-estar.²⁵¹

Das posições suscitadas, percebe-se que a de Juarez Freitas preocupa-se com o fundamento na Constituição Federal para gerar uma cogência, acima da mera conscientização dos seres humanos, enquanto a de Leonardo Boff se dá num espectro mais ambiental e holístico. Ecoando a ideia de a sustentabilidade plasmar-

²⁵⁰ BOFF, Leonardo. **Sustentabilidade e tentativa de definição**. Disponível em: <https://leonardoboff.wordpress.com/2012/01/15/sustentabilidade-tentativa-de-definicao>. Acesso em 04 de fev. de 2019.

²⁵¹ FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade: direito ao futuro**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 41. Sobre a colaboração em geral que deverá existir entre público e privado, bem como o respeito ao dever ético entre ambos, José María Gimeno Feliú explana: “En mi opinión, en toda colaboración pública privada, para preservar el correcto cumplimiento de los fines públicos intrínsecos a la coboración, como ineludible medida de una nueva gobernanza, convendría extender las exigências de los programas de compliance empresarial – que es más que cumplimiento legal, dado que al concepto clásico de Derecho positivo (hard law), se añade el cumplimiento ético, la responsabilidad social corporativa, etc. (soft law) – al organismo gerencial de las organizaciones concesionarias, lo que permitiría detectar y evitar casos de financiación ilegal, contrataciones fraudulentas, supuestos de sobornos, etc. Y, para ello, el pliego debería regular la figura del chief compliance officer responsable de la misma.” (FELIÚ, José María Gimeno e outros. **La gobernanza de los contratos públicos en la colaboración público-privada**. Barcelona: Cambra Oficial de Comerç de Barcelona, 2018, p. 32-33).

se na Lei Maior, J. J. Gomes Canotilho a enquadra como um princípio estruturante do direito constitucional em razão da dimensão autocompreensiva de uma constituição, a qual considere a comunidade política a qual está inserida.²⁵²

O que pode ser inferido é que a sustentabilidade não pode se adscriver aos muros do Direito, já que se trata de um valor multivetorial e atinge uma série de interesses, atores e objetos de estudo.²⁵³ É uma noção que perpassa por diversas ciências, ultrapassa uma mera dimensão, tem uma conotação de equilíbrio e perpetuidade para que o futuro possa existir com qualidade. Emerson Baldotto Emery diz que “implica ações com reflexos em vários campos da atividade humana que têm que ser coerentes entre si, e, embora atividades diferentes impliquem dar uma ênfase maior a um ou outro aspecto, há um substrato comum que permite a formulação de um conceito único para dar suporte à ideia de desenvolvimento sustentável.”²⁵⁴ Ainda que se possa dissertar sobre a dimensão social, econômica e ambiental, Juarez Freitas vai além e explica a sua multidimensionalidade, mais precisamente nas searas social, ética, jurídico-política, econômica e ambiental, com base no bem-estar, porquanto este necessita uma interconexão.²⁵⁵

Fato incontroverso é que a sustentabilidade pede uma transdisciplinaridade e um pensamento transcendental, a fim de as pessoas alicerçarem o raciocínio de acordo com a solidariedade, alteridade e o planejamento para arrefecer riscos em geral.²⁵⁶

²⁵² CANOTILHO, J. J. Gomes. O princípio da sustentabilidade como princípio estruturante do direito constitucional. **Revista de Estudos Politécnicos**, v. 08, n. 13, 2010, p. 07-18, p. 08.

²⁵³ Paulo Otero chega a alçar a sustentabilidade do Estado, inclusive a orçamentária e financeira, como pressuposto da Constituição, arguindo que inexiste ordem constitucional que dure além dela e que nenhuma Lei Fundamental pode ser indiferente ou irresponsável com o destino das gerações futuras. Por essas razões, o Estado precisa revisitar o seu papel e o nível de satisfação das necessidades coletivas a seu cargo. Deve equilibrar a própria sustentabilidade com a solidariedade para garantir um nível de bem-estar da sociedade, sendo pertinente a preocupação do autor com o equilíbrio financeiro e fiscal do Estado neste balanceamento. (OTERO, Paulo. **Manual de Direito Administrativo**. Vol. I. Coimbra: Almedina, 2013, p. 143-146).

²⁵⁴ EMERY, Emerson Baldotto. **Desenvolvimento sustentável: princípio da eficiência em procedimentos licitatórios**. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 67.

²⁵⁵ FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade: direito ao futuro**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 71-73. Igualmente, MOREIRA, Rafael Martins Costa. **Direito Administrativo e sustentabilidade**. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 52-63.

²⁵⁶ Christian Luiz da Silva escreve que desenvolvimento sustentável é um “processo de transformação que ocorre de forma harmoniosa nas dimensões espacial, social, ambiental, cultural e econômica a partir do individual para global. Essas dimensões são inter-relacionadas por meio de instituições que estabelecem as regras de interações e, também, influenciam no comportamento da sociedade local.” (SILVA, Christian Luiz da. Proposta de um modelo de monitoramento e avaliação do desenvolvimento sustentável. *In*: SILVA, Christian Luiz da (org.). **Desenvolvimento sustentável: um modelo analítico integrado e adaptativo**. Petrópolis: Vozes, 2006, p. 15-28, p. 18).

Para tanto, o interesse egosístico deve ser sobreposto pelo interesse público primário, inclusive para perquirir a diminuição das desigualdades, maior justiça social na aplicação do direito, majoração das capacidades, das liberdades e atendimento dos direitos mínimos para preencher o mínimo existencial a todos.²⁵⁷ Tais fins nunca serão obtidos se as pessoas não possuírem o sentimento de pertencimento ao planeta e que todos são semelhantes, já que a dificuldade de absorção do “fazer parte” já sempre foi deveras complicado para o seu alcance. Agora no mundo virtual, tecnológico e de diminuição de relações sociais efetivas, o olhar para o outro e para sensibilizar-se com os problemas alheios está cada vez mais difícil em microrrealidades. Quando se analisa numa visão um pouco mais ampla, de modo a imaginar sobre a referida concepção num estado ou num continente, são afloradas as diferenças em que os interesses individuais ou coletivos de um Estado sobrestam ou anulam de outros em prol da relação “eu ganho e não importa os demais”, seja aqueles de outros Estados ou aqueles de um futuro próximo ou não.

Um problema da leitura convencional de advogar pela multidimensionalidade do conceito é que, frequentemente, a interpretação dada é de que “eso se interpreta desde el orden socio-simbólico dominante, y por los poderes económicos y políticos establecidos, como una especie de componenda: conviene ‘equilibrar’ hasta donde se pueda el crecimiento económico con un poco de ‘cohesión social’ y cierta corrección de impactos ambientales’. Eso es todo.”²⁵⁸ Por todo isso, é muito importante a

²⁵⁷ No mesmo cariz, Thiago Pereira Freitas pondera que “Quanto à dimensão social da sustentabilidade pode-se considera-la como sendo o paradigma que não tolera um modelo excludente e que concorda com a miserabilidade consentida ou imposta ou qualquer outro tipo de discriminação negativa. Que busca efetivar os direitos fundamentais sociais, principalmente os relacionados à saúde, educação e segurança (serviços públicos essenciais), que devem ser prestados com o máximo de eficiência e efetividade possível.” (FREITAS, Thiago Pereira de. **Sustentabilidade e as contratações públicas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 68). Para Daniel Ferreira, o desenvolvimento é triplamente sustentável, nos seus vieses econômico, social e ambiental, sendo que: (i) a sustentabilidade econômica deve levar em consideração “uma eficiência mínima dos sistemas econômicos no esforço de assegurar, de forma contínua, o aumento do Produto Interno Bruto e da Paridade do Poder de Compra, retroalimentando a economia e assim fazendo surtir os efeitos benéficos, adrede referidos, no tecido social”; ; (ii) a sustentabilidade social, é mais complexa por sua dimensão psicológica, observando que somente ela é que autoriza a perpetuação da espécie humana, sendo a “responsável pela manutenção dos microuniversos sociais, aqueles referidos e referíveis apenas por meio da cultura, de modo a garantir sua identidade”; (iii) a sustentabilidade ambiental “deve ser assumida como um freio, não no sentido de atrasar o avanço na direção do desenvolvimento, mas de dar a temperança necessária à escolha da velocidade e dos caminhos eleitos no rumo à ecossocioeconomia do amanhã.” (FERREIRA, Daniel. **A licitação pública no Brasil e sua nova finalidade legal: a promoção do desenvolvimento nacional sustentável**. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 52-55).

²⁵⁸ CARRASCO, Cristina; TELLO, Enric. Apuntes para una vida sostenible. In: MATEO, Maria Freixanet

existência de fiscalização de como está sendo empregada, até porque a correspondência de signo entre várias ciências e ramos de conhecimento pode servir de arrimo para o esvaziamento na vigilância sob a (falsa) justificativa de atender um ramo de conhecimento X ou Y que seja estranho do homem médio.²⁵⁹

Apesar de usar uma denominação distinta, Tatyana Scheila Frierich e Nelton Miguel Friedrich aventam a ideia da neosustentabilidade, a qual é encarada como uma teoria autopoietica que relaciona a vida como um sistema possuidor de elementos em permanente interação circular. Nesse raciocínio, a interação de todos os elementos do sistema e o pensamento sistêmico são indissociáveis para a correta interpretação e aplicação. As dimensões dos referidos elementos são da ordem ambiental, social, cultural, ética e jurídica. Portanto, não basta conhecimento isolado ou setorial, e sim compreensão multidisciplinar e visão macro sobre os problemas para resolvê-los de maneira sustentável, inclusive para o Estado desenvolver a regulação.²⁶⁰ Seja pelo raciocínio de sustentabilidade ou neosustentabilidade ou qualquer outro nome, o que se deduz de maneira incontroversa é que um único ramo de conhecimento jamais será suficiente para concretizar a sustentabilidade.²⁶¹

Algumas críticas merecem ser obtemperadas, inclusive para a sobrevivência da noção de sustentabilidade e evitar que a sua fluidez sirva para cumprimento retórico dos seus objetivos, o que *per se* representa um enorme prejuízo à sociedade mundial.

Um, Cristina Carrasco e Enric Tello compreendem que antes de pensar sobre a solidariedade intergeracional, é necessário que se transforme tal regra de atuação

(coord.). **Sostenibilitats: polítiques públiques des del feminisme i l'ecologisme**. Barcelona: Institut de Ciències Polítiques i Socials, 2011, p. 11-53, p. 39-40.

²⁵⁹ "A interdisciplinariedade aqui se sobressai; não que devamos nos tornar grandes especialistas de coisa nenhuma, tal é a amplitude a se conhecer, mas para que não ignoremos os campos dos saberes e a eles nos reportemos previamente a uma tomada de decisão ou interpretação." (VILLAC, Teresa. Licitações sustentáveis e hermenêutica jurídica. In: VILLAC, Teresa; BLIACHERIS, Marcos Weiss; SOUZA, Lilian Castro de (coord.). **Panorama de licitações sustentáveis: direito e gestão pública**. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 65-79, p. 78).

²⁶⁰ FRIEDRICH, Nelton Miguel; FRIEDRICH, Tatyana Scheila. A intervenção estatal diante da crise socioambiental: exigência de ações sustentáveis. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder (Coord.). **Direito Público no Mercosul: intervenção estatal, direitos fundamentais e sustentabilidade**: anais do VI Congresso da Associação de Direito Público do Mercosul: homenagem ao Professor Jorge Luis Salomoni. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 131-136.

²⁶¹ A título complementar, recomenda-se ainda: ENRÍQUEZ, Maria Amélia. **Trajetórias do desenvolvimento**. Rio de Janeiro: Garamond, 2010; ARNT, Ricardo (org.). **O que os economistas pensam sobre sustentabilidade**. 2. Ed. São Paulo: Editora 34, 2011; DIAS, Reinaldo. **Sustentabilidade: origem e fundamentos**. São Paulo: Atlas, 2005, p. 84-113.

puramente axiológica em critérios e propostas operativas concretas, fazendo a seguinte indagação: “como surgem, se formulam, se expressam e se satisfazem as necessidades humanas?”²⁶² Além disso, escrevem que a sustentabilidade humana deve partir de uma cadeira com cinco elos lógicos e historicamente ordenados da seguinte maneira: os sistemas naturais, o espaço doméstico do cuidado, as comunidades, a administração pública e os mercados.²⁶³ Com o devido respeito, parece adequado e razoável a defesa dos autores em apresentar uma sequência para o desenvolvimento da sustentabilidade na sociedade e também a necessidade de pragmaticidade. Não se pode dissociar a realidade prática da teoria e há necessidade de imposição de meios para concretizar o discurso. Como alinhar a sustentabilidade com as necessidades humanas, respeitando e promovendo-a? Para tanto, mecanismos necessitam ser expostos. Sob uma outra proposta, Reinaldo Dias propõe a sustentabilidade de acordo com três eixos fundamentais, quais sejam: crescimento econômico, preservação ambiental e equidade social, sendo necessário o equilíbrio entre eles para ser válido e atender assim o interesse da humanidade.²⁶⁴

Dois, em sentido similar sob o viés crítico, Emerson Gabardo e Eneida Desiree Salgado abordam a dificuldade de avaliar o que é bom e adequado para a atualidade. Via de consequência como entender o que é bom para as próximas gerações, bem como efetuar tal escolha pública? Com certeza, haverá conflitos que deverão ser resolvidos pelos órgãos competentes e aos autores admoestam o papel exercido nas decisões do Poder Judiciário e do Tribunal de Contas, já que “as linhas divisórias institucionais estão se rompendo” e o poder decisório em um conceito tão aberto com a sustentabilidade promove um desequilíbrio ou um desarranjo institucional entre as funções estatais.²⁶⁵

²⁶² CARRASCO, Cristina; TELLO, Enric. Apuntes para una vida sostenible. In: MATEO, Maria Freixanet (coord.). **Sostenibilitats: polítiques públiques des del feminisme i l'ecologisme**. Barcelona: Institut de Ciències Polítiques i Socials, 2011, p. 11-53, p. 17.

²⁶³ CARRASCO, Cristina; TELLO, Enric. Apuntes para una vida sostenible. In: MATEO, Maria Freixanet (coord.). **Sostenibilitats: polítiques públiques des del feminisme i l'ecologisme**. Barcelona: Institut de Ciències Polítiques i Socials, 2011, p. 11-53, p. 15 e seguintes.

²⁶⁴ DIAS, Reinaldo. A sustentabilidade nas organizações. In: DIAS, Reinaldo; ZAVAGLIA, Tércia; CASSAR, Maurício. **Introdução à Administração: da competitividade à sustentabilidade**. 3. Ed. Campinas: Alínea Editora, p. 181-248, p. 204.

²⁶⁵ GABARDO, Emerson; SALGADO, Eneida Desiree. Administração Pública e seus fundamentos de gestão: eficiência, interesse público, direitos fundamentais e desenvolvimento. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder (Coord.). **Direito Público no Mercosul: intervenção federal, direitos fundamentais e sustentabilidade**: anais do VI Congresso da Associação de Direito Público

Três, compatibilizar o choque dos interesses e de direitos, inclusive aqueles pertinentes ao Estado e à sociedade de um lado; e, de outro, o do mercado, verifica-se como de grande enigma. Nas sociedades capitalistas, dois pontos-chaves são dispostos: (a) praticamente impossível satisfazer nas sociedades humanas sem passar de um modo ou outro, seja em intensidade ou grau maior ou menor, sobre este amparo do mercado e (b) normalmente os mercados estão regidos pela máxima eficiência de benefícios aos investidores privados que têm capacidade para direcionar as decisões de funcionamento da economia, mesmo que isso signifique uso de recursos públicos diretos ou indiretos.²⁶⁶

Para o funcionamento do sistema capitalista, é imprescindível a presença do Estado pela simples razão de ser que as normas, leis e regulamentos estabelecem e obrigam a cumprir o intercâmbio mercantil e seu desenvolvimento. No entanto, não se pode requerer o Estado tão somente como servil para o interesse de alguns, já que, em grande parte dos casos, o governo é para uma minoria, os quais são mais abonados financeiramente. Basta verificar os dados atuais de que, no período de crise na Europa – em particular na Espanha, e no Brasil –, os ricos ficaram mais ricos com a crise econômica.²⁶⁷ O papel estatal deve mudar de foco e “cambiar a fondo, tanto la importancia relativa de los distintos ámbitos de la cadena de sostén, como los nexos que unen unos eslabones con otros para redefinir las funciones que el Estado juega

do Mercosul: homenagem ao Professor Jorge Luís Salomoni. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 241-251, p. 248.

²⁶⁶ “Lo que finalmente en capitalistas a nuestras sociedades de mercado actuales son estos dos rasgos clave, a saber: 1) resulta prácticamente imposible satisfacer nuestras necesidades humanas sin pasar de un modo u otro, y en un grado mayor o menor, por ese quinto eslabón del mercado; y 2) esos mercados están regidos, casi exclusivamente, por la búsqueda del máximo beneficio de los inversores privados que tienen capacidad para determinar con sus decisiones el funcionamiento de la economía en su conjunto, aunque ésta incluya en sus fundamentos, como ya hemos visto, tanto bienes públicos colectivos financiados con impuestos como el papel amortiguador de la ayuda mutua prestada por las comunidades y la economía del cuidado doméstico, o los recursos y servicios proporcionados por los sistemas naturales. (...)”. A diferença de mercado e capitalismo, esquecendo que o primeiro vem antes do segundo. “en lugar de situar a la economía al servicio de las personas, se ha convertido a las personasss en instrumentos de esta forma tan descarnada de economía.” (CARRASCO, Cristina; TELLO, Enric. Apuntes para una vida sostenible. In: MATEO, Maria Freixanet (coord.). **Sostenibilitats: polítiques públiques des del feminisme i l'ecologisme**. Barcelona: Institut de Ciències Polítiques i Socials, 2011, p. 11-53, p. 32-33).

²⁶⁷ RTVE. **Los más ricos aumentaron su fortuna durante la crisis**: en 2008, el 44% de la riqueza de España estaba en sus manos y en 2014, el 53%. 28.mai.2018. Disponível em <http://www.rtve.es/noticias/20180528/mas-ricos-aumentaron-su-fortuna-durante-crisis-2008-44-riqueza-espana-estaba-manos-2014-53/1741389.shtml>; COSTAS, Antonio. **Por qué los muy ricos progresan y los demás no**. El País, 09.set.2018, Disponível em https://elpais.com/economia/2018/09/07/actualidad/1536333591_827747.html.

como engarce entre los mercados, las comunidades, los espacios domésticos del cuidado y la naturaleza.”²⁶⁸ Em texto específico sobre a governança energética, mas que deve ser estendido para o presente debate, Endrius Cocciolo defende a existência de assuntos que clamam por um constitucionalismo moderno, plural e transfronteiriço para atender pautas mundiais. Com isso, tal direito transnacional tem a incumbência de preconizar novos princípios aplicáveis a todos os países do mundo e se pautarão, principalmente, em questões de energia, meio ambiente, economia e sustentabilidade, balizando as relações econômicas e sociais, independentemente do ator (estatal ou não).²⁶⁹

Vide que Leonardo Boff é conhecedor de parcela das críticas aludidas, tanto que acastela a ideia de o zelo para as gerações futuras e a medição da capacidade de conservação do capital natural “deve servir de critério para avaliar o quanto temos progredido ou não rumo à sustentabilidade e nos deve igualmente servir de inspiração ou de ideia-geradora para realizar a sustentabilidade nos vários campos da atividade humana”, sob pena de virar “pura retórica sem consequências”.²⁷⁰ Eis que, aqui neste ponto, realça-se o papel do Estado como Regulador para a sustentabilidade e a busca do desenvolvimento nacional sustentável, assim como ocorre atualmente com as licitações públicas e os contratos administrativos no Brasil. Além disso, a sustentabilidade não pode se alijar da dependência de descobertas científicas, novas tecnologias e inovações.²⁷¹

Além de regular, o Estado deve prezar pela difusão da informação para a conscientização e propagação do viver de modo sustentável, pois o cidadão tem o dever de saber a origem, o conteúdo e os efeitos daquilo que come, “precisa entender o gasto de água de sua residência e de energia de seus eletrodomésticos e precisa

²⁶⁸ CARRASCO, Cristina; TELLO, Enric. Apuntes para una vida sostenible. In: MATEO, Maria Freixanet (coord.). **Sostenibilitats: polítiques públiques des del feminisme i l'ecologisme**. Barcelona: Institut de Ciències Polítiques i Socials, 2011, p. 11-53, p. 31-32.

²⁶⁹ COCCILO, Endrius. La unión de la energía y la gobernanza del sistema tierra en el antropoceno: una cuestión constitucional. **Revista Catalana de Dret Ambiental**, v. 6, n. 1, 2015, p. 1-44. Sobre o tema, ainda valioso colacionar as palavras do autor às fls. 23 e 24: “Es un constitucionalismo que tiene efectos horizontales en la medida en que debe proteger las esferas sociales de la expansión de otras racionalidades sociales que pueden colonizar la sociedad. Por lo tanto, el constitucionalismo posmoderno debe establecer nuevos límites a las amenazas procedentes de nuevas matrices sociales y abrirse cognitivamente a las racionalidades de otros sistemas sociales y comunidades.”

²⁷⁰ BOFF, Leonardo. **Sustentabilidade e tentativa de definição**. Disponível em: <https://leonardoboff.wordpress.com/2012/01/15/sustentabilidade-tentativa-de-definicao>. Acesso em 04 de fev. de 2019.

²⁷¹ VEIGA, José Eli. **A emergência socioambiental**. São Paulo: Editora Senac, 2007, p. 24.

conhecer a quantidade de gases poluentes que emite seu carro, a indústria onde trabalha, etc..²⁷² Nessa posição, Jessé Torres Pereira Junior assevera que:

Três lições desde logo se insinuam: 1ª, a pergunta inteligente não é a que indaga qual o custo da sustentabilidade, mas, sim, qual o custo de ser a sustentabilidade ignorada, nesta geração e nas vindouras; 2ª, a de que, ao contrário do que imaginavam os economistas clássicos, não é a oferta que produz a demanda, porém esta é que condiciona aquela; 3ª, a de que a sustentabilidade há de gerar um novo paradigma para identificar-se, nas contratações de compras, obras e serviços pela administração pública, a proposta mais vantajosa, que tenderá a ser a de menor preço dentre as que cumprirem os requisitos da sustentabilidade, destinando-se à desclassificação as de preços inferior, mas que os desatendam, questão tormentosa que o autor enfrenta com pertinência e rigor acadêmicos.²⁷³

Sobre o princípio do desenvolvimento nacional sustentável, estampado atualmente na Lei de Licitações, ressalta-se que a origem da expressão “desenvolvimento sustentável” iniciou a ser propagada no ano de 1987, por intermédio do Relatório Brundtland (Nosso Futuro Comum), organizado pela Comissão Mundial sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento da Organização das Nações Unidas (ONU) e o descrevia não como um estado permanente de harmonia, porém como um processo de mudança em que a exploração de recursos, a orientação dos investimentos em geral, os rumos do desenvolvimento tecnológico e a mudança institucional estariam em conformidade com as necessidades atuais e futuras. No próprio relatório, ficou consignado que o sucesso do alcance de tais objetivos estaria diretamente relacionado com o empenho político.²⁷⁴ Posterior ao conclave em 1987, entre os dias 3 a 14 de junho de 1992, aconteceu a Conferência das Nações Unidas para o Meio Ambiente e Desenvolvimento (Rio 92 ou Eco 92), estabelecendo 27 (vinte e sete) princípios para a implementação do desenvolvimento sustentável, sendo que o oitavo princípio estabeleceu: “Para alcançar o desenvolvimento sustentável e uma qualidade de vida mais elevada para todos, os Estados devem reduzir e eliminar os

²⁷² FRIEDRICH, Nelton Miguel; FRIEDRICH, Tatyana Scheila. A intervenção estatal diante da crise socioambiental: exigência de ações sustentáveis. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder (Coord.). **Direito Público no Mercosul: intervenção estatal, direitos fundamentais e sustentabilidade**: anais do VI Congresso da Associação de Direito Público do Mercosul: homenagem ao Professor Jorge Luis Salomoni. Belo Horizonte: fórum, 2013, p. 131-136, p. 135.

²⁷³ PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. Prefácio na obra de EMERY, Emerson Baldotto. **Desenvolvimento sustentável**: princípio da eficiência em procedimentos licitatórios. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 19-20.

²⁷⁴ COMISSÃO MUNDIAL SOBRE MEIO AMBIENTE E DESENVOLVIMENTO. **Nosso futuro comum**. 2. ed. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1991. Disponível em: <<http://pt.scribd.com/doc/12906958/Relatorio-Brundtland-Nosso-Futuro-Comum-Em-Portugues>>. Acesso em 23 de abr. de 2017.

padrões insustentáveis de produção e consumo, e promover políticas demográficas adequadas.”²⁷⁵

O princípio do desenvolvimento sustentável “é a sustentabilidade em ação (...) tem uma dinâmica qualitativa e não quantitativa; visa a chegar num estado melhor, mais completo e mais complexo do que se observava anteriormente” e, para tanto, almeja “organizar os recursos ambientais, sociais e econômicos de uma forma integrada, sinérgica e homeostática, dentre outros.”²⁷⁶ Como manifestam Emerson Gabardo e Eneida Desiree Salgado, o crescimento é um surto, possuindo o “seu espectro delimitado temporalmente e depende de condições exógenas. Já o desenvolvimento, pela sua própria natureza, precisa ser autossustentável (deve possuir condições internas de autorreprodução).”²⁷⁷

É possível constatar, pela ideia de desenvolvimento sustentável e sustentabilidade, que as definições se aproximam e se confundem a ponto de inexistir maiores diferenças entre ambos pelas definições ora percorridas ao longo deste item. Seja pelo critério de multidimensionalidade, pela solidariedade intergeracional ou pela preocupação com o caráter ambiental, social, econômico, jurídico-político e ético, o que se verifica é que a sustentabilidade precisa buscar o desenvolvimento, via de regra e pela teoria, o desenvolvimento, em tese, deveria ser sustentável. A proposição ora colocada é de que inexistente sustentabilidade sem desenvolvimento e não deveria acontecer desenvolvimento sem sustentabilidade, já que, para um estado desenvolver-se, precisaria respeitar a sustentabilidade, sob pena de malferir um critério analisado para aferir o desenvolvimento. De toda forma, nem todos os critérios para se obter um desenvolvimento atualmente utilizados pelos países e por convenções são verdadeiros e reconhecidos. A sobreposição entre as definições de sustentabilidade, de desenvolvimento e de desenvolvimento nacional sustentável pode acarretar inclusive a afirmação de que todo desenvolvimento é sustentável, caso

²⁷⁵ CONFERÊNCIA DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE MEIO AMBIENTE E DESENVOLVIMENTO, Rio de Janeiro de 3 a 14 de Junho de 1992. **Declaração da ECO-92 sobre ambiente e desenvolvimento**. Disponível em: <<http://www.onu.org.br/rio20/img/2012/01/rio92.pdf>>. Acesso em 23. mar. 2017.

²⁷⁶ FREITAS, Thiago Pereira de. **Sustentabilidade e as contratações públicas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 32.

²⁷⁷ GABARDO, Emerson; SALGADO, Eneida Desiree. Administração Pública e seus fundamentos de gestão: eficiência, interesse público, direitos fundamentais e desenvolvimento. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder (Coord.). **Direito Público no Mercosul: intervenção federal, direitos fundamentais e sustentabilidade**: anais do VI Congresso da Associação de Direito Público do Mercosul: homenagem ao Professor Jorge Luís Salomoni. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p.241-251, p. 248.

efetivamente tenham sido observados os critérios adequados de evolução em geral, envolvendo as capacidades, as liberdades, a vida digna e o mínimo existencial, de uma sociedade, logo acarretaria um pleonasma ao dizer desenvolvimento sustentável.²⁷⁸

De todo modo, o fato é que no caso das licitações e das compras públicas a inserção do princípio do desenvolvimento nacional sustentável como uma finalidade da licitação, ainda que exista alguns doutrinadores que discordem sobre a qualidade finalística, positivou ainda mais a preocupação com o conteúdo do desenvolvimento e da sustentabilidade. Defende-se “ainda mais” porque a Constituição já impunha esta preocupação ao estatuir o desenvolvimento nacional como um dos objetos fundamentais, o qual está estampado no artigo 3º, e a sustentabilidade, além de estar inserida no desenvolvimento, também está prevista em diversos pontos na Lei Maior, quando trata de dignidade da pessoa humana, meio ambiente saudável, direitos fundamentais, direitos sociais, etc..

Assim sendo, verifica-se que o papel do Estado como responsável por promover práticas sustentáveis de produção e consumo, na qualidade de consumidor, por meio de políticas públicas devidamente planejadas, é cumprimento normativo.²⁷⁹ Ademais, a ideia de adotar práticas sustentáveis para a produção e para o consumo obedece ao duplo imperativo ético da solidariedade e exige o respeito de sustentabilidade social, ambiental e viabilidade econômica.²⁸⁰

²⁷⁸ “Desde el punto de vista de la teoría económica, el desarrollo vino a sustituir al periclitado paradigma del crecimiento, añadiéndole la consideración por las condiciones de vida, la dimensión de progreso social. Lo que conceptualmente supone el Desarrollo Sostenible no es otra cosa que añadir la noción de desarrollo el adjetivo de sostenible, es decir que se trata de desarrollarse de un modo que sea compatible con el mantenimiento de la capacidad de los sistemas naturales de soportar la existencia humana.” (REAL FERRER, Gabriel. *Sostenibilidad, transnacionalidad y transformaciones del derecho. Revista de Derecho Ambiental*, Buenos Aires, n. 32, p. 65-83, oct./dic.2002. Compreendendo desenvolvimento sustentável como pleonasma vide FERREIRA, Daniel. **A licitação pública no Brasil e sua nova finalidade legal: a promoção do desenvolvimento nacional sustentável**. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 47 e seguintes.

²⁷⁹ “No mesmo eixo, o conceito de ‘desenvolvimento nacional sustentável’, ainda que em evolução, não deixa dúvidas de que a implementação de políticas públicas de desenvolvimento nacional deve ser precedida de estudo de viabilidade que considere as repercussões provocadas no âmbito da concretização de direitos fundamentais.” (PERCIO, Gabriela Verona; RAMS, Flávio. *Preferência para produtos manufaturados e serviços nacionais em licitações: análise crítica à luz do desenvolvimento nacional sustentável. Revista Zênite – Informativo de Licitações e Contratos*, Curitiba, n. 215, p. 52-62, jan.2012, p. 58).

²⁸⁰ SACHS, Ignacy. **Desenvolvimento: incluyente, sustentável, sustentado**. Rio de Janeiro: Garamond, 2008, p. 36. Tendo a solidariedade como um dos nortes, José María Gimeno Feliú anota: “(...) las administraciones públicas en la actualidad, a través, entre otras, de la política de contratación

É claro que todos os jogadores (*players*) ou atores existentes na terra devem aderir à busca incessante do desenvolvimento nacional sustentável como forma de sua própria sobrevivência ou de seus descendentes, inclusive aquelas entidades que estão no segundo setor. As empresas em si possuem responsabilidade social que lhes demanda o dever de pensar e atuar de modo transcendental às suas fronteiras, motivo que gera indubitavelmente uma nova perspectiva sobre os impactos das decisões e ações de todos os agentes sociais para a busca de uma sociedade sustentável.²⁸¹ Sobre a descentralização desta responsabilidade socioambiental das empresas, lembram-se das palavras de Patrícia Almeida Ashley quando aborda sobre a responsabilidade social empresarial:

É preciso descentralizar o debate sobre responsabilidade social, que hoje tem a empresa como centro e origem de toda responsabilidade, passando-se a adotar novas premissas:

- buscar a responsabilidade social de todos os indivíduos, organizações e instituições em suas decisões e ações na sociedade – para isso o núcleo familiar e sua comunidade local precisam ter seu tempo e seu espaço resgatados com políticas de proteção social e defesa de valores humanistas e solidários, a fim de poder melhor educar suas novas gerações;
- considerar o poder de compra e consumo dos indivíduos, das organizações privadas e públicas como fomentador de um mercado responsável, ou sejam criar uma nova lógica de mercado que privilegie o fornecimento por empresas que concebem seus produtos de forma socialmente responsável – o que é distinto de empresas que reduzem o conceito de responsabilidade social empresarial a apenas praticar benevolência ou assistencialismo empresarial, dissociados de mudanças na essência do negócio em que opera;
- formação profissional de nível técnico e superior para uma sociedade sustentável, proporcionando a consciência de vivermos em uma rede de complexidade com múltiplos e simultâneos fatores antecedentes e resultantes.²⁸²

Sejam as compras públicas ou privadas, estas devem possuir regras expressas

pública, tiene la función de ser garante de importante intereses sociales a fin de garantizar valores superiores del ordenamiento jurídicos tan relevantes como son la libertad, la igualdad y la solidaridad. (...) El fin de nuestro Estado debe estar orientado, este debe ser su único norte, siempre de acuerdo con el contexto socio económico referido, a alcanzar las mayores cotas de solidaridad efectiva entre los ciudadanos, renunciando para ello la obtención de una mayor competitividad desde la óptica de los <engañosos> parámetros macroeconómicos.” (FELIU, José Maria Gimeno. Los procedimientos y criterios de adjudicación y la posibilidad de valorar aspectos sociales y medioambientales. In: FELIU, José Maria Gimeno (Coord.). **Contratación de las Administraciones Públicas: análisis práctico de la nueva normativa sobre contratación pública**. Barcelona: Atelier, 2004, p.61-94, p. 65).

²⁸¹ ASHLEY, Patrícia Almeida. A mudança histórica do conceito de responsabilidade social empresarial. In: ASHLEY, Patrícia Almeida (coord.). **Ética e Responsabilidade social nos negócios**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 57. Sobre o tema, ainda valioso citar a competente crítica de Adriana da Costa Ricardo Schier que, além de estratificar o desenvolvimento nacional em sua dimensão objetiva e subjetiva, enuncia o direito ao desenvolvimento nacional sustentável num ambiente do atual Direito Administrativo Social (SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. **Fomento: Administração Pública, Direitos Fundamentais e Desenvolvimento**. Curitiba: Íthala, 2019, p. 81 e 87-102).

²⁸² ASHLEY, Patrícia Almeida. A mudança histórica do conceito de responsabilidade social empresarial. In: ASHLEY, Patrícia Almeida (coord.). **Ética e Responsabilidade social nos negócios**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 58.

para que se atenda o compromisso social e ambiental.²⁸³ Infelizmente, nem sempre as pessoas assim agem, basta verificar para situações simples vivenciadas como o uso da energia ou do elevador e a ideia do menor sacrifício. Como dito por Vladimir Passos de Freitas “é difícil, quase impossível, o retorno a uma vida mais simples e desprovida do conforto ofertado pelo progresso tecnológico”, o que de fato acaba acontecendo também pela falta de consciência coletiva. Por tudo isso, recorda que em matéria de resíduos há necessidade de se pensar numa solução que estimule ou atribua o ônus aos produtores e isso demanda que se altere o processo produtivo a partir da forma de produção. Conclui escorando que a força estatal, por meio da regulação, é imperativa para que regras sejam estabelecidas, as quais sancionem e também fomentem os comportamentos sustentáveis, pois “a partir daí, o próprio empreendedor encontrará, por meio da tecnologia, formas de conciliar a diminuição de custos e de proteção do meio ambiente”, com isso “estimulando economicamente por um lado, deverá o Estado, da mesma forma, atribuir responsabilidade administrativa aos que não se adequarem às regras de responsabilidade pós-consumo.”²⁸⁴

Emerson Badotto Emery, recorrendo ao escólio de Georgescu-Roegen, advoga que não basta o mundo parar de crescer e consumir muito mais do que a Terra gera de entropia, já que os caminhos residem na descoberta de uma forma de usar as energias e os resíduos de alta entropia “sem que o processo consuma uma quantidade maior de baixa entropia, ou o ‘decrescimento’.” Alerta, com razão, que atualmente falta altruísmo e filantropia pelas pessoas. Ademais, rememora a história para demonstrar que, inclusive em um cenário de “exploração”, é possível se pensar em desenvolvimento nacional sustentável, quando, por exemplo, “em 05 de março de 1605, durante o período da União Ibérica, o Rei Felipe III da Espanha (Em Portugal, Felipe II), enviou uma carta ao bispo do Brasil, dom Pedro de Castilho, ordenando que ‘por todas as formas’ se evitasse a devassidão com que o ‘lenho tintorial’ (pau-brasil)

²⁸³ FRIEDRICH, Nelton Miguel; FRIEDRICH, Tatyana Scheila. A intervenção estatal diante da crise socioambiental: exigência de ações sustentáveis. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder (Coord.). **Direito Público no Mercosul: intervenção estatal, direitos fundamentais e sustentabilidade**: anais do VI Congresso da Associação de Direito Público do Mercosul: homenagem ao Professor Jorge Luis Salomoni. Belo Horizonte: fórum, 2013, p. 131-136 p. 135.

²⁸⁴ FREITAS, Vladimir Passos de. Os resíduos sólidos na civilização de consumo: desafio para a existência de um desenvolvimento sustentável. **Revista de Direito Econômico e Socioambiental, Curitiba**, v. 1, n. 1, p. 81-107, jan./jun. 2010p. 102-103.

estava sendo explorado”, tanto que posteriormente Felipe III assinou o primeiro Regimento do Pau-Brasil, conquanto ulteriormente com o fim da União Ibérica (1640) Portugal voltou a explorar com completa irracionalidade.²⁸⁵

Nesse ideário, as compras públicas precisam ser sustentáveis.²⁸⁶ Não se pode ater só ao objetivo imediato que é a satisfação de uma necessidade material da Administração Pública (v. g. uma obra, um serviço, uma alienação ou uma aquisição), mas se deve priorizar os objetivos mediatos e as finalidades institucionais de um órgão ou uma entidade da Administração Pública que é a busca do bem-estar social. Não é um fim em si mesmo e sim é um meio (instrumento) que busca outros interesses públicos como a estabilidade laboral, o meio ambiente, a integração social, o acesso para pessoas descapacitadas física ou mentalmente, etc..

Por certo, o tema de inclusão de cláusulas sociais ou ambientais na valoração de um contrato público suscita até hoje polêmica. Para alijar todo tipo de problema, o ideal é alçar qualquer regra nesse sentido no ato convocatório e relacioná-la objetivamente com o objeto contratual, seja para examinar durante o certame ou para impor alguma condição a ser respeitada durante a execução contratual (condição de execução), assim tem-se avaliado, por exemplo, a Junta Consultiva de Contratação Administrativa da Cataluña (Recomendação da Comissão Permanente 1/2001, de 05 de abril) e a Junta Consultiva de Contratação Administrativa do Estado (Informe 11/99).²⁸⁷

Considerando os diversos objetivos mediatos e interesses públicos que podem ser perseguidos por meio da compra pública estratégica, pode-se dividir a denominação em: a) contratação verde para se referir à integração dos objetivos das políticas ambientais; b) contratação social em virtude do objeto incorporar reclames e

²⁸⁵ EMERY, Emerson Baldotto. **Desenvolvimento sustentável:** princípio da eficiência em procedimentos licitatórios. Belo Horizonte: Fórum, 2016 p. 48 e 66-68.

²⁸⁶ “Em suma, para que uma prática possa ser tida como sustentável é necessário que ela esteja voltada para a construção de uma nova modelagem institucional, que aproprie não só os conceitos de proteção ambiental e a justiça social, mas também um desenvolvimento econômico equilibrado impossível de se alcançar sem a adoção de práticas de racionalização que – fundadas numa gestão eficiente dos processos – possam garantir efetivos resultados na melhoria da qualidade do gasto público.” (SANTANA, Jair; CAMARÃO, Tatiana; CHRISPIM, Anna Carla Duarte. **Termo de referência.** 5. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 141).

²⁸⁷ FELIÚ, José María Gimeno. Los procedimientos y criterios de adjudicación y la posibilidad de valorar aspectos sociales y medioambientales. In: FELIÚ, José María Gimeno (coord.). **Contratación de las Administraciones Públicas:** análisis práctico de la nueva normativa sobre contratación pública. Barcelona: Atelier, 2004, p.61-94, p. 77.

demandas sociais no edital como luta contra o desemprego, a qualidade do emprego, a perspectiva de gênero, a contratação de pessoas com deficiência (descapacitadas física ou mentalmente) ou a reserva de contratos a empresas de inserção ou centros especiais de emprego e c) compra ética a qual eleva valor para aqueles licitantes ou objetos que venham a ter algumas repercussão com o cumprimento de padrões éticos estabelecidos nas convenções internacionais sobre as condições laborais dignas, salários mínimos, direitos dos trabalhadores, luta contra o trabalho infantil e fomentando o comércio justo.²⁸⁸ Depois de pregar pela etiquetagem nas contratações públicas justas, Teresa Media Arnáiz explica que a certificação deverá estar atrelada a características do objeto contratual e baseadas em informações científicas a partir de procedimento aberto, transparente e acessível para que qualquer interessado possa indagar.²⁸⁹

De forma um pouco diferente, Jaime Rodríguez-Arana Muñoz usa uma denominação mais ampla para tais cláusulas, mais precisamente cláusulas sociais, para justificar a sua inserção no ato convocatório e/ou no contrato para direcionar que o setor privado colabore com o Poder Público, a fim de os ajustes serem de maior qualidade possível em conjunto com o mais compromisso social. Parece que seja possível fruir sempre e quando houver espaço para “los postulados del pensamiento abierto, plural, dinámico y complementario”, usando para tanto uma metodologia de aproximação ou interseção entre o Direito Administrativo e as políticas públicas para a produção de resultados visando ao aumento do equilíbrio entre sensibilidade social, liberdade econômica e rigor jurídico. Por fim, o autor ainda enaltece que a contratação pública contribui e deve favorecer uma maior humanização a partir da realidade, com a intenção de “diseñar las técnicas contractuales de manera que la centralidad de la dignidad del ser humano brille por su presencia. Simplemente con establecer estímulos fiscales a las más variadas expresiones del denominado comercio justo, ya estaríamos trabajando en esa dirección.”²⁹⁰

²⁸⁸ ARNÁIZ, Teresa Medina. Comercio justo y contratación pública. In: GARCÍA, J. José Pernas (director). **Contratación pública estratégica**. Pamplona: Editorial Aranzadi, 2013, p. 249-281, p. 253-255.

²⁸⁹ ARNÁIZ, Teresa Medina. Comercio justo y contratación pública. In: GARCÍA, J. José Pernas (Director). **Contratación pública estratégica**. Pamplona: Editorial Aranzadi, 2013, p. 249-281, p.277.

²⁹⁰ MUÑOZ, Jaime Rodríguez-Arana. La contratación del sector público como política pública. In: GARCÍA, J. José Pernas (director). **Contratación pública estratégica**. Pamplona: Editorial Aranzadi, 2013, p. 31-44, p. 32.

Como bem advertido por Josep Ramon Fuentes I Gasó e Carme Juncosa Vidal, a contratação pública estratégica não se deve cingir a tão somente incluir considerações das mais diversas facetas (sociais, ambientais, fomento, dentre outras), mas também enfocar uma vocação estratégica e contextualizada como “una contratación moderna, eficiente e inteligente articulada en base a unos procesos competitivos basados en principios de igualdad y transparencia, que contribuyan a conseguir la mejor oferta en relación con la calidad y el precio.”²⁹¹

Nesse contexto, ressalta-se que a política de compras governamentais alia e persegue, “ao mesmo tempo, crescimento econômico, ganhos de eficiência e equidade sem a necessidade de trade-offs entre essas variáveis, um aspecto raro em intervenções do Estado na economia.”²⁹² Dentro desse ambiente de compras públicas sustentáveis, indubitavelmente o primeiro vetor que vem à cabeça é a compra verde ou também denominada de ambiental, apesar de reiterar que compra sustentável não é sinônimo de compra verde. Este é especie daquele gênero.

Para concretizar uma aquisição ecológica, o “Manual de Contratação Pública Ecológica” da União Europeia estipula que, em primeiro lugar, é imprescindível identificar o tipo de objeto pretendido e qual é o seu impacto ambiental no decorrer de seu ciclo de vida, a fim de mensurar o seu orçamento e os gastos a serem suportados pelo Estado e pela sociedade de acordo com o interesse do mercado. Como fatores adicionais (chamado por eles de “extensa investigación sobre características de comportamiento medioambiental y análisis de mercado”) a serem refletidos durante a fase interna (fase de planejamento), o órgão ou entidade deve: i) constatar a existência ou não de prioridades meio ambientais locais (v. g. qualidade de ar ao redor do espaço urbano, consumo de água/energia, gestão de resíduos ou adaptação do câmbio climático); ii) disponibilidade no mercado de opções mais adequadas do ponto de vista ambiental (com menor impacto ambiental) e se existe algum objeto com etiqueta ou certificação “verde”; iii) consideração de custo da futura contratação de acordo com as opções mais ecológicas e quanto impactarão no preço a ser pago, levando em

²⁹¹ FUENTES I GASÓ, Josep Ramon; VIDAL, Carme Juncosa. Principales novedades, régimen transitório y cuestiones adicionales. *In*: ACUÑA, Concepción Campos. **La nueva contratación pública en el ámbito local**. Madrid: Wolters Kluwer, 2018, p. 87-131, p. 95-96.

²⁹² ARAÚJO JÚNIOR, Ignácio Tavares de. **Análise comparada sobre medidas de favorecimento de micro e pequenas empresas (mpes) em compras públicas com avaliação de eficácia e identificação de melhores práticas** - Texto para discussão. Brasília: Rio de Janeiro: Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, 2018, p. 08.

conta sempre para fazer uma escorreita comparação que sejam sopesados todos os custos e valores a serem despendidos durante a vida útil do objeto (preço de compra, valor para o seu consumo – energia, água, manutenção -, descarte e seu importe). Nessa parte, ainda não se pode esquecer que podem existir subvenções ou subsídios para determinados objetos e que a própria União Europeia, por meio da sua Comissão competente, já elaborou toda esta pesquisa acima para vários grupos de produtos e serviços. Ainda, segundo dados do Manual de 2016, havia 21 grupos de produtos e serviços com a descrição e estudo já detalhado, apesar que sempre é indissociável a pesquisa de possíveis critérios adicionais nacionais ou regionais e que haja a transposição de tal zelo por uma questão de informação *versus* conscientização de todos.²⁹³

Para consolidar todas essas informações, a equipe participante da fase interna da licitação deve ser bastante qualificada e sabedora do seu papel para o sucesso ou insucesso da execução de um contrato público e de sua repercussão direta ou indireta na sociedade. Nesse contexto, a repercussão direta na sociedade se dá quando o contrato é efetivo, e, com isso, a comunidade percebe quando solicita uma atividade administrativa materialmente como um remédio num posto de saúde ou pelos livros escolares a disposição para o alunado. Já a indireta é aquela que será um reflexo da direta, porém a curto, médio e longo prazo, e que nem sempre é visível ou calculável como, por exemplo, o impacto para a saúde dos estudantes com o cuidado na impressão do livro didático em razão da tinta utilizada pela gráfica, com o valor de poluentes empregados para a ação de um maquinário e o consumo médio de água exonerada para a limpeza de um produto. Pelos exemplos acima retratadas, nota-se que nem sempre há a percepção da repercussão indireta. Da mesma forma não é em todo caso que existe a observação dos efeitos futuros de uma “simple execução contratual”.

²⁹³ “¿Cuán visibles serán sus actividades en materia de CPE para el público, el mercado, otros órganos de contratación y su propio personal? ¿Percibirán que se está haciendo un esfuerzo para mejorar el comportamiento medioambiental? Los cambios de alto relieve como los relativos al tipo de vehículos utilizados por una autoridad o la utilización de alimentos de cultivo ecológico en el comedor pueden contribuir a promover la sensibilización con respecto a su política en materia de CPE y mejorar la imagen de su organización.” (UNIÓN EUROPEA. **Adquisiciones ecológicas Manual sobre la contratación pública ecológica**. 3. ed. Luxemburgo: Oficina de Publicaciones de la Unión Europea, 2016 (disponível : http://ec.europa.eu/environment/gpp/pdf/handbook_2016_es.pdf), p. 11-12). Sobre o papel estratégico dos contratos em sustentabilidade, vide SÁNCHEZ, Ana Marín. El papel estratégico de las administraciones públicas en la innovación y la sostenibilidad ambiental: compra pública verde e innovadora. **Revista Universitaria Europea**, n. 30, enero-junio, 2019, p. 177-202.

Para tal mister, não basta conhecimento teórico sem a prática. O *expert* de licitações e contratos normalmente não terá a cognição exauriente ou profunda sobre o mercado daquilo que será contratado. Ele está fazendo o papel intermediário, ou seja, estará executando uma atividade meio para se alcançarem alguns objetivos. Por conseguinte, aliar a teoria e a prática, tanto daqueles que exercem a atividade de meio quanto dos que utilizarão ou fiscalizarão na ponta, é insolapável.²⁹⁴ No aspecto ambiental, a Comissão Europeia inclusive orienta que o grupo de trabalho a ser designado deverá implicar numa cooperação de distintos departamentos e trabalhadores de uma organização com a participação, por exemplo – e a depender do caso –, de responsáveis das finanças, do meio ambiente, da contratação pública, da construção civil, de energia, de tecnologia de informação, dentre outros. A formação de uma equipe faz parte para garantir um desenho de uma política adequada e séria com a estipulação de prioridades, objetivos e avaliação das necessidades de formação, o que, *per si*, contribuirá para garantir a seriedade, o compromisso e a satisfação das necessidades.²⁹⁵

Dentro das compras sustentáveis, uma prática mundialmente utilizada é o

²⁹⁴ “El teórico consigna sus conocimientos fundamentales y sus concepciones científicas; el práctico, su experiencia profesional y su ojo práctico. Aquél trabaja más bien sintetizando; éste, más bien de un modo casuista; el teórico aspira a promover un progreso constante; el práctico, a vencer las dificultades del momento. En el derecho administrativo, por el contrario, ocupa el práctico anchos campos que el teórico no pisa nunca o cultiva tan sólo de un modo extensivo. El teórico se suele deslizar aquí sobre la superficie, en tanto que el práctico, que no puede conformarse con un estudio superficial de la materia, emprende estudios detallados, profundos y esmerados. Por eso el teórico pierde aquí su papel directivo, y en vez de servir de maestro de la práctica, busca en ella sus mejores sugerencias.” (SPIEGEL, Ludwig. **Derecho Administrativo**. Trad. Francisco J. Condes. Colección Labor. Barcelona – Buenos Aires: Editorial Labor, 1933, p. 54).

²⁹⁵ UNIÃO EUROPEIA. **Adquisições ecológicas Manual sobre la contratación pública ecológica**. 3. ed. Luxemburgo: Oficina de Publicaciones de la Unión Europea, 2016 (disponível em: http://ec.europa.eu/environment/gpp/pdf/handbook_2016_es.pdf), p. 11. Sobre a importância de conscientização e repasse de conhecimento aos agentes públicos sobre como implantar as cláusulas ambientais e cláusulas sociais, vide alguns manuais governamentais: JUNTA DE ANDALUCIA. **Guía para la inclusión de cláusulas sociales y medioambientales en la contratación de la Junta de Andalucía**. Consejería de Hacienda y Administración Pública. 2016, disponível em https://www.juntadeandalucia.es/export/drupaljda/GUIA_CSM.pdf. Acesso em 04 de fev. de 2019; AYUNTAMIENTO DE MADRID. Instrucción 1/2016 relativa a la incorporación de cláusulas sociales en los contratos celebrados por el Ayuntamiento de Madrid, sus organismos autónomos y las entidades del sector público municipal. Disponível em https://sede.madrid.es/FrameWork/generacionPDF/ANM2016_4.pdf?idNormativa=34dcd5d317362510VgnVCM100000b205a0aRCRD&nombreFichero=ANM2016_4&cacheKey=5. Acesso em 05 de fev. de 2019; ARENAS, Natália da Silveira. Os desafios para a implementação das licitações sustentáveis na Administração Pública. **Revista de Direito Ambiental**, v. 82, 2016, abr./jun/2016; FELIÚ, José María Gimeno. **Las condiciones sociales en la contratación pública: posibilidades y límites**. Anuario del Gobierno Local. Barcelona, 2017, Fundación Democracia y Gobierno Local – Institut Dret Public, p. 241-287.

favorecimento para as pequenas empresas, independentemente da denominação utilizada para classificá-las. No Brasil, são chamadas de microempresas e empresas de pequeno porte. Várias outras espécies são equiparadas para os fins legais de benefícios como o produtor rural, o agricultor familiar, o microempreendedor individual e as cooperativas de trabalho com limite de faturamento igual à empresa de pequeno porte. Na Europa denominam-se de PYMES, as quais são as microempresas, empresas pequenas e empresas medias europeias.²⁹⁶ Nos Estados Unidos da América, o programa Small Business Act que prestigia as “small business”.

Gonzalo Barrio García destaca a importância da contratação e dos benefícios a serem concedidos para as microempresas, empresas pequenas e medias europeias (denominadas de PYMES) sem necessariamente gerar a exclusão das grandes na disputa. Ao final, conclui que a participação e a efetividade dos benefícios dependerão em muitas ocasiões de decisões individuais e da mentalidade favorável dos poderes das Administrações Públicas (poderes de adjudicación – adjudicadores) que do conteúdo regulatório da contratação pública prescrito.²⁹⁷ As PYMES representam o motor da economia europeia ao impulsionarem a criação de postos de trabalho e o crescimento econômico. Segundo relatório, em 2013, na União Europeia, mais de 21 milhões de PYMES proporcionavam 88,8 milhões de postos de trabalho, representam nove de cada empresa na União Europeia e geravam dois de cada três postos de trabalho.²⁹⁸

No âmbito brasileiro, os números não são diferentes. segundo Cartilha da Secretaria de Micro e Pequena Empresa da Presidência da República, tem-se os seguintes dados: (i) em 2011, as micro e pequenas empresas representaram 99% dos estabelecimentos e foram responsáveis por 51,6% dos empregos privados não

²⁹⁶ Segundo Regulamento da União Europeia nº 651/2014 da Comissão, de 17 de junho de 2014, considera-se que 1. La categoría de microempresas, pequeñas y medianas empresas (PYME) está constituida por las empresas que ocupan a menos de 250 personas y cuyo volumen de negocios anual no excede de 50 millones EUR o cuyo balance general anual no excede de 43 millones EUR. 2. En la categoría de las PYME, se define pequeña empresa como una empresa que ocupa a menos de 50 personas y cuyo volumen de negocios anual o cuyo balance general anual no supera los 10 millones EUR. 3. En la categoría de las PYME, se define microempresa como una empresa que ocupa a menos de 10 personas y cuyo volumen de negocios anual o cuyo balance general anual no supera los 2 millones EUR.” (Anexo I do Regulamento).

²⁹⁷ GARCÍA, Gonzalo Barrio. Contratación público y PYMES: un comentario a la luz de la propuesta de la Directiva en materia de contratación pública. In: GARCÍA, J. José Pernas (director). **Contratación pública estratégica**. Pamplona: Editorial Aranzadi, 2013, p. 133-159.

²⁹⁸ UNIÃO EUROPEIA. **Comissão Europeia. Guia del usuario sobre la definición del concepto de pyme**. Luxemburgo: Unión Europea, 2015, p. 03.

agrícolas formais no país e quase 40% da massa de salários; (ii) entre 2000 e 2011, de cada R\$ 100 pagos aos trabalhadores no setor privado não agrícola, cerca de R\$ 40, em média, foram pagos por micro e pequenas empresas; (iii) quanto à sua participação para a formação do Produto Interno Bruto (PIB), estima-se que gire em torno de 20% a 27%; (iv) entre os anos de 2000 a 2011, o número de MPE cresceu 50%, passando de 4,2 milhões para 6,3 milhões; (v) entre 2000 e 2005, foram gerados 2,4 milhões de postos de trabalho nas MPE, isso equivale a um crescimento médio anual de 5,1% ao ano; (iv) houve um incremento entre os anos de 2005 a 2011, resultando na geração de 4,6 milhões de novos postos de trabalho, o que representa crescimento médio anual de 5,9% ao ano.²⁹⁹ Em síntese, as microempresas representam uma grande fonte de empregos e zelam pela sobrevivência de diversos pequenos empreendedores e suas respectivas famílias.³⁰⁰

Além disso, segundo dados extraídos do Caderno de Logística nº 04, “Comprando das Micro e Pequenas Empresas”, o Ministério do Planejamento enaltece com dados concretos os avanços ocorridos entre 2007 a 2012, após a implementação do tratamento diferenciado para as microempresas e empresas de pequeno porte na Administração Pública Federal.³⁰¹ Na mesma linha, em 2015, dos itens licitados pelo pregão eletrônico no Comprasnet, 94% das licitações estavam situadas na faixa de até R\$ 80 mil, em que pese 59% destas não previram a licitação exclusiva.³⁰²

A título ilustrativo, a normatização de benefícios diretos ou indiretos para pequenas empresas não é uma novidade do Brasil. Segundo estudo comparativo do Brasil com outros países latino-americanos feito pela FIESP, em 2010, constatou-se

²⁹⁹ BRASIL, Secretaria de Micro e Pequena Empresa da Presidência da República. **Cartilha do Tratamento Diferenciado**. Brasília: 2014, Disponível na internet: http://smpe.gov.br/assuntos/cartilha_tratamentodiferenciado_mpe.pdf, Acesso em 18 de abr. de 2014.

³⁰⁰ CASTRO, Noema Augusta Soares de. Do plano de recuperação judicial para microempresas e empresas de pequeno porte. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, Belo Horizonte, n. 92, p. 235-272, jul.dez. 2005, p. 238-239. Ainda, em cruzamento de dados pelo antigo Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão a partir das informações da RAIS (Relação Anual de Informações Sociais) constatou-se que a cada bilhão de reais comprado pelo setor público junto às pequenas empresas houve a geração de oito mil novos postos de trabalho, fazendo com que o governo federal entre 2006 e 2013 tenha desencadeado na criação de 148 mil postos de trabalho em razão dos seus 18,5 bilhões de reais gastos em compras públicas. (LIMA, Bruno Quick Lourenço de. O uso do poder de compra é uma política eficaz de desenvolvimento sustentável. *In*: SANTANA, Jair Eduardo; FERRER, Florencia. **Compras Públicas Brasil**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2015, p. 35-39, p. 37).

³⁰¹ BRASIL, Ministério do Planejamento. **Comprando das Micro e Pequenas Empresas (Caderno de Logística nº 04)**. Brasília: 2013, p. 18 e seguintes.

³⁰² NEGÓCIOS PÚBLICOS. **Infográficos** – Informativo do Instituto Negócios Públicos sobre as Compras Públicas. Curitiba, 2016, p. 32.

que: (i) na Argentina havia preferências no âmbito provincial para empresas nacionais e de porte reduzido, bem como toda empresa deveria trabalhar associada com empresas de pequeno porte em pelo menos 30% da obra; (ii) na Colômbia as empresas nacionais de pequeno e médio porte tinham benefícios por meio de linhas de crédito; (iii) na Venezuela havia preferências para bens e serviços produzidos no país para empresas nacionais e para pequenas e médias empresas e (iv) no Chile e no Peru não havia qualquer vantagem.³⁰³

Em recente estudo avaliando a política pública de contratação pública para microempresa e empresa de pequeno porte, o Instituto de Pesquisa Econômica Aplicável explicou que a política de apoio às pequenas empresas não é recente. Os Estados Unidos instituíram o Small Business Act, em 1953, que visa ajudar, orientar, ajudar e proteger, na medida do possível e de acordo com a livre concorrência, os interesses das pequenas empresas.³⁰⁴ Consoante dados do Banco Mundial em 2017, existem 77 países de 180 consultados que praticam alguma forma de política de apoio às empresas de pequeno porte, por intermédio das compras públicas, a qual pode se dar por diversos formatos, inclusive com treinamento, cessão de créditos especiais, tratamentos preferenciais nas licitações, dentre outros.³⁰⁵

O fundamento está no fato de que pequenos negócios têm mais dificuldades que grandes empresas em quesitos, como: acesso ao crédito, conhecimento de impostos, regulamento, impacto da inflação, corrupção, criminalidade e práticas

³⁰³ Sobre este estímulo à contratação de microempresas e empresas de pequeno porte na América do Sul, vide a obra **Segurança jurídica: os aspectos políticos, legais e econômicos no Brasil e na América do Sul**. São Paulo: FIESP, 2010, p. 14.

³⁰⁴ *"The essence of the American economic system of private enterprise is free competition. Only through full and free competition can free markets, free entry into business, and opportunities for the expansion and growth of personal initiative and individual judgment be assured. The preservation and expansion of such competition is basic not only to the economic well-being but to the security of this Nation. Such security and well-being cannot be realized unless the actual and potential capacity of small business is encouraged and developed. It is the declared policy of the Congress that the Government should aid, counsel, assist, and protect, insofar as is possible, the interests of small-business concerns in order to preserve free competitive enterprise, to insure that a fair proportion of the total purchases and contracts or subcontracts for property and services for the Government (including but not limited to contracts or subcontracts for maintenance, repair, and construction) be placed with small business enterprises, to insure that a fair proportion of the total sales of Government property be made to such enterprises, and to maintain and strengthen the overall economy of the Nation."* (Public Law 85-536, as amended – Disponível no site https://www.sba.gov/sites/default/files/Small%20Business%20Act_0.pdf, Acesso 05 de mar. de 2019)

³⁰⁵ ARAÚJO JÚNIOR, Ignácio Tavares de. **Análise comparada sobre medidas de favorecimento de micro e pequenas empresas (mpes) em compras públicas com avaliação de eficácia e identificação de melhores práticas** - Texto para discussão. Brasília: Rio de Janeiro: IPEA/Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, p. 08.

anticompetitivas, motivos legitimadores para uma ajuda ao seu crescimento ao tornarem-se fornecedoras do governo, até porque com o fortalecimento de tais entidades, através de choques tecnológicos e liquidez financeira, com tais relações negociais haverá efeitos positivos para o Estado dadas as evidências recentes de melhorias³⁰⁶ Ofertar condições de melhorias a um pequeno empreendedor é sinal de o Estado preocupado com o seu fortalecimento para a melhoria de condições de vida dos seus responsáveis, dos seus funcionários e de todos aqueles que com ele se relacionam. Ultrapassa aquela ideia equivocada de o Estado se preocupar somente com arrecadação, ainda que esta não seja desprezada, pois o Estado executor precisa de receita. Entretanto, a receita advirá se houver um devido planejamento normativo para a melhoria no ambiente dos negócios e desde que haja a tão sonhada segurança ou solidez jurídica, já que o impacto regulatório (e sua falta em geral na prática), no Brasil atual, ainda devasta a esperança, apesar de estar quase em 2020. Por isso, ainda que seja discutido em outro tópico deste trabalho, mas “dar condições de se obter o básico é muito mais importante do que comprar a um custo baixíssimo, é dar condição para que os pequenos empreendedores expandam seus limites e disseminem empregos.”³⁰⁷

As pequenas empresas representam uma grande fonte de empregos formais e informais, merecendo o cuidado para que se minore cada dia mais a informalidade, pois o trabalhador tem família e eles precisam ser assegurados de direitos mínimos para a sua vivência.³⁰⁸ Por exemplo, em caso de acidente, anseia-se que o funcionário seja devidamente amparado pela Seguridade Social, sem acarretar um colapso financeiro familiar, o que acontecerá se estiver formalizado. A falta de amparo numa situação dessas será refletida para o Estado como um todo a partir do aumento de gastos em assistência social, segurança pública, educação, dentre outros. O mesmo resultado é sentido na Europa e particularmente na Espanha, José Antonio Moreno Molina e Alma Patricia Domínguez Alonso explicam que o impulso dado às PYMES

³⁰⁶ ARAÚJO JÚNIOR, Ignácio Tavares de. **Análise comparada sobre medidas de favorecimento de micro e pequenas empresas (mpes) em compras públicas com avaliação de eficácia e identificação de melhores práticas** - Texto para discussão. Brasília: Rio de Janeiro: IPEA/Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, p. 07.

³⁰⁷ EMERY, Emerson Baldotto. **Desenvolvimento sustentável: princípio da eficiência em procedimentos licitatórios**. Belo Horizonte: Fórum, 2016 p 71

³⁰⁸ CASTRO, Noema Augusta Soares de. Do plano de recuperação judicial para microempresas e empresas de pequeno porte. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, Belo Horizonte, n. 92, p. 235-272, jul.dez. 2005., p. 238-239.

contribuem para a criação de empregos e crescimento de inovação, ao mesmo tempo que aumenta a base de dados de possíveis competidores em licitações, redundando, assim, numa majoração de competitividade.³⁰⁹

O ordenamento jurídico brasileiro já em sua Lei Maior se preocupou em propiciar condição diferenciada para as microempresas e empresas de pequeno porte. O artigo 170 prescreve o tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País como um dos princípios norteadores da ordem econômica. Posteriormente, no mesmo capítulo, prescreve que a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios dispensarão às microempresas e às empresas de pequeno porte, assim definidas em lei, tratamento jurídico diferenciado, visando a incentivá-las pela simplificação de suas obrigações administrativas, tributárias, previdenciárias e creditícias, ou pela eliminação ou redução destas por meio de lei (artigo 179).³¹⁰

Disciplinando tais normas constitucionais, a Lei Complementar nº 123/2006, atualmente, define como microempresa a sociedade empresária,³¹¹ a sociedade simples, a sociedade individual de responsabilidade limitada e o empresário que aufera em cada exercício receita bruta igual ou inferior a R\$ 360.000,00 (trezentos e sessenta mil reais) e como empresa de pequeno porte, igual ou inferior a R\$ 4.800.000,00 (quatro milhões e oitocentos mil reais).³¹² Tal legislação, ao instituir o Estatuto da Microempresa e Empresa de Pequeno Porte, tratou de diversas obrigações em

³⁰⁹ MOLINA, José Antonio Moreno; ALONSO, Alma Patricia Domínguez. El nuevo derecho de la Unión Europea sobre contratación pública. In: ACEVEDO, Rafael Fernández; FERNÁNDEZ, Patricia Valcárcel (directores). **La contratación pública a debate: presente y futuro**. Navarra: Civitas, 2014, p. 139-164, p. 147-148 e 162.

³¹⁰ "A intervenção estatal na economia, mediante regulamentação e regulação de setores econômicos, faz-se com respeito aos princípios e fundamentos da Ordem Econômica. CF, art. 170." (Supremo Tribunal Federal, RE 422.941, Rel. Min. Carlos Velloso, julgamento em 5-12-2005, Segunda Turma, DJ de 24-3-2006).

³¹¹ Artigo 3º, I e II, da Lei Complementar nº 123/2006 atualizado pela Lei Complementar nº 155/2016.

³¹² Convém informar que não se deve confundir microempresa e empresa de pequeno porte com empresa optante pelo Simples. O Simples Nacional é um regime tributário que poderá ser adotado pelas MEs e EPPs, mas não lhe é obrigatório. Isto é, a ME e a EPP pode ou não adotar o regime tributário do Simples Nacional, até porque dependendo do caso outros regimes tributários poderão ser mais benéficos. Portanto, o importante para que a ME e EPP possa gozar do regime diferenciado dos artigos 42 a 49 da Lei Complementar n. 123/2006 é que a empresa se enquadre aos valores de faturamentos preconizados no artigo 3º. Para deixar explícito que não se confunde o regime tributário com a caracterização de uma empresa como ME ou EPP para fins licitatórios, houve a inserção do artigo 3º-B na Lei de Licitações: "Art. 3º-B. Os dispositivos desta Lei Complementar, com exceção dos dispostos no Capítulo IV, são aplicáveis a todas as microempresas e empresas de pequeno porte, assim definidas pelos incisos I e II do caput e § 4º do art. 3º, ainda que não enquadradas no regime tributário do Simples Nacional, por vedação ou por opção."

diferentes áreas jurídicas, principalmente questões tributárias, mas também preceituou dispositivos atinentes a licitações e contratos, a obrigações civis, previdenciárias e trabalhistas.³¹³

Especificamente sobre as licitações e os contratos administrativos, poder-se-ia dividir as suas prescrições, antes de sua alteração pela Lei Complementar nº 147/2014, em benefícios e faculdades. Dividia-se em benefícios, porque estes eram diretos e autoaplicáveis desde o momento da publicação da lei, e as faculdades dependiam de regulamentação e previsão no instrumento convocatório quando possíveis de serem aplicadas.³¹⁴ Os primeiros cingiam-se à restrição de regularidade fiscal (artigos 42 e 43) e ao empate ficto (artigo 44), já os segundos (artigo 48) versavam a possibilidade de licitação exclusiva de até R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais) para microempresa e empresa de pequeno porte, de subcontratação de até 30% para microempresa e empresa de pequeno porte, quando o contrato não se enquadrasse nessas categorias jurídicas, e o parcelamento da licitação para fornecimento de bens e serviços de natureza divisível numa cota de 25% para participação exclusiva de microempresa e empresa de pequeno porte.

Após a Lei Complementar nº 147/2014, o artigo 48 foi substancialmente alterado, além de outros dispositivos, para inserir a licitação exclusiva de até R\$ 80.000,00 (oitenta mil) e a parcela exclusiva de até 25% em licitações de fornecimento de bens de natureza divisível como deveres-poderes aos agentes públicos em seus certames, ressalvadas as exceções que retratam a sua impossibilidade de uso (artigo 49). Em síntese, só deixou como faculdade a factibilidade de subcontratação, sem limite percentual, para microempresa e empresa de pequeno porte quando for contrato de obras e serviços e não celebrado com pequenas empresas (ME e EPP), os demais

³¹³ Avaliando o uso de tal legislação em concreto, vide Chaves, F., Bertassi, A., & Silva, G. *Compras Públicas e Desenvolvimento Local: Micro e Pequenas Empresas Locais nas Licitações de uma Universidade Pública Mineira. REGEPE - Revista de Empreendedorismo e Gestão de Pequenas Empresas*, n. 8, 2019, p. 77-101.

³¹⁴ “8. Observo, aliás, que os comandos contidos nos arts. 44 e 45 são impositivos (“proceder-se-á da seguinte forma...”), ao passo que a redação conferida aos arts. 47 e 48 deixam claro seu caráter autorizativo (“a administração pública poderá...”). As regras insculpidas nos arts. 44 e 45 não são, portanto, facultativas, mas auto-aplicáveis desde o dia 15.12.2006, data de publicação da Lei Complementar 123.” (Tribunal de Contas da União, Acórdão nº 2144/2007 – Plenário). Mesma linha, vide Jair Santana: “No que diz respeito especificamente às licitações, as normas consignadas nos artigos 42 a 45 são de eficácia plena e imediata, ou seja, encontram-se produzindo efeitos no mundo jurídico desde a publicação da Lei Complementar nº 123/2006 (DOU, 15. dez.2006)”. (SANTANA, Jair e GUIMARÃES, Edgar. *Licitações e o novo estatuto da pequena e microempresa: reflexos práticos da LC nº 123/2006*. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 22).

vetores ficaram como um dever obrigacional aos agentes públicos.

Outra novidade que é sustentável, a partir da Lei Complementar 147, foi a possibilidade de estabelecer uma margem de preferência de até 10% para beneficiar as microempresas e empresas de pequeno porte locais ou regionais em detrimento das demais quando for o caso dos casos anteriormente arrolados de licitação exclusiva de até 80 mil reais ou de cota de até 25%. Prestigiar o desenvolvimento local e regional deve ser prioridade, pois, assim como se viu que a metodologia do crescimento econômico não é adequada para medir o desenvolvimento, também não é concebível que se infira um desenvolvimento nacional de um Estado que possua elevada discrepância local e regional.

Está dentro do critério de desenvolvimento nacional sustentável a minoração das desigualdades regionais e locais. Ainda que a Constituição da República Federativa do Brasil em seu artigo 3º, inciso III, preceitue tão somente o objetivo fundamental de “diminuição das desigualdades regionais”, não poderia asseverar que apreciando de maneira sistemática o texto da Lei Maior seria crível que as desigualdades locais estariam marginalizadas dos fins no Estado Brasileiro. Para diminuir as desigualdades regionais, é imperioso que se atue do ponto micro para o macro; da localidade para a região; das regiões para o nacional. Tal pensamento é ainda mais necessária quando se está diante de um país de proporções bastante avantajadas territorialmente e com diferenças enormes de acesso e distribuição de renda.³¹⁵ A articulação dos mercados locais e dos regionais gera, como efeito, a redução dos fatores naturais limitantes nos mais diversos lugares da terra, seja por meio do comércio direto ou de uma especialização entre os diferentes produtos e locais; doutro lado, a concentração e a especialização extrema, seja comercial ou não, desemboca num aumento de animosidade e arrefecimento da vida digna (ou, minimamente, do mínimo existencial) entre os diversos seres.³¹⁶

³¹⁵ Segundo Lênio Streck, “em mais de cinco séculos de existência, produziu pouca democracia e muita miséria” (STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 34).

³¹⁶ CARRASCO, Cristina; TELLO, Enric. Apuntes para una vida sostenible. In: MATEO, Maria Freixanet (coord.). **Sostenibilitats: polítiques públiques des del feminisme i l'ecologisme**. Barcelona: Institut de Ciències Polítiques i Socials, 2011, p. 11-53, p. 35-36. Coadunando com este raciocínio, Antônio Carlos Filgueira Galvão explana que o Estado deverá coordenar ações entre instâncias de governo e entre macro e micropolíticas e que o futuro para o desenvolvimento brasileiro está diretamente relacionado com a atuação estatal a partir de “recuperação de graus de liberdade para a ‘costura’ de interesses de classes e grupos sociais, o redesenho de elementos mínimos de solidariedade federativa

Convém recordar que a Organização das Nações Unidas estabeleceu a Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável e elencou dezessete objetivos que deverão ser persecutidos pelos seus signatários, sendo que o Brasil e a Espanha fazem parte deste pacto. Dentre os objetivos tracejados, vários deles impactam diretamente no temário deste trabalho, em especial: Objetivo 01. Acabar com a pobreza em todas as suas formas, em todos os lugares; Objetivo 02. Acabar com a fome, alcançar a segurança alimentar e melhoria da nutrição e promover a agricultura sustentável; Objetivo 3. Assegurar uma vida saudável e promover o bem-estar para todos, em todas as idades; Objetivo 4. Assegurar a educação inclusiva e equitativa e de qualidade, e promover oportunidades de aprendizagem ao longo da vida para todos; Objetivo 8. Promover o crescimento econômico sustentado, inclusivo e sustentável, emprego pleno e produtivo e trabalho decente para todos; Objetivo 9. Construir infraestruturas resilientes, promover a industrialização inclusiva e sustentável e fomentar a inovação; Objetivo 10. Reduzir a desigualdade dentro dos países e entre eles; Objetivo 12. Assegurar padrões de produção e de consumo sustentáveis; Objetivo 16. Promover sociedades pacíficas e inclusivas para o desenvolvimento sustentável, proporcionar o acesso à justiça para todos e construir instituições eficazes, responsáveis e inclusivas em todos os níveis e Objetivo 17. Fortalecer os meios de implementação e revitalizar a parceria global para o desenvolvimento sustentável.

Dentro dos referidos objetivos, houve o detalhamento para expor como eles deverão ser atingidos. Em vários pontos, existe o destaque para o desenvolvimento humano, o científico, o tecnológico e o inovativo, bem como para a imperiosidade de se trabalhar de maneira diferente entre os países desenvolvidos versus os países em desenvolvimento considerando o notável *discrímen* e o mesmo raciocínio em cada país ante as pobrezaas internas que o assolam. O próprio item 12.7 estatui a promoção de compras públicas sustentáveis em conformidade com as prioridades nacionais, já

e a defesa de estruturas socioeconômicas internas frente às pressões subjacentes a esta peculiar linha de evolução do sistema econômico internacional parecem ser elementos importantes para a remontagem das estratégias de desenvolvimento, reclamando lugar de destaque para a estruturação de políticas de desenvolvimento regional articuladas pelas várias instâncias de governo, incluindo a instância federal.” (GALVÃO, Antônio Carlos Filgueira. **Política de desenvolvimento regional e inovação**: lições da experiência europeia. Rio de Janeiro: Garamond, 2004, p. 239 e 250). Acerca do tema sopesando a vivência espanhola, vide: CARREIRA, María del Carmen Sánchez; VALENTÍN, María Concepción Peñate. La compra pública innovadora. Análisis regional de la experiencia española. **Journal of regional research – Investigaciones regionales**, n. 40, 2018, p. 79-107.

o 10.3.a. estampou o dever de implementação do tratamento especial e diferenciado entre os países de acordo com o seu nível de desenvolvimento. Portanto, desrespeitar as diferenças por meio de um acordo bilateral ou multilateral é descumprir o compromisso brasileiro com os objetivos da Agenda 2030.³¹⁷

A própria ONU, em 2016, lançou o “Roteiro para a Localização dos Objetivos do Desenvolvimento Sustentável: Implementação e Acompanhamento no nível subnacional”. Neste há a ênfase de esforços que deverá se brandir aos governos locais e regionais para a concretização dos objetivos globais, isso porque os ODS têm metas arraigadas diretamente às responsabilidades dos governos locais e regionais, mormente na prestação de serviços básicos. Como dito à época pelo Secretário Geral da ONU, Ban Ki-moon, a luta pela sustentabilidade global será vencida ou perdida nas cidades. Para tanto, é imprescindível (i) a existência de uma governança local eficiente para assegurar a inclusão de uma diversidade de protagonistas locais, criando ampla propriedade, compromisso e responsabilidade para com os objetivos; (ii) uma abordagem multinível e multidisciplinar e (iii) robusto compromisso nacional para amparo legal e institucional suficientes, bem como capacidade financeira. Por tudo isso, o fortalecimento dos governos locais e regionais, bem como o respectivo desenvolvimento em tais searas, é pauta necessária para a Agenda 2030, rogando que os municípios elaborem um plano de ação e criem mecanismos que permitam a participação cidadão e a responsabilidade institucional.³¹⁸

Quanto à experiência internacional e seus êxitos sobre a contratação sustentável, convém salientar alguns exemplos. Apesar de alguns avanços, o informe de avaliação do cumprimento dos objetivos de compras sustentáveis para 2010 nos países da União Europeia concluiu pela não obtenção do resultado inicialmente planejado, qual seja, 50% de todos os contratos públicos possuírem alguma consideração ambiental. A frustração do intento demonstrou, dessa maneira, uma certa dificuldade e complexidade para a criação de tal hábito. A implantação varia de país para país. O parecer específico das contratações verdes menciona que, dos 27

³¹⁷ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Transformando nosso mundo: a agenda 2030 para o desenvolvimento sustentável.** Disponível em <https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2015/10/agenda2030-pt-br.pdf>. Acesso em 29 de jul. de 2019.

³¹⁸ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Roteiro para a Localização dos Objetivos do Desenvolvimento Sustentável: Implementação e Acompanhamento no nível subnacional.** 2016: p. 13-16. Disponível em <https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2017/06/Roteiro-para-a-Localizacao-dos-ODS.pdf>.

países, existem números mais proeminentes na Bélgica, Holanda, Suécia e Dinamarca, enquanto em outros, tais representam menor de 20%. Para ter uma noção, Finlândia superava 80%, quatro países entre 60 e 80%, 4, entre 40 e 60% e 6 entre 20 e 4%, inclusive a Espanha.³¹⁹ O governo da Bélgica fixou o objetivo de 100% (cem por cento) de suas contratações cumprirem critérios sustentáveis até o ano de 2020, sendo que fixou uma série de planos de ação nos anos de 2009-2011, 2012-2014, 2015-2017 e 2018-2020 para alcançar este fim, nos quais incluía orientação, critérios e mecanismos para garantir que todos os departamentos da Administração vergassem para tal meta.³²⁰

A título complementar, houve a criação de várias redes de contratação pública ecológica e sustentável a nível nacional e regional, como, por exemplo, a Associação sobre Contratação Pública Ecológica na Dinamarca (www.groenneindkoeb.dk), que permite o intercâmbio de informações e experimentações, e também a rede regional francesa Gran Oeste (<http://www.reseaugrandouest.fr>). A mais, houve a difusão da campanha Procura+ (<http://www.procuraplus.org>) que mira a comunhão de experiências em tais tipos de contratações para facilitar a multiplicação por outros órgãos e entidades.³²¹

Não se pode olvidar da importância dos Livros Verdes para a mudança de paradigma e de diretrizes para as contratações públicas europeias. Dentre eles, o

³¹⁹ GARCÍA, J. José Pernas. La dimensión ambiental en la normativa de contratos del sector público. In: ACEVEDO, Rafael Fernández; FERNÁNDEZ, Patricia Valcárcel (directores). **La contratación pública a debate: presente y futuro**. Navarra: Civitas, 2014, p. 345-379, p. 348-349. Acerca da importância de medir os impactos e a avaliação da contratação pública estratégica para a sua continuidade, vide SÁENZ, Bernabé Palacín. Las cláusulas de responsabilidad social en la contratación pública local. In: ACUÑA, Concepción Campos. **La nueva contratación pública en el ámbito local**. Madrid: Wolters Kluwer, 2018, p. 313-351.

³²⁰ UNIÓN EUROPEA. **Adquisiciones ecológicas Manual sobre la contratación pública ecológica**. 3. ed. Luxemburgo: Oficina de Publicaciones de la Unión Europea, 2016 (disponível : http://ec.europa.eu/environment/gpp/pdf/handbook_2016_es.pdf), p. 12. Sobre contratações públicas sustentáveis em outros países, vide também: ALMEIDA, Ana Carla Leite de; COELHO, Angelita de Souza. Contratações públicas sustentáveis e a promoção de uma Economia Verde e inclusiva. In: VILLAC, Teresa; BLIACHERIS, Marcos Weiss; SOUZA, Lilian Castro de (coord.). **Panorama de licitações sustentáveis: direito e gestão pública**. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 273-284.

³²¹ UNIÓN EUROPEA. **Adquisiciones ecológicas Manual sobre la contratación pública ecológica**. 3. ed. Luxemburgo: Oficina de Publicaciones de la Unión Europea, 2016 (Disponível em: http://ec.europa.eu/environment/gpp/pdf/handbook_2016_es.pdf), p. 18. O avanço do direito da contratação pública na União Europeia avançou muito a partir da Estratégia 2020, do Livro Verde, das Directivas de 2004 e da atual de 2014. (GOMES, Pedro Cerqueira. Contratação pública e inovação – o diálogo entre Portugal e a União Europeia. In: ACEVEDO, Rafael Fernández; FERNÁNDEZ, Patricia Valcárcel (directores). **La contratación pública a debate: presente y futuro**. Navarra: Civitas, 2014, p. 525-555).

documento denominado “Os contratos públicos na União Europeia: pistas de reflexão para o futuro” é decorrente da Comunicação da adotada pela Comissão em 27 de novembro de 1996 pela proposta do comissário Monti. A intenção foi estimular um amplo debate no bloco econômico e os temas da referida agenda eram:

Os temas abordados são os seguintes: transposição e aplicação efectiva da legislação, meios de melhorar o acesso ao mercado através da informação e da formação e graças ao desenvolvimento de processos informatizados de celebração dos contratos, forma de conjugar uma aplicação correcta do direito dos contratos públicos com a aplicação das outras políticas comunitárias, nomeadamente as relativas às pequenas e médias empresas (PME), às redes transeuropeias (RT), à normalização, ao Fundo de Coesão e aos fundos estruturais, aos contratos celebrados pelas instituições europeias ou financiados por fundos comunitários, ao domínio social, do ambiente e dos consumidores e, por último, ao acesso aos contratos públicos de outros países.³²²

Depois em 2001, na cidade de Bruxelas, houve a apresentação pela Comissão das Comunidades Europeias de outro Livro Verde, o qual teve por escopo promover um quadro europeu para a responsabilidade social das empresas. Mesmo que o desiderato principal de uma empresa seja o lucro, uma vez que pertencente ao segundo setor, não se deve desconsiderar o seu intento “contribuir para o cumprimento de objectivos sociais e ambientais mediante a integração da responsabilidade social, enquanto investimento estratégico, no núcleo da sua estratégia empresarial, nos seus instrumentos de gestão e nas suas operações.”³²³

José Antonio Moreno Molina e Alma Patricia Domínguez Alonso retratam que quando da abertura de manifestações para a confecção do Livro Verde houve 623 contribuições, sendo que sobre o uso estratégico das contratações públicas para outros objetivos houve uma certa censura sobre o seu uso para questões de outros objetivos políticos por alguns, apesar do elevado apoio por parte de associações da sociedade civil.³²⁴ Além disso, não se pode esquecer da importância das comunicações promovidas na União Europeia e destas em conjunto com o livro verde

³²² Disponível no site: http://europa.eu/documents/comm/green_papers/pdf/com-96-583_pt.pdf. Acesso em 15 de fev. de 2019.

³²³ Disponível no site: http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/committees/empl/20020416/doc05a_pt.pdf Acesso em 15 de fev. de 2019.

³²⁴ MOLINA, José Antonio Moreno; ALONSO, Alma Patricia Domínguez. El nuevo derecho de la Unión Europea sobre contratación pública. In: ACEVEDO, Rafael Fernández; FERNÁNDEZ, Patricia Valcárcel (directores). **La contratación pública a debate: presente y futuro**. Navarra: Civitas, 2014, p. 139-164, p. 143-144.

para a melhoria da Directiva 2004 para 2014/24/EU.³²⁵ Ademais, imperioso pontuar que a União Europeia se preocupa com a exigência indiscriminada de uso de critérios ambientais e sociais, porque poderão ensejar riscos de discriminação e de uso eficiente dos recursos públicos, motivos que elevam um possível debate sempre presente sobre a compatibilização (ou ponderação) entre a eficiência e economicidade e doutro lado a sustentabilidade.³²⁶

Pelo exposto neste tópico e de acordo com as repercussões sociais da visão estratégica da contratação pública, repisa-se que o “sucesso do processo conduzido pelo custeio público realmente indica que um país não precisa esperar até vir a ser muito rico (durante o que pode ser um longo período de crescimento econômico) antes de lançar-se na rápida expansão da educação básica e dos serviços de saúde.”³²⁷ A justificativa desta assertiva encontra guarida, pois “a qualidade de vida pode ser em muito melhorada, a despeito dos baixos níveis de renda, mediante um programa adequado de serviços sociais.”³²⁸ Nefastamente, por vezes, o Estado é conduzido por agentes que não almejam os fins sociais legítimos, e sim arquitetam realizações impactantes para fins de majoração de arrecadação e de possível retorno em escrutínios populares, alijando-se do interesse público primário.³²⁹ Posto isso, aquiesce-se com Carla Rister na conclusão de substituir a “preocupação econômica com os resultados pela preocupação jurídica com os valores, o que importaria uma

³²⁵ “El citado libro verde y las respuestas al mismo nos sitúan ya en la pista de los principales aspectos que va a abordar la nueva Directiva relativa a la contratación pública, que tienen dos grandes objetivos: incrementar la eficiencia el gasto público para garantizar los mejores resultados posibles de la contratación en términos de relación calidad/precio (lo que implica, en particular, simplificar y flexibilizar las normas sobre contratación pública vigentes) y permitir que los compradores utilicen mejor la contratación pública en apoyo de objetivos sociales comunes como la protección del medio ambiente, una mayor eficiencia energética y en el uso de los recursos, la lucha contra el cambio climático, la promoción de la innovación, el empleo y la integración social y la prestación de servicios sociales de alta calidad en las mejores condiciones posibles (VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, 2011, 2)” (MOLINA, José Antonio Moreno; ALONSO, Alma Patricia Domínguez. El nuevo derecho de la Unión Europea sobre contratación pública. In: ACEVEDO, Rafael Fernández; FERNÁNDEZ, Patricia Valcárcel (directores). **La contratación pública a debate: presente y futuro**. Navarra: Civitas, 2014, p. 139-164, p. 144).

³²⁶ GARCÍA, J. José Pernas. La dimensión ambiental en la normativa de contratos del sector público. In: ACEVEDO, Rafael Fernández; FERNÁNDEZ, Patricia Valcárcel (directores). **La contratación pública a debate: presente y futuro**. Navarra: Civitas, 2014, p.345-379, p. 349-350.

³²⁷ SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. Trad. Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2000, p. 66.

³²⁸ SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. Trad. Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2000, p. 66.

³²⁹ TSCHUMI, André Vinicius. Políticas de desenvolvimento regional. In: BARRAL, Welber (org.). **Direto e desenvolvimento: análise da ordem jurídica brasileira sob a ótica do desenvolvimento**. São Paulo: Editora Singular, 2005, p. 143-165, p. 165.

mudança relevante. Igualdade de oportunidades, inclusão no mercado, conhecimento das melhores opções econômicas e sociais e cooperação passariam a compor o quadro valorativo de construção de uma democracia econômica.”³³⁰ Afastando o raciocínio de pensar de maneira imediata as compras públicas, e sim de maneira macro e sistemática o ciclo da contratação pública, é possível sim que os Estados procurem alinhar o desenvolvimento e a sustentabilidade com as licitações e os ajustes administrativos.

³³⁰ RISTER, Carla Abrantkoski. **Direito ao desenvolvimento:** antecedentes, significados e conseqüências. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 244.

2.2. O Direito Administrativo Contemporâneo: concertação e consensualização para além da unilateralidade

Segundo os clássicos livros de Direito Administrativo, nacionais e internacionais, tal ramo é concebido como autônomo nos fins do século XVIII e início do século XIX. Tem como principal marco histórico a Revolução Francesa de 1789.³³¹ Não é que anteriormente inexistiam situações típicas de Direito Administrativo, até porque nos mais diversos Estados havia relações entre cidadãos (ou pessoas)³³² e órgãos e entidades da Administração Pública, bem como estes possuíam agentes que laboravam habitualmente, todavia, o ramo não possuía autonomia ante a falta de segurança que o Estado de Direito lhe propicia. Por isso, pode-se dizer que o Direito Administrativo existe onde há Estado de Direito, o qual é, segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro, balizado pelos princípios da legalidade e da separação dos poderes, já que a falta de contornos jurídicos determinantes para a delimitação dos direitos e deveres a todos não permite uma higidez ao mesmo.³³³

Cabe destacar, porém, que o Direito Administrativo, estudado no século XIX e XX, é diferente do atual, em pleno século XXI. O seu conteúdo varia de acordo com os elementos da estrutura política e da sociedade, a partir de um espaço e de um tempo. A estrutura política é determinante para estabelecer os contornos e os limites da legalidade e da separação de poderes estatuída a um Estado. A sociedade é cambiante e está em pleno desenvolvimento, ainda que por alguns momentos pareça ao contrário, refletindo as aspirações das pessoas sediadas num delimitado território. O tempo e o espaço são fatores que se aplicam sobre a estrutura política e a sociedade. Nessa diretriz, não se pode utilizar os mesmos institutos e ferramentas no presente como se fossem imutáveis e atemporais. O passado é importante, no entanto é imprescindível compreender o presente e realizar prognoses para o futuro.

³³¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. 500 anos de Direito Administrativo Brasileiro. Revista Eletrônica de Direito do Estado, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n. 05, jan.mar.2006, Disponível na internet www.direitodoestado.com.br, Acesso em 12 de ago. de 2016; MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 40; GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 37; ARAÚJO, Edmir Netto de. **Curso de Direito Administrativo**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 30; MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 11. ed. São Paulo: RT, 1985, p. 17; MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 19. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 51.

³³² A depender do Estado.

³³³ DI PIETRO, Maria Sylvia. **Direito Administrativo**. 32. ed. São Paulo: Atlas, 2019, p. 02.

Com isso, não se pretende uma desvinculação do histórico do Direito Administrativo Brasileiro, seja pelas suas influências estrangeiras ou pelo prumo como se desenvolveu internamente, até porque, como pondera Prosper Weil, o Direito Administrativo não se pode desvencilhar da história, em especial da história política, pois, nesta, encontra-se o seu verdadeiro fundamento e dela recebe a filosofia a ser adotada e os traços característicos. Assim, complementa que não se trata de ficar recordando o passado por si, mas de conhecer para entendê-lo hodiernamente.³³⁴

Sob este prumo, e considerando que o sistema francês serviu de inspiração e origem a tal seara jurídica, convém alvitrar que durante o século XIX a Administração Pública Francesa orientou-se por uma centralização de atividades ante os demais poderes, a qual possui como um grande fator a existência do Conselho de Estado e da jurisdição administrativa.³³⁵ Indubitavelmente, as decisões administrativas do Conselho de Estado serviram como forte sustentáculo para a construção do regime jurídico de Direito Público que se assentou pela derrogação (total ou parcial) do Direito Privado ao Direito Público, pela existência de poderes administrativos, pela superioridade do interesse público sobre o privado, pela liberdade e vontade assistida legalmente, pelo critério da autoridade e pela concretização a partir de atos administrativos.³³⁶

Entretanto, as matrizes filosóficas e históricas àquela época precisavam de uma oposição ao Estado Absolutista que se vivenciava anteriormente. Demandava-se uma força ao Estado e às suas ordens de acordo com a legalidade, a fim de romper com a sobreposição dos governantes às normas em geral. A necessidade de disciplinar as relações sociais como meio de conferir segurança jurídica às pessoas, preservando a ordem pública ou praticando atos em benefício da coletividade é o fundamento para a prática de tais poderes.³³⁷ Por tais razões, o regime jurídico extraído foi de poderes administrativos de acordo com uma realidade que atualmente,

³³⁴ WEIL, Prosper. **Derecho administrativo**. Trad. Luis Rodríguez Zúñiga. Madrid: Editorial Civitas, 1994, p. 38. Acerca da história da Administração Pública, vide MARCOS, Rui Manuel de Figueiredo. **História da Administração Pública**. Coimbra: Almedina, 2006.

³³⁵ VALLE, Vivian Cristina Lima López. **Contratos administrativos e um novo regime jurídico de prerrogativas contratuais na Administração Pública Contemporânea**. Tese de Doutorado. Universidade Federal do Paraná. 265 f, p. 12.

³³⁶ GUGLIELMI, Gilles J. **Les très grandes décisions du Droit Administratif**: Recueil de décisions juridictionnelles. Disponível em <https://www.guglielmi.fr/IMG/pdf/TGD.09.pdf>. Acesso em 12. set. 2018.

³³⁷ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 45.

em pleno século XXI, deve ser revisitada.

Nessa direção, compreender tais poderes simplesmente como uma expressão apta a permitir ordenações por si oriundas da Administração Pública, sem qualquer racionalidade, não confere qualquer legitimidade de atuação. O regime jurídico-administrativo como objeto do Direito Administrativo, entendido como tal o conjunto de princípios e regras que determinam o regular exercício da função administrativa, precisa ser investigado e aplicado de maneira contextualizada. Até porque, de forma clássica, estuda-se o regime jurídico-administrativo a partir de duas pedras angulares, como se fossem duas vigas-mestras, quais sejam, a supremacia do interesse público sobre o privado e a indisponibilidade, pela Administração, dos interesses públicos,³³⁸ por conta das quais exsurge – ainda que impropriamente – a impressão de que a relação jurídica porventura existente entre Administração Pública e cidadão é verticalizada e que o interesse da coletividade ou público se apresenta num patamar mais elevado face ao interesse do indivíduo - ou mesmo de uma categoria de indivíduos.

Dita verticalidade e superioridade deve ser examinada no contexto histórico e social atual da República Federativa do Brasil, que se constitui em um Estado (Constitucional) Democrático de Direito (art. 1º, *caput*, Constituição da República), razão pela qual não pode ser vista como um pedestal inalcançável ou mesmo blindado a qualquer possível influência “externa”. Como bem explica Celso Antônio Bandeira de Mello, falar em “poderes da Administração” faz surgir esse tipo de problema cognitivo, quando, em verdade, o Direito Administrativo deve ser compreendido como uma verdadeira garantia, voltada à contenção e limitação dos deveres-poderes da Administração Pública.³³⁹ Sob essa linha de raciocínio, *a contrario sensu*, fundamenta-se inclusive críticas sobre as lições atuais do Direito Administrativo, como se pode verificar pelas críticas aduzidas por Carlos Ari Sunfeld na obra “Direito Administrativo para Céticos”, o que parece ser um grande desabafo contra aqueles que desejam aplicar nos tempos modernos os mesmos conceitos e instrumentos do final do século XVIII ou dos séculos XIX e XX.³⁴⁰ É claro que asseverar pela contextualização não

³³⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 70 e seg.

³³⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 46.

³⁴⁰ SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito Administrativo para céticos**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

significa de modo algum rasgar ou vilipendiar os escólios anteriores. Para tanto, recorda-se de Ludwig Spiegel que entoa como objeto do Direito Administrativo a observação do Estado em sua atividade e descobrir as regras jurídicas que regem a sua atividade para realizar as suas funções administrativas, ressaltando ainda que a sua ocupação primordial é a colaboração harmônica dos distintos fatores do Estado para a consecução de seus fins.³⁴¹

Como dito alhures, deve-se associar a história política e a filosofia para entender o fenômeno de uma transformação do Direito Administrativo ou, melhor chamando, da mutação do Direito Administrativo.³⁴² Enquanto no período correspondente ao Estado Liberal de Direito, o modo comum (praticamente exclusivo) de atuação da Administração era o ato administrativo, que era concebido como uma manifestação autoritária do poder estatal frente a um particular, no Estado Social de Direito este não pode perdurar do mesmo modo.³⁴³ Já era perceptível uma mudança de paradigma, visto que, como observado por José Luiz Esquível, no “último quartel do século XX, o Estado Pós-Social traz consigo uma Administração Pública que opta pela concertação e pela cooperação com a sociedade civil, para conseguir dar satisfação a um interesse público cada vez mais diversificado e planejado.”³⁴⁴ Esclarece Antônio Moreira Barbosa de Melo que o novo estilo de administrar surgiu no domínio da administração da economia e ressalta que a ideia de administração concertada não significa necessariamente à formação de consensos ou de contratos entre a Administração e os cidadãos, já que poderá estar presentes em diversas atuações diferentes dos contratos em si.³⁴⁵

Em similar reflexão, Gustavo Justino de Oliveira discorre sobre o surgimento de uma “Administração Pública dialógica, a qual contrastaria com a Administração Pública monológica, refratária à instituição e ao desenvolvimento de processos

³⁴¹ SPIEGEL, Ludwig. **Derecho Administrativo**. Trad. Francisco J. Condes. Colección Labor. Barcelona – Buenos Aires: Editorial Labor, 1933, p. 45

³⁴² MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo em evolução**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

³⁴³ SILVA, Vasco Pereira da. **Em busca do acto administrativo perdido**. Coimbra: Almeida, 1998, p. 40.

³⁴⁴ ESQUÍVEL, José Luiz. **Os contratos administrativos e a arbitragem**. Coimbra: Almedina, 2004, p. 19. Acerca desta tendência no Direito Inglês, Francês e Italiano, vide MEDAUAR, Odete. **O Direito administrativo em evolução**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 211-214.

³⁴⁵ MELO, Antônio Moreira Barbosa de. A ideia de contrato no centro do universo jurídico-público. In: **Estudos de Contratação Pública da Faculdade de Direito de Coimbra**. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 07-21, p. 20.

comunicacionais com a sociedade”, isso porque o Direito Administrativo, com base no modelo liberal de Estado, contextualizado à época do início do século XIX, era marcado pelo unilateralismo em razão da autoridade dos agentes públicos da Administração. Nessa diretriz, sintetiza este aspecto quando aborda que o binômio autoridade-liberdade, em especial o aspecto autoritário, sustentava-se a partir de traços característicos, tais como: “a) desigualdade entre a Administração e os indivíduos; e b) atribuição aos órgãos e entes administrativos de poderes de autoridade sobre os mesmos.”³⁴⁶

Ao se pautar numa linha histórica do século XX, Isabel Celeste Fonseca explica: (i) inicialmente na década de 30 há grandes mudanças sociais, econômicas e culturas ante a crise econômica de 1929 e a bélica pela 1ª Guerra Mundial, o que gerou um aumento democrático e crescimento da urbanização; (ii) em resposta, a Administração Pública que anteriormente buscava ser reduzida passa a se multiplicar, desencadeando no crescimento da máquina administrativa e de novas formas de atuação, dentre eles, o uso maior dos contratos e (iii) a figura do contratado passa ser concebido como um colaborador, já que a Administração precisa do mesmo, logo, deve ser encarado como parceiro e prestador.³⁴⁷

Antônio Moreira Barbosa de Melo explica que a ideia de administração concertada decorre de reflexões obtidas na França, em especial a partir dos anos 1980, quando se busca “um método de decisão administrativa que passa pela troca de pontos de vista e de negociação entre a Administração e os interessados” a fim de chegarem a uma linha de conduta para a solução de problemas, por isso pode ser considerada uma ideia de boa administração na complexa sociedade técnica com um modelo administrativo participativo.³⁴⁸ Explicando num contexto brasileiro, Odete

³⁴⁶ OLIVEIRA, Gustavo Justino de. **Direito administrativo democrático**. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 217, 219. Sobre o abrandamento da autoridade e “incremento quantitativo e qualitativo da atividade negocial Administração pública-particular” vide OLIVEIRA, Gustavo Justino de. *Gestão privada de recursos públicos para fins públicos: o modelo das OSCIP*. In: OLIVEIRA, Gustavo Justino de (coord). **Terceiro setor, empresas e estado: novas fronteiras entre o público e o privado**. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 213-259, p. 224.

³⁴⁷ FONSECA, Isabel Celeste M. **Direito da contratação pública: uma introdução em dez aulas**. Coimbra: Almedina, 2009, p. 37.

³⁴⁸ MELO, Antônio Moreira Barbosa de. A ideia de contrato no centro do universo jurídico-público. In: **Estudos de Contratação Pública da Faculdade de Direito de Coimbra**. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 07-21p. 19-20. De forma um pouco diferente, Isabel Celeste M. Fonseca afirma que no contexto do Estado Social de Direito, pós década de 30, a partir do momento que a Administração Pública aumenta a sua máquina administrativa e tem como consequência a busca e o aprimoramento

Medauar pontua que, notadamente a partir de 1990, o Direito Administrativo demanda esta nova concepção.³⁴⁹ Um conjunto de fatores propiciou esse novo modo de atuar, dentre os quais: a afirmação pluralista; a heterogeneidade de interesses detectados numa sociedade complexa; a maior proximidade entre Estado e sociedade; o desenvolvimento ao lado dos mecanismos democráticos clássicos; a crise da lei formal como ordenadora de interesses; o processo de desregulação; a emergência de interesses metaindividuais; a exigência de racionalidade, modernização e simplificação da atividade administrativa; e a necessidade de maior eficiência e produtividade.³⁵⁰ Eis que se desenvolve uma chamada administração consensual, *soft administration*, administração concertada ou administração participativa, na qual segundo Almiro Couto e Silva o Estado busca concretizar uma administração em que se busca chamar os interessados, ouvi-los e então consentir com eles sobre as decisões a serem tomadas, o que é bastante diverso daquela posição decisória unilateral e impositiva. Agrega que, por vezes, essa administração consensual assume formas institucionalizadas, como na França, na Alemanha e na Itália, já em outros países, o consenso é obtido por contatos informais a que se segue o ato administrativo, salientando que, no plano jurídico, o que entra e aparece é apenas o ato administrativo. Por fim, ainda explica que, no direito brasileiro, tal prática já é utilizada algumas vezes no direito urbanístico e no direito administrativo da economia, nos quais os protocolos e as cartas de intenção são utilizados, conquanto não sirvam como atos jurídicos aptos a gerarem efeitos jurídicos para fins de responsabilização extracontratual estatal e total proteção da confiança.³⁵¹

Jessé Torres Pereira Júnior e Marines Restelatto Dotti também comentam essa mudança de concepção no Direito Administrativo, de uma visão unilateral para uma posição de diálogo, de negociação, de acordos, de coordenação, de descentralização,

dos contratos administrativos como forma de atuação, é que se pode dizer do surgimento de “formas de administração concertada” quando aparecem os contratos de administração “em que a atividade administrativa típica aparece como objeto de acordo e o particular co-contratante aparece como administrado e não como colaborador”. (FONSECA, Isabel Celeste M. **Direito da contratação pública: uma introdução em dez aulas**. Coimbra: Almedina, 2009, p. 37)

³⁴⁹ MEDAUAR, Odete. **O direito administrativo em evolução**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 131.

³⁵⁰ MEDAUAR, Odete. **O direito administrativo em evolução**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 210.

³⁵¹ SILVA, Almiro do Couto e. Notas sobre o conceito de ato administrativo. In: SOUTO, Marcos Juruena Villela e OSÓRIO, Fábio Medina (coord). **Direito administrativo – estudos em homenagem a Diogo de Figueiredo Moreira Neto**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2006, p. 271-292, p. 283.

de cooperação e de colaboração. Mediante adoção dessa nova postura, segundo eles, o Estado busca, por intermédio de novas atividades, atuar com mais eficiência e menos custos “em relações de coordenação, valendo-se da sinergia com acordantes associativos, públicas e privados, do que o faria nas clássicas relações de subordinação. Em outras palavras, para o superior atendimento de políticas públicas é mais eficiente a parceria, a colaboração, que a coerção.”³⁵² Fundamento também ecoado por Diogo de Figueiredo Moreira Neto, o qual pondera que as relações fundadas, apenas ou predominantemente, na coerção não têm o mesmo condão de continuidade ou duração daquelas tracejadas a partir do consenso, o que revela mais um motivo favorável ao diálogo, ao invés da imposição, a qual é forçada por algum ato, sanção ou temor reverencial.³⁵³

Examinando a problemática, a partir de uma crítica bastante incisiva, Juarez Freitas, sustenta que dois paradigmas estão em conflito na vivência do Direito Administrativo: de um lado, o autoritarismo, o irracionalismo ou o emotivismo decisionista; doutro, a “racionalidade dialógica, pluralista e democrática, com plasticidade adaptativa acoplada às exigências de fundamentação consistente e endereçada ao cumprimento coerente e coeso das metas superiores da Constituição.”³⁵⁴ Tal crítica deve ser obtemperada ante o desenvolvimento da sociedade e do Estado, tanto que plenamente aplicável à obediência ao “direito fundamental à boa administração e à constitucionalidade das relações administrativas”, e, exatamente nesses termos, busca-se descrever e prescrever de maneira inteligente a administração pública como indutora do “desenvolvimento sustentável, altruísta e redutor dos conflitos”³⁵⁵

Nesse espectro, na busca de um equilíbrio para o diálogo das soluções a serem

³⁵² PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres e DOTTI, Marínes Restelatto. **Convênios e outros instrumentos de administração consensual na gestão pública do século XXI**. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 11.

³⁵³ NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. **Poder, direito e estado: o direito administrativo em tempos de globalização in memoriam** de Marcos Juruena Villela Souto. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 55-56. Sobre o tema, vide A tendência de unilateralismo versus consensualismo ROPPO, Enzo. **O Contrato**. Trad. Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 2009, p. 344-345.

³⁵⁴ FREITAS, Juarez. Direito fundamental à boa administração pública e a constitucionalização das relações brasileiras. **Interesse Público**, ano 12, n. 60, p. 13-24, abr/abr. 2010. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 14.

³⁵⁵ FREITAS, Juarez. Direito fundamental à boa administração pública e a constitucionalização das relações brasileiras. **Interesse Público**, ano 12, n. 60, p. 13-24, abr/abr. 2010. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 15.

adotadas pelo Estado, deve-se ter elevada moderação para que as decisões tenham pluralidade, ênfase no ser humano, pensamento aberto, dinâmico e com isso se aproximem do encontro de um bom governo e uma boa administração, a qual, segundo Jaime Rodríguez-Arana Muñoz “não pode ter aspirações de configuração única e universal”.³⁵⁶

Ao comentar sobre o Estado Pós-Moderno, Jacques Chevallier descreve o impacto da flexibilização e da consensualidade, pontuando o direito pós-moderno como um direito pragmático que é “sustentado por uma vontade de ação sobre o real; essa preocupação de eficácia modifica a concepção tradicional da normatividade; à rigidez toma lugar a flexibilidade e à estabilidade a adaptabilidade.”³⁵⁷ Destaca também o procedimento contratual nas sociedades contemporâneas que tem um grande crescimento, a ponto de aparecer como emblemático na pós-modernidade, e explicita, ainda, que existe uma grande desnaturação da concepção tradicional de contrato e o ato, bem como entre o contrato e outros ajustes, independente da denominação (engajamentos recíprocos). Advoga o autor que a contratualização da ação pública gera o reconhecimento de espaço de autonomia existente para os diversos atores sociais que se relacionam com o Estado, o qual por sua vez é obrigado a negociar.³⁵⁸ Com a devida vênia, salienta-se que a pragmaticidade deve ser interpretada de acordo com os vetores sociais prescritos pelo ordenamento jurídico. Afora isso, alguns desafios são lançados para a contemporaneidade. Como compatibilizar a flexibilidade e a eficácia das normas sem superar a segurança jurídica e a estabilidade? Como obstruir que os fins justificam os meios e desse modo superem os direitos e garantias dos cidadãos?

Mesmo assim, pode-se verificar que antes do final do século XX, a coordenação

³⁵⁶ MUÑOZ, Jaime Rodríguez-Arana. **Direito fundamental à boa Administração Pública**. Trad. Daniel Wunder Hachem. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 29-32. Como retrata o autor, “Una buena administración se caracteriza por: i) el reconocimiento del protagonismo y centralidad de la persona en el Ordenamiento jurídico, ii) la aproximación a las condiciones objetivas de la realidad, iii) el empleo de la metodología del entendimiento, iv) la promoción de la participación, v) la vinculación ética, vi) el compromiso con la innovación y la sensibilidad social.” (MAZA, José Ignacio Herce; MUÑOZ, Jaime Rodríguez -Arana. La buena administración en la contratación pública: mención especial a la fase de ejecución del contrato. **Revista del Gabinete Jurídico de Castilla-La Mancha**, mar.2019, p. 21-45, p. 28).

³⁵⁷ CHEVALLIER, Jacques. **O estado pós-moderno**. Trad. Marçal Justen Filho. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 160.

³⁵⁸ CHEVALLIER, Jacques. **O estado pós-moderno**. Trad. Marçal Justen Filho. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 160-163.

da Administração Pública era considerada com suspicácia pelos defensores da competência, os quais sustentavam que, face à indisponibilidade do interesse público, não seria possível a uma entidade ou a um órgão que a titularizasse negociar um pacto cooperativo para seu emprego, porque estaria renunciando ao seu próprio exercício. Doutro lado, como bem explica Diogo de Figueiredo Moreira Neto, resguardado nas ideias de que a titularidade de competência não implica em monopólio do interesse público e que a delegabilidade não importa em alienação, mas sim em partilha de responsabilidade, fica então desobstruída a via da coordenação de atividades e de esforços dos setores público e privado. Continuando, o mesmo autor explicita que no âmbito interno tais instrumentos foram sendo concretizadas para a feitura da gestão associada de serviços públicos, “para superar os avelhentados mas renitentes emperramentos da hierarquia burocratizada”,³⁵⁹ e que, no âmbito externo (da Administração Pública), “desenvolveu-se o conceito de colaboração para a estimulação de gestão em parceria de serviços públicos.”³⁶⁰

Com efeito, a mudança de concepção decorre de uma nova ideologia entre o Estado e a Administração Pública. Maria Sylvia Zanella Di Pietro enfatiza isso ao afirmar que há uma verdadeira transformação da postura do Estado face à demanda da sociedade, razão pela qual descreve que “não se quer mais o Estado prestador de serviços; quer-se o Estado que estimula, que ajuda, que subsidia a iniciativa privada; quer-se a democratização da Administração Pública pela participação dos cidadãos nos órgãos de deliberação e de consulta e pela colaboração entre público e privado na realização das atividades administrativas do Estado”.³⁶¹ Para a manutenção dessa nova postura do Estado frente ao particular, segundo a autora, há a necessidade de se diminuir o tamanho do Estado para que a atuação do particular ganhe espaço, deve existir, também, uma flexibilização dos rígidos modos de atuação da Administração Pública, a fim de possibilitar maior eficiência, bem como se roga por uma maior parceria entre o público e o privado, com vistas a afastar a Administração Pública

³⁵⁹ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações do direito administrativo**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 30-31.

³⁶⁰ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações do direito administrativo**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 30-31.

³⁶¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na administração pública**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 20.

autoritária, verticalizada e hierarquizada.³⁶²

O intento de um maior consensualismo nas relações da Administração Pública não tem origem e fim somente nos contratos ou demais ajustes governamentais, mas sim num espectro mais dinâmico e amplo do Estado em si, bem como da efetividade do cumprimento de suas missões institucionais. A consensualidade e a participação contribuem para o avanço da democracia contemporânea, pois servem para “aprimorar a governabilidade (eficiência); propiciam mais freios contra o abuso (legalidade); garantem a atenção a todos os interesses (justiça); proporcionam decisão mais sábia e prudente (legitimidade); desenvolvem a responsabilidade das pessoas (civismo); e tornam os comandos estatais mais aceitáveis e facilmente obedecidas (ordem).”³⁶³ Além disso, a abertura da Administração e a possibilidade de participação das pessoas sempre se revela como motriz relevante para as finalidades de transparência administrativa, isso gera o bom andamento e a imparcialidade de sua atuação ante a “clarificação e (...) precisão do quadro cognoscitivo à disposição da Administração Pública.”³⁶⁴ Assim, o fortalecimento do consensualismo contribui para a efetivação de uma atuação estatal mais legítima: “Administração Pública subordinativa é unilateral, hierarquizada e linear, sendo suas manifestações tradicionais praticamente esgotadas, enquanto a Administração Pública coordenativa é multilateral, equiordenada e radial, apresentando manifestações sempre novas e em

³⁶² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na administração pública**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 20. Sobre as parcerias e a interlocução entre estado e sociedade por intermédio de modelo de gestão pública compartilhada, vide BITENCOURT, Caroline Müller; BEBER, Augusto Carlos de Menezes. O controle social a partir do modelo de gestão pública compartilhada: da insuficiência da representação parlamentar à atuação dos conselhos populares como espaços públicos de interação comunicativa. **Revista de Direito Econômico e Socioambiental**, Curitiba, v. 6, n. 2, p. 232-253, jul./dez. 2015, p. 235-244.

³⁶³ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações do direito administrativo**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 41. Mais adiante, explica quais as razões da preferência pela via da consensualidade: “(...) pelo potencial criativo e cooperativo dos entes da constelação social (colaboração); pelo potencial criativo e operativo dos próprios entes da constelação social (cooperação); pela redução de custos para o Estado e sociedade (economicidade); pela simplificação da máquina gestora do Estado (agilidade); pelo reforço da máquina reguladora do Estado (publicização); pela renovação das modalidades de prestação de serviços a cargo do Estado (modernização); pelo atendimento às demandas reprimidas após o fracasso dos modelos de Estado do bem-estar social e socialista (generalidade); e pela racionalização da distribuição de competência entre as entidades e órgãos do Estado (subsidiariedade).” (MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações do direito administrativo**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 28).

³⁶⁴ SUORDEM, Fernando Paulo da Silva. **O princípio da separação de poderes e os novos movimentos sociais**. Coimbra: Livraria Almedina, 1995, p. 140.

plena expansão.”³⁶⁵

Por tais razões, Caio Tácito já apontava, nos idos de 1998, que o Direito Administrativo tendia ao abandono da imposição pelo critério da autoridade e em direção para a participação democrática da sociedade, vertendo, dessa maneira, para modelos de colaboração.³⁶⁶ Está em causa um fenômeno da passagem da Administração unilateral à “Administração soberana consensual (*schlicht-hoheitlichen*)”, ainda que muitos adotem a palavra autoritária ao invés de unilateral, com isso, os acordos vêm a substituir os atos unilaterais e se revelam como uma verdadeira e grande alternativa aos administrados.³⁶⁷ O modo de atuar, pela via da concertação e da contratualização administrativa, está presente quando há um processo de negociação para a composição das eventuais controvérsias existentes entre as partes, o que pressupõe o reconhecimento da autonomia dos parceiros envolvidos para que se permita o diálogo, a negociação e as transações.³⁶⁸

Verifica-se que a Administração Pública está mudando porque o Estado está se transformando, pressionado pela sociedade, quando não mesmo pelas próprias alterações legislativas.³⁶⁹ Essa não é uma realidade brasileira tão somente, e, sim, mundial.³⁷⁰ Assim, a consensualização serve como fundamento para um modelo de

³⁶⁵ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações do direito administrativo**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 42. Em outra passagem, o autor enuncia que: “Em síntese: na elaboração da norma; na sua execução político-administrativa; na fiscalização da sua boa aplicação e na sua execução contenciosa, em todas as suas fases, a consensualidade é uma garantia de celeridade, de precisão e de acerto – em uma palavra, de eficiência –, que é o que a sociedade espera do Direito em tempos de globalização.” (NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. **Poder, direito e estado: o direito administrativo em tempos de globalização in memoriam** de Marcos Juruena Villela Souto. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 31).

³⁶⁶ TÁCITO, Caio. Transformações do direito administrativo. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, n. 214, p. 27-34, out-dez, 1998, p. 30.

³⁶⁷ ESTORNINHO, Maria João. **Contratos da administração pública (esboço de autonomização curricular)**. Coimbra: Almedina, 1999, p. 49. Raciocínio esposado também por Cristiana Fortini, já que se vive a época do Direito Administrativo Consensual em que os ajustes com o setor privado são indispensáveis, não podendo continuar o raciocínio do Estado atuando somente por atos administrativos unilaterais. (FORTINI, Cristiana. **Contratos administrativos: franquia, concessão, permissão e PPP**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 04).

³⁶⁸ OLIVEIRA, Gustavo Justino de. **Direito administrativo democrático**. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 223-224.

³⁶⁹ “É essa uma nota essencial para se resistir à tentação de construir um mundo virtual em que o tradicional paradigma da Administração de acto administrativo e da regulação pública unilateral e vertical (top-down) já não existe, tendo sido substituída por um sistema de Administração de consenso e de governança partilhada em que as relações administrativas já não se estabelecem numa base hierárquica, mas sempre em sistemas descentralizados de negociação entre actores públicos e privados.” (GONÇALVES, Pedro. **O Contrato Administrativo**. Coimbra: Almedina, 2003 p. 23-24).

³⁷⁰ Juliana Bonacorsi de Palma assevera a existência de “normas autorizativas da adoção de esquemas consensuais pela Administração” Italiana, Espanhola e Alemã nas próprias leis de processo

diálogo que visa ao consenso por meio da democratização da ação estatal ou, como dito por Thiago Marrara, é “o movimento de transformação da Administração Pública e de seus processos administrativos em favor da edificação de consensos.”³⁷¹ É claro que o consenso e o diálogo no seio administrativo não representam o sepultamento em si dos atos administrativos unilaterais, já que inúmeros instrumentos e decisões administrativas demandam esta prerrogativa. Entretanto, sempre que não houver prejuízo ao interesse público, e for para ampliar os direitos e a participação popular, os órgãos ou entidades deverão priorizar o consensualismo.³⁷²

Não se pode dissociar a evolução ocorrida na Administração Pública do avanço na tecnologia da informação, uma vez que a sociedade está mais inteirada a partir da cognição de boas e más práticas, ainda que falte muito filtro nas informações replicadas nos mais diversos meios de comunicação. Apesar da assertiva crítica, é incontroverso que os avanços tecnológicos permitem um acesso cada vez maior às informações relativas à atuação estatal. Afinal, como observa Fritjof Capra, a revolução da informática “não só deu origem a uma nova economia como também transformou de modo decisivo as relações de poder tradicionais.”³⁷³ Nesse ambiente, as redes de comunicação que regem a nova economia não servem somente para transmitir informações sobre transações financeiras e oportunidades de investimentos, “mas contam também com redes globais de notícias, artes, ciências, diversões e outras expressões culturais. Também essas expressões foram

administrativo. (PALMA, Juliana Bonacorsi de. **Sanção e acordo na administração pública**. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 100).

³⁷¹ MARRARA, Thiago. Acordos de leniência no processo administrativo brasileiro: modalidades, regime jurídico e problemas emergentes. **Revista de Direito Administrativo Digital**, São Paulo, v. 02, n. 02, p. 509-527, p. 509.

³⁷² “Por um lado, não deve subvalorizar-se o risco de a difusão das técnicas <consensuais> no campo da ação administrativa, e, portanto, a prática constante do negócio e do acordo com os privados, acabarem por determinar desvios perigosos no modo de proceder e nosso objetivos dos poderes públicos, dando azo a formas de colusão e mesmo a situações em que é fácil que interesses individuais ou de grupo se sobreponham aos interesses da colectividade. Mas, por outro lado, esta afirmação do modelo <convencional> em lugar dos instrumentos de imposição unilateral, assinala um processo rico de potencialidades positivas: isto porque a procura e a promoção do <consenso> dos <administrados> significam desenvolvimento da sua activa e consciente <participação>, na qual, por sua vez, se encontra um pressuposto de democracia e, ao mesmo tempo de eficiência do procedimento administrativo. Neste sentido, o contrato, com os valores que exprime, coloca-se, de certo modo, como símbolo e suporte de um novo e mais avançado modelo de relação entre autoridade e liberdade.” (ROPPO, Enzo. **O Contrato**. Trad. Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 2009, p. 346-347).

³⁷³ CAPRA, Fritjof. **As conexões ocultas: ciência para uma vida sustentável**. São Paulo: Cultrix, 2002, p. 159.

profundamente transformadas pela Revolução da Informática.”³⁷⁴ Sensível a isso, Gustavo Justino de Oliveira utiliza as concepções de *Estado em rede* e de governança pública para contextualizar a Administração consensual como a nova face da Administração Pública no século XXI, dado que as citadas concepções, com esteio em Manuel Castells, consubstanciam-se em razão da era da informação e do galopante avanço das tecnologias de informação.³⁷⁵

Ponderando um aspecto extremamente negativo nesse ponto, Diogo Figueiredo Moreira Neto admoesta que entre as consequências da globalização da economia e da difusão de novos paradigmas na ciência e na tecnologia está o enfraquecimento e esvaziamento do Estado Nacional, razão pela qual se clama por um reposicionamento do Estado. Ante esta situação, algumas marcas despontarão como imprescindíveis para o Estado, quais sejam: a instrumentalidade, a abertura democrática substantiva, o diálogo, a argumentação, a consensualidade e a motivação. Conquanto se concorde com tal crítica, inclusive pela inviabilidade de uma nova postura gerar consequências positivas e negativas, não se pode caracterizá-la como negativa por si, mas dever-se-á estudar formas para diminuir as externalidades negativas sobrevindas com tais avanços.³⁷⁶ Convém, ainda, ressaltar o argumento de Massimo Giannini de que boa parte da busca pelo Estado de relações com terceiros privados se deve a razões tecnológicas para atender necessidades coletivas.³⁷⁷

No último quartel do século passado, Diogo Figueiredo Moreira Neto realça existência da transformação por intermédio do polígono de mobilidades, até porque com as novas tecnologias há uma clara perda dos fatores tradicionais que determinavam a produção econômica, o que, *per si*, o autor qualifica como obsoleto o modelo fordista. O polígono é formado pela mobilidade da informação, da produção,

³⁷⁴ CAPRA, Fritjof. **As conexões ocultas: ciência para uma vida sustentável**. São Paulo: Cultrix, 2002, p. 163.

³⁷⁵ OLIVEIRA, Gustavo Justino de. **Direito administrativo democrático**. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 213-215. O progresso dos meios de comunicação é enaltecido por Johan Norberg ao relacioná-lo como meio de mudança para a concepção das precondições de uma boa vida e do seu ponto de partida e de chegada, distinguindo a realidade atual e àquela vivenciada há duzentos anos. Como ponto nodal para tal diferenciação está a questão psicológica e intelectual das pessoas, uma vez que a difusão e facilidade de informação desencadearam novos horizontes. (NORBERG, Johan. **Progresso**. Trad. Alessandra Bonruquer. Rio de Janeiro: Record, 2017, p. 189-202).

³⁷⁶ NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. **Poder, direito e estado: o direito administrativo em tempos de globalização in memoriam de Marcos Juruena Villela Souto**. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 138-144.

³⁷⁷ GIANNINI, Massimo Severo. **Derecho Administrativo**. Trad. Luis Ortega. Volumen Primero. Madrid: Ministerio para las Administraciones Públicas, 1991, p. 86-87.

financeira e social, as quais representam todas as consequências das mudanças provocadas pelo avanço da rápida mobilidade que permeia as diversas áreas. Vale destacar que os efeitos são o polifacetismo, o que representa na visão do autor a sociedade pluralista, a qual é uma “constelação de módulos de interesses diversificados em torno dos quais gravitam e se agregam, em câmbio permanente, os indivíduos e as entidades de sua criação.”³⁷⁸ Tendo a sociedade pluralista, desta advém o Estado Pluriclasse que simplesmente reflete a busca coletiva, e não individual e egoística, da cobrança do espaço público. De todo este avanço nas mobilidades, duas decorrências devem ser aventadas, quais sejam, a consciência dos interesses e a participação política.³⁷⁹ A consciência dos interesses e a participação revelam-se como verdadeiros avanços e mormente uma maior legitimidade da atuação estatal, isso porque dará aos agentes públicos uma certa estabilidade de sua atuação, pois, do contrário, haverá uma contestação imediata em razão de alguma forma.

Doutro lado, pelo enfoque do interesse público, Odete Medauar resume a quebra de paradigma contextualizando que após “uma concepção da Administração detentora do monopólio do interesse público, emerge entendimento de que a Administração deve compartilhar tal atribuição com a sociedade.”³⁸⁰ A realidade em transformação não é fruto, pois, de um movimento ou de uma guerra, mas sim de uma conscientização do povo no que se refere à sua participação na atuação da Administração Pública. Como qualquer mudança de paradigma, ainda que os meios de comunicação e de informação estejam avançados, salienta-se que as alterações substanciais demorarão para gerar uma certa uniformização, ainda mais quando se trata de um Estado grande como é o caso do Brasil.³⁸¹ Nessa cadência, Emerson

³⁷⁸ MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo. **Mutações do Direito Administrativo**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 37-39.

³⁷⁹ MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo. **Mutações do Direito Administrativo**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 38. Sobre o Estado Pluriclasse, vide também Maria Sylvania Zanella Di Pietro (DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. **Parcerias na Administração Pública**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 27).

³⁸⁰ MEDAUAR, Odete. **O direito administrativo em evolução**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, p. 192.

³⁸¹ Compete exaltar que o mercado da informação merece atenção especial do Estado em razão do seu valor no atual mundo globalizado, uma vez que, ao tempo em que não é algo fácil de se apropriar, também “informação de qualquer complexidade é difícil de transmitir e é muito mais difícil de obtê-la quando é organizada de forma a dificultar a comunicação. Administradores podem evitar a crescente facilidade com que a informação possa ser transmitida, e furtada, ao resistirem à tentação de estruturá-

Gabardo salienta “que a participação deve ocorrer tanto no viés de mobilização política no plano das mentalidades, com ênfase na prática eminentemente cultural, quanto no sentido propriamente de atuação no Estado e, obviamente, fora dele, no espaço público não-estatal.”³⁸²

Eduardo García de Enterría e Tomás-Ramón Fernández, tratando dessa mesma “Administração-concertada”, referem que a renúncia ao imperativo unilateral dos poderes administrativos para acordar com os particulares, a fim de obter uma maior participação dos particulares no exercício da atividade administrativa, auxilia na minoração dos litígios envolvendo particular e Administração.³⁸³ Em função disso, Gustavo Justino de Oliveira e Odete Medauar assentam o fortalecimento da negociação na esfera da Administração Pública, por via de acordos, como um desses novos paradigmas.³⁸⁴

Ecoando a tendência de cooperação e ação concertada entre Administração Pública e os particulares, Pedro Gonçalves explica que “um dos traços que caracteriza o sistema administrativo da nossa época é a cooperação e acção concertada entre a Administração Pública e os particulares. A cooperação, em sentido estrito, representa a actuação sinérgica, coordenada e concertada de vários agentes em vista da realização de objectivos determinados.”³⁸⁵

Segundo Diogo de Figueiredo Moreira Neto, várias características podem ser retiradas dessas novas tendências do Estado da Administração Pública e mesmo da sociedade quanto à administração dos interesses públicos, merecendo destaque as seguintes: a imparcialidade da Administração Pública em sua atuação; a abertura da administração pública à participação do administrado para dela receber orientação para que possa colaborar; a eficiência na ação administrativa, não se espera mais só

lo organizadamente na forma escrita. Além disso, ela tem alta taxa de depreciação, pois seu valor depende da ação dos competidores. Um mercado de informações furtadas é de difícil organização. (...) Ainda, muita informação só faz sentido para quem a detém, como o segredo empresarial associado a patentes.” (ROSSI, Juliano Scherner. **Compensações tecnológicas (offset):** segredo empresarial e transferência internacional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015, p. 112).

³⁸² GABARDO, Emerson. **Eficiência e legitimidade do Estado.** Barueri: Manole, 2003, p. 165.

³⁸³ ENTERRÍA, Eduardo García de e FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de derecho administrativo**, vol. 1. Madrid: Civitas, 1999, p. 665.

³⁸⁴ MEDAUAR, Odete; OLIVEIRA, Gustavo Justino. **Consórcios públicos.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 31.

³⁸⁵ GONÇALVES, Pedro Antonio Pimenta da. **Entidades privadas com poderes públicos: o exercício de poderes públicos de autoridade por entidades privadas com funções administrativas.** Coimbra: Edições Almedina, 2008, p. 454-455.

eficácia (produzir os resultados esperados), e, sim, eficiência (melhor nível de qualidade e com o mínimo de dispêndio de recursos públicos); e a preferência às atividades concertadas consensualmente pela Administração Pública, sobrepujando a coercitividade e o autoritarismo. Além desses, menciona ainda outros aspectos como “a valorização da legitimidade e da licitude, *pari passu* com a legalidade, a ascendência da uniformização e da processualidade administrativas, o avenço da principiologia jurídica e da discricionariedade técnica”.³⁸⁶ Assim é que, “pela consensualidade, o Poder Público vai além de estimular a prática de condutas privadas de interesse público, passando a estimular a criação de soluções privadas de interesse público, concorrendo para enriquecer seus modos e formas de atendimento.”³⁸⁷

Por tudo isso, Gustavo Justino de Oliveira utiliza a expressão “Administração Paritária” e aduz que a sua pertinência justifica-se por ser uma forma de administrar fundada no consenso, em módulos negociais, desse modo originam relações entre a Administração e particulares mais próximas à horizontalidade, o que per se reflete um tratamento mais isonômico.”³⁸⁸ Inclusive, a expressão “Administração Paritária” parece se encaixar melhor no Direito Brasileiro, ao invés da “Administração Concertada”, mais precisamente por conta do vernáculo português; ou seja, assim transluzindo melhor o seu próprio intuito.

No contexto brasileiro, ainda, Diogo de Figueiredo Moreira Neto assinala que a consensualidade configura verdadeiro princípio constitucional, mais precisamente lastreado nos princípios fundamentais constitucionais expressos nos artigos 3º e 4º.³⁸⁹ Num sentido ainda mais amplo, Cláudio Cairo Gonçalves descreve que, no campo da atuação da Administração Pública brasileira, existem normas que preveem a consensualidade (entre ela e os administrados), a partir de diversas figuras contratuais ou sistemas de transferência do exercício de certas atividades do ente estatal para entes da sociedade, tais como os convênios, termos de parcerias, franquias, dentre

³⁸⁶ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações do direito administrativo**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 124-125.

³⁸⁷ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Novos institutos consensuais da ação administrativa. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, n. 231, p. 1029-156, jan./mar. 2003, p. 156.

³⁸⁸ OLIVEIRA, Gustavo Justino de. **Direito administrativo democrático**. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 223-224.

³⁸⁹ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Novos institutos consensuais da ação administrativa. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, n. 231, p. 1029-156, jan./mar. 2003, p. 156.

outros instrumentos. Segundo ele, para o sucesso de tais instrumentos, é imperioso um intenso incentivo à cooperação e colaboração com o setor público, sendo que “a participação e o envolvimento dos indivíduos e das comunidades depende principalmente de sua conscientização para atuação na esfera pública, e diretamente de sua organização, como pessoas físicas ou jurídicas, nacionais ou estrangeiras, que, constituídas com objetivos específicos, passam a travar relações diretas com a Administração Pública.”³⁹⁰

Quando se atenta para tais atos consensuais, não se pode esquecer da imprescindibilidade de aproximação entre Estado e Sociedade para a identificação e satisfação do interesse público, isto porque a Administração Pública não pode perseguir o interesse público sem examinar junto à coletividade qual é a demanda em cada caso.³⁹¹ Assim que, na atualidade, o consensualismo encontra maior eco por conta da efetiva participação da sociedade junto à Administração Pública, o que também decorre do dever de desenvolvimento como exigido constitucionalmente (art. 3º, inciso II) e da aplicação do princípio (ou vetor) da subsidiariedade. Em decorrência disso, agrega-se diálogo e diminui-se a unilateralidade, dado que o Estado pode e deve encontrar, junto ao mercado, alternativas para satisfazer as suas necessidades. Nesse diapasão, é inegável que o maior diálogo e a abertura para consenso evitam condutas arbitrárias ou inapropriadas, as quais, por vezes, tornam inviável ou por demais sacrificante uma parceira ou contrato administrativo.

Destarte, é possível afirmar que a consensualidade se mostra como uma realidade que permeia muitos estados, inclusive o Brasileiro, e que fortalece o Estado Democrático de Direito mediante uma elevada participação popular, a qual serve de fundamento legitimador para a atuação estatal, principalmente sob o enfoque de principal interessada na atuação em prol do interesse público primário. Afinal, como aponta Almiro do Couto e Silva, o “progresso da Administração Pública concertada ou consensual, da participação popular nas deliberações administrativas do Estado, que

³⁹⁰ GONÇALVES, Cláudio Cairo. O princípio da consensualidade no Estado Democrático de Direito – Uma introdução. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 232, abr./jun. 2003, p. 105-114, p. 110.

³⁹¹ “A prossecução do interesse público, expressão do bem comum da comunidade, integra a dimensão social da dignidade humana, enquanto fonte de direitos e deveres fundamentais, nunca se encontrando habilitada essa prossecução a derogar o núcleo essencial da dignidade de cada pessoa: esse núcleo essencial é um bem individual que, assumindo sempre relevância colectiva, nunca pode deixar de prevalecer sobre um bem comum sem conexão ou em violação da dignidade humana.” (OTERO, Paulo. **Manual de Direito Administrativo**. Vol. I. Coimbra: Almedina, 2013, p. 67).

enriquecem o Direito Administração de nossos dias pelo saudável ar democrático que injetam, não pode ser visto como um fato de desprestígio do ato administrativo”. Ao revés, eles devem servir como “predicados que lhe permitem, com bons governantes, tornar ágil e eficiente a máquina administrativa do Estado Democrático de Direito.”³⁹²

Por todas essas razões, a Administração Pública tende – aparentemente com razões de sobra, de fato e de Direito, principalmente – a ser mais concertada, dialógica, consensual ou paritária, rechaçando a linha cética da unilateralidade e da verticalidade de postura, absolutamente incompatíveis com o reconhecimento constitucional de que “todo poder emana do povo”, a despeito de exercido por meio de representantes eleitos ou diretamente (parágrafo único do art. 1º).

³⁹² SILVA, Almiro do Couto e. Notas sobre o conceito de ato administrativo. In: SOUTO, Marcos Juruena Villela e OSÓRIO, Fábio Medina (Coords.). **Direito administrativo** – Estudos em homenagem a Diogo Figueiredo Moreira Neto. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006, p. 271-292, p. 291.

2.3. O uso da contratação pública como integrante da política econômica de um Estado

A partir do ambiente de um Direito Administrativo mais dialógico e consensual, os contratos administrativos também passaram a ter uma compreensão diferente.³⁹³ Ao invés de caracterizá-los tão somente como um fim em si mesmo ou como um instrumento para a satisfação de alguma necessidade imediata, as cifras financeiras envolvidas neles fizeram com que a postura cambiasse. É notório que em período de abundância econômica nacional, as aludidas contratações passavam despercebidas. Entretanto, a partir do momento em que há uma crise de bem-estar, associada à falta de recursos orçamentários e financeiros, bem como dificuldades em satisfazer vários direitos sociais – dentre eles: trabalho, saúde, cultura, segurança e educação - a procura por qualquer escape para minimizar os prejuízos é tentada.

Desse modo, a relação entre a concertação e a forma como os contratos administrativos passam a ser usados é facilmente explicada pelo contexto econômico, mas antes de perpassar por números e dados, é preciso compreender, do ponto de vista histórico, esse movimento pendular a favor da contratualização administrativa, que significa também uma maneira de privatizar a Administração Pública.³⁹⁴ Há a

³⁹³ Mas, note-se, falar da expansão do consenso no direito administrativo não remete necessariamente para o contrato ou, em conjunto com ele, para a terra incognata dos acordos informais. É que, ao contrário do que se sugere por vezes, o próprio acto administrativo, o acto unilateral de autoridade, também ‘consente o consenso’, revelando-se-nos afinal como uma figura dúctil, que não reflète necessariamente uma ‘imagem autoritária’ da Administração – e nem se diga que com isso se está afinal a desfigurar o velho acto administrativo, pois que, desde sempre, a doutrina o apresentou como um acto de autoridade que pode não dispensar a colaboração, a adesão ou o consentimento do particular.” (GONÇALVES, Pedro. **O Contrato Administrativo**. Coimbra: Almedina, 2003, p 24-25).

³⁹⁴ Ainda que o termo privatização possa ser concebido de diversas maneiras, utiliza-se para o presente trabalho os termos apregoados por Maria Sylvania Zanella Di Pietro em sentido lato: “objetiva-se a “reforma do Estado”, com vistas a fazer reverter os males instaurados pelo Estado intervencionista: de um lado, visto do lado do cidadão, quer-se restaurar e prestigiar a liberdade individual e a livre concorrência; isso leva às idéias de privatização, fomento, parceria com o setor privado; visto do lado do Estado, quer-se alcançar a eficiência na prestação dos serviços públicos, o que leva à idéia de desburocratização. Na realidade, poder-se-ia falar apenas em ‘privatização’ em sentido amplo, na qual se inserem todos esses objetivos.” (DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. **Parcerias na Administração Pública**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 39). Pedro Gonçalves denomina de tarefa pública atribuída a particular nos casos de privatização, lembrando que para o autor a privatização no âmbito da execução de tarefas públicas é a cedência, total ou parcial, de tarefas públicas a agentes privados. (GONÇALVES, Pedro Antonio Pimenta da. **Entidades privadas com poderes públicos: o exercício de poderes públicos de autoridade por entidades privadas com funções administrativas**. Coimbra: Edições Almedina, 2008, p. 321 e seg.). Usando a palavra privatização para transluzir o critério de subsidiariedade horizontal ou chamada de funcional, recorre-se a mesma para se referir “ao protagonismo do indivíduo e da sociedade civil na consecução das atividades que lhe são necessárias,

imprescindibilidade de uma readequação da dogmática administrativa em resposta às evoluções recentes da Administração Pública, até porque as mudanças têm sido profundas nas suas próprias formas de organização e atuação, provocando mudanças nas suas próprias formas de organização e atuação que estão ultrapassadas.³⁹⁵ Inteligência artificial e a inteligência alienígena, bem como os meios de repasse de informação atuais, não estavam presentes antigamente, logo, o tratamento conferido pelo Direito Administrativo deverá enfrentar e dar as devidas respostas para tais realidades sociais contemporâneas.

Maria João Estorninho classifica tal evolução a partir de três vetores fundamentais: 1) uma crescente relevância da atividade contratual em comparação a outras formas de atuação administrativa; 2) o alargamento do tipo de fins de interesse público, com mais atribuições administrativas para serem perseguidas e 3) a diversificação das espécies contratuais que podem ser utilizadas.³⁹⁶ Ressaltando a busca para parcerias e contratos ao setor privado, o que demonstra a importância da contratualização em geral, a crise do Estado do Estado de Providência faz tal procura acentuar-se, conduzindo a modelo ainda imperfeitamente delineado como “a Administração Conformadora (João Caupers), ou Administração de infra-estruturas ou Administração prospectiva (Vasco Pereira da Silva) ou Administração reguladora ou de fomento (Maria João Estorninho). Neste modelo, pretende-se que haja menos Estado e mais atividades de natureza jurídico-privada, sem que se volte ao Estado liberal.” A intenção é que o Estado possa criar condições adequadas para que as atividades privadas se realizem a partir de diversas formas jurídico privadas de organização e atuação administrativa ou na colaboração dos particulares com as entidades públicas.”³⁹⁷

relegando aos organismos institucionais público-estatais uma competência de caráter acessório (complementar e/ou suplementar).” (GABARDO, Emerson. **Interesse público e subsidiariedade**. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 213).

³⁹⁵ ESTORNINHO, Maria João. **Contratos da administração pública** (esboço de autonomização curricular). Coimbra: Almedina, 1999, p. 43

³⁹⁶ ESTORNINHO, Maria João. **Contratos da administração pública** (esboço de autonomização curricular). Coimbra: Almedina, 1999, p. 43. Em sentido similar, Pedro Vaz Mendes: “A transformação e alargamento das atribuições do Estado ocorridas nos séculos XIX e XX obrigaram a administração a adotar mecanismos de consensualização das suas intenções com as dos particulares (...).” (MENDES, Pedro Vaz. **Pacta Sunt Servanda e interesse público nos contratos administrativos**. Lisboa: Universidade Católica, 2016, p. 3).

³⁹⁷ FONSECA, Isabel Celeste M. **Direito da contratação pública: uma introdução em dez aulas**. Coimbra: Almedina, 2009. p 38. A autora ainda menciona que o perfil de objeto (ou melhor dizendo de

Para a criação de condições, uma nova mentalidade se faz necessária, a fim de assimilar o impacto da contratualização e a relação da Administração com os contratados e parceiros.³⁹⁸ A necessidade de aproximação do Estado-contratante com o terceiro-contratado faz com que surja um maior senso de responsabilidade por este, o qual percebe o seu grau de envolvimento para a satisfação dos interesses públicos – ou pelo menos assim deveria se sensibilizar. Não se está assentindo com o mero repasse de responsabilidade pela prossecução do interesse público para o contratado, mas sim destacando um espírito de solidariedade que deve ocorrer.³⁹⁹ Não se pode ser inocente a ponto de centralizar a solidariedade como único motivo para gerar a aproximação dos candidatos a um futuro negócio, até porque o combustível daqueles que atuam no segundo setor da economia é o lucro, o qual deve ser sempre respeitado e buscado.

Entrementes, convém ressaltar que a aludida aproximação nunca pode servir de arrimo para práticas de colusões ou de confusão injustificada entre público *versus*

causa) dos contratos passa a ser diferente: “Se antes havia contratos de colaboração, aqueles pelos quais uma das partes se obra a proporcionar à outra uma colaboração temporária no desempenho de atribuições administrativas mediante uma remuneração, nesta época surgem os contratos substitutivos de actos administrativos. Se antes a Administração é autoritária e agressiva, agora é parceira e prestadora. E é neste contexto que surgem formas de administração concertada e surgem os contratos de administração, em que a atividade administrativa típica aparece como objeto de acordo e o particular co-contratante aparece como administrado e não como colaborador.” (FONSECA, Isabel Celeste M. **Direito da contratação pública**: uma introdução em dez aulas. Coimbra: Almedina, 2009, p. 37). Com o digno respeito, deve-se discordar porque sempre a causa de um contrato administrativo será a colaboração e somente nas vezes de algum contrato de concessão ou permissão, bem como nas parcerias, é que poder-se-á pensar na ideia da jurista de “contratos de administração”, sendo que nas parcerias esta expressão também não permitirá pensar em exclusividade de administração ante os fins persecutidos.

³⁹⁸ ESTORNINHO, Maria João. **Contratos da administração pública** (esboço de autonomização curricular). Coimbra: Almedina, 1999, p. 48. Sobre a relação da contratualização para a efetivação de políticas públicas, Jacques Chevalier esclarece que: A função de ‘regulador’ doravante atribuída ao Estado na economia lhe impõe especialmente privilegiar a contratualização em face do enquadramento pela via regulamentar: o Estado não busca mais a impor a sua vontade pela coerção; ele discute com as empresas e se esforça em obter a sua colaboração, que não é jamais adquirida antecipadamente. (...) rompendo com a lógica tradicional de setorialização, as políticas públicas são cada vez mais caracterizadas por uma exigência de transversalidade: a sua implantação supõe a intervenção de um conjunto de atores públicos, cuja cooperação será formalizada em um dispositivo contratual. (...) Essas diferentes facetas da contratualização são indissociáveis: a técnica contratual aparece como o meio de fazer cooperarem atores diversos, situações tanto no seio como fora do Estado e portadores de racionalidades divergentes. (...) Como tal, a contratualização aparece emblemática dessas novas técnicas de ‘governança’, que são chamadas a tomar o lugar dos antigos métodos de ‘governo’, de tipo unilateral e coercitivo: a ação pública torna-se o produto de interações entre atores múltiplos, públicos e privados, quanto aos quais se procura conciliar as estratégias e harmonizar os interesses; o contrato é o meio de formalizar essa cooperação.” (CHEVALLIER, Jacques. **O estado pós-moderno**. Trad. Marçal Justen Filho. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 160-163).

³⁹⁹ MENDES, Pedro Vaz. **Pacta Sunt Servanda e interesse público nos contratos administrativos**. Lisboa: Universidade Católica, 2016, p. 377.

privado. Infelizmente, abre-se parêntese para alvitrar que os ajustes dependem de seres humanos e aí reside a possibilidade de ocorrerem desvios de conduta na aproximação existente entre agentes do contratante e do mercado antes da celebração ajustes em geral para a discussão de modelos contratuais, prazos, condições habituais, soluções existentes no mercado, dentre outros pontos, razão pela qual se deve trabalhar sempre, seja do lado da administração contratante ou de terceiros pretensos contratados, com a implantação de matrizes de risco institucionais e específicas do setor de contratação.⁴⁰⁰ As interferências e a comunicabilidade com os possíveis fornecedores servem para avaliar as condições futuras de um possível ajuste, inclusive o que pode ser estipulado de maneira rígida e o que goza de alguma flexibilidade, para posteriormente ser fixado nas condições de um ato convocatório ou de um contrato. Sobre a possibilidade de corrupção, Antonio García Jiménez justifica pelo fato de os valores envolvidos nas contratações em geral serem extremamente significativos, o que torna “más vulnerables para el desarrollo de prácticas corruptas y, por lo tanto, donde los actores que intervienen en el proceso pueden estar más expuestos a aceptar sobornos, las conocidas coloquialmente como mordidas.”⁴⁰¹

Em crise, os ajustes também servem como regulador da despesa pública.⁴⁰²

⁴⁰⁰ Tal assunto será mais explorado nos critérios para o estabelecimento de medidas eficientes para os promotores e incentivadores de ciência, tecnologia e inovação (tópico 3.3)

⁴⁰¹ JIMÉNEZ, Antonio García. **Las conexiones entre contratación administrativa e innovación**. Madrid: Tecnos: 2018, p. 284-285. Convém destacar que o impacto da contratação pública na dinâmica competitiva dos mercados teve até hoje uma relevância relativamente secundária, tanto do ponto de vista econômico quanto jurídico, conquanto que a aplicação conjunta da normativa de defesa da concorrência e da contratação pública venha recebendo uma maior atenção (crescente). A crítica se faz pertinente, pois a análise sempre é feita pelo viés do direito concorrencial de acordo com a corrupção e colusión (práticas desleais) dos concorrentes, entrementes as peculiaridades dos mercados dominados pelo comprador público influenciam largamente nos casos de controle de operações de concentração entre os provedores ou contratados do poder público e de modo similar com o controle das ajudas estatais para empresas contratadas. Por isso, Albert Sánchez Graells justifica a imprescindibilidade de estudar a interrelação entre o direito da concorrência e o direito da contratação pública, bem como o impacto da atividade de aprovisionamento (planejamento) e contratação pelo poder público frente a normativa e a realidade da dinâmica competitividade dos mercados privados: “plantear el problema derivado de la falta de cobertura de estas posibles distorsiones competitivas por las normas de defensa de la competencia, enfatizar la necesidad de diseñar el sistema e contratación pública de modo que no restrinja, altere ni falsee la competencia en los mercados en que el comprador público desarrolla su actividad (de abastecimiento) y reflexionar críticamente acerca de la necesidad de someter el ejercicio de poder de mercado por el comprador público a controles y límites similares (si no idénticos) a los que existen para los operadores de mercado privados.” (GRAELLS, Albert Sánchez. Reflexiones críticas em torno a la disciplina del comportamiento de mercado del comprador público. In: ACEVEDO, Rafael Fernández; FERNÁNDEZ, Patricia Valcárcel (directores). **La contratación pública a debate: presente y futuro**. Navarra: Civitas, 2014, p. 275-298, p. 276-277).

⁴⁰² GOMES, Pedro Cerqueira. Contratação pública e inovação – o diálogo entre Portugal e a União

Com isso, o governo toma decisões para a execução da despesa pública utilizando os contratos públicos como instrumento de política econômica ou social ou como meio de redistribuição, atingindo, assim, vários objetivos de uma política econômica como a redistribuição, apoio social, falha de mercado ou outros no raciocínio de Nuno Cunha Rodrigues.⁴⁰³ Discordando parcialmente do autor português, parece que toda política econômica será social e nem toda política social será econômica, já que a social poderá inclusive ser dispendiosa e prejudicar a contenção de gastos econômicos ou até mesmo poderá ser neutra do ponto de vista econômico.

De qualquer maneira, os mercados públicos devem ser sempre priorizados como instrumentais para políticas econômicas, já que representam um mercado deveras importante. Tanto é assim que os países em geral utilizam este seu poder de comprador ou também chamado como administração cliente.⁴⁰⁴ Pode-se até justificar na ideia de a administração pública ser um sistema, assim como defendem os especialistas em ciências políticas, o que significa ser um conjunto em que cada parte do todo depende da outra ou dito de forma mais rudimentar “un sistema consiste en <input> (insumo), transformación y <output> (resultado).”⁴⁰⁵ Posto isso, é indiscutível que a contratação pública assume um papel estratégico para os Estados, tanto é assim que chegam a denominar tal área de direito da contratação pública ou até de direito internacional da contratação pública, justificando também na busca de um equilíbrio nos seus princípios gerais internacionalmente para alcançar a flexibilidade necessária para aprimoramento dos processos e dos mecanismos de aquisição atuais.⁴⁰⁶

De forma interessante e para transluzir a necessidade de encarar tais ajustes como estratégicos para a política econômica, Claudia Viana aborda duas diferentes realidades no panorama internacional da contratação pública: de um lado, promoção

Europeia. In: ACEVEDO, Rafael Fernández; FERNÁNDEZ, Patricia Valcárcel (directores). **La contratación pública a debate: presente y futuro**. Navarra: Civitas, 2014, p. 525-555, p. 526.

⁴⁰³ RODRIGUES, Nuno Cunha. **A contratação pública como instrumento de política econômica**. Coimbra: Almedina, 2015, p. 69-70.

⁴⁰⁴ LEÓN, José María Baño. La figura del contrato en el derecho público: nuevas perspectivas y límites. In: Congreso Luso-Hispano de profesores de Derecho Administrativo (5º Barcelona, 2002). **La contratación pública en el horizonte de la integración europea**. Madrid: Instituto de Administración Pública, 2004, p. 11-29, p. 13.

⁴⁰⁵ VEDUNG, Evert. **Evaluación de políticas públicas y programas**. Madrid: Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. 1997, p. 22.

⁴⁰⁶ JIMÉNEZ, Antonio García. **Las conexiones entre contratación administrativa e innovación**. Madrid: Tecnos: 2018, p. 83.

do desenvolvimento econômico dos países; de outro, o intento de se pautar por critérios de racionalidade e eficiências econômicos, a fim de evitar o aumento de gastos.⁴⁰⁷ Com argumentos diferentes, Nuno Cunha Rodrigues enfatiza a globalização dos contratos públicos e de uma potencial instrumentalização que os Estados podem exercer relativamente a estes com o fito de proteger as indústrias domésticas a partir da não abertura da conta da ação pública a entidades estrangeiras; ou por meio da imposição a outros estados da abertura desse mercado; ou até pela interferência na política interna pela via das contratações públicas, assim como aconteceu na Lei de Massachusetts, onde se impedia a acessão de empresas com negócios com a Birmânia a contratos públicos nos Estados Unidos, enquanto aquele país não respeitasse os direitos humanos. Segundo o autor, toda esta instrumentalização pode ser avaliada pelo prisma econômico, pois procura-se perquirir as consequências econômicas - máxime macro-econômicas, e pelo prisma jurídico, com o qual se busca estudar tal postura pelos instrumentos jurídicos existentes no direito internacional econômico e as consequências a serem ocasionadas por tal instrumentalização. Considerando os impactos transfronteiriços, deve-se obter que tal política econômica se relacione estreitamente com a ajuda ou não ao desenvolvimento subjacente à criação de regras de funcionamento para os contratos e consequente abertura ao exterior e/ou com a concessão de empréstimos relativamente a mercados domésticos (*tied-aid*) a partir de investimentos de organismos, bancos ou entidades internacionais.⁴⁰⁸

Numa abordagem bastante crítica e visando repensar o Direito Administrativo dos Contratos Administrativos, Egon Bockmann Moreira defende que é necessário revisitar o tempo do direito dos contratos, as modificações da Administração Pública

⁴⁰⁷ VIANA, Cláudia. A globalização da contratação pública e o quadro jurídico internacional. In: **Estudos de Contratação Pública da Faculdade de Direito de Coimbra**. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 23-49, p. 23.

⁴⁰⁸ RODRIGUES, Nuno Cunha. **A contratação pública como instrumento de política econômica**. Coimbra: Almedina, 2015, p. 15-16. Sobre a capacidade de auxílio internacional para países subdesenvolvidos e países em desenvolvimento por meio de agências e organismos internacionais, Francis Fukuyama critica o formato de tais ajudas e se estas realmente seriam efetivadas do modo como são efetivadas, já que ao invés de fortalecerem os estados nacionais buscam se sub-rogar nas competências estatais. Tanto é que pondera que “os responsáveis pelas políticas no campo do desenvolvimento deveriam, no mínimo, fazer o juramento de Hipócrates, de ‘não causar dano’ e não iniciar programas que prejudiquem ou esgotem a capacidade institucional em nome de sua construção.” (FUKUYAMA, Francis. **Construção de estados: governo e organização mundial no século XXI**. Trad. Nivaldo Montingelli Jr. Rio de Janeiro: Rocco, 2005, p. 64).

oitocentista para a atual, o uso dos contratos administrativos como instrumento de governo - o que é aplicável para todos os contratos, apesar de o autor enfatizar os contratos de longo prazo – e a necessidade de mudança de pensamento acerca da mutação contratual para garantir a segurança jurídica, admoesta a ideia da imprevisibilidade e da falta do previsível com soluções não adequadas, como é o caso das cláusulas *rebus sic standibus*, *pacta sunt servanta* e *jus variandi*. Os argumentos aventados, que parecem adequados e corretos, convivem com vários tempos, simultâneos e assimétricos, em que nem tudo está dentro do campo jurídico, já que “o direito não mais se relaciona com um só tempo (e sua medida)”, para tanto, consubstancia a sua tese recorrendo aos tempos⁴⁰⁹: financeiro, político e econômico. Em suma, é necessário que o agente conheça e tenha noção dos tempos que estão em jogo e os sincronize para que se adote uma solução adequada, assim utilizando corretamente o contrato como instrumento de governo.⁴¹⁰

Totalmente pertinente a observação supra, pois como se verá ao longo do trabalho e inclusive nas conclusões desta tese, é preciso uma interdisciplinaridade entre os vários ramos de conhecimento quando se trata de gestão pública, já que a economia não pode resolver de maneira solitária, tampouco o direito, a sociologia ou qualquer outro campo isoladamente. Da mesma forma, desde já, rechaça-se a busca por um direito globalizado dos contratos administrativos, isso porque um sistema global demandaria a interoperabilidade para que todos os países estivessem em condições similares de partida para se chegar a uma concorrência justa.⁴¹¹ Sabe-se que, muitas vezes, nem sequer os blocos econômicos e territoriais como União Europeia ou Mercosul tem condições equivalentes entre os países para o ponto de

⁴⁰⁹ O autor preferiu centrar-se nos três tempos acima aludidos, ainda que outros tempos pudessem servir de argumento como o tecnológico, o diplomático, o das comunicações, o das competições esportivas mundiais e o da globalização.

⁴¹⁰ MOREIRA, Egon Bockmann. Contratos públicos de longo prazo, mutações e segurança jurídica. In: ACEVEDO, Rafael Fernández; FERNÁNDEZ, Patricia Valcárcel (directores). **La contratación pública a debate: presente y futuro**. Navarra: Civitas, 2014, p. 511-524, p. 515-516.

⁴¹¹ A interoperabilidade visa a uma standarização. É muito tratada na tecnologia da informação e atualmente na área de inteligência artificial para os governos eletrônicos. Sobre o assunto, em especial sobre a interoperabilidade das plataformas e dos sistemas eletrônicos usados pela Administração Pública (espanhola), vide o artigo realizado por Rubén Martínez Gutiérrez no XIV Congreso Anual de la Asociación de Profesores de Derecho Administrativo: GUTIÉRREZ, Rubén Martínez. **Los retos de la innovación tecnológica en la jurisdicción contencioso-administrativa**. XIV Congreso Anual de la Asociación de Profesores de Derecho Administrativo, 08 e 09 de febrero de 2019, disponível no site <http://www.aepda.es/AEPDAPublicaciones-2162-Actividades-Congresos-de-la-AEPDA-XIV-CONGRESO-DE-LA-AEPDA.aspx>. Acesso em 02 de fev. de 2019.

partida comum, portanto, não se faria justo que se insira um ponto final igual para todos. Para não restar dúvidas, porém num cenário de garantias e direitos fundamentais, de nada adianta igualar os direitos de todos os cidadãos, se, infelizmente, nem todos estão no mesmo patamar de saída e logo não obterão êxito na chegada, como bem pondera Daniel Wunder Hachem.⁴¹²

Em que pese tais observações, o fato é que os países têm direcionado forças para obter uma contratação pública estratégica, na qual se almeja um modelo mais eficiente e socialmente comprometido com o desenvolvimento de novas práticas, experimento de novas estruturas normativas para relação Administração-terceiro e alteração da mentalidade da formatação para a seleção de fornecedores, bem como dos agentes desenvolvedores das licitações.⁴¹³ Para demonstrar o interesse e a preocupação dos Estados quanto ao tema, seja como causa ou consequência, basta analisar os seguintes valores envolvidos nas compras públicas na Europa, na Espanha e no Brasil ante o Produto Interno Bruto (PIB):

- 19,7% do PIB Europeu, segundo indicadores da União Europeia de 2010;⁴¹⁴
- aproximadamente, 1,8 bilhões de euros anuais, o que representaria em torno de 14% ou 17%, segundo Manual sobre a Contratação Pública Ecológica da União

⁴¹² A igualdade de oportunidades demanda necessariamente uma igualdade material de partida para que se possa respeitar um mínimo de disputa igualitária e obediência ao texto constitucional. Por isso apresenta que no “Estado Social e Democrático como o brasileiro, o desenvolvimento reclama a sua associação a uma concepção material de igualdade, que não limite a incumbência do Poder Público a propiciar igualdade de condições no ponto partida, mas que também lhe outorgue o dever de agir em prol da redução das desigualdades da sociedade.” (HACHEM, Daniel Wunder. A maximização dos direitos fundamentais econômicos e sociais pela via administrativa e a promoção do desenvolvimento. **Revista Direitos Fundamentais & Democracia**, v. 13, n. 13, Curitiba, UniBrasil, p. 340-399, jan./jul. 2013, p. 389). Em igual sentido, apregoa que tal mentalidade: “A universalidade dos direitos fundamentais sociais como a saúde e a educação, no que toca à sua função prestacional, há que ser encarada como um ponto de chegada: embora nem todos possam, de partida, exigir as respectivas prestações estatais positivas gratuitamente, já que alguns não necessitam delas e podem obtê-las de outras formas ou pagar por elas, esses direitos são universais como um ponto de chegada, porque a sua previsão pressupõe que todos acedam através deles, com ou sem o auxílio do Estado, o conjunto valorativo que compõe a moralidade básica dos direitos humanos (dignidade, liberdade, igualdade, etc.)” (HACHEM, Daniel Wunder. Direito fundamental ao serviço público adequado e capacidade econômica do cidadão: repensando a universalidade do acesso à luz da igualdade material. In: BLANCHET, Luiz Alberto; HACHEM, Daniel Wunder; SANTANO, Ana Claudia. **Eficiência e ética na Administração Pública**. Curitiba: Íthala, 2015, p. 75-108, p. 101).

⁴¹³ JIMÉNEZ, Antonio García. **Las conexiones entre contratación administrativa e innovación**. Madrid: Tecnos: 2018, p. 83

⁴¹⁴ MOLINA, José Antonio Moreno; ALONSO, Alma Patricia Domínguez. El nuevo derecho de la Unión Europea sobre contratación pública. In: ACEVEDO, Rafael Fernández; FERNÁNDEZ, Patricia Valcárcel (directores). **La contratación pública a debate: presente y futuro**. Navarra: Civitas, 2014, p. 139-164, p. 141.

Europeia de 2016;⁴¹⁵

- na Espanha, por volta de 15 a 20% do PIB, conforme dados extraídos por Antonio López Miño⁴¹⁶ ou algo em torno 15,5% do PIB, e, 2011, segundo Diário Oficial da União Europeia. Já em estudos de 2013, a OCDE elencava um pouco diferente, mais precisamente para cifrar o percentual de 11% do PIB, já que em seu cômputo não calcula as organizações públicas dependentes das mesmas e as empresas públicas.⁴¹⁷

- em geral, as compras públicas correspondem a 17,9% do produto interno bruto (PIB) mundial, chegando a quase 22% do PIB da União Europeia e a 15,5% entre os países da América Latina, segundo estimativas de 2015 feitas pelo Sistema Económico Latinoamericano y del Caribe (SELA); ⁴¹⁸

- mais ou menos 15% do PIB do Brasil, de acordo com a apresentação oficial do Governo Federal, em 2015; ⁴¹⁹

- em países em desenvolvimento, as compras governamentais representam um movimento de 10 a 15% do Produto Interno Bruto, conformes estudos da OCDE. ⁴²⁰

⁴¹⁵ UNIÓN EUROPEA. **Adquisiciones ecológicas Manual sobre la contratación pública ecológica**. 3. ed. Luxemburgo: Oficina de Publicaciones de la Unión Europea, 2016 (disponível: http://ec.europa.eu/environment/gpp/pdf/handbook_2016_es.pdf), p. 05. Rafael Fernández Acevedo e Patricia Valcárcel Fernández explanam em torno de 17%: "(...)a utilização estratégica de um sector como el de la compra pública representa 17% do PIB da União Europeia, o que pode significar um impulso significativo para a sustentabilidade do processo de produção das obras, dos fornecimentos e dos serviços e de maneira mais direta para promover os objetivos da estratégia da Europa 2020." (ACEVEDO, Rafael Fernández; FERNÁNDEZ, Patricia Valcárcel. Análisis de los criterios de adjudicación de los contratos públicos en el marco de la cuarta generación de Directivas del Sector. In: ACEVEDO, Rafael Fernández; FERNÁNDEZ, Patricia Valcárcel (directores). **La contratación pública a debate: presente y futuro**. Navarra: Civitas, 2014, p. 199-274, p. 212).

⁴¹⁶ MIÑO, Antonio López. La compra pública innovadora en los sistemas europeo y español de contratación pública. In: GARCÍA, J. José Pernas (director). **Contratación pública estratégica**. Pamplona: Editorial Aranzadi, 2013, p. 213-248, p. 215.

⁴¹⁷ BLAY, Miguel Ángel Bernal. El desarrollo de políticas activas de empleo a través de los contratos públicos. In: GARCÍA, J. José Pernas (director). **Contratación pública estratégica**. Pamplona: Editorial Aranzadi, 2013, p. 161-186, p. 164-165.

⁴¹⁸ ARAÚJO JÚNIOR, Ignácio Tavares de. **Análise comparada sobre medidas de favorecimento de micro e pequenas empresas (mpes) em compras públicas com avaliação de eficácia e identificação de melhores práticas** - Texto para discussão. Brasília: Rio de Janeiro : Ipea - Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, p. 07.

⁴¹⁹ BRASIL, Ministério do Meio Ambiente. **Licitação sustentável**. Disponível em: <<http://www.mma.gov.br/responsabilidade-socioambiental/a3p/eixos-tematicos/item/526>>. Acesso em: 30 de mar. de 2015.

⁴²⁰ Fato reconhecido pela Organização Mundial do Comércio – OMC – em seu site: “La contratación pública representa en promedio el 10-15% del PIB de una economía. Constituye un mercado significativo y un aspecto importante del comercio internacional. La labor de la OMC en materia de contratación pública tiene por objeto promover la transparencia, la integridad y la competencia en este mercado.” Informação disponível no site https://www.wto.org/spanish/tratop_s/gproc_s/gproc_s.htm. Acesso em 02 de dez. de 2018.

Os dados expõem a dimensão dos contratos públicos para os Estados e acima de tudo para o mercado em geral, seja público ou privado,⁴²¹ motivo pelo qual Pedro Cerqueira Gomes ao dizer que, especificamente no mercado europeu como movimenta cerca de 2 trilhões de euros anuais, os Estados podem exercer grande influência para a implantação e sucesso de políticas decisivas no consumo e na produção como, por exemplo, no caso das pequenas empresas.⁴²² Para contextualizar, além dos números desembolsados, é preciso infelizmente destacar também o desperdício a partir de irregularidades e corrupção nas contratações, isto porque, em 2015, foi constatado pela “Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia” na Espanha que a falta de concorrência por motivos diversos⁴²³ acarretou um desvio aproximado de 25% do total gasto, o que, *per si*, significou 4,6% do PIB Espanhol – 47.500 milhões de euros.⁴²⁴

Tudo isso reflete fatos sociais e econômicos a partir de comportamentos econômicos. Como diz Schumpeter, os “fatos sociais resultam, ao menos de modo imediato, do comportamento humano. Os fatos econômicos resultam do comportamento econômico”, sendo que este último deve ser definido como o comportamento dirigido para a aquisição de bens. Logo, sempre existe “um motivo econômico para a ação, de forças econômicas na vida social e econômica, e assim por diante.”⁴²⁵ Assim, o estudo, em si, do comportamento econômico das contratações públicas e dos agentes envolvidos (contratante e contratado) deve ser muito bem desenvolvido. Para tanto, não se deve restringir a aspectos meramente teóricos, e sim inter-relacioná-los com a prática operacional para buscar o melhor tratamento. Aqui,

⁴²¹ Caso se faça distinção entre mercado público e mercado privado, já que mercado é mercado, independentemente da origem ou destinação.

⁴²² GOMES, Pedro Cerqueira. Contratação pública e inovação – o diálogo entre Portugal e a União Europeia. In: ACEVEDO, Rafael Fernández; FERNÁNDEZ, Patricia Valcárcel (directores). **La contratación pública a debate: presente y futuro**. Navarra: Civitas, 2014, p. 525-555, p. 526

⁴²³ Dentre eles, barreiras para a participação de interessados, multiplicidade de órgãos compradores e heterogeneidade de normas (algumas complexas) por ausência de uniformização e problemas intrínsecos de assimetria informacional (v. g. pesquisa de preços na fase interna da licitação) e relações de agências encadeadas).

⁴²⁴ ESPANHA, Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia. PRO/CNMC/001/15: **Análisis de la contratación pública en España: oportunidades de mejora desde el punto de vista de la competencia**. Disponível em:

<http://www.urko.net/attachments/article/701/ANEXO%20Informe%20CNMC%20Febrero%202015%20Contrataci%C3%B3n%20P%C3%BAblica.pdf>. Acesso em 26 de jan. de 2019, p. 05-06.

⁴²⁵ SCHUMPETER, Joseph A. **Teoria do Desenvolvimento Econômico: uma investigação sobre lucros, capital, crédito, juro e o ciclo econômico**. Trad. Maria Sílvia Possas. São Paulo: Abril Cultural, 1982, p. 09.

reside o casamento que deve existir entre os teóricos e os práticos, mormente quando versa sobre situações econômicas e de gestão pública. O estudo isolado na academia sobre as contratações ou a intervenção estatal e os gastos sem recorrer às questões cotidianas e práticas ensejam uma investigação estéril, ainda mais num tema que ainda necessita de uma maior verticalização.⁴²⁶

Com efeito, as contratações podem representar políticas estratégicas por promoverem o desenvolvimento econômico em geral (v. g. ao propagar a inovação, a melhoria ambiental, o combate às alterações climáticas, a redução do consumo energético, o comércio justo, a melhoria do emprego, da saúde ou da inclusão de grupos desfavorecidos ou desiguais) e protegerem a indústria da concorrência externa a partir de custos financeiros associados mínimos quando comparado com a concessão de subsídios.⁴²⁷ Sem dúvida, tal raciocínio representa o uso dos ajustes não somente em “um papel econômico racional para uma perspectiva instrumental, além disso usa o nome de papel redistributivo” e não é uma novidade, pois já foi utilizado: (i) no Reino Unido, quando após a 1ª Guerra Mundial foi necessário favorecer os veteranos; (ii) nos Estados Unidos, em 1938, ao ter sido imposto pelo governo privilégios aos deficientes visuais na aquisição de bens e produtos produzidos por invisuais; (iii) nos Estados Unidos com o Buy American Act que prevê restrições para empresas estrangeiras nas compras relacionadas com a defesa; (iv) no Canadá, ao beneficiar a população indígena como forma de compensação pela perda de terras; (v) na África do Sul, ao direcionar à população negra; (vi) na Malásia visando prestigiar a etnia Malay; e (vii) em Portugal na última década com a associação das políticas ambientais às contratações públicas.⁴²⁸

⁴²⁶ “El teórico consigna sus conocimientos fundamentales y sus concepciones científicas; el práctico, su experiencia profesional y su ojo práctico. Aquél trabaja más bien sintetizando; éste, más bien de un modo casuista; el teórico aspira a promover un progreso constante; el práctico, a vencer las dificultades del momento. En el derecho administrativo, por el contrario, ocupa el práctico anchos campos que el teórico no pisa nunca o cultiva tan sólo de un modo extensivo. El teórico se suele deslizar aquí sobre la superficie, en tanto que el práctico, que no puede conformarse con un estudio superficial de la materia, emprende estudios detallados, profundos y esmerados. Por eso el teórico pierde aquí su papel directivo, y en vez de servir de maestro de la práctica, busca en ella sus mejores sugerencias.” (SPIEGEL, Ludwig. **Derecho Administrativo**. Trad. Francisco J. Condes. Colección Labor. Barcelona – Buenos Aires: Editorial Labor, 1933, p. 54).

⁴²⁷ RODRIGUES, Nuno Cunha. **A contratação pública como instrumento de política econômica**. Coimbra: Almedina, 2015, p. 18-19.

⁴²⁸ RODRIGUES, Nuno Cunha. **A contratação pública como instrumento de política econômica**. Coimbra: Almedina, 2015, p. 19, 21-22. Sobre a lei americana, destaca-se que “A Buy American Act, Lei de Licitações, é de 1933. Foi editada após a grande depressão e contempla objetivos claros e

Egon Bockmann Moreira assente que é bastante crível impactar na economia pelos contratos a longo prazo, como são os casos, no Brasil, das parcerias público-privadas e das concessões comuns, já que ao convencioná-los está fincada uma postura e uma prioridade governamental por longos anos – 10, 20 ou até 35 anos⁴²⁹. Ademais, dependendo da “sofisticação técnica de sua modelagem, tais contratos podem ser prestar à real e concreta distribuição de riqueza; a configurar, portanto, políticas distributivas de longo prazo”, e, com isso, o governo define a racionalidade econômica e social que regerá os principais setores da economia por um longo período de maneira vinculante.⁴³⁰

Por tais razões, Jaime Rodríguez-Arana Muñoz explica que o contratado, na condição de colaborador, deve ser conscientizado, que além do justo lucro a ser perseguido, por meio de contratações públicas, poderá cooperar na obtenção de resultados sociais, de humanização da realidade, do fortalecimento da dignidade do ser humano e de seu entorno. Até mesmo ressalta que a ideia de cooperação com a participação volitiva e consensual é “fundamental para construir políticas públicas abiertas, dinámicas, profundamente humanas y sociales. La acción pública es una acción compleja que, entre otras cosas, incluye la movilización de los recursos sociales, la coordinación de los esfuerzos, la integración de las iniciativas y la conjugación de las aspiraciones de la sociedad.” Assim, na política da contratação pública, para o autor, tais coordenadas devem estar presentes, a fim de permitir que o contratado possa contribuir para a melhoria nas condições de vida das pessoas a partir da dimensão solidária e ambiental.⁴³¹ Compactuando do mesmo pensamento, José María Gimeno Feliu endossa o uso dos contratos como uma potestade ou

proteger a produção nacional, fortalecendo geração de empregos. Muitas determinações da Lei de Licitação ainda são aplicadas e existem inúmeras restrições às compras governamentais de bens não produzidos nos Estados Unidos, que podem ser afastadas em função da disponibilidade interna do produto, do interesse público ou se o produto nacional não possuir preços razoáveis.” CÂMARA, Jacintho Arruda; NOHARA, Irene. **Tratado de Direito Administrativo: licitação e contratos administrativos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 228).

⁴²⁹ Salienta-se que os prazos dependem da modalidade de concessão no Brasil. As parcerias público-privadas que tem esteio na Lei nº 11.107/2004 geram contratos com no máximo 25 anos de duração, porém as concessões comuns prescritas na Lei nº 8.987/95 não tem prazo pré-definido legalmente e com sustentáculo em tal legislação já foram celebrados contratos de até 35 anos.

⁴³⁰ MOREIRA, Egon Bockmann. Contratos públicos de longo prazo, mutações e segurança jurídica. In: ACEVEDO, Rafael Fernández; FERNÁNDEZ, Patricia Valcárcel (directores). **La contratación pública a debate: presente y futuro**. Navarra: Civitas, 2014, p. 511-524, p. 518-520.

⁴³¹ MUÑOZ, Jaime Rodríguez-Arana. La contratación del sector público como política pública. In: GARCÍA, J. José Pernas (Director). **Contratación pública estratégica**. Pamplona: Editorial Aranzadi, 2013, p. 31-44, p. 43-44.

ferramenta a serviço dos poderes públicos para o alcance dos seus fins ou de suas políticas públicas, porquanto deve ter como norte objetivos sociais, ambientais ou de investigação, o que justifica a adequação da visão estratégica da contratação pública.⁴³²

⁴³² FELIÚ, José María Gimeno. Compra pública estratégica. In: GARCÍA, J. José Pernas (Director). **Contratación pública estratégica**. Pamplona: Editorial Aranzadi, 2013, p. 45-79, p. 45.

2.4. A política da contratação pública como integrante da política econômica é uma política pública

Para que se possa compreender como o Estado poderá fixar critérios para o estabelecimento de medidas eficientes para promover e direcionar para a ciência, tecnologia e inovação nacionais, é indispensável o conhecimento de alguns conhecimentos preambulares sobre a relação da política econômica da contratação pública como política pública, como visto alhures, ante os diversos motivos e dados anteriormente coligidos. Como é integrante de uma política pública adotada pelo Estado na seara da Economia, logo é indispensável que se conheça o que é uma política pública, como deve ser formada e qual é o seu ciclo para, posteriormente, estipular uma tese de política de contratação pública brasileira para as áreas versadas neste trabalho.

Iniciando a partir de uma definição, pode-se recorrer a Maria Paula Dallari Bucci que a delimita como “programa de ação governamental que resulta de um processo ou conjunto de processos juridicamente regulados (...) visando coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados.”⁴³³ De maneira um pouco diversa, o Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento agrega a ideia de essencialidade feita pelo poder político para a escolha de políticas almejando ao cidadão sempre aludindo como finalidade a promoção do desenvolvimento humano e atrelando a expansão de liberdades da população: “‘políticas públicas’, refere-se a políticas governamentais, essenciais pelo poder político que têm quanto a políticas para o cidadão, pela necessidade da promoção do desenvolvimento humano como um processo de expansão de liberdades para a população”⁴³⁴

Enfocando a teleologia de um possível conceito, Osvaldo Canela compreende que as políticas públicas são as atividades desenvolvidas pelo Estado visando à realização dos objetivos fundamentais prescritos na Constituição da República Federativa do Brasil, isso porque defende que esta cria “os núcleos constitucionais de

⁴³³ BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). **Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 01-49, p. 39.

⁴³⁴ PROGRAMA DAS NAÇÕES UNIDAS PARA O DESENVOLVIMENTO. **Valores e Desenvolvimento Humano 2010**. Brasília: 2010, p. 201.

irradiação dos direitos fundamentais sociais, que comandam a prática de todos os atos estatais”, o que *per se* enseja dizer que “o destino dos núcleos constitucionais de irradiação é a realização dos direitos fundamentais sociais, e as políticas públicas constituem o seu veículo material.”⁴³⁵ Cristiane Derani, sobre outro viés, mais precisamente sobre a repercussão na vida dos indivíduos, defende que são ações “comandadas pelos agentes estatais e destinadas a alterar as relações existentes. São políticas públicas, porque são manifestações das relações de forças sociais refletidas nas instituições estatais e atuam sobre campos institucionais diversos, para produzir efeitos modificadores na vida social.”⁴³⁶ De maneira similar, Evert Vedung retrata que os instrumentos utilizados pelas políticas representam um conjunto de técnicas pelas quais as autoridades do setor público exercem seu poder num propósito de gerar alterações sociais.⁴³⁷ Para Leonardo Secchi, qualquer política pública deve ter dois elementos fundamentais: o problema público (intencionalidade de resolução) e a política pública (instrumental para levar a cabo a intencionalidade).⁴³⁸

Celina Souza, após fazer um apanhado de definições, elenca e sintetiza os principais elementos principais:

A política pública permite distinguir entre o que o governo pretende fazer e o que, de fato, faz.

A política pública envolve vários atores e níveis de decisão, embora seja materializada através dos governos, e não necessariamente se restringe a participantes formais, já que os informais são também importantes.

A política pública é abrangente e não se limita a leis e regras.

A política pública é uma ação intencional, com objetivos a serem alcançados.

A política pública, embora tenha impactos no curto prazo, é uma política de longo prazo.

A política pública envolve processos subsequentes após sua decisão e proposição, ou seja, implica também implementação, execução e avaliação.⁴³⁹

Fato é que as políticas públicas não podem ser definidas de maneira estanque.

⁴³⁵ CANELA JÚNIOR, Osvaldo. **Controle judicial de políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 57-58.

⁴³⁶ DERANE, Cristiane. **Privatização e serviços públicos: as ações do Estado na produção econômica**. São Paulo: Max Limonad, 2002, p. 239.

⁴³⁷ VEDUNG, Evert. **Evaluación de políticas públicas y programas**. Madrid: Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. 1997, p. 154.

⁴³⁸ SECCHI, Leonardo. **Análise de políticas públicas: diagnóstico de problemas, recomendação de soluções**. São Paulo: CENCAGE Learning, 2017, p. 05.

⁴³⁹ SOUZA, Celina. Políticas públicas: uma revisão da literatura. **Sociologias**, Porto Alegre, ano 08, nº 16, jul/dez 2006, p. 20-45 p. 36-37.

Atualmente, o artigo 1º, inciso V, da Lei Federal nº 12.288/2010 conceitua que são “as ações, iniciativas e programas adotados pelo Estado no cumprimento de suas atribuições institucionais.” Ainda que se intente, tal conceito sob um prisma geral não é completo e suficiente. Uma das justificativas e dos inconformismos dos estudiosos da área do Direito é tentar emoldurá-la como uma categoria jurídica, em que pese o seu maior estudo até hoje ser realizado por cientistas políticos, sociólogos e *experts* de outras áreas científicas. Celina Souza, quando propõe uma revisão da literatura para debater o tema, propõe resumir política pública como “o campo do conhecimento que busca, ao mesmo tempo, ‘colocar o governo em ação’ e/ou analisar essa ação (variável independente) e, quando necessário, propor mudanças no rumo ou curso dessas ações (variável dependente).”⁴⁴⁰ Descreve Maria Paula Dallari Bucci que tal temática advém da Ciência Política e da Ciência da Administração Pública, já Leonardo Secchi manifesta que a ciência da política pública é uma área de estudos desmembrada das ciências políticas que possui bastante reverberação de várias disciplinas como economia, sociologia, engenharia, psicologia social, administração pública e direito.⁴⁴¹

Quanto à falta de precisão técnica na “noção jurídica de política pública”, Fabio Konder Comparato argui que se deve também à pouca exploração e desenvolvimento do tema para a Ciência do Direito.⁴⁴² Thiago Lima Breus reconhece a complexidade do tema e que não possui uma “raiz ontologicamente jurídica, mas sim derivada de um âmbito de preocupação de ordem política e, por conseguinte, dinâmica”, mesmo assim a emoldura como uma categoria jurídica que merece ser tratada pelo Direito Administrativo contemporâneo. ⁴⁴³ Wilson Donizeti Liberati defende que as políticas públicas estão ligadas de maneira imprescindível com direitos sociais e que o estudo referente às mesmas “está intrinsecamente relacionado à existência de um Estado Social, desde Weimar, 1919.”⁴⁴⁴ Discordando-se desta assertiva, entende-se que as

⁴⁴⁰ SOUZA, Celina. Políticas públicas: uma revisão da literatura. **Sociologias**, Porto Alegre, ano 08, nº 16, jul/dez 2006, p. 20-45, p. 26.

⁴⁴¹ SECCHI, Leonardo. **Análise de políticas públicas**: diagnóstico de problemas, recomendação de soluções. São Paulo: CENCAGE Learning, 2017, p. 07

⁴⁴² COMPARATO, Fabio Konder. O Ministério Público na defesa dos direitos econômicos, sociais e culturais. In: CUNHA, Sérgio Sérvulo da; GRAU, Eros Roberto (Org.). **Estudos de direito constitucional: em homenagem a José Afonso da Silva**. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 246.

⁴⁴³ BREUS, Thiago Lima. **Políticas públicas no estado constitucional**. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 218.

⁴⁴⁴ LIBERATI, Wilson Donizeti. **Políticas públicas no Estado constitucional**. São Paulo: Atlas, 2013, p. 81 a 83.

políticas públicas nem sempre estarão relacionadas com direitos sociais, visto que é possível que exista uma política pública econômica sem impacto direto nos direitos sociais, como a política pública de exploração de determinado setor econômico. O conceito é bem mais abrangente, pois “envolve não apenas a prestação de serviços ou o desenvolvimento de atividades executivas diretamente pelo Estado, como também sua atuação normativa, reguladora e de fomento, nas mais diversas áreas.”⁴⁴⁵

Thiago Lima Breus alerta que o fundamento das políticas públicas é a rigor a existência dos direitos sociais, entretanto tal raciocínio não significa dizer que todas as formas e modalidades de políticas públicas são sociais, pois há “as de fomento industrial, de energia, de transportes, que não se fundamentam necessariamente na realização de direitos fundamentais sociais, mas se inserem numa política de desenvolvimento, que possibilitam uma elevação do nível e da qualidade de vida da população.”⁴⁴⁶ Não obstante, se percebe que o intento de melhoria na vida das pessoas deve estar sempre presente, como reconhece Jaime Rodríguez-Arana Muñoz “las políticas públicas son tareas o que haceres a cargo de los poderes públicos que se destinan, de una y otra forma, a través de las diferentes técnicas disponibles, a la mejora de las condiciones de vida de los ciudadanos.”⁴⁴⁷

Diante das várias definições explanadas, propõe-se ao presente estudo que política pública é um processo gerador de ações de governo desenvolvidas a partir de uma atuação estatal, com ou sem o auxílio de agentes privados, que visam ao atendimento dos fundamentos e objetivos fundamentais preconizados pela Constituição.⁴⁴⁸

O processo clama por um conjunto de ações, elaborado a partir de um

⁴⁴⁵ BARCELLOS, Ana Paula. Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Beneti. **Direitos fundamentais: orçamento e reserva do possível**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 101-132, p. 102.

⁴⁴⁶ BREUS, Thiago Lima. **Políticas públicas no estado constitucional**. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 219.

⁴⁴⁷ MUÑOZ, Jaime Rodríguez -Arana. La Directiva Europea de Contratación Pública y la Lucha contra la corrupción. **Revista de Direito Econômico e Socioambiental**, Curitiba, v. 8, n. 1, p. 24-56, jan-abr. 2017, p. 38.

⁴⁴⁸ Conceito já adotado no artigo da política de quotas REIS, Luciano Elias. As políticas públicas de quotas raciais no Brasil: necessidade, desafios e resultados. **Revista Juris Plenum Direito Administrativo**, v. 1, p. 499-554, 2017. Ainda que inexista “apenas um conceito de que se servem os juristas (e os não juristas) como guia para entendimento das políticas públicas”, não se deve alijar a necessidade de uma metodologia jurídica para descrever, compreender e analisá-las. (BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). **Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 47)

planejamento, posteriormente executado formal e materialmente, para que, ao final, haja a mensuração do seu impacto com aquilo que foi inicialmente planejado para ser atingido. Convém pontuar a relevância do planejamento para as políticas públicas. Um processo não se origina de um ato isolado, nem de um ato destacado proveniente somente da vontade de um administrador público. O processo pressupõe uma apreciação percuciente sobre a agenda existente, as opções possíveis e proporcionais (sob o viés da necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito) de serem utilizadas, as escolhas efetuadas e o modo de implementação para *ex post* desencadear a avaliação dos resultados obtidos. Para justificar tais pressupostos, utiliza-se o raciocínio de Celina Souza ao enaltecer o ciclo da política pública que é formado pelos seguintes estágios: “definição de agenda, identificação de alternativas, avaliação das opções, seleção de opções, implementação e avaliação.”⁴⁴⁹

Mormente acerca do planejamento, ainda que estivesse abordando a planificação da igualdade para a transição político-econômica, valioso colacionar a ideia de Pontes de Miranda que pode servir de arrimo para a questão das políticas públicas:

Planificar é estabelecer série de proposições encadeadas em ordem lógica e cronológica, de modo que se verifique certa unidade, não só dentro dos pensamentos como também entre eles. Pode-se planificar, portanto, com indefinido número de combinações de proposições e como incalculável número de propósitos. Falar-se de planificação, sem se precisarem os fins a que obedece, é o mesmo que se combinar proposições sem se saber como as escolher. Dentro da própria expressão ‘planificação econômica’ está infinidade de planificações possíveis.⁴⁵⁰

⁴⁴⁹ SOUZA, Celina. Políticas públicas: uma revisão da literatura. **Sociologias**, Porto Alegre, ano 08, nº 16, jul/dez 2006, p. 20-45, p. 29. “Dentro dessa visão de políticas públicas, suas principais características são: i) natureza institucional, na qual a autoridade formal legalmente constituída pelo processo político executa um mandato por meio do aparato do governo; ii) caráter decisório, envolvendo uma sequência de decisões sobre meios e fins como resposta a problemas e necessidades; iii) comportamental, com impacto sobre o curso de ação dos indivíduos; e iv) causal, produto de uma ação com efeitos no sistema político e social. A necessidade da intencionalidade na execução das políticas públicas faz com que essas tenham que ser elaboradas, implementadas, monitoradas e avaliadas.” (PROGRAMA DAS NAÇÕES UNIDAS PARA O DESENVOLVIMENTO. **Valores e Desenvolvimento Humano 2010**. Brasília: 2010, p 200). Existem classificações diferentes como a proposta por Felipe de Melo Fonte que argumenta para fins jurídicos a desnecessidade de separar as etapas de formulação das alternativas e tomada de decisão (FONTE, Felipe de Melo. **Políticas públicas e direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo Saraiva, 2015, p. 58). Para comprovar as mais diversas classificações, vide PROCOPIUK, Mario. **Políticas Públicas e fundamentos da Administração Pública**. São Paulo: Atlas, 2013, p. 158-165.

⁴⁵⁰ MIRANDA, Pontes de. **Democracia, Liberdade, Igualdade (Os três caminhos)**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1979, p. 526-527.

Por isso, necessariamente, planejar supõe ter a ciência dos fins que deverão ser colimados, até para que se possa aferir durante a execução se o caminho percorrido está adequado aos resultados futuros perquiridos. Exaltando o planejamento na esfera administrativa para a formulação das políticas públicas, a partir de uma agenda externada num processo administrativo, Thiago Lima Breus condiciona a efetividade de uma política pública com a qualidade do processo administrativo que precede a sua realização e implementação, pois “as informações sobre a realidade a transformar, a capacidade técnica e a vinculação profissional dos servidores públicos, a disciplina jurídica dos serviços públicos determinarão em concreto os resultados da política pública como instrumento de desenvolvimento.”⁴⁵¹

Na formação da agenda, existe a escolha de determinadas temáticas ou problemas pelos formuladores que são decorrentes de algum convencimento de atores sociais a fim de escolher quais são as prioritárias.⁴⁵² Inexiste um critério totalmente racional, científico e objetivo para a escolha da agenda em si, já que os atores sociais podem estar sendo influenciados por algum motivo ou propósito externo explícito ou não, de dentro ou de fora do governo.⁴⁵³ Por exemplo, pode ser que uma agenda se torne interessante pela proximidade das eleições. É claro que teoricamente isso é flagrantemente nefasto, porém não se pode dissociar a práxis da teoria. O que seria sempre importante num plano democrático constitucionalizado é que a construção da agenda, que gera uma lista de problemas, fosse requisitada pelo titular em tese de toda política pública, qual seja, o povo.⁴⁵⁴

Os novos enfoques que são encontrados na interface entre Direito Administrativo e Ciência da Administração Pública tencionam/coincidem sempre para a colocação da pessoa, do cidadão, do particular ou do administrado, independente de qual expressão queira usar, como o destinatário principal de qualquer política pública. Realçar o seu protagonismo, como admoesta Arana Muñoz,

⁴⁵¹ BREUS, Thiago Lima. **Políticas públicas no estado constitucional**. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 223.

⁴⁵² FREITAS, Thiago Pereira de. **Sustentabilidade e as contratações públicas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 124.

⁴⁵³ VIANA, Ana Luiza. Abordagens metodológicas em políticas públicas. **Revista de Administração Pública**, Rio de Janeiro, FGV, v. 30, n. 02, mar.abr.1996, p. 05-43.

⁴⁵⁴ COELHO, Saulo de Oliveira Pinto; ASSIS, Aline Neves de. Um constitucionalismo do espetáculo? Espetacularização das políticas públicas e ineficiência do controle jurídico-constitucional. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, Belo Horizonte, n. 115, p. 541-584, jul.dez. 2017, p. 545.

não é atribuir um papel absoluto e uma substituição do protagonismo natural dos gestores democráticos da coisa pública, contudo representa defender que a liberdade da pessoa e a solidariedade são o destaque e todos os cidadãos precisam participar dos assuntos públicos. “afirmar el protagonismo de la persona es colocar el acento en su libertad, en su participación en los asuntos públicos y en la solidaridad.”⁴⁵⁵

Como bem pontuado por Reinaldo Dias e Fernanda Costa de Matos, a política pública “implica o estabelecimento de uma ou mais estratégias orientadas à solução de problemas públicos e/ou à obtenção de maiores níveis de bem-estar social” ,sendo que “não existe um modelo de política pública ‘ideal’ ou ‘correta’, pois elas são respostas contingentes à situação de uma cidade, região ou um país.”⁴⁵⁶ Da passagem, destaca-se que uma política pública nem sempre tem o objetivo, e muitas vezes nem conseguiria mesmo se tivesse este intento inicial, de acabar com um problema e também que o motivo de uma política varia de Estado para Estado, fato que será mais trabalhado durante o decorrer deste trabalho, quando abordar sobre as soluções de desenvolvimento regional e nacional pelas licitações e quanto à possibilidade de tratamento diferenciado para a ciência, tecnologia e inovações nacionais no Brasil, raciocínio que seria diferente para outro país, com características socioeconômicas diversas.

Ao tempo que existe um planejamento, não se pode esquecer que este não se pode transformar em engessamento. Assim como o processo em si já possui e necessita de dinamicidade, o objeto da política pública também clama por tal agilidade em possíveis adaptações para atingir sua finalidade. Maria Paula Dallari Bucci entoa que a agenda do desenvolvimento abre-se para a compreensão de como são formuladas e executadas as políticas públicas “por meio de diferentes arranjos, seja para o atendimento de direitos, diretamente, seja para a organização das formas econômicas e sociais que se relacionam com esse resultado, a partir de iniciativas dirigidas e coordenadas pelo Poder Público.” Nessa linha, a autora enfatiza a imperiosidade de compreensão da dinamicidade do objeto das políticas públicas, dado que, para aprimorar a modernização dos serviços públicos, da infraestrutura, dos

⁴⁵⁵ MUÑOZ, Jaime Rodriguez-Arana. **Derecho administrativo y derechos sociales fundamentales**. Sevilla: Global Law Press Editorial Derecho Global/INAP, 2015, p. 159-160.

⁴⁵⁶ DIAS, Reinaldo; MATOS, Fernanda Costa de. **Políticas públicas: princípios, propósitos e processos**. São Paulo: Atlas, 2012, p. 15.

incentivos à produção e à inovação, das políticas de inclusão social e de todas as demais iniciativas de longo prazo, revela-se impreterível que haja o domínio técnico dos seus mecanismos de funcionamento, “tanto no nível das relações políticas tradicionais como nas implicações dessas com a execução das decisões e dos dispêndios governamentais”, além da correta compreensão dos papéis do Estado e do Governo.⁴⁵⁷

Independentemente da política pública em análise, entende-se que a atuação estatal é imprescindível. Como visto alhures, existem vários estágios do ciclo da política pública.⁴⁵⁸ No mínimo durante a formulação, a atuação estatal estará presente, ainda que se utilize de mecanismos de participação popular para a exteriorização da agenda e para a elaboração da política pública.⁴⁵⁹ A atuação estatal deverá ser coordenada e decorrente de um processo administrativo.⁴⁶⁰

O Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento, em sua obra “Valores e Desenvolvimento Humano”, propõe que o processo de formulação se dê a partir de três fases fundamentais: insumo primário, insumo intermediário e produto final. O insumo primário tem a sua definição a partir de solicitações sociais explicitadas por diversos atores (cidadãos, ONGs, iniciativa privada, associações, fundações etc.) aos atores políticos, sendo que neste momento os formuladores de política pública (conhecidos também como *policymakers*) começam “a definição da agenda governamental por meio da priorização de temas que se encaixam em uma agenda pública e uma agenda formal”.⁴⁶¹ Nesse momento, os problemas são identificados e repassados aos atores políticos, ainda que alguns sejam mais ressaltados e outros

⁴⁵⁷ BUCCI, Maria Paula Dallari. **Fundamentos para uma teoria jurídica das políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 35.

⁴⁵⁸ “Uma das principais vantagens da análise de políticas públicas na perspectiva de ciclo (ou de policy cycle) é a possibilidade de levar em consideração a existência de círculos de retroalimentação ao longo de todo processo; havendo a possibilidade de identificar, em cada etapa, desafios e atores envolvidos; reduzindo assim a complexidade da composição dos atores caso fosse considerado o processo como um todo. Nesta perspectiva há a possibilidade de examinar a variação da participação de diferentes atores ao longo de todo o ciclo.” (DIAS, Reinaldo; MATOS, Fernanda Costa de. **Políticas públicas: princípios, propósitos e processos**. São Paulo: Atlas, 2012, p. 64).

⁴⁵⁹ Sobre políticas públicas e participação popular, vide DAL BOSCO, Maria Goretti. **Discrecionabilidade em políticas públicas**. Curitiba: Juruá, 2007, p. 239-318.

⁴⁶⁰ Marco Aurélio Romagnoli Tavares aduz que incumbe ao gestor público “definir, em primeiro lugar, as políticas públicas e, posteriormente, como aplicar as verbas disponíveis pelo orçamento para a garantia da efetivação dessas políticas” (TAVARES, Marco Aurélio Romagnoli. **Ativismo judicial e políticas públicas**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2011, p. 128).

⁴⁶¹ Agenda pública é aquela lista de temas que alcançou alto nível de interesse público, já a agenda formal lista daquelas questões formalmente reconhecidas pelos formuladores de políticas.

passem despercebidos. O insumo intermediário gera o processamento das demandas por meio da atividade política, “entendida como atendimento de demandas sociais, define os temas que serão escolhidos como prioritários pelos governos”. Por fim, o produto final é a conclusão “com a escolha das ações selecionadas e da montagem das estratégias de implementação”.⁴⁶²

Salienta-se que este raciocínio acima apresentado das Nações Unidas, o processo de formulação equivaleria na classificação de Celina Souza à identificação de alternativas, avaliação das opções, seleção das opções e implementação. É conveniente ponderar que na formulação das alternativas “quanto mais concreto for o objeto, mais fácil será mensurá-lo e, conseqüentemente, mais simples de saber se ele está sendo cumprido ou não.”⁴⁶³ É o momento apropriado para avaliar quais são as alternativas existentes para arrefecer ou estancar o problema anteriormente identificado. Revela-se imprescindível a realização de um diagnóstico (ou qualquer documento independentemente do *nomen juris*, desde que atinja o escopo), a fim de identificar as possibilidades reais. As tensões e coalizões entre os diversos atores envolvidos sucederão nesse momento, tudo visando ao interesse na proposição, e, acima de tudo, uma viabilidade futura de escolha, sendo que tais movimentações são importantes inclusive para o diálogo intra e extragovernamental, bem como para a criação da consciência coletiva a ser perseguida na esfera pública. Quando a busca por tal consciência coletiva acontece via processo eleitoral, por meio de mudanças nos partidos que governam, ou, ainda, via mudanças nas ideologias, em conjunto com a força ou fraqueza dos grupos de interesse, é um fator poderoso e determinante para a fixação da agenda, entretanto quando tal ponto de start acontece puramente a partir da política, então o imbróglio reside na probabilidade de barganha e meios diretos (ou indiretos) morais (ou imorais) para a persuasão, diferentemente se o início decorresse diretamente da identificação do problema, caso em que o consenso tenderia a ser o insumo edificador.⁴⁶⁴

No âmbito da ciência política sobre a seleção das opções, existem duas teorias

⁴⁶² PROGRAMA DAS NAÇÕES UNIDAS PARA O DESENVOLVIMENTO. **Valores e Desenvolvimento Humano 2010**. Brasília: 2010, p. 200-201.

⁴⁶³ DIAS, Reinaldo; MATOS, Fernanda Costa de. **Políticas públicas: princípios, propósitos e processos**. São Paulo: Atlas, 2012, p. 76.

⁴⁶⁴ SOUZA, Celina. Políticas públicas: uma revisão da literatura. **Sociologias**, Porto Alegre, ano 08, nº 16, jul/dez 2006, p. 20-45, p. 30.

– a da realidade prática e do ideal ser perseguido. Como adverte Felipe de Melo Fonte, a racional ocorre a partir de uma série de passos visando ao alcance da máxima eficiência, ou seja, “mais *output* com menos ou igual *input*”, o que *per si* enseja realizar uma profunda análise sobre o custo *versus* benefício de todas as opções. Do ponto de vista teórico, esta indubitavelmente seria a melhor solução. Todavia, a análise empírica e o cotidiano acabam por levantar alguns óbices, quais sejam, nem sempre existem agentes públicos com expertise e tempo necessários para ponderar cada solução e para metrificar as consequências de cada caminho.⁴⁶⁵ Desse modo, a da realidade prática é mais pragmática e busca encontrar um consenso⁴⁶⁶ a partir da convenção entre as forças sociais e coletivas envolvidas, o que, por certo, pode gerar (e, na maioria das vezes, gera) um afastamento do verdadeiro propósito do contraponto nas avaliações. Salienta-se que tal ponto é deveras relevante para a proposição a ser exposta no item 5.3 deste trabalho, o qual apresentará formas de contenção à usurpação de vontades e desvios de finalidade ao interesse público quando da seleção das propostas para serem incrementadas nas licitações e nos contratos almejando o prestígio da ciência, tecnologia e inovação nacionais.

Na seleção das opções, ou também chamada de tomada de decisões, “há o balanceamento entre todos os interessados envolvidos no processo de elaboração da política pública e em que se escolhe, dentro de diversas alternativas, quais serão as soluções que vão ser utilizadas para a resolução do problema inicialmente encontrado.”⁴⁶⁷ Como observa Clarice Seixas Duarte, para o estudo da tomada de decisões, “há de se levar em consideração as causas (ou fundamentos) e consequências (resultados) da ação governamental.”⁴⁶⁸ Esse é o momento em que se deve levar em conta todos os riscos e ter um julgamento do todo, “avaliando e

⁴⁶⁵ FONTE, Felipe de Melo. **Políticas públicas e direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo Saraiva, 2015, p. 64-65.

⁴⁶⁶ O consenso, em tese, deveria significar que não existe oposição para a sua realização, o que é bem diferente de dizer que todos concordam (unanimidade). O fato de existir um consenso para uma decisão, reitera-se, não quer dizer cem por cento de volitividade para a mesma direção. O mesmo raciocínio acontece, por exemplo, nas decisões da Organização Mundial do Comércio, as quais demandam consenso, não podendo haver qualquer voto contrário, ainda que muitas decisões sejam decorrentes da vontade da maioria, desde que ninguém tenha formalmente se oposto.

⁴⁶⁷ FREITAS, Thiago Pereira de. **Sustentabilidade e as contratações públicas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 126.

⁴⁶⁸ DUARTE, Clarice Seixas. O Ciclo das Políticas Públicas. In: SMANIO, Gianpaolo Poggio; BERTOLIN, Patrícia Tuma Martins (Org.). **O Direito e as políticas públicas no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2013, p. 16-43, p. 18.

incluindo perspectivas diferentes e não caindo no próprio risco de analisar somente uma área específica de forma isolada.”⁴⁶⁹ Para fins de controle, a seleção deve ser altamente motivada para que possa posteriormente ser alvo de controle interno ou externo da administração. A motivação atina-se à forma do ato administrativo e significa a exposição formal do motivo; por sua vez, o motivo configura-se como o processo mental interno ao(s) agente(s) que pratica(m) o ato.⁴⁷⁰ Como diz Marçal Justen Filho, a “motivação consiste na exteriorização formal do motivo, visando a propiciar o controle quanto à regularidade do ato. Para ser mais preciso, a motivação consiste na exposição por escrito da representação mental do agente relativamente aos fatos e ao direito, indicando os fundamentos que o conduziram a agir em determinado sentido.”⁴⁷¹ É uma exigência do Estado de Direito, tanto que afirma que, em princípio, todo ato administrativo deve ser motivado e a sua ausência implica em vício de forma e, principalmente, vício de arbitrariedade.⁴⁷²

Após feita a escolha, deve-se efetivar a implementação da política pública escolhida. De nada adianta todas as etapas anteriores, sem o devido planejamento para a implementação de acordo com os recursos disponíveis, seja o financeiro, o pessoal, temporal, social, tecnológico, etc. É quando o discurso se torna ação. Aqui não se pode ficar adstrito ao aspecto meramente técnico, uma vez que dependerá de pessoal e de aspecto da política entre os mais diversos envolvidos, o que já demonstra

⁴⁶⁹ MIRANDA, Rodrigo Fontenelle de A. **Implementando a gestão de riscos no setor público**. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 39.

⁴⁷⁰ “Chama-se motivo do ato administrativo o antecedente da norma concreta que veicula, isto é, a parte de sua estrutura lógica que descreve (mas em linguagem prescritiva) o fato jurídico. Ocorre aquele fato (motivo), a relação jurídica estabelecida pelo ato administrativo impõe-se. O ato é editado porque ocorreu um fato jurídico que justifica sua edição.” (FOLLONI, André Parmo. **Teoria do Ato Administrativo**. Curitiba: Juruá, 2006, p. 73).

⁴⁷¹ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 391. Luiz Alberto Blanchet, sobre motivação, enfatiza que “a congruência desse motivo com o motivo legal apontará para a legalidade da atuação do administrador.” (BLANCHET, Luiz Alberto. **Curso de Direito Administrativo**. 5. ed. Curitiba: Juruá, 2007, p. 90).

⁴⁷² DROMI, Roberto. **Derecho Administrativo**. 10. ed. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 2004, p. 377. Para o autor, somente ocorre a dispensa de motivação nos atos tácitos. Sobre a necessidade ou não de motivar todos os atos administrativos, vide Fernanda Marinela (MARINELA, Fernanda. **Direito Administrativo**. 4. ed. Niterói: Impetus, 2010, p. 247-250) e Raquel Melo Urbano de Carvalho (CARVALHO, Raquel Urbano de. **Curso de Direito Administrativo**. 2. ed. Salvador: Editora Juspodium, 2009, p. 394-404). De forma análoga a Roberto Dromi, Julieta Mendes manifesta que é “decorrência lógica da concepção de Estado Democrático de Direito, o qual exige uma atuação pública transparente e em consonância com o ordenamento jurídico, permitindo-se o controle por toda a sociedade dos atos praticados pelo Poder Público” (VARESCHINI, Julieta Mendes Lopes. **O controle da discricionariedade administrativa no contexto da constitucionalização do direito brasileiro: uma leitura desde a hermenêutica filosófica**. Orientador Prof. Dr. Marco Aurélio Marrafon. Curitiba, 2010, 191 f. Dissertação (Mestrado em Direito), Faculdades do Brasil (UniBrasil)).

a sua complexidade. Trata-se de um emblema entre como agir, mesmo com os problemas e limitações de qualquer órgão ou entidade administrativa. Reinaldo Dias e Fernanda Costa de Matos tracejam que é uma “adaptação do programa de políticas públicas às situações concretas que deverão ser enfrentadas (produção de outputs)” e em que algumas perguntas deverão ser respondidas: “existem tempo e recursos (materiais e humanos) suficientes para colocar essas ações em prática? A relação causa-efeito/meios-fins é adequada? Há comunicação e coordenação perfeitas?”⁴⁷³

Depois de implementada, é hora de os responsáveis realizarem uma medição e mensuração qualitativa e quantitativa da política pública de acordo com as metas, objetivos e resultados alcançados.⁴⁷⁴ Não existe um prazo fixo para serem feitas tais avaliações, já que tudo dependerá de que tipo de política pública adotada, bem como das possibilidades reais para tal conferência. Pode-se dizer que é o momento propício para avaliar o impacto concreto da política, se os objetivos estão sendo ou foram atingidos, se necessita de alguma modificação ou adaptação para a sua continuidade, se há uma correlação entre meios usados e fins colimados, se tais estão dentro do almejado e se não existe alguma forma mais eficiente para alcançar os mesmos ou melhores resultados. Sob a perspectiva do cientista político, “o foco recai sobre a questão da sua eficácia, deixando-se de lado, muitas vezes, a avaliação política dos princípios e objetivos que as fundamentam, ou seja, o conteúdo concreto da política.”⁴⁷⁵

Como pondera Evert Vedung, “es cuidado valoración retrospectiva de los méritos, importancia y valor de la aplicación, productividad y resultados de las intervenciones gubernamentales, que se pretende desempeñe un papel en futuras situaciones y acciones prácticas.”⁴⁷⁶ A retrospectiva deve ser geral, excluída somente a valoração da ação e dos processos nas etapas de planejamento. Ademais, gera uma retroalimentação. A avaliação resulta numa nova avaliação. É um conceito de

⁴⁷³ DIAS, Reinaldo; MATOS, Fernanda Costa de. **Políticas públicas: princípios, propósitos e processos**. São Paulo: Atlas, 2012, p. 79-80.

⁴⁷⁴ Silvio Guidi enaltece o requisito de coordenação geral das ações praticadas para a caracterização como política pública a partir de “competências definidas por atos normativos, capazes de dar coerência lógica entre ações e objetivos.” (GUIDI, Silvio. **Serviços Públicos de Saúde**. São Paulo: Quartier Latin, 2019, p. 47).

⁴⁷⁵ DUARTE, Clarice Seixas. O Ciclo das Políticas Públicas. In: SMANIO, Gianpaolo Poggio; BERTOLIN, Patrícia Tuma Martins (Org.). **O Direito e as políticas públicas no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2013, p. 16-43, p. 31.

⁴⁷⁶ VEDUNG, Evert. **Evaluación de políticas públicas y programas**. Madrid: Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. 1997, p.. 19.

produto em processo que como uma atividade meritória de importância e valor, logo a avaliação pressupõe critérios objetivos sobre como julgar as vantagens e as desvantagens, bem como as normas de controle de rendimento que indicarão a excelência ou a precariedade da intervenção pública. Por todo isso, a avaliação é uma cuidadosa valoração retrospectiva, devendo levar a cabo de acordo com normas que impliquem, por exemplo, uma recompilação sistemática de dados e uma seleção, clarificação e aplicação meticulosa de critérios avaliativos sobre méritos estândaes de rendimento. Por fim, também é prospectiva no sentido concreto e específico de que se propõe a desempenhar um papel de auxiliar em futuras situações e ações práticas. O que se propõe é um *feedback* ou uma retroalimentação em que se utilize debates e na adoção de decisões públicas não tão afastadas do tempo.⁴⁷⁷

No âmbito do controle externo no Brasil, atualmente, o Tribunal de Contas da União tem utilizado oito pilares para a avaliação de uma boa governança em políticas públicas:⁴⁷⁸ a) institucionalização; b) planos e objetivos; c) participação; d) capacidade organizacional e recursos; e) coordenação e coerência; f) monitoramento e avaliação; g) gestão de riscos e controle interno; h) accountability, sendo que tais critérios foram sendo desenvolvidos e ampliados desde o Acórdão 2.919/2009 – Plenário, momento em que avaliou a governança da política nacional de desenvolvimento regional.⁴⁷⁹

⁴⁷⁷ VEDUNG, Evert. **Evaluación de políticas públicas y programas**. Madrid: Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. 1997, p.19-20.

⁴⁷⁸ “Sem adentrar as possíveis polissemias do termo governança, para fins do Tribunal de Contas da União, tal expressão tem sido utilizada com a seguinte definição: é fundamental observar que a expressão “governança pública” comporta uma considerável multiplicidade de significados, derivados dos diferentes contextos e abordagens de análise aplicáveis. À luz do documento elaborado pela Universidade Nacional da Austrália (EDWARDS et al., 2012), e nos termos do Referencial Básico de Governança e Gestão aplicável às Organizações do Setor Público deste Tribunal de Contas da União (BRASIL, 2013), a governança pública pode ser analisada sob quatro perspectivas de observação: (1) Estado e sociedade; (2) entes federativos, esferas de poder e políticas públicas; (3) órgãos e entidades; e (4) atividades intraorganizacionais.” (Brasil. **Referencial para avaliação de governança em políticas públicas**. Brasília: Tribunal de Contas da União, 2014, p. 09-10). O Ministro Augusto Nardes do Tribunal de Contas da União em obra monográfica define a governança pública como “a capacidade que os governos têm de avaliar, direcionar e monitorar a gestão de suas políticas ou serviços para atender às demandas da população, utilizando-se de um conjunto adequado de instrumentos e ferramentas.” (NARDES, Augusto. **Da governança à esperança**. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 137).

⁴⁷⁹ No aludido acórdão, o Tribunal de Contas da União havia identificado somente quatro pontos a serem examinados: “a) Definição de objetivos coletivos, eleitos de forma legítima por uma sociedade; b) Coerência entre as políticas públicas e existência de coordenação entre diferentes atores para sua realização; c) Condições para implementação das políticas públicas, contemplando a capacidade da burocracia estatal e os arranjos institucionais que propiciem a atuação conjunta com entes não governamentais; d) Monitoramento e avaliação, que assegurem aprendizado e aperfeiçoamento contínuos, e também criem condições para que haja accountability, envolvendo as dimensões de transparência da ação pública e responsabilização perante a sociedade.” (Brasil. **Referencial para**

Quanto à formatação das políticas públicas, mais precisamente com relação ao tipo específico de relação (ou discussão) política pretendido, revela-se fundamental conhecer as tradicionalmente tratadas para avaliar qual tipo cada política pública se busca. Assevera-se que “cada tipo de política pressupõe uma rede diferente de atores, bem como arenas, estruturas de decisões e contextos institucionais diferentes”, sendo que, de acordo com a arena de poder ou arena decisória, um tipo se aspira.⁴⁸⁰

Apreciando todas as observações sobre as políticas públicas anteriormente alinhavadas, deduz-se que o uso da contratação pública como ferramenta de política pública nacional precisa, em primeiro lugar, seguir o ciclo, principalmente quando utilizá-la afeta algum setor econômico, como no caso das contratações de inovação, de tecnologia, ambiental, de ciência, dentre outros. Não se pode aquiescer com a prescrição de uma norma impondo alguns ônus a alguém da sociedade ou à parcela do universo de fornecedores da Administração Pública sem a abertura para deliberação sobre a forma, a intensidade, a participação sobre possíveis alternativas, as justificativas para a escolha da decisão e o possível tempo de imposição.

No caso específico de inovação, ciência e tecnologia nacionais, que é o objeto do presente trabalho, tal situação fica ainda mais clarividente, pois os ajustes poderão servir de arrimo para políticas regulatórias, distributivas, redistributivas e constitutivas. Ou seja, é possível de se cogitar o uso de todos os tipos. Explica-se. Regulatória ao instituir normas por meio, *v. g.*, de uma instrução normativa do Ministério do Planejamento que discriminem fornecedores com um determinado produtivo básico, assim como acontece na Lei nº 8.248/91 ao tratar de processo produtivo básico dos produtos de informática.⁴⁸¹ Distributiva caso se fixe algum tipo de subsídio, isenção tarifária ou incentivo fiscal para as empresas que tiverem um x percentual de investimento anual de sua receita líquida do exercício financeiro anterior em pesquisa científica junto a uma universidade federal ou algum instituto de pesquisa credenciado

avaliação de governança em políticas públicas. Brasília: Tribunal de Contas da União, 2014, p. 12-13)

⁴⁸⁰ DIAS, Reinaldo; MATOS, Fernanda Costa de. **Políticas públicas: princípios, propósitos e processos.** São Paulo: Atlas, 2012, p. 17.

⁴⁸¹ Distributivas porque “envolvem discriminação no atendimento das demandas de grupos distinguindo os beneficiados e prejudicados por essas políticas, estabelecendo controle, regulamento e padrões de comportamento de certas atividades políticas. Este tipo de política nasce do conflito entre coalizões políticas de interesses claros e opostos, uma vez que gera claramente uma distinção entre favorecidos e desfavorecidos (quem ganha e quem perde).” (DIAS, Reinaldo; MATOS, Fernanda Costa de. **Políticas públicas: princípios, propósitos e processos.** São Paulo: Atlas, 2012, p. 18).

pelo Poder Público.⁴⁸² Redistributiva ao conceder uma determinada preferência durante o julgamento das propostas na licitação para as empresas que tenham proposto um produto manufaturado nacional ou um serviço nacional.⁴⁸³ Constitutiva, ou também chamada de política estruturadora, ao prescrever regras procedimentais, de competência e disputa política para a elaboração de políticas públicas, quando por exemplo seja prescrita um texto normativo por um ato administrativo (v.g. uma instrução normativa) fixando como deverão ser realizados os estudos para o ciclo da política pública de inovação industrial ou a contratação de um objeto científico, tecnológico ou inovativo nacional.⁴⁸⁴

Convém ressaltar que, dentro da contratação pública, pode-se ventilar a realização de diversas políticas públicas, assim como ocorre com a questão ambiental, de recuperação social dos presos, de coeficiente tecnológico ou de favorecimento para as microempresas e empresas de pequeno porte. De qualquer modo, é muito importante que, no contexto brasileiro, as políticas públicas estejam colmatadas de acordo com os fundamentos e objetivos fundamentais preconizados pela Constituição, os quais estão externados nos artigos 1º e 3º. Não se pode assentir com a realização de um processo gerador de ação de governo que destoe ou não encontre guarida em tais imposições determinadas pelo Poder Constituinte. Se houver um processo gerador de ação de governo que não vise ao alcance dos fundamentos ou dos objetivos fundamentais, não significa cancelar possível e imediata ilicitude da atuação estatal, entretantes, não haverá a sua salvaguarda pelas prerrogativas e direitos de uma política pública.

Infelizmente, não é possível que o Estado faça um número ilimitado de políticas públicas ante a “infinidade” de necessidades públicas (problemas públicos) legítimas

⁴⁸² Distributiva “são financiadas pelo conjunto da sociedade e os benefícios são distribuídos atendendo as necessidades individualizadas, ou seja, o governo distribui recursos a uns, sem que isso afete outros grupos ou indivíduos.” (DIAS, Reinaldo; MATOS, Fernanda Costa de. **Políticas públicas: princípios, propósitos e processos**. São Paulo: Atlas, 2012, p. 18).

⁴⁸³ As políticas serão redistributivas, porque “atinge maior número de pessoas e impõe perdas concretas e no curto prazo para certos grupos sociais, e ganhos incertos e futuro para outros” (SOUZA, Celina. Políticas públicas: uma revisão da literatura. **Sociologias**, Porto Alegre, ano 08, nº 16, jul/dez 2006, p. 20-45, p. 28), sendo que “o objetivo é o desvio e o deslocamento consciente de recursos financeiros, direitos ou outros valores entre camadas sociais e grupos da sociedade.” (FREY, Klaus. **Políticas públicas: um debate conceitual e reflexões referentes à prática da análise de políticas públicas no Brasil**. Planejamento e Políticas Públicas, n. 21, jun./2000, p. 211-259, p. 224).

⁴⁸⁴ Constitutivas “são políticas públicas que estabelecem regras sob as quais outras políticas públicas são selecionadas.” (DIAS, Reinaldo; MATOS, Fernanda Costa de. **Políticas públicas: princípios, propósitos e processos**. São Paulo: Atlas, 2012, p. 18).

versus os recursos públicos disponíveis para tal mister. Por isso, a justificação das escolhas de acordo com a agenda pelos agentes é imperiosa, bem como o detalhamento de quais serão os métodos, a forma de implementação e os resultados projetados para ulteriormente conferir a prognose inicial e a realidade. Aproveitando das lições de Danielle Anne Pamplona, quando abordou o controle de constitucionalidade dos atos administrativos, insta destacar que o agente público precisa interpretar a situação, adotar critérios objetivos e decidir de maneira razoável e motivada para que se possa ulteriormente exercer o controle.⁴⁸⁵

Sobre a questão de recursos finitos, Ana Paula de Barcellos explica, em suma, tal situação ao dizer que: a Constituição preceitua como um de seus fins essenciais a garantia e a promoção dos direitos fundamentais; as políticas públicas representam um instrumento pelo qual os fins constitucionais podem ser realizados de forma sistemática e abrangente; tais políticas públicas geram gasto de dinheiro público e estes são limitados, razão pela qual são necessárias escolhas; e a própria Constituição cria a vinculação das escolhas em matérias de políticas públicas e o respectivo gasto.⁴⁸⁶ Especificamente sobre as políticas sociais, Yves Meny e Jean-Claude Thoenig descrevem um equívoco normalmente ocorrido e sem ser sopesado que é a fixação dos *“inputs (las demandas) y los outputs (los productos, las políticas) sin preocuparse demasiado de lo que pasaba en la caja negra”*.⁴⁸⁷ Por conseguinte, em que pese a relevância de toda e qualquer política pública, inclusive naquelas relacionadas com licitações e contratos públicos, é necessária muita cautela no escorreito preenchimento dos estágios integrantes do ciclo à sua formação, para que haja a devida maturação das escolhas diante da realidade vivenciada, em conformidade com os objetivos e fundamentos da Constituição da República Federativa de 1988.

⁴⁸⁵ PAMPLONA, Danielle Anne. **O Supremo Tribunal Federal e a decisão de questões políticas: a postura do Juiz**. Curitiba: Juruá, 2011, p. 156-157.

⁴⁸⁶ BARCELLOS, Ana Paula. Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Beneti. **Direitos fundamentais: orçamento e reserva do possível**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 101-132, p. 106.

⁴⁸⁷ MENY, Yves; THOENING, Jean-Claude. **Las políticas públicas**. Trad. Salvador Del Carrii. Barcelona: Editorial Ariel, 1992, p. 27.

CAPÍTULO III – A INTERFACE ENTRE O DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL E AS COMPRAS PÚBLICAS VISANDO À CIÊNCIA, TECNOLOGIA E INOVAÇÃO

3.1. A compreensão da ciência, tecnologia e inovação e seu tratamento jurídico na legislação brasileira

Antes de buscar noções sobre ciência, tecnologia e inovação, é importante que se aborde o contexto sociológico sobre o qual a vida no mundo está acontecendo. Revolução tecnológica, nova revolução industrial, revolução dos meios disruptivos, a força do empreendedorismo, dentre outras várias denominações que são comumente utilizadas para representar a necessidade de uma abordagem do setor privado e do público sobre os temas da inovação, da pesquisa científica e tecnologia.

A humanidade sempre investiga e almeja melhorias, seja para aumentar a acumulação de riqueza, o bem-estar ou o capital (intelectual ou não) dos envolvidos. No final do século XIX e início do XX, houve grandes descobrimentos como a eletricidade, o motor de combustão interna, o conhecimento de novos materiais e combustíveis derivados de petróleo, o conjunto de novos meios de comunicação, o telefone, a rádio, a televisão, o cinema, dentre outros. Já o século XX foi de incorporação dos estudos sobre o átomo, o gene e o computador, itens que impactaram e ainda impactam o comportamento e a vida humana. Passados mais alguns anos e hoje, no século XXI, tem-se como pauta de debates a informática, a robótica, a inteligência artificial, a domótica, os novos materiais (v. g. grafeno) e meios de comunicação que regem uma série de variações dos meios e modos de trabalho, modos de produção e do convívio social.⁴⁸⁸

Dentro desse contexto, indubitavelmente, a tecnologia, a inovação e a ciência representam vetores prioritários para a sociedade e para a atividade econômica. Difundir tais searas ultrapassa em muito a simples aquisição de produtos e maquinários, até porque a difusão não representa necessariamente que o país esteja em um patamar aceitável em tais setores.⁴⁸⁹ Os países, em geral, são acometidos por

⁴⁸⁸ ARANGUREN, Juan-Cruz Alli. **Derecho administrativo y globalización**. Madrid: Civitas, 2004, p. 242.

⁴⁸⁹ SANTOS, Adriana B. A. dos; FAZION, Cíntia B.; MEROE, Giuliano P. S de. Inovação: um estudo sobre a evolução do conceito de Schumpeter. **Revista Caderno de Administração da PUC-SP**, v. 5, n. 1, 2011, (p.?).

tais avanços e/ou retrocessos, a depender da concepção de vida e sociedade, porém, o ponto nodal reside no assenhorar ou não sobre os meios, visto que daí advém uma distinção grande em quem conduz e quem é conduzido ou, respectivamente, quem é desenvolvido e quem não é. Aqui, o Estado precisa assumir o seu papel de ator nesse cenário, tanto é que as grandes empresas americanas, conhecidas mundialmente, receberam auxílio do governo americano, como, por exemplo, a IBM, Google, Apple, Facebook, Messenger, dentre outras, bem como se for avaliar pelos setores de interesse econômico mundial, como é o caso da nanotecnologia, biotecnologia, internet, indústria farmacêutica, tecnologia verde, etc. e as típicas agências da NASA (*National Aeronautics and Space Administration*) e da DARPA (*Defense Advanced Research Projects Agency*). Como diz Mariana Mazzucato, o Estado assume papel primordial como grande investidor e empreendedor nas mais diversas áreas de interesse mundial, tanto que é a principal fonte de recursos para inversões seja em capital de risco ou não, o que transluz a sua elevada relevância para o sucesso e coesão no ecossistema da ciência, tecnologia e inovação. Não se trata de um capital investido de maneira desproposita, e sim antevendo os possíveis “lucros socioeconômicos” (resultados) e aqueles valores que forem frustrados estão dentro do risco assumido pelo Estado ante o interesse público em geral objetivado.⁴⁹⁰

Especificamente sobre a tecnologia, esta é um peso estruturante para a balança do progresso. Pode-se defender que ela desencadeia um novo espaço cultural, histórico e social, segundo Juan-Cruz Azanguren. O cultural está representado na transformação das estruturas e dos conceitos que foram se alterando pelas tecnologias de comunicação, pela facilidade de intercâmbio de conhecimento

⁴⁹⁰ MAZZUCATO, Mariana. **O estado empreendedor**: desmascarando o mito do setor público vs. setor privado. São Paulo: Portfolio-Penguin, 2014. Especificamente sobre o desenvolvimento por meio do transbordamento e da tecnologia de uso dual (denominação usada para formas de organização das estruturas civil e militar de inovação) na área de defesa nacional, vide ROSSI, Juliano Scherner. **Compensações tecnológicas (offset)**: sefredo empresarial e transferência internacional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015, p. 64 e seguintes. Igualmente, Helena Villarejo Galende explana: “Estados Unidos es muy probablemente el ejemplo más paradigmático de empleo de las compras públicas como instrumento de desarrollo de ciertas industrias. Mediante sus programas de Defensa y otros programas civiles interesados en una mayor atención a los administrados, ha propiciado la aparición de novedades tecnológicas que se han ido incorporando a productos de mercado. Así, tanto la NASA (Nation Aeronautics and Space Administration) como DARPA (Defense Advanced Research Projects Agency) son organizaciones norteamericanas pioneras en esta cuestión.” (GALENDE, Helena Villarejo. Colaboración público-privada y contratación precomercial para el impulso de la I+D+i y la transferencia del conocimiento. In: VELÁZQUEZ, Antonio Calonge (dir.). **Ciencia, Tecnología e Innovación**: nuevo régimen jurídico. Granada: Editorial Comares, 2013, p. 133-145, p. 138).

geral e pelo conhecimento em tempo real num âmbito mundial. O social supõe uma nova forma de vida e evolução pelas redes eletrônicas “representacionales, asincrónicas y digitales”, as quais transcendem o mero aspecto urbano. O acompanhamento, a adaptação e o revisitar das tecnologias passaram a ser atividades ínsitas para aqueles que anseiam permanecer nos meios produtivos ou deles se beneficiar, sob pena de se isolarem e perderem as condições de trabalho direto ou indireto, seja como um emprego ou como um potencial fornecedor. A falta do compreender a mudança cultural na organização dos processos produtivos de trabalho, de estrutura social, da formação educacional e dos comportamentos em conformidade com a tecnologia atual no estado das coisas gerará uma exclusão natural.⁴⁹¹

Nesse ponto, é de curial importância que o estudo não se centre em uma dada área científica, mas que haja uma interpenetração para o estudo sobre tais fatos e que soluções poderão ser adotadas para arrefecer os impactos nos seres em geral. Por exemplo, a sociologia econômica tem a função de atrelar como responder a “incorporação social do aprendizado tecnológico e sua exploração no trabalho.”⁴⁹² Para ela, o processo econômico é uma parte orgânica da sociedade e, conseqüentemente, as suas linhas de investigação podem ser sintetizadas em: (i) a análise sociológica do processo econômico; (2) a análise das conexões e interações entre a economia e o resto da sociedade e (3) o estudo de mudanças nos parâmetros institucionais e culturais que constituem o contexto societário da economia.⁴⁹³ De qualquer forma, a preocupação atual talvez seja diferente da mais antiga em razão da dimensão do tempo e da “suposta” instantaneidade dos atos. No entanto, não se pode desprezar o conhecimento e o estudo mais antigo sobre o avanço da inovação, da tecnologia e da ciência pelo campo econômico.

Sob esta linha, as lições de Joseph Schumpeter também são compatíveis e inter penetrantes com a atual. Para o autor, a inovação acarreta o afastamento de

⁴⁹¹ ARANGUREN, Juan-Cruz Alli. **Derecho administrativo y globalización**. Madrid: Civitas, 2004, p. 243-244. Assim como Darwin trabalhava a ideia de seleção natural, pode-se associar para o presente raciocínio a exclusão natural.

⁴⁹² DOSI, Giovanni; ORSENIGO, Luigi; LABINI, Mauro Sylos. Technology and the Economy. In: SMELSER, Neil J; SWEDBERG, Richard. **The handbook of economic sociology**. 2. ed. New Jersey: BRITISH LIBRARY, p. 678-702, p. 695.

⁴⁹³ SMELSER, J Neil; SWEDBERG, Richard. Introducing Economic Sociology. In: SMELSER, Neil J; SWEDBERG, Richard. **The handbook of economic sociology**. 2. ed. New Jersey: BRITISH LIBRARY, p. 03-25, p. 06.

uma visão conservadora e enseja a criação de expectativa de retorno a partir de prognoses. Evita a diminuição de produção com o intuito de buscar a manutenção das posições tradicionais, bem como majorar a exploração máxima dos lucros. Por isso, o despertar para um mundo criativo acautela a sociedade para a não manutenção de um estado estacionário ou de um crescimento lento, ao contrário, eclode um intento de inovação para o bem-estar geral. Do ponto de vista econômico, em síntese, defende que a não inovação pode ser usada para aumentar o lucro às custas dos compradores quando se diminui propositalmente a produção. Considerando que toda inovação pode deixar de ser inovação a partir de uma nova inovação, o seu produtor ou mentor não teria o intento de torná-la rara para arbitrariamente majorar o seu lucro. Claro que este pensamento é afastado na situação de um progresso consciente e equilibrado, no qual o próprio inovador permitiria a amplitude dos novos conhecimentos e investiria, direta ou não, para propiciar novas descobertas.⁴⁹⁴

O economista pondera que esta inteligência não se restringe a novas empresas, métodos e indústrias, já que a eterna tempestade pode alcançar qualquer uma delas. A premência de estar sempre vigilante é um estado contínuo que não pode ser desapegado, sob pena de ser encoberto pela tormenta da destruição criadora, sendo que o impacto sofrido pelo Estado é luzente, porque haverá “rápida transformação da conjuntura, tão característica deste processo, desorganiza de tal maneira a indústria a ponto de lhe infligir prejuízos absurdos e ocasionar um desemprego evitável.” Espraçando o fio da meada do pensamento do economista para um horizonte maior, parece que o Estado não pode ficar a mercê de tais variações e nem pode ser simplesmente um mero expectador. Por isso, a capacidade criadora em sentido lato é um assunto que ultrapassa uma mera esfera privada, merecendo espaço em sua pauta da agenda.⁴⁹⁵

O progresso tecnológico não pode ser freado pelo Estado ou pela sociedade. A própria sociedade é a mola propulsora para o seu acontecimento, seja por solicitações expressas ou subliminares sempre no afã de novidades. Já o móvel de buscar o lucro é a direção perseguida para que o progresso tecnológico e a

⁴⁹⁴ SCHUMPETER, Joseph A. **Capitalismo, Socialismo e Democracia**. Trad. Ruy Jungman. Rio de Janeiro: Editora Fundo de Cultura, 1961, p. 114.

⁴⁹⁵ SCHUMPETER, Joseph A. **Capitalismo, Socialismo e Democracia**. Trad. Ruy Jungman. Rio de Janeiro: Editora Fundo de Cultura, 1961, p. 116-117.

investigação incessante de invenções em geral aconteçam. Para a busca da satisfação das necessidades em geral e dos hábitos sociais, o processo capitalista ocasiona ao empreendimento capitalista e ao progresso tecnológico o papel de responsável para o desenvolvimento da produção em geral, a qual busca diminuir ou cessar a vontade provocada.⁴⁹⁶ Poder-se-ia defender que o estado de saciedade seria repassado à sociedade como se as suas necessidades estivessem satisfeitas. Já àquela época, Schumpeter alertava que “à medida que são alcançados padrões mais altos de vida, as necessidades automaticamente se expandem e novas necessidades surgem ou são criadas, a saciedade torna-se meta fugitiva, sobretudo se incluímos o ócio entre os bens de consumo.”⁴⁹⁷ Deve-se obtemperar o papel dos riscos na inovação.⁴⁹⁸ Como alerta Aswath Damodaran, na história, muitas das mais valiosas e duradouras inovações emergiram do anseio de eliminar ou afastar o risco, bem como de se expor sobre este, consoante se denota do comércio de especiarias “os riscos inerentes às viagens marítimas e às forças hostis geraram uma necessidade de equipamentos melhor adaptados ao mar, de armas mais poderosas e de mais inovações, especialmente projetadas para explorar riscos.”⁴⁹⁹

No atual estágio de comunicação e de mundialização da vida, o próprio ambiente (ou, ainda, o que se denomina como *habitus* por Pierre Bourdieu)⁵⁰⁰

⁴⁹⁶ “E, portanto, inteiramente errado dizer — e também, completamente não-marxista — como o fizeram tantos economistas, que o empreendimento capitalista e o progresso tecnológico foram fatores distintos no desenvolvimento da produção. Constituíram essencialmente a mesma coisa ou, como podemos dizer também, o primeiro foi a mola propulsora do segundo.” (SCHUMPETER, Joseph A. **Capitalismo, Socialismo e Democracia**. Trad. Ruy Jungman. Rio de Janeiro: Editora Fundo de Cultura, 1961, p. 141-142).

⁴⁹⁷ SCHUMPETER, Joseph A. **Capitalismo, Socialismo e Democracia**. Trad. Ruy Jungman. Rio de Janeiro: Editora Fundo de Cultura, 1961, p. 165.

⁴⁹⁸ “una mayor innovación requerirá una apuesta más alta respecto a los riesgos a ser asumidos.” (LAVRATTI, Paula Cerski. **El derecho ambiental como instrumento de gestión del riesgo tecnológico**. Tarragona: Publicacions URV, 2011, p. 60).

⁴⁹⁹ DAMODARAN, Aswath. **Gestão estratégica do risco: uma referência para a tomada de riscos empresariais**. Trad. Félix Nonnenmacher. Porto Alegre: Bookman, 2009, p. 25.

⁵⁰⁰ O *habitus* é um sistema de disposições, o modo de perceber, pensar e fazer que leva os agentes a atuarem de uma determinada forma. Bourdieu discorre que os agentes sociais possuem as disposições adquiridas denominadas de *Habitus*, “maneiras de ser permanentes, duráveis que podem, em particular, levá-los a resistir, a opor-se às forças do campo” (BOURDIEU, Pierre. **Os usos sociais da ciência: por uma sociologia do campo científico**. São Paulo: Editora UNESP, 2004, p. 28). É integrado pelo *ethos* (valores em estado prático que norteiam a vida diária como não-consciente) e pelo *hêxis* (princípios interiorizados pelo corpo, como posturas e expressões corporais). Ele “gera uma lógica, uma racionalidade prática, irredutível à razão teórica. É adquirido mediante a interação social e, ao mesmo tempo, é o classificador e o organizador desta interação. É condicionante e é condicionador das nossas ações” (THIRY-CHERQUES, Hermano Roberto. Pierre Bourdieu: a teoria na prática. **Revista de Administração Pública**, Rio de Janeiro, v. 40, nº 01, p. 27-53, jan-fev. 2006, p. 33).

condiciona a autofagia de consumo de necessidades. Pode-se dizer que a pessoa vive no mundo e não mais num mero país em razão da sua condição acessível para executar os atos mais mezinhos do seu cotidiano (ligações, reuniões, negócios jurídicos, transações bancárias, pagamento em criptomoedas, dentre outros a partir de meios de comunicação avançados). A “autofagia do consumo” é o consumo sendo o seu próprio responsável para a manutenção da indústria, do emprego, do pagamento de tributos, da existência de relação entre mercado-Estado, dentre outros pontos, a partir da criação de necessidades, reais ou fictas, para justificar o ciclo vicioso. Nesse cenário, independentemente de a autofagia do consumo ser correta ou errada,⁵⁰¹ o fato incontroverso é que o empreendedor utiliza a ciência, a tecnologia e a inovação para a sua sobrevivência e seu crescimento. Adota-se o critério de empreendedor como aquele sujeito capaz de atuar em prol da melhoria do bem-estar da coletividade.⁵⁰²

Para Schumpeter, o dito empreendedor seria o empresário, que é o agente responsável para quebrar paradigmas, reformando ou revolucionando o sistema de produção por meio da invenção ou de uma possibilidade tecnológica para produzir uma nova mercadoria ou fabricar uma antiga de forma moderna, o que, *per si*, reflete na abertura de novas fontes de suprimento de materiais, novos canais de distribuição, reorganização da indústria, etc..⁵⁰³ O empreendimento seria a realização de combinações novas e os empresários àqueles responsáveis para executá-las, sendo que estes não estão permanentemente vinculados a uma empresa ou uma entidade.⁵⁰⁴

⁵⁰¹ Não é intenção deste estudo abordar as causas, consequências e efeitos do consumo como risco para a vida em sociedade e a própria manutenção do Estado, bem como os planos de ação e de contingência a serem elaborados para aceitar, mitigar ou transferir tal risco.

⁵⁰² Luiz Alberto Blanchet define empreendedor como aquele “que contribui com seu esforço pessoal para melhorar a sua vida e a da coletividade. Assim, não apenas aquele que cria ideias e coisas físicas novas a ponto de gerar emprego para os demais, mas também o coletor de papéis que, embora muitas vezes passe despercebido, não é um andarilho sem condições ou futuro, é também ele um empreendedor, pois não depende da esmola alheia. Esse cidadão, com toda a sua simplicidade, além de ser o seu próprio patrão, contribui para a limpeza das cidades, recolhe o que se transformaria em lixo e lhe garante um futuro útil nas usinas de reciclagem, evitando, por exemplo, que resíduos se acumulem nas redes pluviais agravando inundações favorecendo a proliferação de animais maiores e de insetos transmissores de doenças.” (BLANCHET, Luiz Alberto. Manifestações públicas e desenvolvimento. **Revista Interesse Público**. Belo Horizonte, v. 17, v. 90, mar.abr. 2015).

⁵⁰³ SCHUMPETER, Joseph A. **Capitalismo, Socialismo e Democracia**. Trad. Ruy Jungman. Rio de Janeiro: Editora Fundo de Cultura, 1961, p. 166.

⁵⁰⁴ SCHUMPETER, Joseph A. **Teoria do Desenvolvimento Econômico: uma investigação sobre lucros, capital, crédito, juro e o ciclo econômico**. Trad. Maria Sílvia Possas. São Paulo: Abril Cultural, 1982, p. 54.

Especificamente sobre a função da produção e a necessidade de seu estudo ultrapassar as fronteiras econômicas para Schumpeter, Luiz Moricochi e José Sidnei Gonçalves explicam didaticamente que poderia ser resumida na seguinte equação: $Y = f(K, N, L, S, U)$ em que: Y é a produção; K, "os meios de produção produzidos" e não a sua noção de capital; N, recursos naturais; L, força de trabalho; S e U, as principais forças condicionadoras da produtividade dos fatores K, N e L. Como S é o fundo de conhecimento aplicável à sociedade, e U o meio ambiente sociocultural da economia em questão, logo fica explícito que a taxa de produção de uma economia não pode ser resumida a um fenômeno puramente econômico, merecendo ser estudado e compreendido além do viés da economia.⁵⁰⁵

Do ponto de vista sociológico, o empreendedorismo está relacionado a três grandes temas de teoria e pesquisa recentes: (i) os empresários podem tanto reproduzir quanto desafiar a ordem social existente; (ii) o empreendedorismo é o garantidor do desenvolvimento das populações existentes e representa a base para a criação das futuras; e (iii) o empreendedorismo impacta de maneira direta nos níveis de estratificação e de desigualdades também ao moldar as chances de vida dos empregadores e empregados. Para consubstanciar, salienta-se que, antes da Revolução Industrial, a diferença entre os países mais pobres e os mais ricos era menor, provavelmente na ordem de 1 para 1,5, o que foi transformado bastante após Revolução e acentuado na linha histórica depois da Segunda Guerra Mundial, quando as descobertas inventivas, a tecnologia e o desenvolvimento da ciência erigiram muito mais do que mera criação, mas também os efeitos conseqüentes como a questão da imitação, plágio, engenharia reversa, adoção de inovações incorporadas ao capital e ainda a máxima de "aprender fazendo e aprender usando".⁵⁰⁶ Nessa direção, outros números podem ratificar, pois, entre 1992 e 1996, aproximadamente 48 milhões de empregos foram criados ou destruídos nos Estados Unidos a partir de criação, desmobilização, fusões e aquisições empresariais, bem como cerca de 70% (setenta por cento) dos 11,2 milhões de novos empregos surgiram a partir de novas

⁵⁰⁵ MORICOCCHI, Luiz; GONÇALVES, José Sidnei. Teoria do desenvolvimento econômico de Schumpeter: uma revisão crítica. **Revista Informações Econômicas**, São Paulo, v.24, n.8, ago. 1994, p. 27-35, p. 29.

⁵⁰⁶ DOSI, Giovanni; ORSENIGO, Luigi; LABINI, Mauro Sylos. Technology and the Economy. In: SMELSER, Neil J; SWEDBERG, Richard. **The handbook of economic sociology**. 2. ed. New Jersey: BRITISH LIBRARY, p. 678-702, p. 679.

organizações.⁵⁰⁷ De qualquer forma, assevera-se que a leitura e releitura das lições de Schumpeter, de acordo com o atual contexto, são indispensáveis para compreender as inúmeras modificações ocorridas sobre a atividade econômica.⁵⁰⁸

Há necessidade de esforços para que a capacidade da Administração Pública ante as inovações se dê a partir de uma relação de políticas públicas mais dinâmicas e menos estáticas e repetidas, até porque a absorção de tecnologia reclama uma atuação mais voltada à aprendizagem pelos integrantes da sociedade e é preciso uma modificação nas relações interempresariais de cooperação e uma administração pública evolutiva e desenvolvimentista como condição primordial para o acesso à escada tecnológica para atividades mais complexas, ainda mais nos países latino-americanos.⁵⁰⁹ A matriz da economia moderna perpassa pela consolidação de novos mercados e tem o setor de ciência, tecnologia e inovação como estratégico para os auspícios do desenvolvimento nacional sustentável, amparando inclusive no fortalecimento das empresas nacionais.⁵¹⁰

Por óbvio, o Brasil não está desligado desse conjunto. De acordo com dados oficiais do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, por meio da Pesquisa de Inovação de 2014, a qual é realizada a cada três anos por uma pesquisa nos setores de energia, gás, serviços e indústria, tem-se que:⁵¹¹

- entre 2012 e 2014, trinta e seis por cento das 132.529 empresas brasileiras que possuem dez ou mais trabalhadores executaram algum tipo de inovação em produto ou processo. No mesmo período, houve um incremento de empresas beneficiadas por algum tipo de incentivo governamental (passou de 34,2% de 2009-

⁵⁰⁷ ALDRICH, Howard E. *Entrepreneurship*. In: SMELSER, Neil J; SWEDBERG, Richard. **The handbook of economic sociology**. 2. ed. New Jersey: BRITISH LIBRARY, p. 451-477, p. 451.

⁵⁰⁸ MORICOCCHI, Luiz; GONÇALVES, José Sidnei. *TEORIA DO DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO DE SCHUMPETER: UMA REVISÃO CRÍTICA*. **Revista Informações Econômicas**, São Paulo, v. 24, n.8, ago. 1994, p. 27-35, p. 34-35.

⁵⁰⁹ UMAÑA, Iván Darío Hernández. **Empresa, Innovación & desarrollo**. Bogotá: Universidade Nacional de Colombia, 2008, p. 282.

⁵¹⁰ VIEIRA, André Luís; ÁLVARES, João Gabriel. **Acordos de compensação tecnológica (offset): Teoria e prática na experiência brasileira**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 48.

⁵¹¹ Ainda não está disponível e consolidada a Pesquisa de 2015-2018, conforme informação do site <https://www.ibge.gov.br/estatisticas/multidominio/ciencia-tecnologia-e-inovacao/9141-pesquisa-de-inovacao.html?=&t=o-que-e>. Os dados citados foram veiculados, dentre outros meios, no seguinte endereço eletrônico disponível: <https://metadados.ibge.gov.br/consulta/estatisticos/operacoes-estatisticas/IT>

DADOS IMPORTANTES EXTRAÍDOS DO SITE <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-sala-de-imprensa/2013-agencia-de-noticias/releases/9466-pintec-2014-taxa-de-inovacao-se-mantem-estavel-e-apoio-governamental-aumenta>. Acesso em 02 de fev. de 2019.

2011 para 40% de 2012-2014), inclusive levando em consideração incentivo na área de compras públicas (cerca de 2,0 das empresas inovadoras);

- o total de investimento feito pelas empresas, em 2014, nas atividades inovativas foi de 81,5 bilhões de reais, o que é 2,54% da receita líquida total de vendas delas, já na indústria, tal patamar foi de 2,12%. Desses montantes, 24,7 bilhões de reais afetaram atividades internas de pesquisa e desenvolvimento, o que representa 0,77% da receita líquida das empresas;

- as mulheres têm uma participação ainda pequena no geral no ramo da pesquisa, desenvolvimento, inovação e tecnologia, já que alcançam tão somente 20,85% do total de pessoas envolvidas, ainda que em determinados setores econômicos o montante seja expressivo como no caso da fabricação de medicamentos com o percentual de 75,3%;

- a indústria e os setores de eletricidade e gás foram os mais inovadores, respectivamente, com 18,2% e 22,1%, enquanto nos serviços houve um menor índice (15,9%);

- as empresas industriais diminuíram os seus gastos ante o dispêndio total das atividades inovativas em relação à receita líquida de vendas em 2011 para 2014 (passou de 2,37% em 2011 para 2,12% em 2014), o que foi bem diferente de 2008 (2,54%), dado que não pode ser dissociado da realidade econômica e da segurança jurídico-econômica no país. Nos serviços, essa relação passou de 4,96% do faturamento, em 2011, para 7,81% em 2014, sendo que a justificativa se deve aos serviços de telecomunicações que obtiveram uma expansão de prestação e consumo em geral (de 3,66%, em 2011, para 9,99%, em 2014). O setor de eletricidade e gás acompanhou as indústrias no decréscimo (1,28% do total de sua receita, em 2011, para 0,57%, em 2014).

- a compra de maquinários e equipamentos foram considerados essenciais para a mudança de números de inovações industriais, já que quantificou 73,8% pelas empresas inovadoras a atividade mais relevante para viabilizar suas inovações, enquanto o treinamento (61,7%) e aquisição de software (31,7%) vieram em seguida. Já nos serviços, a ordem ficou treinamento (67,5%), aquisição de máquinas e equipamentos (60,8%) e aquisição de software (52,6%), sendo que, infelizmente, a aquisição externa de pesquisa e desenvolvimento em geral foi a atividade menos importante tanto para a indústria (5,4%) quanto para os serviços (5,3%), apesar que,

no setor de eletricidade e gás, houve um importe positivo (de 30,9% para 76,3%);

- na área específica da pesquisa, existiu uma deflação de pessoas contratadas, exclusivamente para prestar serviços de pesquisa. Houve uma migração da dedicação exclusiva para parcial de 2009-2011 para 2012-2104. Em 2014, 110 mil pessoas dedicavam-se de maneira exclusiva para a realização de atividades internas de pesquisa e desenvolvimento. Na indústria, eram 76.200 pessoas, em 2008, 76,3% do total alocavam com exclusividade, em 2011, 65,1% e 2014 apenas 61,4%. Ao mesmo tempo, constata-se a busca de uma diminuição de custos, em geral, e, conseqüentemente, provoca uma subtração de percentual de agentes contratados como pesquisadores (em 2011, 65,3% eram pesquisadores, enquanto em 2014 63,4%), apesar de o nível de instrução ter aumentado em geral (2011, 69,2% possuía nível superior e em 2014, 71,5%);

- aconteceu uma diminuição do percentual de empresas como principais responsáveis pelo desenvolvimento de inovações de produto de 2009-2011 (82,6%) para 2012-2014 (78,1%), ainda que nos demais setores tenha acontecido um aumento como na indústria (de 9,1% para 11,7%), eletricidade e gás (de 9,2% para 20,9%) e serviços (de 2,7% para 10,2%). Outras empresas ou institutos aparecem como responsáveis para o processo inovativo na indústria (67,4%), no setor de eletricidade e gás (65,3%) e nos serviços (51,1%), o que reflete a importância de tecnologia por meio de máquinas, equipamentos e software;

- no setor industrial, os clientes são colocados como principal fonte de informações, independentemente do modo da obtenção de tais dados. As redes digitais representam 78,8% para as indústrias, 89,3% para os serviços e os fornecedores diretamente no setor de eletricidade e gás atingem um patamar elevado de 83,9%;

- apesar de existir um ecossistema de possíveis atores e financiadores, a principal fonte de financiamento das atividades inovativas foram os recursos próprios (em 2014, 85% dos recursos são originários das próprias empresas, já em 2011, 78%);

- os principais obstáculos apontados em 2014 pelos agentes para a inovação no Brasil foram: elevado custo, riscos de inovação, escassez de fonte de financiamento e, em quarto lugar, a falta de pessoal qualificado;

- em 2014, as empresas inovadoras responderam que usaram alguma ferramenta para proteger as suas inovações como, preferencialmente, o segredo

industrial, tempo de liderança sobre os seus *players* adversários e a complexidade no desenho;

- que 3,4% das empresas inovadoras, o que representa 2.583 empresas, possuíram algum engajamento em biotecnologia e em nanotecnologia: tal número foi de 1,8%, sendo que, na comparação entre 2014 e 2011, houve uma elevação para a biotecnologia e um arrefecimento na nanotecnologia.

Especificamente na questão de ciência e tecnologia, o Brasil e seu impacto com a competitividade faz com que ocupe a 61ª colocação dentre as 63 nações mapeadas pelo Índice de Competitividade Mundial de 2017 (World Competitiveness Yearbook – WCY) que é divulgado pelo International Institute for Management Development (IMD) e pela Fundação Dom Cabral.⁵¹² Vários fatores são levados em consideração para mensurar a eficiência do governo e dos negócios, sendo que no caso brasileiro quatro fatores geraram a descida do Brasil em algumas colocações, quais sejam: desempenho da economia, eficiência do governo, eficiência empresarial e infraestrutura.

A Organização das Nações Unidas, por sua vez, possui um Índice de Desenvolvimento de Tecnologia da Informação e Comunicação, em que é avaliada a capacidade tecnológica do país para tal área. Na última edição, o Brasil aparece ocupando o 66º lugar.⁵¹³ Já no ranking do Banco Mundial do “Doing Business 2018”, o país ocupa a posição 125, sendo que esta classificação considera o impacto da ciência, tecnologia e inovação, já que os critérios avaliadores são: abertura de empresa, obtenção de alvarás de construção, obtenção de eletricidade, registro de propriedades, obtenção de créditos, proteção de investidores minoritários, pagamento de impostos, comércio internacional, execução de contratos e resolução de insolvência.⁵¹⁴

⁵¹² Informação disponível em <http://www.fdc.org.br/blogespacodialogo/Lists/Postagens/Post.aspx?ID=609> e <https://www.imd.org/wcc/world-competitiveness-center-rankings/world-digital-competitiveness-rankings-2017/>. >. Acesso em: 30 de mar. de 2018.

⁵¹³ Informação disponível em: <https://www.itu.int/net4/ITU-D/idi/2017/>. >. Acesso em 30 de mar. de 2018.

⁵¹⁴ Informação disponível em <http://portugues.doingbusiness.org/rankings>. Acesso em 24 de abr. de 2018. Outro dado que pode servir é o montante gasto com inovação, conforme a “Red de Indicadores de Ciencia y Tecnología Iberoamericana / Interamericana (RICYT)”. Fazendo uma comparação entre Brasil e Espanha no setor de serviços, em 2010 o Brasil investiu 7.365,00 milhões de dólares, já a Espanha em 2009, 9.521,69 milhes de dólares. O grande investimento em inovações no Brasil é na

O Brasil tem o dever constitucional de evitar a dependência em inovação, ciência e tecnologia estrangeira, valores extremamente significativos no mercado global.⁵¹⁵ Para tanto, também deve-se dar a devida atenção para a internacionalização da ciência e tecnologia. O “Manual de Indicadores de Internacionalización de la Ciencia y la Tecnología da Red de Indicadores de Ciencia y Tecnología Iberoamericana / Interamericana (RICYT)” classificou uma série de fatores internos como incitadores para o avanço da internacionalização de tais áreas. Destacam-se a crescente interdisciplinariedade de investigação, de abordagem dos problemas complexos e interdependentes, a requisição de infraestrutura e equipamento singulares e o intento de eficácia nos grupos de investigação para majorar a capacidade de resposta e de habilidades, gerando, inclusive, os atos colaborativos e cooperativos entre os pesquisadores e investigadores. Indubitavelmente, a internacionalização é deveras propícia para ampliar a formação e especialização dos técnicos e investigadores, o quadro temático de pesquisa e com isso as possibilidades existentes no país, além de existir um incremento qualitativo na pesquisa, motivos que ensejam papel de destaque nos investimentos orçados para tal seara, conquanto, infelizmente, no Brasil, ainda seja um setor que geralmente sofre no primeiro corte em qualquer crise financeira. A comunicação dos pesquisadores não necessariamente gera a imperiosidade de deslocamento para um segundo momento, considerando que, atualmente, a própria tecnologia dos meios de comunicação propicia a factibilidade de interação e interpenetração de pesquisas colegiadas à distância, contudo, no mínimo, o primeiro contato em comum demanda que seja físico até para o estreitamento dos laços da pesquisa. O fato é que a internacionalização das investigações na ciência e na tecnologia é assunto de prioridade máxima para os países que se preocupam com o desenvolvimento nacional sustentável, com a

indústria manufatureira, o que demonstra a sua economia ainda centrada em extrativismo e matéria-prima e bastante deficitária em outros ramos. Disponível no site: (http://app.rieyt.org/ui/v3/comparative.html?indicador=GastoxServ&start_year=2007&end_year=2016). Acesso em 03 de mar. de 2019.

⁵¹⁵ Sobre a intervenção do Estado favorável ao mercado interno por meio de políticas internas de inovação, ciência e tecnologia, vide CHANG, Ho-Joon. **Chutando a escada**. Trad. Luiz Antônio Oliveira de Araújo. São Paulo: Unesp, 2004. Em contraponto, refutando a interferência do Estado como forma de incentivo à livre iniciativa para propiciar pesquisa e desenvolvimento científico, vide ROTHBARD, Murray. **Ciência, tecnologia e governo**. Trad. Giovanna Louise Libralon. Campinas: Vide Editorial, 2017, p. 101-106.

qualidade da ciência e tecnologia nacional e com a sua respectiva (in)dependência.⁵¹⁶

Feitas essas colocações que transluzem motivos suficientes para que a inovação, tecnologia e ciência sejam temas de primeira de um Estado, é preciso definir tais palavras, suas características e conhecer o tratamento jurídico conferido pela legislação brasileira.

O primeiro ponto que merece atenção na inovação é como ela exsurge. Serve indubitavelmente para a satisfação das necessidades humanas. A dúvida que fica é: a inovação é criada para a satisfação da necessidade humana ou o mercado, por meio do produtor, induz a inovação para criar a necessidade humana? Seguindo a diretriz defendida por Schumpeter, ao que parece acertada, por sinal, é o produtor que modifica o aparato produtivo com o intuito de mudar a atividade econômica e direcionar os consumidores, a fim de quererem “coisas novas ou que diferem em um aspecto ou outro daquelas que tinham o hábito de usar”. Em outras palavras, “apesar de ser permissível e até necessário considerar as necessidades dos consumidores como uma força independente e, de fato, fundamental na teoria do fluxo circular”, a respectiva vontade do consumidor é direcionada e induzida em favor da inovação e do mercado.⁵¹⁷

Defende-se que a inovação possui um ciclo para o seu aparecimento e tem fases. Sequencialmente, possui três etapas: invenção, a qual esteve sempre na humanidade; imitação ou difusão, que é comum nos mercados baseados pela produção e terceirização de produtos de consumo e inovação, o qual é uma estratégia para sustentabilidade econômica das organizações do século XXI, que necessitam de produtos e novidades para acompanhar a dinâmica contemporânea.⁵¹⁸ Quanto às fases, pode ser classificada como aberta ou fechada. Esta “limita o processo inovador aos conhecimentos, conexões e tecnologias desenvolvidos dentro das organizações, sem participação de instituições externas ou outras empresas no processo”, já a aberta busca o conhecimento das universidades, de outras organizações parcerias e

⁵¹⁶ ALBORNOZ, Mario (coord.). **Manual de Santiago**: Manual De Indicadores De Internacionalizacion De La Ciencia Y La Tecnología. Buenos Aires: Red de Indicadores de Ciencia y Tecnología Iberoamericana / Interamericana (RICYT), 2009, p. 18.

⁵¹⁷ SCHUMPETER, Joseph A. **Teoria do Desenvolvimento Econômico**: uma investigação sobre lucros, capital, crédito, juro e o ciclo econômico. Trad. Maria Sílvia Possas. São Paulo: Abril Cultural, 1982, p. 48.

⁵¹⁸ SANTOS, Adriana B. A. dos; FAZION, Cíntia B.; MEROE, Giuliano P. S de. Inovação: um estudo sobre a evolução do conceito de Schumpeter. **Revista Caderno de Administração da PUC-SP**, v. 5, n. 1, 2011, (p.?).

do mercado por meio dos consumidores, fornecedores e canal de distribuição, por isso é passível de ser usada até a denominação “Conectividade e Desenvolvimento” adicional à tradicional “Pesquisa e Desenvolvimento”.⁵¹⁹

Compete enfatizar que, conquanto o intuito inovador em geral está tratado nas mais diversas literaturas como algo para o mercado e para a obtenção de vantagem ante os demais concorrentes, seja para diminuição de custos, para majoração de lucro, aumento de vendas ou outro objetivo qualquer, o fato é que a inovação deve ser encarada para toda e qualquer relação, independentemente de ser do primeiro, segundo ou terceiro setor.

Num sentido leigo e comum, a inovação pode ser confundida com o descobrimento ou a invenção, como se fossem sinônimos. Essa é uma falsa associação.⁵²⁰ A inovação não precisa gerar um produto ou um serviço novo. Basta que haja a produção de outras coisas ou de mesmas coisas com a combinação de materiais e forças que demandem um método diferente. As ditas novas combinações, por Joseph Schumpeter, para a realização do mesmo resultado, porém com um método, alguma ferramenta ou algum ajuste diverso já é suficiente para se qualificar como inovação em sua ideia. A classificação esposada pelo autor, e que é seguida até os dias atuais, prevê cinco casos de inovação:

- 1) introdução de um novo bem – ou seja, um bem com que os consumidores ainda não estiverem familiarizados – ou de uma nova qualidade de um bem.
- 2) Introdução de um novo método de produção, ou seja, um método que ainda não tenha sido testado pela experiência no ramo próprio da indústria de transformação, que de modo algum precisa ser baseada numa descoberta cientificamente nova, e pode consistir também, em nova maneira de manejar comercialmente uma mercadoria.
- 3) Abertura de um novo mercado, ou seja, de um mercado em que o ramo particular da indústria de transformação do país em questão não tenha ainda entrado, quer esse mercado tenha existido antes ou não.
- 4) Conquista de uma nova fonte de oferta de matérias-primas ou de bens semimanufaturados, mais uma vez independentemente do fato de que essa fonte já existia ou teve que ser criada.
- 5) Estabelecimento de uma nova organização de qualquer indústria, como a criação de uma posição de monopólio (por exemplo, pela trustificação) ou a fragmentação de uma posição de monopólio.⁵²¹

⁵¹⁹ SANTOS, Adriana B. A. dos; FAZION, Cíntia B.; MEROE, Giuliano P. S de. Inovação: um estudo sobre a evolução do conceito de Schumpeter. **Revista Caderno de Administração da PUC-SP**, v. 5, n. 1, 2011, (p.?).

⁵²⁰ JIMÉNEZ, Antonio García. **Las conexiones entre contratación administrativa e innovación**. Madrid: Tecnos: 2018, p. 23. Valmir Alberto Thomé aduz que “é possível depreender que a inovação é um fato concomitantemente técnico e econômico, diferente da invenção, que por si só não é capaz de gerar efeitos práticos.” (THOMÉ, Valmir Alberto. **Inovar: a arte das organizações em superar as expectativas**. Curitiba: Juruá, 2019, p. 22).

⁵²¹ SCHUMPETER, Joseph A. **Teoria do Desenvolvimento Econômico**: uma investigação sobre

Em sentido similar, agregando o fator do marketing e as relações externas como possíveis objetos, o Manual de Oslo descreve a inovação como “a implementação de um produto (bem ou serviço) novo ou significativamente melhorado, ou um processo, ou um novo método de marketing, ou um novo método organizacional nas práticas de negócios, na organização do local de trabalho ou nas relações externas.” O conceito propugnado pela OCDE é de que há necessidade de mudanças nos seguintes aspectos para a sua ocorrência: (i) a inovação está associada à incerteza sobre os resultados das atividades inovadoras; (ii) a inovação envolve investimentos; (iii) a inovação é o substrato dos transbordamentos; (iv) a inovação requer a utilização de conhecimento novo ou um novo uso ou combinação para o conhecimento existente e (v) a inovação visa melhorar o desempenho de uma empresa com o ganho de uma vantagem competitiva.⁵²² Como se verifica, ela corresponde a um processo de modificação que revoluciona a estrutura econômica. Pressupõe um processo contínuo de reinvenção que almeja maiores proveitos de riqueza e bem-estar social. Ao usar as estruturas tradicionais, o ser humano gera conhecimento, exerce e aperfeiçoa habilidades suficientes para criar outras novas, aprimorar as já existentes ou aquilatar procedimentos com o afã inovativo.⁵²³

lucros, capital, crédito, juro e o ciclo econômico. Trad. Maria Sílvia Possas. São Paulo: Abril Cultural, 1982, p. 48-49. No mesmo sentido, vide: “A estos efectos, define la innovación como la indotrucción de un producto servicio o proceso nuevos o significativamente mejorados, que incluye, a título de ejemplo, los procesos de producción, edificación o construcción, un nuevo método de comercialización o un nuevo método de organización de prácticas con el objetivo de ayudar a resolver desafíos de la sociedad o a apoyar la estrategia Europa 2020.” (ACEVEDO, Rafael Fernández; FERNÁNDEZ, Patricia Valcárcel. Análisis de los criterios de adjudicación de los contratos públicos en el marco de la cuarta generación de Directivas del Sector. In: ACEVEDO, Rafael Fernández; FERNÁNDEZ, Patricia Valcárcel (directores). **La contratación pública a debate: presente y futuro**. Navarra: Civitas, 2014, p. 199-274, p. 230).

⁵²² ORGANIZAÇÃO PARA COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO; EUROSTAT. **Manual de Oslo: Diretrizes para a Coleta e Interpretação de Dados sobre Inovação**. 3. ed. Brasília: OCDE, EUROSTAT e FINEP, 2007, p. 55 e 43.

⁵²³ JIMÉNEZ, Antonio García. **Las conexiones entre contratación administrativa e innovación**. Madrid: Tecnos: 2018, p. 37. Sobre a função da inovação, Agustí Cerrillo i Martínez pontua: “De este modo, no cualquier cambio que introduzcan las administraciones públicas puede considerarse como manifestación de la innovación. La innovación debe suponer cambios ambiciosos, radicales, que incluso lleguen a romper las reglas del juego existentes. La innovación se basa en el desarrollo de ideas aplicadas, que respondan a una necesidad específica o problema, que puedan involucrar cambios deliberados en el comportamiento de los agentes, las prácticas, los procesos y/o productos, que mejoren el desarrollo institucional y generen resultados observables, que agreguen valor público, contribuyan al fortalecimiento institucional y, en última instancia, mejoren la calidad de los servicios y la calidad de vida de los ciudadanos.” (MARTÍNEZ, Agustí Cerrillo i. **Los servicios de la ciudad inteligente**. XV Congreso Anual de la Asociación de Profesores de Derecho Administrativo, 07 e 08 de

Enquanto a linha schumpeteriana verga a inovação como experimento de mercado e reestruturação das indústrias e mercados, a teoria da economia corrente dominante ou os neoclássicos a veem como criação de ativos de experimentos de mercado.⁵²⁴ Ainda, segundo o Manual de Oslo, que foi concebido para ser um referencial de diretrizes sobre a inovação e a competitividade mundial pela OCDE, as empresas têm interesse em inovar por diversos motivos relacionados aos produtos, mercados, eficiência, qualidade ou à capacidade de aprendizado ou implementação de mudanças, os quais estão sempre atrelados para melhorias na competição. Além disso, quanto à intensidade e momento para a sua realização, depende de setor para setor, porque cada um tem a sua respectiva taxa de mudança tecnológica, interação e acesso ao conhecimento, estruturas organizacionais e fatores institucionais, logo em alguns, há maior celeridade e outros nem tanto.⁵²⁵ O mercado de inovação, em si, é um mercado muito dinâmico, o qual refuta qualquer obsolescência.⁵²⁶

De forma um pouco diferente, Nivaldo dos Santos e Viviane Romeiro explicam a diferenciação entre invenção e inovação, visto que invenção é “a criação industrial objeto de patente, podendo ser descrita como uma nova solução para um problema técnica de produção, desde que ninguém tenha criado anteriormente ou divulgado o acesso de sua informação ao público”; já a inovação decorre de uma invenção e prossegue “até a comercialização da própria invenção, sendo o processo inovativo estritamente relacionado ao processo de comercialização. Deve estar necessariamente relacionada a um sistema produtivo, caso contrário será considerado como invenção.”⁵²⁷ Com o devido respeito, não parece crível que a inovação decorra de uma invenção. A posição de Nivaldo dos Santos e Viviane Romeiro parece resumir a inovação e invenção para produtos (fornecimento)

febrero de 2020, disponível no site <http://www.aepda.es/AEPDAEntrada-2518-XV-CONGRESO-DE-LA-AEPDA.aspx>. Acesso em 09 de fev. de 2020).

⁵²⁴ ORGANIZAÇÃO PARA COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO; EUROSTAT. **Manual de Oslo**: Diretrizes para a Coleta e Interpretação de Dados sobre Inovação. 3. ed. Brasília: OCDE, EUROSTAT e FINEP, 2007, p. 37.

⁵²⁵ ORGANIZAÇÃO PARA COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO; EUROSTAT. Manual de Oslo: Diretrizes para a Coleta e Interpretação de Dados sobre Inovação. 3. ed. Brasília: OCDE, EUROSTAT e FINEP, 2007, p. 122 e 46.

⁵²⁶ GOMES, Pedro Cerqueira. Contratação pública e inovação – o diálogo entre Portugal e a União Europeia. In: ACEVEDO, Rafael Fernández; FERNÁNDEZ, Patricia Valcárcel (directores). **La contratación pública a debate**: presente y futuro. Navarra: Civitas, 2014, p. 525-555, p. 543.

⁵²⁷ SANTOS, Nivaldo dos; ROMEIRO, Viviane. Estratégias competitivas e capacitação tecnológica no Brasil: paradigmas técnico-econômicos. In: TAVARES NETO, José Querino e outros. **Estado, empresa e desenvolvimento econômico**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008, p. 479-509, p. 484.

comercializados. Aqui estão os defeitos. Um, não necessariamente precisa do invento de um produto ou de um serviço para inovar. Dois, nem sempre onde se inova busca-se o comércio em si, pois se pode inovar na estrutura organizacional de uma entidade do terceiro setor, por exemplo. Três, a inovação deve ser concebida de maneira ampla, a fim de albergar os mais diversos setores e seus processos produtivos. Outro motivo, ainda, como acertadamente explana Joseph Schumpeter, as inovações não precisam decorrer necessariamente de invenções e o importante é que sejam colocadas em prática para servir à sociedade.⁵²⁸

A inovação poderia ser compendiada como um processo linear de acordo com soluções necessariamente tecnológicas de especialistas que não interagem com os processos internos e externos das sociedades empresariais, entretanto, atualmente, cada dia mais tem prezado por uma evolução que intrinsecamente impõe interatividade, dinamicidade, participação, intercâmbio de cognição e diagnóstico dos meios produtivos para a sua eficácia, inclusive para fins de competitividade naqueles setores concorrenciais.⁵²⁹ Ainda não se pode olvidar que a capacidade de inovar depende uma mescla de insumos, como aponta Antonio Garcia Jiménez, que aglutina capacidade intelectual, criatividade, talento, causalidade, sorte, conhecimento e prática.⁵³⁰ Defende-se o radar da inovação que envolve treze dimensões: oferta; plataforma; marca; clientes; soluções; relacionamento; agregação de valor; processos; organização; cadeia de fornecimento; presença; rede; ambiência inovadora.⁵³¹ Não se tem inovação sem resultados e ganhos. Da mesma maneira, ela inexiste se não for posta em prática e executada, sob pena de cingir-se a meras

⁵²⁸ SCHUMPETER, Joseph. **A teoria do desenvolvimento econômico**. São Paulo: Abril Cultural, 1982, p. 62.

⁵²⁹ OLIVEIRA, Michel Ângelo Constantino de ; MENDES, Dany Rafael Fonseca; PINHEIRO, Adalberto Amorim; COSTA, Luma Cordeiro. Microempresas e Empresas de Pequeno Porte (ME/EPP) de Brasília: uma abordagem econométrica. **Revista de Administração da Fatea**, v. 10, n. 10, p. 6-141, jan./jun., 2015, p. 39-52, p. 42

⁵³⁰ JIMÉNEZ, Antonio García. **Las conexiones entre contratación administrativa e innovación**. Madrid: Tecnos: 2018, p. 52. Sem execução, boas ideias se esvaem: “as estimativas de fracasso de *startups* no Vale do Silício na Califórnia giram em torno de 90%.4 Em outras palavras, a probabilidade de uma boa ideia ser desenvolvida no principal lócus de inovação do planeta é de apenas 10%.” (CAVALCANTE, Pedro. **Inovação e políticas: superando o mito da ideia**. Brasília: IPEA, 2019, p. 12).

⁵³¹ OLIVEIRA, Michel Ângelo Constantino de ; MENDES, Dany Rafael Fonseca; PINHEIRO, Adalberto Amorim; COSTA, Luma Cordeiro. Microempresas e Empresas de Pequeno Porte (ME/EPP) de Brasília: uma abordagem econométrica. **Revista de Administração da Fatea**, v. 10, n. 10, p. 6-141, jan./jun., 2015, p. 39-52, p. 40.

ideias.⁵³² Por tais motivos, empreendedor se concatena com a inovação, ainda que ninguém seja empreendedor para sempre, mas tão somente quando está inovando, seja pela introdução de novos produtos e métodos de produção, pela abertura de novos mercados ou pela obtenção de novas fontes de matérias-primas.⁵³³

A título ilustrativo, Manuel Castells aduz sobre a existência de meio de inovação, que seria “um conjunto específico de relações de produção e gerenciamento com base em uma organização social que, de modo geral, compartilha uma cultura de trabalho e metas instrumentais, visando gerar novos conhecimentos, novos processos e novos produtos.” Aborda especificamente sobre o meio de inovação sem uma dada dimensão espacial, apesar de reconhecer que, no caso das indústrias de tecnologia de informação (na era da informação), esse é a “capacidade de gerar sinergia, isto é, o valor agregado resultando não do efeito cumulativo dos elementos presentes no meio”. Também discorre que o agrupamento de fatores como capital, trabalho e matéria-prima reunidos por um empreendedor institucional e havendo a cooperação de uma organização social podem ser insumos essenciais para que áreas neóftas ou sem nada possam cambiar para um polo de inovações tecnológicas.⁵³⁴

⁵³² “Uma inovação, no sentido econômico somente é completa quando há uma transação comercial envolvendo uma invenção e assim gerando riqueza.” (SANTOS, Adriana B. A. dos; FAZION, Cíntia B.; MEROE, Giuliano P. S de. Inovação: um estudo sobre a evolução do conceito de Schumpeter. **Revista Caderno de Administração da PUC-SP**, v. 5, n. 1, 2011, (p.?).). Em sentido similar, Antonio García Jiménez pontua: “no es suficiente con una gran idea u ocurrencia para innovar, también es necesario saber gestionar el conocimiento, en el sentido de que el marco social y tecnológico existente en el momento en que surge la idea posibilite disponer de los avances suficientes como para permitir desarrollarla, así como que las personas o la organización que la han creado o la conocen tengan la suficiente capacidad como para saber desarrollarla. En segundo lugar, es necesario romper con el tópico que asocia la innovación a la idea del empresario como exclusivo innovador, sin considerar que esta pueda proceder de otras fuentes, como el sector público, el cual tiene la responsabilidad y obligación de innovar para adaptares a las nuevas necesidades de los ciudadanos a los que administra.” (JIMÉNEZ, Antonio García. **Las conexiones entre contratación administrativa e innovación**. Madrid: Tecnos: 2018, p. 35-36).

⁵³³ ALDRICH, Howard E. Entrepreneurship. In: SMELSER, Neil J; SWEDBERG, Richard. **The handbook of economic sociology**. 2. ed. New Jersey: BRITISH LIBRARY, p. 451-477, p. 455.

⁵³⁴ CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede**. Volume I. 2. Trad. Roneide Venancio Majer. 2. ed. São Paulo: Paz e Terra, 1999, p. 414 e 416. A importância da informação exsurge no mundo atual, ainda mais quando os dados e as informações quantificam-se em moeda. No âmbito dos negócios, o que pode ser facilmente extensível para o presente trabalho, sempre há a sujeição ao risco e é preciso que tenhamos uma ofensiva para enfrentá-los. Aswath Damoradaran sugere os cinco passos a seguir: “A primeira é o acesso a melhores e mais oportunas informações sobre eventos, à medida que ocorrem, e as suas consequências, o que permite elaborar com que reagimos às de qualidade superior para a situação. A segunda é a velocidade com que reagimos às circunstâncias ocorridas, em termos de alterar como e onde fazemos nossos negócios, pois agindo mais rapidamente do que os nossos competidores poderemos ser capazes de transforma uma ameaça em uma oportunidade. A terceira vantagem origina-se de nossa experiência com crises semelhantes no passado e de nosso

Ainda, a Administração Pública não pode ficar afastada desse panorama, tanto que é seu dever perquirir a inovação internamente e em suas relações negociais. No âmbito europeu, advoga-se que os procedimentos pré-contratuais inovatórios têm recebido uma atenção especial, tanto por meio das PMEYS (pequenas e médias empresas), quanto pelas demais espécies contratuais que serão discutidas em tópico vindouro.⁵³⁵ Esta não é uma realidade europeia e tem sido bastante trabalhada no Brasil, seja por meio de contratos públicos, convênios administrativos e até na própria estruturação das organizações públicas. Essa constatação é corroborada pelo relatório do Banco Nacional do Desenvolvimento do Estado (BNDES) para a perspectiva de investimento de 2015-2018, no qual os investimentos em perspectiva tiveram um crescimento real de 17%, taxa anualizada de 3,2%, em relação ao quadriênio de 2010-2013, apesar das diferenças de acordo com cada setor. Para mostrar que a mão estatal pode fazer a diferença, inclusive por meio das compras públicas, vide que o setor aeroespacial e de complexo industrial de saúde tiveram uma alavancagem em razão das compras públicas estratégicas na área da defesa e da saúde. Ademais, outro ponto que chama a atenção é a relação do investimento com a tecnologia, já que a qualidade dos investimentos em determinados setores é mais intensiva em tecnologia e menos intensivo em capital numa analogia com tais setores no período do quadriênio anterior (setor de petróleo, mineração, químico, telecomunicação, etc.).⁵³⁶

Para Antonio García Jiménez, a busca e a erupção da inovação pelo setor privado são visíveis e mais fáceis de serem compreendidas. Em primeiro, porque a busca de lucro perdura de maneira constante e a inovação poderá desencadear

conhecimento do modo como essas crises afetaram o mercado, o que nos possibilita reagir de modo mais efetivo do que outras empresas no setor. A quarta tem sua origem na posse de recursos – financeiros e de pessoal – que permitam atravessar os períodos difíceis subsequentes a uma crise com mais tranquilidade do que o restante do setor. O último fator é a flexibilidade financeira e operacional, pois a capacidade de alterar nossa base tecnológica, e nossa estrutura financeira e operacional, em reação a um ambiente mudado oferece expressivas vantagens em ambientes de incerteza. A chave de todas essas vantagens é o fato de emergirmos dessas crises com a nossa posição competitiva mais fortalecida do que antes de as adversidades se manifestarem.” (DAMODARAN, Aswath. **Gestão estratégica do risco**: uma referência para a tomada de riscos empresariais. Trad. Félix Nonnenmacher. Porto Alegre: Bookman, 2009, p. 343-344).

⁵³⁵ GOMES, Pedro Cerqueira. Contratação pública e inovação – o diálogo entre Portugal e a União Europeia. In: ACEVEDO, Rafael Fernández; FERNÁNDEZ, Patricia Valcárcel (directores). **La contratación pública a debate**: presente y futuro. Navarra: Civitas, 2014, p. 525-555, p. 533.

⁵³⁶ BNDES. **Perspectivas do investimento 2015-2018 e panoramas setoriais**. Disponível em www.bndes.gov.br/bibliotecadigital. Acesso 08 de out. de 2018, p. 01 e 03.

maiores lucros a uma empresa. A maior facilidade decorre da menor burocratização e maior dinamicidade nos processos internos de uma administração privada em prover condições para a criação da inovação. Doutro lado, na administração pública já existem mais empecilhos, formalidades e burocracia para investir em inovação e, com isso, fazer inovação. Por isso, é necessário que revisitar o papel do Estados e dos seus órgãos e entidades para que a inovação possa ser propiciada, inclusive asseverando um papel bastante amplo da inovação que gerarão com certeza melhorias nos serviços públicos e atividades administrativas. Até porque, não é possível de aceitar na atual sociedade do conhecimento e das novas tecnologias que um servidor público responda uma solicitação qualquer de uma pessoa “con el ya mítico <vuelva usted mañana>, y eso en el mejor de los casos, porque en otros pueden ser días o incluso semanas.”⁵³⁷

No ordenamento jurídico brasileiro, inovação, segundo o inciso IV do artigo 1º da Lei nº 10.973/2004 (com alteração pela Lei nº 13.243/16), é a “introdução de novidade ou aperfeiçoamento no ambiente produtivo e social que resulte em novos produtos, serviços ou processos ou que compreenda a agregação de novas funcionalidades ou características a produto, serviço ou processo já existente que possa resultar em melhorias e em efetivo ganho de qualidade ou desempenho.” Como se verifica, o conceito jurídico de inovação existente no sistema jurídico brasileiro prestigia a tese de inovação apresentada por Schumpeter. Nesse sentido de amplitude, inclusive, chama-se atenção para o glossário da FINEP (Financiadora de Inovação e Pesquisa no Brasil)⁵³⁸ que estabelece: inovação gerencial e organizacional, inovação de processo eletrônico, inovação de processo e produto tecnológico em nível mundial, inovação de produtos e processos tecnológicos, inovação gerencial e organizacional, inovação incremental, inovação para o desenvolvimento social, inovação radial, inovação tecnológica de processo, inovação

⁵³⁷ JIMÉNEZ, Antonio García. **Las conexiones entre contratación administrativa e innovación.** Madrid: Tecnos: 2018 p 38 e 64.

⁵³⁸ Empresa pública vinculada ao Ministério da Ciência, Tecnologia e Inovação, nos termos do Decreto nº 6.129, de 20 de junho de 2007, conforme o art. 191, do Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967, e o Decreto-Lei nº 298, de 28 de fevereiro de 1967, a qual tem por escopo apoiar estudos, projetos e programas de interesse para o desenvolvimento econômico, social, científico e tecnológico do País, tendo em vista as metas e prioridades setoriais estabelecidas nos planos do Governo Federal.

tecnológico de produto e inovação tecnológica de serviços.⁵³⁹

O Manual de Oslo classifica quatro tipos de inovação: de produto, de processo, organizacionais e de marketing. As de produtos replicam modificações significativas nas potencialidades de produtos e serviços, incluindo tanto os novos quanto os aperfeiçoamentos realizados. As de processo são alterações significativas nos métodos de produção e de distribuição. As organizacionais “referem-se à implementação de novos métodos organizacionais, tais como mudanças em práticas de negócios, na organização do local de trabalho ou nas relações externas da empresa”. Por fim, as de marketing são as implementações de métodos de marketing, o que engloba as “mudanças no design do produto e na embalagem, na promoção do produto e sua colocação, e em métodos de estabelecimento de preços de bens e de serviços.”⁵⁴⁰

No que se refere à ciência, esta se arraiga a formulações teóricas e/ou práticas que venham a ser elaboradas a partir de métodos construtivos de acordo com cada área de conhecimento. O Supremo Tribunal Federal já se manifestou que a ciência, enquanto atividade individual, é direito fundamental consagrado pela Lei Maior.⁵⁴¹ O glossário da FINEP define como “o conjunto organizado dos conhecimentos relativos ao universo, envolvendo seus fenômenos naturais,

⁵³⁹ “Todos fazem parte da raiz de conceito de inovação como sendo a “introdução, com êxito, no mercado, de produtos, serviços, processos, métodos e sistemas que não existiam anteriormente, ou contendo alguma característica nova e diferente do padrão em vigor. Compreende diversas atividades científicas, tecnológicas, organizacionais, financeiras, comerciais e mercadológicas. A exigência mínima é que o produto/serviço/ processo/método/sistema inovador deva ser novo ou substancialmente melhorado para a empresa em relação aos seus competidores.” Informação disponível em <http://www.finep.gov.br/biblioteca/glossario>. Acesso em: 01 de fev. de 2019.

⁵⁴⁰ ORGANIZAÇÃO PARA COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO; EUROSTAT. Manual de Oslo: Diretrizes para a Coleta e Interpretação de Dados sobre Inovação. 3. ed. Brasília: OCDE, EUROSTAT e FINEP, 2007, p. 23.

⁵⁴¹ “O termo ‘ciência’, enquanto atividade individual, faz parte do catálogo dos direitos fundamentais da pessoa humana (inciso IX do art. 5º da CF). Liberdade de expressão que se afigura como clássico direito constitucional-civil ou genuíno direito de personalidade. Por isso que exigente do máximo de proteção jurídica, até como signo de vida coletiva civilizada. Tão qualificadora do indivíduo e da sociedade é essa vocação para os misteres da Ciência que o Magno Texto Federal abre todo um autonomizado capítulo para prestigiá-la por modo superlativo (capítulo de nº IV do título VIII). A regra de que ‘O Estado promoverá e incentivará o desenvolvimento científico, a pesquisa e a capacitação tecnológicas’ (art. 218, caput) é de logo complementada com o preceito (§ 1º do mesmo art. 218) que autoriza a edição de normas como a constante do art. 5º da Lei de Biossegurança. A compatibilização da liberdade de expressão científica com os deveres estatais de propulsão das ciências que sirvam à melhoria das condições de vida para todos os indivíduos. Assegurada, sempre, a dignidade da pessoa humana, a CF dota o bloco normativo posto no art. 5º da Lei 11.105/2005 do necessário fundamento para dele afastar qualquer invalidade jurídica (Ministra Cármen Lúcia).” (Supremo Tribunal Federal, ADI 3.510, Relator Ministro Ayres Britto, julgamento em 29-5-2008, Plenário, DJE de 28-5-2010.)

ambientais e comportamentais” e que a “ geração do conhecimento científico se faz através da pesquisa ou investigação científica, seguindo as etapas do método ou metodologia científica.”⁵⁴²

A ciência não pode ser vista de maneira isolada também, e sim de acordo com a tecnologia e inovação, “isso porque apenas o crescimento acadêmico não gera riquezas; contribui, isto sim, de fato, para o gerenciamento de novas tecnologias, mas a implementação das mesmas é de vital importância para o sistema industrial brasileiro.”⁵⁴³ Tanto é assim que o próprio Manual de Oslo, explica que a “economia baseada em conhecimento” é uma expressão largamente utilizada para definir tendências em “economias avançadas no sentido de maior dependência do conhecimento, informação e altos níveis de especialização, e a crescente necessidade de pronto acesso a esses fatores pelos setores privado e público.” Isso quer dizer, um entrelaçamento entre o conhecimento e a tecnologia, aumentando, dessa maneira, a importância dessa ligação via conhecimento mais verticalizado e especializado.⁵⁴⁴

O estreitamento entre ciência e tecnologia acontece desde o surgimento da ciência moderna. Normalmente, aludem-se, a partir de novos e importantes paradigmas tecnológicos por meio de descobertas. Se antes no século XIX, as inovações tecnológicas eram resultados em geral de artesãos imaginativos, tal sistemática mudou totalmente no século XX e ainda mais agora no século XXI.⁵⁴⁵ Na mesma senda, a internacionalização da ciência e da tecnologia tem-se revelado como relevante para o sucesso de pesquisas, nacionais e internacionais, públicas ou privadas, e na organização da produção do conhecimento e da tecnologia pela difusão, comercialização e transferência. Esta evolução se deve “tanto a aspectos

⁵⁴² Disponível no site <http://www.finep.gov.br/biblioteca/glossario>. Acesso em: 01 de fev. de 2019. Quase igual, Simnhom Moussa expressa a sua definição ao destacar o objeto como verdades gerais ou operação de leis gerais testadas e obtidas a partir de um método científico e que depende da lógica. (MOUSSA, Simhon. **Inovação tecnológica, pesquisa e desenvolvimento**. São Paulo: Editora do Autor, 2012, p. 45).

⁵⁴³ CREUZ, Luis Rodolfo Cruz e; SILVA, Marck da. A Lei de Incentivos à Inovação e à Pesquisa Científica e Tecnológica. **Revista IOB de Direito Administrativo**, São Paulo, v. 06, p. 66-81, jun.2006, p. 81.

⁵⁴⁴ ORGANIZAÇÃO PARA COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO; EUROSTAT. **Manual de Oslo**: Diretrizes para a Coleta e Interpretação de Dados sobre Inovação. 3. ed. Brasília: OCDE, EUROSTAT e FINEP, 2007, p. 35.

⁵⁴⁵ DOSI, Giovanni; ORSENIGO, Luigi; LABINI, Mauro Sylos. Technology and the Economy. In: SMELSER, Neil J; SWEDBERG, Richard. **The handbook of economic sociology**. 2. ed. New Jersey: BRITISH LIBRARY, p. 678-702, p. 686.

intrínsecos del propio desarrollo científico y tecnológico como al contexto político, económico, social y cultural en el que se realiza este desarrollo” e pode ser justificada por números como: (i) em 2000, as pessoas estrangeiras que laboravam com ciência e tecnologia na União Europeia eram 466.000 e metade dessas eram provenientes de países afora do bloco econômico-social; (ii) em 2000, nos Estados Unidos quase um milhão de trabalhadores de tais áreas não eram estadunidense.⁵⁴⁶

Mauro Sylos Labini, Giovani Dosi e Luigi Orsenigo explicam que, historicamente, o papel ascendente do conhecimento científico para a obtenção de avanços tecnológicos tem trilhado pari passu com as mudanças na organização das atividades inovadoras. Aduzem que seja pelo “modelo de Arrow -Nelson” para que a ciência forneça as oportunidades nacionais e o conhecimento tecnológico útil via pesquisa e desenvolvimento industrial, seja pelo ideário de que a ciência é um componente que aumenta a capacidade genérica de resolver problemas técnicos complexos, o fato inquestionável é que existe uma relação simbiótica entre atividades tecnológicas e científicas desde o final do século XIX quando alguns países, como Alemanha, Suíça e Estados Unidos, iniciaram a incorporar e investir de maneira progressiva nas atividades de pesquisa e desenvolvimento internamente nas empresas.⁵⁴⁷

Qualquer processo de transformação tecnológica, pode ser considerada como resultado natural de um processo estrutural por uma série de fatores, mecanismos e instituições ou como resultado de algumas decisões estratégicas de seres humanos, portanto um planejamento se faz imprescindível a partir de um ambiente político

⁵⁴⁶ ALBORNOZ, Mario (coord.). **Manual de Santiago: Manual De Indicadores De Internacionalizacion De La Ciencia Y La Tecnología**. Buenos Aires: Red de Indicadores de Ciencia y Tecnología Iberoamericana / Interamericana (RICYT), 2009, p. 09 e 13-14.

⁵⁴⁷ DOSI, Giovanni; ORSENIGO, Luigi; LABINI, Mauro Sylos. Technology and the Economy. In: SMELSER, Neil J; SWEDBERG, Richard. **The handbook of economic sociology**. 2. ed. New Jersey: BRITISH LIBRARY, p. 678-702, p. 687. Sobre a importancia do investimento em ciência, tecnologia e inovação, Enrique Linde Paniagua explica o porquê da Espanha necessitar investir o quanto antes em tais áreas: “Las naciones más desarrolladas del mundo occidental, desde finales del siglo XIX, situaron a la investigación en el centro de sus preocupaciones. Alemania, Francia, Reino Unido e Italia en Europa, Estados Unidos en América, y Japón en Asia, han sido las naciones investigadoras por excelencia. Muchos son los factores determinantes de que estas naciones hayan ocupado, y sigan ocupando, la cabeza del mundo, y si su primacía está siendo puesta en tela de juicio lo es por naciones como China, India o Corea del Sur, entre otras, que han emulado a aquellas naciones llevando a cabo un esfuerzo financiero y humano en materia de investigación sin precedentes en la historia.” (PANIAGUA, Enrique Linde. *Gobernanza del sistema español de ciencia, tecnología e innovación*. In: VELÁZQUEZ, Antonio Calonge (dir.). **Ciencia, tecnología e innovación: nuevo régimen jurídico**. Granada: Editorial Comares, 2013, p. 21-40, p 22.

democrático entre Estado e Sociedade. Desta maneira, estes serão autores e não meros destinatários de um acaso.⁵⁴⁸

Schumpeter inclusive pondera que a ciência, assim como a inovação, possui uma dificuldade para a adoção de um novo posicionamento científico ou um método novo. Tão difícil fazer com que as pessoas venham a quebrar paradigmas e vícios da continuidade, por isso, a liberdade para inovar e para fazer ciência necessitam de um grande excedente de força sobre o dia a dia e uma liberdade mental para essa superação. Da mesma forma, deve-se obtemperar e lidar com a resistência do ambiente social, já que a irresignação se manifesta seja pela falta de cooperação, pela ignorância ou pela dificuldade de obter os resultados já conquistados com a posição científica ou inovação velha.⁵⁴⁹ Mais uma vez, chama-se atenção para o papel do Estado para o aprimoramento da ciência e da tecnologia a partir do investimento público a ser realizado, bem como os incentivos para terceiros venham a colaborar e cooperar com as empresas e instituições de ensino desenvolvedoras de pesquisas.⁵⁵⁰

Já a tecnologia deve ser compreendida como o aproveitamento dos conhecimentos da ciência para aplicação prática, a fim de influenciar os processos de formação. O glossário da FINEP define de forma parecida, mais precisamente como “o conjunto ordenado de conhecimentos empregados na produção e comercialização

⁵⁴⁸ DÍAZ, Víctor Pérez. **Cambio tecnológico y procesos educativos en España**. Madrid: Seminarios y Ediciones. 1972, p. 15.

⁵⁴⁹ “Não apenas é objetivamente mais difícil fazer algo novo do que fazer o que é conhecido e testado pela experiência, mas o indivíduo se sente relutante em fazê-lo e assim seria mesmo que as dificuldades objetivas não existissem. É assim em todos os campos. (...) A própria natureza dos hábitos arraigados de pensar, a sua função poupadora de energia, se funda no fato de que se tornaram subconscientes, que produzem seus resultados automaticamente e são à prova de crítica e até de contradição por fatos individuais. Mas, precisamente por causa disso tornam-se grilhões quando sobrevivem à sua utilidade. (...) Em questões econômicas essa resistência se manifesta antes de tudo nos grupos ameaçados pela inovação, depois na dificuldade para encontrar a cooperação necessária, finalmente na dificuldade para conquistar os consumidores. Mesmo que esses elementos ainda sejam efetivos hoje em dia, a despeito do fato de que um período de desenvolvimento turbulento acostumou-nos à aparição e à realização de inovações, eles podem ser mais bem estudados nos primórdios do capitalismo. Mas são tão óbvios ali que seria tempo perdido para os nossos propósitos estender-nos a respeito.” (SCHUMPETER, Joseph A. **Teoria do Desenvolvimento Econômico**: uma investigação sobre lucros, capital, crédito, juro e o ciclo econômico. Trad. Maria Sílvia Possas. São Paulo: Abril Cultural, 1982, p. 61).

⁵⁵⁰ DOSI, Giovanni; ORSENIGO, Luigi; LABINI, Mauro Sylos. Technology and the Economy. In: SMELSER, Neil J; SWEDBERG, Richard. **The handbook of economic sociology**. 2. ed. New Jersey: BRITISH LIBRARY, p. 678-702, p. 688. Como bem sopesado por Carlos Molina del Pozo, “la inversión, por tanto, en conocimiento científico y tecnológico es un factor clave para aumentar el valor añadido de los productos y servicios que ofrecen las empresas, estimular la innovación y mejorar así la productividad y la competitividad de una economía.” (POZO, Carlos Molina del. La política de I+D+i en la Unión Europea: su inserción en la Ley de la Ciencia de España. In: VELÁZQUEZ, Antonio Calonge (dir.). **Ciencia, Tecnología e Innovación**: nuevo régimen jurídico. Granada: Editorial Comares, 2013, p. 171-193, p. 193).

de bens e serviços, e que está integrada não só por conhecimentos científicos - provenientes das ciências naturais, sociais, humanas, etc. - , mas igualmente por conhecimentos empíricos que resultam de observações, experiência, atitudes específicas, tradição (oral ou escrita), etc..”⁵⁵¹

O paradigma tecnológico baseia-se em três ideias fundamentais: 1º) tecnologia não se resume a um conjunto de projetos bem definidos, e sim são as “atividades de resolução de problemas que envolvem - em graus variados - também formas tácitas de conhecimento incorporadas em indivíduos e procedimentos organizacionais”; 2º) roga que haja um compartilhamento de “heurísticas específicas e visões sobre ‘como fazer as coisas’ e como melhorá-las” por diversos agentes de especialidades diversas, gerando assim um quadro cognitivo coletivo; 3º) modelos já existentes ao longo do tempo são alterados e aprimorados como resultados de um progresso tecnológico que pondera não somente o insumo, produto ou serviço, mas, a partir de um estudo e progresso sobre todas as possíveis variantes acessórias, aquelas que podem impactar direta ou indiretamente no sucesso da funcionalidade do modelo já existente.⁵⁵²

Em razão dos seus benefícios econômicos, seja para o mercado e para a sociedade nacional,⁵⁵³ o desenvolvimento tecnológico é uma bandeira de qualquer estado desenvolvimentista.⁵⁵⁴ Não é por acaso que os países com elevado número de patentes, como é o caso dos Estados Unidos e da Grã-Bretanha também são modelos de países desenvolvidos.⁵⁵⁵ No Brasil, existem atualmente algumas legislações e programas que orientam a ação estatal em favor da tecnologia, em especial na aplicação da tecnologias (Lei do Bem – Lei 11.196, Programa de

⁵⁵¹ Disponível no site <http://www.finep.gov.br/biblioteca/glossario>. Acesso em: 01 de fev. de 2019.

⁵⁵² DOSI, Giovanni; ORSENIGO, Luigi; LABINI, Mauro Sylos. Technology and the Economy. In: SMELSER, Neil J; SWEDBERG, Richard. **The handbook of economic sociology**. 2. ed. New Jersey: BRITISH LIBRARY, p. 678-702, p. 682.

⁵⁵³ Além do mero financeiro, já que envolve até a sensação de felicidade e bem-estar da sociedade.

⁵⁵⁴ Vide linha histórica da evolução tecnológica de 1770 a 2000, de acordo com os países e qual tecnologia a ser desenvolvida e seus reflexos sociais. (DOSI, Giovanni; ORSENIGO, Luigi; LABINI, Mauro Sylos. Technology and the Economy. In: SMELSER, Neil J; SWEDBERG, Richard. **The handbook of economic sociology**. 2. ed. New Jersey: BRITISH LIBRARY, p. 678-702, p. 694).

⁵⁵⁵ ALBORNOZ, Mario (coord.). **Manual de Santiago: Manual De Indicadores De Internacionalizacion De La Ciencia Y La Tecnología**. Buenos Aires: Red de Indicadores de Ciencia y Tecnología Iberoamericana / Interamericana (RICYT), 2009, p. 16-17. Igual sentido, sobre a comparação do avanço tecnológico em conjunto com a atividade científica por meio do número de patentes depositadas no USPTO (United States Patent and Trademark Office) para apreciar o gap tecnológico, vide: CARRETEIRO, Ronald. **Inovação tecnológica**. Rio de Janeiro: LTC, 2009, p. 77-78.

Incentivos Fiscais à indústria automobilística nas regiões menos desenvolvidas do País – Leis 9.440/97 e Lei 9.826/99, Programa de Apoio ao Desenvolvimento Tecnológico da Indústria de Semicondutores – PADIS e o Programa de Apoio ao Desenvolvimento Tecnológico da Indústria de Equipamentos para a TV Digital – PATVD – Lei 11.484/2007, Lei de Informática – Lei 8.387/91 e Lei 8.248), no avanço de tecnologias setoriais (biotecnologia, energia e recursos naturais), nas tecnologias estratégicas – inclusive com tratamento diferenciado para as compras públicas – (setores de defesa, aeronáutica, espacial e nuclear) e tecnologias convergentes de interesses (biotecnologia, fotônica, nanotecnologia, novos materiais e manufatura avançada). Defende-se que existe um ecossistema ao trabalhar sobre tecnologia e inovação, igualmente tem sido abordado nos últimos anos em startups, uma vez que o pesquisador, sem um financiamento interno ou externo, não consegue empreender a sua pesquisa, uma instituição de ensino precisa de auxílio externo para servir como incubadora, o Estado precisa fomentar ou direcionar tais enlaces e o repasse do conhecimento científico, etc., posto isso, a preocupação para que haja condições nesse encadeamento é de todos, inclusive demanda uma atuação estatal.⁵⁵⁶

O Estado é o responsável para que exista a combinação econômica com a tecnológica. De um lado, as vezes o empreendedor é cerceado pelas dificuldades financeiras para a sua própria subsistência e quiçá para criar ou buscar uma tecnologia, entretanto o planejamento estatal deve pensar na fortificação do seu mercado interno como condição para uma vida saudável e feliz de sua sociedade. É claro que o auxílio estatal deverá focar no desenvolvimento, e não no simples progresso tecnológico ou econômico, uma vez que, aqui, reiteram-se os comentários alhures sobre o norte seguro ao desenvolvimento nacional sustentável. Justamente

⁵⁵⁶ “O processo de inovação não ocorre em uma sequência linear da pesquisa básica para a aplicada, seguida de desenvolvimento e implementação produtiva. Os processos envolvem relações interdependentes entre conhecimento, ciência, tecnologia, produção, oferta e demanda.” (TOSCAS, Fotini Santos; NASCIMENTO, Marco Aurelio Carvalho. O Ministério da Saúde como indutor da inovação em dispositivos e materiais para saúde. In: BRASIL, Ministério da Saúde. **Avanços e desafios no complexo industrial em produtos para saúde**. Brasília: Ministério da Saúde, 2017, p. 25). Também sobre a necessidade de uma interação no ecossistema da inovação, da ciência e da tecnologia especificamente na área de produtos de saúde, vide MORETTI, Débora Monteiro; UZIEL, Daniela; ROZENTAL, Renato. Inovação em produtos para saúde: uma experiência na visão do empreendedor. In: BRASIL, Ministério da Saúde. **Avanços e desafios no complexo industrial em produtos para saúde**. Brasília: Ministério da Saúde, 2017, p. 154-166; SANTOS, Adriana B. A. dos; FAZION, Cíntia B.; MEROE, Giuliano P. S de. Inovação: um estudo sobre a evolução do conceito de Schumpeter. **Revista Caderno de Administração da PUC-SP**, v. 5, n. 1, 2011, (p.?).

neste ponto, merece ser aposta a crítica de Schumpeter:

Mas não coincidem as combinações econômicas e as tecnológicas, as primeiras ligadas às necessidades e meios existentes, as últimas, à ideia básica dos métodos. O objetivo da produção tecnológica é na verdade determinado pelo sistema econômico; a tecnologia só desenvolve métodos produtivos para bens procurados. A realidade econômica não executa necessariamente os métodos até que cheguem à sua conclusão lógica com inteireza tecnológica, mas subordina sua execução a pontos de vista econômicos. O ideal tecnológico, que não leva em conta as condições econômicas, é modificado. A lógica econômica prevalece sobre a tecnológica. E em consequência vemos na vida real por toda a parte à nossa volta cordas rotas em vez de cabos de aço, animais de tração defeituosos ao invés de linhagens de exposição, o trabalho manual mais primitivo ao invés de máquinas perfeitas, uma desajeitada economia baseada no dinheiro em vez de na circulação de cheques, e assim por diante. O ótimo econômico e o perfeito tecnologicamente não precisam divergir, no entanto o fazem com frequência, não apenas por causa da ignorância e da indolência, mas porque métodos que são tecnologicamente inferiores ainda podem ser os que melhor se ajustam às condições econômicas dadas.⁵⁵⁷

A admoestação do economista é que a união das condições para o ótimo econômico e a perfeição tecnológica muitas vezes não acontecem por ignorância, motivo pelo qual a atuação estatal clama para que gere a conscientização, seja pela via da informação, pela via dos subsídios, pela via da imposição normativa ou por qualquer outra via legítima. O agir neste campo da tecnologia é matéria afeta à esfera pública, ainda que se possa defender de maneira falsa que dessa maneira a atuação estatal poderia estar contribuindo para o desemprego e a pobreza.⁵⁵⁸ Com efeito, a mudança com novas combinações e a interferência estatal nos meios de produção são necessárias para a sobrevivência num mundo tão tecnológico e competitivo.⁵⁵⁹

⁵⁵⁷ SCHUMPETER, Joseph A. **Teoria do Desenvolvimento Econômico**: uma investigação sobre lucros, capital, crédito, juro e o ciclo econômico. Trad. Maria Sílvia Possas. São Paulo: Abril Cultural, 1982, p.16.

⁵⁵⁸ O Estado como fundamental para o desenvolvimento e o avanço tecnológico, vide SION, Daniel Phillip. Direito, política e economia: o papel do Estado no incentivo à tecnologia. In: SILVA, Claudia Sayuri Shigekiyo Miranda; COSTA, Larissa Trindade; SILVA, Magno Israel Miranda. **Direito, política e economia**. Lisboa: Assunto Sábio, 2019, p. 131-165, p. 149-153.

⁵⁵⁹ Schumpeter e Mises discordam sobre a interferência estatal direta sobre os meios de produção. Ainda que pareça estéril possível debate, tal assunto é de arena pública no mundo digital. “O comando sobre os meios de produção é necessário para a realização de novas combinações.” (SCHUMPETER, Joseph A. **Teoria do Desenvolvimento Econômico**: uma investigação sobre lucros, capital, crédito, juro e o ciclo econômico. Trad. Maria Sílvia Possas. São Paulo: Abril Cultural, 1982 p. 50). Mises lucubra que os fatores de produção não podem ser poupados e sempre os materiais de produção são escassos, tanto que o empresário fará a sua avaliação pelo cálculo de perdas e sucessos: “quando um empresário rejeita um determina projeto porque o seu custo é muito alto, significa que o público não está preparado para pagar o preço para que sejam usados materiais brutos daquela maneira. Faz-se uso dos fatores disponíveis de produção para a realização do maior número de projetos que satisfaçam as necessidades mais urgentes, sem desperdiçar fatores de produção, tirando-os de empregos mais urgentes para alocá-los em outros de menor importância.” (MISES, Ludwig Von. **O livre mercado e seus inimigos**. Tradução de Flávio Quintela. VIDE Editorial, 2017, p. 48).

Se há a mudança de um produto ou de um serviço em virtude uma remodelação infligida por um avanço da ciência sobre determinado produto ou serviço, àqueles que não se adaptarem sofrerão consequências econômicas e poderão ficar desempregados. Qualquer nova combinação que passe a ser regra causará impactos. De um lado, os que não se atualizarem ficarão desempregados; de outro, os mais atualizados ficarão empregados.⁵⁶⁰ A perda é suplantada pelo ganho de outro lado. Exemplifica-se em questão cotidiana, o dono de uma vinícola rústica e que não mecanizou para a produção do seu vinho, não terá hoje como competir com outras vinícolas para fins de tamanho de produção (e não necessariamente para qualidade) com aqueles que utilizam todos os meios tecnológicos para a sua produção. Isso quer dizer que, para aqueles que exercem uma atividade econômica, somente resta acompanhar a tecnologia e fruí-la a seu favor.

O assunto da ciência, tecnologia e inovação são primordiais para o Brasil, tanto que a Constituição da República os preconiza e protege. O artigo 218 é muito explícito ao determinar que a promoção e o incentivo serão realizados pelo Estado.⁵⁶¹ Justificando o *caput* do artigo 218, a Constituição também preceitua em seus parágrafos: (i) que a pesquisa científica básica e tecnológica receberá tratamento prioritário do Estado em razão do bem comum e o progresso da ciência, tecnologia e inovação; (ii) que a pesquisa tecnológica voltar-se-á preponderantemente para a solução dos problemas brasileiros e para o desenvolvimento do sistema produtivo nacional e regional; (iii) que o Estado apoiará a formação de recursos humanos nas áreas de ciência, pesquisa, tecnologia e inovação, inclusive por meio de apoio às atividades de extensão tecnológica, e concederá aos que delas se ocupem meios e condições especiais de trabalho; (iv) que a lei apoiará e estimulará as empresas que invistam em pesquisa, criação de tecnologia adequada ao País, formação e aperfeiçoamento de seus recursos humanos e que pratiquem sistemas de remuneração que assegurem ao empregado, desvinculada do salário, participação

⁵⁶⁰ SCHUMPETER, Joseph A. **Teoria do Desenvolvimento Econômico**: uma investigação sobre lucros, capital, crédito, juro e o ciclo econômico. Trad. Maria Sílvia Possas. São Paulo: Abril Cultural, 1982, p. 49.

⁵⁶¹ Mesmo antes da promulgação da Constituição, Crodowaldo Pavan e João Alexandre Viégas já pontuavam que a “Constituinte deve, sobretudo, reconhecer o papel vital da pesquisa para o desenvolvimento econômico e social e soberania do país, dotando-o de instrumentos que assegurem sua capacitação científica e tecnológica e oferecendo à Nação razões de otimismo quanto ao seu futuro.” (PAVAN, Crodowaldo; VIEGAS, João Alexandre. **Constituinte, Ciência e Tecnologia**. São Paulo: Editora Hamburg, 1986, p. 68).

nos ganhos econômicos resultantes da produtividade de seu trabalho; (v) que o Estado estimulará a articulação entre entes públicos e privados; e (vi) que o Estado promoverá e incentivará a atuação no exterior das instituições públicas de ciência, tecnologia e inovação.

Para auxiliar na guarida constitucional dessa intervenção por direção e indução estatal, insta recordar do artigo 219, o qual propugna que o mercado interno integra o patrimônio nacional e será incentivado de modo a viabilizar o desenvolvimento cultural e sócio-econômico, o bem-estar da população e a autonomia tecnológica do País, nos termos de lei federal.⁵⁶² Mais recentemente (Emenda Constitucional nº 85/2015), foram inseridos na Lei Maior os artigos 219-A e 219-B para preceituar, respectivamente, a cooperação entre os órgãos e as entidades dos entes federativos visando à execução de projetos de pesquisa, desenvolvimento científico e tecnológico e de inovação, bem como a previsão do Sistema Nacional de Ciência, Tecnologia e Inovação (SNCTI).

É notória a escolha feita pelo poder constituinte originário, e também pelo constituinte reformador quando da promulgação da Emenda Constitucional nº 85/2015, que a incumbência dessa missão não deve recair tão somente na atuação direta (promoção). Deve também utilizar as ferramentas existentes no próprio ordenamento jurídico para a intervenção indireta, mais precisamente pela atividade administrativa de fomento e pela regulação. Portanto, clama-se pela atuação estatal pela intervenção por absorção, por direção e por indução, segundo classificação de Eros Roberto Grau.⁵⁶³ Não se pode ludibriar ou sonegar o comando constitucional, até porque a Administração Pública deve fundar o seu comportamento (omissivo ou comissivo) na Constituição. Como a Lei Maior prescreveu uma ordem, o seu descumprimento enseja o imediato controle por qualquer um do povo, nos termos do

⁵⁶²“O mercado interno não é sinônimo de economia de mercado, como pretendem alguns. A sua inclusão no Texto Constitucional, como parte integrante do patrimônio nacional, significa a valorização do mercado interno como centro dinâmico do desenvolvimento brasileiro, inclusive no sentido de garantir melhores condições sociais de vida para a população e a autonomia tecnológica do país.” (BERCOVICI, Gilberto. Ciência e inovação sob a Constituição de 1988. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 916, ano 101, p. 267-294, fev.2012, p. 284). Eros Roberto Grau defende a soberania nacional econômica quando da atuação estatal no domínio econômico para romper a dependência em relação às sociedades desenvolvidas, sendo que a acumulação de saber e tecnologia fazem parte da busca do desenvolvimento nacional (GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 226 e 263).

⁵⁶³ GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 143.

artigo 1º, parágrafo único, e a plena sindicabilidade de o Poder Judiciário para efetivar o cumprimento da dita norma. Não se está a defender que o Poder Judiciário faça as escolhas típicas do administrador público sobre como será feita a promoção e o incentivo da ciência, tecnologia e inovação ou qual é a prioridade para o momento do controle, mas sim que algo seja efetivamente executado. Existe aqui uma ordem a ser respeitada e não um mero conselho ao administrador público no Brasil.

Aliás, não se pode esquecer da interpretação das normas constitucionais. O texto prevê que a pesquisa científica, tecnologia e inovação plasmas-se pelo bem comum a ser buscado, motivo legitimador para receber um tratamento prioritário. Da mesma maneira, preceitua que a pesquisa tecnológica visa à solução dos problemas brasileiros de maneira preponderante e para o desenvolvimento do sistema produtivo nacional e regional. Essas previsões normativas devem ser interpretadas em conjunto com o artigo 219 que preconiza o incentivo ao mercado interno para alcançar a finalidade da *autonomia* tecnológica em conjunto com o desenvolvimento cultural e socioeconômico e o bem-estar da população. A importância do temário não passou despercebido pela Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania do Senado Federal quando analisou o projeto de emenda constitucional n. 85, tanto que atrelou as modificações na obtenção de alcance do objetivo fundamental da erradicação da pobreza que está encartada no artigo 3º da Constituição ⁵⁶⁴

Autonomia é diferente de mero desenvolvimento. Autonomia requer a prescindibilidade de dependência tecnológica da forma mais intensa possível. Inexistem palavras vãs ou supérfluas no texto constitucional. ⁵⁶⁵ Autonomia é muito mais do que mero desenvolvimento de tecnologia. Não se confunde com soberania, porquanto esta pressupõe a total ausência de permeabilidade com outros aspectos e Estados. A soberania é um poder absoluto, como se não houvesse a necessidade de comunicabilidade ou qualquer relação com terceiros. Emerson Gabardo, ainda que

⁵⁶⁴ “Quanto ao mérito, entendemos que a preocupação com a inovação tecnológica está em plena discussão pela sociedade brasileira. Atualmente o desenvolvimento científico e tecnológico representa um dos critérios mais relevantes para avaliar o nível de desenvolvimento de uma nação. (...) No cotejo das nações são invejadas aquelas que detêm amplo conhecimento científico e tecnológico capazes de responder aos desafios para a geração de riqueza indispensável à erradicação da pobreza.” (COMISSÃO DE CONSTITUIÇÃO, JUSTIÇA E CIDADANIA DO SENADO. Disponível no site: http://www.stf.jus.br/arquivo/biblioteca/pec/EmendasConstitucionais/EC85/senado/EC085_%20sen_2_6112014_ccjc_PEC12.pdf. Acesso em 08 de abr. de 2019)

⁵⁶⁵ ALMEIRA MELO, José Tarcízio de. **Direito Constitucional do Brasil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 249.

não discorrendo sobre este ponto específico, elucida que “a palavra ‘autonomia’ significa uma ‘liberdade interdependente’, distinguindo-se, portanto, da ‘eleutheria’, que denota uma liberdade na total independência”, razão pela qual pode-se concluir que “autonomia não significa soberania, mas a garantia de respeito ao interesse próprio no âmbito da comunidade maior, o que é conseguido pela participação, em igualdade, nos processos de tomada de decisão.”⁵⁶⁶

De forma parecida ao usar o conceito específico de soberania nacional econômica, Eros Roberto Grau defende-a quando da atuação estatal no domínio econômico para romper a dependência completa em relação às sociedades desenvolvidas, sendo que a acumulação de saber e tecnologia fazem parte da busca do desenvolvimento nacional.⁵⁶⁷ Por isso, parece que o poder constituinte usou muito bem a expressão autonomia tecnológica. Deve-se buscar a diminuição da dependência do mercado interno com a tecnologia decorrente de países estrangeiros. Para tanto, o tema de tecnologia deve fazer parte de um assunto da arena pública, tanto na esfera privada quanto na esfera pública. Afeta diretamente todos os brasileiros de maneira direta ou indireta. Pode-se visualizar desde a aquisição de um aplicativo na era digital ou na aquisição de um maquinário até de um eletrodoméstico. Todavia, para o Estado Brasileiro ser um protagonista atuante na corrida para uma autonomia tecnológica, é preciso que gere confiança a possíveis investidores e dê condições para que o próprio Poder Público desenvolva tecnologia (assim como ciência e inovação) e formalize parcerias com o setor privado para que este assim proceda. Deve ser priorizada uma análise do ecossistema da ciência, tecnologia e inovação, a fim de conferir condições adequadas para que todos os participantes do sistema possam sentir-se atrativos para a execução do seu papel. Atratividade envolve reconhecimento, remuneração e segurança jurídica, sob pena de a ausência de um destes três vetores gerarem um esvaziamento ou uma não atratividade. Para tanto, é indispensável que seja transparente e leal em seu planejamento, bem como eficiente na regulação.⁵⁶⁸

⁵⁶⁶ GABARDO, Emerson. **Interesse público e subsidiariedade**. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 317.

⁵⁶⁷ GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 226 e 263.

⁵⁶⁸ Sobre planejamento, vide ADRI, Renata Porto. **O planejamento da atividade econômica como dever do Estado**. Belo Horizonte: Fórum, 2010. Já sobre a eficiência regulatória, Emerson Gabardo enuncia que: “é possível concluir que o grau de eficiência da atividade regulatória do Estado Interventor,

Sobre a previsão de proteção ao mercado interno, esclarece Gilberto Bercovici que a sua inclusão no texto constitucional representa “a valorização do mercado interno como centro dinâmico do desenvolvimento brasileiro, inclusive no sentido de garantir melhores condições sociais de vida para a população e a autonomia tecnológica do país.”⁵⁶⁹ O povo deverá fiscalizar o cumprimento dessa determinação imposta ao Estado pela norma constitucional. O agente público não pode esquecer e muito menos adiar a busca pela autonomia tecnológica. Não se quer sob o ponto de vista da racionalidade, tampouco se espera, que um país com parques investimentos em tecnologia, ciência e inovação venha obter uma diminuição da dependência em pouco tempo. São inúmeras políticas públicas, como processos coordenados almejando a satisfação do interesse público, que permitirão o alcance dessas missões.

A questão de cooperação interinstitucional, de colaboração entre os entes e de parcerias entre os setores públicos e privados são fortemente enfatizadas pelo texto constitucional originário, pelas novas prescrições constitucionais a partir da Emenda nº 85/2015 e pela Lei nº 13.243/2016. Pode-se vislumbrar tais passagens normativas como um leque de opções para que os desígnios sejam alcançados. Todavia, parece que as normas extraídas a partir da interpretação pelo aplicador do direito deverão ser no sentido de conjugação de esforços por todos, o que mais uma vez evidencia a necessidade de cumprimento de tais regras de comportamento como indispensáveis à atuação estatal. Tudo isso endossa a conclusão de responsabilização dos agentes públicos competentes quando não implantarem qualquer política pública envolta na ciência, tecnologia e inovação, bem como o direito público subjetivo a toda e qualquer pessoa para requerer o seu cumprimento. Em outras palavras, a ação dos agentes públicos competentes para a implantação de atuações almejando a diminuição da dependência tecnológica é um dever, inclusive ensejando a responsabilização pela inércia.

a partir da ótica do constitucionalismo social, deverá ser avaliado primeiramente a partir da otimização da realização dos serviços, mediante um controle de equilíbrio entre a lógica concorrencial (rentabilidade) e a lógica social (solidariedade). Este equilíbrio deverá ser conquistado pela correta avaliação das necessidades coletivas, notadamente quanto à queda de eficiência de setores específicos, ao abuso de preços, à seletividade no atendimento, e também aos controles da poluição e do desrespeito ao meio ambiente.” (GABARDO, Emerson. **Eficiência e legitimidade do Estado**. Barueri: Manole, 2003, p. 191).

⁵⁶⁹ BERCOVICI, Gilberto. Ciência e inovação sob a Constituição de 1988. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 916, ano 101, p. 267-294, fev.2012, p. 284.

Para criar capacidade tecnológica nacional, Abraham Banzaquen Sicsú enumera alguns passos a serem feitos pelo Estado: (i) possuir um projeto nacional que priorize a formação dos setores dinâmicos e crie instrumentos para gerar capacidade tecnológica nacional, como é o caso de uma política industrial e tecnológica; (ii) ter uma base de recursos humanos nos setores específicos e organizar um programa de capacitação e formação; (iii) investir em estruturas específicas para a tecnologia industrial; (iv) retornar o conceito de capital nacional como o grande capital nacional e criar condições de internalização da capacidade tecnológica; (v) permitir o salto de escala para competitividade da indústria e do setor de serviços nacionais e (vi) exigir do capital internacional que se implanta no Brasil condições para transferência de tecnologia e sua absorção, inclusive com a criação de empresas-espelho de controle de capital nacional.⁵⁷⁰

Aqui entra inclusive o possível debate se os avanços em pesquisa e desenvolvimento, ciência, tecnologia e inovação poderiam ser emoldurados como bem público. Por um lado, se assim forem considerados, o agente privado poderia sentir-se não incentivado para a sua investigação e alcance; enquanto do outro lado, a apropriação e o não repasse para outros de alguma conquista em tal seara pode gerar desvios na concorrência (no mítico padrão de competição pura).⁵⁷¹ De qualquer forma, para evitar possíveis discussões nesse ponto, o financiamento estatal, em muitas vezes, afasta tal debate ao preceituar como regra a ser respeitada pelos atores subsidiados que haja a liberdade do conhecimento encontrado.

Salienta-se que, no Brasil, em janeiro de 2016, foi sancionada a Lei nº 13.243 que trouxe significativas mudanças, tanto que recebeu a alcunha de Marco Legal da Ciência, Tecnologia e Inovação. Dentre as prescrições normativas, houve profundas modificações e inserções, principalmente, nas Leis nº 10.973/2004, 8.666/93, 12.462/11 e 8.958/94. O legislador deixou de maneira cristalina no direito posto os princípios que devem nortear a atuação estatal no progresso científico, tecnológico e de inovação: a) promoção das atividades científicas e tecnológicas como estratégicas

⁵⁷⁰ SICSÚ, Abraham Banzaquen. Desenvolvimento e padrões de financiamento de inovação no Brasil: mudanças necessárias. In: PROENÇA, Adriano e outros (org.). **Gestão da inovação e competitividade no Brasil**. Porto Alegre: Bookman Editora, 2015, p. 01-16, p. 14-15.

⁵⁷¹ DOSI, Giovanni; ORSENIGO, Luigi; LABINI, Mauro Sylos. Technology and the Economy. In: SMELSER, Neil J; SWEDBERG, Richard. **The handbook of economic sociology**. 2. ed. New Jersey: BRITISH LIBRARY, p. 678-702, p. 690.

para o desenvolvimento econômico e social; b) promoção e continuidade dos processos de desenvolvimento científico, tecnológico e de inovação, assegurados os recursos humanos, econômicos e financeiros para tal finalidade; c) redução das desigualdades regionais; d) descentralização das atividades de ciência, tecnologia e inovação em cada esfera de governo, com desconcentração em cada ente federado; e) promoção da cooperação e interação entre os entes públicos, entre os setores público e privado e entre empresas; f) estímulo à atividade de inovação nas Instituições Científica, Tecnológica e de Inovação (ICTs) e nas empresas, inclusive para a atração, a constituição e a instalação de centros de pesquisa, desenvolvimento e inovação e de parques e polos tecnológicos no País; g) promoção da competitividade empresarial nos mercados nacional e internacional; h) incentivo à constituição de ambientes favoráveis à inovação e às atividades de transferência de tecnologia; i) promoção e continuidade dos processos de formação e capacitação científica e tecnológica; j) fortalecimento das capacidades operacional, científica, tecnológica e administrativa das ICTs; k) atratividade dos instrumentos de fomento e de crédito, bem como sua permanente atualização e aperfeiçoamento; l) simplificação de procedimentos para gestão de projetos de ciência, tecnologia e inovação e adoção de controle por resultados em sua avaliação; m) utilização do poder de compra do Estado para fomento à inovação; n) apoio, incentivo e integração dos inventores independentes às atividades das ICTs e ao sistema produtivo.⁵⁷²

Além desta legislação mais recente, outras ações foram praticadas pelo Estado brasileiro para impactar em tais importantes áreas. Uma delas visando ao crescimento da economia brasileira, de 2005 para frente, foi o Programa de Aceleração do Crescimento, o qual fixou uma alteração de modelo de política econômica em que, antes, o Estado agia como mero regulador de mercado e como fornecedor de uma rede de proteção social, passando, então, a atuar também na função de coordenador do investimento e indutor do processo de crescimento. Aliado ao PAC, em 2008, houve o lançamento da Política de Desenvolvimento Produtivo que teve por missão a

⁵⁷² O Programa Institutos Nacionais de Ciência e Tecnologia, os INCTs, atualmente leva em consideração os seguintes pilares como consolidadores para a ciência brasileira: (i) Formação de redes de pesquisa; (ii) Consolidação de parcerias institucionais; (iii) Abordagem multidisciplinar em temas estratégicos para o país; (iv) Formação e capacitação de recursos humanos altamente qualificados; e (v) Investimento a longo prazo. Informação disponível no site <http://inct.cnpq.br/sobre/>. Acesso em 02 de mar.de 19.

majoração da taxa de investimento no país e da capacidade de inovação.⁵⁷³

Não se pode esquecer, ainda, sobre a eterna discussão se o Estado deve ou não agir na pesquisa e desenvolvimento científico, tecnológico e de inovação concedendo isenções fiscais. Conforme estudos do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, apurou-se se o aumento expressivo das desonerações fiscais provocou aumento do dispêndio empresarial em pesquisa e desenvolvimento como seria desejável e esperado para que houvesse a reversibilidade à sociedade. Prefacialmente, é incontroverso que o investimento em pesquisa e desenvolvimento é fator primordial para a inovação e tecnologia, já que, dessa forma, concederá condições adequadas para que as empresas e a mão-de-obra interna possam concorrer. O apoio governamental deve ser feito por intermédio de uma série de atos e políticas que deem suporte direto e indireto nas empresas, seja por meio de subsídios, incentivos fiscais ou outros tipos. Segundo estudo da OCDE, de 2006 a 2015, o total de gasto em pesquisa e desenvolvimento empresarial cresceu em 25 dos 37 países da respectiva organização, além da intensificação do uso das compras públicas como ferramentas dessa política econômica. O estudo concluiu que, pela análise “input-output”, não houve um aumento de gastos pelas empresas em P&D mesmo com a ampliação de isenções fiscais, o que, *per si*, não quer dizer que não é o caminho adequado, mas que esse ato isolado não será eficiente. Inclusive, na realidade brasileira, inferiu-se que tais vantagens concedidas geraram a diminuição na alocação de recursos próprios das empresas em P&D, ou seja, “o aumento da isenção à inovação não apenas gerou um efeito substituição como diminuiu o investimento empresarial total em P&D” e isso demonstrou que solitariamente a isenção não é capaz de mudar o comportamento empresarial.

Diante das condições específicas coletadas no estudo, considera-se que a isenção é uma ferramenta útil, mundialmente usada e que tem resultados, desde que não seja empregada sem um estudo preliminar e de maneira isolada. Por isso, o relatório do IPEA propôs que: (i) haja a recalibragem do atual portfólio de instrumentos de fomento à inovação utilizado no Brasil, a fim de incrementar a sua eficiência, sendo que o “volume adequado e o mix (de incentivo fiscal) ideal dependem de

⁵⁷³ ELLERY JÚNIOR, Roberto; NASCIMENTO JÚNIOR, Antônio; SACHSIDA, Adolfo. **Avaliando o impacto do programa de sustentação do investimento na taxa de investimento da economia brasileira** - Texto para discussão. Brasília: Rio de Janeiro: Ipea, 2018.

características muito específicas do sistema de inovação de cada país – estruturais e conjunturais; tangíveis e intangíveis”; (ii) manter as isenções fiscais cujas avaliações de impacto demonstrem resultados positivos e cessar ou modificar aquelas com resultados negativos; (iii) especificamente sobre o Programa Inovar-Auto e dos novos projetos no setor automobilístico, que tais sejam projetados a partir de estudos prévios e se forem adotados com avaliações criteriosas; e (iv) reavaliar a relação isenção-investimento em pesquisa e desenvolvimento, primando para que seja concedido um marco regulatório mais claro e seguro aos destinatários, sob pena de não serem alcançados os resultados colimados.⁵⁷⁴

Pelos dados acima e pelas informações colacionadas neste item, pode-se dizer que a atuação estatal deve ser planejada, como já apontado neste trabalho, para fins de conceder de qualquer tipo de benefício para direcionar e/ou incentivar o mercado na área de ciência, tecnologia e inovação. A isenção, o financiamento ou subsídio são algumas ferramentas, porém não as únicas existentes.⁵⁷⁵ Também não se pode esquecer que a atuação estatal deverá engendrar uma política pública com uma série de ações e ainda avaliar se os resultados pretendidos foram alcançados, bem como uma permanente vigilância sobre os riscos existentes e os tratamentos necessários para que mantenha eficiente tal política pública.

⁵⁷⁴ ROCHA, Glauter; RAUEN, André. **Mais desoneração, mais inovação? uma avaliação da recente estratégia brasileira de intensificação dos incentivos fiscais a pesquisa e desenvolvimento** - Texto para discussão. Brasília : Rio de Janeiro : Ipea - Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, 2018 p. 08, 09, 16, 19 e 30-31.

⁵⁷⁵ “Por outro lado, na realização de combinações novas, o ‘financiamento’, como um ato especial, é fundamentalmente necessário, na prática como na teoria.” (SCHUMPETER, Joseph A. **Teoria do Desenvolvimento Econômico**: uma investigação sobre lucros, capital, crédito, juro e o ciclo econômico. Trad. Maria Sílvia Possas. São Paulo: Abril Cultural, 1982, p. 51).

3.2. O fundamento constitucional no ordenamento jurídico-brasileiro para a edição de normas de licitações públicas e contratos administrativos relacionadas com ciência, tecnologia e inovação

A competência federativa é assunto de ímpar relevância para a compreensão de quem poderá editar normas sobre ciência, tecnologia e inovação incidentais ou diretas nas licitações públicas e nos contratos administrativos. Para tanto, neste tópico, segmentar-se-á em duas análises: (i) a competência legislativa sobre licitações e contratos administrativos e (ii) a competência legislativa sobre inovação, tecnologia e inovação incidental nas licitações e nos contratos.

A Constituição da República Federativa de 1988 estabeleceu as competências materiais e legislativas de cada ente, as quais estão prescritas mais precisamente nos artigos 21, 22, 23, 24, 25 e 30. Nos aludidos dispositivos constitucionais, estão compreendidas as competências materiais e as competências legislativas. Sobre a diferença entre elas, insta salientar que as hipóteses de competência material ou administrativa são aquelas em “que se atribui ao Poder Público o poder-dever de realizações de índole político-administrativa”, o que é diferente da capacidade legiferante.⁵⁷⁶

Quanto à competência legislativa da União, convém destacar o artigo 22, inciso XXVII, o qual estabelece que compete à União legislar privativamente sobre normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios,⁵⁷⁷ obedecido o disposto no artigo 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do artigo 173, § 1º, III.⁵⁷⁸

⁵⁷⁶ ARAÚJO, Luiz Alberto David e NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 272.

⁵⁷⁷ No presente estudo utilizar-se-á as distinções entre competência privativa e competência exclusiva, adotando o constitucionalista José Afonso da Silva (SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 481). De forma diversa, vide por exemplo Fernanda Dias Menezes (MENEZES, Fernanda Dias. **Competências na Constituição de 1988**. São Paulo: Atlas, 1991, p. 87), a qual defende que inexistente qualquer diferença entre as expressões competência privativa e competência exclusiva.

⁵⁷⁸ A Constituição Federal de 1988 segmenta os critérios de repartição de competências em dois: horizontal e vertical. O horizontal é representado pela definição das competências privativas ou exclusivas, já o vertical as competências podem ser simultaneamente exercidas por mais de um ente federativo. (ARAÚJO, Luiz Alberto David e NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 271-272).

Em primeiro lugar, vale lembrar que o tema da constitucionalidade da legislação de licitação não é um assunto novo. Segundo Adilson Abreu Dallari, a Constituição da República Federativa de 1988 contribuiu para afastar as controvérsias que existiam anteriormente acerca da competência legislativa da União quanto às licitações e contratos administrativos, mais precisamente quando se debatia acerca da legalidade de as licitações serem regulamentadas por um Decreto-lei haja vista que a Constituição de 1967 e a Emenda Constitucional nº 01/69 não permitiam tal disciplinamento.⁵⁷⁹ O artigo 55 da Emenda Constitucional nº 01/1969 permitia que houvesse a edição de Decreto-lei tão somente para as seguintes matérias: I - segurança nacional; II - finanças públicas, inclusive normas tributárias; e III - criação de cargos públicos e fixação de vencimentos.⁵⁸⁰

Sobre o assunto, Eros Roberto Grau afirma a inconstitucionalidade que permeava o Decreto-lei nº 2.300/86 quanto à aplicabilidade do texto legal para os Estados, Municípios e Distrito Federal. Os próprios dispositivos, mais precisamente os artigos 85 e 86, previam que as normas deveriam nortear a atuação dos Estados, Municípios e Distrito Federal, desde a sua edição inicial até depois das alterações realizadas pelo Decreto-lei 2.360/87.⁵⁸¹ Ou seja, não havia qualquer espedeque

⁵⁷⁹ DALLARI, Adilson Abreu. **Aspectos jurídicos da licitação**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 24. Sobre o assunto, recomenda-se a leitura dos seguintes artigos: Inaplicabilidade da nova regulação sobre licitações a Estados e Municípios e inconstitucionalidade radical do Dec.- lei 2.300/86 de Celso Antônio Bandeira de Mello (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Inaplicabilidade da nova regulação sobre licitações a Estados e Municípios e inconstitucionalidade radical do Dec.- lei 2.300/86. **Revista de Direito Público**, vol. 83, São Paulo, Malheiros, jul. 1987, p. 16-28) e “Inaplicabilidade do Dec.-lei 2.300/86 a Estados e Municípios” de Weida Zancaner (ZANCANER, Weida. Inaplicabilidade do Dec.-lei 2.300/86 a Estados e Municípios. **Revista de Direito Público**, vol. 82, São Paulo, Malheiros, abr.-jun. 1987, p. 167-173).

⁵⁸⁰ “Artigo 55. O Presidente da República, em casos de urgência ou de interesse público relevante, e desde que não haja aumento de despesa, poderá expedir decretos-leis sobre as seguintes matérias: I - segurança nacional; II - finanças públicas, inclusive normas tributárias; e III - criação de cargos públicos e fixação de vencimentos. § 1º - Publicado o texto, que terá vigência imediata, o Decreto-lei será submetido pelo Presidente da República ao Congresso Nacional, que o aprovará ou rejeitará, dentro de sessenta dias a contar do seu recebimento, não podendo emendá-lo, se, nesse prazo, não houver deliberação, aplicar-se-á o disposto no § 3º do artigo 51. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 22, de 1982) § 2º A rejeição do Decreto-lei não implicará a nulidade dos atos praticados durante a sua vigência.

⁵⁸¹ “Art 85. Aplicam-se aos Estados, Municípios; Distrito Federal e Territórios as normas gerais estabelecidas neste Decreto-lei. Parágrafo único. As entidades mencionadas neste artigo e no artigo seguinte não poderão ampliar os casos de dispensa de licitação, nem os limites máximos de valor fixados para convite, tomada de preços e concorrência. Artigo 86. As sociedades de economia mista, empresas públicas, fundações sob supervisão ministerial e demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, até que editem regulamentos próprios, devidamente publicados, com procedimentos seletivos simplificados e observância dos princípios básicos da licitação, ficarão sujeitas às disposições deste Decreto-lei.”

constitucional para a previsibilidade, e, sim, uma prescrição normativa infraconstitucional determinando que as normas lá preconizadas espraiassem validade e eficácia para os demais entes. Eros Grau comenta que “como até então essa competência não fora atribuída à União, aqueles preceitos padeciam de constitucionalidade. Não obstante, vieram sendo eles aplicados, sem qualquer tormento, aos Estados e Municípios, e suas entidades – o que comprova serem, as normas jurídicas, não o que está escrito nos textos, mas sim o que os intérpretes dizem que neles está escrito.”⁵⁸²

Todavia, em que pese alguns festejos, alerta-se para o fato de que houve uma falta de zelo do Poder Constituinte Originário⁵⁸³ no momento da confecção da atual Constituição brasileira, visto que não foi tão feliz ao prescrever a expressão “licitação e contratação”, pois gera a dúvida: o que é e o que está abrangido no vernáculo “contratação”?

A primeira interpretação pode inferir que a compreensão da palavra “contratação” estaria prescrita para enquadrar qualquer acordo administrativo ou qualquer ajuste firmado pela Administração Pública, independentemente de ser um contrato, convênio, consórcio ou outra espécie. Essa concepção enquadraria todos os ajustes, acordos e parcerias da Administração num conceito de contrato em sentido amplo, assim como entende Marçal Justen Filho quando define o contrato administrativo em sentido lato. Nesse diapasão, dever-se-ia estender à palavra “contratação” a interpretação e compreensão de toda e qualquer forma de ajuste, acordo ou parceria da Administração. Via de consequência, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderiam legislar somente de modo complementar e não poderiam legislar normas gerais, haja vista a competência privativa da União. Seguindo o raciocínio, incumbiria aos demais entes o dever de obediência às normas jurídicas determinadas pela União.

Contudo, para que ocorra a interpretação de que o inciso XXVII do artigo 22 da Constituição abarque todos os ajustes da Administração, seja contrato propriamente

⁵⁸² GRAU, Eros Roberto. Licitação sem objeto - Lei 8.666 e Estados e Municípios. **Revista Trimestral de Direito Público**, n. 10, São Paulo, 1995, p. 88-102, p. 92.

⁵⁸³ Sobre Poder Constituinte, vide Luzia Marques da Silva Cabral Pinto (PINTO, Luzia Marques da Silva Cabral. **Os limites do poder constituinte e a legitimidade material da Constituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 1994); Jorge Miranda (MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 355-388) e José Afonso da Silva (SILVA, José Afonso da. **Poder Constituinte e Poder Popular**. São Paulo: Malheiros, 2007).

dito (contrato em sentido restrito da classificação proposta por Marçal Justen Filho), sejam os acordos administrativos, é indispensável que o intérprete parta da premissa de que contrato é sinônimo, ou no mínimo com os mesmos efeitos, de contratação.

Neste ponto, não se pode concordar com essa possível interpretação. Conforme bem explicado por Fernando Dias Menezes de Almeida contrato é diferente de contratação. Para chegar ao seu raciocínio, o autor justifica com a premissa de que os entes federados são autônomos para sua auto-organização e que, por tal fundamento, não se pode confundir contratação com contrato:

contratação é a ação de contratar. Contrato é objeto dessa ação. Sendo assim, estariam contidos na noção de contrato, mas não na de contratação, os aspectos naturais dos contratos administrativos (ex.: tipos contratuais, cláusulas necessárias, regime jurídico próprio). Por outro lado, contratação diria respeito a normas de regência do ato de contratar (ex.: necessidade de previsão de recursos orçamentários, respeito ao resultado do procedimento licitatório, controles externos e internos pertinentes).⁵⁸⁴

A interpretação de Fernando Dias Menezes de Almeida é coerente, pois não se pode admitir que o intérprete tenha o condão de transformar palavras ou ainda interpretar com premissa equivocada. Não existem palavras vãs na Constituição.⁵⁸⁵ Lembra-se, também, que é a partir dos enunciados e dos textos que exurgem as normas em si. Como bem adverte Eros Roberto Grau, “o conjunto das disposições (textos, enunciados) é apenas ordenamento em potência, um conjunto de possibilidades de interpretação, um conjunto de normas potenciais. O significado (isto é, a norma) é o resultado da tarefa interpretativa.”⁵⁸⁶ Por essa concepção, concorda-se com a opinião expressada por Fernando Dias Menezes.

Mesmo assim, verifica-se que existem diversas críticas acerca da competência privativa da União para legislar tais normas gerais.⁵⁸⁷ Há adeptos que defendem que o coerente e lógico perante a ordem constitucional brasileira seria determinar

⁵⁸⁴ ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. Contratos administrativos. In PEREIRA JÚNIOR, Antônio e JABUR, Gilberto Haddad (coords.). **Direito dos contratos II**. São Paulo: Quartier, 2008, p. 200-201.193-216.

⁵⁸⁵ ALMEIDA MELO, José Tarcízio de. **Direito Constitucional do Brasil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 249.

⁵⁸⁶ GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 85.

⁵⁸⁷ Inclusive sobre a própria semântica do “legislar sobre normas gerais”, já que José Cretella Júnior admoesta que o correto seria “editar normas gerais”. Explana que há uma redação defeituosa, pois “‘legislar’ já é ‘editar normas’, pois a lei é ‘norma jurídica geral e impessoal’”. (CRETELLA JÚNIOR, José. **Das licitações públicas**. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p.46).

competência concorrente.⁵⁸⁸ Nessa direção, Adilson Abreu Dallari, no que se refere a licitações e contratos administrativos, preconiza pela inexistência de qualquer coerência ou lógica para outorgar competência legislativa privativa à União para a edição de normas gerais. Deveria o Poder Constituinte ter colocado a competência para a promulgação de normas no artigo 24, dispositivo que trata de competência concorrente das esferas federativas? Segundo o autor, a matéria de licitações e contratos não deveria estar prevista no artigo 22 da Constituição Federal, o qual aborda a questão de competência privativa, pois a simples menção a normas gerais já afasta automática e logicamente a privatividade preconizada no *caput* do artigo 22.⁵⁸⁹ Com pensamento adverso, Jorge Ulisses Jacoby Fernandes pondera que as “normas gerais” aludida no artigo 24 e no artigo 22 possuem conotações e extensões diferentes, não podendo ser confundidas.⁵⁹⁰

Concordando com o posicionamento de Adilson Abreu Dallari e enaltecendo o equívoco técnico do poder constituinte, Fernanda Dias Menezes de Almeida ressalta que não é possível confundir a competência da União para editar normas gerais e sua competência plena para certas matérias indicadas no artigo 22 da Constituição, até porque a edição de normas especiais pelos demais entes somente poderia possível se houvesse lei complementar autorizando os outros entes federativos, conforme determina o parágrafo único do artigo 23.⁵⁹¹ As normas especiais aludidas por Fernanda Dias Menezes estariam dentro do conceito de normas gerais, até porque,

⁵⁸⁸ As competências concorrentes podem ser classificadas em próprias e impróprias. As próprias são designadas por indicação expressa do texto constitucional e preceitua o exercício simultâneo e limitado de competências por mais de uma das ordens federativas e as impróprias não estão expressamente prescritas na Constituição, mas se encontram implícitas na definição das competências comuns. Sobre o assunto, vide Luis Alberto David Araújo e Vidal Serrano Nunes Júnior (ARAÚJO, Luiz Alberto David e NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 274). Todavia, compete avisar que existe denominação diversa para tais competências, exemplifica-se pela classificação de Fernanda Dias Menezes, a qual classifica em competências legislativas concorrentes primárias e secundárias correspondendo, respectivamente, às próprias e impróprias (MENEZES, Fernanda Dias. **Competências na Constituição de 1988**. São Paulo: Atlas, 1991, p. 150).

⁵⁸⁹ DALLARI, Adilson Abreu. **Aspectos jurídicos da licitação**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 27-28. Sobre a repartição de competências, vide Raul Machado Horta (HORTA, Raul Machado. Repartição de competências na Constituição Federal de 1988. **Revista Trimestral de Direito Público**, n. 02, 1993, p. 06-20).

⁵⁹⁰ FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. **Contratação Direta sem Licitação**. 9. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 28-30.

⁵⁹¹ MENEZES, Fernanda Dias. **Competências na Constituição de 1988**. São Paulo: Atlas, 1991, p. 111-115.

do contrário, a União não poderia delegar algo que não possui competência.⁵⁹² Sob o motivo de direito distinto, Sidney Bittencourt destaca que a Lei nº 8.666 não possui somente regras com esteio no artigo 22, inciso XXVII, visto que existem, no referido texto legislativo, normas que são pertinentes ao Direito Financeiro, razão pela qual existem normas aplicáveis a todos os entes.⁵⁹³

Por outro lado, discordando, Carlos Ari Sundfeld escreve que a repartição da competência à União para legislar privativamente sobre licitação e contratação administrativa aconteceu propositadamente pelo Poder Constituinte, pois o motivo para a sua inclusão no artigo 22 e não no artigo 24 decorreu da permissividade de os Municípios exercerem poderes equivalentes aos dos Estados no tocante à edição de normas suplementares, o que não se visualiza se estivesse no artigo 24.⁵⁹⁴

Numa linha distinta, há a interpretação de que o artigo 24 da Constituição deve ser interpretado de forma sistemática com o artigo 18, a fim de concluir que a legislação sobre licitação e contratação envolve diretamente a capacidade de auto-organização dos entes. Com essa percepção, Vera Monteiro diz que “somente as normas gerais das leis federais que tratam sobre licitação e contratação são impositivas para as esferas federativas. Estados e Municípios devem respeito a elas, mas permanecem com sua competência legislativa própria para se auto-organizar e para legislar de modo suplementar em matéria de licitação e contratação, na forma do artigo 24 da Constituição.”⁵⁹⁵

Quanto à interpretação da competência para legislar com base no artigo 24, insta destacar que o *caput* do dispositivo constitucional tão somente menciona União e Estados, razão que poderia levantar a dúvida se os Municípios poderiam legislar

⁵⁹² MENEZES, Fernanda Dias. **Competências na Constituição de 1988**. São Paulo: Atlas, 1991, p. 113. Com o mesmo posicionamento de que o mais adequado seria a alocação da competência para legislar (editar) sobre normas gerais de licitação e contratação seria no artigo 24 da Constituição, vide JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 16. ed. São Paulo: RT, 2014, p. 19-20; NIEBUHR, Joel de Menezes. **Licitação pública e contrato administrativo**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 48.

⁵⁹³ BITTENCOURT, Sidney. **Manual de Convênios Administrativos**. Rio de Janeiro: Temas e Idéias Editora, 2005, p. 34.

⁵⁹⁴ SUNDFELD, Carlos Ari. Sistema constitucional das competências. **Revista Trimestral de Direito Público**, n. 01, 1993, p. 272-281, p. 277.

⁵⁹⁵ MONTEIRO, Vera Cristina Caspari. **A caracterização do contrato de concessão após a edição da Lei n 11.079/2004**. Orientador: Prof. Dr. Fernando Dias Menezes. 2009. 226 f. Tese (Doutorado em Direito do Estado) – Faculdade de Direito, USP, 2009.

sobre matérias preconizadas no preceito em lume.⁵⁹⁶ Lúcia Valle Figueiredo enuncia que, conquanto o artigo 24 da Constituição Federal não incluía os Municípios, a situação pode ser dirimida pela interpretação sistemática do artigo 24 com os artigos 30, I, II, VIII, 183, §§1º e 4º da própria Constituição.⁵⁹⁷ Pelo exame em conjunto, o intérprete chega à compreensão de que os municípios possuem competência para legislar, desde que respeitados os limites preconizados nos incisos I e II do artigo 30. No mesmo patamar, Fernanda Dias Menezes pondera que “embora o artigo 24 não indique os Municípios entre os titulares da competência legislativa concorrente,⁵⁹⁸ não ficaram eles dela alijados. Deslocada, no inciso II do artigo 30, consta a competência dos Municípios de complementar a legislação federal e estadual no que couber.”⁵⁹⁹ Esclarece, ainda, que é outorgada aos Municípios a legislação de forma complementar a legislação federal e estadual, nos termos expostos pelo artigo 30, II, da Constituição,⁶⁰⁰ por tal razão, continua explicando que se trata de competência legislativa concorrente primária, pois decorre diretamente da Constituição, mas é diverso da “competência concorrente primária que envolve a União e os Estados. É diferente porque a Constituição não define os casos e as regras de atuação da competência complementar do Município, que surge delimitada implicitamente pela cláusula genérica do interesse local.”⁶⁰¹

Contudo, apesar do raciocínio exposto advogar favoravelmente à possibilidade de os Municípios editarem normas, como a competência deles é complementar à legislação federal e estadual no que couber, consoante preconiza o artigo 30, II, e

⁵⁹⁶ Nem se fala sobre o Distrito Federal, pois a Constituição em seu artigo 32, § 1º, tornou-o equivalente ao Estado no tocante à competência legislativa. Vide o dispositivo: “Artigo 32. O Distrito Federal, vedada sua divisão em Municípios, reger-se-á por lei orgânica, votada em dois turnos com interstício mínimo de dez dias, e aprovada por dois terços da Câmara Legislativa, que a promulgará, atendidos os princípios estabelecidos nesta Constituição. § 1º - Ao Distrito Federal são atribuídas as competências legislativas reservadas aos Estados e Municípios.”

⁵⁹⁷ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. Competências administrativas dos estados e municípios – licitações. **Revista Trimestral de Direito Público**, n. 08, São Paulo, 1994, p. 24- 39, p. 28.

⁵⁹⁸ O exercício da competência legislativa concorrente é regido pelas disposições dos parágrafos do artigo 24, conforme explica Fernanda Dias Menezes. Sobre o assunto, vide (MENEZES, Fernanda Dias. **Competências na Constituição de 1988**. São Paulo: Atlas, 1991, p. 161).

⁵⁹⁹ MENEZES, Fernanda Dias. **Competências na Constituição de 1988**. São Paulo: Atlas, 1991, p. 80.

⁶⁰⁰ Na classificação de André Ramos Tavares, a competência complementar e supletiva são espécies da competência complementar. A supletiva ocorre quando os Estados-membros legislam diante da ausência de legislação nacional e a complementar para adicionar à legislação nacional no que for necessário. (TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 751-752).

⁶⁰¹ MENEZES, Fernanda Dias. **Competências na Constituição de 1988**. São Paulo: Atlas, 1991, p. 168.

como os Estados possuem a competência para suplementar as matérias constantes do artigo 24, segundo determina o § 2º do artigo 24, então, caso o dispositivo que fundamentasse a competência legislativa fosse o artigo 24, conclui-se que a competência municipal teria que ser em conformidade com a legislação federal (normas gerais) e com a legislação estadual (normas de complementação).

Sobre o assunto, Regina Maria Macedo Nery Ferrari conclui sinteticamente que “no âmbito da competência concorrente, prevalecerá a da União sobre a dos Estados e Distrito Federal, assim como no caso da competência suplementar do Município a legislação federal e estadual prevalecerá sobre a municipal.”⁶⁰² Descrevendo de forma similar, Fernanda Dias Menezes assinala que competência conferida aos Estados para complementar as normas gerais da União não afasta a competência do Município de fazê-lo, porém este “não poderá contrariar nem as normas gerais da União, o que é óbvio, nem as normas estaduais de complementação, embora possa também detalhar estas últimas, modelando-as mais adequadamente às particularidades locais.”⁶⁰³

A título ilustrativo, acerca do papel dos Estados na competência legislativa concorrente e o signo das expressões concedidas, André Ramos Tavares destaca que, aos Estados-membros, cabem as normas particulares, razão que se denomina competência complementar, já que se adiciona à legislação nacional no que for necessário.⁶⁰⁴

Com posição diferente, Tércio Sampaio Ferraz dispõe sobre a competência suplementar dos Estados e Municípios, defendendo que esta não se confunde com o exercício da competência plena “para atender a suas peculiaridades”, nos termos dispostos pelo § 2º, a qual versa sobre competência para editar normas gerais em caso de lacuna (inexistência) na legislação federal. Por essa razão, o autor diz que “não se trata, pois, de competência para editar normas gerais eventualmente concorrentes. Se assim fosse, o § 3º seria inútil ou o § 3º tornaria inútil o § 2º. Além

⁶⁰² FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Direito Municipal**. 5. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 110.

⁶⁰³ MENEZES, Fernanda Dias. **Competências na Constituição de 1988**. São Paulo: Atlas, 1991, p.170. No mesmo sentido, vide Luiz Alberto David Araújo e Vidal Serrano Nunes Júnior (ARAÚJO, Luiz Alberto David e NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2009) e Celso Ribeiro Bastos e Ives Gandra Martins (BASTOS, Celso Ribeiro e MARTINS, Ives Gandra. **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, v. 3, tomo II, 1993, p. 72-75).

⁶⁰⁴ TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 751.

disso, é competência também atribuída aos Municípios, que estão, porém, excluídos da legislação concorrente.” Em conclusão, arremata que a competência suplementar não é para a edição de legislação concorrente, e sim para a edição de legislação decorrente, a qual se configura como uma legislação de regulamentação, “portanto de normas gerais que regulam situações já configuradas na legislação federal e às quais não se aplica o disposto no § 4º (ineficácia por superveniência de legislação federal), posto que com elas não concorrem (se concorrem, podem ser declaradas inconstitucionais).” Neste sentido, expressa que é competência que se exerce de acordo com as normas gerais da União e não na ausência delas.⁶⁰⁵

Expostos os debates e posições diversas, o fato é que a Constituição da República de 1988 prescreveu a competência legislativa para editar normas gerais de licitação para a União de acordo com o artigo 22.⁶⁰⁶ Não se pode abstrair ou abnegar o texto da Lei Maior.⁶⁰⁷ Portanto, optar-se-á pela pelo entendimento de que a União possui competência para editar normas gerais. Já os Estados, o Distrito Federal e os Municípios têm competência legislativa remanescente, consoante justifica Tércio Sampaio Ferraz, ou denominada como competência legislativa remanescente, como adjetiva Andreas J Krell, ainda que exista julgado do Supremo Tribunal Federal no sentido de considerá-las como suplementares.⁶⁰⁸ O que tudo isso significa? Os

⁶⁰⁵ FERRAZ, Tércio Sampaio. Normas gerais e competência concorrente – uma exegese do artigo 24 da Constituição Federal. **Revista Trimestral de Direito Público**, n. 07, 1994, p. 16-20, p. 19-20.

⁶⁰⁶ Nesta asserção, Marçal Justen Filho concorda que “eventual revogação da Lei nº 8666/1993, sem que fosse adotado outro diploma veiculador de normas gerais, não impediria que os demais entes federativos exercitassem competência legislativa plena.” (JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 16. ed. São Paulo: RT, 2014, p. 20).

⁶⁰⁷ Deve-se buscar uma interpretação sistemática, até porque, como dito por Luis Roberto Barroso, “a ordem jurídica é um sistema e, como tal, deve ser dotada de unidade e harmonia.” (BARROSO, Luis Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 294).

⁶⁰⁸ Andreas J. Krell possui entendimento diverso, interpretando que não se aplica os parágrafos do artigo 24 às normas gerais indicadas em outros dispositivos constitucionais, razão pela qual compreende que o exercício da competência Estadual, Distrital e Municipal com esteio no artigo 22, XXVII, trata-se de competência legislativa remanescente, e não competência suplementar (complementar e supletiva). (KRELL, Andreas J. **Leis de normas gerais, regulamentação do poder executivo e cooperação intergovernamental em tempos de reforma administrativa**. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 34-39). Quanto ao Supremo Tribunal Federal, recorda-se do voto do Ministro à época Carlos Ayres Britto “a competência que assiste aos Estados e ao Distrito Federal, em matéria de licitação, é de natureza suplementar. Embora topograficamente inserida no art. 22 da Constituição Federal, a competência da União para legislar sobre licitação e contratação, em todas as modalidades, para as Administrações Públicas Diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios se limita à edição de “normas gerais” (inciso XXVII do art. 22 da CF), assim como a competência legislativa de todas as matérias referidas no art. 24 da Constituição (§ 1º do art. 24 da CF). Ademais, inexistindo lei federal sobre normas gerais de licitação, ficam os Estados autorizados a exercer a competência legislativa plena para atender a suas peculiaridades (§ 3º do art. 24 da CF). A

Estados, o Distrito Federal e os Municípios são competentes para editar normas especiais e no caso de ausência de uma norma geral (v. g., a revogação da Lei nº 8666/93 sem a substituição por outra), permanece válida a norma estadual, distrital ou municipal. Ademais, a norma especial não pode conflitar com a norma geral, sob pena de pecha de inconstitucionalidade.⁶⁰⁹

Apesar da conclusão acima, a dúvida que reside é saber o que significam normas gerais e quais são os seus limites?⁶¹⁰

As normas gerais não possuem uma significação prescritiva expressa. Tal expressão está incursa e chancelada como um conceito jurídico indeterminado. Logo, não existem delimitações explícitas no Direito Posto. A incumbência, para o conhecimento dos seus contornos e as suas confrontações, fica a encargo do intérprete, o qual tem a dura e difícil missão de tentar encontrar métodos para consignar quais são os seus limites.⁶¹¹ Para demonstrar a dificuldade no encontro de métodos para encontrar o que é uma norma geral, trabalhar-se-ão as principais propostas apresentadas, posicionando, inclusive, possíveis confrontos entre os estudiosos acerca da melhor maneira de buscar caminhos para certificar quando se está legislando normas gerais ou quando está frente a normas especiais.

Adilson Abreu Dallari propõe que, para se chegar a um conceito de norma geral, deve-se fazer o caminho inverso, qual seja, dizer o que não é norma geral. Consoante o autor, “não é norma geral aquela que corresponde a uma especificação, a um detalhamento”, por isso, norma geral “cuida de determinada matéria de maneira ampla” e “comporta uma aplicação uniforme pela União, Estado e Município; norma

não ser assim, o que se tem é recusa aos Estados-membros quanto a sua própria autonomia administrativa, quebrando o princípio federativo.” (STF, ADI 3059, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 09/04/2015, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-085 DIVULG 07-05-2015 PUBLIC 08-05-2015).

⁶⁰⁹ “Se corretamente dentro de seu campo de abrangência, ao contrário do que se pode dizer em matéria de invasão de competências federativas, é, sobretudo, fator de segurança e certeza jurídicas, portanto tende à igualdade e certeza da aplicação uniforme de dados princípios.” (FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de Direito Administrativo**. 9. Ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 481).

⁶¹⁰ “E tudo se agrava porque o conceito de normas gerais não é objetivo; ao contrário, admite forte dose de subjetividade e de indeterminação.” (NIEBUHR, Joel de Menezes. **Licitação pública e contrato administrativo**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 50).

⁶¹¹ Sobre o assunto, valioso recorrer à ao espaço de interpretação a ser respeitado pelo intérprete. Segundo Carotilho, “considera-se como espaço de interpretação o âmbito dentro do qual o programa normativo (=medida de ordenação expressa através de enunciados lingüísticos) se considera ainda compatível com o texto da norma.” (CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2000, p.1203).

geral é aquela que não é completa em si mesma, mas exige uma complementação.”⁶¹² Carlos Ayres Britto descreve que as normas gerais são aquelas que têm por objetivo “desatar” os princípios e regras constantes na Constituição, que têm na licitação o seu âmbito material de incidência e em todas as demais ordens jurídicas federadas o âmbito espacial de aplicabilidade.⁶¹³ Nesse ponto, as normas gerais funcionam apenas como limitador negativo das normas específicas. As normas gerais estão subordinadas às prescrições constitucionais. Por outro lado, quanto às normas específicas, há uma relação de mera compatibilidade. Segundo Carlos Ayres Britto:

Em resumo, todas as relações objeto de norma geral da União deverão comportar reenvio material à Magna Carta, ou válidas não serão (...). Mas não é esta a natureza do vínculo que prende as normas específicas ao diploma constitucional e às próprias normas gerais da União, naquele plano da materialidade licitatória, pois a tal categoria de normas é suficiente a disciplina de relações de simples não-contradição. O remonte das normas específicas à materialidade da Constituição e das normas gerais de timbre federal há de ser feito, sim, mas não num sentido confirmatório ou de prolongamento eficaz, por não ser por meio da especificidade legislativa que *ricocheteiam* sobre novas relações jurídicas os conteúdos empíricos das regras e princípios (um mínimo de empirismo há de se conter em cada princípio jurídico) da Constituição e das próprias normas gerais.⁶¹⁴

Já Celso Antônio Bandeira de Mello marca as delimitações das normas gerais nos preceitos principiológicos, fundamentais, diretrizes, critérios basilares e conformadores das leis que ompletarão a matéria (“daquel’ outras que produzirão a ulterior disciplina específica e suficiente, ou seja, indispensável, para regular o assunto que foi objeto de normas apenas ‘gerais’”) e nos proceitos que são uniformes no país por prescreverem aspectos nacionais que são aplicáveis com neutralidade em todas as localidades e regiões brasileiras.⁶¹⁵

⁶¹² DALLARI, Adilson Abreu. **Aspectos jurídicos da licitação**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 26.

⁶¹³ BRITTO, Carlos Ayres. **O perfil constitucional da licitação**. Curitiba: Znt, 1997, p. 27 e seguintes. Quanto ao verbo desatar, o Ministro Britto esclarece: “Com a palavra ‘desatar’, o trazemos à berlinda é a função lógica de desdobrar ou fazer render o que, na Lei Maior, se encontre de alguma forma contracto. Não contracto por já significar uma formulação normativo-constitucional que é ponto de partida e de chegada, a um só tempo, sem a menor abertura de espaço para ulterior normação. Mas por decorrer do deliberado propósito de apenas iniciar a regulação de uma dada matéria, deixando para outra fonte normativa de menor escalão (no caso, o Poder Legislativo Ordinário da União) o aporte complementar de prescritibilidade.” (BRITTO, Carlos Ayres. **O perfil constitucional da licitação**. Curitiba: Znt, 1997, p. 27).

⁶¹⁴ BRITTO, Carlos Ayres. **O perfil constitucional da licitação**. Curitiba: Znt, 1997, p. 42.

⁶¹⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 544-545. Já Marçal Justen Filho explica que a identificação das normas gerais perpassa por exames em que há situações de certeza positiva, de certeza negativa e de situações em que resta uma zona cinzenta. Exemplifica na certeza positiva quando o objeto da norma for: “a) requisitos mínimos necessários e indispensáveis à validade da contratação administrativa; b) hipóteses

Utilizando a lógica para compreender a expressão “normas gerais”, Tércio Sampaio Ferraz disserta que existem as normas gerais pelo destinatário (normas universais) ou pelo conteúdo. No que se refere aos destinatários, considera-se geral a norma que é aplicada à universalidade, já quanto ao conteúdo é considerada geral no tocante à matéria prescrita tal se reporta a toda e qualquer ocorrência da espécie. Todavia, segundo o autor, a lógica não é suficiente para reconhecer quando se está diante de uma norma geral ou uma norma particular, razão pela qual demanda a participação do intérprete para avaliar o contexto finalístico do conteúdo da norma.⁶¹⁶

Com uma metodologia diversa para explicar o assunto, Eros Roberto Grau enaltece dois parâmetros para analisar as normas gerais. O primeiro parâmetro desenvolve-se a partir de normas gerais e normas especiais, o segundo se utiliza do critério de normas nacionais, federais, estaduais e municipais. O critério da norma geral e da norma especial, Eros Roberto Grau se aproveita do escólio de Natalino Irti, o qual defende que a distinção de generalidade e especialidade deriva de um juízo de comparação entre duas normas. Segundo o autor, “norma geral e norma especial não são ‘geral’ e ‘especial’ em si e por si, mas sempre em relação a outras normas. Assim, uma norma que se deve ter como geral em relação a outra norma pode dever ser tida como especial quando posta em relação a uma terceira norma.” Com base em Natalino Irti, pode-se deduzir que “norma geral é dotada de uma compreensão (aqui como conjunto das notas de cada norma) menor de uma extensão (conjunto de sujeitos aos quais cada norma se dirige) maior”, e, diante disso, a “norma especial é dotada de uma compreensão maior e de uma extensão menor.”⁶¹⁷ Em que pese este parâmetro, Eros Roberto Grau aponta que a noção federativa deve ser usada para a definição de norma geral, mais precisamente para considerá-la como norma nacional e que elas fundamentam regras concretistas a determinados princípios, preceituam princípios, suprem lacunas constitucionais e respaldam a ordenação de condutas

de obrigatoriedade e de não obrigatoriedade de licitação; c) requisitos de participação em licitação; d) modalidades de licitação; e) tipos de licitação; f) regime jurídico da contratação administrativa.” (JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 16. ed. São Paulo: RT, 2014, p. 20-22).

⁶¹⁶ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Normas gerais e competência concorrente. – uma exegese do artigo 24 da Constituição Federal. **Revista Trimestral de Direito Público**, n. 07, 1994, p. 16-20, p. 18-19.

⁶¹⁷ GRAU, Eros Roberto. Licitação sem objeto - Lei 8.666 e Estados e Municípios. **Revista Trimestral de Direito Público**, n. 10, São Paulo, 1995, p. 88-102, p. 93, 94.

uniformes para evitar qualquer tipo de conflito entre os entes.⁶¹⁸

Diogo Figueiredo Moreira Neto utiliza a generalidade para compreender as normas gerais, explicando que cabe à União as declarações principiológicas, restringindo-se ao estabelecimento de diretrizes nacionais sobre certos assuntos, as quais deverão ser respeitadas pelos Estados-Membros na confecção das suas legislações, “por intermédio da sanção de normas específicas e particularizantes que as detalharão, de modo que possam ser aplicadas, direta e imediatamente, às relações e situações concretas a que se destinam, em seus respectivos âmbitos políticos.”⁶¹⁹ Inclusive, Lúcia Valle Figueiredo, seguindo o pensamento de Diogo Figueiredo Moreira Neto, expressa que as normas gerais possuem características peculiares das demais normas, razão pela qual se encontram num grau de hierarquia normativa superior e inibitória ao legislador ordinário, se estadual ou municipal, de dispor de maneira diversa.⁶²⁰

Romeu Felipe Bacellar Filho interpreta que a competência em licitações e contratos é de competência concorrente, de acordo com o art. 22, XXVII, sendo que pela legislação, a norma “é nacional somente quanto à emanção de seus preceptivos gerais.” Assim, o autor coteja também que a Lei nº 8666 estabelece normas gerais para todos os entes e respectivas administrações indiretas, bem como expede “normas específicas sobre a matéria de licitações e contratos; neste caso, cogentes apenas para a esfera federal, em respeito à competência constitucionalmente estipulada.” Em outras palavras, a Lei nº 8.666 possui normas gerais para todos os entes e também possui legislação específica competente tão só para a seara federal.⁶²¹ Parece bastante acertado o raciocínio de Romeu Felipe Bacellar Filho, já

⁶¹⁸ GRAU, Eros Roberto. Licitação sem objeto - Lei 8.666 e Estados e Municípios. **Revista Trimestral de Direito Público**, n. 10, São Paulo, 1995, p. 88-102, p. 94.

⁶¹⁹ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Competência concorrente limitada. Brasília. **Revista de Informação Legislativa**, ano 25, n. 100, out/dez 1988, p 159.

⁶²⁰ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. Competências administrativas dos estados e municípios – licitações. **Revista Trimestral de Direito Público**, n. 08, São Paulo, 1994, p. 24- 39, p. 31.

⁶²¹ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Direito Administrativo**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 111. Reverberando na mesma toada, Jessé Torres Pereira Júnior explica que é uma missão difícil encontrar na Lei nº 8.666/93 qual dispositivo é nacional e qual é federal, ainda que o autor em sua obra aponta em cada artigo, inciso e alínea qual o seu raio de extensão. Ademais, para fazer as suas conclusões, adota que norma geral é aquela que “se mostre indispensável para implementar os princípios constitucionais reitores da Administração Pública e os básicos arrolados em seu art. 3º. Definindo-se princípio como a proposição geral e abstrata que permeia e orienta todo o sistema de normas ou de conhecimentos a que se refere, não se compreenderá desrespeito a qualquer deles, sob pena de fraudar-se a diretriz magna de submeter à competição pública todos aqueles que pretendam

que não é o fato de a norma estar num texto normativo editado pela União como é o caso da Lei nº 8.666 que representa dizer que todas as normas de lá extraídas são de caráter nacional.⁶²²

Lúcia Valle Figueiredo assenta que “é claro que a lei não contém tão-somente normas gerais. Entretanto, só por só, não se poderia entendê-la inconstitucional sem antes de proceder a interpretação conforme a Constituição. (Canotilho).” A autora, ainda prossegue: “portanto, no que a lei contiver disciplina que guarde características de normas gerais será constitucional. No que não contiver, não se aplicará aos Estados e Municípios por inconstitucionalidade.”⁶²³ Alice Gonzalez Borges enquadra a legislação como passível de possuir normas exclusivamente federais (restritas à Administração Pública Federal ante as minudências e os detalhes tratados), normas cogentes em âmbito nacional em virtude da competência da união para tratar de maneira privativa, mesmo que alheia ao tema de licitações, e normas gerais propriamente ditas sob o fundamento de serem concretizadoras de princípios ou prescritoras de normas uniformes em todo o país para que se tenha uma teoria geral dos contratos administrativos e se evite qualquer tipo de conflito federativo entre as unidades ou órgãos e administrados.⁶²⁴

contratar com a Administração.” (PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. **Comentários à Lei das Licitações e Contratações da Administração Pública**. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 18-19.

⁶²² Em sentido contrário, merece pontuar o pensamento de José Cretella Júnior. Para ele todas as normas editadas pela União, independentemente do seu teor, são de caráter nacional: “Para que a norma seja classificada como ‘geral’ é preciso que atenda a dois requisitos: a) que assim o diga ou rotule a Constituição; b) que incida apenas sobre as matérias determinadas pela Constituição. (...) Qualquer lei federal sobre ‘licitação e contratação’ é, em princípio, formalmente ‘pela origem’ e ‘pela matéria’, norma geral, nem que desça a todas as minúcias possíveis imagináveis, do modo mais exaustivo possível. Os dois pressupostos, a ‘origem’ e o ‘conceito explícito constitucional’, permitem a classificação da norma, antes mesmo de ser promulgada, em projeto ou em discussão. Não há a menor possibilidade de arguição de inconstitucionalidade de determinada norma geral sobre licitação, por exemplo, sob o fundamento de que seus dispositivos são especiais, não gerais, nem sobre efetivos das polícias militares e corpos de bombeiros militares.” (CRETELLA JÚNIOR, José. **Das licitações públicas**. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 47).

⁶²³ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. Competências administrativas dos estados e municípios – licitações. **Revista Trimestral de Direito Público**, n. 08, São Paulo, 1994, p. 24- 39, p. 24. Para complementar o raciocínio de Lúcia Valle Figueiredo, Vera Monteiro explica que: “não é pelo mero fato de uma norma ter sido expedida com base em competência legislativa para a edição de norma geral, que todo o seu conteúdo pode ser qualificado como norma geral. O ‘qualificativo’ norma geral determina a aplicação de um regime jurídico próprio e só pode ser dado àquilo que estiver contido em lei editada por ente competente para a edição de norma geral (conforme a divisão constitucional de competências legislativas), e desde que seja estruturante para o tema objetivo de tratamento legislativo.” (MONTEIRO, Vera Cristina Caspari. **A caracterização do contrato de concessão após a edição da Lei n 11.079/2004**. Orientador: Prof. Dr. Fernando Dias Menezes. 2009. 226 f. Tese (Doutorado em Direito do Estado) – Faculdade de Direito, USP, 2009, p. 106-107).

⁶²⁴ BORGES, Alice Gonzalez. **Normas gerais no Estatuto de Licitações e Contratos Administrativos**. São Paulo: RT, 1994, p. 46 e seguintes.

Com base em tais motivos, Adilson Abreu Dallari, ainda que o seu raciocínio seja realizado com fulcro nas licitações e contratos, aduz que é um verdadeiro disparate qualificar a Lei nº 8666/93 como Estatuto Jurídico das Licitações e Contratos, pelo menos no que se refere aos Estados e Municípios, visto que um “estatuto” deve tratar de maneira completa, integrada e sistemática dos assuntos que lhe são afeitos, e não da maneira como foi disposto na Lei nº 8666.⁶²⁵

Por sua vez, para Carlos Ari Sundfeld, a lógica impõe que não compete à União o “tratamento de aspectos particulares, de detalhes de organização, de questões contingentes”, mas só àquelas que “contêm apenas os princípios da regulamentação da matéria, os deveres básicos dos indivíduos e do Estado e os instrumentos a serem utilizados pela Administração.” O autor ainda qualifica como impróprios para as normas gerais os seguintes temas: a fixação de prazos, a definição das autoridades competentes para tal ou qual ato, o estabelecimento de valores exatos de multa, o detalhamento dos procedimentos administrativos, dentre outros.⁶²⁶

Os juristas colacionados e as respectivas diversas interpretações permitem inferir *a prima facie* que se trata de um assunto extremamente complicado, porquanto existem diversas fundamentações para embasar constitucionalmente a competência legislativa e a definição de normas gerais. Essa complexidade não é enfrentada unicamente pela doutrina, já que os Tribunais ecoam para essa árdua tarefa.

O Supremo Tribunal Federal já teve oportunidades para deliberar sobre as normas gerais da Lei nº 8.666, mais precisamente para apontar quais normas seriam gerais e quais seriam especiais, bem como qual seria a extensão de competência dos Estados, Distrito Federal e Municípios para legislar sobre o tema, todavia, nos julgamentos acerca do assunto, o referido Sodalício, na maioria das vezes, manifestou-se sobre a constitucionalidade de legislações estaduais e municipais sob

⁶²⁵ DALLARI, Adilson Abreu. **Aspectos jurídicos da licitação**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 26.

⁶²⁶ SUNDFELD, Carlos Ari. **Licitação e contrato administrativo**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 28 e seg.. Discriminando as normas especiais passíveis de serem editadas pelos Estados, Distrito Federal e Municípios, Márcio Pestana arrola: “De qualquer maneira, admite que determinados aspectos de interesse prevaemente regional ou local, como, exemplificativamente, a estruturação, acesso, atualização e utilização, no certame licitatório, de um determinado sistema de registro cadastral da pessoa política licitante, ou a presença de veículos comunicacionais de divulgação dos atos procedimentais que não se limitem somente a aqueles já assinalados e exigidos na norma geral, dando maior eficácia e cumprimento ao princípio da publicidade, possam ser legislativa e supletivamente disciplinados, no exercício do que se convencionou chamar competência suplementar.” (PESTANA, Márcio. **Licitações públicas no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2013, p. 10).

o ponto de vista do princípio da isonomia.⁶²⁷ O julgado mais conhecido sobre o assunto e que o Supremo Tribunal Federal poderia, em sede liminar, ter enfrentado o assunto, já que não o fez, bem como poderá realizar tal intento no momento do julgamento definitivo, refere-se à Ação Direta de Inconstitucionalidade 927-3 RS que teve a liminar julgada em 1993.⁶²⁸ Apesar de ainda não ter o julgamento definitivo, cinge ressaltar que a Corte já deliberou pela existência de dispositivos dentro da Lei nº 8.666/93 que não abrangem Estados, Distrito Federal e Municípios. Floriano Azevedo Marques Neto ao analisar o julgamento da ADI 927-3/RS sob o aspecto das normas gerais de licitação e contratação, critica a assertiva que os Estados, Municípios e Distrito Federal devam dispor sobre normas específicas e que estas são enquadradas como normas que tratam de minúcias e detalhes.⁶²⁹ Segundo o autor, ao compreender no sentido que legislar sobre normas específicas é editar normas para cuidar de meros detalhes ou de simples repartições dos preceitos contidos no diploma federal, então está se confundindo a capacidade de legislar normas específicas e a capacidade de expedir regulamentos. Além disso, o autor aduz que “admitido que fosse o caráter amplo das ditas normas gerais, e elas estariam desvestidas do seu obrigatório caráter de generalidade. Até porque a natureza de detalhamento, as minudências dos dispositivos, fazem parecer – por contradição lógica racional – o caráter genérico.”⁶³⁰

⁶²⁷ Exemplos: ADI 3.670, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgamento em 2-4-2007, Plenário, *DJ* de 18-5-2007 que tratou sobre a impossibilidade de restringir empresas de participarem de licitações que tenham comprovadamente vedado a contratação de funcionários por estarem em banco de dados de proteção ao crédito e ADI 3.059-MC, Rel. Min. Carlos Britto, julgamento em 15-4-2004, Plenário, *DJ* de 20-8-2004 que considerou viabilidade de uma lei sul-riograndense fixar condições para a contratação de software pelo Poder Público, bem como determinar a preferência em favor de softwares livres a serem adquiridos pela Administração Pública Estadual.

⁶²⁸ Sobre o instigante tema da constitucionalidade dos diversos dispositivos prescritos na Lei nº 8.666/93, Floriano Azevedo Marques Neto espera que o Supremo Tribunal Federal ao julgar a ADI 927-3 RS manifeste-se sobre o caráter das normas da respectiva legislação sob pena de permanecer a incerteza da extensão do tratamento realizado pelo legislador frente às normas de competência da Constituição. (MARQUES NETO, Floriano Azevedo. Normas gerais de licitação – doação e permuta de bens de estados e de Municípios – aplicabilidade de disposições da Lei Federal 8.666/93 aos entes federados. **Revista Trimestral de Direito Público**, n. 12, São Paulo, 1995, 173-191, p. 177).

⁶²⁹ Em que pese o artigo do Floriano Azevedo Marques Neto ser de 1995, as suas críticas permanecem atuais, haja vista que até hoje não houve o julgamento da referida Ação Direta de Inconstitucionalidade. A liminar desta ação foi julgada em 03 de novembro de 1993. Maiores informações sobre o andamento do feito, vide <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1570900>. Acesso em 02 de jun. de 2019.

⁶³⁰ MARQUES NETO, Floriano Azevedo. Normas gerais de licitação – doação e permuta de bens de estados e de Municípios – aplicabilidade de disposições da Lei Federal 8.666/93 aos entes federados. **Revista Trimestral de Direito Público**, n. 12, São Paulo, 1995, 173-191, p. 176.

Recentemente, em 14 de março de 2019, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a repercussão geral no Recurso Extraordinário 1.188.352 para avaliar a constitucionalidade de normas especiais normalmente editadas por Estados que modificaram as etapas do procedimento licitatório.⁶³¹ Nas modalidades da Lei nº 8.666/93, primeiramente ocorre a habilitação e depois a proposta, segundo se denota do artigo 43. Já no pregão instituído pela Lei nº 10.520/2002 existe a inversão das etapas, primeira a de propostas e depois a habilitação. Diante dessa modificação, nas leis estaduais, foram impetradas ações diretas de inconstitucionalidade perante a Corte Suprema.

No caso em foco, o Tribunal de Justiça do Distrito Federal reconheceu a inconstitucionalidade de ser alterada a referida ordem por meio de uma lei que não fosse de competência da União. Interposto recurso judicial competente, o Ministro Relator Luiz Fux em sua decisão que reconheceu a repercussão geral apontou: (i) a baixa densidade da expressão normal geral incursiona em insegurança jurídica, ainda mais considerando a “postura inegavelmente maximalista assumida pelo legislador federal quando da edição da Lei nº 8.666/93, cuja redação revela nítida pretensão de normatização exauriente da matéria em toda a federação”; (ii) “a imposição constitucional de existência de um núcleo comum e uniforme de normas deve ser sopesada com a noção de laboratório da democracia (*laboratory of democracy*)”, fato que enseja o dever de liberdade para os entes federativos gozarem de certa liberdade para a regulação em razão das peculiaridades locais, e, inclusive, como meio para o aprimoramento da própria regulação a partir das comparações e suas avaliações (exitosas ou desastrosas); (iii) o conceito de normas gerais muito abrangente limita a diversidade, a autonomia das entidades integrantes do pacto federativo, o pluralismo e o experimentalismo local; (iv) recordou que a licitação é promotora dos princípios setoriais e conformadores da atuação administrativa e que não se pode mais identificá-la como um fim em si mesmo, mas como “meio de promoção dos imperativos de impessoalidade, moralidade, eficiência e publicidade nas contratações promovidas pelo Estado”; (v) por tudo isso, compreendeu que os limites do julgamento ultrapassam as partes e revelam uma relevância econômica e jurídica, até porque “a

⁶³¹ Vários Estados já editaram normas nesta linha, como Estado da Bahia (Lei nº 9.433/2005), Estado de Sergipe (Lei nº 5.848/2006), Estado do Paraná (Lei nº 15.608/2007), Distrito Federal (Lei 5.345/1014) e o Estado de São Paulo (Lei nº 13.121/2008).

encampação de interpretações extremas do conceito de norma geral – seja para torná-la excessivamente ampla, seja para restringi-la em demasia – pode desencadear desequilíbrios indesejáveis no pacto federativo.”⁶³²

Entre o lapso temporal da ADI 927-3 e a repercussão geral reconhecida em março de 2019, convém ponderar que merece atenção outros dois julgados do Supremo Tribunal Federal.⁶³³

Um, o Recurso Extraordinário nº 423.560 analisou sobre a constitucionalidade ou não da Lei Orgânica de Brumadinho – Minas Gerais – que vedou contratação do poder público municipal com o prefeito, vice-prefeito, os vereadores, os ocupantes de cargo em comissão ou função de confiança, as pessoas ligadas a qualquer deles por matrimônio ou parentesco, afim ou consanguíneo, até o segundo grau, ou por adoção e os servidores e empregados públicos municipais, inclusive após seis meses findas as respectivas funções públicas. O entrave seria se a lei municipal não conflitaria com o artigo 9º da Lei nº 8.666/93 e se este fosse norma geral, logo, a norma especial municipal seria inconstitucional. A Corte deliberou no sentido de que a norma municipal concretizaria o princípio constitucional da moralidade e da impessoalidade e, ainda que, o seu teor é mais abrangente que o contido no artigo 9º, não havendo óbice, pois a referida norma municipal trará “ínsita a garantia de possibilidade de efetiva, real e isonômica competição.”⁶³⁴

⁶³² O sistema processual civil brasileiro prescreve a possibilidade de o Supremo Tribunal Federal reconhecer em julgamento de recurso extraordinário a repercussão geral, nos termos do artigo 102, § 3º, da Constituição. Para tanto, o Código de Processo Civil dispõe que: “Art. 1.035. O Supremo Tribunal Federal, em decisão irrecorrível, não conhecerá do recurso extraordinário quando a questão constitucional nele versada não tiver repercussão geral, nos termos deste artigo. § 1º Para efeito de repercussão geral, será considerada a existência ou não de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico que ultrapassem os interesses subjetivos do processo. § 2º O recorrente deverá demonstrar a existência de repercussão geral para apreciação exclusiva pelo Supremo Tribunal Federal. § 3º Haverá repercussão geral sempre que o recurso impugnar acórdão que: I - contrarie súmula ou jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal; (...) III - tenha reconhecido a inconstitucionalidade de tratado ou de lei federal, nos termos do art. 97 da Constituição Federal. § 4º O relator poderá admitir, na análise da repercussão geral, a manifestação de terceiros, subscrita por procurador habilitado, nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal. § 5º Reconhecida a repercussão geral, o relator no Supremo Tribunal Federal determinará a suspensão do processamento de todos os processos pendentes, individuais ou coletivos, que versem sobre a questão e tramitem no território nacional.”

⁶³³ Sem desconhecer a existência de outros, que por uma razão de pertinência e utilidade para o raciocínio ora adotado, foram desconsiderados de maior explicação como são os casos de: ADI 1.746, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 18-9-2014, P, *DJE* de 13-11-2014, ADI 3.670, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 2-4-2007, P, *DJ* de 18-5-2007; RE 547063, Rel. Min. Menezes Direito, Primeira Turma, j. em 07.10.2008.

⁶³⁴ Supremo Tribunal Federal, RE 423560, Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA, Segunda Turma,

Dois, a Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.735 enfrentou a viabilidade jurídica ou não de inserir como documento exigível em certames do Estado do Mato Grosso do Sul, mais precisamente na etapa de habilitação, a certidão de violação dos direitos do consumidor, documento este criado para aferir se o fornecedor respeitava ou não decisões administrativas e/ou judiciais da área consumerista. Segundo o voto do Ministro Relator Teori Zavascki, dois testes devem ser realizados para saber se a norma especial (de caráter suplementar) é compatível: “(a) a identificação, em face do modelo nacional concretamente estabelecido, das normas gerais do sistema; e a (b) verificação da compatibilidade, direta e indireta, entre as normas gerais estabelecidas e as inovações fomentadas pelo direito local.” Para o primeiro, o Ministro pondera que não é possível descrever um conceito genérico e aberto de normas gerais, sendo que uma conclusão somente deverá ser executada a partir de um caso posto em concreto. Portanto, dessumiu que somente a lei nacional poderá estatuir desequiparações entre os concorrentes e com isso restringir o direito de participar de licitações. Já a norma especial (ou suplementar, como chamou na decisão) só pode inovar se tiver como “objetivo estabelecer condições específicas, nomeadamente quando relacionadas a uma classe de objetos a serem contratados ou a peculiares circunstâncias de interesse local.”⁶³⁵

Além do Supremo Tribunal Federal, os Tribunais Regionais também enfrentam quotidianamente apreciações sobre a constitucionalidade ou não de legislações municipais impactantes de maneira direta ou indireta nas licitações públicas e nos contratos administrativos. Em sede de Tribunal de Justiça do Paraná, já se deliberou que: (i) não é possível que norma especial venha a preceituar sobre condições ou requisitos em dispensa de licitação;⁶³⁶ (ii) é possível norma estadual especial

julgado em 29/05/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-119 DIVULG 18-06-2012 PUBLIC 19-06-2012 RT v. 101, n. 923, 2012, p. 678-683.

⁶³⁵ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, ADI 3735, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, Tribunal Pleno, julgado em 08/09/2016, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-168 DIVULG 31-07-2017 PUBLIC 01-08-2017. Neste caso também chamou a atenção do Voto do Ministro Luiz Edison Fachin que entendeu na mesma linha do Ministro Relator Teori Zavascki, mas também enfatizou a importância do princípio da subsidiariedade e do federalismo cooperativo.

⁶³⁶ “O artigo 17, inciso II, da Constituição Estadual, reproduzindo o disposto no artigo 30, inciso II, da Constituição Federal, autoriza o Município a legislar apenas de modo suplementar à legislação federal e estadual no que couber. 2- A competência legislativa suplementar abrange somente normas específicas, detalhes ou minúcias da matéria abordada, não compreendendo a competência para legislar sobre normas gerais. 3- O Município de Matelândia, ao editar a Lei nº 1.298, de 20 de dezembro de 2002, não observou os limites do artigo 17, inciso II, da Constituição Estadual, haja vista que legislou

disciplinar o alcance das sanções administrativas aplicadas por órgãos e entidades públicas estaduais, mesmo que esteja em descompasso com a norma federal;⁶³⁷ (iii) criação de novas hipóteses de dispensa de licitação.⁶³⁸

Portanto, abstrai-se que diversos métodos poderão ser utilizados pelo operador do direito para o encontro das normas gerais, inclusive não havendo qualquer posicionamento uníssono e abstrato como um possível “conceito” do Supremo Tribunal Federal especificadamente sobre o tema, razões que demonstram a relevância e a necessidade de uma excelente interpretação. De todo modo, seja qual for o método para o seu encontro, o que se tem como certo é que sua edição compete à União, bem como sua aplicabilidade atinge todo território nacional. Os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão editar normas específicas⁶³⁹, suplementares ou especiais, sempre em conformidade com as normas gerais. Note-se que a União também poderá produzir esse último tipo de norma, entretanto, as normas específicas expedidas pela União obrigarão somente a Administração Pública federal.

Considerando que a licitação se integra da fase interna e da fase externa, indubitavelmente a interna poderá ser disciplinada por cada ente de acordo com as suas particularidades, até como uma condição e dedução interpretativa da autonomia federativa calcada no artigo 18 da Constituição. Contudo, quando a norma dispuser sobre a fase externa, ter-se-á que estudar se é uma norma geral ou especial para dessumir pela competência privativa da União ou, respectivamente, pela competência de cada ente.⁶⁴⁰

sobre normas gerais de licitação e contratação da Administração Pública, invadindo competência privativa da União (artigo 22, inciso XXVII, da Constituição Federal). 4- Pedido julgado procedente.” (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO PARANÁ - Órgão Especial - AI - 135920-8 - Matelândia - Rel.: Hirosê Zeni - Unânime - J. 07.11.2003).

⁶³⁷ “Lei paranaense de licitações. Prevalência deste diploma normativo para entes vinculados à esfera estadual paranaense, em relação à lei nacional de licitações - Lei federal nº 8.666/93. Autonomia legislativa dos entes federados. Exegese do princípio federativo. Inexistência de afronta ao inc. XXVII do art. 22 da Constituição Federal que atribui à união competência legislativa exclusiva para dispor acerca de normas gerais de licitação. Liminar mantida. Recurso conhecido como agravo da lei do mandado de segurança, e desprovido. (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO PARANÁ - 5ª C.Cível em Composição Integral - A - 1290788-1/01 - Curitiba - Rel.: Rogério Ribas - Unânime - J. 10.03.2015)

⁶³⁸ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO PARANÁ - Órgão Especial - AI - 1469563-5 - Curitiba - Rel.: Luís Carlos Xavier - Unânime - J. 01.08.2016 e TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO PARANÁ - Órgão Especial - IDI - 1747462-5 - Curitiba - Rel.: Sônia Regina de Castro - Unânime - J. 15.04.2019.

⁶³⁹ Nomenclatura adotada por Carlos Ayres Britto (BRITTO, Carlos Ayres. **O perfil constitucional da licitação**. Curitiba: Zênite, 1997, p. 16).

⁶⁴⁰ A título complementar, pondera-se a crítica de que toda este imbróglio acerca da competência legislativa e a forma de encontrar o ente competente no Brasil deveria ser resolvida a partir do

Além deste ponto, deve-se avaliar se é possível que uma norma que verse sobre ciência, tecnologia e inovação possa interferir incidentalmente nas licitações públicas e nos contratos administrativos. Para tanto, faz-se inexorável recordar que a competência constitucional para legislar sobre tecnologia, pesquisa, desenvolvimento e inovação é concorrente entre a União, Estados e Distrito Federal nos termos do artigo 24, IX.⁶⁴¹

Na redação originária da Constituição do artigo 24, IX, não constava a expressão “tecnologia, pesquisa, desenvolvimento e inovação” e o seu advento veio na Emenda Constitucional nº 85, de 26.02.2015, e a justificativa para a inserção foi a pretensão para que fossem constituídas iniciativas que harmonizem as ações da esfera federal, estadual, distrital e municipal, portanto clamando pela especificação como temas de competência concorrente.⁶⁴²

Desse modo, como está abarcado pelo já comentado artigo 24 da Lei Maior, todas as observações acerca do tema são aproveitadas. Assim, as normas editadas pela União possuem caráter nacional e são gerais, as dos Estados e Distrito Federal são complementares e devem estar em consonância com as da União, as dos Municípios são suplementares e devem guardar compatibilidade com as da União e dos Estados.⁶⁴³ Não havendo legislação federal, logo a lei estadual será plena e

federalismo como forma jurídica da organização política e não por mera leitura do texto constitucional, que é inundado de conceitos abertos. Por isso, Caroline Müller Bitencourt e Janriê Rodrigues Reck reflexionam sobre o uso da regra da “preponderância de interesses”, a qual, quando adotada, é uma “comunicação que meramente reforça o caráter simbólico do Federalismo. Ao invés de ajudar na definição das competências, simplesmente estabelece um sistema valorativo que nada ou praticamente nada dispõe.” Apesar desta alternativa, talvez se precise também de um Supremo Tribunal Federal mais célere para decidir questões de competência sensíveis como é o caso das licitações, inclusive para gerar mais segurança jurídica. (BITENCOURT, Caroline Müller, RECK, Janriê Rodrigues. Paradoxos do federalismo: uma observação pragmático-sistêmica. **Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 12, n. 49, p. 151-176, jul./set. 2012).

⁶⁴¹ Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre: (...) IX - educação, cultura, ensino, desporto, ciência, tecnologia, pesquisa, desenvolvimento e inovação;”

⁶⁴² Disponível em http://www.stf.jus.br/arquivo/biblioteca/pec/EmendasConstitucionais/EC85/Camara/EC085_cam_07082013_ini_PEC290.pdf Acesso em 26 de mar. de 2019.

⁶⁴³ “O art. 24 da CF compreende competência estadual concorrente não cumulativa ou suplementar (art. 24, § 2º) e competência estadual concorrente cumulativa (art. 24, § 3º). Na primeira hipótese, existente a lei federal de normas gerais (art. 24, § 1º), poderão os Estados e o Distrito Federal, no uso da competência suplementar, preencher os vazios da lei federal de normas gerais, a fim de afeiçoá-la às peculiaridades locais (art. 24, § 2º); na segunda hipótese, poderão os Estados e o Distrito Federal, inexistente a lei federal de normas gerais, exercer a competência legislativa plena “para atender a suas peculiaridades” (art. 24, § 3º). Sobrevindo a lei federal de normas gerais, suspende essa a eficácia da lei estadual, no que lhe for contrário (art. 24, § 4º). (Supremo Tribunal Federal, ADI 3.098, rel. min. Carlos Velloso, j. 24-11-2005, P, DJ de 10-3-2006). Na mesma linha, ADI 2030, rel. Min. Gilmar Mendes, j. 09.08.2017.

ausente lei federal e estadual, a lei municipal será plena.⁶⁴⁴

Como as normas gerais incumbem à União, a criação de uma norma sobre ciência, tecnologia e inovação que incida sobre as licitações e contratação administrativa, como, por exemplo, uma vantagem ou uma preferência, não haverá problema do ponto de vista de constitucionalidade formal, já que deverão ser interpretadas sistematicamente. Todavia, a ausência de uma disciplina federal sobre ciência, tecnologia e inovação e a previsão de uma norma estadual destes temas que transcenda à licitação e contratação, a questão já é mais complexa, porquanto poderá ser considerada inconstitucional formalmente caso se compreenda que afronte as normas gerais de contratação pública. Por conseguinte, seguindo uma estabilidade de razões para decidir do Supremo Tribunal Federal, consoante julgados anteriores, em especial os RE 423560, ADI 3735, ADI 3059 e ADI 3679, elencam-se os seguintes requisitos e testes para apreciar a constitucionalidade formal na situação aludida:⁶⁴⁵

a) a política de incentivo ao desenvolvimento científico, tecnológico e inovativo está compatível com os fundamentos e objetivos fundamentais da República; b) não afronta a eficiência e a economicidade a partir do ponto de vista da análise econômica

⁶⁴⁴ “Somente na hipótese de inexistência de lei federal é que os Estados-membros exercerão competência legislativa plena (...). Sobrevindo lei federal dispondo sobre normas gerais, a lei estadual terá sua eficácia suspensa naquilo que contrariar a federal (...). De igual modo, aos Municípios compete legislar sobre assuntos de interesse local e complementar a legislação federal ou estadual no que couber (...).” (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, ADI 3.937, rel. p/ o ac. min Dias Toffoli, j. 24-8-2017)

⁶⁴⁵ Válido lembrar de critérios e limites para a análise da inconstitucionalidade das competências outorgadas no artigo 24, conforme dois acórdãos do STF: “Nas hipóteses de competência concorrente (CF, art. 24), nas quais se estabelece verdadeira situação de condomínio legislativo entre a União Federal e os Estados-membros (HORTA, Raul Machado. *Estudos de direito constitucional*. Del Rey, 1995, p. 366, item 2), daí resultando clara repartição vertical de competências normativas, a jurisprudência do STF firmou-se no sentido de entender incabível a ação direta de inconstitucionalidade, se, para o específico efeito de examinar-se a ocorrência, ou não, de invasão de competência da União Federal, por parte de qualquer Estado-membro, tornar-se necessário o confronto prévio entre diplomas normativos de caráter infraconstitucional: a legislação nacional de princípios ou de normas gerais, de um lado (CF, art. 24, § 1º), e as leis estaduais de aplicação e execução das diretrizes fixadas pela União Federal, de outro (CF, art. 24, § 2º). Precedentes. É que, tratando-se de controle normativo abstrato, a inconstitucionalidade há de transparecer de modo imediato, derivando, o seu reconhecimento, do confronto direto que se faça entre o ato estatal impugnado e o texto da própria Constituição da República.” (STF, ADI 2.344 QO, rel. min. Celso de Mello, j. 23-11-2000, P, DJ de 2-8-2002). “Se é certo, de um lado, que, nas hipóteses referidas no art. 24 da Constituição, a União Federal não dispõe de poderes ilimitados que lhe permitam transpor o âmbito das normas gerais, para, assim, invadir, de modo inconstitucional, a esfera de competência normativa dos Estados-membros, não é menos exato, de outro, que o Estado-membro, em existindo normas gerais veiculadas em leis nacionais (como a Lei Orgânica Nacional da Defensoria Pública, consubstanciada na LC 80/1994), não pode ultrapassar os limites da competência meramente suplementar, pois, se tal ocorrer, o diploma legislativo estadual incidirá, diretamente, no vício da inconstitucionalidade. A edição, por determinado Estado-membro, de lei que contrarie, frontalmente, critérios mínimos legitimamente veiculados, em sede de normas gerais, pela União Federal ofende, de modo direto, o texto da Carta Política.” (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, ADI 2.903, rel. min. Celso de Mello, j. 1º-12-2005, P, DJE de 19-9-2008).

da proposta mais vantajosa proposta no tópico anterior; c) não trata de qualquer criação de norma geral de licitação e contratação ou que seja conflitante para abnegar alguma norma geral de licitação e contratação; d) se permite a garantia de possibilidade de efetiva, real e isonômica competição e de promoção ao desenvolvimento nacional sustentável e e) se deve ponderar qual norma proporcionará o maior respeito e atendimento dos fundamentos e dos objetivos fundamentais da República.⁶⁴⁶ É claro que os requisitos supra são servientes para a apreciação da constitucionalidade formal, uma vez que a constitucionalidade material dependerá em síntese da aplicação da regra da proporcionalidade para aferir se a norma subjugada possui amparo na Lei Maior.

Ademais, ditas condições visam solucionar um suposto conflito existente, temperando sempre para evitar que se sufrague a competência dos entes, tanto aquele que está imbuído de um interesse maior quanto o menor. Discorre-se interesse maior não numa estratificação vertical de hierarquia entre os entes, mas sim na ideia de interesse nacional, regional e local. O Supremo Tribunal Federal tem, inclusive, evitado que sempre a resposta se dê com base no interesse nacional a partir da competência da União e buscado na jurisprudência mais recente o federalismo cooperativo, como se desprende do trecho do aresto abaixo carreado:

Nos casos em que a dúvida sobre a competência legislativa recai sobre norma que abrange mais de um tema, deve o intérprete acolher interpretação que não tolha a competência que detêm os entes menores para dispor sobre determinada matéria (*presumption against preemption*). Porque o federalismo é um instrumento de descentralização política que visa realizar direitos fundamentais, se a lei federal ou estadual claramente indicar, de forma adequada, necessária e razoável, que os efeitos de sua aplicação excluem o poder de complementação que detêm os entes menores (*clear statement rule*), é possível afastar a presunção de que, no âmbito regional, determinado tema deve ser disciplinado pelo ente menor. Na ausência de norma federal que, de forma nítida (*clear statement rule*), retire a presunção de que gozam os entes menores para, nos assuntos de interesse comum e concorrente, exercerem plenamente sua autonomia, detêm Estados e Municípios, nos seus respectivos âmbitos de atuação, competência normativa⁶⁴⁷

⁶⁴⁶ Em recente julgamento, o Supremo Tribunal Federal decidiu pela inconstitucionalidade de leis municipais que obrigassem os mercados ou similares à prestação de serviços de acondicionamento ou embalagem de compras, visto que, conquanto louvável a intenção de resguardar os valores sociais de trabalho como fundamento da República, não se pode olvidar-se do outro fundamento republicano que é a livre iniciativa. Por isso, fixou a tese em repercussão geral no RE 839.950 (Rel. Min. Luiz Fux, j. 24.10.2018): “São inconstitucionais as leis que obrigam supermercados ou similares à prestação de serviços de acondicionamento ou embalagem das compras, por violação ao princípio da livre iniciativa (arts. 1º, IV, e 170 da Constituição).”

⁶⁴⁷ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, RE 194.704, rel. p/ o ac. min. Edson Fachin, j. 29-6-2017, P, DJE de 17-11-2017.

Fernando Dias Menezes pondera que a interpretação da competência legislativa sobre ciência, tecnologia e inovação deverá ser feita do artigo 24, IX sob a luz do § 2º do artigo 219-A, inserido pela Emenda Constitucional nº 85, para que se chegue a conclusão de que: (i) a matéria de CT&I concernente especificamente sobre o Sistema Nacional é de competência da União, pois não faria sentido ter a previsão de um “sistema nacional” em que houvesse possibilidade de concorrência na edição normativa ou normas díspares; (ii) afora esse aspecto do dito sistema, no geral, a competência é da União, porém os Estados, Distrito Federal e Municípios possuem competência suplementar para editarem normas específicas; (iii) quando a legislação for de CT&I e de outro tema (*v.g.* propriedade industrial, tributário e inovação), então dever-se-á apreender num prisma sistêmico para reflexionar sobre a competência legislativa de todos os assuntos versados e as consequências da interação temática; e (iv) por fim, arrazoa acertadamente que a competência material é comum nos termos do artigo 23, V, da Constituição, motivo pelo qual por exemplo a Lei nº 10.973/2004 e a Lei nº 13.243/16 quando tratam de comandos vinculantes substanciais deve ser considerada não aplicável aos Estados, Distrito Federal e Municípios por ausência de constitucionalidade.⁶⁴⁸

De qualquer modo, no aspecto material, qualquer ente poderá disciplinar normas acerca de ciência, tecnologia e inovação, devendo ter o máximo de cuidado quando for exercer a sua competência legislativa, isso porque deverá respeitar as balizas expressas na Constituição, principalmente quando o assunto legislado comunicar-se com outros como é o caso de licitações e contratos. Por isso, conclui-se que a competência legislativa, como está exposta na Constituição da República Federativa de 1988, mesmo que haja a hercúlea transposição de alguns obstáculos para a convicção prévia sobre a certeza ou não do atendimento de um texto como normal geral ou como conforme à norma geral, tem-se que: (i) a edição de normas gerais sobre licitação e contratação é de competência privada da União; (ii) a edição de normas especiais sobre licitação e contratação é de competência concorrente; (iii) a competência material sobre ciência, tecnologia e inovação é de comum a todos os

⁶⁴⁸ ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. A legislação federal sobre ciência, tecnologia e inovação no contexto da organização federativa. In: FREITAS, Rafael Vêras de; RIBEIRO, Leonardo Coelho; FEIGELSON, Bruno (coord.). **Regulação e novas tecnologias**. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 99-110.

entes; (iv) a competência legislativa sobre normas gerais de ciência, tecnologia e inovação é da União nos termos e com as ressalvas dos parágrafos do artigo 24; e (v) quando a edição de normas for de ciência, tecnologia e inovação incidentalmente sobre as licitações e contratos administrativos, tais devem ser incentivadas para todos os entes, ressalvada a questão da norma geral de licitação e contratação que é da União. E, em todo e qualquer situação, deve-se primar para que a norma criada respeite os fundamentos e os objetivos fundamentais da Lei Maior como norte e como critério de validade.

CAPÍTULO IV – REVISITANDO O CONCEITO DA BUSCA DA PROPOSTA MAIS VANTAJOSA A PARTIR DO ATUAL CONTEXTO DAS COMPRAS PÚBLICAS INOVADORAS NO BRASIL E NA ESPANHA

4.1. Uma reanálise da busca da proposta mais vantajosa, da isonomia e do desenvolvimento nacional sustentável nas licitações públicas e nos contratos administrativos

Como já definido anteriormente, licitação é o procedimento administrativo desenvolvido de forma ordenada e sucessiva, almejando encontrar a proposta economicamente mais vantajosa ao Poder Público, a partir de uma análise interna da melhor solução para satisfazer a necessidade pública, e desde que seja observada a isonomia, a competitividade e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável. Percebe-se que a busca da proposta economicamente mais vantajosa é a finalidade da licitação na definição ora defendida, visto que todo o procedimento administrativo e o respeito aos princípios jurídicos norteadores ambicionam, ao final, que se encontre qual a proposta que melhor atenderá o interesse público com máxima segurança jurídica. Por sua vez, é responsável também pelo sucesso ou não do contrato administrativo, como conseqüente lógico da licitação, para que este possa atingir o seu objetivo mediato e imediato.

Vantajosidade ou proposta economicamente mais vantajosa normalmente são utilizadas de maneira corriqueira em decisões judiciais e de Cortes de Contas, bem como nos mais diversos escritos sobre o tema, entretanto não parece que exista a adequada compreensão, verticalização e objetividade no seu uso. Reclama ser interpretada conforme as políticas públicas horizontais em sede de compras públicas⁶⁴⁹. A mais, não basta tencionar que vantajosidade não se resume a preço.

⁶⁴⁹ Especificamente sobre o enfoque na inovação tecnológica, Helena Villarejo Galende explica que: “el objetivo principal de las compras públicas es dotar a las Administraciones públicas de soluciones para prestar un mejor servicio a los ciudadanos. Este objetivo inmediato puede coexistir perfectamente con propósitos adicionales y más ambicioso como el fomento de la innovación tecnológica. (...) En nuestra opinión, es un hecho evidente que se puede impulsar de un modo más eficaz la innovación a través de la contratación pública incorporando las denominadas cláusulas de progreso y valorando como solución el carácter innovador de la empresa.” GALENDE, Helena Villarejo. Colaboración público-privada y contratación precomercial para el impulso de la I+D+i y la transferencia del conocimiento. . In: VELÁZQUEZ, Antonio Calonge (dir.). **Ciencia, tecnología e innovación: nuevo régimen jurídico**. Granada: Editorial Comares, 2013, p. 133-145, p. 138 e 145.

Isso já está exposto na Lei de Licitações no Brasil, ao estatuir diversos tipos de licitação no artigo 45 como o menor preço, maior lance ou oferta, melhor técnica ou técnica e preço. Na mesma reta, a Ley 09/2017 da Espanha expressa em seu artigo 131 que o julgamento (adjudicação) se dará por uma pluralidade de critérios embasados na relação qualidade-preço.⁶⁵⁰

A vantagem da proposta se caracteriza como sendo a melhor para o atendimento do interesse público. Isso pode ou não, conforme o objeto licitado, ser sinônimo de menor preço,⁶⁵¹ porque, em certas hipóteses, será necessário avaliar aspectos diversos do preço para se selecionar a melhor oferta. Caso a Administração perquirir tão somente o valor das propostas, não se examinará o binômio custo-benefício, mas só análise de custo.⁶⁵² Não é esse o dever que deveria guiar o mister da Administração Pública quando da feitura de suas licitações públicas.

A falta de parâmetros objetivos e de maiores estudos sobre a melhor forma para a obtenção da vantajosidade na legislação brasileira tem originado uma enorme precariedade das contratações públicas, já que o mantra do menor preço (ou menor qualidade na prática) a qualquer custo é a música ambiente da grande maioria das

⁶⁵⁰ A incorporação da qualidade é ponto pacífico nos últimos textos normativos sobre contratação pública. A valoração da proposta economicamente mais vantajosa deverá perpassar pela aferição da “calidad de la prestación, la visión de como se satisface el interés público, debe ser el factor determinante para decidir las fórmulas de gestión de los servicios y la intensidad de colaboración público-privada.” (FELIÚ, José María Gimeno e outros. **La gobernanza de los contratos públicos en la colaboración público-privada**. Barcelona: Cambra Oficial de Comerç de Barcelona, 2018, p. 20).

⁶⁵¹ O Ministro Marcos Vinícios Vilaça no Acórdão 256/2005 – Plenário referindo-se ao menor preço buscado no suporte fático apreciado manifestou que “não acredito que o princípio da vantajosidade deva prevalecer a qualquer custo.” (Tribunal de Contas da União, Acórdão 256/2005 – Plenário, julgamento 16-03-2005, Processo 017.900/2004-8).

⁶⁵² Dentre os modelos de avaliação, existem as espécies: modelo de efetividade, modelo econômico e profissional. Dentro do modelo econômico existe o modelo de eficiência (coste x efectividad e coste x eficiencia). Segundo Evert Vedung: “El segundo modelo económico importante a utilizar en la moderna evaluación política y administrativa es el modelo de eficiencia. La eficiencia puede medirse de dos maneras distintas: como coste-beneficio o como coste-efectividad. <Las valoraciones de eficiencia (análisis de coste-beneficio y de coste-efectividad) proporcionan un marco de referencia para relacionar las costes con los resultados del programa>, afirman Rossi y Freeman en su ampliamente utilizado libro do texto Evaluación: un enfoque sistemático. <En los análisis de coste-beneficio, tanto los ‘inputs’ como los resultados del programa se miden en términos monetarios; en los análisis de coste-efectividad, los ‘inputs’ se calculan en términos monetarios y los resultados en términos de impactos real> (1989:3775). Si se mide en un análisis de coste-beneficio, la eficiencia podrá expresarse como la relación entre valor monetarizado de los resultados producidos por el programa y los costes monetarizados. Si el resultado es igual al medio en el análisis coste-efectividad, la eficiencia prestará atención a los costes monetarizados como en un análisis de coste-eficiencia, pero el valor de los efectos se indica sólo en términos físicos. (...) La diferencia más importante radica en que la eficiencia toma en cuenta los costes, lo que no ocurre en el análisis de la efectividad.” (VEDUNG, Evert. **Evaluación de políticas públicas y programas**. Madrid: Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. 1997, p. 114-115)

licitações brasileiras, inclusive ecoado pelas Cortes de Contas.⁶⁵³ Para tanto, basta analisar os números no Brasil, pois a enorme maioria das licitações é concretizada por meio da modalidade pregão, presencial ou eletrônico, sendo que esta modalidade somente permite o uso do tipo menor preço. Segundo o Painel de Compras do Governo Federal do Portal “Compras Governamentais”, no exercício financeiro de 2018 houve: 50.962 pregões, 665 tomada de preços, 365 concorrências públicas, 121 convites, 23 concursos e 14 concorrências internacionais.⁶⁵⁴

Seja adotando o critério de menor preço e o depurando de maneira mais objetiva e segura, seja propondo uma mudança no nome previsto pela legislação brasileira para que se adote a denominação melhor relação qualidade-preço, o fato incontroverso é que se permanecerem os atuais termos as compras sustentáveis no Brasil não passarão de mera retórica, as execuções contratuais continuarão sofríveis para fins de pragmatidade (binômio utilidade versus efetividade) e a necessidade pública continuará tendo um papel secundário, ainda que sua satisfação deveria ser o principal objetivo de qualquer contratação. Exemplos são os mais diversos, conforme se escuta nos cursos e congressos para servidores públicos nos últimos doze anos, desde café de péssima qualidade e praticamente intragável, papel toalha que não seca as mãos e canetas que não escrevem, situações fáticas que podem sintetizar um pouco a angústia vivenciada. Além do mais, a prática impensada do leilão inverso sem o devido cuidado no pregão é fator nodal ou, no mínimo, um grande fomentador de contratações socialmente irresponsáveis.

Dessa feita, o escopo deste tópico é debater a melhor forma de se obter a

⁶⁵³ Cite-se como exemplo a recente decisão do Tribunal de Contas da União que entendeu pela possibilidade de uso da modalidade pregão para a contratação de serviços de engenharia com elevado grau de intelectualidade como é o caso de projetos (BRASIL, Tribunal de Contas da União. **Processo nº 012.522/2018-0. Acórdão nº 713/2019 – Plenário**, Relatoria Ministro Bruno Dantas).

⁶⁵⁴ Informação disponível no site: <http://paineldecompras.planejamento.gov.br/QvAJAXZfc/opendoc.htm?document=paineldecompras.qvw&lang=en-US&host=QVS%40srvbsaiasprd04&anonymouse=true>. Acesso em 02/03/2019. Em texto sobre o desenvolvimento nacional sustentável, a Coluna Jurídica da Administração Pública publicada na Revista JML explica que mesmo a prática do menor preço na realidade brasileira demanda uma criteriosa análise sobre a qualidade, sob pena de atrelar-se a menor preço enquanto o adequado é raciocinar melhor preço. “Porém, mesmo na licitação do tipo “menor preço”, no qual o valor é o quesito de salutar importância para a escolha da proposta mais vantajosa à finalidade pública almejada, deve a Administração considerar os requisitos mínimos à aferição da qualidade do objeto. Com efeito, não atende o interesse público proposta que, em que pese ser mais barata, não reúne os requisitos mínimos de qualidade, rendimento, etc., necessários para suprir a demanda da Administração Pública.” (JML. Coluna Jurídica da Administração Pública. **Revista JML Eventos**. Disponível em: http://www.jmleventos.com.br/arquivos/news_adm_publica/ANEXO_1_14_01.pdf. Acesso em 04 de dez. de 2018.

proposta economicamente mais vantajosa, bem como estabelecer novos critérios para tal mister, examinando de maneira macro e sistêmica, até porque a validade e a eficácia de uma licitação dependem incondicionalmente do respeito à vantajosidade na seleção do fornecedor.

4.1.1. A vantajosidade deve conviver com o princípio da isonomia e dele é uma consequência prática

Vantajosidade e isonomia devem conviver pacificamente nas licitações. Dizer que em um certame inexistem discriminações é falsear a realidade dos fatos. A todo momento, discrimina-se, desde o momento da escolha da solução no estudo preliminar, das condições impeditivas para participar, dos documentos e requisitos habilitatórios, das obrigações contratuais estabelecidas, dentre outros pontos. A isonomia não proíbe as discriminações entre as pessoas,⁶⁵⁵ mas sim veda a discriminação injustificada.

Celso Antônio Bandeira de Mello, em sua valiosa monografia, advoga que o tratamento diferenciado somente é possível quando concorrerem três elementos: 1º) existência de diferenças nas próprias situações de fato que serão reguladas pelo direito; 2º) correspondência (adequação) entre tratamento discriminatório e as diferenças existentes entre as situações de fato; e 3º) correspondência (adequação) entre os fins visados pelo tratamento discriminatório e os valores jurídicos consagrados pelo ordenamento jurídico.⁶⁵⁶ Em suma, somente no caso em que houver uma situação concreta que envolva os três requisitos aludidos é que será legítima uma dada escolha ou ação do gestor público quando da condução do procedimento licitatório.⁶⁵⁷

⁶⁵⁵ Marçal Justen Filho anota que quando o Poder Público seleciona um particular para com ela contratar “está efetivando uma diferenciação entre os interessados. Em termos rigorosos, está introduzindo um tratamento diferenciados para os terceiros”. (JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos**. 16. ed. São Paulo: RT, 2014, p. 68)

⁶⁵⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **O conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 10. O Supremo Tribunal Federal já assentou que somente amparado por lei poderá acontecer desequiparações entre os concorrentes, bem como a restrições de participações de licitações em condições de igualdade. (STF, ADI 3735, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, Tribunal Pleno, julgado em 08/09/2016, Acórdão eletrônico DJe-168 DIVULG 31-07-2017 PUBLIC 01-08-2017)

⁶⁵⁷ Abordando a obrigatoriedade de fazer um teste de calibração também pela razoabilidade, Raquel Melo Urbano de Carvalho explica: “O fundamental para esclarecer o conteúdo preciso da igualdade em cada situação, mediante a identificação de qual a discriminação é justificada ou não, é estabelecer a

Robert Alexy também adverte que a igualdade deve estar presente não somente na igualdade na aplicação do direito, mas também na criação do direito. Isso não significa nem que o legislador tenha que incluir todos nas mesmas posições jurídicas, nem que possua a responsabilidade de que todos tenham as mesmas características naturais e estejam nas mesmas condições fáticas. Para que o legislador possua uma vinculação substancial, deve-se interpretar a fórmula da igualdade como uma exigência direcionada ao conteúdo, “ou seja, não no sentido de um dever formal, mas de um dever material de igualdade.” Nesse sentido, para a existência de uma ordem jurídica diferenciada, propugna a igualdade valorativa de duas maneiras: a) igualdade valorativa em relação às igualdades (desigualdades) fáticas parciais e b) igualdade valorativa em relação a determinados tratamentos, os quais deverão ser examinadas também em relação ao critério de valorização para aferir a razoabilidade da discriminação.⁶⁵⁸ A relevância de observar a igualdade reside no fato de legitimação de poder e contenção de possíveis atuações pelo ordenamento jurídico que repliquem mais indiscrição ilícita e injusta. Por isso, Dworkin pondera que “a consideração igualitária é a virtude soberana da comunidade política – sem ela o governo não passa de tirania.”⁶⁵⁹

Não se pode ter uma relação míope que todos os fornecedores estão em condições igualitárias.⁶⁶⁰ Caso se tenha o pensamento de inexistência de diferenças entre objetos e fornecedores, o leilão continuará sendo a ferramenta operacional adequada para a escolha do fornecedor da Administração Pública, e, conseqüentemente, a busca do menor preço a qualquer custo possuirá serventia.

Entrementes, discorda-se de tal raciocínio. As diferenças existentes no mercado de fornecedores, seja com a distinção entre as suas condições intrínsecas ou entre os objetos ofertados, somente podem ser detectados se houver uma pesquisa mercadológica responsável. A fase interna, também chamada de fase de

razoabilidade do critério discriminatório utilizado. Uma diferenciação é justa se o *discrimen* utilizado é razoável e não-arbitrário. Caso se utilize, para distinguir, excluir ou inserir pessoas em determinadas realidades jurídicas, critérios não-admitidos pelo sistema jurídico e que se mostram desproporcionais em face dos fins a serem perseguidos, tem-se clara a ofensa a igualdade.” (CARVALHO, Raquel Melo Urbano de. **Curso de Direito Administrativo**. 2. ed. Salvador: Jus Podium, 2009, p. 162).

⁶⁵⁸ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 393-400.

⁶⁵⁹ DWORKIN, Ronald. **A virtude soberana: a teoria e prática da igualdade**. Trad. Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. I.

⁶⁶⁰ FREITAS, Thiago Pereira de. **Sustentabilidade e as contratações públicas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 154.

planejamento na IN 05 ou fase preparatória na Lei do Pregão, é fundamental para o dimensionamento escorreito sobre o que existe na realidade (para aquele órgão ou entidade),⁶⁶¹ sobre o que pode atender as necessidades públicas, sobre quantas e quem são as fornecedoras, sobre como as empresas operam, qual é o processo produtivo do objeto, além de outros aspectos. Com efeito, a oitiva e o estudo do mercado são condições imprescindíveis a serem executadas. É possível se cogitar da realização de audiência pública ou até uma espécie de chamamento público para subsidiar a Administração Pública de informações para a sua tomada de decisão pela viabilidade ou não da futura contratação.⁶⁶² O exame do custo das soluções a partir das condições futuras do contrato também deverá ser trazido aos autos para mensuração.

O conhecimento efetivo a despeito do ambiente mercadológico é tarefa para os agentes públicos. Desafortunadamente, por falta de estrutura operacional ou por falta de capacidade técnica, não raras vezes as escolhas na fase interna são irracionais e despidas de justificativa. Todos esses ingredientes acabam gerando uma futura contratação desastrosa e condicionada ao insucesso.

Associando os fatos colacionados e a estrutura dos elementos de Celso Antônio Bandeira de Mello, já há uma elevada dificuldade conhecer e saber discernir as situações de fato presentes no mercado. Ou seja, o primeiro elemento é um óbice para a inteligência sobre a existência ou não de respeito à isonomia. O desconhecimento dos agentes não gera a sua validação. Se não houver conhecimento, não tem convicção na tomada da decisão e conseqüentemente escoima a tomada de decisão. De conseguinte, é necessário que se avalie a existência ou não da distinção de fato por meio de uma pesquisa para que futuramente se torne factível o estabelecimento de qualquer discriminação positiva ou não discriminação. Na mesma senda, ainda que sob outra linha de argumentação, aduz sobre o papel da isonomia para privilegiar a concorrência a partir de condições

⁶⁶¹ As vezes o princípio da realidade é distanciado da prática, já que são feitas opções não adequadas pelo órgão ou entidade licitadora. Alvitra-se que o mercado fornecedor num país tão agigantado e continental como o Brasil em regra é bastante heterogêneo, o que gera uma dificuldade até para o copiar e colar sem avaliar as condições mercadológicas.

⁶⁶² A prova em si num processo administrativo “se apresenta como operação preparatória, efetuada e preparada a buscar uma decisão justa para o fato controverso, tendo como objetivo final a fixação decisória do pensamento da Administração.” (FRANCO SOBRINHO, Manoel Oliveira. **A prova no processo administrativo**. Curitiba: Universidade Federal do Paraná, 1970, p. 51).

equivalentes entre os concorrentes, pois se exige “que todos los licitadores dispongan de las mismas oportunidades en la formulación de los términos de sus ofertas e implica que éstas se sometan a las mismas condiciones para todos los competidores.”⁶⁶³

Os elementos da correspondência (adequação) entre tratamento discriminatório e as diferenças existentes entre as situações de fato, bem como correspondência (adequação) entre os fins visados pelo tratamento discriminatório e os valores jurídicos consagrados pelo ordenamento jurídico ficam prejudicados, porque o primeiro elemento é condição para análise dos posteriores. De qualquer maneira, por elucubração, a congruência da adequação da discriminação, efetuada a partir da situação, de fato carece de justificação no processo administrativo pelos agentes públicos competentes, visto que a falta desta impede a aferição da calibração executada. Aqui, mais um motivo para defender que a vantajosidade é decorrência da isonomia. Se não é possível a diferenciação entre possíveis ofertas e ofertantes na fase interna daquilo que está à disposição no mercado, como identificar a proposta mais vantajosa? Se vários ofertantes e ofertas estão em patamar similar, ainda que sejam diferentes de fato, logo a administração pública não terá condições técnicas e objetivas para efetivamente atingir a vantajosidade. Qualquer coisa será vantajosa desde que atenda a descrição superficial alinhavada no ato convocatório, e, então, a disputa converter-se-á no encontro do menor preço puro.

A mais, a adequação também será realizada para saber se a discriminação entabulada encontra amparo nos valores consagrados no ordenamento jurídico. Vide que a administração pública deverá avaliar se durante o procedimento licitatório as condições discriminatórias atendem, por exemplo, o contido na Constituição da República Federativa de 1988. Não é novidade, mas as contratações públicas devem venerar direitos e garantias fundamentais individuais e coletivos, reverenciar os fundamentos e os objetivos fundamentais do Estado, os princípios da ordem econômica e social, os princípios da Administração Pública, dentre outras diversas normas constitucionais. Por tais vetores, o princípio da isonomia não deve ser relativizado em si, mas sim tem que ser interpretado com outras normas, inclusive

⁶⁶³ MOLINA, José Antonio Moreno; ALONSO, Alma Patricia Domínguez. El nuevo derecho de la Unión Europea sobre contratación pública. In: ACEVEDO, Rafael Fernández; FERNÁNDEZ, Patricia Valcárcel (directores). **La contratación pública a debate: presente y futuro**. Navarra: Civitas, 2014, p. 139-164, p. 142.

como condição de sua validade. A ausência da sua adequada inteligência o afastará por completo (numa situação equivocada de aplicação do tudo ou nada) e não oportunizará a efetiva análise da vantajosidade.

O contrato administrativo como qualquer contrato é inter-generacional, segundo leciona Fernando Araújo, bem como “é basicamente uma ordenação estratégica que visa diminuir os custos de transação na prossecução estratégica de um fim partilhado”⁶⁶⁴, devendo ser planejado em vista das outras relações contratuais a decorrerem e dos custos de transação gerados para que se encontre um ponto óptimo. Esta função transcendental das gerações é apontada por Fernando Araújo com enfoque na análise econômica do Direito, todavia não se pode afastar a ideia de inter-generacional pelo fato de a solidariedade ser levada em consideração para a fixação das condições contratuais.

Como o Estado deve intervir, seja para desestimular condutas perniciosas e direcionar e fomentar condutas, respectivamente, prescritas ou desejadas, deve-se antever riscos e conceder o seu devido tratamento para que a sustentabilidade seja respeitada, de modo que a alteridade sobressaia. O pensar no outro, o destinatário direto o indireto do contrato público – a sociedade. Jaime Rodríguez-Arana Muñoz argui que as compras públicas precisam ser analisadas sob um viés, inclusive, aristotélico, mais precisamente pela virtualidade: “el reformismo (...) tiene una virtualidad semejante a la de la virtud aristotélica em cuanto se opone igualmente a las actitudes revolucionarias y las inmovilistas.” Por tais argumentos, arrazoia ainda que a política pública em materia contratual reclama reformas que vão desde a simplificação dos procedimentos, a premência de relações intergovernamentais, a gestão integrativa e a inclusão equilibrada de cláusulas de comércio justo ou de controle social.⁶⁶⁵

Sobre o tema, é valioso recordar do Tribunal de Justiça da União Europeia e de seus clássicos cases em defesa da discriminação positiva para proteger o meio ambiente ou para inserir cláusulas sociais, já que essas não ofenderiam a liberdade concorrencial e a isonomia. Alvitra-se do caso Beentjes (Gebroeders Beentjes Bv

⁶⁶⁴ ARAÚJO, Fernando. **Teoria Económica do Contrato**. Coimbra: Almedina, 2007, p. 92.

⁶⁶⁵ MUÑOZ, Jaime Rodríguez-Arana. La contratación del sector público como política pública. In: GARCÍA, J. José Pernas (director). **Contratación pública estratégica**. Pamplona: Editorial Aranzadi, 2013, p. 31-44, p. 33-34.

Contra Estado De Los Paises Bajos) que assentiu com cláusulas sociais para valorar empresas que contratassem trabalhadores desempregados por um período alongado e do caso Concordia Bus Finlandia em que se decidiu pela permissividade de inserção de cláusulas ambientais, mais precisamente para avaliar como critério o nível de emissão de óxido de azoto ou o nível sonoro dos carros.⁶⁶⁶ Além desses casos, exemplos de previsão cogente para a inserção de cláusulas ambientais no âmbito da União Europeia, vide a Diretiva 2009/33/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 23 de abril de 2009, relativa à promoção de veículos de transporte rodoviário não poluentes e energeticamente eficientes (JO L 120 de 15.5.2009, p. 5) e o Regulamento (CE) n.º 106/2008 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 15 de janeiro de 2008, relativo a um Programa Comunitário de Rotulagem em Matéria de Eficiência Energética para Equipamento de Escritório (JO L 39 de 13.2.2008, p. 1).

O autoengano de o menor preço ser a solução para a escolha do fornecedor com a proposta economicamente mais vantajosa é extremamente lesivo ao interesse público. Já diria o jargão popular que *não se faz economia com porcaria* e ainda outra expressão que merece repúdio é que “o mais barato é sempre o melhor, sem contemplação com a técnica e a qualidade.”⁶⁶⁷ Preço menor de um objeto sem

⁶⁶⁶ “1) O artigo 36.º, n.º 1, alínea a), da Directiva 92/50/CEE do Conselho, de 18 de Junho de 1992, relativa à coordenação dos processos de adjudicação de contratos públicos de serviços, deve ser interpretado no sentido de que, quando, no quadro de um concurso público referente à prestação de serviços de transportes urbanos por autocarro, a entidade adjudicante decida adjudicar um concurso ao proponente que apresente a proposta economicamente mais vantajosa, pode tomar em consideração critérios ecológicos, como o nível de emissões de óxido de azoto ou o nível sonoro dos autocarros, desde que esses critérios estejam relacionados com o objecto do concurso, não confirmem à referida entidade adjudicante uma liberdade de escolha incondicional, estejam expressamente mencionados no caderno de encargos ou no anúncio de concurso e respeitem os princípios fundamentais do direito comunitário, designadamente o princípio da não discriminação. 2) O princípio da igualdade de tratamento não se opõe à tomada em consideração de critérios relacionados com a protecção do ambiente, como os em questão na causa principal, apenas pelo facto de a própria empresa de transportes da entidade adjudicante figurar entre as raras empresas que têm a possibilidade de propor um material que satisfaça os referidos critérios.” Disponível no site <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61999CJ0513:PT:PDF>. Acesso em 03 de abr. de 2019. Segundo Nuno Cunha Rodrigues a partir desse julgado e do caso Nord Palais, passou a ser admitido a possibilidade de serem contemplados outros sub-critérios (nomeadamente sociais ou ambientais) no procedimento de contratação, desde que sejam respeitadas quatro condições: i) os critérios devem ter uma ligação ao objeto do contrato; ii) os critérios tem de ser específicos e objetivamente quantificáveis; iii) os critérios devem ser previamente publicitados; iv) os critérios devem respeitar o direito da união europeia, em particular o princípio da não discriminação. (RODRIGUES, Nuno Cunha. **A contratação pública como instrumento de política econômica**. Coimbra: Almedina, 2015, p. 273-274).

⁶⁶⁷ AMARAL, Antonio Carlos Cintra do. **Licitação e contratos administrativos**: Estudos, Pareceres e Comentários. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 103. Além disso, não é permitido que o licitante se manifeste e renuncie parte do seu lucro porque do contrário estará praticando uma infração na

qualidade é uma ode para o desperdício. Há diferença luzente entre menor melhor preço e melhor menor preço.⁶⁶⁸ O princípio da boa-fé precisa ser utilizado para interpretar as atuações administrativas. A continuidade do uso inadequado do menor preço se caracteriza como uma conduta antijurídica, inclusive por violação ao princípio da boa-fé, consoante lições de Jesús Gonzalez Perez, o qual é um princípio geral do Direito e que supõe uma regra de conduta ou um comportamento com civilidade, uma conduta, normal, reta e honesta que um homem médio deve possuir não em sua relação geral, mas sim na sua posição jurídica da concreta relação jurídica analisada e como exerceu os direitos e obrigações no caso. o qual defende que tal.⁶⁶⁹

Ademais, pode-se teorizar também que afrontaria o princípio da eficiência na medida em que a busca de menores dispêndios suscitaria desperdícios e dissipações desnecessárias para o erário, considerando que a realização de um fim é condição para um ato eficiente.⁶⁷⁰ Por estes fundamentos, “el pensamiento ecológico y el

concorrência, ou seja, de um lado a busca da proposta mais vantajosa e do outro lado o direito da concorrência, não sendo permitido a busca da proposta mais vantajosa a qualquer custo. “en definitivo, las ofertas a perdida solo podrán considerarse como anormalmente bajas y, en consecuencia, ser rechazadas si, tras el oportuno procedimiento contradictorio en el que el licitador ha ofrecido justificaciones razonables y suficientes de su viabilidad, se constata que incurren en competencia desleal y/o encierran vulneraciones de la normativa ambiental, social o laboral.” (ACEVEDO, Rafael Fernández; FERNÁNDEZ, Patricia Valcárcel. Análisis de los criterios de adjudicación de los contratos públicos en el marco de la cuarta generación de Directivas del Sector. In: ACEVEDO, Rafael Fernández; FERNÁNDEZ, Patricia Valcárcel (directores). **La contratación pública a debate: presente y futuro**. Navarra: Civitas, 2014, p. 199-274, p. 271).

⁶⁶⁸ “A questão é que, em nome do menor preço, os licitantes em vezes, maltratam o instituto da proposta mais vantajosa, ao licenciar-se, maltratam o instituto da proposta mais vantajosa, ao licenciar-se a prática de traquinagens jurídicas ou econômico-financeiras, em agressão aos princípios e preceitos licitatórios, maquiando ou sonogando custos, sem que a Administração seduzida pela economicidade, coíba a formação do preço. (...) A eficiência técnica da Administração será fundamental para evitar que subsista proposta maquiada com preço insuficiente para cumprir o objeto licitado, mediante a omissão ou formação irreal de custos dos insumos indispensáveis à consecução do objeto licitado. (ALCORADO, Luiz Carlos. **Licitação e Contrato Administrativo**. 2.ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2000, p. 284).

⁶⁶⁹ PEREZ, Jesús Gonzalez. **El principio general de la buena fe en el derecho administrativo**. 5. ed. Navarra: Editorial Aranzadi, 2009, p. 113 e 116. Além disso, outra passagem chama atenção do autor às fls. 129-130: “En este aspecto, el principio general de la buena fe há prestado una inestimable función de integración del ordenamiento jurídico privado. Y puede prestarla em Derecho Administrativo, no ya como norma limitadora del ejercicio de actividades discrecionales, sino para llenar los vacíos de las normas legales, y completar los supuestos ciertamente numerosos en que, tanto la regulación del nacimiento de las relaciones, como en la del ejercicio de los derechos o cumplimiento de las obligaciones en que la norma olvida las exigencias de la buena fe.”

⁶⁷⁰ Vale recordar das palavras de Jaime Rodríguez-Arana Muñoz: “La eficiencia significa buscar resultados efectivos, con el mínimo coste, y significa también rigor: en el discurso y en las cuentas. Engordar exageradamente el déficit público no contribuirá nunca al bienestar social, sino que tal práctica se reduce simple y llanamente a hipotecarlo. Satisfacer las expectativas sociales mediante actuaciones inflaciones es practicar el ilusionismo.” MUÑOZ, Jaime Rodríguez-Arana. **La contratación del sector público como política pública**. In: GARCÍA, J. José Pernas (director). **Contratación pública estratégica**. Pamplona: Editorial Aranzadi, 2013, p. 31-44, p. 40).

pensamiento holístico nos han permitido descubrir que todo reduccionismo, toda visión sesgada o parcial de la realidad reduce la eficacia de la acción, la convierte en estéril o incluso en perjudicial.”⁶⁷¹

4.1.2. Análise financeira versus análise econômica: uma visão sistêmica da contratação administrativa

A análise financeira está dentro da análise econômica. Pode-se dizer que a análise econômica realiza uma investigação sobre várias facetas, dentre elas, a financeira. A presente afirmação, como decorrente da ideia de como chegar ao cálculo e encontro da proposta economicamente mais vantajosa, é extremamente relevante. Se o ambiente atual das compras públicas brasileiras ou espanholas fosse de uma economia de trocas perfeita, não haveria necessidade de discutir o presente tema. Na economia de trocas, os preços de todos os produtos são iguais aos preços dos serviços do trabalho e da natureza nele incorporados em livre concorrência, o que equivale a dizer que as despesas de produção mais os custos de esforços pessoais para a sua feitura resultam numa produção sem lucro puro.⁶⁷²

Na economia de mercado já é diferente. A autoridade pública influencia e intervém o mercado para a própria sobrevivência deste, já que anseia que a produção e o consumo venham a se desenvolver “ao longo de linhas diferentes daquelas prescritas pelo mercado livre de obstáculos, e procura atingir o seu objetivo injetando no funcionamento das diretrizes e mercado, os comandos e as proibições cuja execução conta com prontidão do poder de polícia e seu aparato de coerção e pressão.” A interferência estatal não deve ser usada para fazer o controle total da produção e do consumo nas mãos das autoridades, até porque o governo possui consciência de que ele de maneira isolada não consegue criar postos de trabalho igualmente o mercado.⁶⁷³

⁶⁷¹ MUÑOZ, Jaime Rodríguez-Arana. La contratación del sector público como política pública. In: GARCÍA, J. José Pernas (director). **Contratación pública estratégica**. Pamplona: Editorial Aranzadi, 2013, p. 31-44, p. 37.

⁶⁷² SCHUMPETER, Joseph A. **Teoria do Desenvolvimento Econômico: uma investigação sobre lucros, capital, crédito, juro e o ciclo econômico**. Trad. Maria Sílvia Possas. São Paulo: Abril Cultural, 1982, p. 26.

⁶⁷³ MISES, Ludwig Von. **Caos planejado: intervencionismo, socialismo, fascismo e nazismo**. Trad. Beatriz Caldas. São Paulo: LVM, 2017, p. 106-107.

De maneira diferente de Ludwig Von Mises, defende-se que o intervencionismo não gera só “desastre e caos” ou que seria fruto de um ressentimento invejoso contra produtores, empresários e capitalistas. É necessário que o Estado assuma o seu papel em prol da sociedade, até porque, de fato, a sua existência está condicionada para a devida subsistência dela. Além disso, não se pode subtrair o “Estado Consumidor” ou denominado “Estado Comprador”. Com isso, ao se propor, aqui neste trabalho, o uso do poder de compra estatal como direcionador e incentivador para determinadas áreas como é o caso da ciência, tecnologia e inovação, bem como que se respeite o desenvolvimento socioeconômico, não quer fazer o controle de preços como mecanismo de intromissão no controle de produção. De fato, lucros e perdas são cenários daqueles que estão no mercado e que precisam de uma atenção especial do Estado, pois os capitalistas e produtores impactam nas condições das massas, desde a empregabilidade e suas condições de acesso. Entretanto, atenção especial não significa distorção de competitividade, ingerência na produção, controle de preços ou qualquer outro intento de economia antifuncional.⁶⁷⁴ Os consumidores, em geral, devem ser soberanos na escolha e na seleção natural daqueles que estão no mercado, cabendo ao Estado também usar o seu papel regulador por meio do poder de compra ao direcionar ou fomentar determinado bem ou atividade que recaia indiretamente sobre o bem.⁶⁷⁵

⁶⁷⁴ MISES, Ludwig Von. **Caos planejado**: intervencionismo, socialismo, fascismo e nazismo. Trad. Beatriz Caldas. São Paulo: LVM, 2017, p. 107-116.

⁶⁷⁵ “Na economia de mercado, os consumidores são soberanos. A opção entre compras e abster-se de comprar, em última instância, determina o que os empresários produzem e em que quantidade e qualidade. Determina diretamente as mercadorias dos consumidores e indiretamente os preços de todas as mercadorias dos produtores, a saber, todos os fatores trabalhistas e materiais da produção. (...) O mercado ajusta os esforços de todos aqueles envolvidos no atendimento das necessidades dos consumidores correlacionados aos desejos daqueles por quem produzem – os consumidores. Sujeita a produção ao consumo.” (MISES, Ludwig Von. **Caos planejado**: intervencionismo, socialismo, fascismo e nazismo. Trad. Beatriz Caldas. São Paulo: LVM, 2017, p. 115-116). No que se refere a relação entre fornecedor e consumidor para a satisfação das necessidades, Joseph Schumpeter explica a dificuldade da busca do equilíbrio na relação de dependência entre consumidor-ofertante, bem como a compreensão sobre o poder de compra: “Quando trata das necessidades, o autor enfoca a questão e a relação entre consumidor, produto e produtor. “A quantidade de carne que o açougueiro vende depende de quanto seu freguês, o alfaiate, comprará e a que preço. Isso depende, todavia, dos resultados financeiros dos negócios deste último, estes novamente dependem das necessidades e do poder de compra de seu freguês, o sapateiro, cujo poder de compra depende, por sua vez, das necessidades e do poder de compra das pessoas para quem produz; e assim por diante, até que finalmente chegamos a alguém cujos rendimentos provenham da venda de seus bens ao açougueiro. Essa concatenação e dependência mútua das quantidades de que consiste o cosmo econômico é sempre visível, em qualquer das possíveis direções que alguém queira escolher para seguir. Onde quer que se irrompa, para onde quer que se mova a partir daí, deve-se sempre voltar ao ponto de partida,

Nesse trilho, a importância da análise econômica ultrapassa em muito a mera conexão de bens escassos e demanda crescente.⁶⁷⁶ A proposição nas compras públicas é de semear uma visão mais ampla do papel estatal quando está na figura de comprador. Emerson Gabardo explica que com a complexidade social a compreensão de o Estado sempre primar pela máxima competitividade, abertura de capital e de número de vendedores e compradores é uma falácia absoluta, bem como é desarrazoado o raciocínio de que o próprio mercado se estrutura de maneira a evitar todos esses escopos.⁶⁷⁷ Aliás, é claro que alguém poderá alegar possível conflito entre o consumidor e o regulador, por isso a importância de o exercício da regulação ser laborado por intermédio de políticas públicas com ampla participação popular, logo, democráticas.

Raciocinar holisticamente provoca que as consequências de um bem sejam devidamente medidas para saber o seu verdadeiro custo. Para examinar um móvel ou um papel, não basta aferir o custo da madeira. A retirada da árvore da natureza deve ser calculada, incluindo a perda biológica direta e indireta (para o ecossistema ao redor).⁶⁷⁸ Deve-se calcular todo o impacto do bem e aqueles que recaiam sobre o bem. Como diz o Manual de Contratação Pública Ecológica da União Europeia, deve haver uma relação de custos *versus* benefícios, a fim de encontrar uma solução satisfatória. A proteção do meio ambiente é também um fator até de igualdade para julgar uma licitação, o qual deve ser somado aos fatores da qualidade, eficiência,

talvez após um número de passos bem grande, embora finito. A análise nem chega a um ponto final natural, nem esbarra com uma causa, ou seja, um elemento que faça mais para determinar outros elementos do que ser por eles determinado.” (SCHUMPETER, Joseph A. **Teoria do Desenvolvimento Econômico**: uma investigação sobre lucros, capital, crédito, juro e o ciclo econômico. Trad. Maria Sílvia Possas. São Paulo: Abril Cultural, 1982p. 12)

⁶⁷⁶ Indo além da mera lógica da economia de bens escassos e demandas infinitas como exposto por FREITAS, Thiago Pereira de. **Sustentabilidade e as contratações públicas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 144.

⁶⁷⁷ “Sempre foi presumido pelo senso comum liberal que os fatores de produção eram dotados de razoável mobilidade para poder reagir aos momentos indesejáveis do mercado. Acredita-se na capacidade de autocorreção mercantil (automatismo). Todavia, a prática demonstrou que tal agilidade não existe. Há uma certa rigidez inerente a todos os fatores da produção, impedindo deslocamentos rápidos e oportunos. Ainda que cada vez menos haja rigidez na movimentação do capital, é inafastável uma rigidez física (do estabelecimento), uma operacional (do trabalho), uma institucional (legislação) e uma psicológica (marcas).” (GABARDO, Emerson. **Eficiência e legitimidade do Estado**. Barueri: Manole, 2003, p. 117-118).

⁶⁷⁸ EMERY, Emerson Baldotto. **Desenvolvimento sustentável**: princípio da eficiência em procedimentos licitatórios. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 50.

eficácia e idoneidade.⁶⁷⁹ Estaria consentâneo com a ideia de Pedro Cerqueira Gomes, no qual, para inovar nas compras públicas, é preciso que, na fase interna, no momento da decisão de contratar, pense na inovação social e na dita eco-inovação. Alinhar a prevenção do impacto ambiental futuro e o impacto social, inclusive exemplifica com a ideia de construir um centro de conferência para permitir reuniões a distância do que gastar muito dinheiro a médio e longo prazo com deslocamentos para reuniões, diárias, hora-trabalho e outros custos.⁶⁸⁰ Tecnologia, ciência, inovação e meio ambiente podem, e devem, ser trabalhados conjuntamente para o respeito da opção mais econômica ao Poder Público, já que, muitas vezes, a solução mais atual – e ambientalmente mais adequada – pode ser até melhor de acordo com o custo total de vida (v. g. tempo de uso), assim como ocorre com as lâmpadas de LED.⁶⁸¹

Outrossim, salienta-se que o artigo 70 da Constituição Federal impõe ao administrador público que suas condutas sejam pautadas na economicidade, não podendo cometer qualquer ato díspar desta linha.⁶⁸² Em geral, as Constituições

⁶⁷⁹ UNIÓN EUROPEA. **Adquisiciones ecológicas Manual sobre la contratación pública ecológica**. 3. ed. Luxemburgo: Oficina de Publicaciones de la Unión Europea, 2016 (disponível: http://ec.europa.eu/environment/gpp/pdf/handbook_2016_es.pdf), p.19.

⁶⁸⁰ GOMES, Pedro Cerqueira. Contratação pública e inovação – o diálogo entre Portugal e a União Europeia. In: ACEVEDO, Rafael Fernández; FERNÁNDEZ, Patricia Valcárcel (directores). **La contratación pública a debate: presente y futuro**. Navarra: Civitas, 2014, p. 525-555, p. 535-536).

⁶⁸¹ Discorda-se em parte da afirmação de Ana Claudia Finger e Regeane Bransin Quetes de que os objetos mais modernos são mais caros do que os “tradicionais”, assim como quando a comparação se dá entre o objeto sustentável e o não, até porque isso depende muito do ambiente do mercado, dos meios de produção, como está sendo veiculada a informação da sustentabilidade, dentre outros critérios: “Existem argumentações no sentido de que haveria colisão entre o princípio da economicidade e da ecoeficiência, entretanto, ressalta-se que os produtos ditos como “tradicionais” possuem ciclo de vida muito maior que os produtos sustentáveis, sendo assim, estes últimos podem até ser mais caros no ponto de vista da aquisição, mas os tradicionais trazem custos maiores no futuro.” (FINGER, Ana Claudia; QUETES, Regeane Bransin. Licitações e contratos administrativos sustentáveis como um instrumento de concretização da supremacia do interesse público. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 14, n. 57, p. 105-131, jul./set. 2014, p. 121). Igualmente, mesmo que fosse mais caro financeiramente, deve-se buscar a visão econômica da proposta mais vantajosa. Assim também recorda Jessé Torres Pereira Júnior: “Alías, mediante tal justificativa técnica, também é possível superar o entrave do menor preço, sempre presente quando se fala em licitação sustentável, vez que muitos dos objetos ambientalmente amigáveis costumam ser mais caros que os produtos dos demais concorrentes, que não se apresentam as mesmas qualidades. Normalmente, apesar do eventual preço superior no momento do julgamento da licitação, o objeto ambiental atenderá ao requisito da economicidade a longo prazo, no âmbito da própria execução contratual, no decorrer de seu uso, manutenção e descarte.” (PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. A tecnologia na atividade contratual do Estado. In FREITAS, Rafael Vêras de; RIBEIRO, Leonardo Coelho; FEIGELSON, Bruno (coord.). **Regulação e novas tecnologias**. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 269-298, p. 289-290)

⁶⁸² Art. 70. A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder.

Estaduais prescrevem por simetria também, assim como é o caso do Estado do Paraná.⁶⁸³ A economicidade tem relação ao domínio de gestão e a ideia fundamental de desempenho qualitativo, tratando-se, pois, da obtenção do melhor resultado estratégico de uma alocação de recursos financeiros. Régis Fernandes de Oliveira esclarece que economicidade diz respeito a averiguar se foi obtida a melhor proposta para a efetuação da despesa pública, isto é, se o caminho perseguido foi o melhor e mais amplo, para chegar-se à despesa e se ela fez-se com modicidade, dentro da equação custo-benefício.⁶⁸⁴ Seguindo a mesma linha, Maria Sylvia Zanella Di Pietro consagra a tese de que o controle da economicidade, assim como da legitimidade, envolve questão de mérito, para verificar se o órgão procedeu, na aplicação da despesa pública, de modo mais econômico, atendendo, por exemplo, a uma adequada relação custo-benefício.⁶⁸⁵

A título complementar, salienta-se que até mesmo o valor do procedimento licitatório atualmente tem sido sopesado para suputar as benesses ou não da forma como contratar. José Antonio Moreno Molina e Alma Patricia Domínguez expõem que na Espanha um procedimento normal custa em torno de “28.000 euros (por término medio, 5.500 euros para la entidad o poder adjudicar y 3.800 euros por empresa licitadora). En el umbral más bajo de las directivas, aplicable a los contratos de suministros y servicios (125.000 euros), estos costes representan entre el 18 y 29% del valor del contrato”, isso sem mensurar o tempo entre a data do ato convocatório (envío del anuncio de contrato) até o julgamento.⁶⁸⁶ No mesmo sentido, é no Brasil, segundo estudos do Grupo Negócios Públicos, o custo de uma licitação seria em 2014

⁶⁸³ Art. 27. A administração pública direta, indireta e fundacional, de qualquer dos Poderes do Estado e dos Municípios obedecerá aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, razoabilidade, eficiência, motivação, economicidade e, também, ao seguinte:

⁶⁸⁴ OLIVEIRA, Régis Fernandes de HORVATH, Estevão; e TAMBASCO, Teresa Cristina Castrucci. **Manual de Direito Financeiro**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1990, p. 94.

⁶⁸⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 32. ed., São Paulo: Atlas. 2019, p. 923. Suzana M. Rossetti em profunda obra monográfica pesa que: “Evidentemente, não se pretende com isso dizer que não será levado em consideração o reflexo sobre a competitividade da licitação e o preço a ser pago. Pelo contrário, o desafio está em, a partir do levantamento de mercado, definir criterios que, direcionados à promoção do desenvolvimento nacional sustentável, não provoquem uma restrição imotivada da concorrência ou uma elevação não calculada e/ou desproporcional de custos.” (ROSSETTI, Suzana M. **Processos de contratação pública e desenvolvimento sustentável**. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 96-97).

⁶⁸⁶ MOLINA, José Antonio Moreno; ALONSO, Alma Patricia Domínguez. El nuevo derecho de la Unión Europea sobre contratación pública. In: ACEVEDO, Rafael Fernández; FERNÁNDEZ, Patricia Valcárcel (directores). **La contratación pública a debate: presente y futuro**. Navarra: Civitas, 2014, p. 139-164, p. 147-148.

em torno de R\$ 12.849,00⁶⁸⁷ e o tempo médio para a finalização de um pregão é em torno de 30 a 45 dias⁶⁸⁸. De maneira similar, para quantificar o valor global a ser gasto durante uma licitação, o Governo Federal, em maio de 2007, realizou um “Mapeamento e Análise dos Custos Operacionais dos Processos de Contratação do Governo Federal” e concluiu que as licitações poderão representar um dispêndio de R\$ 2.000,00 a R\$ 16.553,26; especificamente um pregão presencial para registro de preços R\$ 3.033,88.

É claro que a análise ora proposta demanda dizer que o valor gasto para o contrato, em si, será mais dispendioso para o Estado, todavia, se considerados os custos que possuirá em razão de uma proposta mais barata, porém que não prestigie cláusulas sociais, inovadoras, ambientais, tecnológicas ou científicas, a conta será bem diferente.⁶⁸⁹ Por isso, é uma impressão equivocada o pensamento tão só sobre o preço praticado pelo licitante em uma proposta que considere somente o objeto.⁶⁹⁰ Preço e custo são coisas diferentes e precisam ser tratadas de maneira diversa.⁶⁹¹

⁶⁸⁷ NEGÓCIOS PÚBLICOS. **Infográfico – Informativo do Instituto Negócios Públicos – Compras Públicas**. Curitiba: Negócios Públicos, 2014, p. 04.

⁶⁸⁸ NEGÓCIOS PÚBLICOS. **Infográfico – Informativo do Instituto Negócios Públicos – Compras Públicas**. Curitiba: Negócios Públicos, 2017, p. 33 e 37.

⁶⁸⁹ A Diretiva 24/2014 da União Europeia preceitua que: “A proposta economicamente mais vantajosa do ponto de vista da autoridade adjudicante deve ser identificada com base no preço ou custo, utilizando uma abordagem de custo-eficácia, como os custos do ciclo de vida em conformidade com o artigo 68.o, e pode incluir a melhor relação qualidade/preço, que deve ser avaliada com base em critérios que incluam aspetos qualitativos, ambientais e/ou sociais ligados ao objeto do contrato público em causa. Estes critérios podem compreender, por exemplo: a) Qualidade, designadamente valor técnico, características estéticas e funcionais, acessibilidade, conceção para todos os utilizadores, características sociais, ambientais e inovadoras, negociação e respetivas condições; b) Organização, qualificações e experiência do pessoal encarregado da execução do contrato em questão, caso a qualidade do pessoal empregue tenha um impacto significativo no nível de execução do contrato; ou c) Serviço e assistência técnica pós-venda, condições de entrega, tais como a data de entrega, processo de entrega e prazo de entrega ou de execução. O fator custo pode igualmente assumir a forma de um preço ou custo fixo com base no qual os operadores económicos concorrem exclusivamente em termos de critérios de qualidade. Os Estados-Membros podem prever que as autoridades adjudicantes não possam utilizar o preço ou o custo como único critério de adjudicação, ou podem restringir essa utilização exclusiva a determinadas categorias de autoridades adjudicantes ou a determinados tipos de contratos.”

⁶⁹⁰ ACEVEDO, Rafael Fernández; FERNÁNDEZ, Patricia Valcárcel. Análisis de los criterios de adjudicación de los contratos públicos en el marco de la cuarta generación de Directivas del Sector. In: ACEVEDO, Rafael Fernández; FERNÁNDEZ, Patricia Valcárcel (directores). *La contratación pública a debate: presente y futuro*. Navarra: Civitas, 2014, p. 199-274, p. 214-215. No mesmo sentido, RODRIGUES, Nuno Cunha. **A contratação pública como instrumento de política econômica**. Coimbra: Almedina, 2015, p. 201.

⁶⁹¹ REIS, Paulo Sérgio de Monteiro. **Obras Públicas: Manual de Planejamento Contratação e Fiscalização**. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 141. Economicamente pode ser explicado pela seguinte passagem: “Os vários modelos apresentados mostraram que o relacionamento entre o preço de qualquer produto e seu custo pode ser influenciado por muitos fatores: o grau de diferenciação de

Ademais, adotar corretamente o critério da proposta economicamente mais vantajosa é um critério apto para assegurar a feitura de políticas secundárias ou horizontais por meio das contratações públicas.⁶⁹² Na linha de o Estado influenciar a matriz produtiva com o seu poder de compra, Juarez Freitas defende que a “proposta mais vantajosa será sempre aquela que se apresentar a mais apta a gerar, direta ou indiretamente, o menor impacto negativo e, simultaneamente, os maiores benefícios econômicos, sociais e ambientais.”⁶⁹³

Com efeito, Nuno Cunha Rodrigues tenciona que a “a ponderação do *Value for Money* aparece depois da definição de políticas horizontais ou secundárias, “ainda que a adequação destas deva ser procedida de uma análise custo/benefício que não considera, naturalmente, o *Value for Money* da aquisição per se mas antes o custo/benefício da prossecução da política secundária ou horizontal.” O autor descreve a dificuldade de os Estados quantificarem os critérios adicionais ou colaterais de tais políticas públicas, o que é chamado na Europa de “*secondori policies*” e nos Estados Unidos de “*collateral policies*”, criando assim uma zona cinzenta aos Estados na busca de achar o equilíbrio (*trade-off*) no julgamento ou nas condições de execução em que de um lado está a prossecução das ditas políticas horizontais e doutro o “*Value for Money*”.⁶⁹⁴

A discussão existente também nesta regulação do papel da busca da economicamente proposta mais vantajosa está até que ponto poderá o Estado afetar o ambiente econômico das empresas e se isso não prejudicaria a própria livre

produto, a possibilidade de coordenação entre os fornecedores etc. Um traço comum a todos estes modelos é o pressuposto de que a empresa individualmente tem em mente um preço-alvo e que este, de modo bem definido, está relacionado ao custo. Também mostramos que um preço, uma vez estabelecido, frequentemente persiste durante algum tempo (formalmente, uma estação), ainda que as condições da procura e custo se tornem diferentes do que era esperado.” (LIVESEY, Frank. **Formação de preço**. São Paulo: Saraiva, 1978, p. 14).

⁶⁹² Ainda que seja comum usar política secundária ou horizontal, este trabalho preferirá denominar como política pública horizontal para evitar uma carga negativa na expressão secundária, como se fosse de segunda linha de importância ou subsidiária à política principal. Igualmente: GOMES, Pedro Cerqueira. Contratação pública e inovação – o diálogo entre Portugal e a União Europeia. In: ACEVEDO, Rafael Fernández; FERNÁNDEZ, Patricia Valcárcel (directores). **La contratación pública a debate: presente y futuro**. Navarra: Civitas, 2014, p. 525-555, p. 529-531. Salienta-se que há quem compreenda o adjetivo horizontal para classificar a função da licitação e do contrato, e não da política pública em si, como se depreende da tese FABRE, Flavia Moraes Barros Michele. **Função horizontal da licitação e da contratação administrativa**. Orientadora Prof. Dra. Odete Medauar. 2014. 185 f. Tese (Doutoramento em Direito) – Faculdade de Direito, USP, São Paulo, 2014.

⁶⁹³ FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade: direito ao futuro**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 238.

⁶⁹⁴ RODRIGUES, Nuno Cunha. **A contratação pública como instrumento de política econômica**. Coimbra: Almedina, 2015, p. 200-204.

concorrência. Em primeiro, não se assente com critérios residuais ou casuísticos a serem adotados para uma licitação de um órgão ou entidade, mas que exista uma objetividade e neutralidade no uso de tais cláusulas. Como alertado por Rafael Fernández Acevedo e Patrícia Valcárcel Fernández, a nova Directiva da União Europeia prevê que os métodos usados para avaliar os custos ambientais externos podem ser estabelecidos de acordo com a escala do ambiente (nacional, regional ou local), desde que evitem distorções à concorrência com metodologia “ad hoc” e “específica para um caso”.⁶⁹⁵ Outros custos que devem ser avaliados e clausulados são os referentes à vida útil, substituição e manutenção para então perdurar o sentido econômico da vantajosidade.⁶⁹⁶ Contudo, não é possível deixar muito aberto ao bel alvitre do administrador público, sob pena de cometer arbítrios sob o suposto fundamento da economicidade. Por isso, os critérios admitidos pela Directiva 2014/24 da União Europeia que podem ser valorados pela Administração Pública são: critérios qualitativos, ambientais e sociais; b) os relacionados com a experiência do pessoal encarregado da execução do contrato; e c) relativos aos serviços de pós-venda e entrega da prestação.⁶⁹⁷ Nuno Cunha Rodrigues explicita como lícitas discriminações que reflitam, fundamentalmente, nas especificações técnicas, na capacidade técnica e/ou profissional dos candidatos, nos critérios de adjudicação (julgamento), na definição das condições de execução dos contratos ou na definição das causas de

⁶⁹⁵ ACEVEDO, Rafael Fernández; FERNÁNDEZ, Patricia Valcárcel. Análisis de los criterios de adjudicación de los contratos públicos en el marco de la cuarta generación de Directivas del Sector. In: ACEVEDO, Rafael Fernández; FERNÁNDEZ, Patricia Valcárcel (directores). **La contratación pública a debate: presente y futuro**. Navarra: Civitas, 2014, p. 199-274, p. 215-216.

⁶⁹⁶ GOMES, Pedro Cerqueira. Contratação pública e inovação – o diálogo entre Portugal e a União Europeia. In: ACEVEDO, Rafael Fernández; FERNÁNDEZ, Patricia Valcárcel (directores). **La contratación pública a debate: presente y futuro**. Navarra: Civitas, 2014, p. 525-555, p. 533. É muito importante que os agentes públicos sejam bem capacitados, já que possuem uma racionalidade limitada e os fornecedores aproveitam-se das incompletudes dos editais e dos contratos para renegar a qualidade do serviço, a fim de reduzir seus custos. (LIMBERGER, Têmis; TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski; ABREU, Mateus Barbosa Gomes. Contratos administrativos e gestão pública: proposições a partir de estudos de casos na Administração Pública federal indireta. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 14, n. 58, p. 155-176, out./dez. 2014 p. 162). Thiago Pereira de Freitas chega a defender o princípio da nova vantajosidade ou da vantajosidade sustentável, a qual sopesa os custos diretos e indiretos que causem menor impacto negativo e traga maiores benefícios em termos ambientais, econômicos e sociais (FREITAS, Thiago Pereira de. **Sustentabilidade e as contratações públicas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 157).

⁶⁹⁷ ACEVEDO, Rafael Fernández; FERNÁNDEZ, Patricia Valcárcel. Análisis de los criterios de adjudicación de los contratos públicos en el marco de la cuarta generación de Directivas del Sector. In: ACEVEDO, Rafael Fernández; FERNÁNDEZ, Patricia Valcárcel (directores). **La contratación pública a debate: presente y futuro**. Navarra: Civitas, 2014, p. 199-274, p. 229.

exclusão.⁶⁹⁸

Com relação ao impacto no mercado concorrencial, afirma-se que podem existir influências sobre a concorrência e que cada atuação estatal impactante deve gerar uma orientação em prol da competição entre os fornecedores. Albert Sánchez Graells, ao refletir criticamente sobre o papel do comportamento de mercado do comprador público, adverte que as autoridades públicas deveriam mudar de perspectiva e serem mais conscientes dos efeitos de suas decisões, por isso, recomenda que não seria possível restringir o acesso às licitações, nem poderia interferir no resultado da competição pura entre os competidores, como tampouco deveria permitir a alteração do certame durante a execução contratual com renegociações, alterações ou outras medidas impactantes no negócio jurídico.⁶⁹⁹ Com o devido respeito, não parece acertado o ponto de vista exclusivo da concorrência. Esta deverá se adaptar ante a regulação estatal e acima de tudo não é um super ou ultra princípio, merecendo conviver harmonicamente com outros princípios, valores e regras. Seja pela ideia de o princípio da livre concorrência não ser de caráter absoluto, como dito por José Pernas J García,⁷⁰⁰ ou pela contratação a partir de um comércio justo que respeite de maneira equivalente a igualdade de trato, transparência e não discriminação injustificada, como censura Teresa Medina Arnáiz,⁷⁰¹ o intervencionismo estatal é condição para a própria sobrevivência do mercado

⁶⁹⁸ RODRIGUES, Nuno Cunha. **A contratação pública como instrumento de política econômica**. Coimbra: Almedina, 2015, p. 261. Favorável à inserção de critérios sociais, de meio ambiente e de defesa do consumidor poderá estar na fase de determinação do objeto do contrato e de suas especificações técnicas, de seleção do contratista e na execução do contrato. (PALLARÉS, Pedro Luis Martínez. El recurrente debate sobre los criterios de adjudicación de los contratos públicos – en especial la inclusión de criterios medioambientales (comentario sobre la sentencia del TSJCE de 17 de septiembre de 2002, asunto C-513/99, Concordia bus Finland OY AB, y Helsigin Kaupunk). In: FELIÚ, José María Gimeno. **Contratación de las administraciones públicas**: análisis práctico de la nueva normativa sobre contratación pública. Barcelona: Atelier Administrativo, 2004, p. 161-170, p. 161-163.)

⁶⁹⁹ GRAELLS, Albert Sánchez. Reflexiones críticas em torno a la disciplina del comportamiento de mercado del comprador público. In: ACEVEDO, Rafael Fernández; FERNÁNDEZ, Patricia Valcárcel (directores). **La contratación pública a debate**: presente y futuro. Navarra: Civitas, 2014, p. 275-298, 296.

⁷⁰⁰ GARCÍA, J. José Pernas. La dimensión ambiental en la normativa de contratos del sector público. In: ACEVEDO, Rafael Fernández; FERNÁNDEZ, Patricia Valcárcel (directores). **La contratación pública a debate**: presente y futuro. Navarra: Civitas, 2014, p. 345-379, p. 346.

⁷⁰¹ ARNÁIZ, Teresa Medina. Comercio justo y contratación pública. In: GARCÍA, J. José Pernas (director). **Contratación pública estratégica**. Pamplona: Editorial Aranzadi, 2013, p. 249-281, p. 277.

competitivo.⁷⁰² Sem regulação estatal, o mercado se autoflagela.⁷⁰³

Outro viés é que a força do Estado, como ator no cenário das compras públicas e diante do alto valor consumido, fará com que o mercado se adapte. Depende de como se usa tal potência. Conforme anota Richard Swedeberg, o poder econômico “representa a probabilidade de que um ator possa fazer com que outros atores dediquem suas energias voluntariamente a alguma tarefa, por meio da oferta de dinheiro (em contraste com outras formas de poder que operam por meio de autoridade ou coerção)”, eis aqui para transluzir a importância seja de medidas de direção ou de ações fomentadoras.⁷⁰⁴

Posto isso, não se configura qualquer prejuízo ao exercício da atividade econômica ou liberdade da iniciativa. A liberdade de iniciativa e a livre concorrência não podem avultar outros vários valores presentes no ordenamento jurídico como é o caso do meio ambiente ou da diminuição das desigualdades regionais e sociais.⁷⁰⁵ No

⁷⁰² Explicitando o duplo objetivo de forma a abranger tanto a concorrência interna quanto externo, Marcia Carla Pereira Ribeiro e Filipe Starke explicam: “(...) Direito Concorrencial os Estados buscam dois tipos de objetivos (ainda que estes objetivos possam se desdobrar em outros): de um lado regular a concorrência interna, dentro de sua jurisdição, de forma que o mercado não gere monopólios e não se feche para a entrada de novas empresas; de outro lado, paradoxalmente, incentivar as concentrações empresariais e os monopólios, de forma a favorecer a concorrência em escala mundial relativamente aos grandes grupos empresariais incentivados pelos Estados ou comunidades nos quais concentram suas riquezas.” (STARKE, Felipe; RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. Eficiência e concentração empresarial: o caso do setor de bebidas frias. In: Giovani Clark, Paulo Ricardo Opuszka, Maria Stela Campos da Silva. (Org.). **Direito e Economia**. 1ed. Florianópolis: CONPEDI, 2014, v. I, p. 225-251, p. 227).

⁷⁰³ “No mundo real existem quatro características principais que dificultariam, ou até mesmo impossibilitariam, a obtenção da produção ótima através do setor privado. Assim, o governo emerge como um elemento capaz de intervir na alocação de recursos, atuando paralelamente ao setor privado, procurando estabelecer a produção ótima dos bens e serviços que satisfaçam às necessidades da sociedade. As quatro características que podem ser consideradas como falhas do mecanismo de mercado em atender às necessidades da sociedade são: indivisibilidade do produto; externalidades; custo de produção decrescente e mercados imperfeitos; riscos e incertezas na oferta de bens.” (RIANI, Flávio. **Economia no setor público**. 2. Ed. São Paulo: Atlas, 1994, p. 26-27).

⁷⁰⁴ SWEDEBERG, Richard. Markets in Society.. In: SMELSER, Neil J; SWEDBERG, Richard. **The handbook of economic sociology**. 2. ed. New Jersey: BRITISH LIBRARY, p. 233-253, p. 233.

⁷⁰⁵ A União Europeia não goza de discricionariedade absoluta quanto ao enquadramento da prossecução de políticas horizontais ou secundárias. Encontra-se limitada pelo princípios de competência, de subsidiariedade e de proporcionalidade sabendo-se, neste domínio, que a actuação da UE exerce-se segundo regras de competência exclusiva e de competência partilhada.” RODRIGUES, Nuno Cunha. **A contratação pública como instrumento de política económica**. Coimbra: Almedina, 2015, p. 254. Paula Forgioni explica ainda que “o Direito à Concorrência também não significa desprezo a objetivos sociais ou ambientais, isto porque são finalidades, além de outros, de tal ramo a redistribuição de renda, a proteção das pequenas empresas, a proteção dos trabalhadores, o bem-estar do consumidor, a obtenção de resultados econômicos desejáveis, a promoção de concorrência, a promoção de condutas locais e a ampliação da capacidade competitiva das empresas nacionais.” (FORGIONI, Paula. **Os fundamentos do antitruste**. 5. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 160-161).

Brasil, o Supremo Tribunal Federal na Ação Direta de Inconstitucionalidade 2135 que tratou sobre as mudanças no Código Florestal, em especial sobre a reserva legal, destacou que o desenvolvimento nacional e a preservação do meio ambiente devem possuir um justo equilíbrio, a fim de balancear as exigências da economia e as da ecologia.⁷⁰⁶ Os princípios da concorrência, do desenvolvimento nacional sustentável e da isonomia deverão ser utilizados conforme a regra da proporcionalidade para encontrar a adequação, necessidade e justiça da medida, o que torna favorável o uso da contratação pública para a busca de tais fins persecutados nas mais diversas políticas horizontais, as quais se resumem a política industrial, política ambiental, política social, política regional e política criminal.⁷⁰⁷

De todo modo, a análise financeira que residiria na mera aferição do preço ofertado não pode se sobrepor à escorreita análise econômica para encontrar a proposta mais vantajosa, pois os critérios da qualidade, impacto social, ambiental, tecnológico, inovativo e outros deverão possuir serventia para o julgamento dos licitantes.⁷⁰⁸ Ainda que o menor preço por si seja mais fácil e objetivo pela ausência

⁷⁰⁶ “A incolumidade do meio ambiente não pode ser comprometida por interesses empresariais nem ficar dependente de motivações de índole meramente econômica, ainda mais se se tiver presente que a atividade econômica, considerada a disciplina constitucional que a rege, está subordinada, dentre outros princípios gerais, àquele que privilegia a “defesa do meio ambiente” (CF, art. 170, VI), que traduz conceito amplo e abrangente das noções de meio ambiente natural, de meio ambiente cultural, de meio ambiente artificial (espaço urbano) e de meio ambiente laboral. (...) A QUESTÃO DO DESENVOLVIMENTO NACIONAL (CF, ART. 3º, II) E A NECESSIDADE DE PRESERVAÇÃO DA INTEGRIDADE DO MEIO AMBIENTE (CF, ART. 225): O PRINCÍPIO DO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL COMO FATOR DE OBTENÇÃO DO JUSTO EQUILÍBRIO ENTRE AS EXIGÊNCIAS DA ECONOMIA E AS DA ECOLOGIA. - O princípio do desenvolvimento sustentável, além de impregnado de caráter eminentemente constitucional, encontra suporte legitimador em compromissos internacionais assumidos pelo Estado brasileiro e representa fator de obtenção do justo equilíbrio entre as exigências da economia e as da ecologia, subordinada, no entanto, a invocação desse postulado, quando ocorrente situação de conflito entre valores constitucionais relevantes, a uma condição inafastável, cuja observância não comprometa nem esvazie o conteúdo essencial de um dos mais significativos direitos fundamentais: o direito à preservação do meio ambiente, que traduz bem de uso comum da generalidade das pessoas, a ser resguardado em favor das presentes e futuras gerações.” (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, ADI 3540 MC, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 01/09/2005, DJ 03-02-2006 PP-00014 EMENT VOL-02219-03 PP-00528).

⁷⁰⁷ “O princípio da proporcionalidade exige que qualquer medida escolhida seja ao mesmo tempo necessário e apropriado à luz do objetivo a alcançar. Os Estados membros devem optar, na escolha das medidas, pelas que comportarem o menor grau de perturbação para o exercício de uma atividade econômica, como foi afirmado pelo TJ.” RODRIGUES, Nuno Cunha. **A contratação pública como instrumento de política econômica**. Coimbra: Almedina, 2015, p. 258.

⁷⁰⁸ Sobre a análise macro da concorrência na União Europeia, convém alvitrar do Acórdão de 11.12.2007 – Processo C-438/05 que versava sobre a incidência da convecção coletiva com um sindicato de um Estado e sua aplicabilidade numa filial em outro Estado Membro, pois a passagem da fundamentação deixa claro que a preocupação no mercado concorrencial deve ser transcendental, alcançando também a área social: “Dado que a Comunidade tem, deste modo, não só uma finalidade

de maiores elucubrações, o fato é que o seu contínuo uso desmesurado prejudicará o interesse público com execuções contratuais inadequadas ou gastos maiores em geral (outras searas) para o Estado ou, ainda, como aponta Antonio García Jiménez, pode incentivar estruturas oligopolísticas, aumento proposital de preços a médio prazo e com isso desfacela o erário e conseqüentemente o interesse público.⁷⁰⁹ Como explica Jaime Rodríguez-Arana Muñoz, a contratação pública deve encarar o contratado como um colaborador do setor público que tem a missão de contribuir também para a obtenção de resultados sociais, de humanização da realidade, de fortalecimento da dignidade do ser humano e de seu entorno. Complementa que, por tais razões, é indispensável que a complexa ação pública, por via das compras públicas, deve contribuir de maneira direta e permanente para a melhoria das condições de vida das pessoas em conformidade com a dimensão solidária e ambiental.⁷¹⁰ O referido ideário encontra eco no ordenamento jurídico, a partir da prescrição normativa dos artigos 1º e 3º da Lei Maior, quando trata dos fundamentos e dos objetivos fundamentais, já que alcolá elenca a dignidade da pessoal humana, o bem-estar, a diminuição das desigualdades regionais e sociais e o desenvolvimento humano, portanto, qualquer atuação estatal, inclusive àquelas direcionadas para o domínio econômico, deverão vergar para tais fundamentos de validação.

4.1.3. A composição do custo do ciclo total de vida: uma alternativa para a maior aproximação da teoria ante a realidade

Para alcançar o desidério da proposta economicamente mais vantajosa, é imprescindível que se afira o custo do ciclo total de vida do objeto para comparar as

económica mas igualmente uma finalidade social, os direitos que resultam das disposições do Tratado relativas à livre circulação de mercadorias, de pessoas, de serviços e de capitais devem ser ajustados aos objectivos prosseguidos pela política social, entre os quais figura, designadamente, como resulta do artigo 136.º, primeiro parágrafo, CE, a melhoria das condições de vida e de trabalho, de modo a permitir a sua igualização no progresso, uma protecção social adequada e o diálogo social." Disponível no site <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?docid=71495&doclang=PT>. Acesso em 05 de mar. de 2019.

⁷⁰⁹ JIMÉNEZ, Antonio García. **Las conexiones entre contratación administrativa e innovación**. Madrid: Tecnos: 2018 p. 283-284.

⁷¹⁰ MUÑOZ, Jaime Rodríguez-Arana. La contratación del sector público como política pública. In: GARCÍA, J. José Pernas (director). **Contratación pública estratégica**. Pamplona: Editorial Aranzadi, 2013, p. 31-44, p. 43-44.

ofertas apresentadas à Administração Pública e então escolher a que melhor atende o interesse público. O custo do ciclo total de vida não deve ser pensado tão somente para as obrigações de dar, mas para qualquer tipo de obrigação a ser contratada, ou seja, independentemente se é de dar ou de fazer. É possível mensurar o ciclo total de vida nos serviços, nas obras, nos produtos e até nas alienações, por isso, segmenta-se as facetas a serem apreciadas na seguinte cesta de custos: (i) manutenção; (ii) depreciação e revenda; (iii) de responsabilidade ambiental; (iv) de responsabilidade do desenvolvimento local e regional; (v) de responsabilidade social e (vi) de responsabilidade do desenvolvimento científico, tecnológico e inovativo.

Em primeiro lugar, convém salientar que, conforme assinalado por J. José Pernas García, existe uma diversidade entre custo do ciclo de vida e, de outro lado, custo de vida global ou custo total de vida ou custo total da propriedade do bem. O primeiro é uma realidade mais limitada, uma vez que não encobre os custos derivados do final da vida e da eliminação dos resíduos gerados pela execução contratual.⁷¹¹ Para o presente trabalho, adotar-se-á o ciclo total de vida por compreender de maneira ampla todos os custos diretos e indiretos que recaiam sobre o mesmo, ainda que vários textos normativos simplesmente asseverem o ciclo de vida.⁷¹²

O indivíduo precisa medir o valor relativo às quantidades de seus meios de produção, e, para tanto, precisa de um padrão de valor para auxiliá-lo a regular o seu comportamento econômico.⁷¹³ Nesta diretriz, a análise do ciclo total de vida exige que se avalie todos os aspectos impactantes de maneira direta ou potenciais sobre o objeto, desde a retirada dos insumos utilizados como matéria-prima até a disposição

⁷¹¹ “La comisión europea ha señalado que el poder adjudicador podrá optar por la aplicación del concepto que considere más apropiado en función, por ejemplo, de la información disponible.” (GARCÍA, J. José Pernas. *Contratación pública y eficiencia energética*. In: GARCÍA, J. José Pernas (director). **Contratación pública estratégica**. Pamplona: Editorial Aranzadi, 2013, p. 283-328, p. 298).

⁷¹² Historicamente, relata-se que o custo do ciclo de vida foi usada pela primeira vez nos Estados Unidos para aferir o quanto representava os custos de operação e suporte dos equipamentos militares: “Life Cycle Costing (LCC hereafter) was first used in the United States by the Department of Defense (US DoD) in the mid-1960s (Epstein, 1996). The US DoD applied LCC in the procurement of military equipment, as they found that acquisition costs only accounted for a small part of the total cost for the weapons systems while operation and support costs comprised as much as 75% (Asiedu and Gu, 1998).” (SPP REGIONS – Regional Networks for Sustainable Procurement. **Life Cycle Costing State of the art report**. (Bruxelas): ICLEI – Local Governments for Sustainability, 2017, p. 04).

⁷¹³ SCHUMPETER, Joseph A. **Teoria do Desenvolvimento Econômico: uma investigação sobre lucros, capital, crédito, juro e o ciclo econômico**. Trad. Maria Sílvia Possas. São Paulo: Abril Cultural, 1982, p. 22.

final do objeto, inclusive com os dispêndios necessários dos resíduos gerados.⁷¹⁴ É uma forma de conceber de maneira consequencialista sobre o objeto do contrato e, com isso, permitir que existam elementos concretos e objetivos para a avaliação da melhor escolha.⁷¹⁵ Não é somente uma técnica para que se alveje objetivos ambientais. Ultrapassa tais horizontes. Como diz estudo específico do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, o inventário de ciclo de vida “é uma matriz representativa do sistema de produção de um produto ou serviço que consome tempo e recursos financeiros para sua construção.”⁷¹⁶ Para tal escopo, é inexorável que haja agentes públicos qualificados ou terceiros com estudos apropriados para consubstanciar a tomada de decisão administrativa no julgamento de uma licitação, pois é difícil “calcular, por ejemplo, el consumo energético o los costes ambientales (externalidades) derivados de las emisiones contaminantes de un producto a lo largo de su ciclo de vida, o los gastos vinculados con la eliminación de una determinada obra y el tratamiento final de los residuos.” Aliás, a metodologia usada deve ser transparente para que qualquer pessoa possa questionar, criticar ou solicitar alterações na metodologia adotada, tal como acontecem com as ecoetiquetas no âmbito da União Europeia.⁷¹⁷

⁷¹⁴ Na mesma linha, aclara José María Gimeno Feliú: “El ciclo de vida abarca todas las etapas de la existencia de un producto, una obra o la prestación de un servicio, desde la adquisición de materias primas o la generación de recursos hasta la eliminación, el desmantelamiento o la finalización. Los costes que deben tenerse en cuenta no incluyen solo los gastos monetarios directos, sino también los costes medioambientales externos, si pueden cuantificarse en términos monetarios y verificarse.” (FELIÚ, José María Gimeno. *Compra pública estratégica*. In: GARCÍA, J. José Pernas (director). **Contratación pública estratégica**. Pamplona: Editorial Aranzadi, 2013, p. 45-79, p. 53).

⁷¹⁵ ARAÚJO, Jailson de Souza; VETTORAZZI, Karlo Messa. A sustentabilidade de produtos e serviços enquanto pré-requisito ao consumo consciente. **Revista de Direito Econômico e Socioambiental**, Curitiba, v. 1, n. 1, p. 109-126, jan./jun. 2010, p. 123.

⁷¹⁶ COELHO FILHO, Osmar; SACCARO JÚNIOR, Nilo Luiz; LUEDEMANN, Gustavo. **A avaliação de ciclo de vida como ferramenta para a formulação de políticas públicas no Brasil** - Textos para discussão 2205). Brasília: Rio de Janeiro, IPEA, 2016, p. 08.

⁷¹⁷ GARCÍA, J. José Pernas. *Contratación pública y eficiencia energética*. In: GARCÍA, J. José Pernas (director). **Contratación pública estratégica**. Pamplona: Editorial Aranzadi, 2013, p. 283-328, p. 299. Com a mesma posição, o Manual das Contratações Ecológicas da União Europeia expõe sobre a inclusão das externalidades no cômputo e acerca da exposição dessas informações por questões de transparência e mensuração dos riscos pelos ofertantes: “El CCV también puede incluir el coste de las externalidades (como las emisiones de gases de efecto invernadero) en las condiciones específicas descritas en el apartado 5.3.2. Las Directivas de 2014 exigen que, cuando se utilice el CCV, se indiquen en el pliego de condiciones de la licitación el método de cálculo y los datos que deban aportar los licitadores. Asimismo, se aplican normas específicas con respecto a los métodos de asignación de costes a las externalidades medioambientales, cuyo objetivo es garantizar la equidad y transparencia de dichos métodos. (...) La solicitud de información de apoyo detallada a propósito de las estimaciones de costes facilitadas por los licitadores es, por lo tanto, importante.” (UNIÓN EUROPEA. **Adquisiciones ecológicas Manual sobre la contratación pública ecológica**. 3. ed. Luxemburgo:

Dentro do contexto da mudança de 2014 nas Diretivas da União Europeia, José María Gimeno Feliú informa sobre: i) a possibilidade de se justificar as decisões na busca da oferta economicamente mais vantajosa a partir do custo do ciclo de vida dos produtos e dos serviços e das obras a serem comprados. ii) os poderes adjudicatários podem exigir que as obras, os fornecimentos ou os serviços tenham certificações específicas que atestem determinadas características socioambientais ou de outro tipo, desde que não exista um direcionamento de certificação e amplitude de certificadores. Por exemplo, etiqueta ecológica europeia ou plurinacional que o produto foi feito sem qualquer trabalho infantil; iii) a investigação e a inovação representam um papel central na Estratégia Europa 2020 para um crescimento inteligente, sustentável e integrador, motivo pelo qual os compradores públicos devem adquirir produtos ou serviços que promovam o crescimento futuro, melhorem a qualidade e a eficiência dos serviços públicos; e iv) a melhoria de acesso ao mercado para as empresas de pequeno porte (PYMES e empresas incipientes), decisão que não é protecionista, e, sim, asseguradora de uma efetiva concorrência entre os operadores econômicos dentro do marco normativo nacional-comunitário.⁷¹⁸

Avaliando especificamente sobre a existência de normas no Brasil e na Espanha sobre o ciclo total da vida útil, é valioso expender algumas constatações. No Brasil, existe um órgão público específico para a avaliação do ciclo de vida que é o Instituto Brasileiro de Informação em Ciência e Tecnologia que foi criado no início da década de 1950.⁷¹⁹ Tal instituto se configura como uma unidade de pesquisa integrante da estrutura do Ministério da Ciência e Tecnologia (MCT) e tem como competências, segundo o artigo 5º do seu Regimento Interno: I - propor ao MCT políticas para orientação do setor de ICT, colaborando com a sua implementação; II - apoiar, induzir, coordenar e executar programas, projetos, atividades e serviços na sua área de competência; III - estabelecer e manter cooperação e intercâmbio com entidades públicas e privadas, nacionais e internacionais; IV - apoiar e promover a

Oficina de Publicaciones de la Unión Europea, 2016 (disponível em: http://ec.europa.eu/environment/gpp/pdf/handbook_2016_es.pdf), p. 51 e 54).

⁷¹⁸ FELIÚ, José María Gimeno. *Compra pública estratégica*. In: GARCÍA, J. José Pernas (director). **Contratación pública estratégica**. Pamplona: Editorial Aranzadi, 2013, p. 45-79, p. 52-58.

⁷¹⁹ A avaliação do ciclo de vida é um método científico, estruturado e abrangente padronizado internacionalmente para quantificar os recursos consumidos, as emissões, os impactos ambientais e de saúde e os problemas de esgotamento de recursos. (SPP REGIONS – Regional Networks for Sustainable Procurement. **Life Cycle Costing State of the art report**. (Bruxelas): ICLEI – Local Governments for Sustainability, 2017, p. 06).

formação e capacitação de recursos humanos, com perfis profissionais que respondam às demandas da área de informação em ciência, tecnologia e inovação tecnológica no País; V - apoiar e promover a geração, difusão e absorção de conhecimento e tecnologia para a informação em ciência, tecnologia e inovação tecnológica; VI - criar mecanismos de produção e capacitação de novos recursos financeiros e ampliar as receitas próprias.

Dentro desta incumbência normativa do IBCT, está, desde 2003, a de incorporar a Avaliação do Ciclo de Vida (ACV), a qual foi concebida no país em 1994 e que consiste em ser uma “técnica desenvolvida para mensuração dos possíveis impactos ambientais causados como resultado da fabricação e utilização de determinado produto ou serviço.” No país, a referida avaliação é usada por pesquisadores que buscam ampliar a base científica de conhecimento sobre sistemas produtivos e seus impactos e também setor governamental, de modo a buscar subsídios para a elaboração e fomento de políticas públicas que atinjam a sustentabilidade.⁷²⁰ O principal resultado da Avaliação do Ciclo de Vida é o Banco Nacional de Inventários do Ciclo de Vida (SICV Brasil), que é uma coletânea de informações sobre o “conjunto consolidado de Inventários do Ciclo de Vida (ICVs) adaptados à realidade da produção industrial e agroprodução brasileira.”⁷²¹ Diante da alta relevância da temática e dos resultados sociais colimados, parece que é incontroversa a imperiosidade de um órgão pública tratar do tema.⁷²² Além disso, o

⁷²⁰ Disponível no site <http://acv.ibict.br/acv/o-que-e-o-acv/>. Acesso em 04 de fev. de 2019 Além disso, consigna-se que: “O Ibict também promove o desenvolvimento de competências em ACV por meio da realização de cursos de sensibilização, introdução à ACV e palestras para órgãos do governo, entidades de classe e academia. Produz ainda, conteúdos de cunho estratégico para o fortalecimento da ACV, como manuais técnicos, estudos e artigos científicos.” A origem da ACV “remonta aos estudos do economista Wassily Leontief, através da metodologia de economic input-output life cycle assessment (EIO-LCA), lançada na década de 1970 e baseada em seus trabalhos com matrizes insumo-produto de 1930 (CMU, 2015). Com o avanço da computação, em meados dos anos 1990, pesquisadores do Green Design Institute, da Carnegie Mellon University, criaram um ambiente de simulação capaz de decodificar matrizes de grande escala.” (COELHO FILHO, Osmar; SACCARO JÚNIOR, Nilo Luiz; LUEDEMANN, Gustavo. **A avaliação de ciclo de vida como ferramenta para a formulação de políticas públicas no Brasil** - Textos para discussão 2205. Brasília: Rio de Janeiro, IPEA, 2016, p. 07). Apesar que existe uma discordância sobre o histórico, já que o site institucional do IBICT descreve que o primeiro estudo como ACV aconteceu nos Estados Unidos em 1965 pela Coca-Cola para identificar qual embalagem para refrigerante teria o menor prejuízo para emissões de gases e recursos para a sua fabricação, sendo que tal estudo ficou conhecido como Resource and Environmental Profile Analysis. (Disponível em <http://acv.ibict.br/acv/historico-da-acv/>) Acesso em 04 de mar. de 2019.

⁷²¹ Disponível em <http://acv.ibict.br/sobre/quem-somos/>. Acesso em 03 de mar. de 2019.

⁷²² Existem atualmente várias iniciativas nesta linha no Brasil, tais como: RAICV – Rede de Pesquisa

pensamento do ciclo da vida possui enormes dificuldades para a sua concretização, já que necessita de conhecimentos aprofundados de diversas áreas, e, por fim, fazer essa interseção entre tais. Por isso, muito pertinente a ponderação que é transcrita no site institucional da AVC do IBCT:

O pensamento ocidental tem sido marcado desde há muito tempo pela fragmentação dos sistemas que nos rodeiam. As relações intrínsecas entre e dentro destes sistemas têm sido negligenciadas. Assim, a consciência humana tem sido construída em partes distintas, como gavetas em uma cômoda, nas quais as experiências são guardadas e isoladas de outras gavetas ou sistemas com quem invariavelmente têm relações causais. Esta forma de perceber e pensar o mundo é limitada e excludente. A noção das partes sem entender as inter-relações não permite a compreensão do todo. Há centenas de anos, Aristóteles percebeu que o todo é maior que a simples soma das partes que o constituem. E assim, não percebemos que, ao não considerar as inter-relações, provocamos interferências nos sistemas que posteriormente serão percebidas por todos.⁷²³

As Normas Brasileiras de Contabilidade Aplicada ao Setor Público, NBCs T 16.1 a 16.11, aprovada pelo Conselho Federal de Contabilidade e que geraram uma mudança de paradigma na contabilidade pública a partir do aproveitamento de técnicas do setor privado, preveem que: (i) vida útil econômica é o “o período de tempo definido ou estimado tecnicamente, durante o qual se espera obter fluxos de benefícios futuros de um ativo”; (ii) deverá sopesar para a sua estimativa a capacidade de geração de benefícios futuros, o desgaste físico decorrente de fatores operacionais ou não, a obsolescência tecnológica e os limites legais ou contratuais sobre o uso ou a exploração do ativo; (iii) deverá haver um critério objetivo com base em parâmetro e índices admitidos em norma ou laudo técnico específico; e (iii) os métodos de depreciação, amortização e exaustão devem ser compatíveis com a vida útil econômica e deverão ser computados.⁷²⁴ No seu decorrer, também menciona uma série de definições de custos (custo indireto, custo fixo, custo variável, etc.), as quais se entendem como inaplicável para o julgamento de um objeto numa licitação, apesar

em Avaliação de Impacto do Ciclo de vida, ACV Brasil, Rede ACV Embrapa, Fundação Espaço Eco, Enciclo Soluções Sustentáveis, Rede Brasileira de Avaliação do Ciclo de Vida (LinkedIn) e o Grupo de Gestão Ambiental Avançada.

⁷²³ Disponível no site <http://acv.ibict.br/acv/pensamento-do-ciclo-de-vida/>. Acesso em 03 de abr. de 2019.

⁷²⁴ A depreciação pode ter inúmeras causas para gerar a redução do valor do bem (v. g. o uso, a natureza, obsolescência, etc.). A amortização é gerada pelos elementos patrimoniais de direitos de propriedades e bens intangíveis, sendo que sua causa é a limitação de tempo para o seu uso. A exaustão acontece com recursos naturais esgotáveis e a causa é a exploração, assim como ocorre com veículos, softwares e recursos minerais. (SECRETARIA DO TESOURO NACIONAL. **Manual de Contabilidade Aplicada ao Setor Público**. 7. ed. Brasília: STN, 2017, p. 175).

que concorda e entende como plenamente utilizável para este trabalho a importância dos atributos da informação de custos, quais sejam:

(a) relevância – entendida como a qualidade que a informação tem de influenciar as decisões de seus usuários auxiliando na avaliação de eventos passados, presentes e futuros; (b) utilidade – deve ser útil à gestão tendo a sua relação custo benefício sempre positiva; (c) oportunidade – qualidade de a informação estar disponível no momento adequado à tomada de decisão; (d) valor social – deve proporcionar maior transparência e evidenciação do uso dos recursos públicos; (e) fidedignidade – referente à qualidade que a informação tem de estar livre de erros materiais e de juízos prévios, devendo, para esse efeito, apresentar as operações e acontecimentos de acordo com sua substância e realidade econômica e, não, meramente com a sua forma legal; (f) especificidade – informações de custos devem ser elaboradas de acordo com a finalidade específica pretendida pelos usuários; (g) comparabilidade – entende-se a qualidade que a informação deve ter de registrar as operações e acontecimentos de forma consistente e uniforme, a fim de conseguir comparabilidade entre as distintas instituições com características similares. É fundamental que o custo seja mensurado pelo mesmo critério no tempo e, quando for mudada, esta informação deve constar em nota explicativa; (h) adaptabilidade – deve permitir o detalhamento das informações em razão das diferentes expectativas e necessidades informacionais das diversas unidades organizacionais e seus respectivos usuários; (i) granularidade – sistema que deve ser capaz de produzir informações em diferentes níveis de detalhamento, mediante a geração de diferentes relatórios, sem perder o atributo da comparabilidade.⁷²⁵

As normas de contabilidade aplicada ao setor público usam a denominação vida útil⁷²⁶ e podem servir de arrimo para a compreensão do ciclo total de vida do objeto, considerando a vida útil como fator a ser sopesado, principalmente nos custos de manutenção e depreciação e revenda. Em que pese a existência de normas dispostas sobre o tema, insta colacionar que ainda é pouco desenvolvida no Brasil a avaliação do ciclo de vida para fins de explorá-la como instrumento de apoio à decisão nas políticas públicas.⁷²⁷

No plano normativo, a Lei que dispõe sobre a política nacional de resíduos

⁷²⁵ Disponível no site: http://portalcfc.org.br/wordpress/wp-content/uploads/2013/11/setor_publico.pdf. Acesso 04 de mar. de 2019.

⁷²⁶ “Ao realizar a estimativa do tempo de vida útil de um determinado ativo, deve-se verificar: a. O tempo pelo qual o ativo manterá a sua capacidade para gerar benefícios futuros para o ente. b. Os aspectos técnicos referentes ao desgaste físico e a obsolescência do bem. Por exemplo, a utilização ininterrupta do bem pode abreviar a sua vida útil. c. O tempo de vida útil de um bem que possui a sua utilização ou exploração limitada temporalmente por lei e contrato não pode ser superior a esse prazo. d. A política de gestão de ativos da entidade, ao considerar a alienação de ativos após um período determinado ou após o consumo de uma proporção específica de benefícios econômicos futuros ou potencial de serviços incorporados no ativo, fazendo com que a vida útil de um ativo possa ser menor do que a sua vida econômica.” (SECRETARIA DO TESOUREIRO NACIONAL. **Manual de Contabilidade Aplicada ao Setor Público**. 7. ed. Brasília: STN, 2017, p.191).

⁷²⁷ Conclusão emergida na obra: COELHO FILHO, Osmar; SACCARO JÚNIOR, Nilo Luiz; LUEDEMANN, Gustavo. **A avaliação de ciclo de vida como ferramenta para a formulação de políticas públicas no Brasil** - Textos para discussão 2205. Brasília: Rio de Janeiro, IPEA, 2016.

sólidos preceitua o que é ciclo de vida do produto como “série de etapas que envolvem o desenvolvimento do produto, a obtenção de matérias-primas e insumos, o processo produtivo, o consumo e a disposição final” (artigo 3º, IV), a responsabilidade compartilhada entre fabricantes, importadores, distribuidores, comerciantes, consumidores e dos titulares dos serviços públicos de limpeza urbana e manejo dos resíduos sólidos para diminuir o volume de resíduos e seu impacto sobre a saúde humana e a qualidade de vida (artigo 2º, XVII). Acerca desta responsabilidade, o artigo 30 prescreve que os seus objetivos são: (i) a compatibilidade entre os interesses dos agentes econômicos e sociais para desenvolver estratégias sustentáveis; (ii) a promoção do aproveitamento dos resíduos sólidos ao remetê-los para a sua cadeia produtiva ou de outras cadeias produtivas; (iii) redução da geração de resíduos, inclusive com a diminuição do desperdício, da poluição e dos danos ambientais; (iv) o incentivo do uso de insumos que agridam menos o meio ambiente e aumente a sustentabilidade; (v) estímulo da produção e do consumo do mercado de materiais reciclados e recicláveis; (vi) o propício de atividades produtivas que alcancem eficiência e sustentabilidade e (vii) o incentivo de boas práticas de responsabilidade socioambiental. Interessa também destacar o artigo 42, inciso II, que preceitua ao Poder Público o poder-dever de instituir medidas fomentadoras e linhas de financiamento para de forma preferencial as iniciativas de “desenvolvimento de produtos com menores impactos à saúde humana e à qualidade ambiental em seu ciclo de vida”, bem como o artigo 44 que determina aos Entes Federativos que instituem normas com o fito de conceder incentivos fiscais, financeiros ou creditícios a projetos relacionados a responsabilidade pelo ciclo de vida dos produtos.

Especificamente na legislação de licitações e contratos públicos, a Lei nº 8.666/93, que é considerada a Lei Geral de Licitações e Contratos, nada dispõe sobre o assunto, bem como a Lei do Pregão (Lei nº 10.520/02). Pode-se usar a Lei do Regime Diferenciado de Contratação (artigo 4º, III, da Lei nº 12.462/2011) e a Lei das Estatais (artigo 32, II, da Lei nº 13.303/2016) como fontes normativas da possibilidade de seu uso, uma vez que preconizam que a busca da maior vantagem para a administração pública dar-se-á “considerando custos e benefícios, diretos e indiretos, de natureza econômica, social ou ambiental, inclusive os relativos à manutenção, ao desfazimento de bens e resíduos, ao índice de depreciação econômica e a outros

fatores de igual relevância.”

No ambiente europeu, mais precisamente na Diretiva 24/2014 da União Europeia, o ciclo de vida é citado quatorze vezes somente nos considerandos, o que demonstra a sua relevância. Em síntese, descreve que: 1) deve ser permitida a apresentação de soluções técnicas, de normas e de especificações técnicas existentes no mercado, as quais sopesem o ciclo de vida e a sustentabilidade do processo de produção do objeto como critério a servir para julgamento; 2) deve ser possibilita a apresentação de soluções técnicas, de normas e de especificações técnicas existentes no mercado que ponderem o ciclo de vida e a sustentabilidade como critério a ser apreciado; 3) a legislação setorial específica deverá estipular objetivos e metas de acordo com a política e condições do setor, sempre evitando que se adote uma metodologia casuística – para um único Estado-Membro e sim pensando no bloco; 4) o conceito do ciclo de vida inclui todos os custos diretos e indiretos ao longo das obras, serviços e fornecimentos;⁷²⁸ 5) deverá ser estudada e criada uma metodologia para o cálculo dos custos sociais do ciclo de vida, considerando as já existentes como é o caso das *Guidelines for Social Life Cycle Assessment of Products* adotadas no âmbito do Programa das Nações Unidas para o Ambiente; e 6) a Comissão da União Europeia deverá criar as metodologias para a composição do ciclo de vida dos objetos, bem como tem a missão de manter atualizada a lista com tais informações no sítio eletrônico.⁷²⁹

⁷²⁸ “Tal implica tanto os custos internos, por exemplo os que dizem respeito à investigação a efetuar, ao desenvolvimento, à produção, ao transporte, à utilização, à manutenção e à eliminação no fim de vida, como os custos imputáveis a externalidades ambientais, como a poluição causada pela extração de matérias-primas utilizadas no produto ou causada pelo próprio produto ou pelo seu fabrico, desde que possam ser quantificados monetariamente e controlados. Os métodos que as autoridades adjudicantes utilizam para avaliar os custos imputados a externalidades ambientais deverão ser estabelecidos previamente de forma objetiva e não discriminatória e ficar acessíveis a todas as partes interessadas. Estes métodos poderão ser estabelecidos a nível nacional, regional ou local, mas deverão, a fim de evitar distorções de concorrência devidas a metodologias específicas, conservar um carácter geral no sentido de que não deverão ser especificamente concebidos para um determinado contrato público. Deverão ser desenvolvidas metodologias comuns a nível da União para o cálculo dos custos do ciclo de vida de determinadas categorias de fornecimentos ou serviços. Sempre que sejam desenvolvidas metodologias comuns deste tipo, a sua utilização deverá ser tornada obrigatória.” Disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/pt/TXT/?uri=CELEX:32014L0024>. Acesso 26 de mar. de 2019.

⁷²⁹ De acordo com este raciocínio, atualmente existe a Comissão Europeia que versa sobre consumo e produção sustentáveis (CPS), sendo que o objetivo “consiste em identificar potenciais melhorias a realizar em produtos e serviços que poderão reduzir o impacto no ambiente e a utilização de recursos em todas as fases do ciclo de vida desses produtos ou serviços (matérias-primas/cadeias de abastecimento/utilização de produtos/fim de vida útil: as consequências da eliminação e as

O artigo 68 da Diretiva 24/2014 da União Europeia prescreve que o cálculo deve albergar partes ou a totalidade dos custos relevantes, divididos em: a) custos suportados pela autoridade adjudicante ou outros utilizadores, nomeadamente: i) custos relacionados com a aquisição, ii) custos de utilização, tais como consumo de energia e de outros recursos, iii) custos de manutenção, iv) custos de fim de vida, tais como custos de recolha e reciclagem; e b) custos imputados a externalidades ambientais ligadas ao produto, serviço ou obra durante o seu ciclo de vida, desde que seja possível determinar e confirmar o seu valor monetário; esses custos podem incluir o custo das emissões de gases com efeito de estufa e de outras emissões poluentes, assim como outros custos de atenuação das alterações climáticas.

Atualmente, existem ferramentas utilizadas na União Europeia para a fixação do ciclo de custo de vida de bens e serviços.⁷³⁰ O próprio site da Contratação Pública Verde da Comissão Europeia já menciona tais cálculos e expõe informações para os mais diversos objetos (produtos e serviços de limpeza, computador e monitores, cópia e papel gráfico, equipamentos elétricos e eletrônicos utilizados no setor de saúde, eletricidade, serviços de alimentação e catering, mobília, produtos e serviços de jardinagem, equipamento de imagem, projeto, construção e gerenciamento de prédios de escritórios, tintas, vernizes e marcações rodoviárias, projeto, construção e manutenção de estradas, torneiras sanitárias, iluminação rodoviária e sinais de trânsito, têxteis, banheiros e mictórios, transporte rodoviário, infraestrutura de águas residuais e aquecedores à base de água).⁷³¹

Feitas tais considerações, explica-se cada elemento do custo total de vida que se pretende a ser inserido na legislação brasileira ou que se passe a ser respeitada como uma boa prática de contratação administrativa para calcular o custo da licitação

possibilidades de reutilização ou reciclagem).” Disponível em <http://www.europarl.europa.eu/factsheets/pt/sheet/77/consumo-e-producao-sustentaveis>. Acesso em 26 de mar. de 2019.

⁷³⁰ Merece destaque as seguintes calculadoras: (i) para aquisição de veículos <https://ec.europa.eu/transport/themes/urban/vehicles/directive/>; (ii) para construção http://ec.europa.eu/growth/sectors/construction/support-toolsstudies/index_en.htm; (iii) para mensurar a emissão de CO2 <http://www.smart-spp.eu>; e (iv) para cálculo geral, iluminação interna, iluminação exterior, carros, cozinha, edifícios modulares temporários, máquinas de venda e café e eletrodomésticos feito pelo Conselho Sueco de Gestão Ambiental <http://www.upphandlingsmyndigheten.se/omraden/lcc/lcc-kalkyler/>.

⁷³¹ Disponível em http://ec.europa.eu/environment/gpp/eu_gpp_criteria_en.htm. Acesso em 03 de fev. de 2019.

na fase interna e também para aferir a exequibilidade das propostas.⁷³²

a) Custos de manutenção, depreciação e revenda

Os custos de manutenção, depreciação e revenda precisam ser considerados quando da fase interna da licitação, mais precisamente para que na arquitetura pretendida a ser contratada seja sopesada a viabilidade de especificações técnicas ou discriminações sobre o objeto. Esses valores estão associados ao que se chama de custo total de propriedade (*total cost of ownership*), cuja expressão do setor comercial representa quantificar todos os gastos até o uso econômico do objeto.⁷³³

Os gastos de manutenção e reparos são aqueles incorridos para a manutenção ou recolocação do objeto em condição normal de uso, não gerando qualquer aumento de vida útil. Difere de qualquer melhoria sobre o objeto, já que a definição desta acarretar um aumento de vida útil em virtude de incrementar a capacidade produtiva ou diminuir o custo operacional.⁷³⁴ Como diz o Manual de Contratações Ecológicas da União Europeia, o consumo de energia, água e combustível, em geral, deverá ser estimado para reputar boa ou não uma opção de objeto (serviço ou produto), até porque o maior ou menor dispêndio ensejará um parecer aconselhável ou não do ponto de vista econômico e meio-ambiental. O mesmo raciocínio é feito sobre os valores de manutenção e substituição, como exemplificado na feitura de um edifício e uma ponte, já que os materiais utilizados no acabamento exterior poderão ser mais caros no momento da construção comparados a outros, entretanto o custo de manutenção e limpeza resultará num melhor negócio.⁷³⁵ Se for um produto, também

⁷³² “En efecto, la práctica administrativa adquiere relevancia en Derecho a través de un doble camino: en primer lugar, por cuanto es de la práctica administrativo de donde el legislador toma los criterios, legalizando así y dando carácter positivo a las antiguas prácticas administrativas (gran parte de la legislación administrativa fue inicialmente mera práctica interna de la Administración). En segundo lugar, a través de la doctrina del precedente (...)” .(PALASI, Jose Luis Villar; EZCURRA, Jose Luis Villar. **Principios de Derecho Administrativo**. Tomo I. 3. ed. Madrid: Universidad Computense, 1992, p. 306).

⁷³³ SPP REGIONS – Regional Networks for Sustainable Procurement. **Life Cycle Costing State of the art report**. (Bruxelas): ICLEI – Local Governments for Sustainability, 2017, p. 06.

⁷³⁴ SECRETARIA DO TESOURO NACIONAL. **Manual de Contabilidade Aplicada ao Setor Público**. 7. ed. Brasília: STN, 2017, p. 110.

⁷³⁵ UNIÓN EUROPEA. **Adquisiciones ecológicas Manual sobre la contratación pública ecológica**. 3. ed. Luxemburgo: Oficina de Publicaciones de la Unión Europea, 2016 (disponível : http://ec.europa.eu/environment/gpp/pdf/handbook_2016_es.pdf), p. 51-52. Vale colacionar aqui a ideia de taxa de desconto e duração da vida de produto para fins de encontro do montante de depreciação, conforme explicado no citado Manual às fls. 53: “La frecuencia con que un producto debe sustituirse también tendrá una importante repercusión en su coste, especialmente a lo largo de un periodo más

deve ser calculado o valor de revenda do mesmo se não houver a completa depreciação durante o seu uso pela Administração Pública. Por tais razões, essa vertical perscrutação deverá ser feita durante a fase interna da licitação e também como forma objetiva de conferência da exequibilidade da proposta quando determinada a abertura do preço, seja por meio de juntada obrigatória da planilha segundo regra editalícia ou quando houver diligência sobre a sua viabilidade ou não de ser concretizada.

b) Custo de responsabilidade ambiental

O custo de responsabilidade ambiental também deverá ser calculado, o qual faz parte da promoção do desenvolvimento nacional sustentável e significa que a Administração Pública deverá avaliar quais serão os custos ambientais para ter o objeto. Algumas inquirições devem ser feitas: É possível reciclar? É viável reutilizar? Quanto gera um processo de reciclagem? Quanta energia é gasta? É permitido o uso de produto biodegradável ou não? Qual a degradação e seu grau? Qual o custo para dar o tratamento do resíduo? Quais são as demais opções existentes no mercado? Enfim, busca-se saber quais são os custos da responsabilidade ambiental e seu impacto no valor final do ciclo do custo total de vida.⁷³⁶ A mais, é a busca pela menor

prolongado. Un producto barato que debe sustituirse con frecuencia puede costar más a largo plazo que un producto de precio más alto que dure muchos años. Esto debe tenerse en cuenta a la hora de determinar a lo largo de cuántos años desea realizar una comparación de los costes del ciclo de vida. Tasa de descuento. En el futuro, los costes tendrán un valor inferior al actual, puesto que la sociedad asigna un peso mayor a los efectos positivos y negativos que se producen hoy que a los que tienen lugar en el futuro. 100 EUR invertidos hoy a un interés de 5 % equivaldrían a 105 EUR al cabo de un año. Por consiguiente, 105 EUR gastados dentro de un año tendrían un «valor» de 100 EUR a día de hoy. Ese sería su valor actual neto (VAN). El VAN se puede tener en cuenta a la hora de comparar los costes del ciclo de vida, mediante la aplicación de una tasa de descuento social a los costes futuros. Esta tasa varía según los países, pero por lo general oscila entre un 3 % y un 8 % (ajustada para eliminar los efectos de la inflación).”

⁷³⁶ Exemplos de cláusulas ambientais: “Entrega y envasado de bienes a granel y no por unidades; Recuperación o reutilización a cargo del contratista del material de envasado y de los productos usados; suministro de bienes en recipientes reutilizables; recogida, reciclado o reutilización a cargo del contratista de los despachos producidos durante la utilización o consumo de un producto o después; transporte y entrega donde tenga lugar la utilización de los productos químicos (por ejemplo, productos de limpieza) concentrados e diluidos.” (FELIÚ, José María Gimeno. Los procedimientos y criterios de adjudicación y la posibilidad de valorar aspectos sociales y medioambientales. In: FELIÚ, José María Gimeno (Coord.). **Contratación de las Administraciones Públicas: análisis práctico de la nueva normativa sobre contratación pública**. Barcelona: Atelier, 2004, p. 61-94, p. 93). Acerca de exemplos de especificações técnicas relativas a características funcionais, Maria João Estorninho apresenta: “exigir certo tipo de matérias-primas, percentagens mínimas de material reciclado, proibição de utilização determinada substância.” Já sobre as especificações técnicas sobre a produção: “exigir determinado método de produção (ex. madeira proveniente de florestas geridas de modo sustentável,

geração de entropia no processo como um todo.⁷³⁷

Nesse propósito, políticas de certificação ambiental ou ecológica de objetos, métodos de produção e de serviços representam uma excelente oportunidade de aliar o zelo verde e o desenvolvimento de tecnologia. Na Coréia do Sul, existe um programa governamental que fornece o selo “New Excellent Product (NEP)”, e, com esta certificação, a empresa poderá ser contratada diretamente – caso haja concorrência, poderá servir como peso para julgamento na qualidade.⁷³⁸ Na Romênia, a Prefeitura de Baia Mare, em uma dada oportunidade, realizou a licitação para a aquisição de veículos e ônibus, sendo que foi levado em consideração, além de outros critérios no ciclo de vida, a emissão de gases.⁷³⁹ Na Europa, a Diretiva 2009/33/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 23 de abril de 2009 impõe critérios para a contratação de transporte rodoviário e energeticamente eficientes, abarcando, assim, a aferição dos gases exarados.⁷⁴⁰ No Brasil, as licitações de concessão de serviço público de transporte coletivo já têm demonstrado a necessidade de avaliar a questão da emissão dos gases como critérios de seleção ou requisito de aceitabilidade da proposta.⁷⁴¹ Nesse ponto, o progresso tecnológico revela-se como essencial, até mesmo para calcular e para propor alternativas aos consumidores, por tal razão, a atualização com os conhecimentos sobre o mercado do objeto são essenciais para o sucesso da contratação.

alimentos de agricultura biológica, eletricidade proveniente de fontes de energia renovável).” (ESTORNINHO, Maria João. **Curso de Direito de Contratos Públicos**: por uma contratação pública sustentável. Coimbra: Almedina, 2013, p. 435).

⁷³⁷ EMERY, Emerson Baldotto. **Desenvolvimento sustentável**: princípio da eficiência em procedimentos licitatórios. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 127-129. A mais, salienta-se que já há algumas estudos e normas sobre por exemplo procedimentos e critérios para o funcionamento de sistemas de tratamento térmico de resíduos como é o caso da Resolução CONAMA 316/2002, porém é necessário que se estudem e criem outras normas com ampla participação democrática a fim de disciplinar sobre os mais variados métodos ambientais impactantes em obras, serviços ou produtos.

⁷³⁸ ARAÚJO JÚNIOR, Ignácio Tavares de. **Análise comparada sobre medidas de favorecimento de micro e pequenas empresas (mpes) em compras públicas com avaliação de eficácia e identificação de melhores práticas**. Texto para discussão. Brasília : Rio de Janeiro: IPEA - Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, 2018, p. 37.

⁷³⁹ UNIÓN EUROPEIA. **Adquisiciones ecológicas Manual sobre la contratación pública ecológica**. 3. ed. Luxemburgo: Oficina de Publicaciones de la Unión Europea, 2016 (disponível : http://ec.europa.eu/environment/gpp/pdf/handbook_2016_es.pdf), p. 51.

⁷⁴⁰ Disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32009L0033&from=EN>. Acesso em 03 de fev. de 2019.

⁷⁴¹ Sobre o tema, vide a licitação da Urbanização de Curitiba S. A. – Edital de Concorrência Pública nº 005/2009. Disponível no endereço: https://www.urbs.curitiba.pr.gov.br/PORTAL/licitacoes/documentos/Edital_cc_005_2009.pdf. Acesso em 10 de jul. de 2019.

Na legislação brasileira, a Lei do Regime Diferenciado de Contratação (Lei 12.462) expressamente preceitua a busca da maior vantagem para a Administração Pública considerando os custos e benefícios de índole ambiental, dentre outros (artigo 4, III)⁷⁴² e também a possibilidade de exigir certificado ambiental para atestar a qualidade do produto ou do processo de fabricação, no caso de aquisição de bens (artigo 7º, inciso III). No mesmo sentido, há a Lei das Empresas Estatais (Lei 13.303/16) com disposições similares em seus artigos 32, II e 47, III. A Lei Geral de Licitações e Contratos no Brasil, Lei 8.666/93, nada disciplina de maneira explícita, mas tão somente quando versa sobre projeto básico ao estatuir que deverá assegurar o adequado tratamento impacto ambiental do empreendimento, conforme artigo 6º, IX e 12, VII. Na União Europeia, segundo Diretiva 24/2014, o zelo ao meio ambiente é tratado: (i) artigo 42 que prevê as especificações técnicas e que poderão ser incluídas características ambientais; (ii) artigo 43 permite a exigência de rótulos ambiental, social ou outro; (iii) artigo 57 poderá gerar a exclusão de licitante por não ter cumprido a proteção ambiental; (iv) artigo 62 sobre normas de garantia de qualidade e normas de gestão ambiental, ou seja, as ecoetiquetas; (v) artigo 67 dispõe que poderá ser usado o critério ambiental no julgamento (adjudicação) das propostas; (vi) artigo 68 quando trata do ciclo total de vida insere os custos das externalidades ambientais; e (viii) o artigo 70 estipula o cumprimento das condições ambientais para a regularidade da execução contratual.⁷⁴³

A avaliação dos custos meio-ambientais externos é fato que tem preocupado as autoridades europeias, mais precisamente na parte das externalidades ambientais dos objetos, assim como ocorre com os fatores do cambio climático, acidificação do solo ou comprometimento da água. Tanto é que, atualmente, a Diretiva permite a

⁷⁴² “Art. 4º Nas licitações e contratos de que trata esta Lei serão observadas as seguintes diretrizes: (...) III - busca da maior vantagem para a administração pública, considerando custos e benefícios, diretos e indiretos, de natureza econômica, social ou ambiental, inclusive os relativos à manutenção, ao desfazimento de bens e resíduos, ao índice de depreciação econômica e a outros fatores de igual relevância; (...) § 1º As contratações realizadas com base no RDC devem respeitar, especialmente, as normas relativas à: I - disposição final ambientalmente adequada dos resíduos sólidos gerados pelas obras contratadas; II - mitigação por condicionantes e compensação ambiental, que serão definidas no procedimento de licenciamento ambiental; III - utilização de produtos, equipamentos e serviços que, comprovadamente, reduzam o consumo de energia e recursos naturais; IV - avaliação de impactos de vizinhança, na forma da legislação urbanística; V - proteção do patrimônio cultural, histórico, arqueológico e imaterial, inclusive por meio da avaliação do impacto direto ou indireto causado pelas obras contratadas; e (...)”

⁷⁴³ É mencionado o caráter ambiental ou meio ambiente por 16 vezes no bojo da Diretiva e por 67 vezes no geral, computando os considerandos e os anexos.

inserção de cláusulas nesse sentido, desde que explicitem o método a ser utilizado, demonstrem que se trata de critérios objetivos e não discriminatórios, seja algo acessível para as partes interessadas e que haja uma proporcionalidade na obtenção pelos operadores econômicos desta certificação.⁷⁴⁴ Em outras palavras, as informações sobre a relação qualidade e preço a ser ponderada no julgamento da licitação deverá claramente expressa no ato convocatório, inclusive como se chegou ao critério a partir de uma dada metodologia.

J. José Pernas García aponta tais limites para inserir a necessidade de etiquetas como referência para a determinação das especificações técnicas, quais sejam: a) devem estar vinculadas ao objeto do contrato e não se referir ao comportamento ambiental do operador econômico; b) não se pode exigir que as empresas fiquem presas a um determinado sistema de etiqueta (um único etiquetador); c) o edital deve indicar as características ambientais detalhadas derivadas de um sistema de ecoetiquetado determinado, deve concretar nos documentos contratuais as especificações detalhadas obtidas dos sistemas de etiquetado utilizado como referência; e d) os órgãos poderão exigir etiquetas específicas, desde que aceitem outras etiquetas análogas e correspondente de conteúdo ou outros meios de prova sobre o conteúdo da etiqueta.⁷⁴⁵

Não se pode esconder que existem críticas sobre o uso do selo ou de qual critério ambiental será adotado, uma vez que a justificativa objetiva deste ou daquele é bastante dificultosa, motivo que geraria a escolha de determinar o respeito ao critério

⁷⁴⁴ UNIÓN EUROPEIA. **Adquisiciones ecológicas Manual sobre la contratación pública ecológica**. 3. ed. Luxemburgo: Oficina de Publicaciones de la Unión Europea, 2016 (disponível: http://ec.europa.eu/environment/gpp/pdf/handbook_2016_es.pdf), p. 52.

⁷⁴⁵ GARCÍA, J. José Pernas. Contratación pública y eficiencia energética. In: GARCÍA, J. José Pernas (director). **Contratación pública estratégica**. Pamplona: Editorial Aranzadi, 2013, p. 283-328, p. 323-324. Sobre a viabilidade de vincular o objeto contratual a critérios ambientais, o Governo Vasco a partir da Junta de Assessoria de Contratação Pública aponta na Recomendación 02/2018, de 21 de junio, que: “Se recomienda pues la interpretación amplia de tal vinculación al objeto: cualquier aspecto del desarrollo de un bien, obra o incluso servicio, desde su diseño o producción hasta su eliminación o reaprovechamiento, pasando por su comercialización, transporte y puesta a disposición, ha de entenderse vinculado al objeto del contrato, independientemente de que forme o no parte de la sustancia material de la prestación.” (GOBIERNO VASCO. Recomendación 2/2018, de 21 de junio, de la junta asesora de contratación pública. objeto: cláusulas ambientales en la contratación pública. Disponível em http://www.contratacion.euskadi.eus/contenidos/informacion/junta_asesora/es_normativ/adjuntos/Recomendaci%C3%B3n%202018%20_%20Cl%C3%A1usulas%20ambientales.pdf. Acesso em 04 de fev. de 2019).

ambiental durante a execução contratual, e não na hora do julgamento.⁷⁴⁶ Com a devida vênia, aqui entraria a dificuldade de fiscalizar a execução contratual e da probabilidade de maior prejuízo ao interesse público, a partir do momento em que, se um contratado não cumprisse com a regra contratual, conseqüentemente teria que rescindir o contrato e convocar os licitantes remanescentes para avaliar o interesse de algum deles, na ordem sequencial, aceitar a celebração do contrato. Para evitar esse recaminho, que economicamente é mais penoso e custoso, prefere-se a sua solicitação como condição objetiva para participação do certame. Por fim, neste ponto, José María Gimeno Feliú explica que a maior parte dos casos de etiquetas ambientais, os critérios se referem à qualidade ou eficácia do bem ou a execução de obras ou prestação de serviços, portanto a justificativa estaria em pé de igualdade junto às características funcionais e estéticas que também são critérios válidos.⁷⁴⁷

Em suma, defende-se que o Estado também é responsável pelo consumo consciente, a partir da contratação de empresas ambientalmente responsáveis por meio de selos, certificações e catálogos, até porque gerará um papel educativo, pedagógico e orientativo para o mercado e para a sociedade.⁷⁴⁸ Portanto, a mensuração dessa responsabilidade no custo é condição *sine qua non* para o escoreito cômputo e ainda para difusão da consciência da contratação responsável, a qual deve ser exercida por todos os consumidores.⁷⁴⁹

⁷⁴⁶ ACEVEDO, Rafael Fernández; FERNÁNDEZ, Patricia Valcárcel. Análisis de los criterios de adjudicación de los contratos públicos en el marco de la cuarta generación de Directivas del Sector. In: ACEVEDO, Rafael Fernández; FERNÁNDEZ, Patricia Valcárcel (directores). **La contratación pública a debate: presente y futuro**. Navarra: Civitas, 2014, p. 199-274, p. 232.

⁷⁴⁷ FELIÚ, José María Gimeno. Los procedimientos y criterios de adjudicación y la posibilidad de valorar aspectos sociales y medioambientales. In: FELIÚ, José María Gimeno (coord.). **Contratación de las Administraciones Públicas: análisis práctico de la nueva normativa sobre contratación pública**. Barcelona: Atelier, 2004, p.61-94, p. 89.

⁷⁴⁸ ARAÚJO, Jailson de Souza; VETTORAZZI, Karlo Messa. A sustentabilidade de produtos e serviços enquanto pré-requisito ao consumo consciente. **Revista de Direito Econômico e Socioambiental**, Curitiba, v. 1, n. 1, p. 109-126, jan./jun. 2010, p. 125. Valiosos os comentários de Irene Nohara ressoando que: “A licitação deve mirar o objetivo do desenvolvimento nacional sustentável, sendo que as políticas de desenvolvimento, ao serem planejadas, devem considerar a potencialidade das compras governamentais como um fator relevante para induzir o desenvolvimento nacional de forma sustentável. (...) Houve a percepção de que o planejamento e a gestão da política pública das compras governamentais são meios adequados para induzir o comportamento sustentável de um segmento relevante para economizar composto dos fornecedores de produtos e serviços para o Poder Público.” (CÂMARA, Jacintho Arruda; NOHARA, Irene. **Tratado de Direito Administrativo: licitação e contratos administrativos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 44-45).

⁷⁴⁹ “La contratación pública responsable implica la traslación al ámbito público de la responsabilidad social de la empresa que consiste en la integración voluntaria, por parte de las empresas, de las preocupaciones sociales y medioambientales en sus operaciones comerciales más allá de sus

c) Custo de responsabilidade do desenvolvimento local e regional

No caso brasileiro, existe necessidade de responsabilidade pelo desenvolvimento local e regional, do ponto de vista formal e material. Formalmente, a Constituição da República Federativa do Brasil em seu artigo 3º, III, prescreve que é um objetivo fundamental a diminuição das desigualdades regionais e sociais, sendo que tal norma é repetida como princípio da ordem econômica no artigo 170.⁷⁵⁰ Materialmente, não é possível de ser pensar no desenvolvimento nacional se não houver o desenvolvimento regional e local. Imagine um índice que meça o nacional diante de um Estado territorialmente gigantesco, igual o Brasil, e se pergunte: é possível que haja uniformidade? A resposta negativa parece ser a única possível de ser adotada. O uso de um índice nacional gera a mesma falácia de atrelar o desenvolvimento ao crescimento econômico. Enquanto o crescimento econômico a partir do PIB pode significar que a riqueza tenha ficado nas mãos de poucos ou atualmente inclusive tenha sido devolvida a países de origem de investidores, advogar por um desenvolvimento nacional sem focar no regional e local ensejará o mesmo resultado, qual seja, premissa equivocada que impede a confirmação do dogma (ou afirmação) pretendido.

Para consubstanciar a asserção, basta conferir os dados recolhidos em pesquisa pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, mais precisamente pelo Sistema de Indicador Social dos dados – coletados em 2017 e editados em 2018 –, o qual informa: (i) na taxa de frequência bruta a estabelecimento de ensino da população

obligaciones legales. En este sentido, utilizamos el término contratación pública responsable de forma genérica para referirnos al hecho de que la inversión pública que acompaña la contratación tenga en cuenta o impulse objetivos beneficiosos para toda la sociedad – principalmente de carácter medioambiental y/o social – desde un planteamiento que descansa en una utilización estratégica de la contratación pública sin atender exclusivamente a factores económicos y que se integra por tres elementos: compra verde o ecológica, compra pública ética e compra social. (ARNÁIZ, Teresa Medina. Comercio justo y contratación pública. In: GARCÍA, J. José Pernas (Director). **Contratación pública estratégica**. Pamplona: Editorial Aranzadi, 2013, p. 249-281p. 253-255).

⁷⁵⁰ O Supremo Tribunal Federal já decidiu que é possível fixar alíquotas diferentes para beneficiar determinada região ou localidade, conforme julgado abaixo: “Decreto 420/1992. Lei 8.393/1991. IPI. Alíquota regionalizada incidente sobre o açúcar. Alegada ofensa ao disposto nos arts. 150, I, II e § 3º, e 151, I, da Constituição do Brasil. Constitucionalidade. O Decreto 420/1992 estabeleceu alíquotas diferenciadas – incentivo fiscal – visando dar concreção ao preceito veiculado pelo art. 3º da Constituição, ao objetivo da redução das desigualdades regionais e de desenvolvimento nacional. Autoriza-o o art. 151, I, da Constituição. [STF, AI 630.997 AgR, rel. min. Eros Grau, j. 24-4-2007, 2ª T, DJ de 18-5-2007]. Além deste, recentemente foi julgado o RE 596.614 que trata da Zona Franca de Manaus e a maioria do colegiado deliberou também pela possibilidade.

residente de um grupo de idade 18 a 24 anos, enquanto em Brasília a taxa é de 42,9 a de Fortaleza é de 33,6; (ii) nas medidas do hiato da pobreza (*poverty gap*), em especial a massa de rendimento para que todos alcancem a linha de pobreza (R\$ milhões), enquanto Florianópolis é de 5 (22%), já Porto Velho 22 (10,3%); e (iii) rendimento-hora médio real habitual do trabalho principal das pessoas de 14 anos ou mais de idade ocupadas na semana de referência, por nível de instrução, com indicação do coeficiente de variação, segundo Grandes Regiões, sexo e cor ou raça, pode-se visualizar que a média sem instrução no Nordeste é de 5,1 e no Sul de 9,3.⁷⁵¹

Independentemente do nome utilizado (subdesenvolvimento, países em desenvolvimento, países emergentes ou qualquer outra), o fato é que o Brasil “ainda conta com estruturas econômicas típicas de país subdesenvolvido, em que, além de atraso tecnológico em muitos setores, uma grande parte da população ainda não desfruta de garantias básicas de vida digna.”⁷⁵² Discorre-se mais, infelizmente ainda grande parcela do povo brasileiro não goza do mínimo existencial, razão pela qual sequer se pode aferir qualquer dignidade da pessoa humana, ainda que esta esteja elencada como fundamento da República Federativa do Brasil no artigo 1º, III.

Como diz Emerson Gabardo e Clayton Santos do Couto, o direito ao desenvolvimento assegura que o seu foco deve ser “voltado à redução das desigualdades locais ou regionais dentro de um mesmo Estado ou de um espaço político supranacional, servindo de instrumento de uniformização dos benefícios do progresso econômico e social dentro de uma mesma coletividade.”⁷⁵³ O problema de uma microrregião espalhará efeitos para a macrorregião e assim sucessivamente, o que permite asseverar que o problema de uma localidade é também da região e da nação. Marcos Juruena Vilela Souto ensina que os incentivos podem ser setoriais para atender uma determinada atividade ou regionais para acolher e ajudar “o desenvolvimento de zonas que sofrem condições climáticas adversas, para criar

⁷⁵¹ Estes foram somente alguns dados do Sistema de Indicador Social do IBGE para evidenciar o contraste entre localidades e regiões no Brasil (Disponível em <https://www.ibge.gov.br/estatisticas/multidominio/condicoes-de-vida-desigualdade-e-pobreza/9221-sintese-de-indicadores-sociais.html?=&t=resultados>. Acesso em 03 de fev. de 2019).

⁷⁵² CABRAL, Mário André Machado. **Subdesenvolvimento e estado de exceção**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 06.

⁷⁵³ GABARDO, Emerson; COUTO, Clayton Santos do. O desenvolvimento para além das fronteiras nacionais: entre universalismo e subsidiariedade. In: RAMINA, Larissa; FRIEDRICH, Tatyana Scheila (Coord.). **Coleção Direito Internacional Multifacetado**. Vol. V. Curitiba: Juruá, 2015, p. 105-127, p. 114.

novos empregos e elevação de renda per capita, para aproveitamento das riquezas regionais em zonas onde faltam recursos humanos e financeiros, muitas vezes em razão de preferências localizadas em regiões mais desenvolvidas.”⁷⁵⁴

Aproveita-se o raciocínio esposado por Emerson Gabardo quando trata da solidariedade entre os cidadãos para utilizar aqui entre os entes locais e regionais para com o nacional, mais precisamente para asseverar que, num sistema efetivamente democrático, é imprescindível raciocinar que todos são independentes, porém fracos, e que precisam aprender a se ajudar mutuamente no afã do fortalecimento.⁷⁵⁵ Com o digno respeito, discorda-se da ideia propalada por Oksandro Gonçalves de que “o desenvolvimento regional de uma região não pode ser feita à custa do desenvolvimento de outra”, isto porque quando se está diante de um desenvolvimento regional ou desenvolvimento local, com certeza o Estado fará escolhas políticas pautadas, pelo menos do ponto de vista do dever ser, em questões técnicas e devidamente justificadas.⁷⁵⁶

Da mesma maneira, parece acertada a ideia de os Estados terem posições diferentes quanto ao protecionismo em geral, de acordo com as suas condições socioeconômicas, sob pena de malferir a isonomia. Nesse ponto, o contrato público deve ser usado estrategicamente, a fim de traduzir uma política local ou regional, conforme dados e informes técnicos para aferir a obediência ao princípio da isonomia. No âmbito europeu, tal raciocínio é atualmente vedado pela União Europeia, o que até não se discorda considerando a uniformidade de ponto de partida bastante parecida entre os Estados-Membros, ainda que se reconheça a distância entre Dinamarca e Portugal, por exemplo, porém não se tem disparate com um país subdesenvolvido.⁷⁵⁷

⁷⁵⁴ SOUTO, Marcos Juruena Vilela. **Direito Administrativo das Parcerias**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 04.

⁷⁵⁵ GABARDO, Emerson. **Interesse público e subsidiariedade**. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 126-127.

⁷⁵⁶ GONÇALVES, Oksandro. Os incentivos tributários na Zona Franca de Manaus e o desequilíbrio concorrencial no setor de refrigerantes. **Economic Analysis of Law Review**, v. 3, p. 72-94, 2012, p. 93.

⁷⁵⁷ “Os contratos públicos podem reflectir políticas regionais que considerem, nomeadamente, a familiaridade com o contexto social. No passado, directivas sobre contratação pública admitiam expressamente a adopção de mecanismos de preferência a regiões economicamente menos favorecidas. Porém, mais tarde esta possibilidade foi eliminada porque se considera que a exigência de familiaridade conduz, no entanto, à (potencial) discriminação de operadores económicos intra-comunitários.” (RODRIGUES, Nuno Cunha. **A contratação pública como instrumento de política económica**. Coimbra: Almedina, 2015, p. 291). Sobre o viés internacionalista, Natália Figueiredo explana: “Dessa maneira, uma política industrial que não tenha por propósito e efeito o atingimento

A diversificação de posições relativas entre localidades, regiões e países sempre existirão e as mudanças de oportunidades de mercado gerarão um arrefecimento e uma substituição inclusive do local para a execução do processo produtivo e da destinação dos lucros.⁷⁵⁸ Mesmo assim, compreende-se que é dever da União se preocupar com o desenvolvimento local e regional, sob pena de permitir a ocorrência de direcionamento ou bolsões de desenvolvimento em contraste com outros pontos extremamente deficitários. A própria participação das pequenas e empresa de pequeno porte como é denominado no Brasil ou as empresas pequenas e medianas chamadas na União Europeia constitui um fator essencial para a coesão econômica e social para as regiões menos favorecidas.⁷⁵⁹

Luis Aragón E. relata o impacto da ciência e tecnologia no desenvolvimento regional da bacia amazônica pelos diversos países banhados.⁷⁶⁰ Em linha similar, o professor da Universidade de Guadalajara, Marco Antonio Merchand Rojas, explica que o alargamento das divergências inter-regionais e intra-regionais nas dimensões locais, nacionais e mundial justificam a institucionalização de políticas públicas regionais idôneas que intentem arrefecer os efeitos da divergência. A diminuição da divergência ajuda a promover o efetivo desenvolvimento regional.⁷⁶¹

Em vigor no Brasil, a Lei Complementar nº 123/2006, com as suas alterações supervenientes, permite que seja concedido uma margem de preferência adicional para microempresa e empresa de pequeno porte local ou regional em comparação com as demais nas licitações exclusivas de até R\$ 80 mil (artigo 48, inciso I) e na licitação de cota exclusiva (artigo 48, III). Há legislações municipais que determinam

desses objetivos estarão na contramão da Constituição Federal. A promoção de políticas públicas de transformação das estruturas socioeconômicas deve ter como fim a promoção do desenvolvimento equilibrado, buscando-se o desenvolvimento nacional e a redução das disparidades regionais. Qualquer outro objetivo ou efeito poderá dar origem a um questionamento legítimo de sua constitucionalidade.” (FIGUEIREDO, Natália. Acordo TRIMS: flexibilização ou não? Política de conteúdo local, processo produtivo básico (PPB) e os desafios para a indústria brasileira e a integração latino-americana. **Revista de Direito Internacional, Brasília**, v. 13, n. 1, 2016, p. 100-121, p. 115).

⁷⁵⁸ SCHUMPETER, Joseph A. **Capitalismo, Socialismo e Democracia**. Trad. Ruy Jungman. Rio de Janeiro: Editora Fundo de Cultura, 1961, p. 149.

⁷⁵⁹ RODRIGUES, Nuno Cunha. **A contratação pública como instrumento de política econômica**. Coimbra: Almedina, 2015, p. 280.

⁷⁶⁰ ARAGÓN, Luis E. **Educação, Ciência e Tecnologia: bases para o desenvolvimento sustentável da Amazônia**. Belém: Associação de Universidades Amazônicas, UNESCO, 1997.

⁷⁶¹ ROJAS, Marco Antonio Merchand. Las teorías del desarrollo y las estrategias de política económica regional en las economías periféricas. In: ETGES, Virgínia Elisabeta; AREND, Silvio Cezar (org.). **CEPAL: leituras sobre o desenvolvimento latino-americano**. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2012, p. 38-75.

a contratação da mão de obra do local para as obras públicas do Município de São Sebastião (70% deve ser trabalhador residente no município – Lei Municipal nº 2.336/2015) e que preveem que a licitação será exclusiva para microempresa e empresa de pequeno do local ou da região como sucede no Município de Pontal do Paraná (artigo 28-G da Lei Complementar Municipal nº 12/2015)⁷⁶². No caso de São Sebastião, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo julgou inconstitucional, consoante Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2179909-75.2017.8.26.0000.⁷⁶³

Como reforçam os estudos da disciplina existente nos cursos de Direito na Espanha, denominada de desenvolvimento local (Desarrollo Local), o objetivo específico das iniciativas para desenvolver o local, segundo José Manuel Rodríguez Álvarez, se perfectibiliza a partir do reforço da capacidade de uma zona concreta de buscar autonomia para a sua sobrevivência, gerar um entorno adequado e permitir a riqueza no seu ambiente, tudo isso para viabilizar a melhoria na qualidade de vida e de ambiente social. Com isso, pode-se aproveitar a definição, tanto para o local quanto regional, que é “un proceso de cambio y de enriquecimiento de las estructuras económicas en un territorio homogéneo por sus características culturales, sociales y económicas.”⁷⁶⁴ O autor ainda pontua os elementos para a existência de um modelo de desenvolvimento local de acordo com os marcos políticos, jurídico, econômico competitivo e tecnológico:

- a) soporte físico, entendiendo por tal todas aquellas infraestructuras básicas, de transportes, telecomunicaciones y de suelo imprescindibles para la actividad económica y que configuran físicamente la oferta municipal;
- b) promoción económica, elemento que se refiere a la existencia de una planificación económica en el territorio, de programas de promoción del territorio o de sus productos, etc
- c) financiación, ya que el desarrollo de una base económica dinámica exige la existencia y buena accesibilidad a mecanismos de financiación particularmente orientados a ella.

⁷⁶² “Art. 28-F. Os processos licitatórios previstos nos artigos 28-C, 28-D, 28-E, poderão ser destinados unicamente às ME e EPP sediadas no Município de Pontal do Paraná, quando existentes em número igual ou superior a 03 (três) microempresas competitivas, assim entendidas aquelas que atendam os requisitos de credenciamento no caso de pregão e de habilitação para as demais modalidades, devendo, em caso contrário, serem ampliados às microempresas e empresas de pequeno porte regionais, assim entendidas aquelas sediadas nos municípios que compõem a Microrregião Geográfica Paranaguá - classificada com o número 38 segundo IPARDES (Disponível em http://www.ipardes.gov.br/pdf/mapas/base_fisica/relacao_mun_micros_mesos_parana.pdf. Acesso em 26 de mar. de 2019).”

⁷⁶³ Em Aracruz, no Espírito Santo, existe legislação similar – Lei Municipal n. 4.140/2017.

⁷⁶⁴ ÁLVAREZ, José Manuel Rodríguez (coord.). **Experiencias prácticas de desarrollo local**. Barcelona: Editorial Bayer Hinos, 2001, p. 37. Sobre a formação histórica do regime local espanhol, vide PASTOR, Juan Alfonso Santamaría. **Principios de Derecho Administrativo Geral I**. 2 ed. Madrid: Justel, 2009, p. 519 e seguintes.

- d) Información y asesoramiento, especialmente necesarias para las pequeñas y medias empresas, cuyas posibilidades se ven además potenciadas a través de la operación en red de los distintos agentes involucrados.
- e) La gestión municipal, cuya modernización y agilización constituyen un decisivo elemento definitorio del atractivo que un municipio puede ofrecer para localizar en él actividades económicas.
- f) Los recursos humanos del municipio, cuya adecuada capacitación para hacer frente a los nuevos requisitos del mercado de trabajo constituye otro elemento esencial para contribuir de forma positiva a la creación de una oferta atractiva para la generación de actividad económica.⁷⁶⁵

Todo esse cenário da estratégia das compras públicas, a partir do desenvolvimento local e regional e de sua repercussão no ambiente socioeconômico, reclama também que iniludivelmente o setor estatal, o setor privado e a sociedade comunguem esforços para a obtenção de um resultado proveitoso a todos. Emerson Gabardo explana a respeito do destaque sobre as posições locais e regionais para o fortalecimento inicial da União Europeia, o que ficou evidenciado por uma política de coesão social que sopesou como objetivos iniciais: i) alteração de regiões de parco desenvolvimento ou declínio industrial; ii) redução da ruralidade e dos setores com densidade populacional baixa; iii) controle do desemprego; iv) precaução do desemprego por falta de condições técnicas em virtude de mutações industrial e v) incentivo à adaptação e reestruturação dos serrotes da agricultura e da pesca. O trato paulatino sobre o viés local e depois regional é que permitiu uma política comunitária, tanto que aduz que “nos anos 70 as regiões não existiam expressamente nos tratados; nos anos 80 até 90 surgem as políticas regionais (notadamente em uma perspectiva territorial e econômica)”, e, somente a partir dos anos 90, que as regiões são integradas institucionalmente à estrutura política comunitária.⁷⁶⁶

A Espanha incentivou os governos locais para que tivessem um impulso econômico para sair da crise por meio de oficinas de promoção econômica e ofertas de polígonos industriais com vantagens fiscais, ao mesmo tempo em que geriam os fundos transferidos pelo Instituto Nacional de Emprego ou o Fundo Social Europeu. A primeira etapa de políticas públicas locais (1979-1991) leva em consideração dois fatores: (i) as prefeituras (*ayuntamientos*) são os primeiros empregadores em números de postos de trabalho e em tamanho do orçamento, o que per si converte-se em um

⁷⁶⁵ ÁLVAREZ, José Manuel Rodríguez (coord.). **Experiencias prácticas de desarrollo local**. Barcelona: Editorial Bayer Hinos, 2001, p. 38-39.

⁷⁶⁶ GABARDO, Emerson. **Interesse público e subsidiariedade**. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 334-335.

dinamizador socioeconômico; (ii) a recuperação da sociedade civil espanhola, tanto na recuperação econômica como a social com o setor econômico em franca expansão.

Até meados dos anos 90, não quer dizer que o desemprego ou a crise em geral foi afastada, porém o que ocorreu é que a sociedade estava mais madura e estrutura, saindo de sua passividade global, esperando que os poderes públicos resolvam todos os seus problemas e carências, assumindo, assim, as suas responsabilidades e riscos. José Manuel Rodríguez Álvarez explica que a recuperação da sociedade civil espanhola se deu em grande partida pelo estímulo impulsor e catalisador que ela impõe aos governos locais. Passa, dessa maneira, a possuir uma elevada importância no planejamento de alternativas, na formulação de política ou na adoção de decisões.⁷⁶⁷

Enquanto nos anos 80 houve um dispêndio muito grande para amparar o nível local com obras e serviços para os cidadãos, gerando, assim, um grande *boom* nos gastos públicos na Espanha, a partir dos anos 90, os governos locais tiveram problemas de índole mais qualitativa, tentando definir seu papel diferencial num marco regional e local, já em outros casos, num âmbito nacional e internacional. Como dito por Álvarez, o desenvolvimento local visa estimular e participar no aproveitamento de recursos e iniciativas econômicas locais, as quais são imprescindíveis para lograr um “desarrollo económico sostenible y un reequilibrio territorial necesario para alcanzar o mantener los niveles deseables de calidad de vida y, por lo que se refiere a las zonas rurales especialmente, lograr el mantenimiento de la población en el territorio y hacerlas atractivas para las nuevas generaciones y para amplios sectores profesionales.” Tanto é assim, que nos 90, foram desenvolvidos na Espanha os planos estratégicos das cidades, por meio dos quais buscou-se definir aspectos e características que melhor destacassem as cidades e seus entornos a partir da aplicação da metodologia “DAFO (análises de debilidades, amenazas, fortalezas y oportunidades), respondiendo las primeras y terceras a características o elementos endógenos de la ciudad, mientras que las segundas y las cuartas constituyen aspectos exógenos, del contexto o medio en que la ciudad desarrolla su existencia.”

⁷⁶⁷ ÁLVAREZ, José Manuel Rodríguez (coord.). **Experiencias prácticas de desarrollo local**. Barcelona: Editorial Bayer Hinos, 2001, p. 29.

Por tais razões, pelo menos no ambiente jurídico brasileiro, conforme razões já alinhavadas e ante a luzente diferença de desenvolvimento entre as regiões e localidades brasileiras, existe motivo para que o desenvolvimento local e regional seja sopesado para encontrar o custo total do ciclo de vida, já que poderá ser calculado alguma benesse para dada localidade/região ou a necessidade de fixação de preços diferentes em razão dos próprios custos de localização.

d) Custos de responsabilidade social

A responsabilidade social, por meio das contratações públicas, também deverá ser calculada, haja vista que as empresas devem computar nos seus custos operacionais tais dispêndios no momento da formulação das suas propostas, bem como é um dever de o Estado preocupar-se com a inserção de cláusulas sociais para que os interesses da sociedade sejam protegidos pela ferramenta dos seus ajustes.

Aquiesce-se que a fixação de cláusulas sociais ou de outro interesse público acarreta modificação no preço final apresentado no certame, tanto é assim que se propõe a sua mensuração. Emerson Baldotto Emery argumenta que, se as compras públicas brasileiras significassem 10% do PIB e houvesse a majoração dos valores para o respeito a tais cláusulas sociais ou qualquer outra (do meio ambiente, da ciência, da tecnologia, da inovação ou outra) na ordem de 25%, então o Brasil diminuiria o resultado de suas compras em 1/4, o que representaria a duas vezes o PIB da Bolívia ou do Paraguai, pelo menos à época da edição do seu livro. Por isso, critica qualquer forma de protecionismo ou de um projeto de desenvolvimento sustentável isolado.⁷⁶⁹ É impossível pensar numa política isolada, antidemocrática por falta de participação popular, contrária ao interesse público ou anacrônica, já que haveria problemas de validade e legitimação. Ronny Charles Lopes de Torres apresenta que de um lado da balança há um pretense benefício à sociedade e ao empresariado nacional para tomar o crescimento de empresas, geração de emprego e crescimento econômico, já doutro lado, existe uma majoração do custo estatal e

⁷⁶⁸ ÁLVAREZ, José Manuel Rodrigués (coord.). **Experiencias prácticas de desarrollo local**. Barcelona: Editorial Bayer Hinos, 2001, p. 29-30.

⁷⁶⁹ EMERY, Emerson Baldotto. **Desenvolvimento sustentável**: princípio da eficiência em procedimentos licitatórios. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 147-148.

possível acomodação competitiva das empresas nacionais.⁷⁷⁰ Contudo, no tocante ao argumento de gastar mais agora, o dispêndio maior de hoje planejado é a economia a médio e longo prazo.

Crítica também endossada contra o pensamento de Henrique Guerreiro de Carvalho Maia e Mônica Bandeira de Mello Lefèvre, os quais apregoam que, na fase interna, deverá sopesado se vale a pena concretizar o critério ambiental do objeto licitado, já que caso se constate um valor muito superior aos demais praticados no mercado sem critério sustentável, logo, deve-se afastar-se de tais critérios.⁷⁷¹ Com o digno respeito, não parece que exista a possibilidade de afastar-se do conceito de sustentabilidade para as licitações públicas independentemente do valor encontrado na fase interna e da possível diferença entre um objeto sustentável e outro não. A Administração Pública está obrigada a cumprir fielmente o que determina a Constituição e perquirir sempre favorável a uma atuação sustentável, seja na via das licitações e dos contratos ou em qualquer forma de atuação concreta.

Nuno Cunha Rodrigues argui que Bélgica, Austria, Espanha, França e a Dinamarca ratificaram a Convenção da Organização Internacional do Trabalho nº 94 de 1949, a qual determina a inclusão de condições sociais nos contratos públicos, em especial para que as condições de trabalho e seu respectivo pagamento não seja inferior à média, o que pode ser considerado ofensivo ao artigo 351 do Tratado de Funcionamento da União Europeia.⁷⁷² O Brasil também ratificou tal convenção e deve respeitar tais condições.

São vários exemplos de responsabilidade social, como: medidas favoráveis para pessoas deficientes, critérios que favoreçam empresas que contratam pessoas desempregadas por um determinado período, preocupação na licitação para valoração ou condição objetiva para aqueles que tomam medidas para proteger a

⁷⁷⁰ TORRES, Ronny Charles Lopes de. **Leis de Licitações Públicas Comentadas**. 10. ed. Salvador: Jus Podium, 2019, p. 107.

⁷⁷¹ “Esse potencial aumento nos custos das contratações que envolvam requisitos mais rígidos sobre a sustentabilidade deve ser necessariamente ponderado pela Administração no âmbito da fase interna da licitação. Caberá a ela demonstrar que o interesse coletivo a ser atendido com tais critérios justifica os custos adicionais, sem que haja a supressão de outros valores igualmente perseguidos com as contratações públicas.” (MAIA, Henrique Guerreiro de Carvalho; LEFÈVRE, Mônica Bandeira de Mello. A fase interna e o instrumento convocatório no regime diferenciado de contratação. **Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini**. Curitiba, n. 59, janeiro de 2012, disponível em www.justen.com.br/informativo. Acesso em 05 de mai. de 2019).

⁷⁷² RODRIGUES, Nuno Cunha. **A contratação pública como instrumento de política econômica**. Coimbra: Almedina, 2015, p. 288.

saúde laboral e ocupacional, vinculação de que percentual dos trabalhadores das empresas terceirizadas sejam mulheres, o mesmo raciocínio para os egressos do sistema prisional ou outro objetivo legítimo.⁷⁷³ Enfim, essas são algumas medidas ilustrativas sobre como concretizar uma cláusula social no edital.⁷⁷⁴ Miguel Ángel Beral Blay explana, inclusive, algumas regras do certame específicas para o combate do desemprego, tais como: a) obrigação de dar trabalho a desempregados por muito tempo (longa duração) ou organizar atividades de formação para jovens e os desempregados; b) obrigação de contratar um número de pessoas deficientes (descapacitadas) superior ao exigido pela legislação nacional no Estado membro ou no estado do titular e c) considerações relativas a situação da exclusão social dos trabalhadores vinculados à realização do contrato.⁷⁷⁵

Na legislação brasileira, algumas práticas sociais são permitidas e, com certeza, geram impacto ao custo do ciclo total de vida do objeto, dentre elas: (i) empresas que possuem funcionários deficientes há previsão para possibilidade de vantagem no case de empate (artigo 3º, § 2º, da Lei nº 8.666/93); (ii) possibilidade de contratação direta por meio da dispensa de licitação de associações de portadores de deficiência física (artigo 24, XXIV, da Lei nº 8.666/93) e (iii) determinação que um

⁷⁷³ Sobre o tema, vide: ACEVEDO, Rafael Fernández; FERNÁNDEZ, Patricia Valcárcel. Análisis de los criterios de adjudicación de los contratos públicos en el marco de la cuarta generación de Directivas del Sector. In: ACEVEDO, Rafael Fernández; FERNÁNDEZ, Patricia Valcárcel (directores). **La contratación pública a debate: presente y futuro**. Navarra: Civitas, 2014, p. 199-274, p. 234; FELIÚ, José María Gimeno. Los procedimientos y criterios de adjudicación y la posibilidad de valorar aspectos sociales y medioambientales. In: FELIÚ, José María Gimeno (coord.). **Contratación de las Administraciones Públicas: análisis práctico de la nueva normativa sobre contratación pública**. Barcelona: Atelier, 2004, p. 61-94, p. 88-89.

⁷⁷⁴ “Las consideraciones de tipo social o relativas al empleo, podrán introducirse, entre otras, con alguna de las siguientes finalidades: contratar un número de personas con discapacidad superior al que exige la legislación nacional, favorecer la mayor participación de la mujer en el mercado laboral y la conciliación del trabajo y vida familiar, garantizar la seguridad y la protección de la salud en el lugar de trabajo y el cumplimiento de los convenios colectivos sectoriales y territoriales aplicables, y medidas para prevenir la siniestralidad laboral.” (MOLINA, José Antônio Moreno. **Hacia una compra pública responsable y sostenible**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2018, p. 78).

⁷⁷⁵ BLAY, Miguel Ángel Bernal. El desarrollo de políticas activas de empleo a través de los contratos públicos. In: GARCÍA, J. José Pernas (director). **Contratación pública estratégica**. Pamplona: Editorial Aranzadi, 2013, p. 161-186, p. 174. José María Gimeno Feliú explica que o Acórdão 80/2016 do Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón é favorável a tal mister, ao declarar que “... como criterio de adjudicación, non quebran as regras expostas, pois existe unha vinculación coa mellor calidade na prestación do servizo e non se distorsiona indebidamente a competencia ao asignar soamente unha puntuación de cinco puntos. É máis, garátese unha mellor eficiencia social que preserva as exixencias constitucionais de políticas sociais activas”. FELIÚ, José María Gimeno. O efecto directo das novas directivas comunitarias sobre a contratación pública. Consecuencias prácticas da falta de transposición das directivas en España. **Revista Galega De Administración Pública (REGAP)**, n. 52, jul.dec.2016, p. 09-60, p. 14.

percentual de funcionários da empresa terceirizada sejam egressos do sistema prisional (artigo 40, § 5º, da Lei nº 8.666/93 cumulado com o Decreto Federal nº 9.450/2018).

Na legislação espanhola, além de observar a Diretiva 24/2014 da União Europeia que disciplina o tema e a Resolução do Parlamento Europeu sobre comércio justo e desenvolvimento 2005/2245, a Ley 9/2017 estabelece na parte de cláusulas sociais, dentre outras, as seguintes obrigações: (i) artigo 71.D contém proibição de contratar para quem descumprir a legislação sobre a obrigatoriedade de contratar pessoas deficientes (descapacitadas) nos termos do ordenamento espanhol; (ii) artigo 107 permite o afastamento da exigência de garantia em caso de contratação de serviços que contenham no objeto serviços sociais ou a inclusão de social ou laboral de pessoas deficientes; (iii) artigo 127 obriga etiquetas de tipo social ou ambiental como requisito ao produto proposto pelos licitantes; (iv) artigo 145 prevê uma série de características sociais a serem exigidas nos contratos públicos⁷⁷⁶; (v) artigo 147 traz a vantagem de ser usado como critério de desempate; (vi) artigos 201 e 202, quando trata de obrigações contratuais e as condições especiais de execução, estabelece uma série de benefícios e obrigações;⁷⁷⁷ e (vii) artigo 334 estipula como critério a ser

⁷⁷⁶ “Las características sociales del contrato se referirán, entre otras, a las siguientes finalidades: al fomento de la integración social de personas con discapacidad, personas desfavorecidas o miembros de grupos vulnerables entre las personas asignadas a la ejecución del contrato y, en general, la inserción sociolaboral de personas con discapacidad o en situación o riesgo de exclusión social; la subcontratación con Centros Especiales de Empleo o Empresas de Inserción; los planes de igualdad de género que se apliquen en la ejecución del contrato y, en general, la igualdad entre mujeres y hombres; el fomento de la contratación femenina; la conciliación de la vida laboral, personal y familiar; la mejora de las condiciones laborales y salariales; la estabilidad en el empleo; la contratación de un mayor número de personas para la ejecución del contrato; la formación y la protección de la salud y la seguridad en el trabajo; la aplicación de criterios éticos y de responsabilidad social a la prestación contractual; o los criterios referidos al suministro o a la utilización de productos basados en un comercio equitativo durante la ejecución del contrato.”

⁷⁷⁷ O rol apresentado no artigo 202 chama positivamente a atenção: “Las consideraciones de tipo social o relativas al empleo, podrán introducirse, entre otras, con alguna de las siguientes finalidades: hacer efectivos los derechos reconocidos en la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad; contratar un número de personas con discapacidad superior al que exige la legislación nacional; promover el empleo de personas con especiales dificultades de inserción en el mercado laboral, en particular de las personas con discapacidad o en situación o riesgo de exclusión social a través de Empresas de Inserción; eliminar las desigualdades entre el hombre y la mujer en dicho mercado, favoreciendo la aplicación de medidas que fomenten la igualdad entre mujeres y hombres en el trabajo; favorecer la mayor participación de la mujer en el mercado laboral y la conciliación del trabajo y la vida familiar; combatir el paro, en particular el juvenil, el que afecta a las mujeres y el de larga duración; favorecer la formación en el lugar de trabajo; garantizar la seguridad y la protección de la salud en el lugar de trabajo y el cumplimiento de los convenios colectivos sectoriales y territoriales aplicables; medidas para prevenir la siniestralidad laboral; otras finalidades que se establezcan con referencia a la estrategia coordinada para el empleo, definida en el artículo 145 del

ponderado e normatizado na Estratégia Nacional de Contratação Pública.

Portanto, conclui-se pela possibilidade e conveniência, seja como imposição normativa ou como uma boa prática, de inserção de cláusulas sociais nos editais de licitação, bem como a quantificação do seu custo, pois o seu escopo coaduna com objetivos prioritários do Estado.⁷⁷⁸ Mesmo sendo louvável nortear o processo de aquisição pública pelo lado social, impreterível se faz a quantificação para o seu cumprimento copiosamente na fase interna.

e) Custo de responsabilidade do desenvolvimento científico, tecnológico e inovativo

O desenvolvimento científico, tecnológico e inovativo também representa um custo a ser contabilizado pelas empresas contratadas pelo Poder Público, considerando que deverão investir em tais áreas para obtenção de vantagens em certames ou a possibilidade (como condição objetiva, sob pena de não participar da licitação) de celebrar contratos públicos.

Ao passo que as licitações inovadoras e o modo de inovar para a realização das licitações têm chamado a atenção, o fato é que a correlação entre inovação e licitação existe e deve ser acuradamente trabalhada.⁷⁷⁹ Como contratar objetos

Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea; o garantizar el respeto a los derechos laborales básicos a lo largo de la cadena de producción mediante la exigencia del cumplimiento de las Convenciones fundamentales de la Organización Internacional del Trabajo, incluidas aquellas consideraciones que busquen favorecer a los pequeños productores de países en desarrollo, con los que se mantienen relaciones comerciales que les son favorables tales como el pago de un precio mínimo y una prima a los productores o una mayor transparencia y trazabilidad de toda la cadena comercial.”

⁷⁷⁸ FELIÚ, José María Gimeno. Los procedimientos y criterios de adjudicación y la posibilidad de valorar aspectos sociales y medioambientales. In: FELIÚ, José María Gimeno (coord.). **Contratación de las Administraciones Públicas**: análisis práctico de la nueva normativa sobre contratación pública. Barcelona: Atelier, 2004, p. 61-94, p. 88-89.

⁷⁷⁹ Para tal muito contribui o surgimento de novos procedimentos pré-contratuais no quadro das directivas sobre contratação pública como o diálogo concorrencial ou o concurso para trabalhos de concepção ou ainda os chamados ‘contratos pré-comerciais’. Estes últimos contratos visam adquirir serviços de investigação e desenvolvimento para encontrar novas soluções – no contexto dos contratos excluídos da Directiva-clássica, de harmonia com o artigo 16º, alínea f) – na perspectiva da eventual aquisição do produto ou serviço final por via de um processo de adjudicação de um contrato público normal, numa fase ulterior.” RODRIGUES, Nuno Cunha. **A contratação pública como instrumento de política económica**. Coimbra: Almedina, 2015, p. 282. Em Portugal, o artigo 42, n. 7, do Código de Contratos Públicos inseria a obrigação no caderno de encargos que o adjudicatário elaborasse um ou vários projetos de investigação e desenvolvimento diretamente relacionados com a prestação dos serviços objeto do ajuste em território nacional de pelo menos 1% do preço contratual. Tal norma foi questionada pela Comissão Europeia que a considerou contrária ao Tratado de Funcionamento da União Europeia, porque violaria o princípio da não discriminação entre os países membros em razão de um benefício às empresas portuguesas. O referido dispositivo foi revogado posteriormente.

inovadores, como inovar no momento da contratação e também como calcular o custo inovação no ciclo de vida vergam também para a ideia de que o Estado precisa da inovação para satisfazer os seus interesses mediatos e imediatos.

Os custos científico, tecnológico e inovativo se relacionam com o custo ambiental, conquanto tal lógica nem sempre esteja presente, isso porque, dependendo do aprimoramento do objeto por questões inovativas e tecnológicas, pode ser que o dispêndio ambiental minore. Vide o exemplo trazido por Emerson Baldotto Emery, da panela comum que cozinha um quilo de arroz tipo ‘A’ com dois litros de água e a mesma quantidade do tipo ‘B’ com três litros de água, gerando assim um custo maior no ‘B’, pois se gastará mais água e gás.⁷⁸⁰ Quando se fala do tipo, pode-se aventar, dentre outros, a ideia de espécies distintas a partir de inovações decorrentes de pesquisas científicas como acontece diuturnamente no meio dos alimentos com novas espécies e subespécies de sementes mais protegidas de pestes em geral e que acarretará menor uso de pesticidas e agrotóxicos.

Chama-se a atenção a *ratio decidendi* do Supremo Tribunal Federal em um julgamento sobre a constitucionalidade da lei estadual do Rio Grande do Sul que determinava que as compras públicas de software deveriam conceder preferência para softwares livres, justamente por utilizar uma ideia de custo de desenvolvimento inovativo e tecnológico. A Corte decidiu que a legislação era constitucional justamente porque era: (i) “em rigor, uma política de incentivo ao desenvolvimento científico e tecnológico regional. Política em tudo compatível com o objetivo fundamental que se lê no inciso II do art. 3º da Constituição”; e (ii) não afrontaria eficiência e economicidade, pois justamente tais não se mensuram somente pelo custo do produto ou serviço em si, e sim por todo o contexto em geral, desde a segurança dos dados públicos inseridos nos sistemas informatizados e pela aquisição imaterial do conhecimento tecnológico.⁷⁸¹

José María Gimeno Feliú explica que, nas licitações para inovações, deverá ser redobrada a atenção para que se examine não somente o custo do objeto, mas sim o do ciclo total de vida, incluindo obrigatoriamente o valor de desenvolvimento do

⁷⁸⁰ EMERY, Emerson Baldotto. **Desenvolvimento sustentável:** princípio da eficiência em procedimentos licitatórios. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 138.

⁷⁸¹ Supremo Tribunal Federal, ADI 3059, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 09/04/2015, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-085 DIVULG 07-05-2015 PUBLIC 08-05-2015.

mesmo, sua aquisição, possível dispêndio de transporte, instalação, manutenção e disposição sobre os produtos e serviços associados à sua eliminação, além de outros aspectos no tocante à qualidade e ao mérito técnico. Apesar do comentário referir-se às licitações para inovações, entende-se que esta preocupação e consideração deve ser realizada em toda e qualquer licitação, pois as empresas no mercado concorrencial sempre procurarão inovar para se diferenciar, bem como para ofertar coisas novas aos consumidores, a fim de aumentar o seu lucro. Portanto, o custo de ciência, tecnologia e inovação deve ser computado como regra para fins de ciclo total de vida, o que por óbvio não afasta o custo zero quando em pesquisa mercadológica assim ficar consignado.⁷⁸²

Como explica Marina Beas, em licitações para associação inovativa, nos termos da legislação europeia e em especial espanhola, os editais deverão prever os custos estimados da fase de investigação, mesmo sem saber sobre a viabilidade e eficácia, eficiência e custo-benefício da solução a ser alcançada.⁷⁸³ Até porque o êxito da contratação pública requererá dos compradores públicos como clientes uma visão estratégica e planejamento do que necessitam, qual o seu custo e como comprar.⁷⁸⁴ Mais um motivo para corroborar com a existência de custos de inovação, ciência e tecnologia, mesmo antes do próprio certame.

Como já apresentado e explicado, mesmo sendo diferente a ciência, a tecnologia e a inovação, o fato é que elas se inter-relacionam e representam (ou deveriam representar, em tese) um custo a ser suportado pelas empresas para auxiliar o Estado em tais precípuas missões. Em alguns setores, como, por exemplo, a energética no estado brasileiro, já se impõe a alocação de parcela do lucro em tais escopos.

De qualquer forma, conquanto seja um custo muito pouco explorado, parece que é dever do Estado avançar sobre o seu estudo e acerca da quantificação quando for consumidor, a fim de permitir que haja um parâmetro mais adequado para medir o custo total do ciclo de vida e também para incentivar as áreas de ciência, tecnologia

⁷⁸² FELIÚ, José Gimeno. La contratación pública como estrategia: el fomento de la innovación. **Revista Ius Publicum Network Review**, España, 2018, p. 01-27, p. 22.

⁷⁸³ BEAS, Marina Rodríguez. La innovación en la nueva Directiva de contratación pública: la asociación para la innovación. In: **Revista Cuadernos de Derecho Local**, Fundación Democracia y Gobierno Local, octubre.2015, p. 141-161, p. 156.

⁷⁸⁴ FELIÚ, José Gimeno. La contratación pública como estrategia: el fomento de la innovación. **Revista Ius Publicum Network Review**, España, 2018, p. 01-27, p. 14.

e inovação, permitindo, dessa maneira, para que os empreendedores vejam quanto investe⁷⁸⁵ em tais e quanto isso reverte futuramente para os seus negócios.

Trespastada esta classificação, para tornar mais objetivo o modo de cálculo do ciclo total de vida, é imperioso aduzir que o seu uso não poderá ser meramente retórico, até porque existirão inúmeras dificuldades para a implementação de tal método no Brasil e então será preciso uma ampla fiscalização.

Sobre o primeiro ponto, a busca da vantajosidade ou o respeito ao desenvolvimento nacional sustentável pela análise do ciclo total de vida do objeto não pode servir de argumento retórico para justificar (sem elo lógico) decisões administrativas, controladoras e judiciais, bem como para o cometimento de arbítrios travestidos de “atos legítimos e regulares de direito”. A preocupação está na recorrência de conceitos indeterminados para imputar responsabilidade e obrigações em decisões, sem explicar ou compreender os obstáculos reais para a sua prática, bem como no uso indiscriminado por determinados agentes públicos para implementar gostos e desejos pessoais em nome do interesse público.⁷⁸⁶

Como bem prescrito na legislação brasileira, mais precisamente na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, a partir das alterações decorrentes da Lei 13.655/2018, na interpretação de normas sobre gestão pública “serão considerados os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo, sem prejuízo dos direitos dos administrados.”⁷⁸⁷ Por isso, exigir o cumprimento do princípio do desenvolvimento nacional sustentável, que as compras sejam sustentáveis ou a adoção do ciclo total de vida sem dar condições adequadas

⁷⁸⁵ Jamais pode-se pensar em gastos com ciência, tecnologia e inovação, e sim sempre deve-se trabalhar como investimento, já que permitirá um aumento de lucro para a empresa a partir de uma ampliação de conhecimento e de técnicas sobre os seus meios de produção em geral.

⁷⁸⁶ Por exemplo, o Tribunal de Contas da União entendeu no Acórdão nº 1.375/2015 – Plenário que a ausência de motivação expressa nos autos do processo de contratação para a inclusão de cláusula de exigência de apresentação de certificação ambiental era motivo de irregularidade, mas também não fixou até que percentual ou qual a forma objetiva de entender que o valor se sobreporá ao critério ambiental. Indedependente do acerto ou não da decisão, o fato é que ausente critério objetivo e aferível, o gestor público sempre ficará na dúvida se está agindo de maneira correta ou não.

⁷⁸⁷ Considerando a possibilidade de uso arbitrário nas decisões judiciais, administrativas e controladoras sobre o que são obstáculos e dificuldades reais, o Instituto Brasileiro de Direito Administrativo emitiu enunciados para tracejar diretrizes objetivas de sua aplicação: “11. Na expressão “dificuldades reais” constante do art. 22 da LINDB estão compreendidas carências materiais, deficiências estruturais, físicas, orçamentárias, temporais, de recursos humanos (incluída a qualificação dos agentes) e as circunstâncias jurídicas complexas, a exemplo da atecnia da legislação, as quais não podem paralisar o gestor. 12. No exercício da atividade de controle, a análise dos obstáculos e dificuldades reais do gestor, nos termos do art.22 da LINDB, deve ser feita também mediante a utilização de critérios jurídicos, sem interpretações pautadas em mera subjetividade.”

com exemplos ou cartilhas para que o agente público conheça e possa executar é um convite para “o aumento do surto da decisoriofobia na Administração Pública”. Decisoriofobia⁷⁸⁸ é a doença que tem acometido muitos gestores públicos, os quais têm medo de emitir uma decisão, uma vez que as atividades de controle na esfera administrativa, controladora ou judicial não sopesam as circunstâncias reais e dificuldades vivenciadas pela autoridade, fazendo com que a propensão de aumento do medo e do pavor gerem a paralisia de qualquer ato inovador que não possua um “precedente”⁷⁸⁹.

A falta de capacidade técnica pelos agentes públicos para exercerem o papel no momento da pesquisa mercadológica de encontrar o custo total do ciclo de vida está consentâneo, infelizmente, com a falta de profissionalização no serviço público. Na maioria das vezes, não há incentivo, qualificação, condições operacionais e sequer remuneração condigna para o exercício de importantes funções, como é o caso das compras públicas. Não é possível que se exija também conhecimento técnico do departamento de licitações e contratos para todo e qualquer objeto. Em geral, licita e compra de tudo, de preços a equipamentos sofisticados, de papel higiênico e obras complexas, dentre outras diversas comparações factíveis de serem feitas, o fato é que se deposita em tais pessoas qualidades surreais, como conhecimento profundo em diversas áreas (jurídico, técnico, contábil, etc.), onipresença e onipotência. Isso sem falar na personificação (e responsabilização) em tais para o sucesso da contratação. É claro que isso não é possível. Deve-se estar atento à matriz de competência/responsabilidade e moderação no excesso de tarefas para um único ser humano ou um pequeno grupo integrante do departamento.⁷⁹⁰ Propõe-se sempre que

⁷⁸⁸ Trata-se de uma denominação e definição utilizada de modo livre pelo autor.

⁷⁸⁹ Precedente entre aspas, porque não necessariamente o gestor público pauta-se em verdadeiros precedentes, mas sim costuma se apropriar de trechos de decisões das Cortes de Contas e do Poder Judiciário, muitas vezes isoladas que não representam um conjunto de decisões no mesmo sentido ou decisões uniformizadas, para motivar o seu ato e com isso ter a sensação de proteção. Não raras vezes, o trecho usado é fora do contexto, não se tem conhecimento da decisão como um todo e não se contempla as peculiaridades do caso. Sobre o assunto, vale a leitura da crítica de AMORIM, Victor Aguiar Jardim. Julgados do TCU em matéria de licitações e contratos não são jurisprudência. **Revista Consultor Jurídico**, 17 de abril de 2018.

⁷⁹⁰ Oportuno comentário sobre o conhecimento (ou, pelo menos, o desejo por parte de órgãos de controle ou autoridades superiores) de que os agentes alocados no departamento de compras possuam conhecimento avantajado sobre a parte jurídica, sobre a parte técnica do objeto e sobre a gestão de conflitos: “Além disso, grande cuidado há que ser tomado na formulação dos editais. Em significativo número de casos, ocorre que um pequeno grupo de pessoas que compõe o departamento de licitações fica encarregado de fazer editais e todos os procedimentos para contratação da integralidade das

para o exercício de uma função pública, deve-se ter: competência, capacidade técnica, capacidade operacional e capacidade física.

Atos comuns e normas antigas já geram dúvidas e erros. Muito maior a probabilidade de erros em questões novas e que demandam a interpretação e aplicação de conceitos indeterminados. Por isso, antes de exigir, é imprescindível que se dê condições apropriadas ao gestor público. Do contrário, a exigência de cumprimento será retórica. Para tanto, deverá ser definido objetivamente de maneira precisa a composição do ciclo total de vida e arrazoada a sua relevância para a análise econômica da proposta mais vantajosa (ou da proposta economicamente mais vantajosa), a fim de servirem como vetores indissociáveis para um estudo sério e comprometido com a sua pragmaticidade. Em outras palavras, é preciso atentar-se para o princípio da realidade.⁷⁹¹

Nessa direção, a simplificação é medida salutar. O próprio Relatório do Professor M. Monti ao Presidente da Comissão Europeia denominado “Uma nova estratégia para o mercado único”, em 2010, recomendou a simplificação e clarificação da normatização dos contratos públicos e também a maior incidência da política horizontal para o favorecimento da inovação, do crescimento ecológico e a inclusão social devem ser requisitos específicos obrigatórios.⁷⁹² No âmbito brasileiro,

demandas da Administração. Essas pessoas, além de terem que conhecer sobre as normas jurídicas que envolvem o procedimento, são obrigadas a criar critérios para a compra etc.” (EMERY, Emerson Baldotto. **Desenvolvimento sustentável**: princípio da eficiência em procedimentos licitatórios. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 130).

⁷⁹¹ Ao abordar a Administração e o Direito Administrativo no Século XIX e XX, mais especificamente as últimas tendências, Massimo Severo Giannini aborda a ideia da teoria do realismo. “Dirección realista no puede significar, en cambio, renuncia a aquello que la pandectística nos es todavía válido; la elaboración de una teoría general del derecho, la rigurosa individualización de un cuerpo preciso de nociones y conceptos, la ya alabada técnica del análisis jurídico. Significa, en cambio, abandono del apriorismo técnico, de la teoría como fin en sí mismo y de sus derivaciones de teorismo y del formalismo, del espíritu geométrico y de las pretensiones de unidad a toda costa. En la certeza que el mundo del derecho constituye un hecho histórico que encierra en sí las contradicciones y los contrastes de la historia, que está construido y modificado por los hombres, para componer intereses de los hombres, la dirección realista quería aparecer como una síntesis y no como la antítesis de las direcciones precedentes. Así, en nuestro campo, la dirección realista ha reprochado a las otras corrientes teóricas haber abandonado, por intentar una construcción unitaria y perfecta, otros muchos principios del Estado moderno, como aquellos que se refieren a la libertad, a las distintas maneras de ser de la autoridad, a la representatividad, a las posiciones jurídicas de los grupos, de haber olvidado que el Estado antes de ser un ente es una colectividad; que como ente es, sobre todo, un ente político, etc.” (GIANNINI, Massimo Severo. **Derecho Administrativo**. Trad. Luis Ortega. Volumen Primero. Madrid: Ministerio para las Administraciones Públicas, 1991, p. 83).

⁷⁹² “Principais recomendações: - repensar as políticas em matéria de contratos públicos, a fim de as tornar mais simples, mais eficazes e menos onerosas para as autoridades nacionais e locais; reforçar a participação das PME através da aplicação do código de conduta da Lei das Pequenas Empresas; -

atualmente existe uma série de legislações sobre licitações e contratos administrativos espalhadas e que não raras vezes estão escondidas em outras legislações, o que também configura um contrabando legislativo nos termos do que entende o Supremo Tribunal Federal⁷⁹³ e é totalmente contrária às boas práticas para a elaboração, redação, alteração e consolidação de leis determinadas pela Lei Complementar nº 95/1995.

Outro ponto que merece destaque e poderá exortar contrariamente ao uso do referido ciclo é o suposto encarecimento das compras públicas. Em verticalizado estudo sobre a adoção de regras claras e possibilidade de preferência para determinadas empresas ou setores, ainda que o relatório tenha sido elaborado para apreciação da política sobre a microempresa e empresa de pequeno porte, o Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada expôs que inexistente na literatura técnica e empírica qualquer estudo comprovando que políticas de preferência geram distorção no mercado e aumento da eficiência do gasto público, até porque é necessário que a disputa acirrada seja permeada pela sempre entrada de novas firmas e pela efetiva competição intra e entre grupos de empresas.⁷⁹⁴ Com isso os custos de contratação deverão cair ao invés de subir. Tal raciocínio é condicionado à existência de transparência de informações, inclusive nos custos do objeto a ser contratado e como a Administração Pública está alocando riscos, condições objetivas e subjetivas de participação e obrigações contratuais, para então gerar menor externalidades, custos de transação, assimetrias de custos e menor probabilidade de interação estratégica entre as empresas. Ademais, qualquer abertura do mercado de compras públicas por meio de acordo bilateral ou multilateral sem uma atenção especial para as empresas nacionais (grandes, médias e pequenas) poderá ser nocivo a médio e longo prazo.

A fiscalização revela-se essencial para o sucesso da adoção do ciclo total de vida. Neste ponto, o Tribunal de Contas da União tem exercido um papel bastante

clarificar as regras aplicáveis aos fornecimentos <a nível interno>; - fazer com que os contratos públicos favoreçam a inovação, o crescimento ecológico e a inclusão social, impondo requisitos específicos obrigatórios." (MONTI, Mario. **Uma nova estratégia para o mercado único**: ao serviço da economia e da sociedade europeias. 09 de maio de 2010. Disponível no site <http://ec.europa.eu/DocsRoom/documents/15501/attachments/1/translations>. Acesso em 03 de fev. de 2019.

⁷⁹³ Vide *ratio decidendi* da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5127.

⁷⁹⁴ ARAÚJO JÚNIOR, Ignácio Tavares de. **Análise comparada sobre medidas de favorecimento de micro e pequenas empresas (mpes) em compras públicas com avaliação de eficácia e identificação de melhores práticas** - Texto para discussão. Brasília: Rio de Janeiro: Ipea - Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, p. 18, 19, 42 e 43.

decisivo no avanço das melhores práticas pelos órgãos e entidades públicas em licitações e contratos administrativos, o que não é diferente no caso de como alinhar a busca das compras sustentáveis. Como manifestado por Ana Claudia Finger e Regeane Bransin Quetes, o tribunal precisa exercer um papel pedagógico, preventivo e fiscalizatório.⁷⁹⁵ Ultrapassando o viés só do TCU, a fiscalização deve ser eficiente por todos os agentes, órgãos e entidades competentes.⁷⁹⁶ Para tanto, devem ser adotadas técnicas que busquem a máxima eficiência com flexibilidade nos processos e resultados,⁷⁹⁷ desde que sempre sejam para ampliar direitos.⁷⁹⁸

De qualquer modo, para que se sustente uma política pública de contratação pública estratégica, deve a Administração atender um tripé, segundo Jaime Rodríguez-Arana Muñoz: boa preparação profissional, capacidade de diálogo e respeito às normas éticas. Alinhando tais ingredientes para a matéria contratual, adverte que os editais devem estar bem redigidos, devem ser realistas, proteger a inteligência sobre o bem-estar e priorizar elevados padrões éticos em seu conteúdo.⁷⁹⁹ Até porque, aplicar uma determinada regra no âmbito licitatório demanda entender todo o sistema, para conferir o máximo proveito do significado da mesma de acordo com a integralidade do sistema.⁸⁰⁰

É preciso informação acessível para que se possa cambiar o modo atual de julgamento para a escolha do objeto a ser contratado.⁸⁰¹ É preciso que se multiplique

⁷⁹⁵ FINGER, Ana Claudia; QUETES, Regeane Bransin. Licitações e contratos administrativos sustentáveis como um instrumento de concretização da supremacia do interesse público. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 14, n. 57, p. 105-131, jul./set. 2014, p. 126.

⁷⁹⁶ Ainda se faz presente a crítica de Edgar Guimarães para que exista um “processo de transformação e mutação das figuras de controle da Administração Pública”. (GUIMARÃES, Edgar. **Controle das licitações públicas**. São Paulo: Dialética, 2002, p. 106).

⁷⁹⁷ Flexibilidade não deve ser confundida com atuação jurídica informal. A segurança jurídica sempre deverá ser enfocada em qualquer espécie de controle. Os fins não justificam os meios.

⁷⁹⁸ MOURA, Emerson Affonso da Costa. Estado gerencial, regulação econômica e serviços públicos – O papel das agências na promoção do desenvolvimento. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 14, n. 57, p. 193-217, jul./set. 2014, p. 196.

⁷⁹⁹ MUÑOZ, Jaime Rodríguez-Arana. La contratación del sector público como política pública. In: GARCÍA, J. José Pernas (director). **Contratación pública estratégica**. Pamplona: Editorial Aranzadi, 2013, p. 31-44, p. 39.

⁸⁰⁰ FORTINI, Cristiana. Licitação: prerrogativas ou privilégios? Anulação, revogação e exceção do contrato não cumprido. In: FORTINI, Cristiana; PEREIRA, Maria Fernanda Pires de Carvalho; CAMARÃO, Tatiana Martins da Costa. **Licitações e Contratos: aspectos relevantes**. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 111-118, p. 113.

⁸⁰¹ “Aquí solamente trazaremos una distinción, la existente entre información sobre e información como. La información es una condición necesaria para el funcionamiento racional de todos los demás controles gubernamentales. Unos programas públicos seriamente diseñados exigen que sus supuestos

a informação e os dados para que a persuasão seja passível de ser executada como modo democrático de escolhas.⁸⁰² Por isso, com os argumentos expendidos neste tópico, pretende-se persuadir os operadores das compras públicas de que a melhor maneira de mensurara o custo do objeto a ser contratado é adotando o ciclo total de custo de vida. A importância da persuasão para não impor regras impeditivas diretas e sim impeditivas indiretas como premiaias. Deve-se repassar conhecimento para informar ao mercado. Não é impor regras ao mercado. Qualquer imposição direta por meio da coerção levará sem sombras de dúvidas o não alcance do objetivo já que haverá uma maquiagem na composição do preço. Não se pode pensar em preço sem levar em conta os critérios objetivos na composição dos preços, mais precisamente nos custos diretos e indiretos.

Não se deseja que a ponderação dos custos em geral para encontrar o custo do ciclo total de vida seja uma interferência excessiva ou uma coação do Estado para o mercado. O que se requer é a conscientização do Estado Consumidor que ele deverá avaliar corretamente o custo do objeto a ser contratado. Não se pretende impor uma interferência na vida das pessoas jurídicas ou físicas acerca do aumento ou diminuição de salários ou lucro, mas sim compreender como se deve chegar a um preço adequado num processo que avalie todos os custos reais, diretos e indiretos, de um objeto. Jamais deverá ser pensado como legítimo em substituir a escolha do consumidor pela pressão policial.⁸⁰³ Com efeito, como defende Schumpeter, quem é o líder real de qualquer meio de produção e processo produtivo é o consumidor. Por isso, defende-se que o Estado deve assumir o seu papel de consumidor para influir em práticas de interesse público como são àqueles convergentes para o desenvolvimento ambiental, social, econômico, tecnológico, inovativo, científico,

beneficiarios estén debidamente informados de la existencia y significado del programa. Dicha información puede denominarse información sobre instrumentos políticos en oposición a la información como un instrumento político. Cuando se defina el input de la evaluación, podría ser conveniente diferenciar los instrumentos políticos en sí de la información sobre dichos instrumentos políticos. Si se desea que una regulación, como una ley o un estatuto, sea eficaz, los individuos del grupo al que va destinada deben ser conscientes de su existencia y contenido. De lo contrario, como es lógico, no podrán cumplir racionalmente con ella. En muchos casos, el gobierno nacional debe transmitir a los ciudadanos información acerca del significado y existencia de instrumentos regulativos recientemente impuestos. (VEDUNG, Evert. **Evaluación de políticas públicas y programas**. Madrid: Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. 1997, p. 167-168).

⁸⁰² MISES, Ludwig Von. **Caos planejado**: intervencionismo, socialismo, fascismo e nazismo. Trad. Beatriz Caldas. São Paulo: LVM, 2017, p. 117.

⁸⁰³ MISES, Ludwig Von. **Caos planejado**: intervencionismo, socialismo, fascismo e nazismo. Trad. Beatriz Caldas. São Paulo: LVM, 2017, p. 118.

dentre outras.⁸⁰⁴

⁸⁰⁴ “Do fato de que todos os bens encontram um mercado, segue-se novamente que o fluxo circular da vida econômica é fechado, em outras palavras, que os vendedores de todas as mercadorias aparecem novamente como compradores em medida suficiente para adquirir os bens que manterão seu consumo e seu equipamento produtivo no período econômico seguinte e no nível obtido até então, e vice-versa. (...) portanto, em nossos pressupostos, os meios de produção e o processo produtivo não têm em geral nenhum líder real, ou melhor, o líder real é o consumidor. As pessoas que dirigem as empresas de negócios apenas executam o que lhes é prescrito pelas necessidades ou pela demanda e pelos meios e métodos de produção dados.” (SCHUMPETER, Joseph A. **Teoria do Desenvolvimento Econômico**: uma investigação sobre lucros, capital, crédito, juro e o ciclo econômico. Trad. Maria Sílvia Possas. São Paulo: Abril Cultural, 1982, p. 12 e 20).

4.2. A comparação entre as compras públicas inovadoras no Brasil, na União Europeia e na Espanha

A Lei Geral de Licitações e Contratos do Brasil não preceitua um procedimento específico para a contratação de bens e serviços tecnológicos, científicos e inovadores. Apesar disso, pode-se dizer que há algumas normas pertinentes. Dentre as previsões existentes na legislação, destacam-se: (i) possibilidade de uso da modalidade concurso para a contratação de objeto científico; (ii) permissividade de tipo de licitação “melhor técnica” e “técnica e preço”, visto que tais critérios de julgamento deverão ser utilizados exclusivamente para serviços de natureza predominantemente intelectual, em especial na elaboração de projetos, cálculos, fiscalização, supervisão e gerenciamento e de engenharia consultiva em geral e, em particular, para a elaboração de estudos técnicos preliminares e projetos básicos e executivos;⁸⁰⁵ (iii) definição de produtos para pesquisa e desenvolvimento bens, insumos, serviços e obras necessários para atividades de pesquisa científica e tecnológica, desenvolvimento de tecnologia ou inovação tecnológica discriminados em projeto de pesquisa aprovado pela instituição contratante; (iv) previsão de que se o objeto referir-se a obra imaterial de caráter tecnológico, insuscetível de privilégio, a cessão de direitos incluirá o fornecimento de todos os dados, documentos e elementos de informação pertinentes à tecnologia de concepção, desenvolvimento, fixação em suporte físico de qualquer natureza e aplicação da obra.

Além disso, há a previsão também de alguns casos favoráveis aos setores ora estudados serem beneficiados pela contratação direta, mais precisamente pela dispensa de licitação, quando: (i) for para adquirir ou contratar produto para pesquisa e desenvolvimento, limitada, no caso de obras e serviços de engenharia a R\$ 660.000,00;⁸⁰⁶ (ii) for realizada por Instituição Científica e Tecnológica - ICT ou por agência de fomento para a transferência de tecnologia e para o licenciamento de

⁸⁰⁵ Excepcionalmente poderão ser usados também, desde que devidamente justificados, para fornecimento de bens e execução de obras ou prestação de serviços de grande vulto majoritariamente dependentes de tecnologia nitidamente sofisticada e de domínio restrito, atestado por autoridades técnicas de reconhecida qualificação, nos casos em que o objeto pretendido admitir soluções alternativas e variações de execução, com repercussões significativas sobre sua qualidade, produtividade, rendimento e durabilidade concretamente mensuráveis, e estas puderem ser adotadas à livre escolha dos licitantes, na conformidade dos critérios objetivamente fixados no ato convocatório. (§ 3º do artigo 46 da Lei nº 8.666/93).

⁸⁰⁶ Valor este já atualizado de acordo com o Decreto Federal nº 9.412/2018.

direito de uso ou de exploração de criação protegida, já que é viável entrar uma série de serviços e bens tecnológicos, científicos ou inovadores; (iii) uma pessoa jurídica de direito público interno adquira insumos estratégicos para a saúde produzidos ou distribuídos por fundação que, regimental ou estatutariamente, tenha por finalidade apoiar órgão da administração pública direta, sua autarquia ou fundação em projetos de ensino, pesquisa, extensão, desenvolvimento institucional, científico e tecnológico e estímulo à inovação, inclusive na gestão administrativa e financeira necessária à execução desses projetos, ou em parcerias que envolvam transferência de tecnologia de produtos estratégicos para o Sistema Único de Saúde (SUS) e que tenha sido criada para esse fim específico em data anterior à vigência da Lei Geral, desde que o preço contratado seja compatível com o praticado no mercado; (iv) a contratação gerar transferência de tecnologia de produtos estratégicos para o SUS, no âmbito da Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, conforme elencados em ato da direção nacional do SUS, inclusive por ocasião da aquisição destes produtos durante as etapas de absorção tecnológica; (v) houver a contratação de entidades privadas sem fins lucrativos, para a implementação de cisternas ou outras tecnologias sociais de acesso à água para consumo humano e produção de alimentos, para beneficiar as famílias rurais de baixa renda atingidas pela seca ou falta regular de água; (vi) para o fornecimento de bens e serviços, produzidos ou prestados no País, que envolvam, cumulativamente, alta complexidade tecnológica e defesa nacional, mediante parecer de comissão especialmente designada pela autoridade máxima do órgão⁸⁰⁷ e (vii) uma Instituição Científica e Tecnológica (ICT) ou agência de fomento contratar a transferência de tecnologia e o licenciamento de direito de uso ou exploração de criação protegida.

A mais, imperioso destacar as inserções realizadas pela Lei nº 12.349/2010 à Lei nº 8.666/93, já que especificamente sobre os temas prescreveu: (i) critério de desempate das propostas para empresas que invistam em pesquisa e no desenvolvimento da tecnologia no país; (ii) possibilidade de estabelecer uma margem de preferência para produtos manufaturados e para serviços nacionais que atendam

⁸⁰⁷ Sobre as medidas de compensação tecnológica em caso de contratação do setor de defesa do Brasil, vide ROSSI, Juliano Scherner. **Compensações tecnológicas (offset):** sefreto empresarial e transferência internacional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015; VIEIRA, André Luís; ÁLVARES, João Gabriel. **Acordos de compensação tecnológica (offset):** Teoria e prática na experiência brasileira. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

a normas técnicas brasileiras. Tal margem de preferência permite que o edital de licitação preveja um percentual de até 25% (vinte e cinco por cento) favorável às compras de produtos manufaturados e serviços nacionais, levando em consideração os seguintes fatores: geração de emprego e renda; efeito na arrecadação de tributos federais, estaduais e municipais; desenvolvimento e inovação tecnológica realizados no País; custo adicional dos produtos e serviços; e em suas revisões, análise retrospectiva de resultados. Essa margem poderá ser estendida aos bens e serviços originários dos Estados Partes do Mercado Comum do Sul-MERCOSUL. Ademais, foi inserido que, para os produtos manufaturados e serviços nacionais resultantes de desenvolvimento e inovação tecnológica realizados no País, poderá ser estabelecido margem de preferência *adicional* àquela para produtos manufaturados e para serviços nacionais que atendam a normas técnicas brasileiras (artigo 3º, § 7º).

Para regulamentar a margem de preferência normal e a adicional de produtos manufaturados e serviços nacionais, bem como o que dever ser compreendido como medida de compensação industrial, comercial ou tecnológica, foi editado o Decreto Federal 7.546/2011.⁸⁰⁸ Nele ficou consignado que: (i) o conceito de produto manufaturado está diretamente relacionado com a noção de inovação, pois compreendeu de maneira similar, assim como defende o Manual de Oslo e Joseph Schumpeter, que tal é o produto que tenha sofrido qualquer operação que altere a sua natureza, a natureza dos seus insumos, a sua finalidade ou o aprimore para o seu consumo e tenha sido produzido no Brasil, conforme o processo produtivo básico definido nas Leis nº 8.387, de 30 de dezembro de 1991, e nº 8.248, de 23 de outubro

⁸⁰⁸ Os incisos I, II e III do artigo 2º definem: I - Margem de preferência normal - diferencial de preços entre os produtos manufaturados nacionais e serviços nacionais e os produtos manufaturados estrangeiros e serviços estrangeiros, que permite assegurar preferência à contratação de produtos manufaturados nacionais e serviços nacionais; II - Margem de preferência adicional - margem de preferência cumulativa com a prevista no inciso I do caput, assim entendida como o diferencial de preços entre produtos manufaturados nacionais e serviços nacionais, resultantes de desenvolvimento e inovação tecnológica realizados no País, e produtos manufaturados estrangeiros e serviços estrangeiros, que permite assegurar preferência à contratação de produtos manufaturados nacionais e serviços nacionais; III - Medida de compensação industrial, comercial ou tecnológica - qualquer prática compensatória estabelecida como condição para o fortalecimento da produção de bens, do desenvolvimento tecnológico ou da prestação de serviços, com a intenção de gerar benefícios de natureza industrial, tecnológica ou comercial concretizados, entre outras formas, como: a) coprodução; b) produção sob licença; c) produção subcontratada; d) investimento financeiro em capacitação industrial e tecnológica; e) transferência de tecnologia; f) obtenção de materiais e meios auxiliares de instrução; g) treinamento de recursos humanos; h) contrapartida comercial; ou i) contrapartida indústria."

de 1991, ou com as regras de origem estabelecidas pelo Poder Executivo federal, tendo como padrão mínimo as regras de origem do Mercosul; (ii) os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e os demais poderes da União poderão adotar as margens de preferência estabelecidas pelo Poder Executivo federal; (iii) a margem de preferência adicional é um *plus* à margem de preferência normal e será concedida para dar maior benesse aos produtos manufaturados nacionais e serviços nacionais que foram desenvolvidos e inovados tecnologicamente no país; (iv) fixou a instituição da Comissão Interministerial de Compras Públicas, em caráter temporário, para propor e acompanhar a aplicação da margem de preferência para produtos manufaturados nacionais e serviços nacionais e das medidas de compensação comercial, industrial, tecnológica ou de acesso a condições vantajosas de financiamento; (v) qualquer norma geradora de margem de preferência deve ser estudada e refletida com vários setores a partir de estudos setoriais e avaliação de impacto econômico, bem como deve ser fixada temporalmente levando em consideração: o potencial de geração de emprego e renda no País; o efeito multiplicador sobre a arrecadação de tributos federais, estaduais e municipais; o potencial de desenvolvimento e inovação tecnológica realizados no País; o custo adicional dos produtos e serviços; e em suas revisões, a análise retrospectiva de resultados; (vi) a mensuração de preferência e de medidas de compensação deverão ser estatuídas de acordo com as diretrizes gerais das políticas industrial, tecnológica e de comércio exterior vigentes e (vii) nas contratações destinadas à implantação, manutenção e aperfeiçoamento dos sistemas de tecnologia da informação e comunicação, ponderados como estratégicos em ato do Poder Executivo Federal, a licitação poderá ser restrita a bens e serviços com tecnologia desenvolvida no País e produzidos de acordo com o processo produtivo básico.

Sob esta batuta, vários decretos federais regulamentaram margens de preferência normal e adicional para uma série de objetos, contudo, atualmente, todos os decretos que tinham validade se expiraram e não houve mais a edição de qualquer outro.⁸⁰⁹ A título informativo, os decretos foram editados pela Presidente Dilma

⁸⁰⁹ Decreto nº 7.713, de 03 de abril de 2012, Decreto nº 7.756, de 14 de junho de 2012, Decreto nº 7.767, de 27 de junho de 2012, Decreto nº 7.810, de 20 de setembro de 2012, Decreto nº 7.812, de 20 de setembro de 2012, Decreto nº 7.816, de 28 de setembro de 2012, Decreto nº 7.840, de 12 de novembro de 2012, Decreto nº 7.841, de 12 de novembro de 2012, Decreto nº 7.843, de 12 de

Roussef e depois o Presidente Michel Temer não prorrogou qualquer decreto ou emitiu algum novo, bem como atualmente o Presidente Jair Bolsonaro não utilizou tal prerrogativa e nem parece que usará, pois pretende incluir o Brasil na Organização Mundial do Comércio como integrante do Acordo de Compras Públicas.⁸¹⁰

Existe também, dentre outras, a Lei nº 10.973/2004, a qual dispõe sobre incentivos à inovação e à pesquisa científica e tecnológica no ambiente produtivo brasileiro; a Lei nº 8.248/1991, com as alterações principalmente da Lei nº 10.176/2001, que disciplina sobre o processo produtivo básico no setor de informática e automação; a Lei nº 11.196/2005 que prevê um regime especial tributário para a plataforma de exportação de serviços de tecnologia da informação e a Lei nº 12.715/2012, que versa sobre a desoneração da folha de pagamento de vários setores.⁸¹¹

Especificamente, ofertar um produto ou serviço dotado de processo produtivo básico, nos termos da legislação brasileira, em especial o Decreto Federal nº 7.174/2010, concede, além de vantagens tributárias, uma margem de preferência para os licitantes na ordem de até dez por cento, fazendo com que a Administração Pública compre um produto mais caro até dez por cento (a depender do percentual estipulado no edital) em detrimento de outro mais barato, porém não se emoldure como PPB.⁸¹²

Em 2017, o Decreto Federal nº 9.245 previu, dentre outros aspectos, a Política

novembro de 2012, Decreto nº 7.903, de 04 de fevereiro de 2013, Decreto nº 8.002, de 14 de maio de 2013, Decreto nº 8.184, de 17 de janeiro de 2014, Decreto nº 8.185, de 17 de janeiro de 2014, Decreto nº 8.186, de 17 de janeiro de 2014, Decreto nº 8.194, de 12 de fevereiro de 2014, Decreto nº 8.223, de 03 de abril de 2014 e Decreto nº 8.224, de 03 de abril de 2014.

⁸¹⁰ Sobre as dificuldades operacionais para a implementação da margem de preferência normal e adicional, mesmo quando existente decreto autorizador, levando em consideração a plataforma das licitações eletrônicas, em especial o *comprasnet* (comprasgovernamentais.com.br), vide ACOCELLA, Jéssica; RANGEL, Juliana Cabral Coelho. Governo amplia preferência para produção nacional em compras públicas: dificuldades e incertezas. **Revista Consultor Jurídico**, 5 de setembro de 2014.

⁸¹¹ Em artigo, Marcia Carla Pereira Ribeiro e Marcelle Franco Espíndola Barros explicitam outras várias legislações de incentivo de processo de inovação tecnológica (RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; BARROS, Marcelle Franco Espíndola. Contratos de transferência de tecnologia: custos de transação versus desenvolvimento. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 51, n. 204, p. 43-66 out./dez.2014).

⁸¹² Art. 5º Será assegurada preferência na contratação, nos termos do disposto no art. 3º da Lei nº 8.248, de 1991, para fornecedores de bens e serviços, observada a seguinte ordem: I - bens e serviços com tecnologia desenvolvida no País e produzidos de acordo com o Processo Produtivo Básico (PPB), na forma definida pelo Poder Executivo Federal; II - bens e serviços com tecnologia desenvolvida no País; e III - bens e serviços produzidos de acordo com o PPB, na forma definida pelo Poder Executivo Federal. Parágrafo único. As microempresas e empresas de pequeno porte que atendam ao disposto nos incisos do caput terão prioridade no exercício do direito de preferência em relação às médias e grandes empresas enquadradas no mesmo inciso.

Nacional de Inovação Tecnológica na Saúde (PNITS) que regulamenta o uso do poder de compra do Estado em contratações e aquisições que envolvam produtos e serviços estratégicos para o SUS no âmbito do Complexo Industrial da Saúde (CIS). Objetiva: (i) a promoção do aprimoramento do marco regulatório referente às estratégias e ações de inovação tecnológica na área da saúde, (ii) a promoção da sustentabilidade tecnológica e econômica do SUS, com a definição de condições estruturais para aumentar a capacidade produtiva e de inovação do País, com vistas à contribuição para a ampliação do acesso à saúde, (iii) o estímulo e o fomento à parceria entre a administração pública e as entidades privadas, com vistas à promoção da transferência, da internalização, da incorporação, do desenvolvimento e da qualificação de tecnologias em saúde no território nacional; (iv) a redução da dependência externa e da vulnerabilidade produtiva e tecnológica do país em relação aos produtos e serviços estratégicos para o SUS, bem como (v) o estabelecimento de critérios para o uso do poder de compra estatal com o intuito de racionalizar os gastos em saúde e induzir o desenvolvimento científico, tecnológico e industrial, com vistas à sustentabilidade do SUS e à consolidação do CIS no País.

No referido decreto federal, existe a previsão de uso dos seguintes instrumentos estratégicos: parcerias para o desenvolvimento produtivo, encomendas tecnológicas na área de saúde e as medidas de compensação na área de saúde, concretizando, assim, uma atuação estatal que busca “a mudança da lógica de gasto” no setor de saúde seja pelo fomento direto associado a encomendas ou pelo poder de compra.⁸¹³

As parcerias devem ter como objeto, concomitantemente, (a) o desenvolvimento tecnológico, a transferência e a absorção de tecnologia relacionada aos produtos estratégicos para o SUS, (b) a capacitação produtiva e tecnológica no País relacionada aos produtos estratégicos para o SUS e (c) a aquisição dos produtos estratégicos para o SUS, nos termos do disposto no inciso XXXII do caput do art. 24 da Lei nº 8.666, de 1993 . Dentre as condições, estatuídas e obrigatórias no contrato e que sirvam para o desenvolvimento desse trabalho, estão: (i) cláusulas que

⁸¹³ TOSCAS, Fotini Santos; NASCIMENTO, Marco Aurelio Carvalho. O Ministério da Saúde como indutor da inovação em dispositivos e materiais para saúde. In: BRASIL, Ministério da Saúde. **Avanços e desafios no complexo industrial em produtos para saúde**. Brasília: Ministério da Saúde, 2017, p. 23.

prevejam ao parceiro público um dever de ao final do ajuste ter no mínimo uma planta industrial de pequena escala no país em condições suficientes para a produção do produto estratégico; (ii) os direitos de propriedade intelectual serão convencionados e (iii) regra de que o parceiro público e o privado deverão investir um percentual mínimo em pesquisa, desenvolvimento e inovação no Brasil.

A encomenda tecnológica, na área de saúde, deve ser contratada por dispensa de licitação com esteio no inciso XXXI do artigo 24 da Lei Geral de Licitações e Contratos e pretende a contratação de Instituição de Ciência e Tecnologia, de entidades de direito privado sem fins lucrativos ou de empresas para a atividade de pesquisa e que sejam reconhecidas pela sua capacidade tecnológica. Deverão executar atividades de pesquisa, desenvolvimento e inovação que tenham risco tecnológico para solucionar algum problema técnico específico ou para obter algum produto, serviço ou processo inovador na área de saúde

As medidas de compensação comercial, industrial ou tecnológicas priorizarão o desenvolvimento e a capacitação tecnológica no país relacionados aos produtos e serviços estratégicos para o SUS.

Para que tais ferramentas possam ser adotadas sem gerar riscos à segurança jurídica dos possíveis fornecedores, diminuição da assimetria informacional, minoração de riscos ao setor colaborador nestas parcerias e contratos e aumento de interesse de participação, é indispensável que exista um cenário favorável para o desenvolvimento tecnológico e industrial de produtos e serviços na área do SUS, sob pena de não haver o devido interesse pelo mercado ou o custo ficar muito elevado para a Administração Pública Brasileira, em razão da desconfiança com o cumprimento das normas existentes no ordenamento jurídico. Tanto é assim que o Decreto, ao se resguardar de possíveis incoerências nos direcionamentos estabelecidos nos ditos arranjos colaborativos com os demais setores, determina que haja a participação no Grupo Executivo do Complexo Industrial da Saúde⁸¹⁴ de uma

⁸¹⁴ Quem terá a competência, nos termos do artigo 17, de: (i) propor medidas e ações concretas destinadas à promoção do desenvolvimento da inovação tecnológica na área da saúde, com vistas ao fortalecimento e à elevação da produção nacional de produtos e serviços estratégicos para o SUS; II - assegurar, monitorar e avaliar a execução das ações a serem desenvolvidas no âmbito da PNITS, especialmente quanto à utilização de seus instrumentos estratégicos; III - avaliar o impacto econômico da utilização dos instrumentos estratégicos da PNITS e sugerir a elaboração de estudos e pareceres; IV - pronunciar-se sobre a proposta de atos normativos necessários à execução do disposto neste Decreto; V - pronunciar-se sobre outros assuntos relativos à PNITS, quando demandado pelo Ministério

série de órgãos públicos de vários setores e também de entidades reconhecidas na área de pesquisa, tecnologia e desenvolvimento industrial.

Em 2018, o Decreto Federal nº 9.283, também previu medidas de incentivo à inovação e à pesquisa científica e tecnológica no âmbito produtivo, com vistas à capacitação tecnológica, ao alcance da autonomia tecnológica e ao desenvolvimento do sistema produtivo nacional e regional. Estipulou as seguintes características e deixou expresso que: (i) a feitura de licitação realizada por Instituição de Ciência e Tecnologia ou por agência de fomento para a transferência de tecnologia e para o licenciamento de direito de uso ou de exploração de criação protegida é dispensável; (ii) quando da contratação por dispensa de licitação com base no inciso XXI do artigo 24, poderá ser feita a cessão de uso de imóveis públicos para a instalação e a consolidação de ambientes promotores da inovação, sendo que a escolha do cessionário deverá observar critérios impessoais da escolha, a partir de parcerias estratégicas entre os setores público e privado, o incentivo ao desenvolvimento tecnológico, a interação entre as empresas e as ICT ou por outros critérios de avaliação dispostos expressamente na oferta pública da cessão de uso; (iii) o fornecimento do produto, do serviço ou do processo inovador resultante das atividades de pesquisa, desenvolvimento e inovação encomendadas (encomenda de tecnologia pela Administração Pública por meio de ICT) será concretizada por meio de dispensa de licitação com o próprio desenvolvedor e poderá preconizar a opção de compra do bem resultante da encomenda; (iv) o acordo de parceria para pesquisa, desenvolvimento e inovação dispensa licitação ou outro processo competitivo de seleção equivalente, tendo que ficar avençada a titularidade da propriedade intelectual e a participação nos resultados da exploração das criações resultantes da parceria a fim de manter o espírito cooperativo entre ambos; (v) obras e serviços de engenharia como produtos para pesquisa e desenvolvimento também poderão ser contratados por dispensa de licitação, limitado ao valor máximo definido na legislação (R\$ 660.000,00); (vi) caso a contratação de obras e serviços de engenharia, como produtos para pesquisa e desenvolvimento, ultrapassem o referido teto, poderá ser

da Saúde; VI - aprovar seu regimento interno; VII - constituir grupos de trabalho sobre temas específicos que demandem conhecimento técnico especializado para dar suporte às suas atividades; VIII - convidar profissionais de notório saber no tema ou especialistas de órgãos ou entidades públicos e privados para participar de suas atividades; IX - definir a composição do FPAS; e X - articular com o FPAS a realização de eventos públicos relacionados a temas afetos à PNITS.

contratado por licitação, sendo permitido adotar a contratação integrada e o regime diferenciado de contratação em qualquer caso.

Além disso, salienta-se que existem outras medidas normativas que determinam a contratação de objetos fabricados ou industrializados no Brasil ou uma certa margem de fabricação ou industrialização nacional. Nessa linha, a Agência Reguladora Nacional do Petróleo impõe a contratação de um percentual de conteúdo local para as empresas concessionárias a partir de 2005, para os contratos de cessão onerosa e dos contratos de partilha, para exploração e desenvolvimento da produção de petróleo e/ou gás natural. Tal ordem se dá a partir de uma cláusula nos referidos contratos em que os concessionários, cessionários e contratados deverão solicitar aos seus fornecedores de bens e serviços as devidas certificações de seus produtos com o selo de conteúdo local.⁸¹⁵ Atualmente, a legislação que norteia essa regulação, para os fornecedores de bens e serviços, certificadores e concessionárias, é a Resolução ANP nº 19/2013, para os organismos de certificação, a Resolução ANP nº 25/2016 e para as concessionárias, as Resoluções nº 726/2018, 27/2016 e 20/2016.⁸¹⁶ O objetivo é que com a imposição de materiais, equipamentos, sistemas e subsistemas e serviços de conteúdo local haja o resultado de crescimento da indústria nacional, desenvolvimento da tecnologia, qualificação de mão de obra local e geração de empregos e renda.⁸¹⁷

⁸¹⁵ Disponível em <http://www.anp.gov.br/exploracao-e-producao-de-oleo-e-gas/conteudo-local>. Acesso em 03 de fev. de 2019.

⁸¹⁶ “Para a 1ª Rodada de Partilha da Produção, realizada em 2013, o conteúdo local mínimo exigido foi de 37% para fase de exploração e de 15% para o teste de longa duração (quando realizados dentro desta fase); de 55% para os módulos da etapa de desenvolvimento que iniciarem a produção até 2021; e de 59% para os módulos desta mesma etapa que iniciarem até 2022. A Resolução CNPE nº 07, de 11 de abril de 2017, definiu o novo modelo de conteúdo local a ser aplicado nas rodadas de licitação a partir de então. Além de deixar de ser considerado como fator de pontuação das ofertas, houve simplificação dos compromissos e redução dos percentuais mínimos. Para blocos em terra, são exigidos apenas compromissos globais para a fase de exploração e para a etapa de desenvolvimento da produção, ambos de 50%. No caso de áreas marítimas, é exigido compromisso global de 18% para a fase de exploração e, no caso da etapa de desenvolvimento, foram fixados compromissos mínimos para três macrogrupos: construção de poços (25%); sistema de coleta e escoamento (40%); e unidade estacionária de produção (25%). No dia 12 de abril de 2018, foi publicada no Diário Oficial da União (DOU) a Resolução ANP nº 726/2018, que regulamenta os mecanismos contratuais de isenção (waiver), ajuste e transferência de excedente, e que trouxe a possibilidade de aditamento dos contratos com novas exigências de conteúdo local.” (Disponível em <http://www.anp.gov.br/exploracao-e-producao-de-oleo-e-gas/conteudo-local>. Acesso em 05 de fev. de 2019).

⁸¹⁷ Está amparado pelo Programa de Mobilização da Indústria Nacional de Petróleo e Gás Natural – PROMINP, que foi instituído pelo Decreto Federal 4.925/2003 e visa fomentar a participação da indústria nacional de bens e serviços, de forma competitiva e sustentável, na implantação de projetos de petróleo e gás, no Brasil e exterior.

Outra regra preceituada no Brasil que se relaciona com a ciência, tecnologia e inovação nacional é o dever de afetar parte das receitas de empresas de alguns setores, como: (i) no campo de energia elétrica, as empresas concessionárias, permissionárias e autorizadas do setor, com base na Lei nº 9991/2002,⁸¹⁸ deverão aplicar anualmente no mínimo 1% (um por cento) de sua receita operacional líquida em pesquisa e desenvolvimento do setor elétrico, sendo que 40% é destinado ao Fundo Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (FNDCT), 20% ao Ministério de Minas e Energia e 40% À execução de projetos de pesquisa e desenvolvimento regulados pela ANEEL⁸¹⁹; (ii) no campo de petróleo e gás natural, no mínimo 1% (um por cento) da receita bruta da produção do campo no qual a participação especial seja devida pela entidade deverá ser investido em pesquisa, desenvolvimento e inovação, sendo que 0,5% é destinado para a própria empresa ou empresas nacionais e 0,5% para instituições de pesquisa⁸²⁰; e (iii) as empresas fruidoras de regime diferenciado na Zona Franca de Manaus e que possuam a finalidade de produção de bens e serviços de tecnologias da informação e comunicação deverão investir, anualmente, no mínimo 5% (cinco por cento) do seu faturamento bruto no mercado interno, decorrente da comercialização de bens e serviços de tecnologias da informação e comunicação incentivados na forma da Lei nº 8.387/1991 e Lei nº 13.674/18, deduzidos parcela de tributos correspondentes a

⁸¹⁸ “Art. 2º As concessionárias de geração e empresas autorizadas à produção independente de energia elétrica ficam obrigadas a aplicar, anualmente, o montante de, no mínimo, 1% (um por cento) de sua receita operacional líquida em pesquisa e desenvolvimento do setor elétrico, excluindo-se, por isenção, as empresas que gerem energia exclusivamente a partir de instalações eólica, solar, biomassa, pequenas centrais hidrelétricas e cogeração qualificada, observado o seguinte: (Redação dada pela Lei nº 10.438, de 2002) I – caso a empresa tenha celebrado, até a data de publicação desta Lei, contrato de concessão contendo cláusula de obrigatoriedade de aplicação de recursos em pesquisa e desenvolvimento tecnológico, prevalecerá o montante de aplicação ali estabelecido até 31 de dezembro de 2005; II – caso a empresa tenha celebrado, até a data da publicação desta Lei, contrato de concessão sem obrigatoriedade de aplicação em pesquisa e desenvolvimento tecnológico, a obrigatoriedade de que trata o *caput* deste artigo passará a vigorar a partir de 1º de janeiro de 2006. Art. 3º As concessionárias de serviços públicos de transmissão de energia elétrica ficam obrigadas a aplicar, anualmente, o montante de, no mínimo, um por cento de sua receita operacional líquida em pesquisa e desenvolvimento do setor elétrico, observado o seguinte: I – caso a empresa já tenha celebrado contrato de concessão, a obrigatoriedade de que trata o *caput* deste artigo passará a vigorar a partir da data da publicação desta Lei; II – caso a empresa ainda não tenha celebrado contrato de concessão, a obrigatoriedade de que trata o *caput* deste artigo passará a vigorar a partir da data de assinatura do referido contrato.”

⁸¹⁹ Agência Reguladora Nacional de Energia Elétrica.

⁸²⁰ Atualmente é regulamentado pela Resolução ANP nº 50/2015, Resolução ANP nº 15/2016, Resolução ANP nº 674/2017, Regulamento Técnico ANP nº 3/2015, Nota Técnica nº 1/2015/SPD e Nota Técnica nº 33/2018/SPD.

tais comercializações e o valor das aquisições de produtos incentivados consoante a legislação, mormente a inversão deverá ser em atividades de pesquisa, desenvolvimento e inovação a serem realizadas na Amazônia Ocidental ou no Estado do Amapá, conforme projeto elaborado pelas próprias empresas, com base em plano de investimento em pesquisa, desenvolvimento e inovação a ser apresentado à Superintendência da Zona Franca de Manaus (Suframa).

De todo esse retrospecto normativo existente para a contratação administrativa de objetos que impactem no desenvolvimento de ciência, tecnologia e inovação, tem-se algumas conclusões e críticas.

Um, é inconteste que existem normas jurídicas no ordenamento brasileiro relacionando a ciência, a tecnologia e a inovação no, a partir e de acordo com o contrato administrativo, porém a legislação é bastante esparsa e está fundamentada em diversos atos legais e infralegais.

Dois, o fato de estar separado em vários textos normativos emanados por inúmeras autoridades gera uma confusão normativa que indubitavelmente torna o sistema brasileiro ainda mais complexo.⁸²¹ A complexidade acarreta falta de segurança jurídica e conseqüentemente impacta no custo da contratação pública brasileira, visto que o investidor, nacional ou estrangeiro, deve mensurar tais dificuldades para realizar qualquer investimento. Não bastasse o tamanho geográfico e a falta de infraestrutura física, existem a ineficiência, a falta de infraestrutura normativa e a possibilidade de incoerência na fixação de normas especiais e gerais.

Três, como inúmeras normas que regulam a área de ciência, tecnologia e inovações – nas e sobre as licitações públicas e os contratos públicos – são de estatuto infralegal, e não legal, logo, potencializa a fragilidade e a incerteza, até porque não se tem um rigor tão elevado para a sua formulação, torna-se fácil ser revogada ou substituída e, não raras vezes, há uma dúvida jurídica sobre a permanência de sua validade quando da extinção do seu órgão público prolator.

Quatro, na parte de desenvolvimento científico, tecnológico e científico não é corretamente observada a questão da competência legislativa. Vide que o Decreto

⁸²¹ Como bem lembrado por José Maria Gimeno Feliú, “no hay nada más contrario a la efetividad del principio de transparencia que la dispersión normativa y el <caos> regulatorio de los distintos procedimientos de licitación.” (FELIÚ, José Maria Gimeno. Hacia una nueva ley de contratos del sector público. **¿Una nueva oportunidad perdida? Revista Española de Derecho Administrativo**, Madrid, n. 182, jan./mar. 2017, p. 181-221, p. 197).

Federal n. 7.546/2011 prescreveu a possibilidade de as normas atinentes às margens de preferência normal e adicional dos produtos manufaturados e serviços nacionais serem adotadas pelas demais entidades integrantes da Administração Pública Federal Indireta e outros poderes e também pelos Estados, Municípios e Distrito Federal. Tais margens e a compensação industrial, comercial e tecnológica possuem como substrato material, direto ou indireto, a tecnologia, a ciência e a inovação e então utilizam-se de forma transcendental as compras públicas para a sua implementação. Dessa maneira, como já dito alhures, a competência legislativa de editar normas gerais sobre tais temários é da União e, considerando a sua importância para o desenvolvimento nacional sustentável do país – e que nesse caso foi fixado por Decreto –, infere-se que o uso de um texto normativo infralegal é inadequado ao pensar toda a Administração Pública brasileira deveria utilizá-lo. Assim sendo, como nem todos os entes e órgãos de outros poderes possuem o ânimo, a consciência ou o despertar para despertar este intervencionismo legítimo, por conseguinte, acaba-se que ninguém edita qualquer norma similar ou uma simples norma adotando os decretos federais desses focos.

Quinto, a falta de uma modalidade ou um procedimento legal estratégico fixado em lei nacional para prever o arranjo normativo que albergue a viabilidade de permitir que terceiros venham a apresentar propostas para serem contratados pelo Poder Público, a fim de executarem produtos e serviços científicos, tecnológicos e inovativos para atender reclames do interesse público, é extremamente prejudicial. Em paralelo do procedimento de manifestação de interesse (PMI), no âmbito federal regulamentado pelo Decreto nº 8.428/2015, poder-se-ia defender uma espécie de modalidade de licitação ou de contratação por intermédio de lei nacional para estipular uma formatação jurídica para a contratação de terceiros, os quais busquem apresentar uma alternativa para o atendimento de uma necessidade pública, a partir de um objeto inovador, tecnológico ou científico.

4.2.1. As compras públicas inovadoras na União Europeia

Com o advento da União Europeia como bloco econômico e social, o próprio Tratado de Maastricht ou denominado como Tratado da União Europeia, assinado em 07 de fevereiro de 1992, ao criar a reunião dos Estados-Membros para a união de

esforços para a melhoria da qualidade de vida das sociedades integrantes da União Europeia, renunciou uma nota etapa pela criação da união mais estreita entre os povos europeus, por meio de uma políticas de cooperação que visam organizar de modo coerente e solidária as ações entre os Estados-membros e entre os respectivos povos. Na mesma senda, registrou-se como objetivo a formação de uma identidade desse núcleo europeu perante o cenário internacional, evitando-se disputas entre os Estados-membros, e, com isso, conduzindo-se para uma política de defesa comum.⁸²²

A criação de um Direito Público Europeu propaga-se para que sirva de um molde aos direitos nacionais dos países membros, já que estes não estarão mais isolados e sim deverá ser compreendido à luz do direito comunitário.⁸²³ Deve preponderar a ideia de solidariedade no bloco para alinhar a questão econômica da social, e, por isso, a Comissão e o Tribunal de Justiça da Comunidade Europeia sustentam que o sistema econômico do bloco não se inspira num sistema de concorrência perfeita, mas sim numa noção de concorrência praticável, possível e efetiva.⁸²⁴

Nesse raciocínio, as compras públicas dos Estados-membros demandam um tratamento básico comum até para que se evite a continuidade de disputas nacionais entre vários deles com normas protecionistas, falta de divulgação das oportunidades fora dos seus respectivos países, pedidos de documentos nacionais para fins de embaraço aos demais, etc.. Pode ser estudado como um produto de uniformização dos ordenamentos jurídicos-públicos que encontra arrimo na efetiva função de comunitarização e standardização de normas e na função de ordenação para reprimir possíveis distorções proporcionadas pelo fator jurídico nacional ou estatal, o que, *per si*, deduz o papel de estruturação uniforme das normas dos Estados-Membros, a partir de um tronco comum, e que é diferente de uma simples

⁸²² Artigos A e B do Tratado de Maastricht. (Disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:11992M/TXT&from=PT>. Acesso em 09 de fev. de 2019).

⁸²³ VERA, José Bermejo. **Derecho administrativo** (parte especial). 6. ed. Navarra: Editorial Aranzandi (Thomson Civitas), 2005, p. 797-798. Sobre o tema, vide também QUADROS, Fausto de. **A nova dimensão do Direito Administrativo**. Coimbra: Almedina, 2001, p. 21-49.

⁸²⁴ "(...) como se puede comprobar en la conocida sentencia Metro/Saba, de 25 de octubre de 1977 (Asunto 26/1976): 'La concurrencia no falseada de los artículos 3 y 85 del TCEE implica la existencia sobre el mercado de una competencia eficaz (workable competition), eso es, una actividad concurrencial suficiente a fin de conseguir que sean respetadas las exigencias fundamentales y conseguir la finalidad del tratado y, en particular, la creación de un mercado único que ofrezca condiciones análogas a las de un mercado único.'" (VERA, José Bermejo. **Derecho administrativo** (parte especial). 6. ed. Navarra: Editorial Aranzandi (Thomson Civitas), 2005, p. 802).

harmonização.⁸²⁵

Maria João Estorninho pondera que a evolução do direito da contratação pública do bloco europeu é enquadrada em três fases diferentes e sequenciais: (1) num primeiro momento, houve a enorme preocupação com os procedimentos; (2) depois, um cuidado com as garantias de terceiros, dos licitantes e dos licitadores e (3) então, concebeu-se uma influência comunitária sobre o regime substancial dos contratos públicos.⁸²⁶ José Maria Baño León explica que a unificação tem como encaixe a compreensão do mercado público, até porque as diretivas da União Europeia criam um novo conceito de contrato público calcado numa visão subjetiva com a noção funcional do poder do órgão ou entidade julgador e numa visão objetiva com a noção do mercado público em que se deve transformar os ordenamentos jurídicos internos para se assimilar o contrato no contexto do bloco.⁸²⁷

A existência de um direito contratual comunitário se faz necessário.⁸²⁸ Não se pretende, e nunca se objetivou, a aniquilação das normas nacionais de licitações e

⁸²⁵ FELIÚ, José María Gimeno. **El control de la contratación pública** (las normas comunitarias y su adaptación en España). Madrid: Editorial Civitas, 1995, p. 31. Como dito por Cláudia Viana: “Na verdade, parte-se de uma norma internacional, que, depois de incorporada no ordenamento jurídico comunitário, passa a norma nacional e é aplicada pelas entidades adjudicantes em concretos procedimentos pré-contratuais, susceptíveis de apreciação por um órgão jurisdicional nacional. Uma complexa e completa engrenagem jurídica, em que as diversas normas – internacionais, comunitárias e nacionais – e actos se combinam e encaixam harmoniosamente, como peças de um ‘puzzle.’” (VIANA, Cláudia. A globalização da contratação pública e o quadro jurídico internacional. In: **Estudos de Contratação Pública da Faculdade de Direito de Coimbra**. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 23-49 e 43)

⁸²⁶ ESTORNINHO, Maria João. Contrato público: conceito e limites. In: Congreso Luso-Hispano de profesores de Derecho Administrativo (5º Barcelona, 2002). **La contratación pública en el horizonte de la integración europea**. Madrid: Instituto de Administración Pública, 2004, p. 31-40, p. 33.

⁸²⁷ LEÓN, José Maria Baño. La figura del contrato en el derecho público: nuevas perspectivas y límites. In: Congreso Luso-Hispano de profesores de Derecho Administrativo (5º Barcelona, 2002). **La contratación pública en el horizonte de la integración europea**. Madrid: Instituto de Administración Pública, 2004, p. 11-29, p. 28-29. Para Santiago Gonzalez-Váras Ibáñez deve-se repensar se a concepção clássica a partir da normatização comunitaria como é o caso da União Europeia, “la nueva legislación sobre contratación pública está en la legalidad en la fase de adjudicación del contrato. Ésta es una idea inherente al contrato administrativo que aporta una nueva dimensión a esta figura jurídica. Estos hechos conllevan la posibilidad u oportunidad de una nueva lectura de las fuentes históricas, ya que parecen haberse desconsiderado ciertos elementos relevantes. Cuando menos, dichas fuentes no se fijan exclusivamente en los datos de las prerrogativas y de la atribución competencial (de la materia contractual pública) a la jurisdicción administrativa.” (IBÁÑEZ, Santiago Gonzalez-Varas. **Tratado de Derecho Administrativo**. Tomo IV: Contratación Pública. 2. ed. Cizur Menor: Aranzadi, 2012, p. 525).

⁸²⁸ Sobre o início da caracterização dos contratos administrativos, públicos, pelas normas europeias – diretrizes – vide LEÓN, José Maria Baño. La figura del contrato en el derecho público: nuevas perspectivas y límites. In: Congreso Luso-Hispano de Profesores de Derecho Administrativo (5º Barcelona, 2002). **La contratación pública en el horizonte de la integración europea**. Madrid: Instituto de Administración Pública, 2004, p. 11-29, p. 14 a 27; SANTIAGO, Jaime Pintos. El derecho de la contratación pública de la unión europea. In: ACUÑA, Concepción Campos. **La nueva contratación pública en el ámbito local**. Madrid: Wolters Kluwer, 2018, p. 43-81, p. 69-72.

compras públicas. Almeja-se a fixação de normas basilares e comuns para gerar uma uniformidade e identidade do bloco dos Estados-Membros e evitando que a competição entre os fornecedores públicos seja permeada de obstáculos criados por normas nacionais, já que isso desencadeia numa restrição ao universo de competidores e diminui a probabilidade de se encontrar a proposta economicamente mais vantajosa.⁸²⁹ A repercussão ultrapassa somente a questão de legislação, já que a doutrina de contratos públicos no bloco da União Europeia também precisou revisar os seus conceitos e as congregações entre universidades e professores dos diversos países, envolvendo assim um espaço geográfico transfronteiriço e de interface comum com os capitais e meios humanos dos diversos países.⁸³⁰

Segundo o Tribunal de Luxemburgo (STJCE de 5-12-1989, C-3/88), devem ser afastadas cláusulas discriminatórias ostensivas como aquelas que se fixam a partir da racionalidade ou de qualquer outro critério distinto que gere o mesmo resultado.⁸³¹ Em geral, no âmbito de regulação supra estatal, quando ultrapassa as fronteiras de um

⁸²⁹ A União Europeia foi desenvolvendo-se aos poucos para a criação de um arranjo jurídico comunitário, como se pode observar do histórico dos seus atos, decisões e textos normativos. “En primer lugar, la unión aduanera, esto es, la eliminación de gravámenes a los intercambios comerciales entre países miembros, y, en segundo lugar, una serie de políticas económicas sectoriales, adoptadas desde la Comunidad, las denominadas políticas comunitarias, alguna de ellas (política de competencia, política monetaria) como complemento imprescindible de la unión aduanera; así como compensación a los efectos que ésta produce (política social y política regional), otras de carácter estratégico, de apoyo a sectores concretos muy importantes (política agrícola común) y, finalmente, algunas de carácter más general (política común de transportes, política industrial, de medio ambiente, de defensa de los consumidores, etc.). El núcleo esencial de las concretas políticas comunitarias y de los objetivos que pretende alcanzar la comunidad son las llamadas libertades comunitarias. (...) Dicho mercado único se configura como un plus, sobre la unión aduanera y las políticas comunitarias, en cuanto que supone también la eliminación de las barreras no arancelarias que dificultan la efectividad de la libre circulación, como son las reglamentaciones técnicas diversas en cada país, los requisitos de carácter administrativo en el cruce de fronteras y las restricciones en el acceso a los mercados públicos (contratación pública) y a determinados mercados de servicios como los financieros, etc.” (VERA, José Bermejo. **Derecho administrativo** (parte especial). 6. ed. Navarra: Editorial Aranzandi (Thomson Civitas), 2005, p. 799). Ainda sobre o tema, vide FELIÚ, José María Gimeno. Las fuentes normativas en materia de contratación local. **Revista Fundación Democracia y Gobierno Local**, Madrid, n. 14, jun.2007, p. 24-56, p. 27-30.

⁸³⁰ “Para isso, parece-me importante: conhecer a legislação comunitária em matéria de contratação administrativa; ficar com uma noção dos modelos tradicionais da contratação pública nos diversos países comunitários ter acesso à legislação actual vigente nesses países; conhecer a doutrina mais significativa que, pelo menos em alguns desses países, se ocupa destas questões. Interessante seria, obviamente, convidar especialistas de outros países comunitários a proferir palestras e trocar impressões com os alunos sobre a experiência em matéria de contratos da Administração Pública nos respectivos países.” (ESTORNINHO, Maria João. **Contratos da administração pública** (esboço de autonomização curricular). Coimbra: Almedina, 1999, p. 64-65).

⁸³¹ MOLINA, José Antonio Moreno. Reciente evolución del derecho comunitario de la contratación pública. El asunto C-214/2000. Comisión contra España. In: FELIÚ, José María Gimeno (Coord.). **Contratación de las Administraciones Públicas: análisis práctico de la nueva normativa sobre contratación pública**. Barcelona: Atelier, 2004, p. 17-36, p. 18.

país, seja por meio de um ato bilateral ou multilateral, como, por exemplo, em casos do Fundo Monetário Internacional, Organização Mundial do Comércio ou União Europeia, Juan-Cruz Alli Aranguren defende que a transformação e universalização dos mercados reclamam a livre concorrência e liberdade de circulação como necessidade até mesmo para melhorar a competitividade das indústrias e dos próprios países num mercado global em que cada dia se discute para diminuir as exigências e os controles. Esse prisma encontra reflexo também nas contratações públicas, já que tais convenções bilaterais ou multilaterais decretam estas quebras de barreiras como condição para investimento ou para a permanência dos atos convencionados.⁸³²

Cumpra-se que a União Europeia, ainda que seja marcada pela existência de diferenças socioeconômicas entre os seus integrantes (v. g. Alemanha e Portugal ou outros), tem-se um patamar mínimo entre eles que já é bastante afrente das condições de desenvolvimento ante os países sulamericanos ou africanos. O ponto de partida entre eles é significativamente avançado, porque todos são desenvolvidos e possuem condições socialmente razoáveis, quando em comparação com o Brasil, por exemplo.

Em 2004, José Antônio Moreno Molina explica que houve uma distinguida evolução do direito comunitário da contratação pública na Europa, a partir dos julgamentos do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias, inclusive para demonstrar a relevância da interpretação das Diretivas de contratações públicas em conformidade com os princípios do Tratado. Como se verifica, não é uma exclusividade do Brasil o avanço do direito da contratação pública a partir de julgamentos por órgãos competentes, desde que seja respeitada a autonomia e competência institucional de cada órgão a partir dos temas enfrentados.⁸³³

Para a existência de um bloco socioeconômicos efetivo de países como a União Europeia, José María Gimeno Feliu elenca os princípios básicos para garantir a objetividade e o respeito à livre competência, quais sejam: 1) respeito às liberdades

⁸³² ARANGUREN, Juan-Cruz Alli. **Derecho administrativo y globalización**. Madrid: Civitas, 2004, p. 385-386. A título complementar, sobre o impacto dos contratos no contexto internacional de convenções bilaterais ou multilaterais, vide IBÁÑEZ, Santiago Gonzalez-Varas. **Tratado de Derecho Administrativo**. Tomo IV: Contratación Pública. 2. ed. Cizur Menor: Aranzadi, 2012, p. 557-586.

⁸³³ MOLINA, José Antonio Moreno. Reciente evolución del derecho comunitario de la contratación pública. El asunto C-214/2000. Comisión contra España. In: FELIÚ, José María Gimeno (Coord.). **Contratación de las Administraciones Públicas: análisis práctico de la nueva normativa sobre contratación pública**. Barcelona: Atelier, 2004, p. 17-36, p.17 e 19.

comunitárias e consecução do objetivo de um mercado interior único; 2) aplicação de critérios objetivos de participação e de adjudicação que assegurem a concorrência; 3) garantia de transparência nos procedimentos de adjudicação e 4) respeito aos princípios gêneros da proporcionalidade, reconhecimento mútuo e motivação nas decisões.

Segundo o autor, o respeito às liberdades comunitárias e consecução do objetivo de um mercado interior único gera o dever de obediência estrita à liberdade de concorrência aos operadores econômicos, isso porque, sem a liberdade de circulação, de estabelecimentos e de prestação de serviços não existirá um autêntico espaço econômico único para condicionar a política econômica da comunidade e dos Estados-Membros. Ainda a referida integração econômica repercute de maneira direta sobre o contexto socioeconômico, até porque os próprios artigos 2º e 3º do Tratado preveem que as políticas concretas e regulatórias devem visar tanto a eficiência econômica como o máximo proveito social para proporcionar um aumento do bem-estar da população comunitária. Por tais razões, enfatiza a política de concorrência, a qual tem sido tratada concomitantemente com a política de defesa do emprego, da produtividade, dos interesses dos consumidores e usuários e de respeito ao meio ambiente, ou seja, não existe segmentação da política econômica da política social.⁸³⁴

A aplicação de critérios objetivos de participação e de adjudicação que assegurem a concorrência será proporcionada pela proibição de qualquer critério discriminatório em razão da produção nacional ou não numa compra pública de um Estado-Membro, sob pena de não se concretizar uma satisfação plena dos interesses comunitários como parâmetro de atuação de todos os países. Logo, deve-se dar condições para que qualquer operador econômico, independentemente de sua nacionalidade, possa ter pleno acesso ao mercado de outro Estado-Membro, sendo vedada a imposição de restrições, encargos ou dificuldades que venham a obstaculizar tal direito, seja por meio de regras de exclusão, regras de seleção ou regras de julgamento (chamadas de adjudicação).

A garantia de transparência nos procedimentos de adjudicação, o que se

⁸³⁴ Sobre a configuração do sistema econômico de um lado o princípio da livre concorrência para as empresas e de outro a imperiosidade de ordenação e correção social de seus efeitos e da atividade econômica dos próprios poderes públicos, vide também VERA, José Bermejo. **Derecho administrativo** (parte especial). 6. ed. Navarra: Editorial Aranzandi (Thomson Civitas), 2005, p. 810.

chama no Brasil de etapa ou fase de julgamento das propostas, tem por finalidade afastar qualquer secretismo na contratação para direcionar benesses a empresas de uma nação versus de outro Estado-Membro. A transparência permitirá um amplo acesso, e, com isso, atingirá outros dois propósitos: (1) meio de fiscalização da administração, a publicidade contribui significativamente para o jogo limpo na vida administrativa e uma oportunidade de controle a disposição dos administradores e dos candidatos contratuais e (2) como meio de promoção da concorrência entre os agentes econômicos implicados.

O respeito aos princípios gêneros da proporcionalidade, reconhecimento mútuo e motivação das decisões demanda que: (a) os Estados-Membros adotem as medidas menos ofensivas ou perturbadoras ao exercício de uma atividade econômica; (b) todos os Estados-Membros devem recepcionar os produtos e os serviços executados por operadores de outros Estados da comunidade, desde que tais sejam pertinentes à necessidade exposta no procedimento de seleção e (c) o ato convocatório para a escolha deverá ser pautada por critérios objetivos de valoração e que averiguem a atividade empresarial já desempenhada, a solvência profissional, os maquinários e experiência, a proteção do meio ambiente, a responsabilidade social, o investimento em políticas de desenvolvimento de tecnologia e inovação, dentre outros.⁸³⁵

Nesse viés das compras públicas e de sua importância para o contexto macroeconômico nacional, a própria Comissão Europeia planejou a Estratégia 2020, cujo documento visou estabelecer uma série de metas e características para serem cumpridas e impactarem no desenvolvimento dos países e de suas sociedades. As metas têm cinco pilares: emprego (almeja garantir uma taxa de emprego de 75% na faixa etária entre os 20 e os 64 anos), investigação e desenvolvimento (proposta de investir 3% do PIB da UE em I&D), alterações climáticas e energia (com a redução de 20% das emissões de gases com efeito de estufa em relação aos níveis de 1990, aumento para 20% da parte da energia proveniente de fontes renováveis e aumento de 20% da eficiência energética), educação (minorando para menos de 10% a taxa de abandono escolar, majorando para, pelo menos, 40% a percentagem de pessoas

⁸³⁵ FELIÚ, José María Gimeno. Los procedimientos y criterios de adjudicación y la posibilidad de valorar aspectos sociales y medioambientales. In: FELIÚ, José María Gimeno (Coord.). **Contratación de las Administraciones Públicas**: análisis práctico de la nueva normativa sobre contratación pública. Barcelona: Atelier, 2004, p. 61-94 e FELIÚ, José María Gimeno. **El control de la contratación pública (las normas comunitarias y su adaptación en España)**. Madrid: Editorial Civitas, 1995, p. 48-53.

entre os 30 e os 34 anos que concluíram estudos superiores) e pobreza e exclusão social por meio do objetivo de diminuir, no mínimo, 20 milhões o número de pessoas em situação de risco de pobreza e exclusão social. Trata-se de um quadro de referência para que os Estados-Membros desempenhem as suas atividades e busquem priorizar os seus programas, políticas e ações em geral para tais escopos. Especificamente na parte de investigação e desenvolvimento, as compras públicas desempenham uma função primordial para que a referência convencionada possa ser atingida.

Salienta-se que a estratégia se consubstancia nos próprios objetivos da União Europeia, conforme se denota do Tratado de Lisboa e do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, bem como da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia. O artigo 3º do Tratado de Lisboa preconiza: (i) a promoção da paz, dos seus valores e do bem-estar dos seus cidadãos; (ii) a garantia da liberdade, da segurança e da justiça, sem fronteiras internas; (iii) o favorecimento do desenvolvimento sustentável, assente num crescimento económico equilibrado e na estabilidade dos preços, uma economia de mercado altamente competitiva, com pleno emprego e progresso social, e a proteção do ambiente; (iv) na luta contra a exclusão social e a discriminação; (v) na promoção do progresso científico e tecnológico; (v) no reforço da coesão económica, social e territorial e a solidariedade entre os países da EU; (vi) no respeito da grande diversidade cultural e linguística da EU e (vii) no estabelecimento de uma união económica e monetária cuja moeda é o euro. Já a Carta dos Direitos Fundamentais alicerça-se na dignidade, nas liberdades, na igualdade, na solidariedade, na cidadania e na justiça, sendo que os direitos ali reconhecidos deverão ser regidos em conformidade com as condições e limites por ele definidos.

Nesse mesmo prumo, em 1º de março de 2017, foi apresentado o Livro Branco pela Comissão Europeia para a definição das vias possíveis para o futuro da Europa, sendo que foram estabelecidos cinco cenários para a Europa 2025.⁸³⁶ Novamente, a questão das novas tecnologias aparece como uma grande preocupação frente ao

⁸³⁶ Tais cenários foram descritos como: (i) continuidade do que já está sendo feito; (ii) apenas o mercado único; (iii) quem quer fazer mais; (iv) fazer menos de maneira eficiente; e (v) fazendo muito mais todos juntos. Disponível em: https://ec.europa.eu/commission/sites/beta-political/files/white_paper_on_the_future_of_europe_en.pdf. Acesso em 05 de mar. de 2019.

impacto por elas criadas no cenário de mercado de trabalho e na indústria em geral.⁸³⁷

A título informativo, na Espanha, o Acordo do Conselho de Ministro de 2 de julho de 2010 aprovou a Estratégica Nacional de Inovação (e21), no qual projetou um horizonte próspero para 2020. O seu objetivo é a impulsão do desenvolvimento tecnológico e da inovação como molas propulsoras da mudança de modelo produtivo espanhol, incluindo o uso das compras públicas para tal mister, o que configura uma atuação voltada em cinco eixos: “generación de un entorno proclive a la innovación; fomento de la innovación desde la demanda pública; proyección internacional; fortalecimiento de la cooperación territorial y capital humano.”⁸³⁸

Consoante Guia Específico para as Compras Públicas Espanholas Inovadoras, para o sucesso das compras públicas inovadoras existe a necessidade de uma melhor qualidade na preparação e planejamento da licitação, mormente com a definição clara das especificações técnicas dentro de um enfoque orientado a resultados bem definidos. Também deve-se afastar qualquer obstáculo como a possível ausência de experiência das unidades administrativas, a organização da divisão de riscos, a definição adequada dos direitos de propriedade intelectual e industrial e a possibilidade de financiamento da atividade inovadora. Tudo isso deve focar numa atuação administrativa de fomento da inovação pautada a potencializar o desenvolvimento de novos mercados inovadores, desde o lado da demanda, e tem como objetivos: (i) a melhora dos serviços públicos a partir da incorporação de bens e serviços; (ii) o fomento da inovação empresarial; (iii) o impulso da internacionalização da inovação usando o mercado público local como cliente de lançamento ou referência.⁸³⁹

⁸³⁷ Ao lado das novas tecnologias, os demais assuntos aduzidos foram: alterações climáticas, migração, ameaças à segurança nas fronteiras externas e no interior da UE, mudança da posição da Europa num mundo em evolução, sequelas da crise econômica, envelhecimento da população e a ascensão do populismo e da retórica nacionalista.

⁸³⁸ MIÑO, Antonio López. La compra pública innovadora en los sistemas europeo y español de contratación pública. In: GARCÍA, J. José Pernas (director). **Contratación pública estratégica**. Pamplona: Editorial Aranzadi, 2013, p. 213-248, p. 214. A visão ampla sobre as benesses do fomento à inovação não podem ser olvidadas, já que ““El fomento de la innovación genera beneficios a todos los actores del proceso y lo más importante, directa e indirectamente a la sociedad en su conjunto. Mejoran los servicios públicos, se crean puestos de trabajo, se fomenta el desarrollo de cuestiones sociales y ambientales y se gestiona mejor el presupuesto público.” (MAZA, José Ignacio Herce. La innovación en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público: el papel de la asociación para la innovación. **Revista del Gabinete Jurídico de Castilla-La Mancha**, mar.2019, p. 335-360, p. 338).

⁸³⁹ GOBIERNO DE ESPAÑA. Guía sobre Compra Pública Innovadora. Disponível em

Em especial acerca do tratamento concedido pela União Europeia sobre os contratos públicos, salienta-se que atualmente vige a Diretiva 2014/24/EU, a qual substituiu a Diretiva 2004/18/EU e conferiu uma modernização no marco normativo das contratações públicas, a partir de um prisma mais sistêmico sobre o seu uso estratégico para tracejar políticas dentro de um contexto de globalização econômica.⁸⁴⁰ Assim, será exposto o que atualmente está expresso sobre as compras públicas na área de tecnologia, inovação e ciência como paradigma para os Estados-Membros.

Antes de expor acerca dos procedimentos previstos, insta salientar que, nos considerandos da atual diretiva, a investigação científica, de tecnologia e de inovação são direta e indiretamente explanadas. Defende-se direta e indiretamente, pois a inovação é mencionada de maneira explícita, porém, para alcançá-la, é inexorável o avanço científico e nos procedimentos a serem posteriormente estudados o clamor pela tecnologia ficará evidenciado. Como expõe José Gimeno Feliu, a atual Diretiva contribuiu para que os Estados-Membros fiquem atentos para implementarem políticas mediante: a) a propagação da investigação e da inovação como imprescindíveis para alcançar um crescimento futuro inteligente, sustentável e integrador; b) o uso do fomento de associações europeias de inovação por meio de interação entre os agentes dos setores públicos e privados para acelerar a inovação

http://www.ciencia.gob.es/stfls/MICINN/Innovacion/FICHEROS/Políticas_Fomento_Innv./Guia.CPI.pdf
Acesso em 02 de mar. de 2019. Três fatores são colocados como os principais para que muitos órgãos e entidades se afastem da compra pública de inovação, segundo Carmen de Guerrero Manso: (i) o risco da contratação não ser bem sucedida; (ii) a necessidade de investir tempo e dinheiro para desenhar, preparar, selecionar, adjudicar e executar o contrato que envolva inovação, até porque neste tipo de contratação o critério de preço não é o único e às vezes sequer possui elevado peso no julgamento das ofertas; e (iii) o medo que aflora pelos agentes públicos responsáveis pela contratação de fazerem algo diferente do que estão habituados, fugindo da normalidade. (MANSO, Carmen de Guerrero. Los tres procedimientos de asociación para la innovación licitados en España: valoración de sus aspectos clave y pros e contras de cada una de ellos. In: FELIÚ, José María Gimeno (Director). **Observatorio de los contratos públicos 2018**. Navarra: Aranzadi, 2019, p. 281-327, p. 283-284). Por isso, Marina Rodríguez Beas adverte “será necesario que la Administración abandone su posición conservadora que la lleva a opta por tecnología contrastada y que la compra pública innovadora se interiorice tanto en la Administración pública como en las empresas privadas.” (BEAS, Marina Rodríguez. La contratación pública en la gestión de la ciudad inteligente y del Smart Heritag. In: GASÓ, Josep Ramon Fuentes i; RIVERA, María Teresa Carballeira; LOPO, Domingo Luís Gonzalez (Directores). **Camino de Santiago y patrimonio cultural**. Una visión jurídica integradora, p. 371-394, p. 391).

⁸⁴⁰ FELIÚ, José Gimeno. La contratación pública como estrategia: el fomento de la innovación. **Revista Ius Publicum Network Review**, España, 2018, p. 01-27, p. 02. A respeito da correção política de uso instrumental dos contratos públicos já defendida antes mesmo da Diretiva 2004/18/UE e da atual, vide DELGADO, Juan Francisco Mestre. **Contratos públicos y políticas de protección social y medioambiental**. Real 2003, n. 291, p. 705-730.

e despertar um atrativo comercial; c) a maior facilitação do acesso das pequenas e médias empresas (PYMES) ao mercado da contratação pública e d) a redação de especificações técnicas mais amplas, a fim de permitir que o mercado possa apresentar diversas soluções técnicas para satisfazer as necessidades públicas.⁸⁴¹

Assim, fica expresso que a “investigação e a inovação, nomeadamente aecoinovação e a inovação social, são impulsionadores fundamentais do crescimento futuro e foram colocadas no centro da Estratégia Europa 2020 para um crescimento inteligente, sustentável e inclusivo”, sendo de competência das autoridades públicas tomar as devidas providências para fomentar a inovação. Até porque, enuncia que “a aquisição de produtos, obras e serviços inovadores desempenha um papel fundamental na melhoria da eficiência e da qualidade dos serviços públicos dando simultaneamente resposta aos grandes desafios sociais” e ainda contribui para a utilização mais rentável e racional dos gastos públicos, bem como a inovação aumenta os benefícios econômicos, ambientais e sociais e o crescimento econômico sustentável.

Pondera que ante a importância do tema da inovação as autoridades públicas deverão ser incentivadas a perquirir e buscá-la, salientando que, quando as soluções disponíveis no mercado não ensejarem o desenvolvimento necessário de um produto, serviço ou obra inovadores nem os seus resultados para se recorrer ao contrato pre-comercial, então a Administração Pública deverá buscar a feitura de uma parceria para inovação, a qual será de longo prazo, de modo a permitir que o fornecedor selecionado venha a desenvolver um serviço, produto ou obra nova e inovadora, a partir de uma seleção de relação qualidade/preço.⁸⁴²

Como se verifica, a legislação aplicável à União Europeia desenha duas formas

⁸⁴¹ FELIÚ, José Gimeno. La contratación pública como estrategia: el fomento de la innovación. **Revista Ius Publicum Network Review**, España, 2018, p. 01-27, p. 13.

⁸⁴² Pedro Cerqueira Gomes alerta quanto à disponibilidade no mercado: “Tudo dependerá da interpretação quanto ao preenchimento da expressão <... que não possam ser obtidos mediante a aquisição de produtos, serviços ou obras já disponíveis no mercado ...> , porque não podemos ignorar que o que devemos procurar com promoção da inovação não serão propriamente bens ou serviços novos, mas, sim, ganhos de eficiência, melhorias nos serviços, reduções de custos etc alocados à definição de um certo fim/objetivo. Estes são, portanto, os verdadeiros fins a atingir com o elevar da inovação a política horizontal da contratação pública. Acresce que a falta de coincidência entre o que se entende por inovação no âmbito deste procedimento e a definição de inovação dada pelo artigo 2º/22 da nova directiva criará, na nossa opinião, inúmeros problemas de compatibilização.” (GOMES, Pedro Cerqueira. Contratação pública e inovação – o diálogo entre Portugal e a União Europeia. In: ACEVEDO, Rafael Fernández; FERNÁNDEZ, Patricia Valcárcel (directores). **La contratación pública a debate: presente y futuro**. Navarra: Civitas, 2014, p. 525-555, p. 540).

de contratar objetos que se relacionem ou transcendem para a relação da inovação, ciência e tecnologia, recordando que se aplica a diretiva para os contratos públicos de serviços de investigação e desenvolvimento desde que os resultados destinem-se, exclusivamente, à autoridade adjudicante e que o serviço prestado seja totalmente remunerado pela autoridade adjudicante.

No âmbito da União Europeia, existe o procedimento para a celebração de contrato pré-comercial que não foi tratado na Diretiva 2014/24/UE, apesar de explicitamente ressalvado o seu teor e tratamento na Comunicação da Comissão de 14 de dezembro de 2007 e na Resolução do Parlamento Europeu de 03 de fevereiro de 2009. Além desses atos, Marina Beas aduz como fonte das compras públicas inovadoras em geral na Europa também a Resolução do Parlamento Europeu de junho de 2007 sobre a transposição da legislação sobre contratação pública e a Comunicação de 06 de outubro de 2010 da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comitê Econômico e Social Europeu e ao Comitê das Regiões (Iniciativa da Europa 2020).⁸⁴³ O contrato em fase pré-comercial é um exemplo de ajuste em que o comprador público reparte os riscos e os benefícios a serem suportados pelo objeto contratual, uma vez que há a contratação de serviços de investigação, desenvolvimento e inovação remunerado pelo público para que o particular venha a desenvolver uma solução inovadora, não ainda existente no mercado. Para tanto, a transferência de conhecimento entre universidade tecnologicamente inovadoras, centros de investigação e autoridades públicas constituem insumos apropriados para a execução deste tipo de contrato.

Ademais, tais contratos representam uma forma de impulsionar a inovação e possibilitar o enfrentamento de problemas e necessidades públicas a partir da criação de novos objetos, o que, *per sí*, representa um avanço potencial para a melhoria da satisfação daqueles. Como explanado na Resolução, os Estados Unidos e o Japão utilizam desta ferramenta para inclusive incentivar inúmeras empresas de participarem nos processos de contratação pública, já que há uma mitigação dos riscos e lucros no desenvolvimento de novos objetos. Ao tempo em que já existe alguém para contratar a solução inovadora, caso realmente seja frutífera, os operadores econômicos

⁸⁴³ BEAS, Marina Rodríguez. La innovación en la nueva Directiva de contratación pública: la asociación para la innovación. In: **Revista Cuadernos de Derecho Local**, Fundación Democracia y Gobierno Local, octubre.2015, p. 141-161, p. 145.

sentem-se mais confiados para assim desempenharem o espírito inovador. O problema é que, como se repartem os riscos e os benefícios, logo existe um partilhamento nos direitos autorais também, motivo ocasionador de um desestímulo ao privado.⁸⁴⁴

Outro clássico procedimento para propiciar a inovação e a tecnologia, inclusive a partir do conhecimento científico, são as chamadas parcerias para a inovação, com esteio no artigo 31 da Diretiva 2014/24/UE. Este tipo de ajuste, ainda que o nome possa induzir a uma espécie de convênio administrativo, é um contrato público em que qualquer operador público poderá apresentar um requerimento de participação em resposta a um anúncio público de concurso, no qual são informadas as condições para a seleção da melhor proposta. A Administração indica uma necessidade (produto, serviço ou obra), sendo que inexistente algo no mercado apto a satisfazê-la, e, então, os particulares poderão candidatar-se para desenvolver uma solução. A autoridade licitadora poderá decidir pela contratação de um único parceiro ou de vários, a depender da sua necessidade, do investimento e do objeto externado para atender a necessidade. Existe uma fase preliminar para a avaliar as informações prestadas pelos candidatos e convidados⁸⁴⁵, posteriormente, é avaliado qual ou quais são os melhores por meio de um critério da proposta com melhor relação qualidade/preço. Uma vez financiado e depois desenvolvido o objeto (produto, serviço ou obra), condicionado ao pleno atendimento dos níveis de desempenhos e custos ajustados entre as partes, haverá a sua aquisição pela Administração Pública. Há todo um cuidado para a realização das fases, a negociação na escolha da melhor proposta, como será feito o pagamento sobre o investimento realizado pelo terceiro, as

⁸⁴⁴ Marina Rodríguez Beas esclarece a diferença entre o contrato precomercial e a associação para a inovação: La compra pública precomercial es la contratación de servicios de investigación, desarrollo e innovación para la creación y desarrollo de soluciones innovadoras que superen a las disponibles en el mercado. En este tipo, el comprador público comparte con la empresa adjudicataria los riesgos y beneficios derivados del proceso de creación, desarrollo y ejecución de soluciones inexistentes hasta el momento en el mercado. Pero este tipo queda expresamente excluido de la Directiva 2014/24/UE y de la LCSP (art. 8). Por su parte, la compra pública de tecnología innovadora tiene lugar cuando una entidad pública necesita un producto o servicio no disponible en el mercado, pero que se puede desarrollar probablemente en un período de tiempo razonable. El objeto de este tipo es la adquisición de tecnología nueva o mejorada que ya ha pasado algún proceso previo de I+D+i. Pero a diferencia de la compra pública precomercial, esta modalidad sí queda incluida en el ámbito de aplicación de la Directiva 2014/24/UE y de la LCSP." (BEAS, Marina Rodríguez. El procedimiento de asociación para la innovación en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público: oportunidades e incertidumbres. *Revista General de Derecho Administrativo*, n. 52, Justel, Madrid, oct. 2019).

⁸⁴⁵ É possível de ser limitado o número de convidados, conforme prevê o artigo 65 da Diretiva 2014/24/UE.

condições sobre o direito de propriedade, etc.

Como dito no item 7 do artigo 31, a autoridade responsável deve assegurar condições mínimas para a parceria, em especial a “duração e o valor das diferentes fases reflitam o grau de inovação da solução proposta e a sequência das atividades de investigação e inovação necessárias para o desenvolvimento de uma solução inovadora que ainda não se encontre disponível no mercado”, sendo que o valor estimado “dos fornecimentos, serviços ou obras não pode ser desproporcionado em relação ao investimento exigido para o respectivo desenvolvimento.”⁸⁴⁶

Como se verifica, existem diferenças entre os dois procedimentos de compras públicas relacionadas à inovação ou que podem ser denominadas neste trabalho como compras públicas inovadoras. O contrato em fase pré-comercial ou chamado de contratação precomercial não foi originado na Europa e sim foi copiado de experiências exitosas feitas pelos Estados Unidos e Japão para o incentivo de inovações. Sienta-se que Antonio López Miño exemplifica como frutos de tal formatação as soluções inovadoras do protocolo da internet, o sistema de posicionamento global, a computação de alto rendimento e as invenções chaves na tecnologia de semicondutores.⁸⁴⁷

O governo espanhol alerta e enumera em seu sítio eletrônico cinco diferenças entre a associação para a inovação e o contrato precomercial: (i) a primeira a associação para a inovação está incluso no catálogo de procedimentos típicos; (ii) a associação contém um procedimento dividido em fases principais; (iii) na associação para a inovação o socio da melhor oferta tecnológica será o adjudicatário, salvo se os licitadores sejam adjudicatários da fase pre-comercial, já na contratação precomercial admite na licitação dos produtos finais ofertas de outros candidatos, além dos que passaram a fase precomercial, (iv) o contrato precomercial é praticamente um contrato de serviços de investigação e desenvolvimento, por meio da prestação de um serviço pela empresa que gera um insumo tecnológico para satisfazer a necessidade pública,

⁸⁴⁶ Pedro Cerqueira Gomes adverte a necessidade de que “sem monitorização e accountability também as parcerias para a inovação se poderão transformar numa ferramenta ruinosa e muito pouco transparente. (GOMES, Pedro Cerqueira. Contratação pública e inovação – o diálogo entre Portugal e a União Europeia. In: ACEVEDO, Rafael Fernández; FERNÁNDEZ, Patricia Valcárcel (directores). **La contratación pública a debate: presente y futuro**. Navarra: Civitas, 2014, p. 525-555, p. 552-553).

⁸⁴⁷ MIÑO, Antonio López. La compra pública innovadora en los sistemas europeo y español de contratación pública. In: GARCÍA, J. José Pernas (director). **Contratación pública estratégica**. Pamplona: Editorial Aranzadi, 2013, p. 213-248, p. 217.

já a associação é assemelhada na primeira fase com aquele tipo de contratação, porém, na segunda etapa do seu procedimento, a administração adquirirá o objeto e (v) reside na divisão de riscos quanto à criação da nova tecnologia.⁸⁴⁸

Cotejando com as parcerias para inovação, denominadas na legislação espanhola como “procedimiento de asociación para la innovación”, a pre-comercial possui um estímulo menor, já que um operador econômico mais bem preparado não se socorrerá dela em razão da imperiosidade de dividir os direitos sobre a propriedade intelectual encontrada e também a não exploração individualizada do conhecimento obtido (*know how*, ideias operativas, ações secundárias, métodos, etc.).⁸⁴⁹ Nesta linha, a associação para a inovação é mais propícia e estimulante ao mercado, visto que um operador privado possuirá um financiamento de sua inovação pelo Poder Público e posteriormente poderá fruí-la com exclusividade, ainda que tenha que comercializar o objeto à Administração Pública licitadora da parceria, o que de veras é mais um ponto positivo em virtude do faturamento a ser obtido.⁸⁵⁰

Já a parceria para a inovação pode ser dividida em fases, assim como está

⁸⁴⁸ GOBIERNO DE ESPAÑA. Subdirección General de Fomento de la Innovación Empresarial del Ministerio de Economía y Competitividad. Guía 2.0 para la compra pública de innovación. 2015, p. 41-42. Disponível em http://www.ciencia.gob.es/stfls/MICINN/Innovacion/FICHEROS/Guia_2_0_CPI_V5_Borrador_web.pdf. Acesso em 03 de fev. de 2019.

⁸⁴⁹ “La compra pública precomercial es la contratación de servicios de investigación, desarrollo e innovación para la creación y desarrollo de soluciones innovadoras que superen a las disponibles en el mercado. Sin embargo, la compra pública de tecnología innovadora tiene lugar cuando una entidad pública necesita un producto o servicio no disponible en el mercado, pero que se puede desarrollar probablemente en un período de tiempo razonable.” (BEAS, Marina Rodríguez. La innovación en la nueva Directiva de contratación pública: la asociación para la innovación. In: **Revista Cuadernos de Derecho Local**, Fundación Democracia y Gobierno Local, octubre.2015, p. 141-161, p. 146). José Gimeno Feliú también explica sobre las benesses e não da ‘contratación precomercial’ ao discorrer que “entendida ésta como perteneciente a la fase de investigación y desarrollo (I+D) previa a la comercialización y que cubre actividades como la exploración de soluciones que son propias de las fases dediseño, creación de prototipo, productos de prueba y preproducción, deteniéndose antes de la producción comercial y venta. (...) Una característica propia de la contratación precomercial (configurada como negocio excluido de la contratación pública al vincularse a el fomento de I+D) es el reparto de riesgos y beneficios según las condiciones de mercado, ya que el comprador público no se reserva los resultados de la I+D para su uso en exclusiva, sino que comparte con las empresas los riesgos y los beneficios de la I+D necesaria para desarrollar soluciones innovadoras que superen las que hay disponibles en el mercado. En este caso, es decir, cuando la entidad del sector público efectúa el reparto de riesgos y beneficios a precios de mercado, los servicios de I+D pueden prestarse sin someterse a la normativa contractual en virtud de una de las exclusiones recogidas en las Directivas de la UE sobre contratación pública.” (FELIÚ, José Gimeno. La contratación pública como estrategia: el fomento de la innovación. **Revista Ius Publicum Network Review**, España, 2018, p. 01-27, p. 14-16).

⁸⁵⁰ MIÑO, Antonio López. La compra pública innovadora en los sistemas europeo y español de contratación pública. In: GARCÍA, J. José Pernas (director). **Contratación pública estratégica**. Pamplona: Editorial Aranzadi, 2013, p. 213-248, p. 223.

preconizada no artigo 31 da Diretiva 2014/24/UE. Há a primeira fase que é da seleção para o financiamento, ou seja, descobrir e selecionar quem desenvolverá ou quais desenvolverão um objeto inovador. Já a segunda que é a sua efetiva aquisição pelo Poder Público. Pode-se dizer que a Administração Pública financiará um agente econômico para que este desenvolva um objeto e lhe vende, considerando a estrutura procedimental da aquisição. Nessa linha, Pedro Cerqueira Gomes pondera que haveria um financiamento público direcionado para uma pessoa (a selecionada na fase correspondente) em detrimento dos demais agentes no mercado. Contudo, a admoestação não faz sentido, isso porque o procedimento foi transparente e aberto para que qualquer um pudesse participar, desde que preenchesse as condições. Ademais, é uma consequência lógica que, quando alguém recebe uma vantagem econômica para desenvolver um novo objeto, terá reflexos sobre os demais *players*. Incumbiria aos demais terem se candidato para que pudessem ter recebido o mesmo ou similar financiamento e conseqüentemente obterem um diferencial. É inconteste que em qualquer país a parceria para a inovação proporcionada pelo Estado será uma excelente ferramenta para a economia local e, a depender da quantidade do objeto e da intensidade de parcerias, para a macroeconomia.⁸⁵¹

Pedro Almeida e António Cúrdia explicam que, na apresentação de projetos de investigação e desenvolvimento e celebração da parceria, poderá a Administração Pública, ainda que inexista lotes no procedimento, estabelecer uma ou várias parcerias numa lógica de competição entre os fornecedores. A mais, “devem ser

⁸⁵¹ “Não podemos garantir que o financiamento conferido pelas entidades adjudicantes aos operadores económicos, ao abrigo da nova Parceria para a Inovação, não venha a criar vantagens económicas em relação a outros operadores económicos criando, desta forma, distorções no mercado, pois quando os direitos de propriedade intelectual não são adquiridos na íntegra pela entidade adjudicante, poderá o operador económico beneficiar de vantagens ilegítimas nesse mercado, dado ter beneficiado de financiamento público para o desenvolvimento daquela inovação. Tudo dependerá como as entidades adjudicantes irão estabelecer as condições a aplicar aos direitos de propriedade intelectual que irão emergir da Parceria – artigo 31º/6 da nova Directiva 2014/24/EU.

Falando concretamente do caso português, pensamos que não há dúvidas que as parcerias para a inovação serão um grande passo para uma melhoria da situação económica financeira do país, com vista, designadamente, ao regresso de Portugal aos mercados. No contexto português, onde se poderá considerar que existe uma <perturbação grave da economia>, as parcerias para a inovação poderão vir, inclusive, a obter determinados auxílios de Estado que, mesmo algo discriminatórios, sejam considerados compatíveis com o mercado interno atento o disposto no artigo 107º, nomeadamente, na alínea b) do seu número 3 <.... podem ser considerados compatíveis com o mercado interno:... Os auxílios destinados a fomentar a realização de um projecto importante de interesse europeu comum, ou a sanar uma perturbação grave da economia de um Estado-Membro.> (GOMES, Pedro Cerqueira. *Contratação pública e inovação – o diálogo entre Portugal e a União Europeia*. In: ACEVEDO, Rafael Fernández; FERNÁNDEZ, Patricia Valcárcel (directores). **La contratación pública a debate: presente y futuro**. Navarra: Civitas, 2014, p. 525-555, p. 544).

estabelecidas metas, com pagamentos de remunerações em frações adequadas, mas a entidade adjudicante é livre, no final de cada fase de desenvolvimento, de pôs fim à parceria ou de reduzir o número de parceiros, desde que o tenha previsto nas peças de procedimento.”⁸⁵² Nesse ponto, convém tecer que as parcerias para a inovação, ou “asociación para innovación”, demandam uma regulamentação bastante precisa pelos Estados-Membros, a partir das diretrizes traçadas pela União Europeia, com intuito de disciplinar sobre as etapas de sua consecução, diminuindo qualquer obscuridade ou incerteza que poderá gerar enormes prejuízos por meio do afastamento de possíveis interessados com medo do cometimento de arbitrariedades durante o procedimento.

A União Europeia ensina dez passos de boas práticas para a obtenção do sucesso na compra pública inovadora: 1) identificação e planejamento das necessidades de compras, a partir da publicização ao mercado dos planos de compra a longo prazo e disposição de um pessoal comprometido e capacitado para fazer o procedimento de contratação; 2) consulta do mercado antes de iniciar o procedimento licitatório (ainda na fase interna), para identificar as soluções inovadoras disponíveis no mercado e consultando os potenciais provedores sempre com uma postura transparência e respeitosa à concorrência; 3) envolvimento de todos os atores interessados no curso do procedimento, sendo que, para tanto, deve-se identificar os usuários do serviço, os *experts*, os assessores jurídicos e os demais agentes envolvidos para que tais participem durante o procedimento no momento adequado, a fim de evitar erros ou desconformidades; 4) permitir que o mercado proponha soluções criativas e inovadoras, não sendo permitido restrições às propostas e alternativas, inclusive rogando que soluções diferentes sejam proposta, por isso, a necessidade precisa estar bem exposta, os rendimentos e as exigências funcionais, até porque, dependendo das especificações técnicas redigidas, poderá haver variação do julgamento em razão da qualidade das ofertas; 5) busca pela melhor relação qualidade-preço e não o preço mais baixo (menor preço), o que significa conjugar os custos totais de toda a vida do contrato e outros aspectos relevantes como a qualidade e os méritos técnicos da oferta, sendo que tal mister poderá ser obtido de acordo com os critérios que venham a refletir tais aspectos, em especial os critérios de valoração

⁸⁵² ALMIEDA, Pedro; CÚRDIA, António. **Aprovisionamento e contratação pública**. Coimbra: Edições Almedina, 2018, p. 152.

a serem avaliados por uma comissão de *experts*; 6) aproveitamento das vantagens dos meios eletrônicos, o que gera a utilização dos sistemas eletrônicos para informar e ser informado, bem como assegurando que os meios eletrônicos utilizados adaptem-se às necessidades públicas pretendidas pelo comprador público; 7) decisão acerca da gestão e a repartição de riscos por meio da adequada identificação e planificação dos riscos, bem como expressando a sua repartição; 8) inclusão de cláusulas promotoras de inovação no contrato para as situações de soluções inovadoras adicionais e também dispendo como será a distribuição de propriedade intelectual e industrial caso desenvolvido algum produto inovador; 9) desenvolver e aplicar um plano de seguimento e avaliação do contrato, dispendo de um regime de gestão do contrato planejado no ato convocatório por intermédio de regras claras e objetivas, bem como prescrever como será o seguimento e sua gestão; 10) aprender a experiência e compartilhar com outros órgãos e entidades da Administração Pública para que possa fazer igual, bem como estipular procedimentos de avaliação para melhorar os conhecimentos de inovação nos procedimentos de compra pública.⁸⁵³

De qualquer maneira, independentemente de qual procedimento adotado, a contratação pública inovadora requer, como aponta José Gimeno Feliú, dos compradores uma visão estratégica e de planejamento para identificar as suas necessidades e se há ou não soluções existentes no mercado aptas a satisfazê-los ou se é mais viável vergar para o caminho da inovação. Toda esta análise clama também por conhecer a realidade mercadológica vivenciada e as políticas gerais e setoriais regradadas pelo Estado para impulsionar as inovações de maneira inteligente e integrativa com as demandas públicas atuais de caráter socioeconômico.⁸⁵⁴ É mais um motivo de se raciocinar a favor da análise econômica sobre as licitações e não uma mera análise financeira ou de satisfação imediata pelo objeto contratado.

4.2.2. As compras públicas inovadoras na Espanha

Além de possuírem reflexos pela Diretiva da União Europeia, as compras

⁸⁵³ UNIÓN EUROPEA. **Guide on Dealing with Inovatio Solutions in Public Procurement**. 10 Elements of Good Practice. Commission Staff working document SEC. (Bruxelas): UE, 2007, p. 24-25.

⁸⁵⁴ FELIÚ, José Gimeno. La contratación pública como estrategia: el fomento de la innovación. **Revista Ius Publicum Network Review**, España, 2018, p. 01-27, p. 16.

públicas inovadoras na Espanha têm um contexto todo especial. Antes de explicar sobre as nuances espanholas, insta pontuar que, como já observado, os Estados-Membros deverão conformar a sua legislação de acordo com as normas da União Europeia, inclusive as Diretivas aplicáveis à contratação pública.⁸⁵⁵

A repercussão e a reconfiguração do ordenamento nacional ante as normas do bloco europeu são indispensáveis, mormente na questão da intervenção pública sobre e na economia, por isso, fala-se em “unificación (o al menos armonización) supranacional de los escenarios y técnicas de intervención administrativa.”⁸⁵⁶ Como explica José Bermejo Vera, não é somente harmonizar as legislações, mas sim proceder a uniformização dos ordenamentos jurídicos.⁸⁵⁷ Com o digno respeito, parece que a expressão mais adequada seria a conformação das leis nacionais ao sistema jurídico determinado pela União Europeia a partir da convencionalidade entre os países integrantes. A conformação está diretamente relacionada com a ideia de que a validade da norma nacional deve estar amparada nas normas do bloco, sob pena de sua invalidade e ineficácia, pelo menos enquanto permanecer no acordo multilateral.

A legislação europeia não se adaptou com tanto rapidez às Diretivas de

⁸⁵⁵ “(...) la compra pública innovadora se incorporó a nuestro ordenamiento jurídico interno como un nuevo instrumento de las Administraciones Públicas y demás entidades del sector público, para permitirles procurarse de bienes y servicios innovadores que aporten una mayor eficiencia y calidad a los servicios públicos para conseguir un desarrollo económico sostenible, pero también, para incentivar la actividad de fomento de la iniciativa privada en la investigación de soluciones novedosas.” (BEAS, Marina Rodríguez. El procedimiento de asociación para la innovación en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público: oportunidades e incertidumbres. **Revista General de Derecho Administrativo**, n. 52, Justel, Madrid, oct. 2019).

⁸⁵⁶ Novamente reitera-se que a União Europeia não visa somente a eficiência econômica a partir da conjunção de esforços por meio do arranjo institucional ao ser criada, até porque o Tratado de Funcionamento da União Europeia é bastante explícito em prescrever que não se pode despir dos fins sociais a serem examinados em conjunto quando da intervenção na área econômica.

⁸⁵⁷ VERA, José Bermejo. **Derecho administrativo** (parte especial). 6. ed. Navarra: Editorial Arazandi (Thomson Civitas), 2005, p. 794 e 796. O autor inclusive pondera que: “No es de extrañar, por tanto, que la unión europea pueda y deba intervenir normativamente en la ordenación de determinados sectores o actividades económicas a fin de garantizar el funcionamiento correcto del sistema de mercado, ya que las desigualdades de trato de los ciudadanos de mercado obstaculiza la construcción de un auténtico mercado interior europeo por cuanto el tratamiento diverso de idénticos supuestos de hecho impide la igualdad de condiciones equitativas en el interior del mercado. Y ello debe ser corregido por la intervención decidida de la unión europea a través de la construcción de un sistema normativa capaz de garantizar los objetivos de integración económica como meta para la consecución de un mercado interior único, lo que debe suponer, como sostiene Fernández Farreres <la transferencia progresiva de los estados a los órganos comunitarios, desplazando así al ámbito de responsabilidad de éstos el diseño y ejecución de la política general y de las acciones comunes a desarrollar en el marco económico y social del mercado comunitario europeo>.” (VERA, José Bermejo. **Derecho administrativo** (parte especial). 6. ed. Navarra: Editorial Arazandi (Thomson Civitas), 2005, p.796).

contratações públicas, seja quando adveio a Diretiva 2004/18/UE ou pela atual Diretiva 2014/24/UE, ainda que exista um carácter incidental direto ou, como descreve José María Feliú, um efeito direto vertical das normas europeias sobre a legislação nacional (princípio da aplicabilidade direta), inclusive, podendo-se recorrer à época da não adaptação ao Tribunal de Justiça da União Europeia.⁸⁵⁸ O importante é que os atos necessários para a adaptação e incorporação à legislação nacional foram realizados, tanto que gerou a atual legislação espanhola, Ley 09/2017 que dispõe sobre “contratos del sector público”. Em 2017, a Comissão Europeia emitiu um Informe Espanha 2017, no qual advertia que o país não possuía uma política de contratação pública a nível nacional que garantia a concorrência e a transparência. Criticou, inclusive, a ausência até então de um organismo nacional para controlar a eficiência e o cumprimento uniforme da legalidade de modo uniforme e padronizado, tanto que ensejou a criação de um organismo adequado para tanto (*Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación*, conforme artigo 332 da Ley 09/2017).⁸⁵⁹

A título complementar, giza-se que existe uma lei espanhola disciplinadora sobre a economia sustentável que foi idealizada para contribuir no combate da crise econômica mundial.⁸⁶⁰ Para tanto, a Ley 2/2011 estatutou uma série de medidas para incrementar a economia sustentável, a partir do crescimento e do direcionamento da atuação estatal para a busca de uma sustentabilidade em três sentidos: econômico, o qual deve ser mais sólido para assentar na melhora da competitividade, na inovação e na formação; meio ambiental para um gestão imprescindivelmente racional dos meios naturais e ainda não impulsão de novas atividades e novas empregos; e

⁸⁵⁸ FELIÚ, José María Gimeno. O efecto directo das novas directivas comunitarias sobre a contratación pública. Consecuencias prácticas da falta de transposición das directivas en España. **Revista Galega De Administración Pública (REGAP)**, n. 52, jul.dec.2016, p. 09-60, p. 36 e 39.

⁸⁵⁹ MOLINA, José Antonio Moreno. Gobernanza y nueva organización administrativa en la reciente legislación española y de la Unión Europea sobre contratación pública. **Revista de Administración Pública**, Madrid, n. 204, sep./dic.2017, p. 343-373, p. 348. Sobre a importância da Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación, vide também artigo veiculado no dia 06 de março de 2019: MOLINA, José Antonio Moreno; FELIÚ, José María. **La Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación (ORElSCon) como bóveda de la arquitectura de regulación y supervisión de la contratación pública**. Disponível em <http://www.obcp.es/index.php/mod.opiniones/mem.detalle/id.489/chk.1a330c71b51664cf860f47dd98b87406>. Acesso em 14 de mai. de 2019.

⁸⁶⁰ O artigo 2º conceitua economía sustentável como “un patrón de crecimiento que concilie el desarrollo económico, social y ambiental en una economía productiva y competitiva, que favorezca el empleo de calidad, la igualdad de oportunidades y la cohesión social, y que garantice el respeto ambiental y el uso racional de los recursos naturales, de forma que permita satisfacer las necesidades de las generaciones presentes sin comprometer las posibilidades de las generaciones futuras para atender sus propias necesidades.”

sustentabilidade social como promotor e garantidor de igualdade de oportunidades e da coesão social. Convém destacar que, dentre os vários princípios norteadores da legislação em voga, foram estipulados três que ressoam sobre o papel da Administração Pública para a direção e incentivo da inovação, tecnologia e ciência como: a melhora da competitividade – dever de impulsionar o incremento da competitividade das empresas por intermédio de marcos regulatórios que prestigiem a concorrência e a eficiência nos mercados de bens e serviços, facilitem a assimilação dos recursos e da melhora da produtividade em especial via formação, investigação, inovação e o uso de novas tecnologias, além de permitir o aumento de capacidade para competir nos mercados internacionais -; fomento da capacidade inovadora das empresas – a Administração Pública deverá desenvolver uma política apoio à investigação e inovação que favoreça empresas e indústrias inovadoras, renovando os setores tradicionais, para majorar a competitividade; e extensão e melhoria da qualidade da educação e impulso à formação continuada – utilizando-os como instrumentos de melhorias de coesão social e desenvolvimento pessoal das pessoas. Ademais, o suscitado texto normativo explana sobre o desenvolvimento científico, inovativo e tecnológico, a partir das parcerias existentes entre a sociedade, o mercado e as instituições de ensino, bem como a repercussão do impacto ambiental na indústria e comércio, inclusive ainda enunciando em seu Anexo I os cálculos dos custos de utilização dos veículos de transporte nas estradas durante sua vida útil (conteúdo energético, custo das emissões e quilometragem média dos veículos na estrada durante a sua vida útil).

Especificamente sobre as compras públicas espanholas, em 2010, foi aprovada a Estratégia Estatal de Inovação (e21) pelo Acordo do Conselho de Ministro, a qual possuía como pilar fundamental a contratação pública inovadora e que a Espanha pudesse galgar em 2015 o novo lugar no ranking mundial de inovação. Infelizmente, a perspectiva idealizada não coadunou com a realidade e a prática, a ponto de ser considerada pela União Europeia como um país de inovação moderada ante os demais Estados-Membros.⁸⁶¹ Impende entretecer que a preocupação com tal área é totalmente compatível com o cenário econômico mundial no mínimo nos últimos cem anos. Enquanto na segunda metade do século XX, a Espanha e outros países do sul

⁸⁶¹ JIMÉNEZ, Antonio García. **Las conexiones entre contratación administrativa e innovación**. Madrid: Tecnos: 2018, p. 109.

da Europa foram beneficiados pela onda de instalação de empresas transnacionais em virtude dos custos laborais e do apoio estatal para os investimentos estrangeiros, posteriormente os custos laborais e de importação/exportação geraram um esvaziamento e um sacrifício, pois não se conseguia enfrentar com os abonos, na maioria das vezes até desumanos, da China e de outros países, em especial dos tigres asiáticos, que, com uma mão de obra barata, facilidade de investimentos estrangeiros e despreocupação social incutem uma competição abissal.⁸⁶²

Marina Rodríguez Beas alerta que a Ley nº 30/2017, de 30 de outubro, antiga legislação de contratos do setor público, havia incorporado soluções inovadoras na fabricação de bens e prestação de serviços à Administração Pública com nova tecnologia ao impor que o empresário fabricasse bens de acordo com as características impostas pela contratante ou a possibilidade de fixar no edital variações das especificações exigidas sobre o objeto pelas propostas ofertadas. Outra situação viável era que, no caso contratação de colaboração público-privada, qualificava-se a aquisição de tecnologia inovadora como via preferencial, o que poderia servir de arrimo para asseverar que tal espécie de ajuste era, anteriormente, o mais adequado para refletir uma compra pública inovadora com o diálogo entre investigação, desenvolvimento, inovação e empresas em conjunto com o setor público. Conquanto havia estas possibilidades, salienta-se que a compra pública de tecnologia inovadora não constava de um regime jurídico específico, pelo menos na lei geral, já que nada impediria de um ato convocatório prever justificadamente algo nesse sentido.⁸⁶³

Assim, é necessária a coordenação de esforços entre os setores privado e público para modificar a realidade das compras públicas inovadoras, inclusive para modificar o pensamento. Mudar e avançar, tudo primando pela melhoria. Como entoa José Gimeno Feliú, deve-se romper com a ideia “de ‘siempre se ha hecho así’ y evitar

⁸⁶² MIÑO, Antonio López. La compra pública innovadora en los sistemas europeo y español de contratación pública. In: GARCÍA, J. José Pernas (director). **Contratación pública estratégica**. Pamplona: Editorial Aranzadi, 2013, p. 213-248, p. 213. Ainda, sobre a falta de investimento em ciência, tecnologia e inovação na Espanha frente a outros países da União Europeia e seu impacto no desenvolvimento, vide crítica de: PANIAGUA, Enrique Linde. Gobernanza del sistema español de ciencia, tecnología e innovación. In: VELÁZQUEZ, Antonio Calonge (dir.). **Ciencia, Tecnología e Innovación: nuevo régimen jurídico**. Granada: Editorial Comares, 2013, p. 21-39.

⁸⁶³ BEAS, Marina Rodríguez. La innovación en la nueva Directiva de contratación pública: la asociación para la innovación. In: **Revista Cuadernos de Derecho Local**, Fundación Democracia y Gobierno Local, octubre.2015, p. 141-161, p. 143, 147 e 149.

la tendencia a la autocomplacencia y la estricta visión ‘administrativa’ de la contratación pública.”⁸⁶⁴ Ademais, é preciso que seja concretizado um enlace entre o mundo empresarial e a Administração Pública, pois, como lembra Antonio García Jiménez, o parecer de Inovação Estratégica da OCDE pondera que “en el sistema de investigación público juegan un papel importante en los sistemas de innovación, a través de la educación, la formación, el desarrollo de habilidades, la resolución de problemas, la creación y difusión del conocimiento, el desarrollo de nuevos instrumentos, y el almacenamiento y transmisión del conocimiento.” Ainda complementa que:

La tónica general es que recurran a la compra pública innovadora aquellos órganos de contratación que dispone del suficiente empuje, perspectiva y motivación como para apreciar las oportunidades que pueden derivarse de realizar una compra diferente. Se trata de un proceso que requiere tiempo y que, por lo tanto, se proyecta sobre el medio y largo plazo, algo muy distinto a los intereses que normalmente persiguen los poderes políticos. Este hecho puede apreciarse a modo de ejemplo con el Plan Español para el Estímulo de la Economía y del Empleo, más conocido como Plan E y que sería prolongado posteriormente por el Plan de Economía Sostenible. (...) Constituye un claro ejemplo que la innovación ha de ser una política arraigada a la cultura de un país, mediante una disciplina y un esfuerzo inversos constantes en el tiempo, ya que las políticas cortoplacistas no son efectivas y pueden llevar a despilfarrar los fondos invertidos.⁸⁶⁵

Atualmente, a lei que regula os contratos públicos na Espanha é a Ley 09/2017. Adaptou o ordenamento jurídico espanhol à Diretiva 2014/24/UE em geral, inclusive no que toca às compras públicas inovadoras.⁸⁶⁶ É criticada pela sua extensão e complexidade. Esta é proporcionada não só pelo tamanho da lei, mas também pela forma de como foram dispostos vários temas. Como não poderia ser diferente ante o teor da diretiva atual da União Europeia, os considerandos expõem claramente a função estratégica do contrato para a implementação de políticas, tanto europeias como nacionais, em matéria social, ambiental, de inovação, de desenvolvimento, de

⁸⁶⁴ FELIÚ, José Gimeno. La contratación pública como estrategia: el fomento de la innovación. **Revista Ius Publicum Network Review**, España, 2018, p. 01-27, p. 25.

⁸⁶⁵ JIMÉNEZ, Antonio García. **Las conexiones entre contratación administrativa e innovación**. Madrid: Tecnos: 2018 p. 40-41 e 111-112.

⁸⁶⁶ No âmbito da inovação e o desenvolvimento, coa idea de favorecer as empresas máis innovadoras, destaca especialmente a introdución do novo procedemento de asociación para a innovación. Axústase o diálogo competitivo ás novidades da directiva (reforma técnica). (FELIU, José María Gimeno. O efecto directo das novas directivas comunitarias sobre a contratación pública. Consecuencias prácticas da falta de transposición das directivas en España. **Revista Galega De Administración Pública (REGAP)**, n. 52, jul.dec.2016, p. 09-60 p. 26).

incentivo às pequenas e médias empresas e de defesa da concorrência.⁸⁶⁷

Prescreve em seu teor os seguintes preceitos sobre a relação da compra pública e o desenvolvimento científico, inovativo e tecnológico: (i) artigo 8º excluem alguns tipos de contratos de investigação, desenvolvimento e inovação, desde que tais não tenham as condições de os benefícios pertencerem exclusivamente à Administração contratante para seu uso em suas atividades e que o serviço prestado seja remunerado integralmente pelo contratante; (ii) artigo 28.2 preceitua que as entidades deverão velar eficiência, agilidade dos tramites e irão valorar as questões sociais, ambientais e de inovação como aspectos positivos nos procedimentos de contratação, além de promover a participação de pequena e média empresa e acesso sem custo prévio; (iii) artigo 35.c permite que seja considerado na fixação do objeto a questão da inovação, assim como o artigo 99 prevê que poderá ser incorporado as inovações tecnológicas, sociais ou ambientais ensejadoras de melhorias na eficiência e sustentabilidade dos bens, obras e serviços a serem contratados; (iv) artigo 127 estatui que será possível exigir etiqueta dos objetos para confirmar que a sua produção cumpre determinados requisitos, porém não se pode solicitar uma etiqueta que a sua referência adstrinja à inovação;⁸⁶⁸ (v) artigo 145 permite que, no julgamento das propostas, seja adotada a melhor relação qualidade-preço, sendo que, dentre

⁸⁶⁷ “El sistema legal de contratación pública que se establece en la presente Ley persigue aclarar las normas vigentes, en aras de una mayor seguridad jurídica y trata de conseguir que se utilice la contratación pública como instrumento para implementar las políticas tanto europeas como nacionales en materia social, medioambiental, de innovación y desarrollo, de promoción de las PYMES, y de defensa de la competencia. Todas estas cuestiones se constituyen como verdaderos objetivos de la Ley, persiguiéndose en todo momento la eficiencia en el gasto público y el respeto a los principios de igualdad de trato, no discriminación, transparencia, proporcionalidad e integridad. (...)El sistema legal de contratación pública que se establece en la presente Ley persigue aclarar las normas vigentes, en aras de una mayor seguridad jurídica y trata de conseguir que se utilice la contratación pública como instrumento para implementar las políticas tanto europeas como nacionales en materia social, medioambiental, de innovación y desarrollo, de promoción de las PYMES, y de defensa de la competencia. Todas estas cuestiones se constituyen como verdaderos objetivos de la Ley, persiguiéndose en todo momento la eficiencia en el gasto público y el respeto a los principios de igualdad de trato, no discriminación, transparencia, proporcionalidad e integridad.”

⁸⁶⁸ “Artículo 127. (...) 1. A los efectos de esta Ley, se entenderá por «etiqueta»: cualquier documento, certificado o acreditación que confirme que las obras, productos, servicios, procesos o procedimientos de que se trate cumplen determinados requisitos. 2. Cuando los órganos de contratación tengan la intención de adquirir obras, suministros o servicios con características específicas de tipo medioambiental, social u otro, podrán exigir, en las prescripciones técnicas, en los criterios de adjudicación o en las condiciones de ejecución del contrato, una etiqueta específica como medio de prueba de que las obras, los servicios o los suministros cumplen las características exigidas, etiquetas de tipo social o medioambiental, como aquellas relacionadas con la agricultura o la ganadería ecológicas, el comercio justo, la igualdad de género o las que garantizan el cumplimiento de las Convenciones fundamentales de la Organización Internacional del Trabajo, siempre que se cumplan todas las condiciones siguientes:”

outros critérios econômicos e qualitativos a serem sopesados, está a qualidade entendida como as características estéticas e funcionais, a acessibilidade, o desenho universal, o desenho para todos os usuários, as características sociais, meio-ambientais e inovadores e a comercialização e suas condições. Esse dispositivo alude a tecnologia para determinar que, em casos de emprego de uma tecnologia especialmente avançada ou cujo uso durante a execução do objeto sejam complexo, poder-se-á adotar mais de um critério de julgamento; (vi) artigo 167 estabelece a possibilidade de usar a licitação com negociação quando a prestação do objeto contratual incluir um projeto ou uma solução inovadora e (vii) artigo 334 alça para a Estratégia Nacional de Contratação que tome medidas para que as políticas ambientais, sociais e de inovação sejam adotadas pelos órgãos e entidades públicas.

Como se verifica, o artigo 28.2 dá margem para que a inovação seja valorada positivamente em todas as compras públicas, o que, *a priori*, poder-se-ia estipular no ato convocatório critérios para favorecer empresas que investissem em inovações, ainda que nada discorra sobre possível benesse para a inovação nacional, até porque poderia ser considerado afrontoso à Lei de Funcionamento da União Europeia e às cláusulas de não discriminação.

Além destes dispositivos relacionados com os temários em estudo, insta ponderar que a lei espanhola dispõe sobre dois procedimentos específicos que poderão versar acerca do *modus operandi* das compras públicas inovadoras, quais sejam, diálogo competitivo e a associação para a inovação.⁸⁶⁹

O diálogo competitivo é o procedimento administrativo aberto⁸⁷⁰ em que existe uma conversa aberta entre a Administração Pública e os candidatos selecionados, a fim de desenvolver uma ou várias soluções suscetíveis de satisfazerem as

⁸⁶⁹ Pode-se até aventar a licitação com negociação (licitación con negociación) como possível procedimento para a aquisição de tecnologia inovadora, a qual é prevista na legislação espanhola nos artigos 166 e seguintes. Nestas situações, o edital preverá os aspectos econômicos e técnicos que serão objeto de negociação com as empresas, a descrição das necessidades dos órgãos e as características necessárias sobre o fornecimento, as obras e os serviços para gerar a confiança ao universo de competidores. Sandra Sinde Cantorna explica que sua aplicabilidade é viável quando a fase prévia de consultas ao mercado arregimenta informações suficientes e adequadas para colocá-las no ato convocatório sem gerar qualquer desconfiança. De todo modo, não se compreende como um procedimento específico para compra pública inovadora, razão pela qual não se dissertará neste tópico (CANTORNA, Sandra Sinde. *Cómo comprar innovación en el ámbito local empleando el diálogo competitivo*. In: ACUÑA, Concepción Campos. **La nueva contratación pública en el ámbito local**. Madrid: Wolters Kluwer, 2018, p. 657-678, p. 668).

⁸⁷⁰ Qualquer pessoa poderá participar nos termos do artigo 172.2 da Lei.

necessidades públicas e as quais servirão de base para os referidos candidatos elaborarem a sua oferta. Nos termos do artigo 172, em conjunto com o artigo 167, poderá ser adotado quando: a) a necessidade pública possa ser satisfeita pela prestação de um objeto disponível no mercado, porém que precisará ser adaptado ou redesenhado pelo ofertante; b) a prestação objeto do contrato incluir um projeto ou solução inovadora; c) a oferta não possa ser julgada sem negociações prévias devido a circunstâncias específicas vinculadas a natureza, a complexidade ou a configuração jurídica ou financeira da prestação que constitua seu objeto ou por riscos inerentes à mesma; d) o órgão de contratação não puder estabelecer com a suficiente precisão as especificações técnicas por referência a uma norma, avaliação técnica europeia, especificação técnica nos termos estabelecidos pela lei; e) os procedimentos normais (abertos ou restringidos) não puderem ser aptos em razão de possíveis ofertas irregulares ou inaceitáveis e f) for para contratar serviços sociais personalíssimos que tenham como uma de suas características determinantes à consideração da pessoa em torno da atenção social, sempre que o objeto seja permitir a continuidade da atenção das pessoas que já eram beneficiárias do serviço social.

A ideia de interação entre ofertantes e a Administração Pública está presente, porque, durante o procedimento, o órgão ou entidade licitadora dialogará com os candidatos selecionados sobre todos os aspectos do contrato, com intuito de cancelar e indicar quais serão as melhores maneiras para satisfazer o interesse público em jogo. Assim, com base em tais informações, os candidatos poderão ir aprimorando as suas propostas até que a Administração, quando encerrado o diálogo, decida por qual ou quais soluções apresentadas permitirá que seja enviada uma proposta final (oferta definitiva).

É um procedimento extremamente vantajoso para as situações em que a Administração Pública desconhece todas as possíveis soluções de mercado ou diante de objetos que poderão ser desenvolvidos especificamente para atender os interesses da licitadora.

Já a associação para a inovação está prevista nos artigos 177 e seguintes que é definido como um procedimento aberto, cujo escopo é o desenvolvimento de produtos, serviços ou obras inovadoras, adquirindo-os a níveis correspondentes de rendimentos e custos máximo ajustados entre os órgãos da contratação e os participantes. É para as situações em que as opções já existentes não são aptas para

atender a demanda da Administração Pública. Não é necessário que haja a seleção de somente uma proposta, podendo ser selecionado mais de uma solução para ser criada. Os contratos serão apreciados durante a sua execução: (i) na fase de investigação e desenvolvimento de acordo com as normas que estipulem normas regulamentares no edital e no contrato e (ii) na fase de execução das obras, conforme convencionado no contrato.⁸⁷¹

Ainda que seja aberto a qualquer ofertante, somente apresentarão o projeto os empresários que demonstrarem objetivamente aptidão de solvência e capacidade para a feitura de uma investigação e desenvolvimento, bem como para a elaboração e aplicação de soluções inovadoras. Momento em que os candidatos aprovados passarão a ser licitantes. Apresentados os projetos, estes serão avaliados de acordo com a relação qualidade-preço e tais propostas serão negociadas visando ao seu aprimoramento, salvo a proposta definitiva. De forma similar ao diálogo, aqui reside a possibilidade de as propostas serem renovadas de acordo com as informações repassadas de forma isonômica pela Administração Pública, com o objetivo de serem lapidadas para o melhor atendimento do interesse público.

Posteriormente, será implementada a associação da Administração Pública com o(s) sócio(s) para que concretizem suas investigações e desenvolvam os seus objetivos em fases previamente estipuladas. Ao final de cada fase (etapa), decidir-se-á pela continuidade ou não da parceria, até que se chegue a última etapa com a entrega final do objeto desenvolvido, quando a Administração avaliará os resultados de acordo com os níveis de rendimento estabelecidos e conforme os custos ajustados. Via de consequência, feita a escolha, será contratado o objeto pela Administração Pública resultantes da investigação e desenvolvimento anterior.

Em síntese, pode-se dizer que se desenvolve tal procedimento em quatro fases na legislação espanhola: seleção dos candidatos, negociação com os licitantes, associação com os sócios e aquisição do objeto resultante.⁸⁷²

⁸⁷¹ Para verificar estudo que analisou os três casos de procedimentos de associação para inovação já feitos na Espanha, vide artigo MANSO, Carmen de Guerrero. Los tres procedimientos de asociación para la innovación licitados en España: valoración de sus aspectos clave y pros e contras de cada una de ellos. In: FELIÚ, José María Gimeno (Director). **Observatorio de los contratos públicos 2018**. Navarra: Aranzadi, 2019, p. 281-327.

⁸⁷² Defende-se quatro fases, conforme a própria lei espanhola descreve em seus considerandos. Apesar dessa previsão normativa, sublinha-se que existem vários pontos de incerteza para a aplicabilidade da associação para a inovação, gerando a necessidade de adaptações legislativas para

Antonio García Jiménez, com razão, defende que anteriormente ao procedimento de associação para a inovação deve exercer consultas preliminares ao mercado, consoante regra do artigo 40 da Diretiva 2014/24/EU, até para que sirvam de ratificação ou não do planejamento inicial por tal procedimento ou para que surjam novas ideias.⁸⁷³ Marina Rodríguez Beas expõe a proximidade entre o diálogo competitivo e a associação para a inovação, já que a estrutura procedimental se dá em diversas fases a partir de uma sequência de investigação e inovação, que pode incluir a fabricação do produto, a prestação do objeto ou a realização da obra. Nessa, diferente daquele, pode fixar objetivos intermediários e sua respectiva retribuição pecuniária. Ainda, a autora pondera que em tais casos de associação para a inovação não existe propriamente um contrato administrativo, e sim um “procedimiento de adjudicación”.⁸⁷⁴

Concordando em parte com esse raciocínio da natureza jurídica da associação para a inovação, Antonio Garcia Jiménez pondera que a partir do momento em que um terceiro colabora com o poder público para a satisfação de uma necessidade pública mesmo que se celebre um contrato público, deve ser considerado um

ensejar maior segurança e usualidade, conforme aponta Marina Rodríguez Beas: “(...) revisar la configuración actual de la asociación de la innovación para incorporar todos aquellos aspectos que puedan facilitar la preparación y tramitación del procedimiento y de los contratos que se puedan derivar. Sin duda, el aspecto que entendemos más prioritario, a efectos de abordar una modificación legislativa, es la indefinición de las fases de adjudicación y formalización del contrato pues afectan de manera directa a elementos tales como el régimen de impugnación, la verificación de los requisitos de capacidad y de solvencia del empresario, las obligaciones que derivan por las partes en cada momento y las opciones que pueden contemplarse por el ente contratante cuando no se alcanzan los niveles de rendimiento pretendidos. Asimismo, entendemos que deberían aclararse los aspectos relativos a la propiedad de la solución innovadora, pues con ello se podría garantizar que la inversión económica y de esfuerzos por parte de los empresarios se puede ver recompensados y posibiliten una aplicación del conocimiento adquirido a tecnologías que aporten bienestar social a la ciudadanía. (BEAS, Marina Rodríguez. El procedimiento de asociación para la innovación en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público: oportunidades e incertidumbres. **Revista General de Derecho Administrativo**, n. 52, Justel, Madrid, oct. 2019).

⁸⁷³ JIMÉNEZ, Antonio García. **Las conexiones entre contratación administrativa e innovación**. Madrid: Tecnos: 2018, p. 114.

⁸⁷⁴ BEAS, Marina Rodríguez. La innovación en la nueva Directiva de contratación pública: la asociación para la innovación. In: **Revista Cuadernos de Derecho Local**, Fundación Democracia y Gobierno Local, octubre.2015, p. 141-161, p. 152, 155 e 157. Sobre a proximidade da parceria para a inovação e o diálogo competitivo, vide também interessante explicação: “Este procedimiento, establecido en el artículo 31 se asemeja al de dialogo competitivo con la particularidad de la existencia de una asociación previa entre poderes adjudicadores y empresarios que tiene como finalidad adquirir productos y servicios <innovadores> y de que, en este caso en concreto, el procedimiento es único. De hecho, el licitador que presente la mejor oferta, en términos de tecnología de innovación, resultará ser el adjudicatario de la obra, servicio o suministro que, posteriormente, se contrate.” (FUENTES I GASÓ, Josep Ramon; VIDAL, Carme Juncosa. Principales novedades, régimen transitorio y cuestiones adicionales. In: ACUÑA, Concepción Campos. **La nueva contratación pública en el ámbito local**. Madrid: Wolters Kluwer, 2018, p. 87-131, p. 114).

colaborador voluntário.⁸⁷⁵ O raciocínio de colaboração não é estranho por alguns estudiosos do Brasil e de Portugal. Também merece destaque a sua crítica para que a flexibilidade pretendida pela legislação espanhola quando da descrição do procedimento em si possua repercussão também nos olhos de controle como deve acontecer pelo Tribunal de Justiça da União Europeia. A interpretação adotada no controle das licitações e dos contratos públicos atualmente não pode ser a mesma a partir de procedimentos mais flexíveis e que buscam atender interesses transcendentais que antes não eram avaliados.⁸⁷⁶

⁸⁷⁵ “Afortunadamente, la visión que inicialmente hacía contemplar al contratista como un sujeto con intereses antagónicos a los perseguidos por los órganos públicos, parece haber sido aparcada, para comenzar a considerarlo como un sujeto cuyos objetivos no tienen por qué ser necesariamente contrapuestos a los perseguido por los poderes públicos, sino que este ha de ser considerado como un <colaborador voluntario> de la administración, el cual mediante la pretensión de conseguir un lucro con su actividad, puede contribuir a satisfacer la realización de determinados fines públicos. Por este motivo, el principio de riesgo y ventura ha ido siendo atenuado sucesivamente, tanto jurisprudencial como legislativamente, de forma que el riesgo al que se ve sometido un adjudicatario se ha relativizado de forma importante.” JIMÉNEZ, Antonio García. **Las conexiones entre contratación administrativa e innovación**. Madrid: Tecnos: 2018 p. 101.

⁸⁷⁶ JIMÉNEZ, Antonio García. **Las conexiones entre contratación administrativa e innovación**. Madrid: Tecnos: 2018 p. 99-100.

CAPÍTULO V – A VISÃO CRÍTICA SOBRE AS BARREIRAS PARA O FOMENTO E A DIREÇÃO DA CIÊNCIA, TECNOLOGIA E INOVAÇÃO POR MEIO DAS LICITAÇÕES PÚBLICAS E DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

5.1. Os acordos internacionais como (supostos) obstáculos para qualquer tratamento discriminatório e afrontoso à concorrência

A existência de acordos internacionais celebrados pelo Brasil é ponto fulcral dos possíveis obstáculos que possam surgir em relação ao tratamento diferenciado para operadores econômicos que invistam em tecnologia, inovação e ciência nacional.

Quando são firmados compromissos internacionais, seja por meio de acordos bilaterais ou multilaterais, como é o caso da União Europeia, uma das grandes preocupações é a diminuição ou o completo afastamento das barreiras alfandegárias existentes entre os países. No contexto do comércio internacional, o papel do Estado em tais convenções entre países e sua relação com as compras públicas consistem em duas finalidades, quais sejam: a) reduzir as suas despesas públicas, a partir da concorrência internacional propiciada pela abertura da contratação pública internacional e b) incrementar as exportações face à conquistas de suas empresas em mercados abertos, por meio da reciprocidade.⁸⁷⁷

O ambiente favorável de abertura de mercado reclama, dentre outros vários pontos, o respeito aos princípios da não discriminação e da transparência. Já o princípio da não discriminação divide-se no plano do direito internacional em dois subprincípios: princípio do tratamento nacional e a cláusula da nação mais favorecida.⁸⁷⁸

Um dos motivos mais comuns para a adoção de políticas discriminatórias é a promoção da indústria nacional, o que é concretizado de maneira direta, muitas vezes por meio de margens de preferências⁸⁷⁹ ou pela obrigatoriedade de contrapartida ou

⁸⁷⁷ RODRIGUES, Nuno Cunha. **A contratação pública como instrumento de política econômica**. Coimbra: Almedina, 2015, p. 30.

⁸⁷⁸ RODRIGUES, Nuno Cunha. **A contratação pública como instrumento de política econômica**. Coimbra: Almedina, 2015, p. 132.

⁸⁷⁹ Esta é operada pela existência de uma diferenciação entre o preço ofertado pela empresa doméstica e aquele ofertado por estrangeiro.

de aquisição de bens e serviços nacionais.⁸⁸⁰ Todavia, pode, ainda, acontecer essa proteção por meio indiretos (também chamado de mecanismos informais) e que podem até considerados desleais por utilizarem um subterfúgio para atingir um objetivo, como, por exemplo: exigência de prazos curtos para inviabilizar a formulação de propostas de empresas de fora, previsão editalícia de produtos ou insumos que só possam ser encontrados no mercado local, exigências editalícias de visita técnica ou de alguma declaração formal em que a presença física é indispensável, cláusulas restritivas de ordem técnica, dentre outros. Sobre tais restrições, destacam-se a lei do Canadá, a qual estipula um prêmio de 10% favorável às empresas nacionais; a lei de Israel, que admite também a bonificação de 15% dos produtos nacionais; a lei dos Estados Unidos, que preceitua a contratação de produtos nacionais, etc..⁸⁸¹

No âmbito da União Europeia, o Tratado de Funcionamento da União Europeia dispõe que: (i) o artigo 18 veda qualquer discriminação em razão da nacionalidade; (ii) o artigo 26 define o mercado interno como um “espaço sem fronteiras internas no qual a livre circulação das mercadorias, das pessoas, dos serviços e dos capitais é assegurada de acordo com as disposições dos Tratados”; (iii) o artigo 28 determina a livre circulação de mercadorias e o dever de compreensão de união aduaneira, a qual abarca a totalidade do comércio de mercadorias e veda direitos aduaneiros de importação e de exportação e de quaisquer encargos entre os Estados-Membros; (iv) o artigo 34 proíbe que, entre os Estados-Membros, haja restrições quantitativas à importação, bem como todas as medidas de efeito equivalente;⁸⁸² (v) o artigo 49 proíbe as restrições à liberdade de estabelecimento dos nacionais de um Estado-

⁸⁸⁰ “Neste domínio, a maior parte dos tratados prevê dois tipos de exceções ao princípio da não-discriminação: a) as exceções que consideram o interesse público em áreas como a segurança nacional, a ordem e a saúde pública (cfs. Art. XX do GATT e art. XIV do GATS); b) as exceções no âmbito do comércio regional e dos acordos de integração económica (cfr. Art. XXIV do GATT e V e Vbis do GATS).” (RODRIGUES, Nuno Cunha. **A contratação pública como instrumento de política econômica**. Coimbra: Almedina, 2015, p. 133-134).

⁸⁸¹ RODRIGUES, Nuno Cunha. **A contratação pública como instrumento de política econômica**. Coimbra: Almedina, 2015, p. 130-131.

⁸⁸² “Há três categorias de medidas adoptadas no âmbito dos contratos públicos que determinam a aplicação do artigo 34º do TFUE: i) as que discriminam explicitamente bens ou serviços nacionais face aos que são importados e que constituem um obstáculo ao comércio ‘intra-comunitário’, pois estão abrangidas pelo artigo 34º do TFUE (e pela eventual justificação à luz do artigo 36º do TFUE); ii) os que discriminam, de forma implícita ou indirectamente, bens ou serviços importados que são, em regra, consideradas como um obstáculo ao comércio; iii) as que não discriminam bens ou serviços nacionais de bens ou serviços importados mas que podem afectar o comércio intra-comunitário.” (RODRIGUES, Nuno Cunha. **A contratação pública como instrumento de política econômica**. Coimbra: Almedina, 2015, p. 305-306).

Membro no território de outro Estado-Membro; (vi) o artigo 55 determina que os Estados-Membros devem conceder aos nacionais dos outros Estados-Membros o mesmo tratamento que aos seus próprios nacionais; (vii) o artigo 56 ecoa a disposição do artigo 55, porém no que se refere aos serviços prestados ao enunciar a livre prestação de serviços na União e a vedação de qualquer discriminação ou vedação entre as empresas dos Estados-Membros; (viii) o artigo 101 prescreve que são incompatíveis com o mercado interno e terminantemente proibido quaisquer acordos entre empresas, todas as decisões de associações de empresas e todas as condutas concertadas que venham a afetar o comércio entre os Estados-Membros e que gerem ou intentem o impedimento, a restrição ou o falseamento de concorrência no mercado interno; (ix) o artigo 107, o qual explicitamente determina “que são incompatíveis com o mercado interno, na medida em que afetem as trocas comerciais entre os Estados-Membros, os auxílios concedidos pelos Estados ou provenientes de recursos estatais, independentemente da forma que assumam, que falseiem ou ameacem falsear a concorrência, favorecendo certas empresas ou certas produções”, apesar de ser considerado pelo dispositivo que não existe problema quando, dentre outros, (a) houver a concessão de benefício visando ao desenvolvimento econômico de regiões em que o nível de vida seja muito baixo ou que haja grave situação de subemprego ou almejando o desenvolvimento subemprego, bem como o desenvolvimento das regiões referidas no artigo “349.o” e (b) for para facilitar o desenvolvimento de certas atividades ou regiões econômicas, desde que não alterem as condições de trocas comerciais e contrariem o interesse comum, considerando a situação estrutural, econômica e social; (x) o artigo 110 proíbe a concessão direta ou indireta de quaisquer imposições fiscais internas, qualquer que seja a sua natureza, superior àquelas incidentes sobre produtos nacionais similares.⁸⁸³

⁸⁸³ Vários casos já julgados pelo Tribunal de Justiça da União Europeia podem servir como exemplos para ratificar a impossibilidade de discriminação no âmbito de tal bloco de países. Vide por exemplo dois casos: (i) Acórdão Dundalk em que se vetou a certificação irlandesa para determinados canos a serem usados em obras públicas, até porque o edital não permitia similares ou equivalentes; e (ii) Acórdão Bernard Keck e Daniel Mithouard em que determinou “a aplicação de disposições nacionais que limitam ou proíbem determinadas modalidades de venda a produtos provenientes de outros Estados-membros não é susceptível de entrar o comércio entre os Estados-membros, na acepção da referida definição, desde que se apliquem a todos os operadores interessados que exerçam a sua actividade no território nacional e desde que afectem da mesma forma, tanto jurídica como factualmente, a comercialização dos produtos nacionais e dos provenientes de outros Estados-membros. Com efeito, desde que essas condições se encontrem satisfeitas, a aplicação de

Na Espanha, a Ley nº 20/2013, de 09 de dezembro, disciplina sobre a garantia de unidade do mercado e pondera que haverá o devido respeito ao princípio da não discriminação internamente no território espanhol, conforme observa-se do artigo 3º.⁸⁸⁴ O artigo 9º estipula a garantia à liberdade dos operadores econômicos e que não poderá haver restrição imposta por intervenção estatal que venham a afrontar os princípios da não discriminação, da cooperação e da confiança legítima, da necessidade e proporcionalidade de suas atuações, simplificação de cargas e transparência, inclusive no que for previsto em atos convocatórios e cláusulas contratuais.⁸⁸⁵ Será ainda admoestada a atuação limitadora da liberdade de estabelecimento e liberdade de circulação, tanto que os requisitos discriminatórios para o acesso de uma atividade econômica ou seu exercício para a obtenção de vantagens econômica ou para a adjudicação de contratos públicas embasados direta ou indiretamente no lugar de residência ou do local do estabelecimento é ilegal.⁸⁸⁶

regulamentações desse tipo à venda de produtos provenientes de outros Estados-membros que obedçam às regras aprovadas por esse Estado não é susceptível de impedir o seu acesso ao mercado ou de o dificultar mais do que dificulta o dos produtos nacionais. Essas regulamentações escapam, portanto, ao âmbito de aplicação do artigo 30. do Tratado.”

⁸⁸⁴ **Artículo 3. Principio de no discriminación.** 1. Todos los operadores económicos tendrán los mismos derechos en todo el territorio nacional y con respecto a todas las autoridades competentes, sin discriminación alguna por razón del lugar de residencia o establecimiento. 2. Ninguna disposición de carácter general, actuación administrativa o norma de calidad que se refiera al acceso o al ejercicio de actividades económicas podrá contener condiciones ni requisitos que tengan como efecto directo o indirecto la discriminación por razón de establecimiento o residencia del operador económico.

⁸⁸⁵ **Artículo 9. Garantía de las libertades de los operadores económicos.** 1. Todas las autoridades competentes velarán, en las actuaciones administrativas, disposiciones y medios de intervención adoptados en su ámbito de actuación, por la observancia de los principios de no discriminación, cooperación y confianza mutua, necesidad y proporcionalidad de sus actuaciones, eficacia en todo el territorio nacional de las mismas, simplificación de cargas y transparencia. 2. En particular, garantizarán que las siguientes disposiciones y actos cumplen los principios citados en el apartado anterior: (...) c) La documentación relativa a los contratos públicos, incluidos los pliegos y cláusulas de los contratos públicos.

⁸⁸⁶ **Artículo 18. Actuaciones que limitan la libertad de establecimiento y la libertad de circulación.** 2. Serán consideradas actuaciones que limitan el libre establecimiento y la libre circulación por no cumplir los principios recogidos en el Capítulo II de esta Ley los actos, disposiciones y medios de intervención de las autoridades competentes que contengan o apliquen: a) Requisitos discriminatorios para el acceso a una actividad económica o su ejercicio, para la obtención de ventajas económicas o para la adjudicación de contratos públicos, basados directa o indirectamente en el lugar de residencia o establecimiento del operador. Entre estos requisitos se incluyen, en particular: 1.º que el establecimiento o el domicilio social se encuentre en el territorio de la autoridad competente, o que disponga de un establecimiento físico dentro de su territorio. 2.º que el operador haya residido u operado durante un determinado periodo de tiempo en dicho territorio. 3.º que el operador haya estado inscrito en registros de dicho territorio. 4.º que su personal, los que ostenten la propiedad o los miembros de los órganos de administración, control o gobierno residan en dicho territorio o reúnan condiciones que directa o indirectamente discriminen a las personas procedentes de otros lugares del territorio. 5.º que el operador deba realizar un curso de formación dentro del territorio de la autoridad competente.

Como se verifica, são vários dispositivos da Lei de Funcionamento da União Europeia que disciplinam sobre o dever de ser respeitado o princípio da não discriminação, impedindo os Estados-Membros de obstaculizarem qualquer produto, empresa ou serviço de outro integrante do bloco, até porque a valorização, o desenvolvimento e a busca do bem-estar são vistos pela integralidade. As fronteiras nacionais não podem servir de fundamento para tratamentos nacionais, pois a integração deve ser plena, o que, *per si*, gera a compreensão de uma unicidade entre os Estados-Membros. O pensamento comum deverá ser estruturado como um todo, levando em consideração o aspecto social, econômico, industrial, cultural, dentre outros.

Para tanto, há necessidade de dispor sobre o investimento estrangeiro e como deve ser o seu tratamento jurídico. Não se pode olvidar da importância dos investimentos para qualquer país, até porque no atual mundo globalizado não existe *a priori* uma nação que despreze a possibilidade de recebimento de capitais ou empreendimentos para reverterem em benefícios socioeconômicos.⁸⁸⁷ O investimento, segundo Karla Closs Fonseca, é um conceito econômico que pode ser definido como “a aplicação de recursos (dinheiro ou títulos) em empreendimentos que renderão juros ou lucros, em geral a longo prazo, bem como a compra de máquinas, equipamentos e imóveis para a instalação de unidades produtivas e a compra de títulos financeiros.”⁸⁸⁸ De modo um pouco diverso, diferenciando investimento segundo a concepção econômica e a jurídica, Bernadete de Figueiredo Dias compreende que a primeira é a operação que amplia o mercado e os lucros,

⁸⁸⁷ Rafael Véras admoesta o uso de margens de preferências em licitações e contratos públicos, já que o beneficiamento aos nacionais desencadeará o afastamento de investimentos estrangeiros, os quais se mostram essenciais, em especial para países em desenvolvimento ou subdesenvolvidos: “É que a fixação de margens de preferência, por parte de Estados, pode fomentar o surgimento de políticas *beggar-thy-neighbour*, por meio das quais o Brasil pode sofrer retaliações de outros países, com base em previsões supranacionais, consagradas pela Organização Mundial do Comércio (OMC) e no Acordo sobre Mercados Públicos (AMP). E a consequência é inevitável: as retaliações de outros países afastam investidores. Sem investimentos, não há infraestrutura. Daí a razão pela qual tais restrições, embora possam servir a tutelar valores relevantes, alheios às contratações públicas, não prescindem da devida motivação e de uma análise dos seus impactos, seja ao interno da contratação pública, seja para além das nossas fronteiras. Do contrário, essa regulação, ao invés de corrigir uma falha de mercado, criará uma falha de governo (ou Falha Regulatória). Valendo-me de uma expressão de Cass Sustein, um badalado autor de regulação da atualidade, um ‘paradoxo da função regulatória das licitações’.” (VERAS, Rafael. A função regulatória das licitações em projetos de infraestrutura: quanto custa? **Revista Colunistas do Direito do Estado**, ano 2018, número 386).

⁸⁸⁸ FONSECA, Karla Closs. **Investimentos Estrangeiros: Regulamentação Internacional e Acordos Bilaterais**. Curitiba: Juruá, 2008, p. 34.

independente se dentro ou fora das fronteiras do Estado onde está sediada, já a segunda, depende do direito posto, mais precisamente da previsão normativa no Direito Interno e nos Tratados Internacionais, e poderá referir-se aos tipos de ativos qualificados como investimentos ou às transações envolvidoras dos investimentos.⁸⁸⁹

Já o investimento estrangeiro acontece quando há a compra de sociedades, equipamentos, instalações, estoques ou títulos financeiros situados em um determinado país por sociedades, governos ou indivíduos de outros países.⁸⁹⁰ Classifica-se como investimento estrangeiro direto e investimento estrangeiro portfólio. O direto é quando uma entidade residente em um país resolve investir em um empreendimento sediado em outro país, com a finalidade de determinar a sua atividade por meio de da compra de ações ou da detenção de ativo da sociedade, da construção de uma nova fábrica ou empreendimento desde o início. Já o de portfólio é quando se adquire uma pequena parcela de ações ou debêntures sem a aquisição do controle da sociedade estrangeira.⁸⁹¹

No investimento estrangeiro direto, o diferencial é que se busca um interesse de larga duração, já que “la mayoría de las sociedades que entran en un mercado extranjero mediante la inversión directa esperan influir de manera sustancial en la gestión de la empresa, o controlarla, en el largo plazo.”⁸⁹² A título ilustrativo, existe classificação em investimento estrangeiro direto e indireto, os quais são diferenciados em razão da durabilidade e da finalidade. O direto tem o propósito de estatuir uma relação econômica durável com empresa a partir do controle do investidor, já a indireta, ou denominada também de especulativa, tem o escopo, tão somente, de auferir lucros decorrentes de possível valorização da empresa no mercado, sem ater-se a um projeto de longo prazo.⁸⁹³

Para a *OECD Benchmark of Foreign Direct Investment*, a propriedade de pelo menos 10% (dez por cento) do poder de voto da empresa constitui uma demonstração

⁸⁸⁹ DIAS, Bernadete de Figueiredo. **Investimentos Estrangeiros no Brasil e o Direito Internacional**. Curitiba: Juruá, 2010, p. 25-28.

⁸⁹⁰ FONSECA, Karla Closs. **Investimentos Estrangeiros: Regulamentação Internacional e Acordos Bilaterais**. Curitiba: Juruá, 2008, p. 34.

⁸⁹¹ FONSECA, Karla Closs. **Investimentos Estrangeiros: Regulamentação Internacional e Acordos Bilaterais**. Curitiba: Juruá, 2008, p. 35-36.

⁸⁹² GALEZA, Tadeus; CHAN, James. Qué es la inversión directa? **Revista Finanzas & Desarrollo**. Septiembre, 2015, p. 34-35, p. 34. Disponível em <http://www.imf.org/external/pubs/ft/fandd/spa/2015/09/pdf/basics.pdf>. Acesso em 11 de jul. de 2017.

⁸⁹³ DIAS, Bernadete de Figueiredo. **Investimentos Estrangeiros no Brasil e o Direito Internacional**. Curitiba: Juruá, 2010, p. 40.

suficiente do investimento direto duradouro, descrevendo ainda percentual diferente em caso de sociedade subsidiária e associadas:

Las empresas de inversión directa son sociedades que pueden ser subsidiarias, cuando se tiene más del 50% del poder de voto, o asociadas, cuando se tiene entre el 10% y el 50% del poder de voto. También pueden ser cuasisociedades, como es el caso de las sucursales, que son propiedad al 100% de sus respectivas matrices. Las relaciones entre el inversor directo y sus empresas de inversión directa pueden ser complejas y tener poca o ninguna relación con las correspondientes estructuras administrativas. Las relaciones de inversión directa se identifican de acuerdo con los criterios que se recogen en el Marco de Relaciones de Inversión Directa (MRID) que incluye relaciones de inversión directa tanto directas como indirectas.⁸⁹⁴

Ao avaliar o que prescreve o Direito Interno Brasileiro, a Lei nº 4.131/62 considera capitais estrangeiros, os bens, máquinas e equipamentos, entrados no Brasil sem dispêndio inicial de divisas, destinados à produção de bens ou serviços, bem como os recursos financeiros ou monetários, introduzidos no país, para aplicação em atividades econômicas desde que, em ambas as hipóteses, pertençam a pessoas físicas ou jurídicas residentes, domiciliadas ou com sede no exterior. A mesma lei preceitua que o capital estrangeiro investido no Brasil será dispensado tratamento jurídico idêntico ao concedido ao capital nacional em igualdade de condições, sendo vedadas quaisquer discriminações não previstas na presente lei.

Indubitavelmente, os investimentos estrangeiros diretos repercutem de forma frontal na economia nacional e mundial, razão pela qual é de interesse de todos os países a sua regulamentação, ou, ao menos, uma previsão jurídica mínima para fins de certeza e estabilidade das relações jurídicas. A verdade é que a produção dos impactos significativos está na produção de empregos, renda e tributos, mas também “afetam as decisões políticas e a cultura local, o modo de trabalhar, ser, pensar e agir das pessoas com quem interagem – consumidores, trabalhadores e a própria consumidora onde se instalam.”⁸⁹⁵ Ademais, o processo de globalização resulta na interpenetração das economias nacionais, o que já demonstra que “os interesses econômicos das nações passaram a se interpenetrar, de modo a tornar sem

⁸⁹⁴ OCDE, Organização de Cooperação e de Desenvolvimento Econômico. **OCDE Definición Marco de Inversión Extranjera Directa**. 4. ed. (Paris): OCDE, 2008, p. 12.

⁸⁹⁵ HASTREITER, Michele Alessandra. **Os acordos internacionais de investimento: uma mudança de perspectiva necessária na busca pelo desenvolvimento**. Orientador Prof. Dr. Luis Alexandre Carta Winter. Curitiba, 2015, Dissertação (Mestrado em Direito), Pontifícia Universidade Católica do Paraná, p. 13.

significado a tradicional distinção entre instrumentos de política econômica doméstica e instrumentos de política econômica internacional.”⁸⁹⁶

Por todo esse reflexo direto e indireto, a confecção de acordo visando à regulamentação de investimentos estrangeiros gera grande receio até pelas dificuldades de consenso, impedindo dessa maneira a celebração de grandes acordos multilaterais sobre o temário. Em função de tais obstáculos, atualmente é mais comum acontecer os acordos bilaterais (Acordos de Proteção Recíproca de Investimentos – APRIs) os quais são “instrumentos de proteção que visam assegurar direitos aos investidores no local em que aplicam o seu capital” e normalmente aceitos “por países em desenvolvimento imbuídos da crença de que, ao fornecerem guarida ao capital internacional, gerariam incentivos para que o investimento ingressasse em sua economia, produzindo efeitos benéficos automáticos.”⁸⁹⁷

Historicamente, a própria criação da Organização Mundial do Comércio está relacionada à proteção de investimentos estrangeiros. Em dezembro de 1945, os Estados Unidos convidaram os seus aliados de guerra para o início de negociações, almejando a geração de um acordo multilateral para a redução recíproca das tarifas de comércio de bens. Tentou-se criar, porém sem êxito, a Organização Internacional do Comércio.

⁸⁹⁶ THORSTENSEN, Vera. A OMC – Organização Mundial do Comércio e as negociações sobre investimentos estrangeiros. **Revista Brasileira de Política Internacional**, Brasília, v. 41, jan./jun. 1998, p. 57-89, p. 60. Chega-se a mencionar inclusive a existência de um Direito Administrativo Global que consistiria em “aquél que incluye los mecanismos, principios, prácticas y los acuerdos sociales que los respaldan y que promueven o que de otra forma afectan la accountability de los órganos globales administrativos, en particular asegurándose de que cumplan con los estándares adecuados de transparencia, participación, tomada de decisiones razonada, y legalidad, e promoviendo la efectiva evaluación de las normas y decisiones que aprueban. Los órganos globales administrativos incluyen órganos regulatorios intergubernamentales formales, redes regulatorias informales regulatorias informales intergubernamentales informales y arreglos de coordinación, órganos regulatorios nacionales que operan en relación con un régimen internacional intergubernamental, órganos regulatorios híbridos público-privados, y algunos órganos regulatorios privados que ejercen funciones de gobernanza transnacional de importancia pública específica.” (KINGSBURY, B.; KRISCH, N., STEWART, R. El surgimiento del Derecho Administrativo Global. In: KINGSBURY, Benedict; STEWART, Richard B. **El nuevo derecho administrativo global en américa latina**. Buenos Aires RAP, 2009, p. 21-82, p. 24).

⁸⁹⁷ HASTREITER, Michele Alessandra. **Os acordos internacionais de investimento: uma mudança de perspectiva necessária na busca pelo desenvolvimento**. Orientador Prof. Dr. Luis Alexandre Carta Winter. Curitiba, 2015, Dissertação (Mestrado em Direito), Pontifícia Universidade Católica do Paraná, p. 15. Sobre a importância do tratamento de investimentos estrangeiros e acordos bilaterais, vide CELLI JÚNIOR, Umberto. Os países emergentes e as medidas de investimento relacionadas ao comércio: O Acordo TRIMs da OMC. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, São Paulo, v. 99, 2004, p. 505-521, p. 505-508; THORSTENSEN, Vera. A OMC – Organização Mundial do Comércio e as negociações sobre investimentos estrangeiros. **Revista Brasileira de Política Internacional**, Brasília, v. 41, jan./jun. 1998, p. 57-89, p. 62 e seguintes.

Diante desta frustração, no dia 30 de outubro de 1947, 23 países assinaram o “Protocolo de Provisão de Aplicação do Acordo Geral de Tarifas e Comércio”, visando alijar a onda protecionista vivenciada, sendo que tal foi o único instrumento multilateral sobre comércio internacional de 1948 até o estabelecimento da Organização Mundial do Comércio em 1995.⁸⁹⁸ Leonardo Vizeu Figueiredo explica que a criação da OIC ficou prejudicada, mais precisamente, em 1950, quando os Estados Unidos da América, em pronunciamento oficial, desistiram de enviar o projeto para a instituição. Conseqüentemente, sem a participação e apoio econômico dos EUA, a Organização Internacional do Comércio, como organismo permanente de normatização e regulação do comércio exterior, ficou prejudicada.⁸⁹⁹

Sobre o tema, Luís Alexandre Carta Winter e Michele Hastreiter explicam o contexto histórico e político da retirada do apoio americano, uma vez que, com a ascensão do Partido Republicano em 1950 e a bipolarização gerada pela Guerra Fria, ensejaram discórdias nas negociações. Por outro lado, o Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio (GATT), o Banco Mundial e o Fundo Monetário Internacional passaram a integrar a tríade do sistema econômico internacional.⁹⁰⁰ De qualquer maneira, a preocupação com a segurança por meio de normatização dos investimentos estrangeiros e a evolução tecnológica continuam como pautas, ainda mais após a Segunda Guerra Mundial, quando aconteceu um período de prosperidade econômica para os países europeus e para os Estados Unidos. Michele Hastreiter usa o parâmetro de Eric Hosbawn para justificar a diferença de pesquisa e de apoio por ela recebida ao descrever que, em 1970, um país desenvolvido tinha mais de mil cientistas e engenheiros para cada meio milhão de habitantes, ao passo que, no Brasil, esse número era de 250; na Índia, 130; no Paquistão, 60; no Quênia e na Nigéria, apenas 30.⁹⁰¹

Mesmo com a necessidade, um acordo multilateral sobre medidas de

⁸⁹⁸ GUERRA, Sidney. **Curso de Direito Internacional Público**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 335.

⁸⁹⁹ FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. **Direito Econômico Internacional**. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 104.

⁹⁰⁰ WINTER, Luís Alexandre Carta; HASTREITER, Michele Alessandra. O Acordo Trims e o Programa “Inovar Auto”: Medidas de investimentos no setor automotivo proibidas pela OMC. **Revista Jurídica UNICURITIBA**, v. 04, n. 37, 2014, p. 443-479, p. 453.

⁹⁰¹ HASTREITER, Michele Alessandra. **Os acordos internacionais de investimento: uma mudança de perspectiva necessária na busca pelo desenvolvimento**. Orientador Prof. Dr. Luis Alexandre Carta Winter. Curitiba, 2015, Dissertação (Mestrado em Direito), Pontifícia Universidade Católica do Paraná, p. 59.

investimentos estrangeiros, somente foi concretizada quando da criação da Organização Mundial do Comércio, mais precisamente ao final da Rodada Uruguai, encerrada em 1994, momento em que as Partes Contratantes do GATT subscreveram a Ata Final da Rodada Uruguai de Negociações Comerciais Multilaterais do GATT e o Tratado Constitucional da OMC (Tratado de Marraquech), sendo que, dentre os anexos, consta o acordo multilateral sobre medidas de investimentos na comercialização de bens (TRIMs).⁹⁰²

Francisco Rezek recorda que o desiderato da OMC foi “ser o ‘quadro institucional comum’ das relações comerciais entre seus membros.”⁹⁰³ Os seus princípios orientadores são o da não discriminação e o do desarmamento alfandegário. O primeiro representa e aduz que “cada Estado assegure aos demais o melhor tratamento comercial que já lhe tenha sido possível dar, em iguais circunstâncias, a um determinado Estado com que comercie”, bem como dele se deduz o da reciprocidade (ideia das concessões mediante contrapartida) e o do tratamento nacional (preventor de uma política comercial desfavorável ao produto importado).⁹⁰⁴

Em sentido similar, Leonardo Vizeu Figueiredo explica que “o ponto busílis das negociações de comércio em caráter multilateral” transferiu da ordem de mera redução das barreiras ao comércio de mercadorias para a negociação de regras e para a normatização de matérias diversas, desde a propriedade intelectual, comércio de bens e serviços, investimentos internacionais e políticas industriais nacionais. Por isso, os Estados signatários e atuantes no comércio internacional concluíram que os mecanismos do GATT “tornaram-se obsoletos, mormente por contar, tão somente, com mera estruturação provisória, fazendo-se mister a constituição de um ente permanente e com estrutura organizacional própria para realização de tarefa de tamanha magnitude.”⁹⁰⁵

Pode-se, assim, enunciar que a Organização Mundial do Comércio teve como

⁹⁰² GUERRA, Sidney. **Curso de Direito Internacional Público**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 336.

⁹⁰³ REZEK, Francisco. **Direito Internacional Público: curso elementar**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 318.

⁹⁰⁴ REZEK, Francisco. **Direito Internacional Público: curso elementar**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 318.

⁹⁰⁵ FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. **Direito Econômico Internacional**. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 105.

“organismo fundante” o Acordo Geral de Tarifas e Comércio (GATT) e apresentou-se, desde sempre, como um foro multilateral que tinha como de sua responsabilidade a regulamentação do comércio internacional para permitir a negociação de regras para tal comércio de bens, serviços, propriedade intelectual e outras matérias, para zelar para que os compromissos assumidos fossem respeitados, para amparar a negociação de novas disciplinas e para dirimir controvérsias entre os integrantes.⁹⁰⁶

O cunho liberal da OMC estampava como argumento que a expansão do comércio “aumentaria o nível de desenvolvimento dos Estados, assim como a interdependência econômica global, diminuindo as possibilidades de guerra e melhorando a qualidade de vida das pessoas em todo o planeta.”⁹⁰⁷ Segundo Fabiano Távora, “enquanto o GATT tinha por objetivo o comércio de mercadorias, a OMC tem uma ‘proposta mais ambiciosa, englobando além do comércio de mercadorias, a regulação dos serviços e da propriedade intelectual’, ou seja, a OMC ‘nasceu muito forte’”, almejando a regulamentação desde a “compra e venda internacional de computadores e telefones até a comercialização de remédios ou pacotes turísticos”, bem como “desde a exportação de grandes máquinas para o setor do agronegócio até os serviços bancários, passando pela padronização das normas relacionadas às invenções, modelos industriais e desenhos que são objetos de comercialização.”⁹⁰⁸

Nesse cenário temporal, criou-se o Acordo sobre Medidas de Investimento Relacionadas ao Comércio (*Agreement on Trade-Related Investment Measures – TRIMs*) que trata exclusivamente sobre investimento relacionados ao comércio de bens, ainda que, em nenhum momento, conceitue investimento.⁹⁰⁹ As justificativas expressas no preâmbulo do Acordo para a feitura do TRIMs foram: (i) a necessidade de estabelecimento de novas medidas de investimento para evitar efeitos adversos ao comércio; (ii) a promoção da expansão e a liberalização progressiva do comércio mundial e facilitação do investimento por meio das fronteiras internacionais para permitir o crescimento econômico, em particular dos países em desenvolvimento; (iii) a necessidade comercial de desenvolvimento e financeira dos membros em

⁹⁰⁶ GUERRA, Sidney. **Curso de Direito Internacional Público**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 337.

⁹⁰⁷ VARELLA, Marcelo D. **Direito Internacional Público**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 326-327.

⁹⁰⁸ TÁVORA, Fabiano. **Direito Internacional Público**. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 181.

⁹⁰⁹ CRETELLA NETTO, José. **Curso de Direito Internacional Econômico**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 159.

desenvolvimento, em especial daqueles de menor desenvolvimento relativo; e (iv) o reconhecimento de que certas medidas de investimento podem causar efeitos restritivos e distorcidos ao comércio.

O texto normativo do TRIMs, em síntese, pautou-se essencialmente nos princípios do tratamento nacional e da eliminação das restrições quantitativas, conforme se verifica do item 1 do seu artigo 2º que é considerado o mais importante do acordo: “Sem prejuízo de outros direitos e obrigações sob o GATT 1994, nenhum Membro aplicará qualquer TRIM incompatível com as disposições do Artigo III ou do Artigo XI do GATT 1994”. Já o item 2 prevê a existência de uma lista ilustrativa (exemplificativa) para demonstrar quais condutas não serão toleradas pela dita convenção. Portanto, verifica-se que há uma ênfase aos princípios entabulados nos artigos III e XI do Acordo Geral sobre Tarifas Aduaneiras e Comércio (GATT). A norma extraída prescreve que os membros possuem a obrigação de não fazer ou estabelecer qualquer medida de investimento que contrarie estes princípios, sob a reserva das derrogações e exceções preceituadas nos artigos 3º e 4º do próprio Acordo.⁹¹⁰

Quanto ao verdadeiro interesse dos países signatários no TRIMs, Carta Winter e Michele Hastreiter advertem, criticamente, que o pensamento econômico orientativo à aprovação do Acordo cingiu-se na suposta ideia de que a liberalização completa do comércio ensejaria um benefício geral, já que as pessoas na condição de consumidoras poderiam fruir de melhores oportunidades de compra, inclusive com preços mais baratos em razão da maior eficiência produtiva. Entretanto, essa lógica não vale para qualquer país e sociedade, isso porque, em um Estado em desenvolvimento ou subdesenvolvido com industrialização parca ou incipiente, a depender do tamanho da abertura, como no caso do TRIMs, poderá ser motivo gerador de prejuízos incomensuráveis que serão expostos com o desemprego, alargamento da pobreza e déficits de liberdades.⁹¹¹

José Carlos de Magalhães manifesta o interesse dos países desenvolvidos em

⁹¹⁰ BARRAL, Welber (org.). **Releitura dos Acordos da OMC como interpretados pelo órgão de apelação.** São Paulo, (2004), p. 12. Disponível em <http://ccgi.fgv.br/sites/ccgi.fgv.br/files/file/Publicacoes/06%20Acordo%20sobre%20Medidas%20de%20Investimento%20Relacionadas%20ao%20Com%C3%A9rcio%20%28TRIMS%29.pdf>, Acesso em 02 de jul de 2017.

⁹¹¹ WINTER, Luís Alexandre Carta; HASTREITER, Michele Alessandra. O Acordo Trims e o Programa “Inovar Auto”: Medidas de investimentos no setor automotivo proibidas pela OMC. **Revista Jurídica UNICURITIBA**, v. 04, n. 37, 2014, p. 443-479, p. 471.

geral para promover a liberação do movimento de capitais, bens, pessoas e tecnologia não só para conseguir mercado maior para suas empresas, como também, para ampliar o intercâmbio internacional, até porque são dotados de tecnologia avançada e capital. Admoesta que “os Estados Unidos e os países da União Europeia veem no investimento internacional a suplementação do capital e tecnologia de que necessitam, além da injeção de competição em seu mercado interno que tende a beneficiar a economia desenvolvida”, motivos ensejadores para requererem o livre jogo do mercado e da concorrência como base nodal de todo sistema econômico capitalista que esses países defendem como meio de melhor explorar suas riquezas.⁹¹² Outro problema que poderá acontecer com a expansão do comércio internacional, quando não for permitida a imposição de barreiras nacionais, é a cartelização internacional.⁹¹³

Portanto, pode-se asseverar que os países desenvolvidos aproveitaram o TRIMs como servientes para uma frenagem às políticas estatais que limitavam o investimento estrangeiros ao adotarem restrições ao mercado estrangeiro e proteção do mercado nacional.⁹¹⁴ Ao mesmo tempo, o TRIMs conferiu amplitude ao investimento por meio das superações de fronteiras territoriais.⁹¹⁵

⁹¹² MAGALHÃES, José Carlos de. **Direito Econômico Internacional: tendências e perspectivas**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2017, p. 309-311.

⁹¹³ Maíra Goés de Moraes Gavioli e Rachel Avellar Sotomaíor Karam alertam que a “integração pode ser benéfica para a concorrência, trazendo novas empresas aos mercados e impulsionando a indústria local, podendo, também, por outro lado, gerar efeitos adversos como o impedimento do acesso de empresas estrangeiras a mercados domésticos (protecionismo), ou, ainda, a geração de cartéis internacionais em prejuízo da economia e dos consumidores de vários países.” (GAVIOLI, Maíra Goés de Moraes; KARAM, Rachel Avellar Sotomaíor. Políticas concorrenciais no comércio internacional. In: MOREIRA, Egon Bockmann; MATTOS, Paulo Todescan Lessa (coord). **Direito concorrencial e regulação econômica**. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 41-62, p. 62).

⁹¹⁴ CELLI JÚNIOR, Umberto. Os países emergentes e as medidas de investimento relacionadas ao comércio: o Acordo TRIMs da OMC. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, volume 99, 2004, p. 505-521, p. 513.

⁹¹⁵ No seu ato constitutivo constam como motivos a promoção, expansão e liberalização progressiva do comércio mundial e facilitação do investimento estrangeiro, o cuidado com a necessidade comercial de desenvolvimento e financeira dos países em desenvolvimento e o reconhecimento de as medidas de investimentos poderem gerar efeitos restritivos e distorcivos ao comércio, todavia o que se visualiza na prática é que tal acordo foi um texto normativo para privilegiar os países desenvolvidos para terem segurança jurídica em possíveis aplicações de capital e vedar as políticas públicas protecionistas do mercado nacional. Percebe-se que o interesse sectário quando da subscrição do acordo foi sendo descortinado com o decorrer do tempo e fica bastante evidente no atual cenário globalizado em que o domínio da ciência, tecnologia e inovação representa importante moeda para os Estados. Neste amparo e para evitar o aniquilamento do mercado nacional, em especial na área de ciência, tecnologia e inovação, recomenda-se que o Brasil adote políticas públicas regulatórias via licitações públicas e contratos administrativos para a proteção do mercado nacional e, inclusive, visando à autonomia tecnológica nacional nos termos do artigo 219 da Constituição.

Depois dos TRIMs, houve algumas novas tentativas de elaboração de tratados multilaterais sobre investimentos. Exemplifica-se com o caso da OCDE, em 1998, quando a “Suprema Corte do Canadá, na decisão proferida no caso *United States Parcel Services vs. Canada*, afirmou que ‘*the failure of efforts to establish a multilateral agreement on investment provides further evidence of the lack of a sense of obligation*’⁹¹⁶. Ressalta-se que o ponto fulcral de tratados deste assunto deveria ser a responsabilidade sobre possíveis perdas sucedidas por investimentos estrangeiros, todavia, como a minuta habitualmente é elaborada por países industrializados, os países receptores não são prestigiados com normas de proteção e de compensação.⁹¹⁷

Alinhado ao TRIMs para a presente pesquisa, convém destacar *Government Procurement Agreement (GPA)*, denominado em português como Acordo Geral de Compras Governamentais, da Organização Mundial do Comércio. Foi criado em 1994.⁹¹⁸ Trata-se de um acordo plurilateral em que os países signatários estabelecem uma série de compromissos de transparência e acesso a mercados nacionais de compras públicas.⁹¹⁹ A primeira versão de 1994 era considerado um acordo meio obscuro e que não contemplava o uso dos contratos públicos para atender objetivos políticos horizontais (políticas públicas horizontais), motivo pelo qual se pode dizer

⁹¹⁶ "O fracasso dos esforços para estabelecer um acordo multilateral de investimento fornece evidências adicionais da falta de um senso de obrigação"

⁹¹⁷ CRETELLA NETTO, José. **Curso de Direito Internacional Econômico**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 160.

⁹¹⁸ Anteriormente, pode-se aventar também a assinatura do Primeiro Acordo sobre Compras Governamentais na Rodada de Tóquio em 1979, porém este foi bastante incipiente, tanto que foi renegociado em 1994.

⁹¹⁹ "Con todo, esta aplicación uniforme del régimen de la contratación pública no sólo afecta a los países comunitarios dado que tras el Acuerdo del GATT, se ha extendido, mediante el Acuerdo de Marrakech de 13 de abril de 1994, la aplicación de los principios de una contratación pública basada en la libre competencia sin discriminación por nacionalidad. El objetivo de este Acuerdo es el establecer un marco multilateral con respecto a los derechos y obligaciones en materia de contratación pública con el fin de conseguir una liberalización e internacionalización de este mercado. La principal consecuencia del mencionado Acuerdo es, por supuesto, la obligación de la Unión Europea de abrir a la concurrencia internacional la adjudicación de sus contratos públicos y, para ello, la de introducir las necesarias modificaciones en las normas legales comunitarias que regulan la materia, puesto que el Acuerdo extiende su ámbito de aplicación no sólo a los contratos celebrados por las distintas Administraciones Públicas, sino igualmente a los celebrados por las entidades públicas y las empresas públicas y privadas que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y las telecomunicaciones. Se ha producido así una ampliación de las reglas de la contratación pública que han alcanzado una dimensión mundial (si bien no hay en ciertas ocasiones una lealdad recíproca). Situación que, en opinión de L. BRITTAN, es ciertamente positiva al favorecer la objetividad, transparencia y competencia en los contratos que celebren los distintos poderes públicos." (FELIÚ, José María Gimeno. **El control de la contratación pública** (las normas comunitarias y su adaptación en España). Madrid: Editorial Civitas, 1995, p. 34-35).

que não obteve o êxito colimado.⁹²⁰ Em 2012, o texto foi revisado a fim de: (i) atualizar-se ante a evolução das compras governamentais, inclusive com o uso das ferramentas eletrônicas; (ii) introduzir disposições mais claras sobre o tratamento especial e diferenciado para os membros em desenvolvimento que aderirem; (iii) incluir a previsão de combate à corrupção nas contratações, por meio de uma governança pública.⁹²¹

O referido acordo visa claramente à diminuição substancial dos direitos aduaneiros e entraves ao comércio, bem como à eliminação de discriminação nas relações comerciais independentemente da nacionalidade. Como apontado anteriormente, seja na versão original ou na revisada, existe previsão explícita sobre a imputação de regras diferentes para os países em desenvolvimento. Isso faz com que se permita a negociação quando da sua entrada para estatuir condições especiais, afastando algumas regras ou elidindo temporariamente as mesmas, como por exemplo alguma entidade a ser excepcionada, algum produto ou serviço, assim como alguma normativa específica sobre assistência técnica, centros de informação e outorga de benefícios.⁹²²

A não discriminação está calcada no Artigo IV do Acordo e não permite que haja qualquer tratamento diferenciado ante a localidade do fornecedor, seja com base no grau de afiliação ou propriedade estrangeira ou com base na origem do objeto proposto na licitação.⁹²³ Na mesma linha expressa que “uma Parte não aplicará regras

⁹²⁰ STEINER, Marc. O Acordo de Compras Governamentais da OMC: avaliando o escopo para compras verdes. **Revista Pontes**, volume 11, número 10, dezembro de 2015, Disponível em <https://www.ictsd.org/bridges-news/pontes/news/o-acordo-de-compras-governamentais-da-omc-avaliando-o-escopo-para-compras>. Acesso em 08 de mai. de 2019.

⁹²¹ Disponível no site da OMC https://www.wto.org/english/tratop_e/gproc_e/gpa_1994_e.htm. Acesso em 04 de abr. de 2019. Assevera-se que a contratação pública usada para o alcance de objetivos horizontais é uma espécie de obstáculo não-pautal que seria impedida pelo direito internacional. Por isso, Nuno Cunha Rodrigues explana dois aspectos impactantes das políticas domésticas discriminatórias produzem nos contratos públicos: 1) a primeira estritamente econômica, independente de outros quaisquer pontos; 2) a segunda normativa ou jurídica a partir da interpretação do princípio da não discriminação previsto (ACP, diretivas de contratos públicos e legislação nacional), já que a “liberdade de utilização , pelos Estados, dos contratos públicos enquanto instrumento de política econômica e, em particular, a função instrumental destes à luz do Direito Internacional Económico e do Direito da União Europeia para, a partir daí, se extraírem corolários para a concretização destas medidas a nível nacional.” (RODRIGUES, Nuno Cunha. **A contratação pública como instrumento de política econômica**. Coimbra: Almedina, 2015, p. 34-35).

⁹²² VIANA, Cláudia. A globalização da contratação pública e o quadro jurídico internacional. In: **Estudos de Contratação Pública da Faculdade de Direito de Coimbra**. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 23-49, p. 30-33.

⁹²³ “1. Com respeito a qualquer medida relativa a aquisições cobertas, cada Parte, incluindo suas

de origem a bens ou serviços importados ou fornecidos por outra Parte que sejam diferentes das regras de origem que a Parte aplicar ao mesmo tempo no curso normal de comércio para importações ou fornecimentos. dos mesmos bens ou serviços da mesma Parte.”

Quanto à possibilidade de serem fixadas regras diferenciadas para países em desenvolvimento, o Acordo revisado foi mais enfático ao deixar preceituado que: (a) à adesão e assinatura do presente poderão ser ajustadas caso a caso, de acordo com as necessidades e circunstâncias de desenvolvimento, financeiras e comerciais dos países em desenvolvimento e dos países menos desenvolvidos; (b) poderão ser adotados ou mantidos uma ou mais medidas transitórias em período de transição para que haja programa de preferência de preços, compensação ou crescimento gradual de entidades ou de setores específicos ou ainda um limite maior que o habitual; (c) nas negociações para a adesão, é possível que algum prazo seja elástico ou alguma obrigação específica; (d) depois que o prazo iniciar para a plenitude do acordo, poderá ser decidido pela prorrogação do período de transição para alguma medida ou para uma nova imposição diante de circunstâncias especiais supervenientes; (e) haverá possibilidade de cooperação técnica e capacitação em relação à adesão e (f) o Comitê poderá avaliar, a cada cinco anos, as possibilidades previstas atualmente pelo Acordo aos países em desenvolvimento.⁹²⁴

Desse modo, é possível que o princípio da não discriminação seja afastado total ou parcialmente, como aponta Nuno Cunha Rodrigues, ainda que comentando a versão inicial do Acordo, porém, seu raciocínio, ao que parece, aplica também à atual redação. Segundo o autor, o afastamento pode suceder quando houver: (i)

entidades compradoras, deverá concordar imediata e incondicionalmente com os bens e serviços de qualquer outra Parte e com os fornecedores de qualquer outra Parte que ofereça os bens ou serviços de qualquer Parte, tratamento não menos favorável do que o tratamento que a Parte, incluindo suas entidades compradoras, concede a: a. bens domésticos, serviços e fornecedores; e b. bens, serviços e fornecedores de qualquer outra Parte. 2. Com relação a qualquer medida relativa a aquisições cobertas, uma Parte, incluindo suas entidades compradoras, não deverá a. tratar um fornecedor estabelecido localmente de forma menos favorável do que outro fornecedor estabelecido localmente, com base no grau de afiliação ou propriedade estrangeira; ou b. discriminar um fornecedor estabelecido localmente com base no fato de que os bens ou serviços oferecidos por esse fornecedor para um determinado contrato são bens ou serviços de qualquer outra Parte.”

⁹²⁴ Os Estados-Parte têm uma série de obrigações junto do Comitê de Contratação Pública – órgão competente para avaliar a efetividade do Acordo -, inclusive quanto à apreciação de relatórios e estatísticas. (VIANA, Cláudia. A globalização da contratação pública e o quadro jurídico internacional. In: **Estudos de Contratação Pública da Faculdade de Direito de Coimbra**. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 23-49, p. 39-40).

negociação no momento da adesão com derrogação quanto ao âmbito subjetivo; (ii) concessão de tratamento recíproco no acesso ao mercado para que os serviços não alcançados pelo Acordo sejam também albergados; (iii) despesa que pode ser fracionada para evitar o enquadramento no acordo; (iv) especificações técnicas passíveis de manipulação pelos Estados, a fim de afastar possíveis competidores ou objetos estrangeiros; (v) fixação de prazos curtos para a execução contratual; (vi) uso desmensurado de procedimentos limitados ou de contratações diretas como as que acontecem no Brasil; (vii) invocação de cláusula de interesse público ou defesa nacional para a não celebração do contrato; (viii) decisões arbitrárias e imotivadas que impeçam a celebração do contrato ou a sua execução plena. Além disso, podem os Estados antepararem o pleno acesso ao mercado nacional por meio de obstáculos não pautais a partir de legislações ou regulamentações que concretamente impactem nos direitos aduaneiros, encargos decretados na importação ou com ela se relacionado, restrição de trabalhadores, restrições à liberdade de estabelecimento, ausência de uniformização dos padrões técnicos internacionais e até o fenômeno da corrupção.⁹²⁵

Pode-se ainda mencionar que as exceções atualmente preconizadas no Artigo III do Acordo também são revestidas de conceitos jurídicos indeterminados, o que poderá servir de “pano de legitimidade” para que Estados não tão bem intencionados venham a travestir o protecionismo nacional.⁹²⁶ De qualquer forma, a nova versão do

⁹²⁵ RODRIGUES, Nuno Cunha. **A contratação pública como instrumento de política econômica**. Coimbra: Almedina, 2015p. 138-140. José María Gimeno Feliú também explicita algumas artimanhas por vários Estados da União Europeia antes de suas adaptações à legislação comunitária para propiciar o favorecimento nacional como: a) utilização de determinados critérios de seleção de contratadas que favoreciam previamente certos licitantes; b) a descentralização da contratação pública com a dificuldade de um controle eficaz; c) a utilização de diversas exceções nos textos legais nacionais e nos procedimentos ordinários de contratação; d) diversos erros nas transposições e interpretações das Diretivas da EU; e) aplicação de normativas técnicas nacionais restritivas frente a empresas não nacionais. (FELIÚ, José María Gimeno. **El control de la contratación pública (las normas comunitarias y su adaptación en España)**. Madrid: Editorial Civitas, 1995, p. 40-41).

⁹²⁶ “Artigo III - Segurança e exceções gerais. 1. Nada neste Acordo deverá ser interpretado de forma a impedir qualquer Parte de tomar qualquer ação ou não divulgar qualquer informação que considere necessária para a proteção de seus interesses essenciais de segurança relativos à aquisição de armas, munições ou materiais de guerra, ou a aquisições indispensáveis para a legislação nacional. segurança ou para fins de defesa nacional. 2. Sujeito à exigência de que tais medidas não sejam aplicadas de maneira que constitua um meio de discriminação arbitrária ou injustificável entre as Partes onde prevalecem as mesmas condições ou uma restrição disfarçada ao comércio internacional, nada neste Acordo deverá ser interpretado de forma a impedir que qualquer Parte. imposição ou aplicação de medidas: a- necessário para proteger a moral pública, ordem ou segurança; b- necessário para proteger a vida ou a saúde humana, animal ou vegetal; c- necessário proteger a propriedade intelectual; ou d- relativos a bens ou serviços de pessoas com deficiência, instituições filantrópicas ou trabalho prisional.”

Acordo permite que as políticas horizontais sejam concretizadas por meio das licitações, apesar de que o texto somente enfatizou a parte das especificações e da preocupação ambiental, nada dispondo sobre possíveis inserções de cláusulas sociais ou de promoção ao desenvolvimento tecnológico, industrial, científico ou inovativo.⁹²⁷

Atualmente, o Brasil está na condição de observador do Acordo de Compras Governamentais desde 18 de outubro de 2017, o que não lhe gera qualquer dever de obediência a tais normas, não obstante possa participar das deliberações, salvo àquelas relacionadas aos assuntos confidenciais, e não poderá, por óbvio, votar nas decisões, conforme determina o Anexo I do Acordo.⁹²⁸

Afora esta convenção da Organização Mundial do Comércio, o Brasil é signatário da Convenção das Nações Unidas sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias (CISG), a qual foi devidamente assinada, promulgada e aprovada pelo Congresso Nacional (Decreto Legislativo nº 538/2012). Está formalmente externada no Decreto Federal nº 8.327/2014 e é aplicável para os contratos internacionais de compra e venda de mercadoria, alcançando inclusive os realizados pela Administração Pública, até porque o Brasil não efetuou qualquer ressalva neste ponto consoante lhe seria permitido nos termos dos artigos 6º e 12, bem como não apontou qualquer suposta contradição do tratado ante a sua Constituição.⁹²⁹

⁹²⁷ “Artigo X - Especificações Técnicas e Documentação de Licitação (...) 6. Para maior certeza, uma Parte, incluindo suas entidades compradoras, poderá, de acordo com este Artigo, preparar, adotar ou aplicar especificações técnicas para promover a conservação de recursos naturais ou proteger o meio ambiente.” Numa visão positiva, Marc Steiner prediz: “A regulação das compras públicas está prestes a ser reinventada à medida que a lógica padrão do comércio se abre, até certo ponto, em direção a um ordenamento legal mais coerente, que considere objetivos horizontais de políticas públicas, como o meio ambiente. Isso também pôde ser visto quando os temas de governança (como o combate à corrupção e a prevenção de conflitos de interesse) foram integrados ao conceito de regulação durante a renegociação do GPA.” (STEINER, Marc. O Acordo de Compras Governamentais da OMC: avaliando o escopo para compras verdes. **Revista Pontes**, volume 11, número 10, dezembro de 2015, Disponível em <https://www.ictsd.org/bridges-news/pontes/news/o-acordo-de-compras-governamentais-da-omc-avaliando-o-escopo-para-compras>. Acesso em 08 de mai. de 2019.

⁹²⁸ Lista dos atuais signatários como participantes e dos observadores, conforme datas de entrada, pode ser acessado pelo endereço eletrônico: https://www.wto.org/english/tratop_e/gproc_e/memobs_e.htm. Acesso em 08 de mai. de 2019 Caso o Brasil venha a aderir terá que ajustar a sua legislação nacional, como aponta COELHO, Rafael Isaac de Almeida. **Compras públicas sustentáveis no âmbito da Organização Mundial do Comércio**. Belo Horizonte: 2016, Escola superior Dom Helder Câmara, f. 184. Orientador Prof. Dr. André de Paiva Toledo. p. 155.

⁹²⁹ Sobre o tema, vale indicar: SCHWENZER, Ingeborg; PEREIRA, César A. Guimarães; TRIPODI,

A convenção foi deliberada na Assembleia Geral das Nações Unidas em sua sexta sessão extraordinária, em 1974. Os seus objetivos foram amparar uma nova ordem econômica internacional e promover o desenvolvimento do comércio internacional com base na igualdade e em vantagens mútuas. Como ensejará maiores negócios, visará estreitamento dos laços entre os Estados a partir do uso de regras uniformes em contratos de compras e venda internacional de mercadoria e da eliminação de obstáculos jurídicos às trocas internacionais. Com isso, pretendeu-se a reforma estrutura do Direito Econômico Internacional e a ressignificação dos conceitos de soberania e igualdade.⁹³⁰ A sua aplicação para a Administração Pública se dará nos contratos internacionais de compra e venda de mercadorias que decorram de licitações internacionais.⁹³¹ Para tanto, é preciso compreender que licitação internacional é aquele certame realizado com recursos nacionais ou estrangeiros, com amplitude de participação a qualquer pessoa, sendo que poderá participar inclusive pessoas despidas de autorização de funcionamento no Brasil e poderão receber em moeda estrangeira.⁹³² Por conseguinte, não é aplicável para todo e qualquer licitação ou contrato administrativo no Brasil, seja pela imperiosidade de ter que ser um certame internacional e especificamente para compra e venda de mercadorias, não se aplicando as disposições convencionadas para obras e serviços. A intenção do tratado é vedar qualquer discriminação, inclusive de nacionalidade das partes, seja pelo

Leandro. **A CISG e o Brasil**: Convenção das Nações Unidas para os contratos de compra e venda internacional de mercadorias. São Paulo: Marcial Pons: Curitiba: Federação das Indústrias do Estado do Paraná, 2015.

⁹³⁰ FAERMANN, Flávia. **Estudo sobre a CISG e seus reflexos na Ordem Interna**. Orientadora Prof. Dra. Vera María Jacob de Fradera, 2018, 136f., Dissertação (Mestrado em Direito), Universidade Federal do Rio Grande do Sul, p. 32.

⁹³¹ “Em termos jurídicos, a principal consequência de os contratos administrativos estarem no Campo de Aplicação do CISG é a incidência plena de suas normas de estrutura ou competência, como os arts. 6 (exclusão ou derrogação), 7 (interpretação), 8 (prova e qualificação das condutas das partes) e 9 (usos e práticas). Mesmo quando a Administração optar por excluir ou derogar parcialmente a CISG, este ato será reconhecido, interpretado e qualificado segundo tais regras da CISG.” (GUIMARÃES, Cesar A. Guimarães. **Aplicação da CISG Às compras governamentais**. Disponível no site <http://www.justen.com.br/pdfs/IE85/CISG-Cesar-texto.pdf>. Acesso em 28 de mai. de 2019).

⁹³² Rafael Wallbach Schwind expressa que licitação internacional é aquela realizada “com recursos nacionais ou estrangeiros, expressamente abertas a licitantes estrangeiros, em regra sem a necessidade de autorização para funcionamento no Brasil, com a possibilidade de pagamento (ao estrangeiro) em moeda estrangeira.” (SCHWIND, Rafael Wallbach. **Licitações internacionais**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 38). Jonas Lima define de maneira similar, “procedimento de contratação obrigatório quando, em razão de limitações ou condições do mercado nacional, o Estado precisa necessariamente, convocar de forma expressa e em meios nacionais e internacionais de divulgação, licitantes estrangeiros a participarem da disputa e cujo edital convocatório é especialmente preparado para isso.” (LIMA, Jonas. **Licitação Pública Internacional no Brasil**. Curitiba: Editora Negócios Públicos, 2010, p. 26).

caráter civil ou comercial das partes ou do contrato (artigo 1º). Segundo apregoa “nenhuma entidade governamental em um estado contratante da CISG pode ignorar a lei uniforme”, motivo pelo qual “os licitantes governamentais e internacionais devem estar atentos a esta legislação e seu impacto em suas transações internacionais.”⁹³³ Poderão existir a depender do caso concreto derrogações, desde que devidamente justificadas.⁹³⁴

A CISG não significa que todos os licitantes deverão ter o mesmo tratamento, inclusive no que se refere a custos. Se pensar em dois fornecedores de Estados distintos, é normal que possuam custos diferentes para apresentar em suas respectivas propostas, até porque estão submetidos e localizados em regime jurídico dispare. A própria isonomia determina que o tratamento desigual conferido àqueles que possuam desigualdades também é motivo de obediência ao dito princípio.⁹³⁵

Mais recentemente, o Brasil, em 21 de dezembro de 2017, participou do Protocolo de Contratações Públicas do Mercosul, conforme Tratado 144 do Mercosul, em que juntamente com a Argentina, Paraguai e Uruguai dispuseram que não haverá tratamento de nação menos favorecida e qualquer tratamento nacional e discriminatório entre tais Estados (Cláusulas Quinta e Sexta). A convenção multilateral será aplicável aos contratos referidos nos anexos do Tratado e desde que ultrapassem os patamares de valores do Anexo V (Bens 95.000 Direitos Especiais de Saque, Serviços 95.000 e Obras 4.000.000). Entretanto, o Brasil ainda não aprovou esse acordo, segundo procedimento determinado em sua Constituição da República que predetermina a aprovação pelo Congresso Nacional nos termos do artigo 49, I. Não

⁹³³ FAERMANN, Flávia. **Estudo sobre a CISG e seus reflexos na Ordem Interna**. Orientadora Prof. Dra. Vera Maria Jacob de Fradera. Porto Alegre 2018, 136f., Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade Federal do Rio Grande do Sul, p. 102.

⁹³⁴ “12) A decorrência disso é que as premissas da CISG sobre a interpretação da exclusão ou derrogação se aplicam: por exemplo, (i) a necessidade de clareza, com o não-afastamento da CISG nas áreas em que não tiver havido a exclusão ou derrogação claras (e a aplicação da jurisprudência internacional sobre a caracterização da exclusão) e (ii) os métodos de interpretação da conduta e das práticas das partes (arts. 8 e 9). (...) 14) Isso exige da Administração Pública a definição clara, em seus contratos, acerca dos pontos em que as regras dispositivas da CISG serão substituídas pelas normas de direito interno ou por disposições contratuais. A falta de clareza será resolvida em favor das normas da CISG, inclusive quanto ao conteúdo das obrigações.” (GUIMARÃES, Cesar A. Guimarães. **Aplicação da CISG Às compras governamentais**. Disponível no site <http://www.justen.com.br/pdfs/IE85/CISG-Cesar-texto.pdf>. Acesso em 28 de mai. de 2019).

⁹³⁵ PEREIRA, César. A CISG (Convenção de Viena de 1980) e as licitações para compras internacionais. **Revista de Interesse Público**, ano 16, n. 86, p.111-122. Jul/ago 2014, p. 120; FAERMANN, Flávia. **Estudo sobre a CISG e seus reflexos na Ordem Interna**. Orientadora Prof. Dra. Vera Maria Jacob de Fradera. Porto Alegre, 2018, 136f., Dissertação (Mestrado em Direito), Universidade Federal do Rio Grande do Sul, p. 107.

se sabe, também, como fará a compatibilização com o Direito Nacional de tais normas, uma vez que algumas delas precisarão ser adaptadas.⁹³⁶ De todo modo, salienta-se que, no campo das licitações de ciência, tecnologia e inovação, os Estados-Partes Brasil, Argentina e Paraguai excepcionaram para tais certames, o que, *per si*, gera a legitimidade de favorecimentos nacionais.⁹³⁷

De modo a demonstrar a contemporaneidade do tema, cabe mencionar que, em junho de 2019, o MERCOSUL e a União Europeia anunciaram um acordo de livre comércio entre os países de tais blocos, o qual está baseado em três pilares: diálogo político, cooperação e livre comércio. Segundo informações repassadas pela assessoria do governo brasileiro, visto que o termo e as condições ainda não foram publicizadas até agora 15 de julho de 2019, o acordo será integrado dos seguintes temas: 1) acesso tarifário ao mercado de bens (compromissos de desgravação tarifária); 2) regras de origem; 3) medidas sanitárias e fitossanitárias; 4) barreiras técnicas ao comércio (anexo automotivo); 5) defesa comercial; 6) salvaguardas bilaterais; 7) defesa da concorrência; 8) facilitação de comércio e cooperação aduaneira (protocolo de assistência mútua e cláusula antifraude); 9) serviços e estabelecimento (compromissos em matéria de acesso); 10) compras governamentais (compromissos em matéria de acesso); 11) propriedade intelectual (indicações geográficas); 12) integração regional; 13) diálogos; 14) empresas estatais; 15) subsídios; 16) pequenas e médias empresas; 17) comércio e desenvolvimento sustentável; 18) anexo de vinhos e destilados; 19) transparência; 20) temas institucionais, legais e horizontais e 21) solução de controvérsias.⁹³⁸

Como se verifica, as compras governamentais também representam objeto do acordo de livre comércio entre os dois blocos econômicos, motivo que deve ensejar enorme preocupação aos brasileiros. Enquanto se anuncia que as compras públicas europeias importam um mercado de 1,6 trilhões de euros, as brasileiras por sua vez 0,6 trilhões de reais. A grande questão residirá se quais operadores serão

⁹³⁶ Sobre tal crítica, vide PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres; DOTTI, Marinês Restelatto. Licitações e contratações entre empresas dos Estados do Mercosul. **Revista Consultor Jurídico**, 21. Jan 2018.

⁹³⁷ O Brasil também celebrou em abril de 2016 um Acordo de Ampliação Econômico-Comercial Brasil – Peru no qual permite a integração comercial, inclusive nas compras públicas. O acordo ainda não foi apreciado e ratificado pelo Congresso Nacional nos termos do artigo 49, I, da Constituição.

⁹³⁸ BRASIL. Acordo de Associação MERCOSUL-UNIÃO EUROPEIA (Resumo informativo elaborado pelo Governo Brasileiro). 04 de julho de 2019. Documento disponível em http://www.itamaraty.gov.br/images/2019/2019_07_03_-_Resumo_Acordo_Mercosul_UE.pdf. Acesso em 15 de jul. de 2019.

beneficiados na parte das compras públicas, os europeus ou os brasileiros ou os integrantes dos países do MERCOSUL. Parece bastante claro que, permitidas situações excepcionalíssimas, os operadores de mercados de países desenvolvidos, e com condições mais avantajadas do ponto de vista tecnológico e comercial, serão beneficiados.

Em síntese, o acordo da União Europeia e do Mercosul significará a perpetuidade da relação explorador-explorado, país-matriz e colônia. Em outras palavras, seria o expressado por Mário André Machado Cabral como países de centro *versus* países de periferia que geram comércio internacional (troca de mercadorias), respectivamente, de produtos manufaturados *versus* matéria-prima.⁹³⁹

De qualquer forma, em todos os casos, a dúvida que reside é a viabilidade econômica de afastar o tratamento para empresas e objetos nacionais, ou seja, alijar o princípio da não discriminação. Abre-se parêntese para destacar que não se visualiza qualquer reparo no dever de transparência de todas as licitações. A transparência reduz a probabilidade de arbitrariedade, de confusão entre público e privado, de práticas ímprobas e corruptivas, aumenta a confiança dos cidadãos nos governos, a possibilidade de disputa e a amplia o espectro de possíveis ofertantes. A mais, a sensação de vigilância permanente faz bem inclusive para evitar o despertar da postura ilegal de algum agente, a partir da supressão da oportunidade para o cometimento de qualquer infração.

Segundo aponta Nuno Cunha Rodrigues, na década de 80, houve a emissão do Relatório Atkins o qual apontou o protecionismo nos contratos públicos como um

⁹³⁹ CABRAL, Mário André Machado. **Subdesenvolvimento e estado de exceção**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 09. E o autor ainda adverte sobre os países de centro (desenvolvidos) e os de periferias (subdesenvolvidos) às fls 11 da seguinte maneira: “Assim, as economias periféricas podem ser caracterizadas, no âmbito de sua estrutura produtiva, mesmo com o processo de industrialização, pela especialização (pouca variedade de bens produzidos e escassa diversificação, concentrando-se a maioria dos recursos produtivos na ampliação do setor ligado aos produtos primários para exportação) e pela heterogeneidade (existência de setores econômicos modernos e com assimilação da técnica mais avançada que convivem, em uma mesma economia periférica, com áreas atrasadas). Da especialização e da heterogeneidade estruturais periféricas, extrai-se que o progresso técnico avança em velocidades diferentes entre centro e periferia, o que afeta a produtividade e, por conseguinte, os níveis de renda média dos países. É dizer, a incorporação das inovações tecnológicas ao processo produtivo e o conseqüente aumento da produtividade do trabalho são mais intensos no setor industrial do centro do que na estrutura heterogênea com prevalência do setor primário-exportador da periferia. Esses elementos se articulam para dar concretude ao fenômeno da ‘deterioração dos termos de intercâmbio’: tendência a longo prazo de redução do poder de compra dos bens primários para adquirir bens industrializados. Isso traduz a desigualdade nos planos de renda e de progresso técnico entre centro e periferia.”

fator considerável e que a abertura dos mercados nacionais geraria ganhos de bem-estar. Posteriormente, o Relatório Cechini apresentou um estudo completo para explicar sobre os ganhos obtidos na abertura dos contratos públicos na União Europeia e defende a liberalização, já que a proteção geraria uma ineficiência de oferta pela falta de integração com o mercado. Para tal estudo, a abertura geraria a produção de três bons efeitos à economia da União Europeia: i) efeito de comércio; ii) efeito de concorrência e iii) efeito de reestruturação. Ademais, oportuniza melhores oportunidades comerciais e com isso permitirá que a Administração Pública obtenha propostas mais baixas financeiramente.⁹⁴⁰

Não se contesta a existência de tais efeitos, visto que são realidade a partir do momento em que há uma majoração da pluralidade de possíveis ofertantes. É uma relação de fato e efeito. O efeito de comércio e de concorrência resultará em propostas mais baixas para serem contratadas pelo Poder Público em razão do acirramento da disputa. Com isso, empresas acostumadas a serem as vencedoras num determinado mercado local e tempo deverão se reestruturar, caso seja possível e viável, para competirem com as novas concorrentes que passarão a beliscar parcela daquele mercado. O que se discorda frontalmente é o fim coligido, qual seja, interesse meramente financeiro de busca da proposta mais baixa e economia do erário para aumentar o leque de outros ajustes. Explica-se: o uso mais adequado dos recursos públicos não se dá tão somente com o gasto menor para determinado objetivo. Tão bom quanto gastar o recurso público é “gastar economicamente de forma adequada”. Volta-se a ideia anteriormente trabalhada de que é diferente a análise econômica da proposta mais vantajosa e a sua análise financeira.⁹⁴¹

Se o Estado fincar a sua preocupação somente com a obtenção do preço mais

⁹⁴⁰ RODRIGUES, Nuno Cunha. **A contratação pública como instrumento de política econômica**. Coimbra: Almedina, 2015, p. 194-195.

⁹⁴¹ Fernando Vernalha Guimarães e Egon Bockmann Moreira pontuam que a própria legislação brasileira pode ser fundamento para repudiar a ideia do preço mais barato, pois: “A LGL fala em proposta mais vantajosa, não em preço mais vantajoso. Como o conceito de ‘proposta’ é mais amplo que o de ‘preço’ (relação de continente e conteúdo parcial), é de se afastar peremptoriamente a compreensão de que a proposta mais vantajosa para a Administração seria aquela que só ostentasse o menor preço. Se fosse esse o caso, a lei teria consignado que o fim da licitação seria, sempre e tão somente, o de se obter a proposta mais barata.” (GUIMARÃES, Fernando Vernalha; MOREIRA, Egon Bockmann. **Lei Geral de Licitação e o Regime Diferenciado de Contratação**. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 81). Por isso, Julieta Vareschini expõe: “O conceito de proposta mais vantajosa deve ser estabelecido em face de cada caso, com a definição de forma clara, adequada e justificada do objeto pretendido, com as especificações e características necessárias ao atendimento da finalidade desejada.” (VARESCHINI, Julieta Mendes Lopes. **Licitações Públicas**. Curitiba: JML, 2014, p. 38).

baixo, independentemente dos reflexos para a sociedade, seria permitir que o Estado seja o lobo do próprio Estado – fazendo alusão a uma das clássicas frases de Thomas Hobbes.⁹⁴² Em outras palavras, seria o Estado permitindo e sendo o autor da deploração da sociedade a qual está vinculado. Até porque, com o arrefecimento de compras públicas de fornecedores e objetos locais, o reflexo será sentido a partir da arrecadação tributária direta e indireta sobre os empregados, da empregabilidade do seu povo, da asserção de expertise técnica, da incorporação de desenvolvimento científico, tecnológico e inovativo nacional, das oportunidades sociais e educacionais, o que desencadeará, *per si*, uma crise socioeconômica.

A doutrina econômica alerta que a própria concorrência geraria uma modificação do mercado interno de cada Estado e de seus empresários, a partir do momento que começassem a perder espaço e oportunidades comerciais. Ou seja, a perda atual clamaria por uma reestruturação empresarial nacional e de seus produtos, o que poderia gerar a médio prazo a recuperação das condições para enfrentamento com os estrangeiros. Todavia, este raciocínio é completamente perfeito para nações onde exista uma infraestrutura mínima para readaptação do mercado e condições para que as empresas nacionais consigam se restabelecer, ate porque se não houver condições para tanto haverá sim a bancarrota geral dos empresários nacionais. Diferentemente, ocorre se os operadores econômicos forem beneficiados e investirem em ciência, tecnologia e inovação, pois daí estarão preparados para enfrentar futuramente o comércio internacional com players mais estruturados.

Eduardo Rolim de Pontes Vieira aponta que o impacto negativo sobre a indústria local de países em desenvolvimento não aconteceria por exemplo no Acordo de Compras Governamentais da OMC, uma vez que há probabilidade de fornecedores estrangeiros subcontratarem firmas e trabalhadores, além de que tais firmas imputariam uma transferência de tecnologia e aumento do investimento estrangeiro direto.⁹⁴³ Apesar de ser uma tendência a subcontratação, não se pode aquiescer com a empregabilidade informal ou secundária, até porque as funções a serem desempenhadas por empregados domésticos seriam as mais simplórias. Seria o

⁹⁴² HOBBS, Thomas. **Leviatã:** ou matéria, forma e poder de um Estado Eclesiástico e Civil. Trad. Rosina D'Angina. São Paulo: Martim Claret, 2009.

⁹⁴³ VIEIRA, Eduardo Rolim de Pontes. **A versão revisada do Acordo de Compras Públicas da OMC: uma oportunidade?** Disponível no site <https://economiadeservicos.com/2017/06/01/a-versao-revisada-do-acordo-de-compras-publicas-da-omc-uma-oportunidade/>. Acesso 08 de mai. de 2019.

mesmo que compreender que a economia de matéria-prima é tão benéfica quanto a economia da industrialização e da tecnologia. Na mesma senda, seria a mesma ideia se a centralização das compras públicas não fosse refletida de acordo com o fomento para as pequenas empresas, já que daí aquele propósito anularia este.⁹⁴⁴

A título de exemplo, para corroborar com o dever de persecutir a política horizontal em comento é visível pela estratégica política dos Estados Unidos em suas compras públicas. Álvaro Antônio Zini Júnior explica que três vetores a sustentam: (a) assegurar mercado para os produtores locais; (b) beneficiar determinados setores comerciais considerados estratégicos para o Estado; e (c) estímulo de atividades de pesquisa e desenvolvimento tecnológico. Explana, ainda, que o uso de compras públicas direcionadas para o mercado nacional foram responsáveis por 50% das inovações pelo Ocidente, enquanto os subsídios públicos diretos 10%. Apesar de tudo isso, o autor deduz que no geral tais direcionamentos causam mais danos do que benefícios ao bem-estar social e inclusive defende que no mínimo os empresários nacionais “aprenderão fazendo” com os estrangeiros ao perderem contratos públicos em concorrências, mas ressalta que há imperiosidade de a abertura ser gradual e muito bem estudada quanto às condições especiais de país em desenvolvimento.⁹⁴⁵ Coaduna-se com a ideia de afastamento paulatino do tratamento não discriminatório entre países como benéfico para a concorrência no mercado brasileiro, porém desde que elaborados estudos e que haja a devida compensação por um período de tempo a ser determinado.⁹⁴⁶ Para que haja segurança e previsibilidade aos setores do

⁹⁴⁴ “El propósito global consiste en que el erario público pueda obtener importantes ahorros sin perjudicar, mediante la centralización de la demanda, a las PYMES, auténtica columna vertebral del tejido económico de la Unión Europea, ni destruir progresivamente la concurrencia existente propiciando con ello la colusión.” (JIMÉNEZ, Antonio García. **Las conexiones entre contratación administrativa e innovación**. Madrid: Tecnos: 2018 p. 30). Aliás, outro ponto discutível é se a prossecução do Value for Money (custo versus benefício) deve ser realizada independentemente ou de maneira prévia a qualquer política horizontal ou não, corrobora-se com o raciocínio de Nuno Cunha Rodrigues de que a política horizontal deverá ser avaliada e aplicada como um axioma e sobre ela e as demais condições que se fará qualquer análise de Valeu for Money. (RODRIGUES, Nuno Cunha. **A contratação pública como instrumento de política econômica**. Coimbra: Almedina, 2015, p. 197-199).

⁹⁴⁵ ZINI JÚNIOR, Álvaro Antônio. O Acordo sobre Compras Governamentais da Organização Mundial do Comércio e a Economia Brasileira. **Revista Estado Economia**. São Paulo, v. 28, n. 2, p. 181-198, abr. jun. 1998.

⁹⁴⁶ No âmbito do comércio internacional a partir de convenções bilaterais ou multilaterais, os acordos de compensação estritos, também denominados de offsets, “são concebidos como todo e qualquer acordo permissivo de prática compensatória de saldos, negociado entre as partes contratantes como condição para a importação de bens ou serviços e cujo intuito é beneficiar comercial, industrial ou

mercado, desde já se pontua que deverá ser feito por meio de uma política pública democrática e devidamente estruturada. Qualquer aderência repentina e imediata, bem como sem os devidos ajustes e medidas de adaptação, somente fornecerá aos países desenvolvidos novos mercados a disposição para serem explorados e os Estados aderentes passarão a retornar ao momento de colônia abusada. Portanto, a resistência em face da franca abertura se dá pela aversão à possibilidade de exploração dos países subdesenvolvidos e em desenvolvimento pelas potências desenvolvidas.

Segundo Fred Block e Peter Evans, a sociologia econômica expõe que existem três arenas substantivas: sociedades em desenvolvimento e em transição, estados de bem-estar industrial avançados e governança econômica supranacional. Para tanto, deve-se compreender que: (i) Estado e Mercado não são reinos analiticamente autônomos, porém mutuamente constituintes; (ii) os Estados e os Mercados estão incrustados em sociedades que têm estruturas institucionais específicas que repercutem criticamente os resultados políticos e econômicos; (iii) as incorporações entre Estados e Mercado são dinâmicas e remodelado pelas inovações institucionais ocorridas. Assim sendo, os Estados dependem do mercado para os fluxos de receita para financiar as suas próprias atividades e devem agir com racionalidade para não ser predatório ou ganancioso, já que se revolverá contra os seus próprios interesses e da sociedade. Especificamente no ramo de ciência, tecnologia e inovação, emerge que as descobertas e o valor gasto nessas temáticas não é um custo imposto à economia e sim um insumo-chave para os processos econômicos centrais. Tanto é assim que os autores explicam a experiência da Alemanha e da Suécia que focaram

tecnologicamente o importador. Em alguns casos, os países importadores expõem a exigência de offset como condição sine qua non para a realização da contratação especial. (...) Observa-se que a matriz estratégica que acompanha os acordos de compensação é composta, em última análise, por quatro dimensões. A primeira, de natureza defensiva, tenta limitar a aplicação das práticas compensatórias a obrigações de suporte em ações de marketing e prospecção de mercados para fomentar exportações do país contratante. A dimensão estratégica passiva trata as operações compensatórias com mínimo interesse, uma vez que as visualizam como fato inerente ao comércio internacional e que agregam pouco ou nada à atividade mercantil no seu conjunto. Não obstante, a terceira estratégia é a mais usualmente aplicada, particularmente por empresas norte-americanas: dimensão reativa, na qual o mandamento é empregar os contratos de contrapartida estritamente como ferramenta competitiva na conquista e na manutenção de mercados, sem que isso implique, efetivamente, transferências de tecnologias ou outras práticas afins. Dessa maneira, evita-se que setores da economia norte-americana envolvidos nas trocas de mercado sejam expostos ao risco.” (VIEIRA, André Luís; ÁLVARES, João Gabriel. **Acordos de compensação tecnológica (offset): Teoria e prática na experiência brasileira.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 37-40)

suas economias de manufatura para a produção de qualidade diversificada a qual demanda produtos requintados e de alto nível de habilidade.⁹⁴⁷ No mesmo prumo, Giovanni Dosi, Luigi Orsenigo e Mauro Sylos Labini discorrem sobre o significativo vínculo existentes entre as atividades inovadoras, mais precisamente àquelas de pesquisa e desenvolvimento, e o PIB *per capita*, apoiado tal conjectura a partir dos dados dos países da OCDE depois da Segunda Guerra Mundial.⁹⁴⁸ .

Ha-Joon Chang em sua obra corrobora com o pensamento aqui retratado, fundamenta que as políticas “boas” intentadas pelos países atualmente desenvolvidos e seus ávidos anseios de arraigá-las nos países em desenvolvimento são para o seu próprio desenvolvimento econômico, mais precisamente para os manterem sob sua “custódia” e dependência. Reflexiona se o *establishment* internacional de política de desenvolvimento obterá resultados e benesses para quem, bem como pontua sobre os acordos da Organização Mundial do Comércio ao indagar:

Será justo afirmar que o acordo da OMC, que restringe a capacidade dos países em desenvolvimento de pôr em prática políticas ICT ativistas, não passa de uma versão moderna, multilateral, dos ‘tratados desiguais’ que a Inglaterra e outros PADs (países atualmente desenvolvidos) costumavam impor aos países semi-independentes? Em outras palavras, acaso os países desenvolvidos estão ‘chutando a escada’, pela qual ssubiram ao topo, para longe do alcance dos países em desenvolvimento? Infelizmente, a resposta a todas essas perguntas é sim.⁹⁴⁹

Por fim, a pergunta que poderá ser aventada é se a regulação pelas licitações e pelos contratos administrativos se caracteriza como legal e constitucional e em que medida ante o Acordo sobre Medidas de Investimentos relacionadas ao Comércio – TRIMs, a Convenção das Nações Unidas para os Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias ou qualquer outro Acordo bilateral ou multilateral a ser convencionado.

Como já dito, o Estado pode intervir na atividade econômica como agente normativo e regulador nos termos do artigo 174 da Constituição, sendo que, para tal

⁹⁴⁷ BLOCK, Fred; EVANS, Peter. The State and the Economy. In: SMELSER, Neil J; SWEDBERG, Richard. **The handbook of economic sociology**. 2. ed. New Jersey: BRITISH LIBRARY, p. 505-526, p. 505 e 513.

⁹⁴⁸ DOSI, Giovanni; ORSENIGO, Luigi; LABINI, Mauro Sylos. Technology and the Economy. In: SMELSER, Neil J; SWEDBERG, Richard. **The handbook of economic sociology**. 2. ed. New Jersey: BRITISH LIBRARY, p. 678-702, p. 680-681.

⁹⁴⁹ CHANG, Ho-Joon. **Chutando a escada**. Trad. Luiz Antônio Oliveira de Araújo. São Paulo: Unesp, 2004, p. 211.

missão, poderá atuar nas funções de fiscalização, incentivo e planejamento. Da mesma forma, já se viu que a promoção do desenvolvimento nacional por meio da ciência, tecnologia e inovação é um dever estatal, tanto que a Lei Maior alçou como meta a autonomia tecnológica.⁹⁵⁰ Doutro lado, quanto à relação do Brasil em suas relações internacionais, destaca-se que, entre os princípios previstos no artigo 4º, consta a independência nacional, não-intervenção, igualdade entre os Estados e a cooperação entre os povos para o progresso da humanidade.

Diante desse cenário das normas constitucionais aplicáveis e qual é a escorreita solução, anuvia-se, desde sempre, que toda e qualquer interpretação constitucional no Brasil deve prezar pelos fundamentos e pelos objetivos fundamentais prescritos na Lei Maior. Sob este fluxo, a Constituição estabelece em seu artigo 1º que a cidadania, a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa constituem-se como fundamentos da República Federativa do Brasil, já o artigo 3º galga como objetivos fundamentais, dentre outros, a garantia do desenvolvimento nacional, a promoção do bem de todos sem qualquer preconceito e a erradicação da pobreza e da marginalização, bem como a redução das desigualdades sociais e regionais.⁹⁵¹

Nessa toada, chama-se a atenção para a busca do desenvolvimento nacional,

⁹⁵⁰ Mesmo antes da promulgação da Constituição, Crodowaldo Pavan e João Alexandre Viégas já pontuavam que a “Constituinte deve, sobretudo, reconhecer o papel vital da pesquisa para o desenvolvimento econômico e social e soberania do país, dotando-o de instrumentos que assegurem sua capacitação científica e tecnológica e oferecendo à Nação razões de otimismo quanto ao seu futuro.” (PAVAN, Crodowaldo; VIEGAS, João Alexandre. **Constituinte, Ciência e Tecnologia**. São Paulo: Editora Hamburg, 1986, p. 68). O direito ao desenvolvimento nacional “tem por consequência o dever do Estado em intervir na esfera privada, por meio de incentivo, fomento e condução do desenvolvimento, principalmente nas etapas de formulação e implementação de políticas públicas que tenham por finalidade a efetivação dos direitos sociais, econômicos, culturais e ambientais”. NASCIMENTO, André Jansen do. Contratações públicas no âmbito da OMC: a política legislativa brasileira à luz do direito ao desenvolvimento. **Revista de Direito Internacional**, Brasília, v. 12, n. 2, p. 191-209, p. 198.

⁹⁵¹ Gilberto Bercovici afirma que “todas as atividades e atores da política científica e de inovação tecnológica (‘a pesquisa científica básica’, a ‘pesquisa tecnológica’, o ‘apoio do Estado’, as ‘empresas’ integrantes do sistema) estão subordinados ao objetivo constitucional de superação do subdesenvolvimento. A atividade de inovação é uma parcela da política nacional de desenvolvimento.” (BERCOVICI, Gilberto. Ciência e inovação sob a Constituição de 1988. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 916, ano 101, p. 267-295, fev.2012, p. 295). Marcia Carla Pereira Ribeiro e Marcelle Franco Espíndola Barros concluem de maneira peremptória que a promoção do bem-estar social exige o desenvolvimento econômico, e um dos pilares desse desenvolvimento é a tecnologia (RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; BARROS, Marcelle Franco Espíndola. Contratos de transferência de tecnologia: custos de transação versus desenvolvimento. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 51, n. 204, p. 43-66 out./dez.2014).

a diminuição das desigualdades sociais e a dignidade da pessoa humana.⁹⁵² Não é possível que um tratado internacional ou uma lei nacional venha a afrontar tais valores constitucionalmente assegurados. Por isso, preza-se para que qualquer interpretação esteja em conformidade com a Constituição, o que gerará a necessidade de os acordos bilaterais ou multilaterais adaptarem-se às normas constitucionais do Brasil ou então o Brasil deverá denunciar tal acordo.

Segundo o Supremo Tribunal Federal, o Brasil adota a linha doutrinária de dualismo moderado nos termos do clássico julgamento da Carta Rogatória nº 8279 a partir do voto do Ministro Celso de Mello.⁹⁵³ O dualismo e o monismo diferenciam-se nas relações internacionais, já que a corrente monista afirma, segundo lição de Jorge Miranda, “a unidade sistemática das normas de Direito Internacional e das normas de Direito Interno”, sendo que estes “ordenamentos são comunicáveis e inter-relacionáveis, um não pode ignorar e tem de haver meios de relevância recíproca das respectivas fontes.” O autor ainda explica, conquanto use a expressão de monismo moderado ao invés de dualismo moderado como normalmente usado, que a “a Constituição do Estado não tem que ser conforme toda e qualquer norma de Direito Internacional e, ao invés, é ela que regula o modo como as normas internacionais adquirem relevância ou são recebidas na ordem interna.”⁹⁵⁴

Especificamente quanto ao TRIMs, entende-se que é incompatível, em parte, com a possibilidade de proteção de mercado nacional e busca de autonomia tecnológica nos termos do artigo 219 da Constituição, razão pela qual se compreende

⁹⁵² Relevante crítica sobre desigualdade social como fruto de discriminação e seus reflexos atuais na (des)ocupação das pessoas, vide FERREIRA, Daniel. **Perspectivas de minimização das desigualdades sociais e emancipação das minorias pelo acesso ao emprego decente mediante reserva de cotas junto aos parceiros contratuais da administração pública portuguesa e brasileira**. 2016. 146 f. Relatório final (Pós-Doutoramento) – Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, Coimbra, 2016, p. 52-70.

⁹⁵³ Mercosul - Carta rogatória passiva - Denegação de *exequatur* - Protocolo de medidas cautelares (Ouro Preto/MG) - Inaplicabilidade, por razões de ordem circunstancial - Ato internacional cujo ciclo de incorporação, ao direito interno do Brasil, ainda não se achava concluído à data da decisão denegatória do *exequatur*, proferida pelo presidente do Supremo Tribunal Federal - relações entre o direito internacional, o direito comunitário e o direito nacional do Brasil - Princípios do efeito direto e da aplicabilidade imediata - Ausência de sua previsão no sistema constitucional brasileiro - Inexistência de cláusula geral de recepção plena e automática de atos internacionais, mesmo daqueles fundados em tratados de integração - Recurso de agravo improvido. A recepção dos tratados ou convenções internacionais em geral e dos acordos celebrados no âmbito do Mercosul está sujeita à disciplina fixada na Constituição da República" (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, CR 8279 AgR/AT-Argentina, Relator(a): Min. Celso de Mello. Julgamento: 17/06/1998, Publicação: DJ Data-10-08-00)

⁹⁵⁴ MIRANDA, Jorge. **Curso de direito internacional público: uma visão sistemática do direito internacional dos nossos dias**. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 126-127.

pela sua ineficácia. Todavia, sabe-se que, *a priori*, os demais países signatários confiaram e agiram com boa-fé diante do Brasil quando da assinatura do Acordo TRIMs, motivo que enseja a denúncia o quanto antes ou novo pedido de flexibilização e sua implementação pelos demais países, sob pena de o Estado Brasileiro ficar a mercê de possíveis sanções pela OMC.

Salienta-se que não se pode assentir que o Acordo TRIMs seja mais um fator para o não alcance dos fundamentos e objetivos fundamentais da República do Brasil, inclusive como sendo mais um fator para corroborar com o não desenvolvimento e diminuição das desigualdades sociais. Por isso, é impreterível que existam normas de proteção ao mercado nacional e incentivo à ciência, tecnologia e inovação nacional, desde que tais sejam bem claras e razoáveis para evitar maiores confusões e incertezas.

Lembra-se que a falta de conhecimento ou de possível conhecimento sobre o comportamento estatal em atuações futuras pode enquadrar-se como um risco a investimentos estrangeiros, por isso, suplica-se por uma medida institucional o quanto antes.⁹⁵⁵ Acerca da assimetria de informação e da imperiosidade de convergência de fatores para o investimento direto em solo pátrio, Karan Girotra e Serguei Netessine advertem que toda decisão de negócio envolve o risco em razão da falta de informação ou do desalinhamento dos incentivos entre as partes que devem colaborar para o mesmo objetivo.⁹⁵⁶ Risco pode gerar insegurança, logo, afasta investimento, mormente num período que se clama por injeção de capital estrangeiro no país.⁹⁵⁷

No Brasil, “já bastam os fatores atuais de desincentivo” ao investimento estrangeiro como a alta carga tributária, enorme burocracia, crédito caro, má distribuição de renda, baixo nível da poupança e da insegurança no ambiente regulatório, dentre outros, não podendo o Estado agir de modo temerário quando da

⁹⁵⁵ Na lista do Doing Business do Banco Mundial, existem fatores que são levados em consideração para a efetivação do ranking e classificação.

⁹⁵⁶ GIROTRA, Karan; NETESSINE, Serguei. **Gestão de riscos nos modelos de negócio**. Trad. Edson Furmankiewicz. Rio de Janeiro: Elsevier, 2015, p. 104. A assimetria informacional pode ser ocasionada também pelo excesso. Ao tempo que a falta prejudica, mas se tem constatado que a abundância de informação também tem atrapalhado decisões, até porque nem sempre todas são confiáveis e corretas. É difícil para o intérprete encontrar quais são as adequadas e como interpretá-las. A triagem das informações para o seu bom uso é um dos mecanismos possíveis de serem utilizados. (DAMODARAN, Aswath. **Gestão estratégica do risco**: uma referência para a tomada de riscos empresariais. Trad. Félix Nonnenmacher. Porto Alegre: Bookman, 2009, p. 345).

⁹⁵⁷ Vide, por exemplo, o Programa de Parcerias de Investimentos – PPI – criado pela Lei nº 13.334/2016.

fixação das normas para a proteção do mercado nacional.⁹⁵⁸ Por isso, o Acordo TRIMs prejudica ainda mais o desenvolvimento do Estado e a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, razão pela qual é necessária a permissividade de políticas industriais e regulatórias favoráveis ao estímulo da ciência, tecnologia e inovação no território brasileiro. Para evitar maiores problemas futuros com possíveis consultas e questionamentos de descumprimentos do Acordo TRIMs perfaz necessário que tal acordo seja denunciado ou, no mínimo, flexibilizado.

Quanto à relevância do tema em voga, enfatiza-se a patente necessidade de investimentos estrangeiros ao lado da impossibilidade de o Brasil continuar dependente de tecnologia estrangeira.⁹⁵⁹ A mais, o assunto de possível divergência do Acordo TRIMs para a realidade brasileira não é algo novo, já que o Brasil tentou a flexibilização de tais normas para evitar qualquer descumprimento e ainda para acautelar-se de possíveis futuras sanções em razão de medidas normativas aplicáveis que possam estar em conflito com tal convenção. Em 2002, o Brasil juntamente com a Índia, apresentou uma proposta de flexibilização das regras do Acordo TRIMs, contando com o apoio da Argentina, Colômbia e Paquistão, dentre outros países, justificando que a grande disparidade tecnológica, social, regional e ambiental entre os países signatários gera um natural desequilíbrio entre eles. Para tanto, rogou a alteração do Acordo para “(i) promover a indústria doméstica com alto valor agregado; (ii) estimular transferência de tecnologia; (iii) aumentar a capacidade de exportação; (iv) promover pequenas e médias empresas e gerar empregos.”⁹⁶⁰

No mínimo, o petição consubstanciava-se no efetivo cumprimento ao que está preceituado no preâmbulo e nos artigos 4º e 5º do Acordo, a fim de conceder um tratamento diferenciado aos países em desenvolvimento com a criação de lista de exceções, porém, *a priori*, tal pleito é um objetivo estranho aos interesses dos

⁹⁵⁸ CELLI JÚNIOR, Umberto. Os países emergentes e as medidas de investimento relacionadas ao comércio: o Acordo TRIMs da OMC. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, volume 99, 2004, p. 505-521, p. 520.

⁹⁵⁹ MAGALHÃES, José Carlos de. **Direito Econômico Internacional: tendências e perspectivas**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2017, p. 264.

⁹⁶⁰ CELLI JÚNIOR, Umberto. Os países emergentes e as medidas de investimento relacionadas ao comércio: O Acordo TRIMs da OMC. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, São Paulo, v. 99, 2004, p. 505-521, p. 518. Sobre o assunto, vide também WINTER, Luís Alexandre Carta; HASTREITER, Michele Alessandra. O Acordo Trims e o Programa “Inovar Auto”: Medidas de investimentos no setor automotivo proibidas pela OMC. **Revista Jurídica UNICURITIBA**, v. 04, n. 37, 2014, p. 443-479, p. 470-473.

desenvolvidos.⁹⁶¹ Para se ter uma ideia dos problemas ocasionados pelo TRIMs, lembra-se da apreciação do caso da Indonésia em que suas normas internas visando à proteção do mercado local à indústria automotiva foram repudiadas, já que o “entendimento do Painel foi de que essas medidas de conteúdo local, vinculadas a benefícios fiscais, eram inconsistentes com o Artigo II do TRIMs (tratamento nacional e restrições quantitativas) e III.4 do GATT 1994 (tratamento nacional). Como resultado, o governo da Indonésia teve de modificar sua política de forma a adequá-la às disposições do TRIMs e do GATT 94.”⁹⁶² Sobre essa situação, convém colacionar um trecho da decisão que inclusive não permitiu o uso do item 5.4 do Acordo à Indonésia:

A Indonésia também não pode desfrutar do benefício do período de transição de cinco anos para os países em desenvolvimento estipulados no Artigo 5.2, do Acordo TRIMs, à luz do descumprimento por parte da Indonésia de suas obrigações de notificação e de suspensão. O Acordo TRIMs, o Artigo 5.2 requer a notificação para os Membros se beneficiarem do período de transição, e o Artigo 5.4 impõe uma obrigação suspensiva durante o período. A Indonésia não cumpriu nenhuma das disposições. Primeiro, não há notificação. A Indonésia apresentou uma notificação em 23 de maio de 1995, que especifica certas medidas relacionadas ao setor automotivo, mas a notificação foi retirada em outubro de 1996. Segundo, mesmo se a notificação não tivesse sido retirada, seu conteúdo é irrelevante para o National Car Program. Embora as medidas apresentadas na notificação possam estar tangencialmente relacionadas com o Programa Nacional de Carros, o próprio Programa não foi especificado na notificação. Além disso, o Programa Nacional para Veículos Automotores, introduzido em 1996, nunca poderia ter sido objeto da notificação, a qual deveria ocorrer dentro de 90 dias após a data de entrada em vigor do Acordo Constitutivo da OMC (ou seja, 1º de janeiro de 1995) pela Indonésia em Maio de 1995. Por conseguinte, a Indonésia não pode beneficiar do período transitório previsto no nº 5 do artigo 5º. do Acordo TRIMs.⁹⁶³

⁹⁶¹ ARAÚJO, Leandro Rocha de. O Brasil e a regulamentação dos investimentos estrangeiros na organização mundial do comércio. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, São Paulo, v. 99, 2004, p. 829-846, p. 838.

⁹⁶² CELLI JÚNIOR, Umberto. Os acordos de serviços (GATs) e de investimentos (TRIMs) na OMC: Espaço para políticas de desenvolvimento. **Revista do Centro Brasileiro de Relações Internacionais**, São Paulo, vol. 1, ano II, jan.mar. 2007, p. 07-19, p. 18.

⁹⁶³ “Nor can Indonesia enjoy the benefit of the five year transitional period for developing countries stipulated in TRIMs Agreement, Article 5.2, in light of Indonesia's failure to comply with its notification and standstill obligations. The TRIMs Agreement, Article 5.2 requires notification for Members to benefit from the transitional period, and Article 5.4 imposes a standstill obligation during the period. Indonesia has complied with neither provision. First, there is no notification. Indonesia submitted a notification on 23 May 1995, which specifies certain automotive related measures, but the notification was withdrawn in October 1996. Second, even if the notification had not been withdrawn, its content is irrelevant to the National Car Programme. While the measures appeared in the notification may be tangentially related to the National Car Programme, the Programme itself was not specified in the notification. Moreover, the National Car Programme, which was introduced in 1996, could have never been notified in the notification, which was due within 90 days after the date of entry into force of the WTO Agreement (i.e., 1 January 1995) and was actually made by Indonesia in May 1995. Therefore, Indonesia cannot enjoy the benefit of the transitional period under Article 5.2. of the TRIMs Agreement.” BARRAL, Welber (org.). **Releitura dos Acordos da OMC como interpretados pelo órgão de apelação**. São Paulo, (2004).

Especificamente sobre a postura do Brasil também na indústria automobilística, Carta Winter e Michele Hastreiter explicam que existe questionamento:

Preocupada com a conformidade de tais exigências com as regras do Sistema Multilateral de Comércio, a União Europeia ingressou, em 08 de janeiro de 2014, com a etapa de consultas do procedimento de Solução de Controvérsias na OMC. Em 17/01/2014, o Japão aderiu ao pleito europeu e, em 20/01/2014 e 21/01/2014, respectivamente, aderiram Argentina e Estados Unidos, em razão do substancial interesse comercial destes três países nesta consulta. Em suma, os países consultantes alegam que as medidas adotadas pelo governo brasileiro seriam inconsistentes com os seguintes instrumentos regulatórios internacionais:

- Artigo 1º do GATT - Tratamento da Nação mais Favorecida – em razão da concessão de benefícios inclusive para países de fora do Mercosul (os quais teriam respaldo pela exceção dos acordos regionais) sem estendê-los aos demais membros da OMC.
- Artigo 3º do GATT – Tratamento Nacional – em razão da adoção de medidas que discriminam os importadores com relação aos produtores locais, os quais recebem tratamento mais benéfico. Neste sentido, Juliana Martelli Fais Feriato já havia sustentado que embora aparentemente o Programa seja também acessível às empresas importadoras, o que afastaria a alegação de discriminação indevida, as exigências feitas para concessão do benefício (tais como dispêndios com fornecedores locais ou produção local) seriam incompatíveis com o objeto social de uma empresa que se destina apenas a importar.
- Artigo 3.1 do Acordo sobre Subsídios e Medidas Compensatórias - Juliana Martelli Fais Feriato⁷⁷, em interessante estudo realizado inclusive anteriormente à reclamação europeia na OMC, já havia concluído pela contrariedade do Programa Inovar-Auto ao Acordo sobre Subsídios e Medidas Compensatórias, uma vez que a redução do IPI traria vantagens diretamente ligadas à exportação, beneficiando o exportador ou o produtor pelo incentivo ao uso de produtos nacionais em detrimento dos estrangeiros, sendo, portanto, um subsídio proibido.
- Artigo 2.1 e 2.2 do TRIMS e sua lista ilustrativa anexa – objeto central deste estudo.

(...)

Além disto, as exigências para empresas que comercializam os produtos no Brasil compreendem a utilização de dispêndios mínimos dentro do país, o que implicaria na exigência de aquisição de componentes locais, também vedada pelo Acordo TRIMS.⁹⁶⁴

Disponível

em <http://ccgi.fgv.br/sites/ccgi.fgv.br/files/file/Publicacoes/06%20Acordo%20sobre%20Medidas%20de%20Investimento%20Relacionadas%20ao%20Com%C3%A9rcio%20%28TRIMS%29.pdf>, Acesso em 02 de jun. de 2017, p. 18. Ademais, como dito pelos escritores desta obra, alcançando tanto o caso do setor automobilístico indonésio, canadense e indiano: “O entendimento do DSB de que as políticas industriais implementadas para fomentar o setor automobilístico indonésio (DS 54-55-59-64), canadense (DS 139-142) e indiano (DS 146-175) são incompatíveis com o sistema multilateral de comércio convencional. Representam uma vitória do capital internacional, concentrado nas mãos de poucos, face o direito ao desenvolvimento nacional. Nos três casos, buscou-se impedir o uso de importações para abastecer o mercado interno e/ou a linha de montagem, por meio da aplicação de tarifas ad valorem, conforme o volume de carros importados/exportados (DS139; a qualificação – popular ou de luxo (DS 54-55-59-64); e o não licenciamento de peças da linha de montagem, com o intuito de atingir níveis de conteúdo local (DS 146-175). Tais compras locais impediam o livre volume das importações. Ao obrigar o abastecimento de suas plantas industriais com produtores locais, eram, portanto, aplicadas restrições quantitativas, conforme o Artigo XI do GATT 1947. A consequência para a matriz da empresa automobilística e seus fornecedores foi tariff jump, por meio de investimentos internacionais no país hospedeiro para poder abastecer localmente.”

⁹⁶⁴ WINTER, Luís Alexandre Carta; HASTREITER, Michele Alessandra. O Acordo Trims e o Programa “Inovar Auto”: Medidas de investimentos no setor automotivo proibidas pela OMC. **Revista Jurídica UNICURITIBA**, v. 04, n. 37, 2014, p. 443-479, p. 464-465.

É importante ponderar que o Brasil poderá se aproveitar da brecha existente no caso Canada – Renewable Energy, no qual ficou entendido pela aplicabilidade da exceção erigida no Artigo III.8.‘a’ aplicável para as compras governamentais também vale para o TRIMS, já que o Painel compreendeu que o Acordo TRIMS ao aludir o artigo III do GATT também incluiu o artigo III.8.⁹⁶⁵ Na mesma direção, o Órgão de Apelação reconheceu a extensão das exceções do GATT ao TRIMS.⁹⁶⁶ Sob este caso, Natália expõe que se entender pela inexistência de suplantação das obrigações do GATT pelo TRIMS, “mas sim de salvaguardar os direitos reconhecidos no âmbito deste Acordo, o OA confirmou uma brecha relevante para aplicação das exceções ao GATT para justificar medidas discriminatórias que violem o artigo III do GATT e, conseqüentemente, o TRIMS.”⁹⁶⁷ Desse modo, além das exceções ao GATT preconizadas no artigo XX, artigo XXI, XIX, XII e XVIII-B, XVIII, mas também é possível de se afastar o TRIMS se houver a adoção de políticas de conteúdo local no âmbito de áreas de livre comércio, uniões aduaneiras e comércio transfronteiriço, o que pode ser alcançado pelo Brasil em virtude do MERCOSUL e a efetivação de um plano de desenvolvimento e de integração regionais.⁹⁶⁸

Por tais razões, é inconteste que as normas do TRIMS limitam a flexibilidade dos membros quanto à escolha de suas políticas públicas.⁹⁶⁹ Também é deduzível

⁹⁶⁵ WORLD TRADE ORGANIZATION. Relatório do Painel, Certain Measures Affecting the Renewable Energy Generation Sector and Canada: Measures Relating to the Feed-in Tariff Program, WT/DS412/R and WT/DS426/R. Geneva: WTO, 2012.

⁹⁶⁶ WORLD TRADE ORGANIZATION. Relatórios do Órgão de Apelação, Certain Measures Affecting the Renewable Energy Generation Sector and Canada: Measures Relating to the Feed-in Tariff Program, WT/DS412/AB/R and WT/DS426/AB/R. Geneva: WTO, 2013.

⁹⁶⁷ FIGUEIREDO, Natália. Acordo TRIMS: flexibilização ou não? Política de conteúdo local, processo produtivo básico (PPB) e os desafios para a indústria brasileira e a integração latino-americana. **Revista de Direito Internacional, Brasília**, v. 13, n. 1, 2016 p. 100-121, p. 113 e 118-119.

⁹⁶⁸ Acerca do tema, Natália Figueiredo ainda adverte que qualquer integração regional necessita “que seja garantida uma estrutura de acesso que propicie a consolidação de cadeias produtivas regionais e do comércio intra-indústria. Trata-se de institucionalizar uma verdadeira estratégia regional de investimento ao contrário de uma estratégia focada apenas em preferências tarifárias. Isso implica projetos de integração física, por meio de infraestrutura de transportes, desenvolvimento e ampliação de mecanismos de financiamento, aumento dos mecanismos de facilitação do comércio, cooperação técnica nas áreas de capacitação empresarial e tecnológica, dentre outras.” (FIGUEIREDO, Natália. Acordo TRIMS: flexibilização ou não? Política de conteúdo local, processo produtivo básico (PPB) e os desafios para a indústria brasileira e a integração latino-americana. **Revista de Direito Internacional, Brasília**, v. 13, n. 1, 2016 p. 100-121, p. 116).

⁹⁶⁹ CELLI JÚNIOR, Umberto. Os acordos de serviços (GATs) e de investimentos (TRIMs) na OMC: Espaço para políticas de desenvolvimento. **Revista do Centro Brasileiro de Relações Internacionais**, São Paulo, vol. 1, ano II, jan.mar. 2007, p. 07-19, p. 08.

que a “posição de que a renúncia pelos países em desenvolvimento a instrumentos como TRIMs é mais benéfica a seus interesses do que a manutenção da sua liberdade de aplicar seletivamente tais medidas, de acordo com seu interesse e de forma a não anular os benefícios econômicos buscados pelos investidores.”⁹⁷⁰ Consequentemente, ecoando as palavras de Leandro Rocha de Araújo, “não basta promover uma visão restrita e míope da realidade internacional, mas utilizar o seu potencial para trazer maiores vantagens para todos os seus membros.”⁹⁷¹ Da mesma forma, deve-se sublinhar a atuação do Estado, como fez a ministra Joseph Stiglitz, ao defender que é necessário um maior equilíbrio entre o papel do Estado e o papel do mercado.⁹⁷² Para corroborar, deve-se atrelar a desigualdade econômica com o desenvolvimento, como descrito no próprio Acordo, e, dessa maneira, gerar o tratamento desigual, como bem explica José Carlos de Magalhães “a consciência da desigualdade econômica, que se traduz na desigualdade de desenvolvimento, faz nascer a pretensão de tratamento desigual. (...). Os que o possuem em menor grau reclamam certas prerrogativas e direitos não extensíveis aos já desenvolvidos.”⁹⁷³

Carta Winter e Michele Hastreiter entoam que “o desenvolvimento requer medidas governamentais ativas capazes de considerar as idiossincrasias locais” o que tem “evidenciado que o Acordo representa um ônus excessivo aos países em desenvolvimento” e dilucidam a imperiosidade de revisão do Acordo TRIMs para aproximar os indicadores econômicos e sociais dos países em desenvolvimento aos dos países desenvolvidos, o que poderia, inclusive, ser um grande momento para afirmar que se está construindo uma Nova Ordem Institucional, preocupada no desenvolvimento dos países.⁹⁷⁴

⁹⁷⁰ NASSER, Rabih Ali. **A OMC e os países em desenvolvimento**. São Paulo: Aduaneiras, 2003, p. 194.

⁹⁷¹ ARAÚJO, Leandro Rocha de. O Brasil e a regulamentação dos investimentos estrangeiros na organização mundial do comércio. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, São Paulo, v. 99, 2004, p. 829-846, p. 844.

⁹⁷² STIGLITZ, Joseph. **O mundo em queda livre: os Estados Unidos, o mercado livre e o naufrágio da economia mundial**. São Paulo: Companhia das Letras, 2010, p. 188. Como dito por Luís Alexandre Carta Winter, “a real necessidade Estado pauta-se em sua importante função social”, o que gera a premência de enfrentar os desafios do capitalismo. (WINTER, Luís Alexandre Carta; WACHOWICZ, Marcos. Estado: Construção de uma identidade. In: **XVI Congresso Nacional do Conpedi**, 2007, Belo Horizonte. Anais do XVI Congresso Nacional do Conpedi. Florianópolis: Boiteux, 2007, p. 873-897, p. 896).

⁹⁷³ MAGALHÃES, José Carlos de. **Direito Econômico Internacional: tendências e perspectivas**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2017, p. 314.

⁹⁷⁴ WINTER, Luís Alexandre Carta; HASTREITER, Michele Alessandra. O Acordo Trims e o Programa

O mesmo raciocínio preposto para o Acordo TRIMs deverá ser obtemperado para o Acordo de Compras Governamentais, caso o Brasil um dia venha a aderir, ou para qualquer outro acordo (do MERCOSUL, do Peru, etc.), inclusive o recente Acordo de 2019 entre MERCOSUL e União Europeia. Por isso, no momento das rodadas de negociação, deverá haver a devida conscientização tanto dos interesses econômicos quanto sociais, tanto da celebração de normas internacionais quanto do respeito às normas constitucionais, a fim de acautelar-se de possível nó jurídico futuro como ora se tem para o TRIMs. Deve-se sempre primar pelo foco na sociedade e nas melhores condições de bem-estar dos cidadãos brasileiros. Não se pode agir pensando somente em possível renda ou receita. Deve-se primar pelas condições adequadas de vida digna e desenvolvimento nacional sustentável, com a diminuição das desigualdades regionais e locais, o que, *per si*, engloba, ainda, o cuidado com a ciência, tecnologia e inovação. É claro que não basta uma prescrição normativa impondo uma direção ou um fomento para propiciar o impacto positivo nessas áreas, mas é, sim, iniludível que exista pelo Estado uma política pública que examine e decida pela melhor forma de proporcionar o arranjo produtivo mais proporcional de acordo com a operação de cadeia de valor, bem como propicie condições saudáveis, sob o prisma comercial, de infraestrutura geral, segurança regulatória e de desenvolvimento científico, tecnológico e inovativo.

Por sua vez, o Decreto Federal nº 5.208, de 17 de setembro de 2004, promulgou o Acordo-Quadro sobre Meio Ambiente do Mercosul, após ratificação do Congresso Nacional via Decreto Legislativo n. 333, de 24 de julho de 2003.⁹⁷⁵ Nos objetivos das ações a serem executados pelos Estados-Partes, ficou instituído o dever de: (a) promover a proteção do meio ambiente e aproveitar de mais eficaz o uso dos recursos disponíveis por meio de políticas setoriais com base nos princípios de gradualidade, flexibilidade e equilíbrio; (b) incorporar o componente ambiental nas

“Inovar Auto”: Medidas de investimentos no setor automotivo proibidas pela OMC. **Revista Jurídica UNICURITIBA**, v. 04, n. 37, 2014, p. 443-479, p. 474-475.

⁹⁷⁵ Este acordo foi celebrado sob os motivos de: (i) necessidade de participação da sociedade civil na proteção do meio ambiente e na utilização sustentável dos recursos naturais, (ii) indispensabilidade de cooperação para a proteção do meio ambiente e para a utilização sustentável dos recursos naturais em busca da melhoria da qualidade de vida e o desenvolvimento econômico, social e ambiental sustentável; (iii) existência de cooperação para promover e apoiar a implementação em matéria ambiental; (iv) reafirmação dos preceitos do desenvolvimento nacional sustentável preconizados na Agenda 21 e (v) imperiosidade de políticas comerciais e ambientais para que o MERCOSUL assegure o efetivo desenvolvimento nacional sustentável.

políticas setoriais e de inclusão das considerações ambientais nas tomadas de decisões; (c) promover o desenvolvimento sustentável pela reciprocidade dos setores ambientais e econômicos, a fim de permitir uma conciliação harmônica entre estes objetivos e evitar a adoção de medidas que venham a restringir ou distorcer de forma arbitrária a livre circulação de bens e serviços; (d) conferir tratamento prioritário e integral às causas e fontes dos problemas ambientais; (e) promover a efetiva participação da sociedade civil no tratamento das questões ambientais e (f) fomentar à internalização dos custos ambientais a partir do uso de instrumentos econômicos e regulatórios de gestão.

A mais, os Estados também devem contribuir para promover “condições de trabalho ambientalmente saudáveis e seguras para, no marco de um desenvolvimento sustentável, possibilitar a melhoria da qualidade de vida, o bem-estar social e a geração de emprego”, “incentivar a pesquisa científica e o desenvolvimento de tecnologias limpas” e “promover o uso de instrumentos econômicos de apoio à execução das políticas para a promoção do desenvolvimento sustentável e a proteção do meio ambiente”. Como se verifica, o Acordo-Quadro externou a preocupação da conjugação do cenário ambiental com o econômico, da formulação de ações que sejam ambientalmente adequadas sob o viés do bem-estar social com a melhoria de qualidade e geração de emprego e ainda da importância do desenvolvimento de tecnologia e inovação estatal.

Caso não compreendido que o TRIMS é inaplicável pelo Brasil integrar o MERCOSUL consoante precedente do caso Canada – Renewable Energy, pode-se aventar possível incompatibilidade das normas do TRIMs com tais políticas regulatórias, porém não se pode esquecer que o Brasil adota, conforme orientação do Supremo Tribunal Federal, a teoria dualista moderada, o que impõe a leitura do acordo em conformidade com a Constituição. Por isso, examinando as normas constitucionais aplicáveis à espécie, o Acordo TRIMs e o dever-poder de aplicar políticas regulatórias na área da ciência, tecnologia e inovação, deduz-se que é dever do Brasil denunciar o TRIMs ou, no mínimo, requerer novamente a sua reforma imediata. A falta de proteção do mercado nacional em tais segmentos majorará as desigualdades sociais e arrefecerá o desenvolvimento nacional, repercutindo diretamente em prejuízos a todos os cidadãos com a diminuição das condições mínimas de sobrevivência, o que é completamente pernicioso à dignidade da pessoa humana.

Sob a mesma *ratio decidendi* somado ao fato de haver expressa previsão de possíveis derrogações, pode-se advogar que a função regulatória em sede de contratos públicos para a promoção do desenvolvimento científico, tecnológico e científico determinará cláusulas e condições especiais a seu favor, mesmo nas licitações internacionais que estejam amparados pela Convenção das Nações Unidas para os Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias, inclusive sob o amparo do Compromisso Internacional acerca da Agenda 2030 para o alcance dos dezessete objetivos de desenvolvimento sustentável.

Imperioso destacar que, sequer a recente Lei da Liberdade Econômica, Lei nº 13.874, de 20 de setembro de 2019, poderá servir de empecilho para o raciocínio alinhavado. A legislação em comento elencou como princípios (i) a liberdade como uma garantia no exercício de atividades econômicas; (ii) a boa-fé do particular perante o poder público; (iii) a intervenção subsidiária e excepcional do Estado sobre o exercício de atividades econômicas; e (iv) o reconhecimento da vulnerabilidade do particular perante o Estado. Ainda, prescreveu que é dever da administração pública e das demais entidades que se vinculam à dita Lei, no exercício de regulamentação de norma pública pertencente à legislação sobre a qual esta Lei versa, exceto se em estrito cumprimento a previsão explícita em lei, evitar o abuso do poder regulatório de maneira a, indevidamente, dentre outros, (i) criar reserva de mercado ao favorecer, na regulação, grupo econômico, ou profissional, em prejuízo dos demais concorrentes; (ii) redigir enunciados que impeçam a entrada de novos competidores nacionais ou estrangeiros no mercado; e (iii) aumentar os custos de transação sem demonstração de benefícios. Apesas destas previsões, não se pode interpretar uma nova lei e nem seus trechos isoladamente, bem como sem o seu controle de validade e conformação junto à Constituição da República Federativa. Por esses motivos e no exercício da hermenêutica constitucional, dessume-se que a regulação estatal é imprescindível para garantir o mercado nacional na seara de ciência, tecnologia e inovação consoante apregoa a Constituição; a atuação estatal clara e justificada para direcionar e incentivar tais vetores por meio das compras públicas diminuirá custos de transação, e não aumentará; e, como asseverado alhures, a previsão normativa desencadeará uma reserva legítima (interesse público primário) sob os olhos dos fundamentos e dos objetivos fundamentais do Estado.

Por derradeiro, não se desconhece que o Brasil, enquanto signatário do TRIMs

ou do CISG ou de qualquer outro tratado, poderá receber represálias e condenações, todavia, ao mesmo tempo, não se pode esquecer que a missão constitucional prescreve sempre como fundamento e objetivo primordial a construção da sociedade livre, justa e solidária, bem como a busca do desenvolvimento nacional e a diminuição das desigualdades sociais, os quais devem ser preponderantes em comparação com qualquer critério econômico para o alcance das melhorias das condições dos brasileiros.

5.2. A relação custo-benefício para a regulação estatal nas compras públicas para a direção e promoção da ciência, tecnologia e inovação conforme ferramentas da Análise Econômica do Direito

A atuação estatal que venha a direcionar e fomentar a ciência, tecnologia e inovação nas compras públicas deve ser obtemperada levando-se em consideração se o custo *versus* benefício, sob o viés da Análise Econômica do Direito para averiguar a sua legitimidade, ou não, de propósitos. Legitimidade não quer dizer unanimidade, pois, como já se observou e adiante se apreenderá, existem críticas favoráveis e contrárias. O intuito deste momento é entender o contexto socioeconômico mundial de intervenção estatal via contratos públicos para, então, avaliar a sua pertinência, inclusive contrastando com as teses contrárias.

As riquezas ainda são mensuradas pelo cômputo de quantidade de moedas ou de bens potencialmente mensuráveis, com isso, pode-se dizer que tal país tem mais ou menos riquezas frente a outro. Essa perspectiva está ultrapassada porque, em primeiro lugar, existem vários bens que não são aritmeticamente calculáveis, como a natureza ou a própria tecnologia, e, em segundo, a informação e seu uso no hodierno mundo também não se converte imediatamente em alguma cifra pecuniária. Apesar de todos os esforços para a quantificação, não se visualiza factível orçar com precisão o montante de tais bens ou objetos. Abre-se parêntese para ponderar que o homem tem tentado sempre avaliar o impacto da depreciação ou da perda de um recurso natural, porém esse trabalho tem sido mais apropriado em situações de perda ao revés de casos de convivência. Uma coisa é perder uma árvore por ter sido destruída ou pela emissão de poluentes em um veículo, outro ponto, que geraria uma complexidade apesar da complexa tarefa, seria a apuração de quanto significaria de perda para o Estado e para a sociedade a morte de uma árvore medindo para o meio ambiente em geral (quanto representaria para o bosque, para os pássaros ao seu redor, prejuízo para a fauna e para o auxílio no ciclo do ar e do clima, se a sua falta poderia desencadear no aparecimento ou desaparecimento de um predador e, com isso, a transcendência de uma doença a ser transmitida para o ser humano pela mudança do habitat natural de algum outro ser animal, etc.).

O mesmo se dá com a informação e o conhecimento em si, seja científico, tecnológico e inovativo, pois não se sabe se a informação será explorada

adequadamente de acordo com o seu potencial e qual será o seu impacto no universo, local ou global, de fornecedores, a depender de como será concretizada e comercializada. O dito conhecimento pode ser tanto de habilidades tácitas e automáticas como operar uma máquina, mas também poderá ser aquele envolvido com uma descoberta científica, de inovação ou tecnológica, como provar um novo teorema, projetar um novo combustível, diminuir a perda de dissipação de energia ou qualquer outro exemplo.⁹⁷⁶

Países com elevado crescimento e desenvolvimento nas últimas três décadas têm trabalhado a partir de “projetos desenvolvimentistas” que merecem observações face à virtuosa relação entre Estado, economia e sociedade. A primeira é de que Japão, Coréia, Taiwan e Cingapura tiveram taxas elevadas de crescimento econômico e os investimentos públicos impulsionaram majorações rápidos nos níveis de educação e melhorias na saúde pública. Contudo tais ascensões mereceram uma dita “segunda onda”, a qual apregoou uma inovação institucional com investimento em infraestrutura moderna, aliada a subsídios e proteção contra a concorrência externa. O auxílio estatal à sociedade local propicia uma capacidade industrial internacionalmente competitiva, respeitada a “presença de burocracias estatais capazes e coerentes, construídas em carreiras meritocráticas de recrutamento e serviço público, oferecendo recompensas de longo prazo proporcionais àquelas disponíveis no setor privado.” Tais características desembocaram um crescimento mais rápido, como se observa no Leste da Ásia e em outros países em desenvolvimento. O segredo estaria no revisitar (reinventar) sempre a triangulação entre Estado, economia e sociedade, já que a dinamicidade do tempo e das necessidades tem variado em período curto, sempre respeitando a importância do papel do Estado na economia de mercado, de modo a evitar qualquer distorção ou postura predatória entre os operadores econômicos.⁹⁷⁷

⁹⁷⁶ DOSI, Giovanni; ORSENIGO, Luigi; LABINI, Mauro Sylos. Technology and the Economy. In: SMELSER, Neil J; SWEDBERG, Richard. **The handbook of economic sociology**. 2. ed. New Jersey: BRITISH LIBRARY, p. 678-702, p. 685.

⁹⁷⁷ BLOCK, Fred; EVANS, Peter. The State and the Economy. In: SMELSER, Neil J; SWEDBERG, Richard. **The handbook of economic sociology**. 2. ed. New Jersey: BRITISH LIBRARY, p. 505-526, p. 509-510. Tais autores ainda descrevem às fls. 511 que: “A comparação entre os dois maiores países do mundo - a China e a Índia - sublinha em que medida os países em desenvolvimento e em transição produzem lições comuns. Em ambos os casos, o tamanho e os aparelhos de estado relativamente robustos (se não ágeis) permitiram uma adaptação parcial ao liberalismo do mercado global e melhoraram seu desempenho econômico como resultado.” (tradução livre)

É claro que os sistemas de vida econômica e os de vida política estão relacionados, porém não quer dizer que uma dada linha econômica somente sobrevive a partir de um modelo político.⁹⁷⁸ É só visualizar que o capitalismo, como uma forma de vida econômica, já sobreviveu em ditaduras de direita (Chile, com Pinochet), ditaduras de esquerda (China atual), monarquias social-democráticas (Suécia) e repúblicas plutocráticas (Estados Unidos).⁹⁷⁹ De qualquer forma, independentemente do modelo político, a assunção pelo Estado de qual é o seu papel é condição *sine qua non* para o sucesso da economia no mercado nacional. Desde a regulamentação da moeda, controle de commodities, ajustes normativos sobre a mão-de-obra, políticas de educação, de tecnologia, de inovação, de ciência, dentre outras, representam ações provenientes de políticas visando ao bem-estar social, sendo que a relação entre Estado, Mercado e Sociedade deve estar bastante transparente e estável, alvitando que os integrantes desta devem assumir os seus postos de atores econômicos e atores políticos – não sendo admissível para o êxito desta relação uma inércia ou inação.⁹⁸⁰

Conceder benefícios e preferências para objetos nacionais ou para aqueles que investem no mercado nacional e indubitavelmente um tema que remonta sobre os efeitos de uma restrição de mercado, o que poderia gerar um monopólio, oligopólio ou algum movimento de colusão. Discorrer que o monopólio ou oligopólio pode gerar um preço maior para o consumidor dependerá da possibilidade ou não de competição, bem como de possível interferência estatal no controle de preços. Prefacialmente, não se tolera e nem se aquiesce que o Estado venha a operar com preços tabelados de produtos, serviços ou obras como de cumprimento obrigatório, salvo em situações excepcionalíssimas, como é o caso de monopólio natural ou monopólio normativo,

⁹⁷⁸ De forma um pouco diferente, vide ““La realidad económica es, en su esencia, un problema de poder. Aparentemente, el mundo político no tiene relación con este complejo mundo económico. Nada menos cierto. Todo sistema económico ha de estar basado en un determinado conjunto de directrices y principios que sean unánimemente aceptados por los agentes económicos. Lo contrario supondría el caos. Estas reglas, estas directrices, conforman lo que podríamos llamar constitución económica en sentido material.” (VERA, José Bermejo. **Derecho administrativo** (parte especial). 6. ed. Navarra: Editorial Arazandi (Thomson Civitas), 2005, p. 823).

⁹⁷⁹ MARCO, Manuel Sanchis i. Reseña de J. A. Schumpeter, Capitalismo, socialismo y democracia. La torre del Virrey. **Revista de Estudios Culturales**, n.18, 2015/2, p. 1-8, p. 08.

⁹⁸⁰ BLOCK, Fred; EVANS, Peter. The State and the Economy. In: SMELSER, Neil J; SWEDBERG, Richard. **The handbook of economic sociology**. 2. ed. New Jersey: BRITISH LIBRARY, p. 505-526, p. 506.

porém nada impede que haja regulação de parâmetro de preços para o consumidor.⁹⁸¹ Contudo, o monopólio ou oligopólio poderá ser originado a partir da criação e inovação de algum objeto ou método por uma dada empresa, o que não se vislumbra qualquer motivo para o Estado interferir. Não há dúvidas de que o agente inovador aproveitar-se-á da sua inovação para obter vantagens ante os seus concorrentes, algo que é natural e merecido do ponto de vista meritocrático de ter obtido sucesso na inovação.⁹⁸² Logo, qualquer medida estatal intervindo serviria de um grande desincentivo à inovação.⁹⁸³

Os efeitos do preço em uma situação de competitividade baixa são causados pela baixa disponibilidade do objeto ao mercado ou por questões de excesso de procura e oferta limitada. Como salienta Joseph Schumpeter, a partir do momento em que o empreendedor possui métodos superiores aos concorrentes ou estes não possuem forma de usar métodos similares por impossibilidade fática ou jurídica (v.g. inviabilidade de produzir a curto prazo uma máquina para novos produtos), há um afastamento de posição que antepara possível competição por “alargar a esfera de influência dos cérebros privilegiados e diminuir a dos inferiores, ou porque o monopólio possui uma situação financeira desproporcionalmente mais alta.” Isso, por sua vez, desencanta numa vantagem da firma favorecida que “não consiste tanto na

⁹⁸¹ Assim como é em comum feito pelas Agências Reguladoras no Brasil. Vide, verba gratia, a Agência Nacional de Petróleo.

⁹⁸² “A inovação é, por inúmeras razões, custosa. É preciso desenvolver aperfeiçoamentos técnicos e fazer testes para assegurar a viabilidade do novo produto. É preciso atrair a atenção dos consumidores para esse novo produto. O inovador pode se enganar a respeito da atração que seu produto terá sobre os consumidores e, além disso, incorre em custos. O empreendedor que, com sucesso, enfrenta todas essas dificuldades imagina ter o direito de obter remuneração superior à normal. Como serão financiados (ou compensados) seus custos? (...) Ocupa um ‘nicho’ de mercado em que pode se comportar como monopolista e, dessa forma, obter lucros excepcionais. Sua posição privilegiada é, entretanto, precária. O só fato de auferir lucros excepcionais atrai concorrentes para seu nicho, o que faz deslanchar uma tendência à redução dos lucros como descrito acima. O monopólio temporário tem a peculiaridade de ser, a todo momento, contestável pela entrada de concorrentes.” (MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. **Análise econômica do direito**. Trad. Rachel Sztajn. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 112-113).

⁹⁸³ Até porque a depender do tipo de inovação, o sistema jurídico habitualmente já conservará ao seu autor garantias para explorar por determinado período com exclusividade ou vantagem em razão dos direitos de propriedade intelectual, além daquelas situações em que não haverá qualquer óbice para uma inovação similar, porém o arranjo criativo para a confecção de algo no mesmo sentido demandará tempo, o que será uma vantagem justa ao inovador. Por isso, “(...) para crecer no sea suficiente con innovar, necesitamos también recompensas apropiadas al esfuerzo en invención e innovación mediante un sistema jurídico que permita a los innovadores e investigadores el control efectivo de sus innovaciones, y que restrinja parcialmente su uso mediante derechos de propiedad intelectual (copyright, patentes, etc.) que les confiera rentas de monopolio con carácter temporal.” (MARCO, Manuel Sanchis i . Reseña de J. A. Schumpeter, Capitalismo, socialismo y democracia. La torre del Virrey. **Revista de Estudios Culturales**, n. 18, 2015/2, p. 1-8, p. 06).

oportunidade de agir temporariamente de acordo com o esquema monopolista, mas na proteção que consegue contra a desorganização temporária do mercado e o espaço de tempo que garante para um planejamento a longo prazo.”⁹⁸⁴ Justamente por esse raciocínio, a partir do momento em que o Estado intervém e permite uma condição diferenciada para produtos ou fornecedores locais que preencham alguns requisitos, não poderá assentar a viabilidade de tais benesses serem concedidas de maneira perpétua.⁹⁸⁵ Para evitar frustração à competição e se atingir a finalidade de privilegiar àqueles que estão investindo no mercado nacional, é preciso que a concessão de prerrogativas e benefícios sejam concedidas por um determinado lapso temporal.

Deve servir como um empurrão estatal (ou *nudge*, como é denominado atualmente essa forma de impulso ao comportamento)⁹⁸⁶ para que os fornecedores se adaptem. De duas uma: ou as empresas e os empreendedores se ajustam para aproveitar da vantagem de trabalhar com este robusto fornecedor que é o Estado ou ficam marginalizados por um período dessa oportunidade. De toda forma, a necessidade e a procura são coisas diferentes, e, por isso, devem receber um

⁹⁸⁴ SCHUMPETER, Joseph A. **Capitalismo, Socialismo e Democracia**. Trad. Ruy Jungman. Rio de Janeiro: Editora Fundo de Cultura, 1961, p. 130-132.

⁹⁸⁵ Sob este raciocínio de evitar o uso de uma política pública em caráter perpétuo ou até de forma impensada ou sem avaliação periódica para saber se deva continuar ou não, vide as críticas existentes sobre as vantagens concedidas ao setor de refrigerantes na Zona Franca de Manaus: GONÇALVES, Oksandro. Os incentivos tributários na Zona Franca de Manaus e o desequilíbrio concorrencial no setor de refrigerantes. **Economic Analysis of Law Review**, v. 3, p. 72-94, 2012; RIKER, Jamarian Cota; JORDÃO, Jorge Luiz; FONSECA, Norma Cristina da Silva; RIBEIRO, Rizelda de Souza; SOUZA, Arnaldo Donisete de. Zona Franca de Manaus: Avaliação dos fatores e atratividade de investimentos do subpolo de duas rodas em Manaus. **Revista Eletrônica Mutações**. Jan-jun. 2006, p. 67-88; RIBEIRO, Marcelo Miranda; GONÇALVES, Oksandro. Tributação e desenvolvimento regional: uma análise econômica dos benefícios fiscais concedidos para empresas instaladas na Zona Franca de Manaus e a guerra fiscal entre estados. **Revista Pensar (UNIFOR)**, v. 20, p. 376-429, 2015; GONÇALVES, Oksandro; BITTENCOURT, Mauricio ; NETO, João ; JUNIOR, Weimar ; JUNIOR, Carlos; JAMES ; Carlos Pereira Dutra ; DEUD, Maria ; KOBUS, Renata ; João Vieira . Zona Franca de Manaus: desequilíbrio concorrencial no setor de bebidas. In: RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; ROCHAR JR, Weimar Freire.. (Org.). **Concorrência e tributação no setor de bebidas frias**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011, p. 101-131; STARKE, Felipe; RIBEIRO, Marcia Carla Pereira . Eficiência e concentração empresarial: o caso do setor de bebidas frias. In: Giovani Clark, Paulo Ricardo Opuszka, Maria Stela Campos da Silva. (Org.). **Direito e Economia**. 1ed. Florianópolis: CONPEDI, 2014, v. I, p. 225-251. Tal assunto da Zona Franca de Manaus e possibilidade ou não dos suscitados benefícios foram objeto de julgamento pelo Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário 596.614.

⁹⁸⁶ Vide THALER, Richard H.; SUNSTEIN, Cass R. **Nudge**. Trad. Ângelo Lessa. São Paulo: Objetiva, 2018. “Esse nudge, na nossa concepção, é um estímulo, um empurrãozinho, um cutucão; é qualquer aspecto capaz de mudar o comportamento das pessoas de forma previsível sem vetar qualquer opção e sem nenhuma mudança significativa em seus incentivos econômicos. Para ser considerada nudge, a intervenção deve ser barata e fácil de evitar. Colocar as frutas em posição bem visível é um exemplo de nudge. Simplesmente proibir a junk food, não.”

tratamento respectivo para tanto.⁹⁸⁷ Não quer dizer que existe necessidade do consumo que haverá a procura pelos consumidores. Basta avaliar que num país pobre, a necessidade existe, porém a procura não se equivale justamente pelo fato de o poder de compra ser menor. Assim sendo, torna-se imperiosa a preocupação do Estado quanto ao modo de como os seus fornecedores agem para escopos que lhe importam como desenvolvimento científico, inovativo, tecnológico ou ambiental. Conseqüentemente à sua postura em compras públicas a partir de um incentivo ou de uma direção, os demais consumidores também serão impactados. A dita destruição criativa de Schumpeter ajudará a visão dinâmica da economia, diferenciando-se do marginalismo ou de qualquer ideia de econômica estática.⁹⁸⁸

Por toda essa relação, não se pode estudar a contratação pública sem avaliar o seu impacto na concorrência. A própria inovação está atrelada com a concepção dinâmica da concorrência, que esta por sua vez “tem conseqüências importantes para o papel do Estado na sua manutenção, quer dizer, para o direito da concorrência.”⁹⁸⁹ Seja pela interferência direta ou por intermédio dos auxílios, faz-se necessário que sejam comensurados tais atos estatais diretos ou por ele suportados. Desde a insuficiência apreciação em geral das normas relativas ao controle de ajuda do Estado até a própria permissividade de contratação de operadores econômicos com preços excessivos ou demasiadamente baixos, perpassando pela mais recente abordagem sobre o controle nas empresas estatais e pela possibilidade de empresas público-privadas, vislumbra-se uma baixa preocupação estatal.⁹⁹⁰ A livre concorrência revela-se como um fator de elevada preocupação, ainda mais em países desenvolvidos, já

⁹⁸⁷ SCHUMPETER, Joseph A. **Capitalismo, Socialismo e Democracia**. Trad. Ruy Jungman. Rio de Janeiro: Editora Fundo de Cultura, 1961, p. 144.

⁹⁸⁸ MARCO, Manuel Sanchis i. Reseña de J. A. Schumpeter, Capitalismo, socialismo y democracia. La torre del Virrey. **Revista de Estudios Culturales**, n. 18, 2015/2, p. 1-8, p. 05. Acerca do papel da regulação nas compras públicas inovadoras, María del Carmen Sanchez Carreira e María Concepción Peñate Valentín elencam três dimensões chaves: (i) existência de flexibilidade para que a empresa possa ter opções para cumprir e se beneficiar da regulação ou não; (ii) o grau de exigência requerida pelo Poder Público para orientar os operadores econômicos; e (iii) ótima qualidade de informação entre o Estado e os agentes para arrefecer as assimetrias. (CARREIRA, María del Carmen Sanchez; VALENTÍN, María Concepción Peñate. El papel de la regulación en la compra pública innovadora: relevancia y limitaciones. **Cuaderno de Electrónico de Estudios Jurídicos**, n. 05, 2015-2016, p. 35-68, p. 43 e seguintes).

⁹⁸⁹ MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. **Análise econômica do direito**. Trad. Rachel Sztajn. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 114.

⁹⁹⁰ GRAELLS, Albert Sánchez. Reflexiones críticas em torno a la disciplina del comportamiento de mercado del comprador público. In: ACEVEDO, Rafael Fernández; FERNÁNDEZ, Patricia Valcárcel (directores). **La contratación pública a debate: presente y futuro**. Navarra: Civitas, 2014, p. 275-298, p. 279-281.

que suas empresas competem no mercado interno e externo, fazendo com que o Estado se preocupe com o ambiente nacional propício e uma pauta de relações internacionais em que a não discriminação prevaleça.⁹⁹¹ Por isso, a livre concorrência é tão difundida em tais países a partir da garantia das seguintes liberdades: a) acesso ao mercado pelos agentes econômicos; b) exercício ou de permanência no mercado e c) permissão para cessação ou saída de mercado.⁹⁹²

Especificamente nas licitações, além dos preços, comportamentos “anormais” e ilegais de fornecedores podem comprometer a concorrência efetiva no mercado, como nos casos de abuso do comprador público com a agrupação do poder de compra, critérios restritivos de competitividade, compras com volumes significativos, dentre outros comportamentos colusórios.⁹⁹³ Mas será que existe diferença entre o operador público e o privado? No âmbito da União Europeia, o caso FENIN (*Federación Nacional de Empresas de Instrumentación Científica, Médica, Técnica y Dental*) e o caso Van Eycke expõem, respectivamente, que não haveria violação aos artigos 101 e 102 do Tratado de Funcionamento da União Europeia e que: (i) poderia acontecer uma exceção ao respeito das regras de concorrência quando uma compra pública for fundamentada na ideia de exercício de uma atividade puramente social;⁹⁹⁴

⁹⁹¹ “Concorrência é processo contínuo no qual os empresários, mediante recurso a uma gama infinita de estratégias, entre as quais preços, serviços, inovações em matéria de produção, de gestão e de oferta ao mercado, procuram e tentam, em seu benefício, realizar combinações de clientes e produtos que lhes deem vantagens sobre outros empresários que os clientes percebem como concorrentes. O processo de concorrência faz emergirem possibilidades até então ignoradas. A introdução de inovações, e sua aceitação pelos consumidores, permitem descobrir o que estes, os últimos, procuram e o que os fornecedores podem lhes oferecer ao preço que sejam capazes de pagar. Não se trata de simples declarações de intenção, mas de possibilidades realistas.” (MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. **Análise econômica do direito**. Trad. Rachel Sztajn. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 114).

⁹⁹² Pode-se falar em duas vertentes para o direito à empresa “vertiente institucional, se garantiza objetivamente la libertad empresarial como regla para el mantenimiento del sistema de economía social de mercado. (...) en su vertiente individual, se reconoce como un derecho subjetivo que (...) se configura como aquel que asiste a todo ciudadano a participar libremente, mediante la utilización de recursos privados, en la creación, dirección y administración de organizaciones individuales o societarias encaminadas a la protección de bienes y servicios y a un intercambio en el mercado. (VERA, José Bermejo. **Derecho administrativo** (parte especial). 6. ed. Navarra: Editorial Arazandi (Thomson Civitas), 2005 p. 811-812 e 814-822.)

⁹⁹³ GRAELLS, Albert Sánchez. Reflexiones críticas em torno a la disciplina del comportamiento de mercado del comprador público. In: ACEVEDO, Rafael Fernández; FERNÁNDEZ, Patricia Valcárcel (directores). **La contratación pública a debate: presente y futuro**. Navarra: Civitas, 2014, p. 275-298, 281-283.

⁹⁹⁴ “Por conseguinte, sempre que uma entidade compra um produto, mesmo quando o faz em grande quantidade, não para oferecer bens ou serviços no âmbito de uma actividade económica, mas para o usar no âmbito de outra actividade, por exemplo, uma actividade de natureza puramente social, essa entidade não actua como uma empresa pela sua simples qualidade de comprador num mercado. Embora, de facto, tal entidade possa exercer um poder económico muito importante, que poderia

e (ii) poderia afastar as regras de antitruste nos casos em que o Estado estiver na condição ou tiver delegado alguma potestade pública.⁹⁹⁵

Com efeito, as compras públicas acabam originando repercussão no âmbito concorrencial, ainda que tais decisões antigas tenham afastado parcialmente o regime da liberdade concorrencial e seus privilégios como anteriormente apontado. Ademais, é mister ponderar que as ajudas em geral do Estado também deverão ser valoradas sobre a sua viabilidade ou não ante às regras de competição empresarial.⁹⁹⁶ Para o Tribunal de Justiça da União Europeia e para examinar em conformidade com a Lei de Funcionamento da União Europeia, bem como para a legislação brasileira, faz-se inexorável que haja uma avaliação crítica para averiguar se a medida analisada falseará a concorrência ou não.⁹⁹⁷ Por isso, qualquer atuação estatal de direcionamento ou de fomento deverá ser devidamente justificada e não poderá

eventualmente dar lugar a uma situação de monopsonio, não deixa de ser verdade que, na medida em que a actividade para cujo exercício ela compra tais produtos não possui natureza económica, essa entidade não actua como uma empresa na acepção das regras comunitárias em matéria de concorrência, não estando, por isso, abrangida pelas proibições previstas nos artigos 81.º, n.º 1, CE e 82.º CE.” (Tribunal de Justiça da União Europeia, Processo T-319/99, Acórdão 4 de março de 2003, Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:61999TJ0319&from=DE>. Acesso em 17 de mar. de 2019).

⁹⁹⁵ “Por tanto en la medida en que el comprador público no imponga un comportamiento anticompetitivo a los licitadores (o refuerce los efectos de la colusión entre licitadores), ni delegue ningún tipo de potesta decisoria o reguladora a operadores privados, la doctrina de la acción pública resulta igualmente inoperativa en la inmensa mayoría de los casos de contratación pública. Pero, incluso en casos en que la conducta del comprador público ha facilitado o reforzado la colusión entre licitadores, las autoridades de competencia se muestran especialmente reacias a investigar y sanciones este comportamiento.” (GRAELLS, Albert Sánchez. Reflexiones críticas em torno a la disciplina del comportamiento de mercado del comprador público. In: ACEVEDO, Rafael Fernández; FERNÁNDEZ, Patricia Valcárcel (directores). **La contratación pública a debate: presente y futuro**. Navarra: Civitas, 2014, p. 275-298, p. 283-284).

⁹⁹⁶ Considera-se ajuda como a medida que de algum modo venha a diminuir as obrigações que um empresário tem que suportar de maneira geral e também aquelas que originem o mesmo escopo, sendo que poderão ser dar por meio de isenções de impostos e taxas, isenções e taxas parafiscais, bonificações de juros, fornecimentos de bens ou qualquer outra medida similar, dentre outros. Nesta diretriz, José Bermejo Vera explica que: “En cualquier caso, estas medidas, para resultar contrarias al Tratado de la Unión, deben originar un efectivo falseamiento de la competencia, de tal manera que, si se dan las condiciones previstas por el Tratado, estas medidas de fomento del desarrollo económico pueden resultar compatibles en un mercado único.” (VERA, José Bermejo. **Derecho administrativo** (parte especial). 6. ed. Navarra: Editorial Arazandi (Thomson Civitas), 2005, p. 939)

⁹⁹⁷ “Na União Europeia, a concorrência é geralmente entendida como um meio de concretizar a construção do mercado interno. (...) A integração económica é, nesta perspectiva, alcançada pela defesa da concorrência e, igualmente, por intermédio das liberdades de circulação. É justamente aqui que se verificar que o direito da concorrência, tendo um âmbito de aplicação transversal, cruza-se com o direito da contratação pública. O direito da concorrência e o direito da contratação pública derivam de uma lógica idêntica, a qual considera que contratos públicos celebrados de harmonia com o princípio da concorrência e respeitando o direito da concorrência produzem benefícios para a economia e para a sociedade (aqui entendidos, a final, como consumidores e contribuintes).” (RODRIGUES, Nuno Cunha. **A contratação pública como instrumento de política económica**. Coimbra: Almedina, 2015 p. 326).

representar uma duplicidade desnecessária e desproporcional para um certo setor ou área de operadores econômicos.

A ponderação das compras públicas sob o enfoque concorrencial pode ser examinada pelo Direito Econômico e, inclusive, utilizando o instrumental da Análise Econômica do Direito. A nomenclatura de Direito Econômico, Direito Público da Economia ou Direito da Economia já gera um debate.⁹⁹⁸ Pode-se defini-lo, segundo José Pedro Fernandes, como um ramo do Direito que disciplina a organização e a atividade econômica ou as situações, instituições e fatos jurídicos que instruem “a vida e a experiência juseconômica” ou a “disciplina da ciência do direito que estuda uma e outra destas realidades.”⁹⁹⁹ Luís S. Cabral de Moncada delimita o Direito Econômico como “o direito público que tem por objetivo o estudo das relações entre os entes públicos e os sujeitos privados, na perspectiva da intervenção do Estado na vida econômica”, pautando, dessa maneira, o seu critério a partir da atuação estatal interventiva.¹⁰⁰⁰ De forma um pouco diferente, Mário André Machado Cabral recomenda o direito econômico em países como o Brasil tem primordial função de superar o subdesenvolvimento, além de regular os comportamentos dos agentes privados e do Estado, salientando que o subdesenvolvimento não é um estágio de um

⁹⁹⁸ “Apesar dos diferentes nomen juris referidos pela doutrina a propósito deste ramo do direito (Direito da Economia; Direito Económico e Direito Público da Economia), preferimos Direito da Economia a Direito Económico pela maior abrangência que a primeira expressão proporciona e pelo rigor que abraça ao descrever a intersecção das normas visadas pelo estudo deste ramo do direito com a economia.” (RODRIGUES, Nuno Cunha. **A contratação pública como instrumento de política econômica**. Coimbra: Almedina, 2015, p. 26). Além disso, salienta que nem todos os autores concordam com a ideia de Direito da Economia e Direito Econômico serem conceito equivalentes, como Luiz Carlos Barnabé de Almeida admoesta que para o seu raciocínio Direito da Economia “é quando se faz uma norma com objetivo de administrar um conflito causado pela escassez. É o direito aplicável a todas as matérias em que entram a noção de economia, ou seja, de escassez.” Já Direito Econômico “ramo das ciências jurídicas que tem como objeto o processo de juridicização da política econômica.” (ALMEIDA, Luiz Carlos Barnabé de. **Introdução ao direito econômico**: direito da economia, economia do direito, direito econômico, law and economics, análise econômica do direito, direito econômico internacional. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 104-105).

⁹⁹⁹ Ainda posteriormente descreve Direito da Economia como “expressão da intervenção (no mais lato sentido) do Estado na atividade económica (ou restritamente da direcção da economia pelo Estado); ou, de outra forma, contém um conjunto de regras limitativas da liberdade económica. A partir desta ideia, diversas concretizações surgem: o Direito da Economia como conjunto de normas que na prática excutam juridicamente a política económica; a limitação da direcção económica pelo Estado, ou a formalização dessa direcção (em sentidos opostos); ou a expressão jurídica do equilíbrio entre intervenção (direcção) da economia pelo Estado e garantias das pessoas e dos grupos (particulares) perante essa intervenção.” (FERNANDES, José Pedro. **Dicionário Jurídico da Administração Pública**. Lisboa: Narcisio Correia, 1991, p. 45 e 46).

¹⁰⁰⁰ MONCADA, Luís S. Cabral de. **Direito Económico**. 6. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2012, p. 15.

processo, mas fenômeno autônomo.¹⁰⁰¹

Como se verifica, independentemente da possível definição, trata-se de um ramo que busca a interdisciplinaridade entre Direito e Economia.¹⁰⁰² Entre as suas características, pode-se transluzir a interação entre tais searas de conhecimento e que trata de conceitos concretos (conceito de fatos). Mais um motivo para estudar a interface entre o direito da concorrência e o direito da contratação pública, já que três pontos enfocam maior atenção: (i) articulação existente entre os seus objetos; (ii) necessidade de apuração de violação do direito da concorrência no contexto da contratação pública e também como o Estado deverá repreender e prevenir tais infrações; e (iii) em que medida a prossecução de políticas horizontais poderá confrontar com o direito da concorrência.¹⁰⁰³

Com efeito, tendo em vista mercados perfeitamente competitivos, os Estados procuram realizar a despesa pública ao menor custo possível e, se possível, com base na preferência doméstica e na aquisição, considerando o pretense aumento de bem-estar nacional. Um dos pontos que chama a atenção para saber como e em que medida deverá o Estado atuar é se está diante de uma economia perfeita ou uma economia imperfeita. A economia perfeita reúne as seguintes características: “a atomicidade da oferta e da procura, a inexistência de obstáculos à entrada e saída; a substituíbilidade total dos produtos e a existência de informação perfeita, livre e gratuita entre todos os agentes.”¹⁰⁰⁴ Já na concorrência imperfeita, que se encaixa à situação em geral do Brasil, a redução da despesa pública e a aquisição doméstica

¹⁰⁰¹ CABRAL, Mário André Machado. **Subdesenvolvimento e estado de exceção**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 03 e 14.

¹⁰⁰² Características do Direito Econômico são: restrição do formalismo jurídico e constante interação funcional entre economia e direito; predomínio ou maior peso relativo de fato na previsão da norma de Direito da Economia (Conceitos de fatos), mobilidade acentuada do corpo de normas jurídicas, caráter concreto (e até mesmo casuístico em alguns casos), declínio das fontes tradicionais do Direito (aparecimento de novas fontes ou formas de produção jurídica, como, v. g., lei-programa, acto-incentivo, consensualidade e contratualismo crescente, etc.), crise da imperatividade, crise da generalidade, grandes variações de regimes jurídicos estruturais de acordo com a época histórica e estrutura económico-social do país, predomínio da metodologia indutiva e da interdisciplinaridade no estudo científico e uma certa especialidade em matéria principiológica. (FERNANDES, José Pedro. **Dicionário Jurídico da Administração Pública**. Lisboa: Narcisio Correia, 1991, p. 54-55).

¹⁰⁰³ RODRIGUES, Nuno Cunha. **A contratação pública como instrumento de política económica**. Coimbra: Almedina, 2015, p. 319-320. Em outro texto, o autor propõe que se diferencie o princípio da concorrência dos objetivos subjacentes à defesa da concorrência e da aplicação do Direito da concorrência. Sobre esta linha de raciocínio, RODRIGUES, Nuno Cunha. O princípio da concorrência nas novas diretivas sobre contratação pública. **Revista da Concorrência e Regulação**, Lisboa, n. 19, jul.set./2014, p. 213-224.

¹⁰⁰⁴ RODRIGUES, Nuno Cunha. **A contratação pública como instrumento de política económica**. Coimbra: Almedina, 2015, p. 33.

pode gerar a restrição do bem-estar social pela diminuição de renda interna gerada, o que determina uma análise caso a caso para saber se é viável e em qual medida uma medida discriminatória em sede de compras públicas.¹⁰⁰⁵

Pela ideia de concorrência imperfeita, a regulação deverá resolver e enfrentar cinco problemas como descreve Santiago Muñoz Machado a partir das lições de S. Breyer e R. Stewart: (i) necessidade de controle de monopólios, ainda mais nos casos dos naturais em que são inevitáveis a organização de alguns mercados e devido a razões de economia de escala ou de economia de alcance é mais barato para uma empresa produzir do que para duas ou mais; (ii) necessidade de controlar os benefícios de aumentos súbitos de alguns preços em virtude da possibilidade de estoque por parte de um operador e uso dessa reserva para obter um *plus* em desfavor dos seus concorrentes; (iii) necessidade de correção do incremento dos custos, pois a regulação poderá desencadear externalidades; (iv) necessidade de compensação da informação inadequada, visto que nem sempre existem informações disponíveis e de qualidade para todos os *players* com amplitude de acesso; (v) necessidade de evitar o excesso de concorrência, porque a grande quantidade de competidores poderá fomentar o conluio, medidas desleais e de colusão para a obtenção de uma vantagem indevida sobre os concorrentes.¹⁰⁰⁶

De qualquer maneira, sob esse enfoque, constatar-se-á a possibilidade de a atuação estatal interferir em prol do desenvolvimento científico, tecnológico e inovativo por meio das compras públicas e se poderá desencadear uma ofensa ao mercado e à concorrência pela permissividade de algumas empresas possuírem diferença de acesso a mercado e custo.¹⁰⁰⁷ Para tal tarefa, é imperioso explanar sobre um dos meios de tal preferência comumente utilizados, qual seja, a margem de preferência de valores.

Para compreender sobre a margem de preferência, deve-se avaliar os custos

¹⁰⁰⁵ RODRIGUES, Nuno Cunha. **A contratação pública como instrumento de política econômica**. Coimbra: Almedina, 2015, p. 31.

¹⁰⁰⁶ MACHADO, Santiago Muñoz. **Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General: Libro XIV – La actividad regulatoria de la Administración**. Madrid: Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, 2015, p. 32-33.

¹⁰⁰⁷ A interferencia estatal revela-se condicionante para o sucesso “La intervención pública es, por tanto, la mejor manera de asegurar el suministro suficiente de bienes públicos. Lo que la política económica tendrá que decidir es cuál es la cuantía óptima de esta clase de bienes y cómo se repercuten los costes.” MACHADO, Santiago Muñoz. **Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General: Libro XIV – La actividad regulatoria de la Administración**. Madrid: Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, 2015, p. 29.

marginais presentes na composição de custos e despesas de um objeto. A imputação de uma diferença de valores durante uma disputa entre uma empresa beneficiada e outra não com certeza impregna um favorecimento e a priori arrefece a concorrência efetiva. Enquanto acobertada pelo manto da vantagem, a empresa nacional tenderá a aumentar a sua produção para atender a demanda do importante cliente que é a Administração Pública.¹⁰⁰⁸ Doutro lado a empresa estrangeira para perdurar na peleia comercial responderá com a diminuição do seu lucro, acirrando assim a questão no valor. De imediato, constata-se que a Administração Pública será beneficiada com a diminuição do preço a ser pago pelo objeto, porém a visão, assim como defendida desde o início deste trabalho, deverá ser planejada o que induz um espectro a médio e longo prazo, inclusive sustentável para o desenvolvimento nacional. Como alerta Nuno Cunha Rodrigues, uma das maiores dificuldades que deverá ser obtemperada aqui é como fixar uma margem de preferência proporcional e razoável se existe um notável “desconhecimento da origem dos custos de produção das empresas” e uma assimetria informacional entre os custos de produção entre as nacionais e as estrangeiras e qual seriam as vantagens para o bem estar nacional. Ainda, manifesta que a principal fraqueza dessa posição imediata de protecionismo, sob o raciocínio ora esposado é que: (i) a análise é feita embasada num modelo de equilíbrio parcial; (ii) poderá haver a captura por grupos domésticos de interesses favoráveis às margens de preferência, e, com isso, anulará qualquer incidência de redistribuição por essa medida de política econômica; e (iii) a nível internacional a sua fixação provocará retaliações por outros países e afastamento de possíveis acordos bilaterais ou multilaterais.¹⁰⁰⁹

Na mesma linha, Santiago Muñoz Machado aduz que o mercado possui falhas

¹⁰⁰⁸ Utilizar-se-á, neste tópico, a expressão empresa nacional para indicar a beneficiada por uma margem de preferência ou qualquer outro instrumento de política discriminatória horizontal e empresa estrangeiro como aquela não alcançada, sendo que na proposição deste trabalho a vantagem a ser concedida é para a empresa nacional ou estrangeira que invista em desenvolvimento científico, tecnológico e inovativo nacional.

¹⁰⁰⁹ RODRIGUES, Nuno Cunha. **A contratação pública como instrumento de política econômica**. Coimbra: Almedina, 2015, p. 36-41. A regulação do Estado no mercado de compras públicas se faz necessária, ainda mais no cenário de concorrência imperfeita. “Frente a la creencia de que el mercado puede por sí mismo ordenador los intereses de todos los operadores y los consumidores, establecer equilibrios perfectos entre la oferta y la demanda, la doctrina a que me refiero parte de la inexistencia de una competencia perfecta; por el contrario, lo normal son las imperfecciones y los fallos del mercado. Ara corregirlos se justifica la regulación.” (MACHADO, Santiago Muñoz. **Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General**: Libro XIV – La actividad regulatoria de la Administración. Madrid: Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, 2015, p. 29).

e é imperfeito, assim como o próprio Governo, o qual incorre por falta de informação (e assimetria informacional com o mercado) ou por possibilidade de captura por grupos de interesse.¹⁰¹⁰ Somado a isso, a *public choice* seria mais uma causa para ser refratária à intervenção estatal, já que, na democracia representativa, quatro grupos de atores influenciam as iniciativas a serem adotadas nas funções ou missões estatais e poderão ser contaminados por interesses não públicos. Ao invés de agirem com propósitos coletivos e racionais, acabam ficando a mercê da manipulação. Referidos grupos são: (i) os cidadãos e a possibilidade até da ignorância racional em suas manifestações, (ii) a classe política e a forma de ascensão e manutenção de poder geram interesses sectários, (iii) a burocracia que poderá servir para manobrar e arranjos não públicos e (iv) os grupos de interesse e suas formas de captura para cooptar agentes políticos para as suas tomadas de decisões.¹⁰¹¹

Qualquer estratégia restritiva ou reguladora incidental sobre os preços praticados no mercado, no raciocínio de Joseph Schumpeter, gera a necessidade de revisitar o desenvolvimento a médio e longo prazo da produção e a compreensão das circunstâncias e do grau que a indústria se controla em cada caso. Sobre a rigidez do preço, “um preço é rígido se menos sensível às alterações da oferta e da procura do que seria numa situação de concorrência perfeita”, sendo que o método de medição e o material utilizado poderão ensejar dúvidas quanto ao efetivo resultado. Vários motivos justificam a rigidez como é o caso de uma mera política comercial. Vale ressaltar que o progresso tecnológico e a inovação contribuem para evitar qualquer tipo de excesso ou rigidez, isso porque a empresa poderá estar na condição de um monopólio ou de um cartel, porém o incentivo e a direção pelo Estado para que outros venham a conquistar condições similares, imitem ou criem novos produtos, fará com que as empresas numa concorrência imperfeita não possam gozar a longo prazo, já que o próprio mercado se organizará para competir. Por tais razões, o autor destaca que “a concorrência perfeita é não apenas sistema impossível, mas inferior, e de nenhuma maneira se justifica que seja apresentada como modelo de eficiência ideal”,

¹⁰¹⁰ MACHADO, Santiago Muñoz. **Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General: Libro XIV – La actividad regulatoria de la Administración**. Madrid: Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, 2015, p. 31. Ejan Mackaay e Stéphane Rousseau complementam como causas da imperfeição as externalidades e a racionalidade limitada nas informações. (MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. **Análise econômica do direito**. Trad. Rachel Sztajn. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 122).

¹⁰¹¹ MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. **Análise econômica do direito**. Trad. Rachel Sztajn. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 161-178.

logo, não se visualiza qualquer empecilho para que o Estado regule o mercado, desde que entenda que deverá contribuir e não sacrificar interesses do bem estar social ao colaborar com interesses sectários daqueles que estão em condição privilegiada num monopólio ou num cartel.¹⁰¹²

Por tais razões, a política pública para o desenvolvimento de tecnologia, da ciência e da inovação por intermédio das compras públicas deverá ser muito bem estruturada e fiel ao seu ciclo, acautelando-se de possíveis vícios que poderão gerar muito mais prejuízo do que benefício ao interesse público. Não se deve simplesmente rejeitar as funções estatais e a ampla participação democrática nas escolhas políticas pelo fato de serem passíveis de serem contaminadas, mas que haja a máxima transparência e cuidados elevados para evitar qualquer disrupção na busca do interesse público.¹⁰¹³

Atinente a esse ponto, insta apresentar algumas observações críticas que deverão ser depreendidas: (i) a margem de preferência nunca poderá ser adotada de maneira uniforme em todos os setores e objetos, sob pena de se configurar um protecionismo sem finalidade; (ii) a feitura de um estudo técnico é indispensável de ser executado pelo Poder Público para explicar a estrutura atual do mercado para aquele objeto e qual o arranjo jurídico (margem de preferência e/ou outras medidas) deverá ser proporcionado para o atingimento da finalidade da política horizontal proposta; (iii) abertura para que qualquer pessoa possa questionar, criticar ou apresentar soluções alternativas contra o estudo técnico;¹⁰¹⁴ e (iv) sempre a margem de preferência deverá ter duração limitada, a qual dependerá para a sua continuidade das avaliações da política pública, da reanálise das condições mercadológicas e da

¹⁰¹² SCHUMPETER, Joseph A. **Capitalismo, Socialismo e Democracia**. Trad. Ruy Jungman. Rio de Janeiro: Editora Fundo de Cultura, 1961, p. 116-136.

¹⁰¹³ De forma contrária e incrédula, Ejan Mackaay e Stéphane Rousseau aduzem: “a *public choice* propõe leitura mais pessimista dos processos democráticos. Sua análise leva em conta, de forma convincente, grande número de fenômenos e comportamentos que caracterizam a ordem política nas democracias representativas. Globalmente, inspira desconfiança a respeito do discurso do interesse geral, considerando as dificuldades das autoridades públicas de adotarem políticas que, honestamente, possam ser qualificadas como tal, e que não sejam mais do que a correção das imperfeições do mercado.” (MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. **Análise econômica do direito**. Trad. Rachel Sztajn. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 179).

¹⁰¹⁴ Por óbvio tais manifestações em geral deverão ser respondidas sobre o porquê do acatamento ou não. Não havendo qualquer possibilidade de a Administração Pública silenciar sobre toda e qualquer ilação apresentada. O princípio da boa-fé, da confiança legítima, da motivação, da indisponibilidade do interesse público e da transparência determinam a oitiva, a análise e a resposta justificada do Poder Público.

manifestação a ser disponibilizada para que qualquer pessoa possa se manifestar.

Convém ponderar que jamais se entende como possível a restrição de empresas estrangeiras no mercado das compras públicas nacionais, salvo em situações excepcionalíssimas em que haja risco para algum dos elementos mínimos do Estado, sob pena de ser um atentado à concorrência, além de inserir a Administração Pública como uma potencial destinatária da captura do mercado, o qual poderá aleatoriamente alterar as condições de compra e venda de acordo com os seus interesses egoísticos.¹⁰¹⁵ Isso, além de gerar um enorme prejuízo financeiro à Administração Pública como consumidora, será deveras pernicioso aos demais consumidores, o que fará com que a Administração Pública induza e concorra com a perda de poder de compra das pessoas em geral com a possibilidade de aumento dos preços, majore a probabilidade de corrupção quando da captura de interesses, diminua o acesso das pessoas à satisfação das suas necessidades (mínimas, de subsistência, de comodidade ou até as voluptuárias) e frustre a felicidade, além de até impactar no valor da moeda (a depender do tamanho do setor protegido).¹⁰¹⁶

Atingir o desenho ótimo das políticas discriminatórias é extremamente difícil. Nesse sentido, a aplicação do segundo ótimo que gerou a teoria das distorções endógenas, cujo pioneiro foi Jagdish Bhagwati. Uma tarifa alfandegaria não é encarada como uma política de primeiro ótimo se as distorções de mercado forem originárias nas condições econômicas do próprio Estado analisado. Caso o motivo da distorção seja a relação com os outros Estados, a aplicação de tarifas é considerada como uma política de primeiro ótimo. Todavia, se a causa for interna ao próprio Estado, em seu território, logo a adoção de políticas discriminatórias em nível internacional é qualificada como política de segundo ótimo. Nuno Cunha Rodrigues conclui que “o desenho ótimo das políticas discriminatórias nos contratos públicos é

¹⁰¹⁵ Ainda que bastante antigo e dentro de uma realidade díspar da atual, J. Nascimento Franco e Niske Gondo explanam que a exigência de nacionalidade brasileira não ofenderia qualquer dispositivo legal e entenderiam como cláusula razoável e inofensivo à isonomia, desde que justificado no edital. (NASCIMENTO, J. Nascimento; GONDO, Niske. **Concorrência Pública**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1969, p. 48-49).

¹⁰¹⁶ Em geral, a captura de interesses sempre é preocupante para a livre concorrência, tanto que Agustí Cerrillo i Martínez em sua palestra no Congreso Español de Profesores de Derecho Administrativo alertou sobre essa possibilidade diante das compras públicas inovadoras a partir de uma determinada tecnologia ou produto (MARTÍNEZ, Agustí Cerrillo i. **Los servicios de la ciudad inteligente**. XV Congreso Anual de la Asociación de Profesores de Derecho Administrativo, 07 e 08 de febrero de 2020, disponível no site <http://www.aepda.es/AEPDAEntrada-2518-XV-CONGRESO-DE-LA-AEPDA.aspx>. Acesso em 09 de fev. de 2020.)

muito difícil de materializar”, porém entender que é difícil não significa, de maneira alguma, que é impossível. Os custos marginais precisam ser mensurados e decifrados para que a ganhos fiquem mais claros e viáveis de serem explicados na adoção de políticas horizontais.¹⁰¹⁷

Nesse último ponto, pode-se aventar a teoria da agência para direcionar as escolhas da Administração Pública num ato convocatório ou num contrato público, mais precisamente para alinhar as suas preferências, a utilidade e os custos para obter o resultado pretendido. Como dito por Francisco Renato Codevila Pinheiro Filho, no âmbito dessa teoria, a “assimetria de informações significa que o principal não consegue saber se o nível de comprometimento do agente é compatível com o grau de maximização de utilidade desejada”, o que pode ser refletido na formulação da política pública horizontal para incentivo e direção para dado escopo.¹⁰¹⁸ Assim, como os bens não são homogêneos ou têm algum custo de informação relevante e outros custos associados, o Estado pode preferir um fornecedor ou objeto doméstico a estrangeiro, o que também de fato contribuirá para diminuir “as assimetrias de informação, os custos de monitorização ou a probabilidade de uma falha pós-contratual que o obrigue a renegociar, o que justifica uma política discriminatória a favor dos produtores locais.”¹⁰¹⁹

Como se constata, pode-se concluir que quando a procura pública foi inferior ou igual à oferta total nacional, os efeitos de uma política discriminatória por meio de margens de preferência serão iguais ao da proibição de importação; já se a procura pública é superior à oferta nacional, depende de como será a quantificação da margem de preferência: (i) se a margem é estabelecida de forma superior à diferença entre os preços nacional e estrangeiro, logo os contratos públicos serão ganhos apenas por empresas nacionais, o que gerará a consequência igual à proibição de importações; (ii) se a margem estatuída é inferior à diferença de preços, os preços e a margem de ganho das empresas nacionais de acordo com a proporção estipulada (lucro) a longo prazo será afastado, pois o mercado ficará aberto e haverá acirrada competição,

¹⁰¹⁷ RODRIGUES, Nuno Cunha. **A contratação pública como instrumento de política econômica**. Coimbra: Almedina, 2015, p. 44.

¹⁰¹⁸ PINHEIRO FILHO, Francisco Renato Codevila. Teoria da agência: problema agente-principal. In: RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; KLEIN, Vinicius (coord.). **O que é análise econômica do direito: uma introdução**. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 97-109, p. 103-105.

¹⁰¹⁹ RODRIGUES, Nuno Cunha. **A contratação pública como instrumento de política econômica**. Coimbra: Almedina, 2015, p. 58.

inclusive com a diminuição de lucros excessivos, o que engendrará um equilíbrio e a futuro aumento de produção nacional, aumento de oferta nacional e diminuição de importações.¹⁰²⁰

Em exemplo didático, Rodrigues explica como a imposição de uma margem de preferência favorável para o objeto nacional poderá representar efeitos positivos sobre a produção nacional:

Consideremos agora que a produção doméstica total equivale a 55 euros, e que esta é destinada a 50 euros da procura pública doméstica; 200 euros da procura privada doméstica; 50 euros do governo estrangeiro e 200 euros da procura privada estrangeira. Neste cenário, o governo determina uma política discriminatória em que se privilegia a aquisição doméstica (acrescendo mais 50 euros à procura pública inicial e 50 euros). Aqui os produtores nacionais irão enfrentar uma procura total de 550 euros (mais 50 euros comparativamente com a procura anterior). A procura privada doméstica e a procura do país estrangeiro permanecem idênticas mas a procura pública doméstica passa de 50 euros para 100 euros.¹⁰²¹

Uma teoria que também tem sido utilizada para compreender o impacto de eventual preferência para os objetos nacionais em contratações públicas e as consequências em termos de aglomeração é a nova teoria do comércio internacional e a economia geográfica.¹⁰²² As três forças de aglomeração que são destacadas são: as externalidades tecnológicas, a especialização dos trabalhadores e economias de escala e os custos de comércio com o transporte. A regulação que impõe uma política

¹⁰²⁰ RODRIGUES, Nuno Cunha. **A contratação pública como instrumento de política econômica**. Coimbra: Almedina, 2015, p. 52. Para complementar, recorda-se da explicação de Fernando Araújo: “as divergências fundamentais emergem de um entendimento distinto quanto às razões últimas para a existência de contratos: para a teoria da agência, as motivações básicas da contratação são a transferência de riscos e o alinhamento de incentivos, combinando-se num trade-off entre incentivos e seguro, em especial em relação em que o resultado envolva a dependência dos interesses de um parte (o principal) da conduta da contraparte (o agente), enquanto que para a Economia dos Custos de Transação o que avulta num contrato é, como vimos, uma combinação de soluções institucionais, como: - a estruturação de ajustamentos ex post, especialmente os modos de desincentivo à pressão oportunista que surge no <lock-in> contratual (seja a que termina num impasse de <hold-up>, seja a que chega à solução de renegociação); - a minimização de ineficiências ex ante, como <custos de busca> ou <dissipações de renda> que não tivessem senão efeitos redistributivos, sem incrementos do bem-estar total.” (ARAÚJO, Fernando. **Teoria Económica do Contrato**. Coimbra: Almedina, 2007, p. 216-217).

¹⁰²¹ RODRIGUES, Nuno Cunha. **A contratação pública como instrumento de política econômica**. Coimbra: Almedina, 2015, p. 60.

¹⁰²² Como dito por Marius Brühlhart e Frederico Trionfetti: “A teoria do comércio internacional é dominada por dois grandes paradigmas. Um paradigma pertence ao mundo neoclássico com bens homogêneos e mercados de produtos perfeitamente competitivos (PC). O segundo paradigma, freqüentemente chamado de ‘Nova teoria do comércio’, assenta na hipótese de produtos diferenciados e mercados competitivos monopolisticamente (MC).” (BRÜLHART, Marius; TRIONFETTI, Frederico. A test of trade theories when expenditure is home biased. **European Economic Review**, n. 53, 2009, p. 830-845, p. 830. Ainda sobre o assunto, vide: TRIONFETTI, Frederico. Public Expenditure and Economic Geography. **Annales d’Economie et de Statistique**, n. 47, 1997, p. 101-120.

de discriminação em contratos públicos é uma externalidade positiva para as empresas periféricas, visto que poderão obter maiores vantagens econômicas a partir de menores custos para instalação e operação. No entanto, nesse ponto, ainda mais num Estado tão extenso territorialmente como o Brasil, chama a atenção a questão da necessidade de infraestrutura para a distribuição dos objetos (seja para fornecer ou prestar), o que, *per si*, acaba sendo um óbice na realidade brasileira em virtude dos entraves logísticos e das péssimas e caras condições de transporte. Doutro lado, se os custos fossem pequenos e se há especialização dos trabalhadores em várias regiões dentro do Estado, a aglomeração deve ser afastada, o que fará com que a política discriminatória inclusive regional e local sejam vantajosas, pois “a ineficiência da despesa governamental pode ser compensada pelo ganho resultante da estabilização do equilíbrio simétrico em detrimento do equilíbrio de aglomeração”, gerando, assim, um aumento bem-estar geral com o benefício a zonas economicamente mais ressentidas.¹⁰²³ Posto isso, figura como valiosa a conclusão de Nuno Cunha Rodrigues:

Quando aplicadas num país em vias de desenvolvimento, numa óptica de concorrência perfeita e economias de escala constantes e num sector que produz menos do que a procura pública verifica, a discriminação reduz as importações, aumentando a produção e a especialização doméstica. Em sectores com economias de escala constantes e concorrência monopolística, a discriminação gera uma perda de bem-estar social que é corrigível a longo prazo porque permite a entrada no sector de outras empresas (admitindo a inexistência de barreiras à entrada). Em sectores com economias de escala crescentes, a procura pública pode contrariar o efeito de aglomeração/dispersão do comércio livre, gerando um processo dinâmico que aumenta a produção local e o bem estar mundial.¹⁰²⁴

Em artigo específico sobre a vantagem ou não da proteção por meio das compras públicas, Francis Ssenoga explica que o equilíbrio crítico entre a abertura de mercado e o alcance de seus objetivos socioeconômicos deve ser a pauta. Para tanto, se de um lado a inexistência de proteção gera aumento de capacitação das autoridades públicas para efetuarem as suas aquisições, menores custos em razão

¹⁰²³ RODRIGUES, Nuno Cunha. **A contratação pública como instrumento de política econômica**. Coimbra: Almedina, 2015, p. 62-67.

¹⁰²⁴ RODRIGUES, Nuno Cunha. **A contratação pública como instrumento de política econômica**. Coimbra: Almedina, 2015, p. 68-69. O mesmo autor enfatiza às fls 67 sobre a postura num ambiente de concorrência perfeita e economia de escala constante: “a procura pública deve ultrapassar a oferta doméstica para que as políticas discriminatórias sejam eficientes, no sentido de garantirem um aumento de bem-estar nacional – ainda que se verifique uma perda de bem-estar nacional a curto prazo decorrente do aumento ineficiente do aumento da produção local – decorrente do aumento da produção nacional.”

da amplitude de competição e possibilidade de estímulo indireto para a indústria nacional para competir com a estrangeira e continuar vendendo ao Estado; doutro lado, as políticas nacionais, regionais ou locais de um Estado podem propiciar até um desestímulo da eficiência econômica e uma distorção limitativa na escolha, entretanto desencadeia uma transferência de recursos ao setor doméstico, inclusive com valores maiores (aumento do custo de aquisição) e possibilidade de lucros maiores para as empresas domésticas, o que deverá ser corrigido por meio de regulação estatal. Como existem vantagens e desvantagens, para o encontro do dito equilíbrio, o autor sugere que a escolha perpassa por três critérios: (i) abordagem setorial e social, a fim de aferir qual solução importará em maior empregabilidade às pessoas no Estado; (ii) ambiente competitivo, para que se avalie qual será o melhor método para aprimorar e aumentar a competitividade das empresas nacionais num ambiente global; e (iii) exame por fases, que deverá sopesar as possíveis etapas que deverão ser vivenciadas pelo Estado para melhor crescimento, sendo que tal tarefa será executada gradualmente até atingir um ponto em que o Estado já consiga competir com os estrangeiros.¹⁰²⁵

Rechaçando qualquer tipo de cota ou margem de preferência que vise à proteção nacional, Ejan Mackaay e Stéphane Rousseau explicam que a imposição regulatória nessa linha irrompe um abalo distorcido no mercado, isso porque os fornecedores “tutelados” tenderão a abusar dos preços, majorando-os a partir da proteção normativa, gerando um prejuízo aos fornecedores.¹⁰²⁶ De qualquer maneira, como já esposado anteriormente, não se nega que num período curto haverá repercussão de aumento de custo de aquisição pelo Poder Público e de margem de lucro dos fornecedores amparados por esse cobertor normativo, contudo, a médio e longo prazo, a tendência é a de que o mercado faça a devida readequação, diminuindo o lucro a partir da efetiva competição, inclusive com a criação de novas empresas e nacionalização de empresas estrangeiras, e o escopo de desenvolvimento nacional sustentável merece esse sacrifício temporário.

Como se percebe, as compras públicas têm recebido uma atenção

¹⁰²⁵ SSENNOGA, Francis. Examining Discriminatory Procurement Practices In Developing Countries. **Journal of Public Procurement**, volume 6, Issue 3, 2006, p. 218-249, p. 244-245. A respeito das tensões entre Estado e Sociedade, bem como entre sociedade, mercado e Estado, por isso é necessário que se evite riscos ou se controle tais tensões, vide MIGDAL, Joel S. **Estados débeis, estados fuertes**. México: Fondo de Cultura Económica, 2011, p. 164 e seguintes.

¹⁰²⁶ MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. **Análise econômica do direito**. Trad. Rachel Sztajn. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 672

relativamente recente, até porque, antes, não eram tão bem tratadas para avaliar possível impacto positivo no ambiente socioeconômico de um país em uma factível intervenção estatal nessa diretriz.¹⁰²⁷ O enfoque concorrencial e de melhorias sempre se lastreava pelo universo de consumidores privados, e não o consumidor público que é a Administração Pública. Por isso, cada dia mais se faz necessário a aprofundamento de pesquisas e investigações sobre o tema, porquanto o conhecimento contribuirá até mesmo para os cidadãos avaliarem a política estratégica comercial pretendida pelos futuros governantes em pleito eleitoral, para os formuladores e avaliadores de políticas públicas e para os gestores adotarem as suas tomadas de decisões.¹⁰²⁸

De qualquer forma, não se pode dissociar a dificuldade deste tópico pelo fato de cada país estar situado numa realidade socioeconômica e num patamar de desenvolvimento sustentável.¹⁰²⁹ Ao tempo em que é fácil defender a não discriminação para um ambiente da União Europeia em que os custos de transação e as externalidades são cotizadas dentro de uma vivência de países desenvolvidos e com índices bons de competitividade do ponto de vista tecnológico, inovativo e científico, já em suportes fáticos de países subdesenvolvidos e países em desenvolvimento, a paisagem é diversa.¹⁰³⁰ A mais das questões de desenvolvimento nacional sustentável, como se apregoa neste trabalho, não se pode olvidar que a dimensão da procura pública, da estrutura de custos, da especialização da mão-de-obra, das externalidades tecnológicas e do conhecimento condicionarão a escolha

¹⁰²⁷ QIAO, Y.; THAI, K. V.; CUMMINGS, G. State and Local Procurement Preferences: A Survey. **Journal of Public Procurement**, n. 9, 2009, p. 371-410, p. 398.

¹⁰²⁸ ABUTABENJEH, Sawsan; GORDON, Stephen B.; MENGISTU, Berhanu. International Trade Protectionist Policies And In-State Preferences: A Link. **Journal Of Public Procurement**, Volume 17, 2017, issue 1, p. 31-52, p. 47.

¹⁰²⁹ A título ilustrativo, Fukuyama explica ainda a diferença de concepção entre a busca do Estado mais forte para a Europa e para os Estados Unidos. O primeiro anseia o fortalecimento por critérios de justiça e o segundo por força. De qualquer maneira, o fato é que o Estado-nação soberano, forte e eficaz por intermédio da arte de construção revela-se essencial. (FUKUYAMA, Francis. **Construção de estados: governo e organização mundial no século XXI**. Trad. Nivaldo Montingelli Jr. Rio de Janeiro: Rocco, 2005, p. 155-157).

¹⁰³⁰ “Os custos de transação são todos os encargos que impedem que uma troca (no sentido econômico) aparentemente desejável, seja feita. Incluem as despesas de organização, de pesquisa, de negociação, de fiscalização, incerteza, de precauções contra o potencial oportunismo da outra parte contratante, que aparece sob forma de desperdício, risco moral, baluarte.” (MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. **Análise econômica do direito**. Trad. Rachel Sztajn. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 672).

pelo caminho protecionista ou não.¹⁰³¹

Além da questão da preferência pelo viés econômico e de possível influência sobre o mercado internacional, pode-se também avaliar sobre alguns institutos específicos que são habitualmente usados na análise econômica do direito, a qual pode ser definida como o “campo do conhecimento humano que tem por objetivo empregar os variados ferramentais teóricos e empíricos econômicos e das ciências afins para expandir a compreensão e o alcance do direito e aperfeiçoar o desenvolvimento, a aplicação e a avaliação de normas jurídicas”, em especial, quanto às suas consequências.¹⁰³²

Vários ferramentais podem ser usados incidentalmente para enfrentar o tema de proteção do mercado nacional, ainda mais na questão de desenvolvimento científico, tecnológico e inovativo, como, por exemplo, a incidência da teoria dos jogos na fixação de cláusulas especiais sobre compras públicas em convenções bilaterais ou multilaterais, a racionalidade limitada da escolha do governante e seu afastamento de questões ideológicas, a teoria dos leilões para a forma de precificação e orçamentação nas licitações, a própria definição de externalidades e custos de transação, a teoria da agência na definição do objeto, dentre outros.¹⁰³³

¹⁰³¹ “De uma forma geral, nos países desenvolvidos, a procura pública é inferior à oferta local pelo que a adoção de política discriminatória é, na maior parte dos casos, desnecessária. Mas, nos países em vias de desenvolvimento – que produzem maioritariamente bens intermediário, matérias-primas e produtos agrícolas e em que a procura pública relativamente a estes produtos é praticamente nula – é de esperar que a procura pública seja superior à oferta privada quanto aos bens principalmente procurados pelo Estado. Consequentemente, será nestes países que se verificará maioritariamente o uso de práticas discriminatórias.” (RODRIGUES, Nuno Cunha. **A contratação pública como instrumento de política econômica**. Coimbra: Almedina, 2015, p. 50).

¹⁰³² GICO JR, Ivo T. Introdução à análise econômica do direito. In: RIBEIRO, Marcia Carla Ribeiro; KLEIN, Vinicius (Coord.). **O que é análise econômica do direito**: uma introdução. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 17-26, p. 17-18. Em definição similar, “usando conceitos da ciência econômica, atualiza uma racionalidade subjacente das normas jurídicas e os principais efeitos previsíveis de suas mudanças. Propõe leitura das regras jurídicas que as avalie pelos seus efeitos de estímulo e pelas mudanças de comportamento das pessoas em resposta aos mesmos. Oferece elementos para julgamento iluminado das instituições jurídicas e das reformas propostas. É, por isso, ferramenta preciosa para o legislador, para o juiz e para a doutrina convidada a exercer a nobre missão de trazer à luz os fundamentos do direito e mostrar os caminhos para sua adaptação às novas realidades. Ao mesmo tempo oferece aos economistas uma ferramenta para compreender o direito.” (MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. **Análise econômica do direito**. Trad. Rachel Sztajn. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 665). Em sentido similar, vide PASCUAL, Gabriel Domínech. Por qué y como hacer análisis económico del derecho. **Revista de Administración Pública**, Madrid, n. 195, sep./dic. 2014, p. 99-133.

¹⁰³³ Irineu Galeski Júnior e Marcia Carla Pereira Ribeiro descrevem como premissas fundamentais para a aplicação da análise econômica do direito a compreensão da: escolha racional, eficiência, falhas do mercado, teoria dos custos de transação e teoria dos jogos. (RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; GALESKI JÚNIOR, Irineu. **Teoria Geral dos Contratos**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 91-131).

Apesar de ser viável e ancilar tais instrumentais, percebe-se que a dificuldade reside na mensuração de dados para apreciar a vantajosidade ou não da política pública horizontal em tela, visto que também dependerá da averiguação de Estado para Estado e em conformidade com o setor mercadológico apurado. Dentro de um país, é plenamente possível que se tenha a concorrência perfeita ou a concorrência imperfeita a variar do setor mercadológico. De todo modo, o que não se pode esquecer jamais é o enfrentamento dessa difícil e hercúlea missão de acordo com os propósitos da atuação estatal de bem servir à sociedade, e não a interesses sectários, como também recordar que o fundamento do Direito é a solidariedade social.¹⁰³⁴ Tudo isso remonta ao ideal proposto por Ronald Coase de que se deve levar em consideração os custos envolvidos para operar os vários arranjos sociais e para a mudança do sistema, sendo que a escolha e a projeção a partir das opções deve ser executada para o efeito total.¹⁰³⁵ É a busca sempre de uma decisão estudada sempre equilibrada e sem excessos.¹⁰³⁶ O mesmo se espera quando o Estado regula via compras públicas para que se perscrute o desenvolvimento nacional sustentável.

¹⁰³⁴ - Quando discorre sobre o revisitar do serviço público, Jacques Chevallier explica que a imperiosidade de uma visão diferente do Estado, mais precisamente de como deve atuar e ser compreendido pela sociedade, já que se antes era erigido a uma ideia de instancia superior, com poder incondicionado e irresistível, atualmente deve assujeitar-se ao direito e colocado a disposição e serviço dos cidadãos como um “comissário social”. Chevallier complementa que “seu papel não é outro senão fornecer as prestações reivindicadas pelo desenvolvimento da solidariedade social”, abandonado a ideia de mero árbitro para assumir a sua posição de protagonista ao lado da sociedade. (CHEVALLIER, Jacques. **O serviço público**. Trad. Augusto Neves Dal Pozo e Ricardo Marcondes Martins. Belo Horizonte: Fórum 2017, p. 34-35). Na mesma linha de solidariedade social, Santiago Muñoz Machado a coloca como meta a ser alcançada pelos governantes públicos, tanto o seu desenvolvimento quanto a sua realização. (MACHADO, Santiago Muñoz. **Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General**: Libro XIV – La actividad regulatoria de la Administración. Madrid: Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, 2015, p. 21).

¹⁰³⁵ COASE, Ronald H. The problem of social cost. **The Journal of Law and Economics**, n. 3, p. 1-44, 1960. Traduzido para o português em: SALAMA, Bruno Meyerhof (Org.). **Direito e Economia**: textos escolhidos. São Paulo: Saraiva, 2010.

¹⁰³⁶ Assim como propõe Emerson Baldotto Emery ao invocar a teoria de Posner para medir o custo de oportunidade na tomada de decisão em uma licitação sustentável, ainda que se deve tomar cuidado com a possibilidade de escolha do dano-eficiente ao operador econômico em detrimento da sociedade. (EMERY, Emerson Baldotto. **Desenvolvimento sustentável**: princípio da eficiência em procedimentos licitatórios. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 108-109)

5.3. Critérios para o estabelecimento de medidas eficientes para promover e direcionar a ciência, tecnologia e inovação nas compras públicas

Feitos os devidos esclarecimentos sobre o alcance, constitucionalidade e juridicidade da atuação estatal em prol do desenvolvimento nacional, por meio do direcionamento e incentivo da ciência, tecnologia e inovação brasileira, via licitações públicas e contratos administrativos, o presente tópico debaterá como executar esta atuação ante o atual ordenamento jurídico brasileiro existente e sem gerar abalos nos demais arranjos institucionais estatais ou privados.

Por tais razões, segmentar-se-ão os tópicos essenciais para a implementação dessa política econômica do Brasil, respeitado o ecossistema envolvendo tais setores.

5.3.1. Capacitação dos agentes públicos

Assim como não se muda a cultura e não se avança o desenvolvimento de um Estado sem o devido incremento na educação do povo, a atuação estatal também demanda a devida capacitação dos seus agentes para que possa ocorrer qualquer modificação de qualidade, padrão e resultado.

Em geral, o dever de capacitação dos agentes públicos é condição *sine qua non* para que possam exercer a função pública de modo satisfatório e eficiente. Quando se labora em áreas sensíveis e de complexidade elevada, como é o caso das compras públicas, exorta-se a imperiosidade de investimento para a instrução, qualificação e repasse de conhecimento. A palavra capacitação tem por fito, para esse raciocínio, qualquer despesa efetuada para promover a instrução e o conhecimento, seja qualificação direta (com repasse de recursos públicos a empresas ou institutos de formação) ou indireta (por intermédio de gratificação por instrução, promoção ou qualquer outro instituto previsto em legislação apropriada do agente público) ou pela aquisição de meios e instrumentos (livros, revistas, plataformas de apoio técnico, etc.) que desencadeiem o aprimoramento ou lapidação do conhecimento.

É ilegítimo exigir um determinado comportamento do agente, caso o Estado não lhe oportunize os meios suficientes para o exercício de tal atividade. Deve ser franqueada a possibilidade de acesso a todo e qualquer meio para atingir a capacitação de acordo com a possibilidade orçamentária e financeira. Contudo, para

evitar arbitrariedade ou uso desarrazoado do juízo de “oportunidade e conveniência” do gestor, deve ser alçada por lei uma garantia mínima de parcela do orçamento a ser despendido em capacitação dos agentes públicos. Da mesma forma, fontes alternativas para esse propósito também devem ser obtemperadas e buscadas, como, por exemplo, afetação de parcela dos créditos bancários disponibilizados aos agentes públicos para consignação em folha de pagamento.¹⁰³⁷

Apesar desse cenário consignado, infelizmente, existe uma grande confusão ao abordar os numerários alocados em capacitação como meras despesas, e não como investimentos que deve ser o escorreito. Assim como a Lei de Responsabilidade Fiscal e a Lei nº 4.320 estabelecem algumas restrições sobre as despesas efetuadas a partir de arrecadação de bens e patrimônio considerados como receitas de investimentos, também deve-se pensar que a legislação deveria ter o mesmo cuidado com os investimentos em capacitação.¹⁰³⁸ O agente público melhor instruído retornará melhores resultados para a sociedade. Desde atuações mais seguras, técnica e juridicamente até a maior felicidade ao efetuar atos em geral mais qualificados, inexoravelmente gerarão uma sensação de maior proveito e responsabilidade para com a sociedade. Isso se relaciona inclusive com a consensualização e seu escopo de fortalecimento da legitimação estatal para as suas escolhas. Como o Estado é serviente aos reclamos da sociedade, logo é justíssimo qualquer intento de seu fortalecimento.

¹⁰³⁷ Experiência já adotada com êxito em Cuiabá nos termos da Lei Municipal 4.369, de 16 de junho de 2003, que criou o Fundo de Desenvolvimento do Sistema de Pessoal do Município de Cuiabá. Depois foi alterada pela Lei Municipal nº 5.420/2011. Prescreve que o fundo será custeado pelo recolhimento mensal de 1% do total das consignações em folha de pagamento em favor das companhias de seguros, entidades de previdência privada, cooperativas, empresas ou instituições de administrações e gestão de sistemas de benefícios e instituições financeiras, sendo que do total montante arrecadado 80% será afetado para capacitação dos servidores públicos municipais e 20% para aquisição de equipamentos permanentes. Regulamentando tal prática, vide Decreto Municipal de Cuiabá nº 4.125/2003 e Decreto Municipal nº 5.922/2015.

¹⁰³⁸ “Art. 44. É vedada a aplicação da receita de capital derivada da alienação de bens e direitos que integram o patrimônio público para o financiamento de despesa corrente, salvo se destinada por lei aos regimes de previdência social, geral e próprio dos servidores públicos.” (Lei Complementar nº 101/2000) “Art. 11 - A receita classificar-se-á nas seguintes categorias econômicas: Receitas Correntes e Receitas de Capital. § 1º - São Receitas Correntes as receitas tributária, de contribuições, patrimonial, agropecuária, industrial, de serviços e outras e, ainda, as provenientes de recursos financeiros recebidos de outras pessoas de direito público ou privado, quando destinadas a atender despesas classificáveis em Despesas Correntes. § 2º - São Receitas de Capital as provenientes da realização de recursos financeiros oriundos de constituição de dívidas; da conversão, em espécie, de bens e direitos; os recursos recebidos de outras pessoas de direito público ou privado, destinados a atender despesas classificáveis em Despesas de Capital e, ainda, o *superávit* do Orçamento Corrente.” (Lei nº 4320/64)

Na seara de licitações e contratos, os Tribunais de Contas têm alertado e reprimido gestores públicos que não tenham permitido a preparação dos agentes para o desempenho de funções pertinentes à área como, já deliberado, em situações de pregoeiros não qualificados, fiscais e gestores de contratos despreparados ou agentes de controle interno pró-forma. As situações concretas são as mais variadas, como se denota dos julgados ora retratados do Tribunal de Contas da União: (i) Acórdão 1.227/12 – Plenário no qual se constatou que o fiscal e o gestor não tomaram as providências necessárias para a lavratura do termo aditivo, sendo que houve a execução de parcelas não contratadas pela Administração, o que configurou aditivo verbal – vedado pela legislação brasileira -;¹⁰³⁹ Acórdão 1.315/14 – 2ª Câmara em que se acumulou funções ao mesmo agente e sua participação em diversos atos da contratação pública (na licitação e no contrato), o que alija a efetivação de controles internos, e, com isso, justifica a orientação das Cortes de determinar a segregação de funções;¹⁰⁴⁰ Acórdão 43/15 – Plenário no qual o Tribunal compreendeu que o agente designado como fiscal do contrato tem o dever de conhecer os limites e as normas aplicáveis aos contratos administrativos, inclusive notificando a empresa contratada ou seus superiores hierárquicos a depender do caso.¹⁰⁴¹

O Tribunal de Contas da União enquadra a capacitação como um dos pilares estruturais de execução para a governança pública na gestão de aquisições públicas. no Acórdão 2.622/2015 - Plenário, conhecido como Riscos e Controles nas Aquisições (RCA), o voto condutor do Ministro Augusto Nardes expôs: (i) “quanto menor a capacidade de governança de uma organização pública, maior o risco de que não sejam bem aplicados os recursos públicos em benefício da sociedade”; (ii) os órgãos superiores devem ter frentes de atuação, quais sejam: a de gerar condições para as organizações aumentarem as suas capacidades de governança e gestão de aquisição; a de priorizar recursos públicos conforme a capacidade de transformar os recursos em benefícios, usando métricas de risco e os planos de melhorias de governança e gestão; e a focar a liberação de recursos quando estiver em

¹⁰³⁹ Informativo de Jurisprudência sobre Licitações e Contratos nº 107 do Tribunal de Contas da União, Acórdão 1.227/12 – Plenário, TC 004.554/2012-4, Rel. Min. Valmir Campelo, 23.05.2012. Outra situação parecida que enseja sempre a responsabilização é o caso de aditivo em contrato extinto, ou seja, extrapolação do prazo contratual e aditivo realizado posteriormente de maneira intempestiva.

¹⁰⁴⁰ Tribunal de Contas da União, item 1.6.2.2, TC-025.243/2013-6, Acórdão 1.315/14 – 2ª Câmara.

¹⁰⁴¹ Informativo de Jurisprudência sobre Licitações e Contratos nº 228 do Tribunal de Contas da União, Acórdão 43/15 – Plenário, TC 017.261/2011-2, Rel. Min. Raimundo Carreiro, 21.01. 2015.

contingenciamento de acordo com o grau de risco; (iii) a escolha dos agentes envolvidos na área de compras deverá ser realizada criteriosamente e segundo os perfis de competências e os princípios da transparência, da motivação, da eficiência e do interesse público; (iv) a necessidade de avaliar quantitativa e qualitativamente o pessoal do setor de compras públicas e delimitar as suas funções; (v) o dever de definir os papéis e responsabilidades dos agentes envolvidos em cada etapa do procedimento de licitação e contratação, a fim de evitar sobreposição e sobrecarga; e (vi) capacitação dos agentes envolvidos especialmente sobre gestão de riscos.

Pelo exposto, enquadra-se que o agente público, para exercer adequadamente o seu múnus, necessita de competência, capacidade técnica, capacidade operacional e capacidade física.

A competência, por sua vez, é a atribuição normativa repassada ao agente público para exercer determinada atividade. Não é possível imputar a responsabilidade a algum agente público caso não tenha sido repassada esta incumbência por meio do ato administrativo competente. Exemplifica-se com a impossibilidade de imputar a responsabilidade de fiscalização de um contrato administrativo para quem não foi formalmente designado para este mister, consoante já deliberado acertadamente no Acórdão 6.708/14 – 1ª Câmara do Tribunal de Contas da União.¹⁰⁴² Até porque sem a designação formal, não se pode cobrar e rogar que as contas sobre as atividades desempenhadas sejam prestadas. Além da questão jurídica que impõe a designação prévia para que alguém possa exercer dada competência, é imperativo para a Administração Pública que os gestores indiquem de maneira prévia quais agentes desempenharão dada atividade, bem como dialoguem ou, no mínimo, comuniquem para esses agentes que futuramente serão indicados.¹⁰⁴³

¹⁰⁴² Tribunal de Contas da União, item 1.7.2.2, TC-029.319/2013-7, Acórdão 6.708/14 – 1ª Câmara. Em igual sentido, Tribunal de Contas da União, itens 9.3.2 a 9.3.3, TC-015.818/2009-9, Acórdão 2.091/14 – 2ª Câmara. Sobre o tema, ainda: “(...) determinação à (omissis) para que institua ato normativo regulamentando os procedimentos a serem adotados pelos representantes da Administração especialmente designados para acompanhar e fiscalizar a execução dos contratos firmados pelo órgão, nos termos do art. 67, §§ 1º e 2º, da Lei nº 8.666/1993, de forma a possibilitar que os respectivos fiscais de contratos tenham conhecimentos claros a respeito de suas atribuições e responsabilidades.”(Tribunal de Contas da União, item 9.2, TC-028.783/2010-7, Acórdão 2.958/12 – Plenário).

¹⁰⁴³ Salienta-se que a designação formal a posterior é claríssima situação de irregularidade, já que a falta de conhecimento e designação da competência prévia impediria a atuação legítima do agente. Sobre o tema, vide: “Deve-se, na execução de contratos, cumprir o preceituado no art. 67 da Lei nº 8.666/93, quanto à necessária nomeação de fiscais para os contratos celebrados, que deverá ser

A previsão das competências, de modo antecedente e explícita, contribuirá para a efetivação da matriz de responsabilidade. Nesse sentido, o julgamento do Tribunal de Contas da União no Acórdão 929/2019 – Plenário ponderou que não se pode atribuir culpa e responsabilizar um citado agente, pois a tarefa não desenvolvida era de competência de outro. O atendimento da competência ora propugnado deverá dar-se tanto sob o viés do cargo ocupado quanto pela necessidade de designação prévia e específica para a finalidade.

A capacidade técnica revela que não basta designar um agente, mas este deverá possuir conhecimento e condições técnicas para exercer a sua missão. Não é possível designar um analista administrativo para desempenhar a função de fiscal de contrato de obra pública, a qual demanda necessariamente que seja um engenheiro ou arquiteto habilitado e que possua competência ao estar no cargo público correspondente. A falta de condições técnicas inviabiliza a prática das atividades ordenadas pela autoridade superior. Para demonstrar tal exigência, ilustra-se que, no Acórdão 785/2014 – Plenário, o Tribunal de Contas da União posicionou-se que os servidores designados para atuar como fiscal de contrato devem possuir conhecimentos técnicos pertinentes ao objeto contrato.¹⁰⁴⁴

A capacidade física requer ao agente público designado para alguma função a viabilidade física para o cumprimento do proposto. Não é possível imputar a responsabilidade de um ato para um agente que está longe do ocorrido. Ou seja, por exemplo, inviável designar para ser membro de comissão de licitação um servidor médico que está operando no centro cirúrgico do hospital público durante todo o seu expediente. Como esse poderá participar efetivamente da licitação? Imagine designar um engenheiro para ser fiscal de contrato de obra, a fim de avaliar, dentre outros pontos, o uso de uma alta tecnologia durante a execução contratual, caso o mesmo esteja lá lotado e localizado fisicamente em Belém-Pará, enquanto a obra se encontra em Novo Progresso (distante mais de novecentos quilômetros em linha reta e mais de mil e seiscentos em estrada). Se o fiscal não estiver acompanhando *in loco* e for ao local somente no momento da medição, não será um efetivo fiscal da execução

efetuada tempestivamente, evitando a emissão de portarias de nomeação após o início da vigência daqueles.” (Tribunal de Contas da União, Acórdão 634/06 – Primeira Câmara). Igual sentido: Tribunal de Contas da União, itens 9.5.1 a 9.5.6, TC-005.380/2011-1, Acórdão 382/14 – 2ª Câmara.

¹⁰⁴⁴ Tribunal de Contas da União, item 1.7.2.1, TC-015.204/2011-1, Acórdão 785/14 – Plenário.

contratual e sim um fiscal de medição, que não terá o condão de assegurar que todas as medidas e procedimentos foram respeitados. Em situação similar, o Tribunal de Contas da União repudiou a responsabilização de fiscal de contrato em razão da distância física e de sua impossibilidade/inviabilidade para a aferição durante todo o período contratual – Acórdão 839/2011 -Plenário.¹⁰⁴⁵

Por sua vez, a capacidade operacional está relacionada com a possibilidade de exercer a função pública em conformidade com os afazeres laborais, sem que haja qualquer tipo de sobrecarga ou de excesso de trabalho. O Tribunal de Contas da União já alertou que “evite sobrecarga de trabalho ao servidor e, conseqüentemente, ineficiência na execução da tarefa.”¹⁰⁴⁶ Em situação mais recente, a mesma Corte deliberou que é impossível imputar a responsabilidade a alguém sem que este possua condições apropriadas para tal função. Ademais, deve-se associar a questão de dolo/culpa com as dificuldades e obstáculos reais vivenciados pelo agente, nos termos do artigo 23 da Lei de Introdução às Normas do Direito. Ademais, destaca-se que, nesse último caso, foi usado o artigo 64 da Lei de Organização e Processo do Tribunal de Contas de Portugal que prescreve que na avaliação da culpa deve-se levar em consideração “os meios humanos e materiais existentes no serviço, organismo ou entidade sujeitos à sua jurisdição.”¹⁰⁴⁷

A escolha da competência e das aludidas capacidades como critérios para o exercício de uma função pública decorrem de uma visão sistêmica para que alguém possa atuar na área pública, bem como da dogmática acerca de possível teoria da infração e sanção administrativa. Quando se disserta sobre a teoria da infração e da sanção administrativa, recorre-se a tal em decorrência das possíveis arguições a serem ventiladas em razão de alguma imputação. Nesse raciocínio, não é possível que seja enquadrado como infração administrativa passível de ser aplicada uma sanção o comportamento de um agente público descapacitado para a prática de um

¹⁰⁴⁵ Ademais, ainda para a unidade técnica, os elementos constantes do processo indicariam não serem exequíveis as funções de executor técnico da forma determinada, tendo em conta ser perceptível a impossibilidade de uma única pessoa cumprir todas as funções que lhe foram atribuídas. Em vista da situação, a unidade técnica, com a anuência do relator, propôs a elisão da responsabilidade da recorrente, sem prejuízo da aplicação de penalidades de outros responsáveis pela gestão do Planfor, no DF, ao tempo dos fatos. Nos termos do voto do relator, o Plenário manifestou seu consentimento. (Acórdão n.º 839/2011-Plenário, TC-003.118/2001-2, rel. Min. Raimundo Carreiro, 06.04.2011).

¹⁰⁴⁶ Tribunal de Contas da União, item 9.4.8, TC-009.934/2012-0, Acórdão 38/13 – Plenário.

¹⁰⁴⁷ Tribunal de Contas da União, Acórdão nº 2.973/2019 – 2ª Câmara.

ato ou decisão administrativa.¹⁰⁴⁸ Caso alguém seja designado para uma atividade e não tenha competência ou capacidade, deverá imediatamente comunicar a autoridade superior, sob pena de ser conivente e agir em concorrência com suposto ato irregular. Nessa linha, faz-se necessária uma mudança na liderança interna na Administração Pública, de modo a refletir a gestão da contratação pública e a adoção de uma estratégia bem definida pelo Estado, já que são chave nesse processo “descargar (ser conscientes y superar viejos patrones de conducta, pensar y actuar), presenciar (percibir o estar em el momento presente, ser conscientes de las diferencias entre los viejos patrones de conductas y las exigências el momento presente), ejecutar (ensanchar el círculo de atención para tener una mayor comprensión de lo que nos rodea) para poder transformar.”¹⁰⁴⁹

A ênfase sobre a capacitação gerou no âmbito da União Europeia a expedição da Recomendação UE 2017/1805 da Comissão, de 03 de outubro de 2017, no qual enfatizou a imprescindibilidade de uma política de profissionalização da contratação pública. Compreendeu que três pilares são indispensáveis para este intento. Desenvolvimento de uma arquitetura apropriada, recursos humanos e sistemas.¹⁰⁵⁰

¹⁰⁴⁸ O Tribunal de Contas da União já se manifestou pela possibilidade de aplicar a responsabilidade solidária daquele que designa um agente que não possua capacidade ou competência (Informativo de Jurisprudência sobre Licitações e Contratos nº 6 do Tribunal de Contas da União, Acórdão 319/10 – Plenário, TC-003.196/2001-9, Rel. Min. Walton Alencar Rodrigues, 03.03.2010). Ainda, valioso recordar: “A alta direção deve investir em comunicação e treinamento dos colaboradores e terceiros para que o programa de integridade em licitação funcione efetivamente. As principais políticas e procedimentos de integridade estabelecidos (política de compras, estoque, sustentabilidade, compras conjuntas, controles internos, código de ética e de conduta, etc.) devem estar acessíveis a todos os interessados e ser amplamente divulgados. A comunicação e o treinamento são essenciais para incentivar a promoção de uma cultura de ética e de integridade na entidade. (...) Assim, a alta direção deve promover a adequada capacitação, com o objetivo de reduzir o risco de as atividades críticas serem executadas por pessoas sem competência para tal. Além disso, é importante que existam instrumentos para aferir a retenção do conhecimento transmitido e a compreensão das informações que foram objeto das capacitações, a exemplo de formulários de avaliação de reação de treinamentos e entrevista com os colaboradores.” (SANTOS, Franklin Brasil; SOUZA, Kleberon Roberto de. **Como combater a corrupção em licitações**. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 147).

¹⁰⁴⁹ FELIÚ, José María Gimeno e outros. **La gobernanza de los contratos públicos en la colaboración público-privada**. Barcelona: Cambra Oficial de Comerç de Barcelona, 2018, p. 16.

¹⁰⁵⁰ “Por consiguiente, una política de profesionalización eficaz debe basarse en un planteamiento estratégico global en torno a tres objetivos complementarios: I. Desarrollar la arquitectura política adecuada para la profesionalización: para tener un impacto real, cualquier política de profesionalización debe contar con un elevado nivel de respaldo político. Esto significa definir claramente a nivel político central la atribución de responsabilidades y tareas de las instituciones; respaldar los esfuerzos a nivel local, regional y sectorial; garantizar la continuación a través de los ciclos políticos; utilizar, cuando sea apropiado, las estructuras institucionales que fomentan la especialización, la agregación y el intercambio de conocimientos. II. Recursos humanos: mejorar la formación y la gestión de la carrera de los profesionales en materia de contratación: los profesionales de la contratación pública, es decir,

Acerca do primeiro, ficou estatuído que: (i) os Estados-Membros deverão elaborar e aplicar estratégias de profissionalização a longo prazo para a contratação de acordo com as necessidades, recursos e estrutura administrativa, a fim de atrair, desenvolver e reter competências, focar no rendimento e nos resultados estratégicos, bem como aproveitar ao máximo as ferramentas e técnicas disponíveis; (ii) a estratégia deverá aplicar ser aplicada a todos os participantes, direta ou indiretamente, do processo de contratação indistintamente da esfera (local, regional ou nacional), sendo aplicada de maneira coordenada com outras políticas e realizado um balanço de desenvolvimento em comparação com outros Estados; (iii) o escopo deverá ser o apoio às estratégias de profissionalização nacional por meio de desenvolvimento de iniciativas, arquitetura institucional adequada e cooperação, para que haja maior sintonia cooperativa entre os serviços e as entidades/autoridades envolvidas no processo, bem como haja o aproveitamento da experiência e do apoio das instituições de formação, centrais de compras e organizações profissionais dedicadas à contratação.

No tocante aos recursos humanos, a recomendação ponderou que: (i) os Estados-Membros devem identificar e definir a base das capacidades e competências para qualquer profissional atuar na área de contratação, inclusive a sua formação que deverá levar em consideração a natureza multidisciplinar dos projetos-foco das compras públicas; (ii) deve existir um programa propício para a formação acerca da avaliação dos dados e das necessidades, bem como dos marcos de competência disponíveis, até mesmo para: desenvolver cursos a nível de formação, pós graduação ou outro para formar os agentes; fornecer e apoiar constantemente cursos e eventos para a formação e aprendizado contínuo; multiplicar a oferta de formação por meio de

aquellas personas implicadas en la contratación de bienes, servicios y obras, así como los auditores y funcionarios responsables de la revisión de los casos relacionados con la contratación pública, deben disponer de las cualificaciones, formación, capacidades y experiencia adecuadas necesarias para su nivel de responsabilidad. Esto implica garantizar la existencia de personal con experiencia, capacitado y motivado, ofrecer la formación y desarrollo profesional continuos necesarios, así como desarrollar una estructura de la carrera profesional e incentivos que hagan atractiva la función de la contratación pública y motiven a los funcionarios públicos a lograr resultados estratégicos. III. Sistemas: proporcionar herramientas y metodologías de apoyo de la práctica profesional en el ámbito de la contratación: los profesionales de la contratación pública deben disponer de las herramientas y el apoyo adecuados para actuar de manera eficaz y lograr la mejor relación calidad-precio en cada compra. Esto significa garantizar la disponibilidad de herramientas y procesos para lograr una contratación inteligente, tales como: herramientas de contratación electrónica, directrices, manuales, plantillas y herramientas de cooperación, con la formación, apoyo y experiencia, agregación de conocimientos e intercambio de buenas prácticas correspondientes.” (Trecho dos considerandos da Recomendação)

soluções inovadoras e interativas ou ferramentas de aprendizagem eletrônica; e aproveitar a cooperação acadêmica e de pesquisa para o desenvolvimento de uma retaguarda substancial teórica para possíveis soluções em contratações públicas; (iii) deverão ser garantidos programas de planejamento de carreira com a promoção e progressão, a partir da qualificação dos agentes, sempre com o intuito de conceder incentivos remuneratórios, certificações e reconhecimentos, prêmios de excelência por boas práticas na área de inovação, compras ambientais, sociais e na luta favorável à integridade nas relações negociais; (iv) e, com tudo isso, visa-se animar e reter as pessoas qualificadas em suas respectivas funções para majorar a qualidade do pessoal e, conseqüentemente, dos préstimos efetuados.

Quanto aos sistemas, a Comissão da União Europeia avultou que os Estados-Membros devem: (i) estimular e incentivar o desenvolvimento de instrumentos de tecnologia de informação acessíveis para a simplificação e melhorias no funcionamento dos sistemas de contratação, inclusive com a cooperação dos Estados para o compartilhamento de ferramentas e interoperabilidade entre os mais diversos sistemas e usuário; (ii) apoiar e direcionar a integridade, a nível individual e institucional, como condição para a atuação profissional dos agentes públicos, confeccionando e utilizando mecanismos para a garantia do cumprimento de tais objetivos e da transparência, evitando, assim, qualquer distorção corruptiva (prevenção via cartas de integridade, uso dos riscos já vivenciados para evitar futuros erros e métodos de implementação de uma política de integridade; (iii) disponibilizar manuais, documentos de boas práticas, planilhas, dentre outros, pelos meios tecnológicos para que se comunguem uma racionalidade estratégica e ideal de boas contratações públicas, de acordo com as normas comunitárias e concorrenciais e (iv) incentivar a troca de boas práticas já executadas via colaboração entre os agentes de compras públicas dos mais diversos Estados, o que poderá acontecer com a organização de seminários, comunidades virtuais e assistência telefônica, dentre outros casos.¹⁰⁵¹

¹⁰⁵¹ Criticando a falta do tema na Diretiva, apesar da posteriormente recomendação, José Antonio Moreno Molina verbera que se deve “garantizar la existencia de personal con experiencia, capacitado y motivado, la necesidad de ofrecer la formación y desarrollo profesional continuo necesarios, así como desarrollar una estructura de la carrera profesional específica e incentivos que hagan atractiva la función de la contratación pública y motiven a los empleados públicos a lograr resultados estratégicos.” (MOLINA, José Antonio Moreno; SANTIAGO, Jaime Pintos. *Aciertos, desaciertos y futuros de la LCSP. Contratación Administrativa Práctica*, Madrid, n. 159, jan.2019, p. 06-11, p. 10).

Especificamente na Espanha, a Ley 09/2017 disciplinou em seu artigo 334 a Estratégia Nacional de Contratação Pública que é um plano a ser feito a cada quatro anos e aprovado pela Oficina Independente de Regulação e Supervisão da Contratação em que será abordado: (i) análise dos dados disponíveis com as distintas fontes de informação qualitativas e quantitativas; (ii) a melhora da supervisão da contratação pública, a partir de critérios e metodologias comuns; (iii) análise de mecanismos de controle de legalidade prévio e posterior dos procedimentos de julgamento dos contratos públicos e das concessões; (iv) elaboração de manuais de boas práticas com recomendações e orientações; e (v) promoção da profissionalização da contratação mediante a formação dos operadores de compras públicas.¹⁰⁵²

Como se constata, a preocupação com a capacitação dos agentes públicos envolvidos na área da contratação pública é comum, mais um motivo para que a legislação brasileira venha a disciplinar de maneira expressa o dever de ser proporcionado uma contínua capacitação e profissionalização de tais agentes.¹⁰⁵³

¹⁰⁵² José María Gimeno Feliú e outros descrevem as conclusões da oficina do I Congresso Anual de Contratação Pública do Observatório de Contratação Pública na Espanha de dezembro de 2017 como referência para a profissionalização: “- Elevar la figura del profesional de la contratación: mayor reconocimiento, más cercanía a figuras directivas, mayor relevância política, involucrarlos como parte de la cadena de valor em la prestación de servicios públicos y mayores incentivos; - Más y mejor formación: formación innovadora y especializada, itinerários formativos para distintos perfiles, formación práctica, introducir elementos/iniciativas que motiven a formarse, más allá de la formación jurídica, formar equipos y no personas y formación para el sector privado; - Crear entornos de colaboración: redes de conocimiento para conectar unidades de contratación, mayor relación entre académicos/gestores/políticos, intercambio de conocimiento entre profesionales y mayores entornos colaborativos; - Mayor soporte a la aplicación de las normativas, recomendaciones y mejores prácticas: órgano coordinación y consulta, mayor colaboración y coordinación del Estado y aplicación según realidad (estatal/autonómica/local); - Contratación como herramienta: contratación pública herramienta para promover políticas públicas, con la inclusión de PYMEs; - Mejoras em TI y metodología: mayor planificación y coordinación para reducir presión en departamentos de contratación, planificación y seguimiento de contratos, visión integral del ciclo de contratación, equipos multidisciplinares, así como encajar distintos perfiles.” (FELIÚ, José María Gimeno e outros. **La gobernanza de los contratos públicos en la colaboración público-privada**. Barcelona: Cambra Oficial de Comerç de Barcelona, 2018, p. 130-131).

¹⁰⁵³ Tanto é assim que o Comitê de Governança Pública da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico em 2015 emitiu uma Recomendação do Conselho sobre a contratação pública e versou sobre a instrução dos agentes de compras públicas: “A tal fin, los Adherentes deberán: i) Asegurarse de que los profesionales de la contratación pública tienen un alto nivel de integridad, capacitación teórica y aptitud para la puesta en práctica, para lo que les proporcionan herramientas específicas y periódicamente actualizadas, disponiendo, por ejemplo, de unos empleados suficientes en número y con las capacidades adecuadas, reconociendo la contratación pública como una profesión en sí misma, proporcionando formación periódica y las oportunas titulaciones, estableciendo unas normas de integridad para los profesionales de la contratación pública y disponiendo de una unidad o equipo que analice la información en materia de contratación pública y realice un seguimiento del

Para esta tarefa, a Administração Pública deverá planejar, de forma cooperativa e colaborativa, uma formatação conveniente, de preferência utilizando as mais diversas ferramentas tecnológicas e atuais, entre todos os seus órgãos e entidades, a fim de customizar recursos e proveitos para o maior número de envolvidos.¹⁰⁵⁴ A própria Administração Pública deverá ser a mola propulsora para que ocorra o incentivo à inovação internamente, inclusive proposta pelos seus agentes, os quais devem ser premiados de alguma maneira para tanto.¹⁰⁵⁵ O uso da internet deverá ser fomentado, ainda mais considerando o tamanho continental do Brasil. Mormente no caso de compras públicas inovadoras, a preocupação da qualificação exalta-se ainda mais, já que se trata de situação pouquíssima utilizada no Brasil, seja pela ausência de um marco normativo específico, objetivo e seguro, seja pelas suas dificuldades habituais ensejadoras de um excelente preparo técnico dos agentes envolvidos.

desempeño del sistema. ii) Ofrecer a los profesionales de la contratación pública un sistema de carrera atractivo, competitivo y basado en el mérito, estableciendo vías de ascenso según méritos claros, brindando protección frente a las injerencias políticas en el procedimiento de contratación pública, y promoviendo en las esferas nacional e internacional las buenas prácticas para los sistemas de carrera profesional al objeto de mejorar el rendimiento de estos empleados. iii) Fomentar la adopción de enfoques colaborativos con entidades como universidades, think tanks o centros políticos a fin de mejorar las capacidades y competencia del personal de contratación pública. Deberá hacerse uso de la especialización y la experiencia pedagógica de estos centros del saber, en tanto en cuanto son herramientas valiosas que amplían los conocimientos en esta materia y establecen un canal bidireccional entre teoría y práctica capaz de impulsar la innovación en los sistemas de contratación pública.” (ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. **Recomendación del Consejo sobre Contratación Pública.** Paris: OCDE, 2015).

¹⁰⁵⁴ Ainda que normalmente os Tribunais de Contas direcionem o dever de planejamento de capacitação de forma individualizada, recomenda-se que a atuação estatal seja ampla e coordenada entre todos os órgãos e entidades. Sobre a posição individualizada, vide: “Recomendação à (omissis) que: a) institua controles formais e suficientes para a gestão dos contratos, de modo a evitar alterações no projeto inicial sem termo aditivo vinculado; b) institua procedimentos formais para a execução e documentação da fiscalização de obras, de modo a aumentar o controle, a eficiência e a transparência dessa atividade; c) planeje adequadamente a execução de serviços públicos por meio de contratos e convênios de forma que haja compatibilidade entre a quantidade de empreendimentos e a capacidade de fiscalização de tais avenças; d) planeje treinamento sistemático para os fiscais de contratos, de modo a dar-lhes maior condição técnica no controle dos acordos firmados.”(Tribunal de Contas da União, itens 1.8.1 a 1.8.4, TC-023.737/2012-3, Acórdão 7.922/14 – 2ª Câmara).

¹⁰⁵⁵ “En resumen, un sector público innovador precisa de un modelo de gestión pública que premie e incentive a todos aquellos empleados que destacan en esta labor mediante su valoración como mérito a través de los sistemas previstos para evaluar el desempeño, así como con contribuciones más altas a través de complementos a sus emolumentos, siempre calculados de forma objetiva y proporcional al logro. Por otra parte, proponemos la creación de órganos anexos a las administraciones integrados por personal creativo e innovador, que de forma autónoma e independiente puedan estudiar el funcionamiento de la organización, localizar los problemas y desarrollar propuestas innovadoras para solucionarlos. (...) Crear o especializar una universidad pública en la formación de potenciales empleados públicos y la capacitación de los ya existentes, como es el ejemplo de la German University of Administrative Sciences (Speyer), puede resultar de gran interés para mejorar la calidad de los procesos de adquisiciones públicas.” (JIMÉNEZ, Antonio García. **Las conexiones entre contratación administrativa e innovación.** Madrid: Tecnos: 2018, p. 62-63).

5.3.2. Estudos Preliminares prévios à implantação de uma política pública horizontal para o desenvolvimento científico, tecnológico e inovativo nacional nas licitações públicas e nos contratos administrativos

Os estudos preliminares são os estudos realizados previamente pela Administração Pública, na fase interna da licitação, com o objetivo de aferir quais são as soluções potencialmente existentes para satisfazer as necessidades públicas, qual a relação de custo *versus* benefício de cada solução a partir de suas vantagens e desvantagens, qual a estimativa de valor das soluções para que, ao final, possa o administrador público, sozinho ou em forma colegiada, concluir pela viabilidade ou não de uma futura contratação e qual será a solução a ser adotada na licitação vindoura. Almeja responder se é possível ou não atender ou suprir um problema externado por uma necessidade pública e qual seria o melhor jeito para tanto.¹⁰⁵⁶

Como se percebe, os estudos preliminares representam atos diretamente relacionados ao planejamento. Ainda que recentemente tenha sido mais difundida a expressão no Brasil, quando houve a sua previsão para as licitações de serviços terceirizados no âmbito federal, por meio da Instrução Normativa do Ministério de Planejamento, Desenvolvimento e Gestão nº 05/2017, impende gizar que, anteriormente, já era um instituto utilizado nas licitações para tecnologia de informação (v.g., Instrução Normativa da Secretaria de Logística, Tecnologia e Inovação do antigo Ministério do Planejamento nº 04/2014, a qual foi recentemente substituída pela Instrução Normativa do Secretaria de Governo Digital do Ministério da Economia nº 01, de 04 de abril de 2019 e no âmbito do Poder Judiciário pela

¹⁰⁵⁶ Pedro Cerqueira Gomes propõe na fase interna um raio x completo sobre o panorama vivenciado: (1) qual a necessidade; (2) o que o mercado oferece; (3) quais os riscos inerentes àquela operação comercial. Nesta linha, defende que “para preencher estes pressupostos ou tirar esta radiografia é necessário seguir os passos do plano, designado PLAN-DO-CHECK-ACT-Cycle de William Edwar Deming.” Trazendo este raciocínio para a fase pré-contratual ou de planejamento como se chama no Brasil, teria: PLAN “pressupõe uma análise cuidada das necessidades presentes e futuras da entidade adjudicante, e transformá-las em exigências funcionais. Devendo, aqui, ser publicado um aviso prévio não vinculativo para a entidade adjudicante daquilo que se pretende, isto é, dar a conhecer ao mercado a sua necessidade.” DO “iniciar um procedimento pré-contratual teste, dentro daqueles tipificados no nosso ordenamento jurídico, para identificar e precisar melhor o produto.” CHECK “verificar se na fase de execução do contrato a necessidade está satisfeita” ACT “aquisição em massa do produto”. (GOMES, Pedro Cerqueira. Contratação pública e inovação – o diálogo entre Portugal e a União Europeia. In: ACEVEDO, Rafael Fernández; FERNÁNDEZ, Patricia Valcárcel (directores). **La contratación pública a debate: presente y futuro**. Navarra: Civitas, 2014, p. 525-555p. 537).

Resolução nº 182/2013 do Conselho Nacional de Justiça) e para obras e serviços de engenharia.¹⁰⁵⁷

Para engenharia, o estudo preliminar é condição para a realização de um projeto básico de uma obra nos termos da Resolução nº 361, de 10 de dezembro de 1991, do Conselho Federal de Engenharia e Agronomia.¹⁰⁵⁸ É preciso que, antes do projeto, perquirase a viabilidade técnica, econômica e ambiental da solução adotada e preencha os critérios de conveniência de seu proprietário e da sociedade. Hamilton Bonatto explica que a boa governança demanda um critério estudo de viabilidade do empreendimento público, em caso de obra pública, inclusive para apreciar se a futura obra atende os anseios colimados.¹⁰⁵⁹

O importante é o planejamento estatal ser bem executado, ainda mais quando se pensa numa política pública, como é o caso do uso das contratações públicas para o desenvolvimento inovativo, científico e tecnológico. O planejamento é a atividade serviente para delinear objetivos e metas, bem como os meios aptos para a sua concretização.¹⁰⁶⁰ As prognoses do futuro próximo e do mais longínquo ao desenvolvimento nacional sustentável devem consubstanciar-se numa “sociedade harmoniosa, saudável, plúrima, com menos desigualdades, gerida por pessoas

¹⁰⁵⁷ Nos termos do artigo 24, § 1º, da Instrução Normativa nº 05/2017 do Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão: O documento que materializa os Estudos Preliminares deve conter, quando couber, o seguinte conteúdo: I - necessidade da contratação; II - referência a outros instrumentos de planejamento do órgão ou entidade, se houver; III - requisitos da contratação; IV - estimativa das quantidades, acompanhadas das memórias de cálculo e dos documentos que lhe dão suporte; V - levantamento de mercado e justificativa da escolha do tipo de solução a contratar; VI - estimativas de preços ou preços referenciais; VII - descrição da solução como um todo; VIII - justificativas para o parcelamento ou não da solução quando necessária para individualização do objeto; IX - demonstrativo dos resultados pretendidos em termos de economicidade e de melhor aproveitamento dos recursos humanos, materiais ou financeiros disponíveis; X - providências para adequação do ambiente do órgão; XI - contratações correlatas e/ou interdependentes; e XII - declaração da viabilidade ou não da contratação.”

¹⁰⁵⁸ “Art. 2º - O Projeto Básico é uma fase perfeitamente definida de um conjunto mais abrangente de estudos e projetos, precedido por estudos preliminares, anteprojeto, estudos de viabilidade técnica, econômica e avaliação de impacto ambiental, e sucedido pela fase de projeto executivo ou detalhamento.” (Legislação disponível no site <http://normativos.confea.org.br/ementas/visualiza.asp?idEmenta=409>. Acesso em 04 de mai. de 2019).

¹⁰⁵⁹ “O estudo de viabilidade tem a função de verificar não apenas se o empreendimento é viável sob os aspectos técnicos, em especial da engenharia e arquitetura, mas a partir de outro olhar. Compreendemos que dito estudo tem como principal escopo a verificação do programa, do terreno e seu entorno, da legislação, dos custos e dos investimentos necessários à execução, bem como a compatibilidade com os objetivos do órgão ou entidade. Não há dúvidas que é elemento fundamental para o planejamento de uma obra ou serviço de engenharia, de forma que o governante possa determinar as soluções para as necessidades da população.” (BONATTO, Hamilton. **Governança e gestão de obras públicas**. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 84).

¹⁰⁶⁰ SANTOS, José Anacleto Abduch. **Contratos administrativos**. Belo Horizonte: Fórum, 2015, p. 35.

probas e éticas”, sendo que efetivar tais objetivos, na prática. representa aliar boa administração com planejamento estatal eficiente.¹⁰⁶¹

Assim sendo, os estudos preliminares deverão ser adotados em todos os casos de compras públicas, o que não seria diferente para as questões relacionadas com tecnologia, inovação e ciência.¹⁰⁶² Consequentemente, nesses casos em especial, deverá a Administração Pública justificar em que medida deverá ser exigida as medidas domésticas de privilégio. Contudo, aqui não se exige somente os estudos preliminares para a licitação, mas sim preconiza-se que sejam realizados como medida prévia à formulação das políticas públicas horizontais pelo Estado para a direção e promoção da ciência, tecnologia e inovação nacional. É a adoção de critérios objetivos e formalizados para justificar as escolhas em prol do interesse público.¹⁰⁶³

Dessa feita, após elaborado o diagnóstico e a identificação da agenda, deverá a Administração Pública perscrutar as possíveis soluções existentes e suas variantes, de acordo com o setor do mercado em análise, para deduzir a possibilidade ou não de adotar alguma benesse. Identificadas as soluções possíveis de serem implementadas e ponderada a relação de custos *versus* benefício de todas, então, será feita a opção da melhor solução. Em outras palavras, todas essas atividades

¹⁰⁶¹ EMERY, Emerson Baldotto. **Desenvolvimento sustentável: princípio da eficiência em procedimentos licitatórios**. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 95. Como bem alude Francisco Javier Vázquez Matilla ao dissertar sobre compras públicas inovadoras: “la entidad pública que desee beneficiarse de las ventajas de una compra de tecnología innovadora, tendrá que realizar necesariamente una demanda temprana, lo que le obligará a: planificar sus necesidades con suficiente antelación, conocer la oferta relacionada con este tipo de necesidades en cuanto a: tipo de soluciones no sólo actuales sino también previstas, ya que las necesidades no están cubiertas en el mercado, empresas involucradas, conocer las tecnologías susceptibles de aportar valor y su posible evolución y coste.” (MATILLA, Francisco Javier Vázquez. *Compa pública de innovación. Contratación Administrativa Práctica*, Madrid, n. 159, jan.2019, p. 54-61, p. 56)

¹⁰⁶² Ainda que o nome “estudos preliminares” não seja tão antigamente usado, o Tribunal de Contas da União já determinava o dever de motivação da escolha da solução licitada: “9.13.5. instrua os processos de contratação com estudos detalhados para fundamentar a escolha por locação em detrimento de aquisição de veículos, considerando fatores tais como: garantias e custos minimizados no primeiro ano de aquisição de um veículo; vida útil do bem; despesas indiretas; tempo da utilização do veículo; possibilidades ou impedimentos de eventual financiamento dos bens; custo de oportunidade na aquisição do veículo; e demais fatores que possam fundamentar a decisão do gestor;” (Tribunal de Contas da União, Acórdão nº 4.742/2009 – 2ª C).

¹⁰⁶³ “Todo aquele que, ao buscar a solução para um problema, o fizer mediante utilização de padrões subjetivos, passará a vida repetindo sempre as mesmas soluções. Aquele que atua objetivamente, a seu turno, questiona as opções anteriormente feitas e as aprimora, observando e levando em conta as particularidades de cada nova situação e buscando a solução mais idônea para cada nova problema. (...) Quem não se autoquestiona não evolui e, se for agente público, infligirá sofrimento a todo o povo.” (BLANCHET, Luiz Alberto. *Ineficiência, corrupção e seus efeitos sobre o empreendedorismo e sobre o desenvolvimento*. In: BLANCHET, Luiz Alberto; HACHEM, Daniel Wunder; SANTANO, Ana Claudia. **Eficiência e ética na Administração Pública**. Curitiba: Íthala, 2015, p. 151-162, p. 156).

reportarão aos estudos preliminares como ato precedente obrigatório para a implantação de uma política pública horizontal.¹⁰⁶⁴

5.3.3. Construção de uma agenda para o desenvolvimento científico, tecnológico e inovativo nacional

O Estado brasileiro precisa fixar uma agenda para o desenvolvimento científico, tecnológico e inovativo nacional, em que fique vinculado o dito planejamento, nos termos do artigo 174 da Constituição da República, e que o mercado utilize como um referencial para a sua atuação. Nesse ponto, a agenda deverá focar uma visão futurística a médio e longo prazo. Estabelecer metas e condições para dez a trinta anos, o que *per se* representará uma diretriz para os operadores econômicos. Aliás, a confiabilidade do mercado no Estado é diretamente proporcional à capacidade de investimento de dinheiro estrangeiro no país.¹⁰⁶⁵

A boa-fé e a confiança legítima devem ser balizas indissociáveis na fixação da agenda pública para que os operadores econômicos tenham a devida tranquilidade

¹⁰⁶⁴ Este sopesamento inclusive é uma recomendação da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico quando da pretensão de implantação de alguma política pública horizontal: “V. RECOMIENDA que los Adherentes reconozcan que todo uso del sistema de contratación pública que pretenda conseguir objetivos secundarios de política deberá sopesar estas finalidades frente al logro del objetivo principal de la contratación. A tal fin, los Adherentes deberán: i) Evaluar la adecuación de la contratación pública como instrumento para perseguir objetivos secundarios de política de acuerdo con unas prioridades nacionales claras, valorando los potenciales beneficios frente a la necesidad de lograr la obligada rentabilidad. Deberá tenerse en cuenta tanto la capacidad del personal de contratación pública para ayudar al logro de los objetivos secundarios de política como los recursos necesarios para el seguimiento de los avances de esos objetivos. ii) Elaborar una estrategia adecuada para la integración de los objetivos secundarios de política en los sistemas de contratación pública. En relación con los objetivos secundarios de política a cuyo logro va a colaborar la contratación pública, deberán desarrollarse una adecuada planificación, un análisis de referencia y una evaluación de riesgos, y deberán establecerse los resultados previstos, todo ello de cara al desarrollo de los oportunos planes de acción o directrices de puesta en marcha. iii) Emplear una metodología adecuada de evaluación de impacto para cuantificar la eficacia del sistema de contratación pública en el logro de objetivos secundarios de política. Deberán cuantificarse, conforme a metas o etapas adecuadas, los resultados de cualquier uso del sistema de contratación pública en apoyo de objetivos secundarios de política, a fin de proporcionar a los responsables de la formulación de las políticas la información oportuna acerca de los beneficios y los costos de dicho uso. La eficacia deberá cuantificarse tanto a nivel de cada proceso de contratación pública como en referencia al logro de los resultados previstos en materia de política. Además, deberá evaluarse periódicamente el efecto global que sobre el sistema de contratación pública tiene la persecución de objetivos secundarios de política, con el fin de abordar la posible sobrecarga de objetivos.”(ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. **Recomendación del Consejo sobre Contratación Pública**. Paris: OCDE, 2015).

¹⁰⁶⁵ Sobre os fundamentos jurídicos da política de compensações na seara da defesa nacional e suas dificuldades, vide ROSSI, Juliano Scherner. **Compensações tecnológicas (offset):** séfredo empresarial e transferência internacional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015, p. 95 e seguintes.

de saber como o Estado investirá, quais serão os seus focos estratégicos em setores importantes como a inovação, ciência e tecnologia, bem como quais serão as suas metas e auxílios para o setor privado.¹⁰⁶⁶ Nota-se que como explica Pedro Moniz Lopes, a aplicabilidade do princípio da boa-fé, independente de previsão expressa no ordenamento jurídico, pois pode ser deduzido: (i) do princípio da justiça; (ii) dos costumes em geral ou (iii) da presunção e generalização das regras relativas ao saneamento dos atos administrativos, da revogação ou da repercussão do tempo nas relações jurídico-administrativas.¹⁰⁶⁷

Mariana Mazzucato explica que, a depender da área econômica, o setor privado somente entra com investimentos após a inserção inicial e um pequeno início de sucesso do setor público. Exemplifica o caso das novas energias e da importância de o Estado sinalizar a sua postura a médio e longo prazo para ensejar uma menor aleatoriedade ao mercado, o que repercute, sozinho, em maior ou menor vulto de investimento e de participação. O Estado deve dar o seu “empurrão forte”, e não “mero empurrãozinho”, para incentivar empreendedores o que acontece normalmente a partir de atos e decisões que transluzem uma seriedade da política pública. Nessa toada, as políticas de longo prazo provocam uma diminuição de incerteza ao mundo empresarial, por conseguinte, uma minoração do custo do dinheiro e uma majoração de atratividade do dinheiro privado (nacional e internacional). A autora retrata em sua

¹⁰⁶⁶ “Obviamente, os princípios vigentes relativamente à atividade administrativa em geral devem igualmente ser tidos em conta – designadamente, e em especial, a boa-fé, a proporcionalidade e a prossecução do interesse público. Note-se a esse propósito que os efeitos da importação destes princípios para a relação contratual se refletem desde logo na determinação da admissibilidade e configuração de institutos próprios dos contratos administrativos.” (MENDES, Pedro Vaz. **Pacta Sunt Servanda e interesse público nos contratos administrativos**. Lisboa: Universidade Católica, 2016, p. 368.

¹⁰⁶⁷ LOPES, Pedro Moniz. **Princípio da boa fé e decisão administrativa**. Coimbra: Almedina, 2011, p. 213. Até porque o autor explica às fls. 221-227 que a norma de boa-fé administrativa é uma norma de conduta impositiva, tanto que é uma: (i) norma primária de conduta (“no sentido hartiano, na medida em que estatui um específico sentido de dever ser sobre uma realidade não normativa”), (ii) norma sob modo deôntico impositivo (norma que impõe um determinado efeito jurídico, “a norma impõe que uma conduta se conforme a um parâmetro de boa-fé, não deixando espaço para o sujeito regulado se autodeterminar quanto à conformação com a descrição ideal da conduta”), (iii) norma distinta da norma de responsabilidade administrativa (“a Administração Pública no exercício da função administrativa e em todas as suas formas e fases, deverá agir segundo as regras da boa-fé, (...) a norma da boa-fé administrativa apenas releva para a norma da responsabilidade como uma concretização da ilicitude do comportamento administrativo”) e (iv) norma de princípio (“é um efeito normativo meramente ideal. Pode assim ver-se que o preenchimento dos pressupostos da previsão normativa da boa-fé administrativa apenas determina uma razão ara agir caso outras normas (de princípio) não imponham um sentido de dever ser distinto e não prevaleçam, em função do peso no caso concreto, sobre aquele”). Sobre o tema, vide ainda: THEODORO JÚNIOR, Humberto. **O contrato e sua função social**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 25 e seguintes.

obra o caso emblemático da energia limpa e da postura visionária ambiciosa do governo chinês que investiu 5% do seu produto interno bruto em várias indústrias, desde tecnologias eficientes e ecológicas, biotecnologia, nova geração de TIS, produção de novos materiais, combustíveis alternativos e carros elétricos. Outrossim, comparando a China com os Estados Unidos, o primeiro país está largamente na frente na questão de painéis solares fotovoltaicos e energia eólica, isso porque estruturou uma política pública até 2050, com elevada afetação para o campo do desenvolvimento científico, tecnológico e de inovação nesse campo, tanto que adsorveu uma atuação em prol do desenvolvimento sustentável e usou a força estatal (v.g., contratos de 25 anos de concessão aos produtores com preços fixos para gerar a avaliação de preço a partir de custo prefixado a médio e longo prazo) para o atingimento deste notável propósito.¹⁰⁶⁸

O papel do Estado nacional no mundo atual e globalizado deve ser mais avultado, considerando a sua função regulatória e incentivadora, inclusive de disponibilização de crédito.¹⁰⁶⁹ Clama-se pela necessidade de um projeto nacional de desenvolvimento para gerar a diminuição das diferenças existentes dentro do Brasil e

¹⁰⁶⁸ MAZZUCATO, Mariana. **O estado empreendedor**: desmascarando o mito do setor público vs. setor privado. São Paulo: Portfolio-Penguin, 2014, p. 165, 166, 171, 189 e 196. Posteriormente, a autora enfatiza às páginas 206 e 213: “Os produtores de energia eólica chineses também receberam contratos de 25 anos com preços fixos por intermédio de um programa de ‘concessão’ (licitação). Os projetos de energia eólica tiveram acesso ao financiamento com baixo custo, e depois de 2005 a China começou a financiar publicamente P & D e projetos com subvenções ou empréstimos com termos favoráveis. A China também priorizou a redução da intensidade energética global (a relação entre o consumo de energia e PIB) e fixou metas para o desenvolvimento de energia renovável tentando atingir 1000 GW de energia eólica 2050. O efeito desses esforços é nítido, e é por isso que em 2010 a China ultrapassou os Estados Unidos como o maior mercado de energia eólica do mundo, atendido predominantemente pela produção de fabricantes domésticos. A China também corroeu a fatia do mercado global de outras empresas ao redor do planeta. (...) Um dos maiores desafios para o futuro, tanto em tecnologia limpa quando em relação a qualquer tecnologia que venha em seguida, será garantir que, ao construirmos ecossistemas colaborativos, não apenas socializaram os riscos, mas também as recompensas. Só assim o ciclo de inovação será sustentável com o tempo, tanto econômica quanto politicamente. Nessa última esfera, é importante que os contribuintes entendam que se beneficiam com os grandes investimentos do Estado para construir as bases para os lucros privados futuros. Como os empregados estão cada vez mais globais, em vez de resistir a isso como dogmas nacionalistas, existem maneiras concretas de pegar o retorno dos investimentos do Estado de forma que os cidadãos que financiam o desenvolvimento tecnológico possam estar certos de compartilhar os ganhos.”

¹⁰⁶⁹ “Longe de serem ‘irrelevantes’ ou ‘eclipsadas’, as instituições estatais no nível nacional continuam a desempenhar um papel fundamental na operação dos mercados globais, mesmo quando essas mesmas instituições estão sendo transformadas pelos mercados globais que elas ajudaram a criar. (...) Também não há qualquer razão lógica para esperar que a abertura dos mercados à concorrência internacional reduza a necessidade de regulamentação doméstica. (...) O papel crucial da capacidade do estado no nível nacional talvez seja mais claro na proeminente arena econômica globalizada - o financiamento. (BLOCK, Fred; EVANS, Peter. *The State and the Economy*. In: SMELSER, Neil J; SWEDBERG, Richard. **The handbook of economic sociology**. 2. ed. New Jersey: BRITISH LIBRARY, p. 505-528, p. 517.

a homogeneização social.¹⁰⁷⁰ Desse modo, o Estado brasileiro deverá fixar uma agenda de política clara para as próximas décadas sobre ciência, tecnologia e inovação, inclusive apontando quais setores serão beneficiados e considerados estratégicos para possíveis intervenções direta e indireta.¹⁰⁷¹

5.3.4. Relevância da escolha adequada do tipo de licitação e o procedimento atual para compras públicas inovadoras no Brasil: um olhar de reflexão

Na legislação brasileira, o tipo de licitação é o critério de julgamento adotado pela Administração Pública para julgar as propostas dos licitantes. No caso de aquisições envolvendo ciência, tecnologia e inovação, não é possível que seja fixado simplesmente o critério de menor preço, uma vez que há necessidade de aferir a qualidade do objeto e do fornecedor, bem como o preço.

O fato de o objeto estar objetivamente definido no ato convocatório não afliu necessariamente o menor preço, até porque diferentemente do que está preconizado no artigo 1º, parágrafo único, da Lei nº 10.520/2002 em que este é um dos requisitos adotados para o enquadramento da modalidade pregão, compreende-se que a falta de objetividade é empecilho para a licitação em si, independentemente da modalidade.¹⁰⁷²

¹⁰⁷⁰ CABRAL, Mário André Machado. **Subdesenvolvimento e estado de exceção**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 50.

¹⁰⁷¹ “O elemento credibilidade das políticas públicas também ganhou importância, ou seja, a prevalência de regras pré-anunciadas seria mais eficiente do que o poder discricionário de políticos e burocratas, contido nas políticas públicas. O fator credibilidade passou a ser fundamental para políticas como a monetária, mas também influenciou o novo desenho das políticas públicas em várias outras áreas. A credibilidade baseia-se na existência de regras claras em contraposição à discricionariedade dos decisores públicos e burocratas, a qual levaria à inconsistência. Além do mais, a discricionariedade gera altos custos de transação. Assim, a discricionariedade, de acordo com esta visão, seria minimizada ou eliminada, delegando poder a instituições bem desenhadas e “independentes” do jogo político e fora da influência dos ciclos eleitorais.” (SOUZA, Celina. Políticas públicas: uma revisão da literatura. **Sociologias**, Porto Alegre, ano 08, nº 16, jul/dez 2006, p. 20-45, p. 35).

¹⁰⁷² Por isso, defende-se que bem e serviço comum é identificado pela sua padronização ante o mercado, ou seja, o fato de o bem ser usual no mercado. A título ilustrativo, compete gizar que o edital de licitação deve apresentar-se com as seguintes características: simplicidade, precisão, clareza, certeza, legalidade, segurança, objetividade, neutralidade e suficiência para afastar qualquer tipo de dúvida ou interpretação dúbia. Por sua vez, tal ato-regra deve afastar-se, como aponta Jorge Enrique Romero Pérez em relação à contratação pública eletrônica da Costa Rica, mas pertinente e aproveitável para o Brasil, Espanha e qualquer outro país, de qualquer cláusula que incorra em complexidade, ambiguidade, incerteza, confusão, desconfiança, arbitrariedade, corrupção, insegurança, obscuridade, subjetividade e abstração (sem parâmetro objetivo de mensurar). (PÉREZ, Jorge Enrique Romero. **Contratación Electrónica Pública**. San José: ISOLMA, 2017, p. 244).

Dessa maneira, o critério mais próximo que poderia ser utilizado na legislação brasileira seria o tipo técnica e preço para tais certames. A modalidade pregão restaria afastada, pois esta somente comporta o tipo menor preço e, infelizmente, não existe discernimento para diferenciar melhor menor preço e menor melhor preço. Em outras palavras, a alternativa seria a proposição de uma legislação vindoura no Brasil para especificar o critério de julgamento qualidade-preço, assemelhando-se ao critério atual da técnica e preço, além de prever um iter procedimental próprio ou adaptar a contratação de um objeto envolvendo tecnologia, ciência e inovação, via modalidades e procedimentos, já preceituados na legislação. A segunda opção, sem sombra de dúvida, suscitará dúvidas aos agentes públicos quando da sua feitura e receio, ocasionado pelo medo de serem questionados ou admoestados futuramente pelos órgãos de controle.

De qualquer modo, as compras públicas inovadoras clamam pelo uso de um método adequado para o seu julgamento, salientando que as etapas para a realização do certame não devem ser iguais como se fosse para qualquer outro objeto. Resta imprescindível que exista o incentivo e a atração aos fornecedores para participarem. Contudo, atualmente, inexistem, em geral, uma modalidade ou um procedimento similar às parcerias para inovação ou o diálogo competitivo para permitir a contratação de uma solução nova, inexistente no mercado e que venha futuramente ser confeccionada para atender aos interesses da Administração Pública, pelo menos inicialmente, já que, posteriormente, a depender da formatação usada, poderá ser comercializada a outros potenciais consumidores.¹⁰⁷³ O termo, em geral, é adotado, porque existem arranjos específicos para a contratação de objetos inovadores no Brasil, como foram os casos retratados por legislações especiais e situações de dispensa de licitação quando envolver alguns objetos ou pessoas específicas (como aqueles casos em que se situam os agentes de financiamento de pesquisa científica ou tecnológica, dentre outros, ou as situações de medicamentos nos termos do Decreto Federal nº 9.245/2017).

¹⁰⁷³ Esta crítica é comungada inclusive nas compras públicas na área de defesa nacional com compensação tecnológica (offset), conforme explica André Luis Vieira e João Gabriel Álvares ao dizerem que “alguns dos maiores entraves às aquisições de defesa, contudo, são a generalidade e a falta de adequabilidade estrita da norma geral à matéria em comento, aliadas às variações e condicionantes orçamentárias.” (VIEIRA, André Luís; ÁLVARES, João Gabriel. **Acordos de compensação tecnológica (offset): Teoria e prática na experiência brasileira**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 114).

Pode-se pensar no uso do procedimento de manifestação de interesse como potencial saída para a contratação de objetos inovadores, tecnológicos e científicos. O procedimento de manifestação de interesse hoje é regido pelo Decreto Federal nº 8.428/2015 e deve ser empregado para apresentação de projetos, levantamentos, investigações ou estudos, a ser proposto por pessoa física ou jurídica de direito privado, “com a finalidade de subsidiar a administração pública na estruturação de empreendimentos objeto de concessão ou permissão de serviços públicos, de parceria público-privada, de arrendamento de bens públicos ou de concessão de direito real de uso.” O escopo é bastante restrito, consoante se verifica pelo teor do decreto, e ainda o procedimento de manifestação de interesse não é a licitação para a satisfação da necessidade pública em si, mas sim um conjunto de atos e decisões que almeja subsidiar a Administração Pública para a escolha da futura solução a ser aplicada caso persista o interesse no atendimento de dado problema anteriormente alinhavado. Se modificado para que seja fruído o PMI, então, roga-se que haja uma criteriosa avaliação quando da estipulação do texto normativo ou da sua aplicação pelos agentes, a fim de permitirem a execução contratual daquele mentor da solução.¹⁰⁷⁴

Portanto, uma possibilidade mais fácil e imediata pode ser utilizada no Brasil seria estender o procedimento de manifestação de interesse para compras públicas inovadoras, mais precisamente quando for o caso de a Administração Pública desejar a construção de uma solução inovadora, não existente de modo pronto no mercado, para a futura satisfação completa de suas necessidades. Uma alternativa seria a de criar normas para que se pudesse desenvolver procedimentos similares ao diálogo competitivo ou às parcerias para inovação, conforme já explicado no item 4.4.2.

¹⁰⁷⁴ A contratação vislumbrada por este trabalho a ser implantada no Brasil, assemelha-se quanto às etapas já adotadas no Programa de Incentivo à Inovação em Minas Gerais que reúne o seguinte iter procedimental: negociação, implantação, seleção de projetos, estudo de viabilidade, seleção de projetos e desenvolvimento do plano (execução). O Programa de Incentivo à Inovação em Minas Gerais foi desenvolvido pela Secretaria de Ciência, Tecnologia e Ensino Superior (atualmente está na Secretaria de Desenvolvimento Econômico), o Serviço Brasileiro de Apoio às Micro e Pequenas Empresas (SEBRAE-MG) e as Instituições de Ciência e Tecnologia do Estado de Minas Gerais. Maiores informações, vide BARBOSA, Samara Lopes. **Políticas Públicas de Apoio à Inovação**. Curitiba: Appris, 2016, p. 69-75

5.3.5. Metrificar a eficiência das escolhas estatais por meio da avaliação adequada

As escolhas estatais, em matéria de política pública, são amplamente sindicáveis por qualquer parte interessada, seja no controle social, controle judicial, controle parlamentar ou controle executada pela corte de contas. Analisar se a formação da agenda e a escolha da política pública horizontal em sede de licitações públicas e contratos foram correspondentes à realidade e à necessidade deve ser alvo de ampla e constante avaliação, inclusive para saber se a medida continua sendo legítima, merece ser continuada, aprimorada ou encerrada. Ou seja, em outras palavras, essa tarefa demanda impor uma avaliação para cotejar se os fins foram ou não atingidos total ou parcialmente, bem como para cientificar a possibilidade de continuidade de tal política pública, a partir da proporcionalidade da eficiência administrativa pretendida. Como dito alhures, quando exposto sobre o ciclo da formulação da política pública, a Administração Pública deverá atuar no quinto e sexto passo com a implementação e avaliação.

Uma vez implementada a política pública horizontal, em especial para o desenvolvimento nacional sustentável por meio da ciência, tecnologia e inovação nacional, os órgãos e entidades da Administração Pública deverão aguardar um determinado interregno temporal para medir os seus resultados e com isso estimar se o que foi devidamente planejado foi atingido total ou parcialmente. Como afetar a economia doméstica e também internacional, a constante avaliação gerará a retroalimentação do diagnóstico, a fim de dosar se o ambiente nacional ainda necessita de um auxílio e em que medida, até para evitar que a proteção aconteça de modo perpétuo, visto que daí não seria saudável e poderia, até mesmo, ensejar uma propensão de concorrência imperfeita ao setor em exame.

Quando se discorre sobre a proporcionalidade da eficiência pretendida quer-se a submissão da escolha estatal a partir das sub-regras da regra da proporcionalidade, quais sejam, adequação, necessidade e justiça da medida. Enquanto a eficiência administrativa é um princípio jurídico, pois dele deve-se apreciar todos os seus aspectos, seja na faceta economicista e sociológica, bem como está previsto no artigo 37, caput, da Constituição da República.¹⁰⁷⁵ A proporcionalidade sempre gera uma

¹⁰⁷⁵ GABARDO, Emerson. **Princípio constitucional da eficiência**. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 98. Sobre o assunto da dimensão do princípio da eficiência administrativa, vide também:

grande dúvida se é regra ou princípio do ponto de vista de sua estatura normativa. Adotar-se-á a ideia de que seja regra (explicitamente regra), conforme preleciona Robert Alexy.¹⁰⁷⁶ Quando da aplicação das três sub-regras para perquirir o respeito ou não à proporcionalidade, cumpre salientar que a ordem de ponderação das três é condição imprescindível para o escoreito teste de calibragem.¹⁰⁷⁷ Conquanto se relacionem entre elas, cada sub-regra possui uma finalidade, mais precisamente para: (i) exame de sua aptidão para fomentar os objetivos visados (adequação); (ii) um ato estatal limitador de direitos somente é necessário se a feitura do escopo pretendido não possa ser concretizado por outro ato menos agressivo - menos limitativo - (necessidade); e (iii) sopesar a intensidade da restrição ao direito e a relevância da realização do direito que com ele se colide ou conflita e que consubstancia a medida ablativa (proporcionalidade em sentido estrito).¹⁰⁷⁸

Tais testes deverão ser executados por aqueles responsáveis pela política pública horizontal, o que desde se recomenda que exista um colegiado que possua a participação miscigenada de agentes públicos e privados para permitir um amplo defesa e discussão. De qualquer forma, o que se verifica e propõe é uma percuciente aferição da proporcionalidade do princípio da eficiência administrativa em tais ações governamentais. Acerca da relação entre eficiência e proporcionalidade, salienta-se que diversos autores já o esmiuçaram. Maria Paula Dallari Ducci explana que

¹⁰⁷⁶ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 90. Sobre o assunto, vide também: ALEXY, Robert. On Balancing and Subsumption. A Structural Comparison. **Ratio Juris**. v.16. 2003, p. 433-449; GRIMM, Dieter. Proportionality in Canadian and German Constitutional Jurisprudence. **University of Toronto Law Journal**. v.57. 2007, p.383-397; LEAL, Fernando. Racional ou Hiper-racional? A ponderação de princípios entre o ceticismo e o otimismo ingênuo. **A&C - Revista de Direito Administrativo e Constitucional**, n. 58, p. 177-209, out./dez. 2014.

¹⁰⁷⁷ J. J. Gomes Canotilho defende que a proporcionalidade é princípio e também pode ser denominado de princípio da proibição do excesso. (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 266-270). Em linha similar, sobre o princípio da proporcionalidade, Raquel Denize Stumm expressa que “enquanto manifestação do princípio do estado de Direito, deve ser o princípio da proporcionalidade, além de material, procedimental, pois deve o Estado de Direito atender ao princípio da unidade e ao da concordância prática ao concretizar o conteúdo da Constituição.” (STUMM, Raquel Denize. **Princípio da proporcionalidade no direito constitucional brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995, p. 121). Suzana enfatiza a matriz constitucional do referido princípio ao dizer que “o princípio da proporcionalidade tem dignidade constitucional na ordem jurídica brasileira, pois deriva da força normativa dos direitos fundamentais, garantias materiais objetivas do Estado de Direito. É haurido principalmente da conjugação dos arts. 1º, III; 3º, I; 5º, caput, II, XXXV, e seus §§ 1º e 2º; 60, §4º, IV.” (BARROS, Suzana de Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. 2. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2000, p. 212).

¹⁰⁷⁸ SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais**, n. 798, 2002, p. 23-50, p. 35-42.

eficiência é uma palavra que, de forma imanente, atrela-se à proporcionalidade material entre os fins e os meios. Além disso, segundo a autora, além do “aspecto econômico no conceito, expresso na relação entre custos e benefícios, a efetivação do princípio da eficiência deve ser mensurada também em termos dos custos sociais de determinadas estruturas e práticas administrativas e sua repercussão sobre a formação de uma consciência coletiva, de interesse público, nos cidadãos.”¹⁰⁷⁹

Por sua vez, Diogo Figueiredo Moreira Neto elenca os princípios da eficiência e da legitimidade como os novos princípios fundantes do novo conceito de administração pública, no que se refere à governabilidade. Para o autor, três novas circunstâncias levaram a crise da governabilidade e à elevação de tais princípios, quais sejam: (i) a maior sobrecarga de demandas nos regimes democráticos em comparação com regimes autocráticos; (ii) a maior conflitualidade social nos regimes democráticos e sociais; (iii) a maior distribuição e desconcentração de poder nas sociedades democráticas.¹⁰⁸⁰ Não diferentemente, Claus Offe também destaca que a manutenção da eficiência e da legitimidade nos modernos regimes democráticos é uma tarefa principal, e, por isso, diversos ramos e instituições do sistema político são especializadas para fornecer estes requisitos funcionais.¹⁰⁸¹ Claus Offe indaga e inclusive alça como ponto nodal o seguinte questionamento: é possível o Estado desempenhar as suas funções com eficiência ou há contradições sistemáticas na própria atividade estatal que impedem o Estado de manejar com êxito as contradições do modo capitalista de produção?¹⁰⁸² Compreende-se que não poderá acontecer contradição e nem negação do Estado fruir de suas ferramentas pertinentes para a incessante busca do desenvolvimento nacional sustentável, sendo que, para tanto, as compras públicas se mostram instrumentais bem apropriados para essa tarefa. Para

¹⁰⁷⁹ BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito Administrativo e Políticas**. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 183. Já Alexandre Santos de Aragão advoga pela existência de possível conflito entre o princípio da eficiência e o princípio da proporcionalidade, porquanto os elementos da “adequação” e “necessidade” não podem impor a adoção de meio inadequado ou desnecessário para o alcance das finalidades legais com esteio num simples apego à legalidade formal. Todavia, sob este raciocínio, impõe-se então uma legalidade material, a qual almeja-se na realização dos objetivos constitucionais com a menor perda possível dos interesses da coletividade em jogo. (ARAGÃO, Alexandre Santos de. O princípio da eficiência. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 237, jul. 2004, p. 01-06, p. 04).

¹⁰⁸⁰ MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo. **Mutações do Direito Administrativo**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 18-19.

¹⁰⁸¹ OFFE, Claus. **Contradicciones en el Estado del Bienestar**. Trad. Antônio Escohotado. Alianza Editorial, 1990, p. 118.

¹⁰⁸² OFFE, Claus. **Contradicciones en el Estado del Bienestar**. Trad. Antônio Escohotado. Alianza Editorial, 1990, p. 121.

tal mister, deverá haver a máxima realização em relação às possibilidades fáticas, o que demanda uma apreciação de acordo com o Estado e suas condições.¹⁰⁸³

5.3.6. Publicidade, transparência e participação popular

A escolha de uma política pública clama pela máxima transparência, publicidade e participação popular. A transparência está acima da mera publicidade. Enquanto essa é uma das formas de transparecer os atos praticados pelos agentes no exercício de uma função pública, a partir do conhecimento de terceiros via divulgação (independente do seu *modus operandi*), a transparência determina um modo de atuação que exacerba a mera publicidade dos seus atos e decisões, já que a postura dos agentes públicos e a própria Administração Pública deverão ser translúcidos.¹⁰⁸⁴ A limpidez envolve muito mais do que a mera divulgação, mas a viabilidade de controle por parte de qualquer cidadão sobre o que está sendo feito quotidianamente no exercício da função, eis porque se destaca a relevância da participação popular também.¹⁰⁸⁵

¹⁰⁸³ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 588.

¹⁰⁸⁴ Assim como quem contrata com o Poder Público não pode ter segredos, o Poder Público também não pode ter segredos sobre suas intenções futuras de contratos e parcerias, até para que os operadores econômicos possam se posicionar. Sobre a evolução do controle e da transparência na contratação pública brasileira, vide MÜLLER, Caroline Bitencurt; RECK, Janriê Rôdrigues. Controle da transparência na contratação pública no Brasil – o acesso à informação como forma de viabilizar o controle social da Administração Pública. **Revista do Direito**, Santa Cruz do Sul, v. 2, n. 49, p. 96-115, maio 2016.

¹⁰⁸⁵ No âmbito constitucional, a publicidade é mencionada por diversas vezes como o artigo 5º, XXXIII, 37, caput, §1º, já a transparência aparece quando o artigo 216 discorre sobre a necessidade de “transparência e compartilhamento das informações” no Sistema Nacional de Cultura. No âmbito infraconstitucional, a dita lei da transparência consubstancia-se no artigo 48-A quando trata de gestão fiscal: “Art. 48. São instrumentos de transparência da gestão fiscal, aos quais será dada ampla divulgação, inclusive em meios eletrônicos de acesso público: os planos, orçamentos e leis de diretrizes orçamentárias; as prestações de contas e o respectivo parecer prévio; o Relatório Resumido da Execução Orçamentária e o Relatório de Gestão Fiscal; e as versões simplificadas desses documentos. § 1º A transparência será assegurada também mediante: I – incentivo à participação popular e realização de audiências públicas, durante os processos de elaboração e discussão dos planos, lei de diretrizes orçamentárias e orçamentos; II - liberação ao pleno conhecimento e acompanhamento da sociedade, em tempo real, de informações pormenorizadas sobre a execução orçamentária e financeira, em meios eletrônicos de acesso público; e III – adoção de sistema integrado de administração financeira e controle, que atenda a padrão mínimo de qualidade estabelecido pelo Poder Executivo da União e ao disposto no art. 48-A.” E ainda a Lei nº 12.527, legislação de acesso à informação, estatui: “Art. 5º É dever do Estado garantir o direito de acesso à informação, que será franqueada, mediante procedimentos objetivos e ágeis, de forma transparente, clara e em linguagem de fácil compreensão. Art. 6º Cabe aos órgãos e entidades do poder público, observadas as normas e procedimentos específicos aplicáveis, assegurar a: I - gestão transparente da informação, propiciando

A efetiva participação do povo em uma política pública horizontal permitirá que o diagnóstico de uma dada área econômica esteja à disposição para possíveis questionamentos, e, com isso, equacionar se as suas premissas estão corretas ou não, corrigindo, aprovando ou reprovando, a depender do caso concreto. De qualquer modo, a participação popular deve ser sempre incentivada, até porque o seu fundamento reside no próprio Estado Democrático de Direito e deve ser concebida como um direito fundamental, ainda que a legislação brasileira não assim proteja expressamente, diferentemente da Constituição Espanhola em seu artigo 6º,¹⁰⁸⁶ o que gera a sua caracterização, no mínimo implícita ou decorrente.¹⁰⁸⁷ Em um ambiente democrático, qualquer desfaçatez inclinada para o engano e para a simulação ou dissimulação dos cidadãos deverá ser aliado, visto que é incompatível com a democracia.¹⁰⁸⁸

Nesse prisma, recomenda-se que, no mínimo, facilite-se a participação, a partir dos meios eletrônicos, tão largamente utilizados em tempos atuais. Sobre esse ponto, a Câmara dos Deputados possui a ferramenta “Pauta Participativa” para que a sociedade possa sugerir pautas a serem votadas pelo Plenário da respectiva casa legislativa ou ainda o dispositivo “Participa.br”, que tem permitida a inferência nos projetos de instruções normativas, decretos, resoluções, regimento interno, dentre

amplo acesso a ela e sua divulgação; II - proteção da informação, garantindo-se sua disponibilidade, autenticidade e integridade; e III - proteção da informação sigilosa e da informação pessoal, observada a sua disponibilidade, autenticidade, integridade e eventual restrição de acesso.”

¹⁰⁸⁶ “Artículo 6. os partidos políticos expresan el pluralismo político, concurren a la formación y manifestación de la voluntad popular y son instrumento fundamental para la participación política. Su creación y el ejercicio de su actividad son libres dentro del respeto a la Constitución y a la ley. Su estructura interna y funcionamiento deberán ser democráticos.”

¹⁰⁸⁷ SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. **A participação popular na Administração Pública: o direito de reclamação**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 27-34. Sobre o assunto, Francesc Vallès Vives “el control social debe estar previsto por los ordenamientos jurídicos de las sociedades democráticas, reconociendo y protegiendo su ejercicio. (...) El control social del poder en el Estado democrático constitucional, como ejercicio del derecho a la libertad de los ciudadanos, debe estar protegido y garantizado por los poderes públicos.” (VIVES, Francesc Vallès. **El control externo del gasto público: configuración y garantía constitucional**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003, p. 173).

¹⁰⁸⁸ BOBBIO, Norberto. **Elogio da serenidade e outros escritos morais**. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. 2. ed. São Paulo: Unesp, 2011, p. 98-99. Acerca do assunto, Jaime Rodríguez-Arana Muñoz critica a atual sociedade “Y, la escasa participación real que caracteriza la vida pública en nuestros países muestra efectivamente que en las políticas públicas, en todas las fases de su realización, todavía no existe el grado de participación de la ciudadanía que sería menester después de los años en que la democracia y el Estado de Derecho, afortunadamente, acampan entre nosotros.” (MUÑOZ, Jaime Rodríguez -Arana. Prefácio na obra de APONTE, William Iván et al. (Coord.). **Derecho Administrativo para el siglo XXI: hacia el garantismo normativo y la transparencia institucional**. Belo Horizonte : Fórum, 2018, p. 26).

outros atos do Poder Executivo Federal, inclusive atos relacionados com a implementação ou revisão de políticas públicas.

Até mesmo sobre a gestão eletrônica dos procedimentos, Fernando Garrido Falla, Alberto Palomar Olmeda e Herminio Losada González explicam que a Administração Pública deve revisitar os seus procedimentos com vistas a (a) suprimir ou reduzir a documentação requisitada dos cidadãos e permitir a sua substituição física por documentos e dados transmitidos por formas reguladas com certificação ou de qualquer outra maneira online; (b) prever meios e instrumentos de participação, transparência e informação acessível; (c) redução de prazos e de tempo de respostas aos requerimentos e procedimentos e (d) racionalização da distribuição das cargas de trabalho e das comunicações internas para fruírem dos meios mais automatizados.¹⁰⁸⁹

A mais, esse espaço de debate e participação acerca de temas de arena pública precisam ser qualificados, em ambientes e condições adequadas, para que o seu uso aconteça de modo espontâneo, livre e igualitário, e com isso atinja o seu escopo. Para tanto, é relevante cuidar com a acessibilidade da linguagem a fim de obter uma ação comunicativa.¹⁰⁹⁰

Assim sendo, deverá ser apresentada a motivação dos porquês de determinar o incentivo e o direcionamento a um certo setor do mercado, justificando a partir de um diagnóstico que deverá ter sido chancelado pela equipe multidisciplinar e paritária com membros da sociedade civil e agentes do Estado. É recomendável que, igualmente ao que acontece na Espanha, os atos normativos brasileiros devam apresentar os “considerandos” que denotam a motivação, até para facilitar a verificação do elo entre o motivo e o “remédio normatizado”. Dentre os membros da sociedade civil, devem ser reservadas vagas tanto para os executores da atividade econômica em questão quanto para estudiosos dos setores de economia, mercado

¹⁰⁸⁹ FALLA, Fernando Garrido; OLMEDA, Alberto Palomar; GONZÁLEZ, Herminio Losada. **Tratado de Derecho Administrativo**. Volumen I. 15. ed. Madrid: Editorial Tecnos, 2010, p. 691-695.

¹⁰⁹⁰ Sobre este ponto, Caroline Müller Bitencourt e Eduarda Simonetti Pase apontam que “O que se busca indicar como essencial para a realização da democracia em países em desenvolvimento como o Brasil, é a qualificação desses espaços de discussão, onde a participação deliberativa ocorra de forma espontânea, livre e igualitária, sem que se empregue meios tão somente formais de realização.” (BITENCOURT, Caroline Müller; PASE, Eduarda Simonetti. A necessária relação entre democracia e controle social: discutindo os possíveis reflexos de uma democracia “não amadurecida” na efetivação do controle social da administração pública. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 2, n. 1, p. 293-311, jan./abr. 2015, p. 301-311).

internacional, administração e mercado regulatório.¹⁰⁹¹ Portanto, o ato normativo que disciplinar a forma de o Estado implantar a política pública horizontal deverá preceituar como será garantida a transparência, a publicidade e a participação popular.

5.3.7. Necessidade de adotar medidas específicas para cada setor e área mercadológica envolvida

A adoção de um regime jurídico diferenciado para as licitantes que tiverem um comportamento ou desenvolverem um objeto que seja decorrente ou em propósito da ciência, tecnologia e inovação nacional deverá ser criado a partir de linhas gerais na legislação de licitações e contratos administrativos, com intuito de que, então, posteriormente, venha a ser regulamentado em um ato normativo legal ou infralegal. Ao se defender dois atos, um genérico e um específico, não é para que haja confusão entre os agentes públicos e operadores econômicos, mas para que o genérico trace as diretrizes e preceitos específicos para o tratamento diferenciado, já o específico será especializado em um determinado setor econômico ou de produto.

Pode ser que existam vários atos específicos para a área médica, sendo que um trata de equipamento médico de grande porte, já outro de robôs para diagnósticos virtuais. Isto é, deverá ser pormenorizado o objeto ou o ramo a ser tratado de acordo com a divisão mercadológica existente no universo de fornecedores. Portanto, a Administração Pública quando da feitura do diagnóstico e do relatório concorrencial para a conferência de imperiosidade de um tratamento mais avançado do ponto de vista de vantagens ou incentivos dessumirá como e de que forma será feita a divisão.

Por óbvio, não seria viável – e nem crível do ponto de vista da realidade – requerer que o Estado Brasileiro realize um cotejo de todas as áreas mercadológicas possíveis, porém deverá focar aquelas que sejam estratégicas para o bem-estar social, o que representa dizer que será vergado para aquelas ações governamentais prioritárias. Estas deverão, para a sua validade, estar atreladas diretamente ao

¹⁰⁹¹ Aproveita-se para utilizar ferramentas realistas e que possam concretizar a tese proposta, sempre primando pela participação efetiva dos cidadãos. A Constituição da Espanha destaca a efetividade e realidade no item 2 do seu artigo 9º: “Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social.”

interesse público, mais precisamente ao interesse da sociedade como um todo, evitando dessa feita qualquer tipo de interferência descabida por motivos escusos ocasionados pela captura de interesses a partir do próprio estado, da sociedade ou de grupos sectários.

A abertura em tempo razoável para manifestação de possíveis interessados também é condição para a validade de qualquer postura restritiva, inclusive porque os sujeitos que integram o mercado poderão contribuir significativamente com dados e informações que nem sempre estarão ao alcance dos agentes públicos responsáveis. Como já definido em outro momento, a assimetria informacional em questões econômico-estratégicas normalmente é grande, desencadeando, assim, mais um pressuposto para a interação do primeiro setor com o segundo e até o terceiro setor.¹⁰⁹² Urge acentuar que, ao versar sobre ciência, tecnologia e inovação, não se está diante somente do operador econômico, mas normalmente de um ecossistema em que participam com finalidade comum vários *players* como agentes de pesquisa, empresas, empreendedores, estado e até idealizadores de ideias (*startups*, em sua origem), por isso, há imprescindibilidade de integração, inclusive no momento da fixação das medidas impactantes sobre as compras públicas.¹⁰⁹³

Todo esse cenário de divisão e exauriente pesquisa revela-se inexorável para que a escolha do regime diferenciado seja proporcional. Poderá legitimar a escolha,

¹⁰⁹² O terceiro setor poderá ter o seu contributo a partir de pesquisas ou avaliações anteriormente estimuladas para o benefício da coletividade. Além de subsidiar na fase preparatória da política pública, já ficará antenado para a consecução de atividades no momento da fiscalização e avaliação da política pública. Fernando Araújo destaca ainda que a principal fonte de ineficiências nas transações é a assimétrica distribuição de informação entre as partes envolvidas, a decisão de especializar a produção, de dividir o trabalho e de dividir a informação. Por isso, quando se chega no momento da relação (das trocas), deve-se recobrar a informação e seus custos como “custos que se reportam à informação sobre preços e qualidade de produtos e factores de produção, sobre potenciais compradores e vendedores, sobre disposições de pagar e de aceitar preços; custos de negociação e de monitorização ex ante e ex post de contraparte; custos de cumprimento e de reação ao incumprimento; custos de proteção da relatividade contratual face aos riscos de interreferência lesiva da parte de terceiros.” (ARAÚJO, Fernando. **Teoria Económica do Contrato**. Coimbra: Almedina, 2007, p. 199-200).

¹⁰⁹³ “Um ambiente inovador é composto pelo Estado, universidades e empresas. Iniciativas trilaterais, baseadas em conhecimento para o desenvolvimento econômico, com alianças estratégicas entre governo, grandes e pequenas empresas juntamente com grupos de pesquisa acadêmica, criam condições favoráveis à transferência de tecnologia e ao fortalecimento do vínculo universidade-empresa. A interação entre esses atores remete ao conceito da Tripla Hélice, de Etzkowitz, que surgiu com o propósito de descrever a cooperação entre os vários atores do processo de inovação: a universidade, a indústria e o Estado, onde cada entidade complementa o papel das outras.” (BARBOSA, Samara Lopes. **Políticas Públicas de Apoio à Inovação**. Curitiba: Appris, 2016, p. 78). No mesmo sentido, vide ENGELMANN, Wilson; WILLIG, Júnior Roberto. **Inovação no Brasil**. Jundiaí: Paco Editorial, 2016, p. 25-37.

por exemplo, nos termos do Decreto Federal nº 7.546/2011, se é o caso de uma margem de preferência normal, margem de preferência adicional ou uma medida de compensação industrial, comercial ou tecnológica, bem como quantificar de quanto será a vantagem máxima a ser admitida. Em especial, é possível que exista um acordo de compensação específico para aquele setor ou área, ensejando assim um *countertrade* que representa uma forma de operação econômica via contrato em que se busca “equilibrar a balança de pagamentos em relações de comércio internacional, quer seja de matérias-primas e recursos naturais, quer seja de produtos manufaturados e tecnológicos.”¹⁰⁹⁴

A falta do devido estudo e da participação da ampla sociedade civil, abarcando agentes do setor econômico e estudiosos, poderá representar uma escolha arbitrária do gestor público. Qualquer situação nesse sentido, ao invés de gerar uma propensão favorável a tais notáveis e legítimos propósitos, como é o caso da ciência, tecnologia e inovação nacional, poderá acarretar efeito inverso a partir da desconfiança dos operadores econômicos, ainda que utilitariamente possa lhe parecer favorável num primeiro momento. O princípio da realidade, em conformidade com a parte técnica para lhe decifrar de acordo com o intuito de desenvolvimento nacional sustentável, deverá ser preponderante para o êxito deste ponto.

5.3.8. Tratamento diferenciado: preferência não é exclusão e pode ser implementada de diversas maneiras

O tratamento jurídico diferenciado para as empresas que investirem ou comercializarem objetos que estejam alinhados à ciência, tecnologia e inovação nacional é o conjunto de normas jurídicas existentes para conferir-lhes vantagens diretas e indiretas em possíveis certames ou contratações públicas. De imediato, salienta-se que não se propõe *a priori* a exclusão de empresas estrangeiras às licitações brasileiras, isso porque pode ser que essas venham a incentivar ou direcionar a ciência, tecnologia e inovação nacional ou ainda ofertarem objeto com esta finalidade. Quando se aduz “*a priori*” é porque entende-se possível de ser adotada alguma exclusão a empresas estrangeiras como exceção, em caso de

¹⁰⁹⁴ VIEIRA, André Luís; ÁLVARES, João Gabriel. **Acordos de compensação tecnológica (offset): Teoria e prática na experiência brasileira.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 33.

alguma política pública estratégica na área de defesa nacional ou algum setor que possua respaldo constitucional e legal, o Estado resolva, por meio dos atos competentes, efetuar tal restrição.

Para tanto, propõe-se que a legislação brasileira crie para as pessoas que laborarem com objeto decorrente de ciência, tecnologia e inovação nacional: (i) incentivo ao permitir que seja instituído como motivo para desempate em caso de equivalência entre uma pessoa que assim atue e outra não; (ii) incentivo ao conceder a depender do caso alguma forma de benefício fiscal; (iii) incentivo ao promover uma margem de preferência específica; e (iv) uma direção (regulação em sentido estrito) ao determinar que a empresa vencedora deverá investir em ciência, tecnologia e inovação nacional como contrapartida do recebimento de recursos públicos.

O desempate indubitavelmente é a medida mais leve e que normalmente não gera resistência dos demais fornecedores que não estejam enquadrados como favorecidos, isso porque, apesar de impactar economicamente e gerar uma vantagem, esta é considerada incipiente ante as demais. Pode ser decretada de forma perene, não havendo necessidade de avaliação ou ser ordenada como temporária. O benefício fiscal faz parte de uma ação governamental estrutural que demandará estudo prévio para ponderar o impacto da renúncia fiscal nos termos do artigo 14 da Lei de Responsabilidade Fiscal e que obsecrará uma observação sobre a relação de custos *versus* benefícios para que haja um incremento quantitativo e qualitativo pelas pessoas em especificado setor econômico.¹⁰⁹⁵ Precisa ser temporário e específico, bem como qualquer prorrogação ou alteração reivindicará novo estudo detalhado

¹⁰⁹⁵ “Art. 14. A concessão ou ampliação de incentivo ou benefício de natureza tributária da qual decorra renúncia de receita deverá estar acompanhada de estimativa do impacto orçamentário-financeiro no exercício em que deva iniciar sua vigência e nos dois seguintes, atender ao disposto na lei de diretrizes orçamentárias e a pelo menos uma das seguintes condições: I - demonstração pelo proponente de que a renúncia foi considerada na estimativa de receita da lei orçamentária, na forma do art. 12, e de que não afetará as metas de resultados fiscais previstas no anexo próprio da lei de diretrizes orçamentárias; II - estar acompanhada de medidas de compensação, no período mencionado no *caput*, por meio do aumento de receita, proveniente da elevação de alíquotas, ampliação da base de cálculo, majoração ou criação de tributo ou contribuição. § 1º A renúncia compreende anistia, remissão, subsídio, crédito presumido, concessão de isenção em caráter não geral, alteração de alíquota ou modificação de base de cálculo que implique redução discriminada de tributos ou contribuições, e outros benefícios que correspondam a tratamento diferenciado. § 2º Se o ato de concessão ou ampliação do incentivo ou benefício de que trata o *caput* deste artigo decorrer da condição contida no inciso II, o benefício só entrará em vigor quando implementadas as medidas referidas no mencionado inciso. § 3º O disposto neste artigo não se aplica: I - às alterações das alíquotas dos impostos previstos nos incisos I, II, IV e V do art. 153 da Constituição, na forma do seu § 1º; II - ao cancelamento de débito cujo montante seja inferior ao dos respectivos custos de cobrança.”

sobre os objetivos perseguidos, constatação do alcance dos objetivos e novo impacto sobre as receitas pelos próximos exercícios financeiros.

A margem de preferência deve ser prevista, como dissertado anteriormente, por ato legislativo em que a crie e circunscreva um limite para o seu uso, o qual poderá ser ajustado a partir do ato específico a ser posteriormente elaborado depois do devido estudo preliminar. Não deve ser considerado uma barreira não pautal ou uma forma de afronta à não discriminação entre os países estrangeiros, seja inscrita ou não uma convenção bilateral ou multilateral, já que não restringirá empresas estrangeiras, mas sim beneficiará àquelas, independentemente de sua localidade de origem, a investirem na ciência, tecnologia e inovação nacional. Como obtemperado na parte de suposto conflito com o direito concorrencial, é importante que se frise a inexistência de qualquer obstáculo à disputa entre os *players*, porémmas sim a previsão de uma benesse para aqueles que colaborarem com uma missão constitucionalmente injungida ao Estado Brasileiro. É opcional. Pode ou não ser usado de acordo com os interesses do operador econômico. Obvia-se que o seu gozo inculcará uma vantagem a qual será avaliada pelo ator situado no mercado. Todavia, não gerará uma obrigatoriedade. A mais, convém ilustrar que se a pessoa possuir uma condição muito favorecida ante os seus concorrentes, mesmo com a margem de preferência e o limite legal, poderá continuar se sobrepondo aos seus concorrentes e obtendo êxito nos certames. Não é possível incriminar essa margem de preferência como um meio obrigatório indireto de imputar aos supostos favorecidos o êxito para ser contratado.

Outrossim, hiperpolêmica seria a direção em determinados casos que a Administração Pública poderia erigir para que o vencedor da licitação e então contratado, investisse em ciência, tecnologia e inovação nacional uma parcela do seu êxito financeiro obtido no ajuste. Funciona como uma espécie de contrapartida em razão do benefício econômico auferido pelos recursos públicos como contrapartida das suas obrigações contratuais. Nesse ponto, deve-se estabelecer no ato legislativo quais serão os casos de possível retorno ao ambiente doméstico e em ato normativo específico como serão admitidos os mesmos, onde deverá ser alocado a contrapartida, possibilidade ou não de usar para financiamento de projetos públicos ou privados de investigação, uso ou não de *blockchain*, permissividade de investimento em startups com ambiente de ecossistemas transnacional, dentre outros. Como se percebe, inúmeras questões deverão ser tratadas nos atos específicos a

depende do ramo que seja o contrato, isso porque se acredita pela inviabilidade e impossibilidade funcional de permitir que um contrato de medicamento possa gerar a inversão no setor de engenharia. Deve-se haver a pertinência funcional da contrapartida até para que não se dificulte a fiscalização pelos agentes do respectivo contrato em razão da especialidade, bem como para não gerar o esvaziamento do objetivo desta regulação que é justamente beneficiar dada área elegida pelo Estado para ser propagada.

5.3.9. Consequencialismo, segurança jurídica e investimentos

Todo ato tem uma consequência. Toda escolha importa uma renúncia. Uma decisão estatal e uma política pública implementada gerarão efeitos, vantajosos ou desvantajosos. Calcular o custo *versus* benefício não é tarefa fácil. Da mesma forma, não é indiferente a imperiosidade de o Estado trespassar estabilidade à sociedade e ao mercado para que possam viver e conviver com as medidas estatais. A segurança jurídica é a “insopitável necessidade de poder assentar-se sobre algo reconhecido como estável, ou relativamente estável, o que permite vislumbrar com alguma previsibilidade o futuro”, sendo que possui o condão de vislumbre do futuro, e, com isso, afiança projetos.¹⁰⁹⁶ Seja pelo critério da separação do auspício da certeza e da estabilidade como pontos diferentes, o fato é que num ambiente que movimenta tanto dinheiro, tendo como o Estado na figura de consumidor e cliente, não é possível que não se mensure os riscos das opções pretendidas por este trabalho para as compras públicas inovadoras no Brasil e a viabilidade de fixação de fomento e direção para os benefícios da ciência, tecnologia e inovação nacional.¹⁰⁹⁷

¹⁰⁹⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 127.

¹⁰⁹⁷ Rafael Valim explica a certeza jurídica como “o seguro conhecimento das normas jurídicas, condição indispensável para que o homem tenha previsibilidade, podendo projetar sua vida e, assim, realizar plenamente seus desígnios pessoais. (...) A preocupação com a estabilidade emerge com grande intensidade no direito administrativo com a consagração do Estado Social de Direito, no bojo do qual se introduz a ideia de atos ampliativos, concedentes de vantagens em favor dos administrados, de cuja singularidade de regime jurídico derivará a criação de novos mecanismos para defesa do administrador, bem como a difusão, no âmbito do direito administrativo, de institutos outrora tipicamente privatísticos, como são o direito adquirido e o ato jurídico perfeito.” (VALIM, Rafael. **O princípio da segurança jurídica no direito administrativo brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 91 e 104). Acerca dos riscos em relações público-privadas, vide explicação de Luiz Miguez Macho: “Es evidente que estos factores encarecen la fase precontractual y repercuten sobre el precio del contrato. Además, no se puede olvidar que toda operación de colaboración público-privada implica un adelantamiento de

Nesse raciocínio, como se trata de regulação estatal prescrevendo medidas de fomento e direção, deve-se atender as diretrizes de Governança Pública e o Impacto Regulatório. No âmbito federal, o Decreto Federal nº 9.203/2017 dispõe sobre a política de governança da administração pública federal direta, autárquica e fundacional. Estipula como diretrizes da governança em seu artigo 4º, dentre outros, alguns pontos que possuem uma interface com este estudo, quais sejam: (a) direção de ações para a busca de resultados à sociedade a partir de soluções tempestivas e inovadoras de acordo com o ambiente de limitação de recursos e mudanças de prioridades; (b) monitoramento do desempenho e avaliação da concepção, implementação e resultados das políticas e ações prioritárias; (c) avaliação das propostas de criação, expansão ou aperfeiçoamento de políticas públicas e de concessões de benefícios fiscais sempre ponderando, quando possível, a relação de custos *versus* benefícios; (d) manutenção de processo decisório que seja pautado pelas evidências, pela conformidade legal, pela qualidade regulatória, pela desburocratização e pelo apoio da sociedade; (e) definição de funções, competências e responsabilidades das estruturas e dos arranjos institucionais; (f) promoção de comunicação aberta, voluntária e transparente das atividades e dos resultados para fortalecer o acesso público à informação. Ademais, ficou consignado neste texto normativo no artigo 17 que a alta administração deve “estabelecer, manter, monitorar e aprimorar sistema de gestão de riscos e controles internos com vistas à identificação, à avaliação, ao tratamento, ao monitoramento e à análise crítica de riscos” impactantes na estratégica e nos objetivos institucionais da organização. Ainda, com base neste decreto federal, houve a instituição do Comitê Interministerial de Governança composto por uma série de autoridades que decretou uma diretriz

financiación al sector público por parte del sector privado que puede provocar un coste financiero adicional. (...) Por eso en las nuevas formulas de colaboración público-privada es esencial una correcta evaluación previa de las ventajas y desventajas que presentan con respecto a las fórmulas de contratación tradicionales, tanto desde el punto e vista de la satisfacción de los intereses públicos cuya tutela encomendada las Administraciones públicas, como desde e punto e vista puramente económico.” (MACHO, Luiz Miguez Fórmulas de colaboración público-privada contractual y crisis financiera del sector público. *In*: ACEVEDO, Rafael Fernández; FERNÁNDEZ, Patricia Valcárcel (directores). **La contratación pública a debate**: presente y futuro. Navarra: Civitas, 2014, p. 165-198). Sob a mesma concepção, Silvio Guidi esclarece que “ambos contratantes devem, não só preocupar-se, mas agir de forma diligente para mitigar a ocorrência e a proliferação dos efeitos de todos os riscos, estando ou não sob sua tutela.” (GUIDI, Silvio. O compartilhamento de riscos no contrato administrativo – o dever de colaboração na mitigação à luz do princípio da boa-fé. Silvio Luís Ferreira da (org.). **O contrato administrativo e os princípios da boa-fé, justiça contratual e função social do contrato**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 01-30, p. 218).

para a análise do impacto regulatório no Brasil.

Para o Manual da Casa Civil, a análise do impacto regulatório “consiste num processo sistemático de análise baseado em evidências que busca avaliar, a partir da definição de um problema regulatório, os possíveis impactos das alternativas de ação disponíveis para o alcance dos objetivos pretendidos”, sendo que a sua finalidade é a orientação e o subsídio para a tomada de decisão, o que, *per se*, originará ações regulatórias eficientes. Propõe que o ciclo regulatório seja marcado pelos seguintes passos: (i) análise do impacto regulatório; (ii) elaboração de minuta da norma; (iii) consulta e/ou audiência pública; (iv) decisão da autoridade decisória; (v) implementação; (vi) fiscalização; (vii) monitoramento; (viii) avaliação; (ix) revisão para, então, gerar nova análise de impacto regulatório. Isto quer dizer que é ciclo que se retroalimenta e se revisa quando chegar no último ponto.¹⁰⁹⁸

Recentemente, a Lei nº 13.874/2019 (Lei da Liberdade Econômica) determinou a feitura de impacto regulatório, para conter informações e dados sobre os possíveis efeitos do ato normativo para verificar a razoabilidade do seu impacto econômico, sempre que houver propostas de edição e de alteração de atos normativos de interesse geral de agentes econômicos ou de usuários dos serviços prestados, editadas por órgão ou entidade da administração pública federal, incluídas as autarquias e as fundações públicas.¹⁰⁹⁹

Quando se alude à importância da análise do impacto regulatório e da mensuração do seu custo em relação ao benefício está sendo realizado um consequencialismo. Tal tema foi recentemente incorporado no ordenamento jurídico brasileiro como vetor para a aplicação de normas de gestão pública, quando a Lei nº 13.655/2018 introduziu o artigo 20 com a redação de que “nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão”, bem como seu parágrafo único de que “A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da

¹⁰⁹⁸ BRASIL, Subchefia de Análise e Acompanhamento de Políticas Governamentais [et al.]. **Diretrizes gerais e guia orientativo para elaboração de Análise de Impacto Regulatório – AIR**. Brasília: Presidência da República, 2018, p. 23-24. Sobre o tema, a Organização de Cooperação e de Desenvolvimento Econômico possui vários materiais, vide site <http://www.oecd.org/gov/regulatory-policy/ria.htm>. Acesso em 10 de jun. de 2019.

¹⁰⁹⁹ Será disposto em regulamento a data de início da exigência e sobre o conteúdo, a metodologia da análise de impacto regulatório, os quesitos mínimos a serem objeto de exame, as hipóteses em que será obrigatória sua realização e as hipóteses em que poderá ser dispensada.

medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas.” Outra norma inserida também foi o artigo 22, o qual preconizou o dever de, na interpretação sobre normas de gestão pública, serem considerados os obstáculos e as dificuldades reais do gestor público e as exigências das políticas públicas de acordo com o seu cargo e condições para o exercício do mesmo.

A conjugação da segurança jurídica, idealizada e instrumentalizada pela análise do impacto regulatório num ambiente de governança pública, bem como o consequencialismo conjecturado para obter a medida proporcionalmente mais eficiente, replicará com certeza em maiores investimentos nacionais e estrangeiros para atuar com as compras públicas. Afastar a aleatoriedade gera confiança que, por sua vez, atrai custo menor do dinheiro e maior circulação de moedas, permitindo, assim, um cenário que serve de um ingrediente assomado com outros diversos para o afã de perseguir o desenvolvimento nacional sustentável.

Aliás, por derradeiro, a ideia de que sempre o privado é melhor e mais eficiente do que o público deve ser totalmente compelida. Um necessita do outro. Enquanto no campo da inovação, o que se tem é que sem o Estado o privado não possui condições e nem interesse para arriscar em desenvolvimento científico, inovativo e tecnológico. Acertadamente Mariana Mazzucatto explica que “enquanto o papel do setor privado tem sido superdimensionado, o do setor público tem sido subestimado”. Até porque, mordazmente, o “Estado costuma ser visto como o problema, seja investindo em novas tecnologias ou melhorando o funcionamento do mercado”, motivo que gera um desafio de reequilibrar a compreensão de como as economias funcionam para então pensar na formulação de políticas.¹¹⁰⁰

O balanceamento dos interesses não é fácil, até porque sempre haverá a busca de maximização de proveito do seu interesse seja público ou privado, ainda que tal captura seja mais visível no âmbito privado. De toda sorte, deve-se buscar um patamar de equilíbrio e fazer com que o silogismo prevaleça, o que poderá ser auxiliado pela transparência e fiscalização popular nas escolhas políticas e estratégicas. Como diz José María Gimeno Feliú, deve-se buscar um distanciamento sobre a disputa maniqueísta de quem é melhor para prestar uma atividade de interesse público e

¹¹⁰⁰ MAZZUCATO, Mariana. **O estado empreendedor**: desmascarando o mito do setor público vs. setor privado. São Paulo: Portfolio-Penguin, 2014, p. 39.

garantir o equilíbrio entre público e privado, gerando proximidade e respeitados “por supuesto, los principios de seguridad jurídica y de confianza legítima en inversiones de larga duración y de adecuada regulación de los servicios públicos, de los que nunca podrá abdicar una Administración diligente.”¹¹⁰¹

Diante de tais ponderações, a Administração Pública do futuro deve ser uma Administração capaz de enfrentar os problemas atuais e dar soluções modernas, utilizando todas as técnicas, pautas e instrumentos existentes e atuais. Deve fruir dos dados e informações, bem como dos seus respectivos armazenamento e uso, a fim de usá-los nas suas decisões e gestão em si.¹¹⁰² Não se pode conceber uma Administração Pública de hoje com pensamento, poder de resposta, raciocínio e solução de uma Administração oitocentista. Deve ser hodierna e célere. O Direito Administrativo também deverá reinventar-se a partir das mais diversas e novas relações de poder vindas de fora e de dentro do Estado, gerando assim disrupção até mesmo da doutrina jusadministrativista.¹¹⁰³ Ao mesmo tempo, inexiste dúvida de que a atuação estatal deverá estar amparada na máxima segurança jurídica após ter feito a elucubração dos mais diversos cenários consequencialistas, até porque a certeza e a estabilidade agasalharão maiores investimentos para a nação.¹¹⁰⁴

¹¹⁰¹ FELIÚ, José María Gimeno e outros. **La gobernanza de los contratos públicos en la colaboración público-privada**. Barcelona: Cambra Oficial de Comerç de Barcelona, 2018, p. 25.

¹¹⁰² FALLA, Fernando Garrido; OLMEDA, Alberto Palomar; GONZÁLEZ, Herminio Losada. **Tratado de Derecho Administrativo**. Volumen I. 15. ed. Madrid: Editorial Tecnos, 2010, p. 674. A mais, Juan Cruz Alli Aranguren aponta que as mudanças e transformações são apontadas porque no Direito Administrativo da Pós-Modernidade (século XXI) consagra a heterogeneidade e a complexidade das fontes de normas jurídicas intra e extra estatal, impondo “el pragmatismo, la flexibilidad y la adaptación, com gran influencia em el derecho administrativo, tanto por su origen estatal, como por el hecho de que dichos nuevos ámbitos afectan, por regla general, a materia de naturaleza administrativa.” (ARANGUREN, Juan-Cruz Alli. **Derecho administrativo y globalización**. Madrid: Civitas, 2004, p. 379).

¹¹⁰³ VERAS, Rafael. As novas tecnologias e o Direito Administrativo Global. **Revista Colunistas do Direito do Estado**, ano 2016, número 129.

¹¹⁰⁴ Cristiana Fortini em artigo publicado em janeiro de 2019 realça que a melhoria no ambiente das contratações públicas e a minoração de insegurança jurídica é “determinante para a retomada dos investimentos almejados pelo novo governo.” (FORTINI, Cristiana. Novos investimentos e o ambiente dos contratos celebrados com a administração. **Revista Consultor Jurídico**, 10 de janeiro de 2019).

CONCLUSÃO

Ao longo do trabalho, ficou demonstrado que a licitação pública e o contrato administrativo possuem um papel fundamental para o Estado nas suas mais diversas atividades administrativas. Deve-se utilizá-los como instrumentais. Tanto é assim que o tema da contratação pública estratégica, mesmo que mais recentemente explorado, sempre esteve em pauta na agenda dos governantes.

De início, foi importante demarcar a ideia de que a função social e econômica da licitação e do contrato administrativo sempre existiu, visto que visam à satisfação das necessidades públicas e, portanto, está diretamente relacionada com o interesse público. Nesse sentido, a crítica foi no sentido de incorrer novidades quando do uso da expressão “função social e econômica” de tais institutos. Qualquer licitação e contrato administrativo sem função social e econômica é inválido e ineficaz. É preciso que sempre esteja presente. O cenário constitucional e legislativo brasileiro ecoam esse raciocínio ao prescreverem esse dever, o qual não pode passar despercebido pelo agente público e muito menos ser vilipendiado.

Em especial, considerando o montante envolvido anualmente ao cotejar com o produto interno bruto ou a sua relação com os mais diversos índices que ensejam a confiança do mercado ou do povo junto ao Estado (por exemplo, índice de competitividade ou índice de confiança para fazer negócios), o fato é que tais aparatos devem ser usados para a execução das políticas públicas em geral e se pode falar até na política pública estratégica de contratação pública (política pública horizontal). Por isso, foram apresentados os mais diversos textos normativos impositivos que determinam uma atuação diretiva ou fomentadora do estado para dado escopo de interesse público, tanto no Brasil quanto na Espanha. Isso é ser sustentável e buscar o desenvolvimento. Alinhando os dois conceitos, desenvolvimento e sustentabilidade, apesar de inserido no ordenamento jurídico brasileiro a partir da Lei nº 12.349/2010, a sua obediência e promoção já eram devidos desde a Constituição Federal de 1988. Licitações ou compras verdes ou ambientais fazem parte das licitações e compras sustentáveis que é um gênero que incluem também as inovativas, as tecnológicas, as científicas, as sociais, dentre outras. Trata-se, respectivamente, de uma relação entre espécie e gênero. A primeira mais específica e a segunda mais geral.

O desenvolvimento sustentável está imbricado com o ambiente nacional.

Mesmo que se possa defender a ideia desta prescrição ser voltada numa escala mundial como se fosse parte de uma constituição material necessariamente igual para todos os países em matéria de diretrizes mínimas econômicas e sociais, não foi dessa maneira que a lei brasileira estabeleceu. O Brasil deve nortear-se pelo desenvolvimento nacional sustentável. É impossível apregoar situações de fato tão distintas como se houvesse uma identidade entre os mais diversos estados mundiais para que todos tivessem o mesmo ponto de partida. Pode-se até aventar o mesmo ponto de chegada para o desenvolvimento sustentável, contudo as distinções de largada fazem com que as normas aplicáveis não sejam as mesmas, nem mesmo algumas diretrizes básicas para a sustentabilidade e o desenvolvimento.

Especificamente, as condições da União Europeia e do Mercosul são completamente diferentes, da mesma forma Espanha e Brasil. Por isso, admoesta-se o enlace anunciado em junho de 2019 para o livre comércio de compras, inclusive as governamentais, entre os dois blocos econômicos, sem a realização de ressalvas importantes (cláusulas de salvaguarda que poderiam ser apresentadas). O temor é pela continuidade da relação de domínio entre os países desenvolvidos junto aos países em desenvolvimento (subdesenvolvidos ou em emergência, independentemente da nomenclatura adotada), assemelhando-se no mínimo em um liame entre país dominador e país colonial.

A diferença abissal de condições mínimas sociais para a fruição da dignidade da pessoa humana dos cidadãos ecoa em proporção similar àquelas relacionadas com o exercício da atividade econômica, por isso não se pode comparar coisas desiguais. É impossível alocar um tratamento igualitário para situações fáticas díspares. A incoerência é tamanha, pois, de um lado, preza-se um discurso pelo uso (e exploração) da função estratégica da contratação pública; de outro, executam-se atividades materiais por meio de acordos bilaterais ou multilaterais, perniciosos para o desidério da referida estratégia.

Tanto é assim que se inferiu que, em razão das próprias e avantajadas desigualdades existentes entre as próprias regiões do gigante estado brasileiro, deve ser concedido um tratamento regulatório nas compras públicas para beneficiar a instalação e o desenvolvimento de empresas e objetos (produtos, obras e serviços) em localidades e regiões menos favorecidas. É a mesma ideia que legítima, e já foi assentado como válido pelo Supremo Tribunal Federal, a implantação da Zona Franca

de Manaus e a concessão de benefícios para pessoas que lá exerçam as suas atividades mercantis.

Assim sendo, o sucesso do uso das compras públicas em uma política pública econômica perpassa necessariamente pelo adequado reconhecimento das condições vivenciadas pela sociedade e pelo Estado, mais precisamente a partir dos estágios de uma política pública, quais sejam a definição da agenda, identificação de alternativas, avaliação das opções, seleção de opções, implementação e avaliação. Não parece que qualquer acordo bilateral ou multilateral, bem como uma ação governamental interna que despreze a utilização tática do poder de compra do estado brasileiro para resolver os seus problemas socioeconômicos nacionais tenha condição de ser executada, até porque o diagnóstico para o desenho da agenda seria falso ou equivocado.

A busca pela competitividade internacional e o anseio de majoração de recursos financeiros a serem revertidos no tesouro nacional não podem destoar dos propósitos do Estado, os quais estão prescritos na Constituição da República Federativa do Brasil, mais precisamente nos seus fundamentos e objetivos fundamentais estatuidos nos artigos 1º e 3º. Além desse viés, na investigação foram arrolados os motivos e a necessidade da participação popular para a definição da agenda, até como uma forma de legitimação dos governantes. A aproximação do cidadão para com o Estado e vice-versa deverá ser incentivada nas mais diversas atuações. Consubstancia-se no propósito comum que permeia parcialmente os interesses privado e público. O interesse privado reclama o adequado tratamento ao interesse público, sob pena de não possuir condições para a sua sobrevivência. O inverso também é verdadeiro. Se o interesse público não for bem executado a partir de atuações claras, previsíveis e motivadas, o interesse privado não conseguirá desenvolver-se ou, no mínimo, aumentará as condições econômicas para a sua consecução.

Assim, o elo entre risco, evento futuro e incerto que possa frustrar um objetivo, e o uso razoável e proporcional da compra pública como integrante de uma política pública nacional permitirá um cenário mais favorável ou não, mais caro ou não e mais abrangente ou não para os fornecedores (colaboradores) do Poder Público. A dependência do Estado, primeiro setor, com o mercado, segundo setor, reclama que diversos problemas comuns entre eles sejam resolvidos com diálogo. Nessa linha, a consensualização e a concertação das escolhas estatais pelos governantes deverão

priorizar o diálogo sempre que possível, alijando-se do intuito utilitarista do unilateralismo para a imposição de suas vontades que nem sempre estão consentâneas com o interesse público primário. O colaborador, parceiro privado, não pode ser visto como um ator secundário neste panorama. Seus interesses privados também são públicos, ainda que possa parecer antagônico este raciocínio. Se não houver ambiente para o desenvolvimento dos interesses privados, o interesse público primário será prejudicado com o afastamento de condições para a sociedade. A possibilidade de controle e participação na própria escolha de quais estratégias serão priorizadas no gozo do poder de compra estatal fará com que se aumente a confiança dos fornecedores e arrefeça um pouco a desconfiança que atualmente perdura.

Como se verifica, os problemas atuais do século XXI não poderão ser dirimidos a partir de uma lógica e institutos estratificados do século XIX. Na mesma senda, o que é bom e serviente para um dada país nem sempre será compatível para outro, já que as condições poderão ser diferenciadas. Aqui, reside a importância de trabalhar com a ciência, tecnologia e inovação, pois são valores extremamente relevantes para qualquer modificação de panorama socioeconômico na hodierna conjectura. Enquanto a riqueza em outras épocas se dava por determinada matéria-prima ou pelo valor monetário de uma dada moeda, os tempos atuais envolvem diretamente a ciência, a tecnologia e a inovação como altamente úteis para a satisfação das necessidades humanas. Em outras palavras, a partir de dados e demonstrações teóricas, pode-se vislumbrar durante a escrita do bojo deste trabalho que o capital humano e a riqueza intelectual a partir de informações e seu uso racional são bens (escassos) valiosíssimos.

Após diversos conceitos normativos e definições doutrinárias, o estado da arte ora projetado ponderou que os caracteres presentes são diferentes parcialmente, mas não modificam a essência. A ciência pode ser concebida como as construções teóricas que aprimoram técnicas, produtos e serviços para o bem-estar social. A inovação como o incremento de um produto, bem ou serviço novo ou aprimorado, bem como a inserção de novos processos, novos métodos ou organizações. A tecnologia como a aplicação do conhecimento técnico e científico que transforma processos, ferramentas e produtos. Os três conceitos se inter-relacionam, pois visam, direta ou indiretamente, à revolução da estrutura econômica com direto impacto social. O Estado precisa usar todas as suas forças e possibilidades para influenciá-los. O

estudo e a exploração deles não são tarefas exclusivas do mercado, do estado ou da sociedade civil. Sempre se desenvolvem a partir de ecossistemas que demandam a participação efetiva de vários atores, inclusive o Estado. Via de consequência, o uso do poder de compra e a estratégia estatal deverão ser aproveitados.

Como o objeto é de alta complexidade e impactante para o cenário mundial, o jogo de captura de interesses sempre estará presente. Operadores econômicos nacionais buscam a retração e proteção a qualquer custo, já os estrangeiros de olho na parcela significativa de recursos passíveis de serem disputados ambicionam a quebra de qualquer barreira ou obstáculo não pautal. Já os Estados da mesma maneira de um lado querem uma economia nacional forte e consolidada, doutro lado querem os seus agentes econômicos desbravando cada dia um maior número de relações negociais, a fim de aumentar as suas receitas, a empregabilidade e o adimplemento direto e indireto tributário, fatores que contribuem para a melhoria do bem-estar da sua sociedade. Conglomerados e organizações internacionais compostos por Estados ou privados sempre estão disponibilizando estudos e pareceres para que os seus interesses sejam promovidos. Dessa maneira, segmentar a pureza das intenções e a realidade para o atingimento do interesse público primário constitui-se numa tarefa hercúlea.

Com este afã, buscou-se demonstrar que esta complexa operação envolvendo o Estado não pode ser apreciada sob o viés tão somente do Direito, da Economia, das Relações Internacionais ou de qualquer ciência, mas sim se faz iniludível que a análise seja integrada e holística para escapar (ou tentar ao máximo) de qualquer espectro sectário, parcial e incorreto, bem como de qualquer captura de interesse. Justamente por isso, delineou-se uma visão crítica sobre as diversas barreiras aventadas como impeditivas ou prejudiciais do papel do Estado regulador para intervir sobre e na economia para tutelar a ciência, tecnologia e inovação nacionais por meio das licitações e dos contratos administrativos.

Os acordos internacionais de qualquer espécie no âmbito brasileiro deverão ser encarados em conformidade com a Constituição da República Federativa de 1988, o que repele qualquer medida ou ação governamental que venha a prejudicar a proteção do mercado nacional. A concorrência e a cláusula do tratamento não discriminatório não serão prejudicadas. Elas não são argumentos legítimos para superar os fundamentos e os objetivos fundamentais do Brasil. Tratamento não

discriminatório não coaduna com isenção ou abstenção estatal, mas sim com ações que venham a respeitar discriminações legítimas, sob pena de ser omissivo. A concorrência precisa do Estado para que exista ambiente propício para a execução das atividades econômicas com a segurança jurídica necessária. Assim, a ideia de fazer um papel mínimo deve ser substituído por uma ideia de árbitro e conciliador dos mais diversos interesses. Deve propiciar um ambiente adequado para a execução das atividades econômicas. Por tais motivos, o Estado precisa utilizar a regulação em sentido lato, incluindo as espécies de regulação em sentido estrito e a atividade administrativa de fomento, para estabelecer como e em que medida poderá direcionar e fomentar a ciência, tecnologia e inovação nacional pelas compras públicas. Enquanto as condições socioeconômicas, inclusive as atreladas à ciência, tecnologia e inovação, europeias são avançadas em geral, já as dos países do Mercosul são marcadas pelo atraso e pela dependência.

Aposta-se que tais conhecimentos representam valiosas moedas para o avanço dos países em prol do desenvolvimento nacional sustentável. Dentro deste cenário, internamente no Brasil os entes federativos poderão ser protagonistas ao editarem normas que disciplinem os multicitados temas de modo incidental sobre as licitações públicas e os contratos administrativos. É claro que para evitar a guerra normativa, revela-se de bom senso para harmonizar o progresso cooperativo federativo que a União discipline normas gerais. Caso as normas sejam principalmente de licitações e contratos e impactem indiretamente sobre a ciência, tecnologia e inovação, então a competência para editar normas gerais é da União, conquanto seja bastante obscuro o que se abarca nesse conceito jurídico indeterminado que até hoje gera muitas dúvidas de como será a posição do Supremo Tribunal Federal em sua definição.

Com a missão de tornar operacional a tese ora proposta para decretar o dever de direção e fomento estatal para a ciência, tecnologia e inovação nacional via compras públicas, a comparação do ambiente normativo do MERCOSUL e da União Europeia, bem como do Brasil e da Espanha, serviram para demonstrar a relevância do assunto e das formulações jurídicas que podem servir de arrimo legítimo para o alcance do escopo. No Brasil, infelizmente, inexistente um texto normativo seguro e único para disciplinar esse enfoque, tanto a contratação de objeto inovador, tecnológico e científico quanto para conceber um regime de benesses para aqueles que

privilegiarem a ciência, a tecnologia e a inovação nacional. Existe decreto normatizando na área de saúde sobre parcerias para inovação, no âmbito da defesa nacional para tratar de preferências e acordos de compensação, dentre outros, mas sempre são normas gerais de aplicabilidade especial em virtude do objeto ou do setor, o que, desafortunadamente, não tem o condão de conferir segurança jurídica para as empresas e potenciais fornecedores do Poder Público.

Os benefícios da destruição criativa de Joseph Schumpeter quando aborda a inovação também devem servir de subsídio e base para as modificações a serem criadas em novas legislações brasileiras e no revisitar algumas interpretações. A inserção de um marco regulatório que trate de promoção e direcionamento é curial para a certeza e a estabilidade dos operadores econômicos em futuros negócios jurídicos a serem celebrados com o Poder Público. Quanto à interpretação, esse estudo tentou colocar uma nova forma de interpretação à vantagem das propostas apresentadas pelos licitantes para que sempre a Administração Pública perquiria a vantagem pela análise econômica e não pela mera análise financeira. Não faz sentido que, no Brasil, a regra, quase absoluta, do critério de julgamento do menor preço continue sendo adotado, mesmo que em total descompasso com a qualidade das aquisições em geral e com isso desencadeando prejuízos incomensuráveis.

Propõe-se que a busca da qualidade venha a alijar só o menor preço como critério ou variável a ser ponderado quando do julgamento das propostas. Na própria fase interna, a Administração Pública esquece de obtemperar que o preço orçado deverá levar em consideração um custo do ciclo total de vida, que engloba os custos de: (i) manutenção; (ii) depreciação e revenda; (iii) responsabilidade ambiental; (iv) responsabilidade do desenvolvimento local e regional; (v) responsabilidade social e (vi) responsabilidade do desenvolvimento científico, tecnológico e inovativo. A partir do momento que se fixa objetivamente quais os custos que deverão ser investigados no planejamento do certame, com certeza, haverá maior segurança para que os agentes públicos possam fazer o seu juízo quando do julgamento de apresentação de propostas inexequíveis ou evidentemente baixas.

Na assertiva de que os agentes públicos precisam ser bem preparados e capacitados como condição de capacidade para o exercício da importante função desempenhada, a União Europeia e a Espanha transluzem excelente exemplo com a previsão de normas que privilegiam a profissionalização desses operadores das

compras públicas. Não é mais possível que se despreze a importância do capital intelectual dos agentes públicos como fator para o sucesso das contratações públicas em geral, bem como o Estado se furte do dever de qualificar adequadamente os seus imputados. A responsabilidade é muito grande. Portanto, a contrapartida estatal deverá compensar em todos os sentidos, tanto no aspecto remuneratório como em condições satisfatórias para o exercício do múnus.

A mais, alguns pontos se mostram indispensáveis para a obtenção do êxito das compras públicas científicas, tecnológicas e inovadoras. A feitura de estudos preliminares prévios à implantação de qualquer política pública horizontal, a construção de uma agenda pública clara e transparente para o desenvolvimento de tais áreas, a relevância da escolha adequada do tipo de licitação e procedimento pertinente como primordiais para o alcance dos resultados pretendidos, a metrificação da eficiência das escolhas estatais quando das opções existentes na agenda pública, necessidade de implementação de medidas específicas para cada área e setor mercadologicamente envolvido (e não medidas genéricas e padronizadas para todos), bem como a apresentação das várias ferramentas viáveis de serem adotadas para a concessão do tratamento diferenciado dos objetos e das empresas que invistam em ciência, tecnologia e inovação nacional.

Por tudo isso, e sempre com o intuito de apresentar as teses e as antíteses já produzidas sobre o tema, o estudo compreendeu que o dever de o Estado Brasileiro direcionar e incentivar a promoção da ciência, tecnologia e inovação nacional por meio das licitações públicas e dos contratos administrativos é um dever cogente e inafastável, que inclusive pode ensejar a possibilidade de sua cobrança por meio de medidas judiciais específicas como é o caso do mandado de injunção e da responsabilização do governante que assim não agir. De qualquer modo, essa pauta está em constante evolução e debate, ainda mais agora com o acordo de livre comércio, inclusas as compras governamentais, entabulados entre o MERCOSUL e a União Europeia. A esperança é que haja uma visão mais holística e verticalizada sobre o desenvolvimento nacional sustentável a ser perquirido de acordo com a realidade vivenciada no país, inclusive com futuras pesquisas acadêmicas mais integrativas entre as áreas científicas.

CONCLUSIÓN

A lo largo de esa obra, se demostró que las contrataciones públicas desempeñan un papel fundamental para el Estado en sus más diversas actividades administrativas. Es un deber usarlas como herramientas. Tanto es así, que la contratación pública estratégica, recientemente más explorada, siempre ha estado en la agenda de los gobernantes.

En un primer momento, fue relevante hacer una demarcación de que la idea de función social y económica de la licitación y del contrato público siempre ha existido, porque siempre tienen como objetivo satisfacer las necesidades públicas y, por consiguiente, está directamente relacionada con el interés público. Así, la crítica es que no existen grandes novedades cuando se usa la expresión "función social y económica" para tales institutos. Cualquier licitación y contrato público sin función social y económica es inválido e ineficaz. Siempre tiene que estar presente. El ambiente constitucional y legislativo brasileño expone ese razonamiento cuando prescribe este deber, lo cual no se puede pasar desapercibido por cualquier agente público, y ni perjudicado.

En particular, teniendo en cuenta la cantidad que se gasta cada año al contratar ante el producto interior bruto o ante su relación con los índices más diversos que se retratan a la confianza del mercado o de las personas con el Estado (por ejemplo, el índice de competitividad o el índice de confianza para hacer negocios), lo cierto es que dicho aparato debe utilizarse para la aplicación de políticas públicas en general e por eso se justifica decir política pública estratégica de contratación pública (política pública horizontal). Por lo tanto, se presentaron en esta tesis las más variadas normas jurídicas que establecen una directiva o un fomento para acción estatal en ese rumbo, tanto en Brasil como en España. Esto es ser sostenible y buscar el desarrollo. Con esos conceptos en conjunto, desarrollo y sostenibilidad, aunque fue introducido en el ordenamiento jurídico brasileño solo a partir de la Ley nº 12.349/2010, si puede decir que ambos ya eran obligatorios bajo a la interpretación de la Constitución Federal de 1988. Además, las licitaciones o compras verdes o medioambientales forman parte de las compras sostenibles, una expresión que incluye las compras innovadoras, tecnológicas, científicas, sociales, entre otras. Es, respectivamente, una relación entre especie y género. El primero más específico y el segundo más general.

El desarrollo sostenible está entrelazado con el medio ambiente nacional. Aunque se pueda defender que esa prescripción es universal como si fuera parte de una constitución material necesariamente igual a todos los países en términos de directrices económicas y sociales mínimas, así no es lo que prescribe la ley brasileña. Brasil debe guiarse por un desarrollo *nacional* sostenible. Es imposible señalar situaciones tan distintas como si hubiera una identidad entre los estados del mundo para que todos tuviesen el mismo punto de partida. Se puede sugerir el mismo punto de llegada para la búsqueda del desarrollo sostenible, no obstante, en respecto a las distinciones iniciales entre los países una desigualdad de trato será siempre fundamental, ya que ni siquiera las directrices básicas de sostenibilidad y desarrollo muchas veces son comunes.

Haciendo un examen concreto, es posible de constatar que las condiciones de la Unión Europea y del Mercosur son completamente diferentes, del mismo modo que entre España y Brasil. Por eso, se critica el enlace anunciado en junio de 2019 para el libre comercio de compras, incluidas las gubernamentales, entre los dos bloques económicos, sin la realización de importantes exenciones o excepciones (posibles cláusulas de salvaguardia). El miedo halla en la posibilidad de una continuidad de la relación de dominio entre los países desarrollados para con los países en vías de desarrollo (subdesarrollados o países emergentes, independientemente de la nomenclatura adoptada), que se asemeja al menos a una relación entre el país dominante y el país colonial.

La existencia de una gran diferencia de las condiciones sociales mínimas para el disfrute de la dignidad de la persona humana de los ciudadanos hace eco en una proporción similar en las relacionadas con el ejercicio de la actividad económica, por lo que se afirma que no se pueden comparar cosas desiguales. Es imposible asignar un trato igualitario para situaciones fácticas dispares. La incoherencia es tal, porque, por un lado, se valora el uso (y la explotación) de la función estratégica de la contratación pública; por otro lado, se practican actividades materiales, a través de acuerdos bilaterales o multilaterales, muy perniciosas para la eficacia de la estrategia.

Tanto es así que se atestigua que, debido a la existencia de grandes desigualdades entre las regiones del gigantesco Estado del Brasil, el trato reglamentario sobre contratación pública debe beneficiar a la instalación y desarrollo de empresas y objetos (productos, obras y servicios) en zonas y regiones menos

favorecidas. Es la misma idea que legitima, y ha sido respaldada por el Tribunal Supremo, cuando permitió la implantación de la Zona Franca de Manaus y la concesión de beneficios a las personas que realizan allí sus actividades comerciales.

Así, el éxito del uso de la contratación pública en una política pública económica demanda necesariamente el reconocimiento adecuado de las condiciones experimentadas por la sociedad y el Estado, más precisamente con todas las etapas de una política pública (definición del programa, identificación alternativa, evaluación de la oposición, selección de opciones, implementación y evaluación). No parece que pueda aplicarse ningún acuerdo bilateral o multilateral, así como una acción del gobierno interno que no tenga en cuenta el uso estratégico del poder adquisitivo del Estado brasileño para resolver sus problemas socioeconómicos nacionales, incluso porque el diagnóstico para el diseño de la agenda sería falso o erróneo.

La búsqueda por la competitividad internacional y el deseo de aumentar los recursos financieros que se revertirán en el tesoro nacional no puede desaparecer de los propósitos del Estado, que están prescritos en la Constitución de la República Federativa del Brasil, con énfasis en sus fundamentos y objetivos fundamentales establecidos en los artículos 1 y 3. Además, en este trabajo, se plantearon como inexorables los motivos y la necesidad de participación popular para la definición de la agenda, incluso como una forma de legitimidad de los gobernantes. El acercamiento de los ciudadanos para con el Estado y viceversa debe fomentarse en las más diversas acciones. Aquí está el propósito común que permea los intereses privados y públicos. El interés privado reclama un trato adecuado al interés público, de lo contrario no tiene condiciones para su supervivencia. La regla contraria también se aplica. Si el interés público no se ejecuta adecuadamente a partir de acciones claras, predecibles y motivadas, el interés privado no podrá desarrollarse o, al menos, aumentar las condiciones económicas para su logro.

Por eso, el vínculo entre el riesgo, el evento futuro y incierto que puede frustrar un objetivo, y el uso razonable y proporcional de la contratación pública como miembro de una política pública nacional permitirá el análisis de un escenario más favorable o no, más caro o no, más completo o no, para los proveedores del gobierno. La dependencia del Estado, primer sector, con el mercado, segundo sector, exige que varios problemas comunes entre ellos se resuelvan con diálogo. En ese sentido, el consenso y la concertación de las opciones del Estado por parte de los gobernantes

deben priorizar el diálogo siempre que posible, apartándose de un propósito utilitario del unilateralismo para la imposición de sus voluntades que no siempre están en consonancia con el interés público primario. El contratista, colaborador, no puede ser visto como un actor secundario en este panorama. Sus intereses privados también son públicos, aunque este razonamiento pueda parecer antagónico. Si no hay un entorno para el desarrollo de intereses privados, el interés público se verá perjudicado por la eliminación de las condiciones socioeconómicas para la sociedad. La posibilidad de un control y participación en las decisiones estatales que decidirán las estrategias contractuales futuras aumentará la confianza de los licitadores/contratistas y enfriará un poco la desconfianza que persiste actualmente.

Como es el caso, los problemas actuales del siglo XXI no pueden resolverse a partir de una lógica e institutos arraigados en el siglo XIX. En el mismo camino, lo que es bueno y servil para un país determinado no siempre será compatible con otro, ya que las condiciones se pueden diferenciar. Aquí reside la importancia de trabajar con la ciencia, la tecnología y la innovación, que son valores extremadamente relevantes para cualquier cambio en el panorama socioeconómico en la conjetura actual. Mientras que la riqueza en otros momentos fue dada por una materia prima particular o por el valor de una moneda determinada, los tiempos actuales involucran directamente la ciencia, la tecnología y la innovación como paradigmas altamente útiles para satisfacer las necesidades humanas. En otras palabras, a partir de los datos y estudios en la redacción de la tesis, fue posible percibir que el capital humano y la riqueza intelectual a partir de la información y su uso racional son activos muy valiosos (escasos).

Después de varios conceptos normativos y definiciones doctrinales, se reflexionó sobre que los caracteres presentes para algunos conceptos son parcialmente diferentes, pero no modifican la esencia. La ciencia puede concebirse como construcciones teóricas que mejoran las técnicas, los productos y los servicios para el bienestar social. Innovación como el aumento de un producto, tal cual un servicio nuevo o mejorado, o la inserción de nuevos procesos, nuevos métodos u organizaciones. Tecnología es la aplicación de conocimientos técnicos y científicos que transforman procesos, herramientas y productos. Los tres conceptos se relacionan, porque apuntan, directa o indirectamente, a la revolución de la estructura económica con impacto social directo. El Estado necesita usar su poder y

posibilidades para influir en ellos. El estudio y la explotación no son tareas exclusivas del mercado, del Estado o de la sociedad civil. Siempre se desarrollan a partir de ecosistemas que exigen la participación efectiva de diversos actores, incluido el Estado. Por tales razones, se debe utilizar la fuerza de las compras públicas y de la estrategia estatal bien definida.

Como ese tema es de alta complejidad e impactante para la escena mundial, el juego de capturas de intereses siempre estará presente. Los operadores económicos nacionales buscan la retracción y protección a cualquier coste, mientras que los extranjeros miran la parte significativa de los posibles ingresos económicos que pueden tener y por eso desean romper cualquier barrera u obstáculo no arancelario. De un lado, los Estados quieren una economía nacional fuerte y consolidada, por otro lado, quieren que sus agentes económicos exploten un mayor número de negocios para aumentar sus recetas, generar empleabilidad y pagos de impuestos directos e indirectos, factores que contribuyen a la mejora del bienestar de su sociedad. Los conglomerados y las organizaciones internacionales compuestas por Estados o privados siempre están proporcionando estudios y opiniones para que sus intereses sean promovidos. Luego, segmentar la pureza de las intenciones y el logro exclusivamente para el interés público primario es una tarea hercúlea.

A estos efectos, se trata de demostrar que esta compleja operación que involucra al Estado no puede apreciarse bajo solo a los fundamentos del Derecho, la economía, las relaciones internacionales o cualquier otra ciencia, sino que es ineludible que el análisis se integre de forma completa y holística para escapar (o buscar al máximo) de cualquier espectro apasionado, parcial e incorrecto, así como cualquier captura de interés. Precisamente por esta razón, fue presentada una visión crítica de los diversos impedimentos sugeridos como preventivos o perjudiciales del papel del Estado regulador para intervenir sobre y en la economía para proteger la ciencia, la tecnología y la innovación nacionales a través de licitaciones y contratos públicos.

Los acuerdos internacionales de cualquier tipo firmados por Brasil deben estar de acuerdo con la Constitución de la República Federativa de 1988, que refuta cualquier medida o acción gubernamental que debilite la protección del mercado nacional. La cláusula de competencia y de trato no discriminatorio no se verá afectada. Las mismas usadas aisladamente no son argumentos legítimos para superar los

fundamentos y objetivos fundamentales prescriptos en la Constitución. El trato igualitario no significa la exención o la abstención pura del Estado, pero sí acciones que respeten la discriminación legítima, pues no hacerlo será una omisión. La competencia necesita del Estado para la ejecución de sus actividades económicas con la seguridad jurídica necesaria. Lo mismo, la idea de desempeñar un papel mínimo debe ser reemplazada por una idea de árbitro y conciliador de los intereses más diversos. Se debe proporcionar un entorno adecuado para la ejecución de las actividades económicas. Por estas razones, el Estado debe utilizar la regulación en sentido amplio, incluidas las especies reglamentarias en sentido estricto y la actividad administrativa de fomento, a fin de establecer cómo y en qué medida puede dirigir y fomentar la ciencia, la tecnología y la innovación nacionales usando la contratación pública. Mientras las condiciones socioeconómicas de los países europeos, incluidas las relacionadas con la ciencia, la tecnología y la innovación, están en general avanzadas, no se puede decir el mismo de los países que integran el Mercosur, los cuales son marcados por retrasos y dependencia.

Subrayase que esos conocimientos representan monedas valiosas para avanzar en el desarrollo nacional sostenible. Dentro de esta perspectiva, internamente en Brasil, las entidades federativas podrán ser protagonistas caso se editen normas. Por supuesto, para evitar una confusión normativa interna entre las entidades, es de sentido común una armonía y cooperación para que el gobierno federal fije las normas. Si las normas son principalmente de licitaciones y contratos e indirectamente tienen impacto en la ciencia, la tecnología y la innovación, entonces la competencia para editar las normas generales es de la Unión, aunque sea bastante oscuro lo que esta abarcado en este concepto jurídico indeterminado de "generales". Hasta hoy no existe una definición precisa de cuál sería la mejor interpretación, pues se aguarda un fallo del Tribunal Supremo de Brasil.

Con el propósito de ser operativa, la tesis promulga el deber estatal de dirigir y fomentar la ciencia, la tecnología y la innovación nacional a través de la contratación pública. La comparación del entorno normativo del MERCOSUR y de la Unión Europea, así como de Brasil y España, sirvieron para demostrar la pertinencia del tema y el fundamento jurídico que puede servir como legítimo para su logro. En Brasil, lamentablemente, no hay normas seguras y previsibles para disciplinar las compras públicas innovadoras. Lo que existe son normas específicas para determinados

sectores como las asociaciones por la innovación en la salud, en el ámbito de la defensa nacional para tratar las preferencias y los acuerdos de compensación, entre otros, pero son siempre normas generales de aplicabilidad especial debidas al objeto o al sector, que, desafortunadamente, no permiten seguridad jurídica a las empresas y a los posibles contratistas del Poder Público.

Los beneficios de la destrucción creativa de Joseph Schumpeter cuando aborda la innovación también deben servir como subvención y base para los cambios que se crearán en las nuevas leyes brasileñas y en la revisión de algunas interpretaciones. La inserción de un marco reglamentario que se ocupe de la promoción y la dirección es imprescindible para generar confianza y seguridad jurídica para los operadores económicos en los futuros contratos con el poder público. En cuanto a la interpretación, este estudio ha pretendido llevar a cabo una nueva forma de interpretación de la ventaja de las propuestas presentadas por los licitadores para que la Administración Pública evalúe los beneficios mediante el análisis económico y no por meros análisis financieros (criterio de economicidad distinto del criterio financiero). No tiene sentido que, en Brasil, se siga adoptando y apreciando casi siempre la regla del precio más bajo, aunque en total desajuste con la calidad de las adquisiciones en general y, por eso, desencadenando pérdidas inconmensurables.

Se propone que la búsqueda de calidad alija el examen solo por el precio más bajo como criterio o variable para juzgar las ofertas. En la propia fase preparatoria del pliego, la Administración Pública se olvida que el precio presupuestado debe tener en cuenta un coste del ciclo de vida total, que incluye los costes de: (i) mantenimiento; (ii) depreciación y reventa; (iii) responsabilidad ambiental; (iv) responsabilidad por el desarrollo local y regional; (v) responsabilidad social y vi) responsabilidad por el desarrollo científico, tecnológico e innovador. A partir del momento que se fija objetivamente qué costes deben ser investigados en la planificación de la licitación, seguramente habrá una mayor seguridad para que los agentes públicos hagan su juicio para apreciar y descartar las propuestas inaplicables o con precios manifiestamente bajos.

Con la certidumbre que los agentes públicos deben estar bien preparados y capacitados para el ejercicio de la importante función desempeñada, la Unión Europea y España representan un excelente ejemplo con la provisión de normas que favorezcan la profesionalización de estos operadores de contratación pública. No es

posible ignorar la importancia del capital intelectual de los agentes públicos como factor para el éxito de la contratación pública en general, así como el deber del Estado en lograr la calificación necesaria para sus funcionarios. Por todo eso, la contraparte estatal debe compensarle en todas las direcciones, tanto en el aspecto remuneratorio como en condiciones satisfactorias para el ejercicio de sus funciones públicas.

Además, algunos puntos son indispensables para obtener el éxito de las compras públicas innovadoras. La realización de estudios preliminares a la implementación de cualquier política pública horizontal, la construcción de una agenda pública clara y transparente para el desarrollo, la pertinencia de adoptar los procedimientos adecuados para la búsqueda de los resultados deseados, la mensuración de eficiencia de las decisiones estatales cuando descriptas en la agenda pública, necesidad de apreciar e implementar medidas específicas para cada área y sector de acuerdo con la participación en el mercado (en contrario a medidas no genéricas y estandarizadas para todos), así como la presentación de las diversas herramientas viables que deben adoptarse para otorgar un trato diferenciado de los objetos y las empresas que inversionan en ciencia, tecnología e innovación nacional.

Por todo esto, y siempre con el reto de presentar la tesis y las antítesis ya producidas sobre el tema, esa investigación concluyó que el deber del Estado brasileño de usar la contratación pública para la promoción de la ciencia, tecnología e innovación nacionales es un deber inexorable del gobierno. Su inacción puede conducir a la posibilidad de su recaudación a través de medidas judiciales específicas y la responsabilidad del gobernante. En cualquier caso, este asunto está en constante evolución y debate, más aún ahora con el acuerdo de libre comercio firmado entre el MERCOSUR y la Unión Europea. La esperanza es que haya una visión más holística y verticalizada del desarrollo nacional sostenible en que se perquiran y evalúe la realidad experimentada de cada país, así como futuras investigaciones académicas más integradoras entre las diversas áreas científicas.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABUTABENJEH, Sawsan; GORDON, Stephen B.; MENGISTU, Berhanu. International Trade Protectionist Policies And In-State Preferences: A Link. **Journal Of Public Procurement**, Volume 17, 2017, issue 1, p. 31-52.

ACKERMAN, Susan Rose. **La corrupción y los gobiernos: causas, consecuencias y reforma**. Madrid: Siglo Veintiuno de España, 2001.

ACOCELLA, Jéssica; RANGEL, Juliana Cabral Coelho. Governo amplia preferência para produção nacional em compras públicas: dificuldades e incertezas. **Revista Consultor Jurídico**, 5 de setembro de 2014.

ADRI, Renata Porto. **O planejamento da atividade econômica como dever do Estado**. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

ALBORNOZ, Mario (coord.). **Manual de Santiago: Manual De Indicadores De Internacionalizacion De La Ciencia Y La Tecnología**. Buenos Aires: Red de Indicadores de Ciencia y Tecnología Iberoamericana / Interamericana (RICYT), 2009.

ALCORADO, Luiz Carlos. **Licitação e Contrato Administrativo**. 2.ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

ALDRICH, Howard E. Entrepreneurship. In: SMELSER, Neil J; SWEDBERG, Richard. **The handbook of economic sociology**. 2. ed. New Jersey: BRITISH LIBRARY, p. 451-477.

ALESSI, Renato. **Instituciones de Derecho Administrativo**. Tomo I. Trad. Buenaventura Pellisé Prats. Barcelona: Bosch Cada Editorial, 1970.

ALEXY, Robert. On Balancing and Subsumption. A Structural Comparison. **Ratio Juris**. v.16. 2003, p. 433-449.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALMEIDA, Ana Carla Leite de; COELHO, Angelita de Souza. Contratações públicas sustentáveis e a promoção de uma Economia Verde e inclusiva. In: VILLAC, Teresa; BLIACHERIS, Marcos Weiss; SOUZA, Lilian Castro de (coord.). **Panorama de licitações sustentáveis: direito e gestão pública**. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 273-284.

ALMEIDA, Candido Mendes de. **Código Philippino, ou, Ordenações e leis do Reino de Portugal**: recopiladas por mandado d'El-Rey D. Philippe I. 14. ed. Rio de Janeiro: Typografia do Instituto Philomathico, 1870.

ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. A legislação federal sobre ciência, tecnologia e inovação no contexto da organização federativa. In: FREITAS, Rafael Vêras de; RIBEIRO, Leonardo Coelho; FEIGELSON, Bruno (coord.). **Regulação e novas tecnologias**. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 99-110.

ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. **Contrato administrativo**. São Paulo: Quartier Latin, 2012.

ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. Contratos administrativos. In PEREIRA JÚNIOR, Antônio e JABUR, Gilberto Haddad (coords.). **Direito dos contratos II**. São

Paulo: Quartier, 2008, p. 193-216.

ALMEIDA, Luiz Carlos Barnabé de. **Introdução ao direito econômico**: direito da economia, economia do direito, direito econômico, law and economics, análise econômica do direito, direito econômico internacional. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

ALMEIRA MELO, José Tarcízio de. **Direito Constitucional do Brasil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

ALMIEDA, Pedro; CÚRDIA, António. **Aprovisionamento e contratação pública**. Coimbra: Edições Almedina, 2018.

ÁLVAREZ, José Manuel Rodríguez (coord.). **Experiencias prácticas de desarrollo local**. Barcelona: Editorial Bayer Hinos, 2001.

AMARAL, Antonio Carlos Cintra do. **Licitação e contratos administrativos**: Estudos, Pareceres e Comentários. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2010

AMARAL, Diogo Freitas do. **Curso de Direito Administrativo**. Vol. II. Coimbra: Almedina, 2013.

AMORIM, Victor Aguiar Jardim. Julgados do TCU em matéria de licitações e contratos não são jurisprudência. **Revista Consultor Jurídico**, 17 de abril de 2018.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Direito dos Serviços Públicos**. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. O princípio da eficiência. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 237, jul. 2004, p. 01-06.

ARAGÓN, Luis E. **Educação, Ciência e Tecnologia**: bases para o desenvolvimento sustentável da Amazônia. Belém: Associação de Universidades Amazônicas, UNESCO, 1997.

ARANGUREN, Juan-Cruz Alli. **Derecho administrativo y globalización**. Madrid: Civitas, 2004.

ARAÚJO JÚNIOR, Ignácio Tavares de. **Análise comparada sobre medidas de favorecimento de micro e pequenas empresas (MPES) em compras públicas com avaliação de eficácia e identificação de melhores práticas** (Texto 2422 para discussão). Brasília: Rio de Janeiro, Ipea, 2018.

ARAÚJO, Edmir Netto de. **Curso de Direito Administrativo**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

ARAÚJO, Fernando. **Teoria Económica do Contrato**. Coimbra: Almedina, 2007.

ARAÚJO, Jailson de Souza; VETTORAZZI, Karlo Messa. A sustentabilidade de produtos e serviços enquanto pré-requisito ao consumo consciente. **Revista de Direito Econômico e Socioambiental**, Curitiba, v. 1, n. 1, p. 109-126, jan./jun. 2010.

ARAÚJO, Leandro Rocha de. O Brasil e a regulamentação dos investimentos estrangeiros na organização mundial do comércio. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, São Paulo, v. 99, 2004, p. 829-846.

ARAÚJO, Luiz Alberto David e NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

ARENAS, Natália da Silveira. Os desafios para a implementação das licitações

sustentáveis na Administração Pública. **Revista de Direito Ambiental**, v. 82, 2016, abr.jun/2016.

ARNAEZ ARCE, V. M. La compra pública innovadora. La administración pública como adquirente de bienes y servicios innovadores. **Revista Vasca de Administración Pública**, n. 93, 2012, p. 17-35.

ARNÁIZ, Teresa Medina. Comercio justo y contratación pública. In: GARCÍA, J. José Pernas (director). **Contratación pública estratégica**. Pamplona: Editorial Aranzadi, 2013, p. 249-281.

ARNT, Ricardo (org.). **O que os economistas pensam sobre sustentabilidade**. 2. Ed. São Paulo: Editora 34, 2011.

ASHLEY, Patrícia Almeida. A mudança histórica do conceito de responsabilidade social empresarial. In: ASHLEY, Patrícia Almeida (coord.). **Ética e Responsabilidade social nos negócios**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

AYUNTAMIENTO DE MADRID. **Instrucción 1/2016** relativa a la incorporación de cláusulas sociales en los contratos celebrados por el Ayuntamiento de Madrid, sus organismos autónomos y las entidades del sector público municipal. Disponível em https://sede.madrid.es/FrameWork/generacionPDF/ANM2016_4.pdf?idNormativa=34dcd5d317362510VgnVCM1000000b205a0aRCRD&nombreFichero=ANM2016_4&cacheKey=5. Acesso em 05 de fev. de 2019.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Direito Administrativo e o Novo Código Civil**. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Direito Administrativo**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Processo Administrativo Disciplinar**. 3. ed. São Paulo: Saraiva.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Reflexões sobre Direito Administrativo**. Belo Horizonte: Saraiva, 2009.

BARBOSA, Samara Lopes. **Políticas Públicas de Apoio à Inovação**. Curitiba: Appris, 2016.

BARCELLOS, Ana Paula. Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Beneti. **Direitos fundamentais: orçamento e reserva do possível**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 101-132.

BARKI, Teresa Villac Pinheiro; SANTOS, Murillo Giordan (org.) **Licitações e contratações públicas sustentáveis**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

BARRAL, Welber (org.). **Releitura dos Acordos da OMC como interpretados pelo órgão de apelação**. São Paulo, (2004), p. 12. Disponível em <http://ccgi.fgv.br/sites/ccgi.fgv.br/files/file/Publicacoes/06%20Acordo%20sobre%20Medidas%20de%20Investimento%20Relacionadas%20ao%20Com%C3%A9rcio%20%28TRIMS%29.pdf>, Acesso em 02 de jul de 2017.

BARRAL, Welber. Direito e desenvolvimento: um modelo de análise. In: BARRAL, Welber (org.). **Direito e desenvolvimento: análise da ordem jurídica brasileira sob a**

ótica do desenvolvimento. São Paulo: Editora Singular, 2005, p. 31-60.

BARRAL, Welber. **Metodologia da pesquisa jurídica**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2003.

BARROS, Sérgio Resende. **Liberdade e Contrato: a crise da licitação**. Piracicaba: Editora Unimep, 1995.

BARROS, Suzana de Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. 2. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

BARROSO, Luis Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2009.

BASTOS, Celso Ribeiro e MARTINS, Ives Gandra. **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, v. 3, tomo II, 1993.

BEAS, Marina Rodríguez. El procedimiento de asociación para la innovación en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público: oportunidades e incertidumbres. **Revista General de Derecho Administrativo**, n. 52, Justel, Madrid, octubre. 2019.

BEAS, Marina Rodríguez. La contratación pública en la gestión de la ciudad inteligente y del Smart Heritag. In: GASÓ, Josep Ramon Fuentes i; RIVERA, María Teresa Carballeira; LOPO, Domingo Luís Gonzalez (Directores). **Camino de Santiago y patrimonio cultural**. Una visión jurídica integradora, p. 371-394.

BEAS, Marina Rodríguez. La innovación en la nueva Directiva de contratación pública: la asociación para la innovación. In: **Revista Quadernos de Derecho Local**, Fundación Democracia y Gobierno Local, octubre.2015, p. 141-161.

BERCOVICI, Gilberto. Ciência e inovação sob a Constituição de 1988. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 916, ano 101, p. 267-294, fev.2012.

BERCOVICI, Gilberto. Planejamento e políticas públicas: por uma nova compreensão do papel do Estado. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). **Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 143-162.

BINENBOJM, Gustavo. **Temas de Direito Administrativo e Constitucional**. São Paulo: Renovar, 2008.

BITENCOURT, Caroline Müller; PASE, Eduarda Simonetti. A necessária relação entre democracia e controle social: discutindo os possíveis reflexos de uma democracia “não amadurecida” na efetivação do controle social da administração pública. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 2, n. 1, p. 293-311, jan./abr. 2015.

301-311

BITENCOURT, Caroline Müller; BEBER, Augusto Carlos de Menezes. O controle social a partir do modelo da gestão pública compartilhada: da insuficiência da representação parlamentar à atuação dos conselhos populares como espaços públicos de interação comunicativa. **Revista de Direito Econômico e Socioambiental**, Curitiba, v. 6, n. 2, p. 232-253, jul./dez. 2015, p. 235-244.

BITENCOURT, Caroline Müller, RECK, Janriê Rodrigues. Paradoxos do federalismo: uma observação pragmático-sistêmica. **Revista de Direito Administrativo &**

Constitucional, Belo Horizonte, ano 12, n. 49, p. 151-176, jul./set. 2012).

BITENCOURT, Caroline Müller; RECK, Janriê Rdrigues. Controle da transparência na contratação pública no Brasil – o acesso à informação como forma de viabilizar o controle social da Administração Pública. **Revista do Direito**, Santa Cruz do Sul, v. 2, n. 49, p. 96-115, maio 2016.

BITTENCOURT, Sidney. **Manual de Convênios Administrativos**. Rio de Janeiro: Temas e Idéias Editora, 2005.

BLANCHET, Luiz Alberto. **Curso de Direito Administrativo**. 5. ed. Curitiba: Juruá, 2008.

BLANCHET, Luiz Alberto. Ineficiência, corrupção e seus efeitos sobre o empreendedorismo e sobre o desenvolvimento. In: BLANCHET, Luiz Alberto; HACHEM, Daniel Wunder; SANTANO, Ana Claudia. **Eficiência e ética na Administração Pública**. Curitiba: Íthala, 2015, p. 151-162.

BLANCHET, Luiz Alberto. Infraestrutura nacional e desenvolvimento sustentável. In: DOTTA, Alexandre Godoy; HACHEM, Daniel Wunder; REIS, Luciano Elias (Org.). **Anais do I Seminário Ítalo-Brasileiro em Inovações Regulatórias em Direitos fundamentais, Desenvolvimento e Sustentabilidade e VI Evento de Iniciação Científica da UniBrasil**. 1. ed. Curitiba: Negócios Públicos, 2011, p. 26-41.

BLANCHET, Luiz Alberto. Manifestações públicas e desenvolvimento. **Revista Interesse Público**. Belo Horizonte, v. 17, v. 90, mar.abr. 2015.

BLAY, Miguel Ángel Bernal. El desarrollo de políticas activas de empleo a través de los contratos públicos. In: GARCÍA, J. José Pernas (director). **Contratación pública estratégica**. Pamplona: Editorial Aranzadi, 2013, p. 161-186.

BLOCK, Fred; EVANS, Peter. The State and the Economy. In: SMELSER, Neil J; SWEDBERG, Richard. **The handbook of economic sociology**. 2. ed. New Jersey: BRITISH LIBRARY, p. 505-526.

BNDES. **Perspectivas do investimento 2015-2018 e panoramas setoriais**. Disponível em www.bndes.gov.br/bibliotecadigital. Acesso em 08 de out. de 2018.

BOBBIO, Norberto. **Elogio da serenidade e outros escritos morais**. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. 2. ed. São Paulo: Unesp, 2011.

BOFF, Leonardo. **Sustentabilidade e tentativa de definição**. Disponível em: <https://leonardoboff.wordpress.com/2012/01/15/sustentabilidade-tentativa-de-definicao>. Acesso em 04 de fev.de 2019.

BOFF, Leonardo. **Sustentabilidade: O que é – o que não é**. 5. Ed. São Paulo: Vozes, 2018.

BONATTO, Hamilton. **Governança e gestão de obras públicas**. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

BORGES, Alice Gonzalez. **Normas gerais no Estatuto de Licitações e Contratos Administrativos**. São Paulo: RT, 1994.

BOURDIEU, Pierre. **Os usos sociais da ciência: por uma sociologia do campo científico**. São Paulo: Editora UNESP, 2004.

BRASIL, Ministério do Meio Ambiente. **Licitação sustentável**. Disponível em:

<<http://www.mma.gov.br/responsabilidade-socioambiental/a3p/eixos-tematicos/item/526>>. Acesso em: 30 de mar. de 2015.

BRASIL, Ministério do Planejamento. **Comprando das Micro e Pequenas Empresas (Caderno de Logística nº 04)**. Brasília: 2013.

BRASIL, Secretaria de Micro e Pequena Empresa da Presidência da República. **Cartilha do Tratamento Diferenciado**. Brasília: 2014, Disponível na internet: http://smpe.gov.br/assuntos/cartilha_tratamentodiferenciado_mpe.pdf, Acesso em 18 de abr. de 2014.

BRASIL, Subchefia de Análise e Acompanhamento de Políticas Governamentais [et al.]. **Diretrizes gerais e guia orientativo para elaboração de Análise de Impacto Regulatório – AIR**. Brasília: Presidência da República, 2018, p. 23-24. Sobre o tema, a Organização de Cooperação e de Desenvolvimento Econômico possui vários materiais, vide site <http://www.oecd.org/gov/regulatory-policy/ria.htm>. Acesso em 10 de jun. de 2019.

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

BREUS, Thiago Lima. **Políticas públicas no estado constitucional**. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

BRITTO, Carlos Ayres. **O perfil constitucional da licitação**. Curitiba: Zênite, 1997.

BRÜLHART, Marius; TRIONFETTI, Frederico. A test of trade theories when expenditure is home biased. **European Economic Review**, n. 53, 2009, p. 830-845, p. 830. Ainda sobre o assunto, vide: TRIONFETTI, Frederico. Public Expenditure and Economic Geography. **Annales d’Economie et de Statistique**, n. 47, 1997, p. 101-120.

BRUM, Argemiro J. **Desenvolvimento econômico brasileiro**. 16. ed. Petrópolis: Editora Vozes, 1996.

BUCCI, Maria Paula Dallari. **Fundamentos para uma teoria jurídica das políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2013.

BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). **Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2006.

BUTELER, Alfonso. La intervención estatal em la Economía y el Derecho al Medioambiente. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder (Coord.). **Direito Público no Mercosul: intervenção estatal, direitos fundamentais e sustentabilidade**: anais do VI Congresso da Associação de Direito Público do Mercosul: homenagem ao Professor Jorge Luis Salomoni. Belo Horizonte: fórum, 2013, p. 25-33.

CABRAL, Mário André Machado. **Subdesenvolvimento e estado de exceção**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

CALASANS JÚNIOR, José. **Manual da licitação: orientação prática para o processamento de licitações**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

CALDAS, Roberto Correia da Silva Gomes; MARTINS, Thiago Penido. Princípios do Equador e Governança Regulatória nas contratações públicas sustentáveis:

implicações nas desapropriações. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, Belo Horizonte, n. 112, p. 183-229, jan.jun. 2016.

CÂMARA, Jacintho Arruda; NOHARA, Irene. **Tratado de Direito Administrativo: licitação e contratos administrativos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

CANELA JÚNIOR, Osvaldo. **Controle judicial de políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2011.

CANOTILHO, J. J. Gomes. O princípio da sustentabilidade como princípio estruturante do direito constitucional. **Revista de Estudos Politécnicos**, v. 08, n. 13, 2010, p. 07-18.

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

CAPRA, Fritjof. **As conexões ocultas: ciência para uma vida sustentável**. São Paulo: Cultrix, 2002.

CARRASCO, Cristina; TELLO, Enric. Apuntes para una vida sostenible. In: MATEO, Maria Freixanet (coord.). **Sostenibilitats: polítiques publiques des del feminisme i l'ecologisme**. Barcelona: Institut de Ciències Polítiques i Socials, 2011, p. 11-53.

CARREIRA, María del Carmen Sánchez; VALENTÍN, María Concepción Peñate. La compra pública innovadora. Análisis regional de la experiencia española. **Journal of regional research – Investigaciones regionales**, n. 40, 2018, p. 79-107.

CARREIRA, María del Carmen Sanchez; VALENTÍN, María Concepción Peñate. El papel de la regulación en la compra pública innovadora: relevancia y limitaciones. **Cuaderno de Electrónico de Estudios Jurídicos**, n. 05, 2015-2016, p. 35-68.

CARRETEIRO, Ronald. **Inovação tecnológica**. Rio de Janeiro: LTC, 2009.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

CARVALHO, Raquel Melo Urbano de. **Curso de Direito Administrativo**. 2. ed. Salvador: Jus Podium, 2009.

CARVALHO, Raquel Urbano de. **Curso de Direito Administrativo**. 2. ed. Salvador: Editora Juspodium, 2009.

CARVALHO, Raquel. **O direito à informação administrativa procedimental**. Publicações Universidade Católica: Porto, 1999.

CASIMIRO, Lúgia Maria Silva Melo de. **Planejamento social e mobilidade urbana como fundamentos do direito à cidade no Brasil**. Orientador Prof. Dr. Emerson Gabardo. Curitiba, 2017, 248 f., Tese (Doutorado em Direito), Pontifícia Universidade Católica do Paraná.

CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede**. Volume I. 2. Trad. Roneide Venancio Majer. 2. ed. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

CASTRO, Noema Augusta Soares de. Do plano de recuperação judicial para microempresas e empresas de pequeno porte. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, Belo Horizonte, n. 92, p. 235-272, jul.dez. 2005.

CAVALCANTE, Pedro. **Inovação e políticas**: superando o mito da ideia. Brasília: IPEA, 2019.

CAVALCANTI, Themistocles Brandão. **Curso de Direito Administrativo**. 8. ed. São Paulo: Livraria Freitas Bastos, 1967.

CELLI JÚNIOR, Umberto. Os países emergentes e as medidas de investimento relacionadas ao comércio: O Acordo TRIMs da OMC. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, São Paulo, v. 99, 2004, p. 505-521.

CHANG, Ho-Joon. **Chutando a escada**. Trad. Luiz Antônio Oliveira de Araújo. São Paulo: Unesp, 2004.

Chaves, F., Bertassi, A., & Silva, G. Compras Públicas e Desenvolvimento Local: Micro e Pequenas Empresas Locais nas Licitações de uma Universidade Pública Mineira. **REGPEPE - Revista de Empreendedorismo e Gestão de Pequenas Empresas**, n. 8, 2019, p. 77-101.

CHEVALLIER, Jacques. **O Estado Pós-Moderno**. Trad. Marçal Justen Filho. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

CHEVALLIER, Jacques. **O serviço público**. Trad. Augusto Neves Dal Pozo e Ricardo Marcondes Martins. Belo Horizonte: Fórum 2017.

COASE, Ronald H. The problem of social cost. **The Journal of Law and Economics**, n. 3, p. 1-44, 1960. Traduzido para o português em: SALAMA, Bruno Meyerhof (Org.). **Direito e Economia**: textos escolhidos. São Paulo: Saraiva, 2010.

COCCIOLO, Endrius. La unión de la energía y la gobernanza del sistema tierra en el antropoceno: una cuestión constitucional. **Revista Catalana de Dret Ambiental**, v. 6, n. 1, 2015, p. 1-44.

COELHO FILHO, Osmar; SACCARO JÚNIOR, Nilo Luiz; LUEDEMANN, Gustavo. **A avaliação de ciclo de vida como ferramenta para a formulação de políticas públicas no Brasil** - Textos para discussão 2205). Brasília: Rio de Janeiro, IPEA, 2016.

COELHO, Rafael Isaac de Almeida. **Compras públicas sustentáveis no âmbito da Organização Mundial do Comércio**. Belo Horizonte: 2016, Escola superior Dom Helder Câmara, f. 184. Orientador Prof. Dr. André de Paiva Toledo. p. 155.

COELHO, Saulo de Oliveira Pinto; ASSIS, Aline Neves de. Um constitucionalismo do espetáculo? Espetacularização das políticas públicas e ineficiência do controle jurídico-constitucional. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, Belo Horizonte, n. 115, p. 541-584, jul.dez. 2017.

COMISSÃO MUNDIAL SOBRE MEIO AMBIENTE E DESENVOLVIMENTO. **Nosso futuro comum**. 2. ed. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1991. Disponível em: <<http://pt.scribd.com/doc/12906958/Relatorio-Brundtland-Nosso-Futuro-Comum-Em-Portugues>>. Acesso em 23 de abr. de 2017.

COMPARATO, Fabio Konder. O Ministério Público na defesa dos direitos econômicos, sociais e culturais. In: CUNHA, Sérgio Sérvulo da; GRAU, Eros Roberto (Org.). **Estudos de direito constitucional: em homenagem a José Afonso da Silva**. São Paulo: Malheiros, 2003.

CONFERÊNCIA DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE MEIO AMBIENTE E

DESENVOLVIMENTO, Rio de Janeiro de 3 a 14 de Junho de 1992. **Declaração da ECO-92 sobre ambiente e desenvolvimento.** Disponível em: <<http://www.onu.org.br/rio20/img/2012/01/rio92.pdf>>. Acesso em 23 de mar. de 2017.

COSTA, Denise Souza. **Direito fundamental à educação, democracia e desenvolvimento sustentável.** Belo Horizonte: Fórum, 2011.

COSTAS, Antonio. **Por qué los muy ricos progresan y los demás no.** El País, 09.set.2018, Disponível em https://elpais.com/economia/2018/09/07/actualidad/1536333591_827747.html.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Das licitações públicas.** 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

CRETELLA NETTO, José. **Curso de Direito Internacional Econômico.** São Paulo: Saraiva, 2012.

CREUZ, Luis Rodolfo Cruz e; SILVA, Marck da. A Lei de Incentivos à Inovação e à Pesquisa Científica e Tecnológica. **Revista IOB de Direito Administrativo**, São Paulo, v. 06, p. 66-81, jun.2006.

DAL BOSCO, Maria Goretti. **Discricionabilidade em políticas públicas.** Curitiba: Juruá, 2007.

DALLARI, Adilson Abreu. **Aspectos jurídicos da licitação.** 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

DAMODARAN, Aswath. **Gestão estratégica do risco:** uma referência para a tomada de riscos empresariais. Trad. Félix Nonnenmacher. Porto Alegre: Bookman, 2009.

DELGADO, Juan Francisco Mestre. **Contratos públicos y políticas de protección social y medioambiental.** Real 2003, n. 291, p. 705-730.

DERENE, Cristiane. **Privatização e serviços públicos: as ações do Estado na produção econômica.** São Paulo: Max Limonad, 2002.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. 500 anos de Direito Administrativo Brasileiro. **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n. 05, jan.mar.2006, Disponível na internet www.direitodoestado.com.br, Acesso em 12 de ago. de 2016.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. A Lei de Processo Administrativo: sua ideia matriz e âmbito de aplicação. In: NOHARA, Irene, MORAES FILHO, Marco Antonio Praxedes de (Org.). **Processo Administrativo:** Temas Polêmicas da Lei nº 9.784/99. São Paulo: Atlas, 2011, p. 185-201.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na Administração Pública.** 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

DI PIETRO, Maria Sylvia. **Direito Administrativo.** 32. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

DI PIETRO, Maria Sylvia; et al. **Temas Polêmicos sobre Licitações e Contratos.** 5 ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

DIAS, Bernadete de Figueiredo. **Investimentos Estrangeiros no Brasil e o Direito Internacional.** Curitiba: Juruá, 2010.

DIAS, Reinaldo. A sustentabilidade nas organizações. In: DIAS, Reinaldo; ZAVAGLIA, Tércia; CASSAR, Maurício. **Introdução à Administração:** da competitividade à

- sustentabilidade. 3. Ed Campinas: Alínea Editora, p. 181-248.
- DIAS, Reinaldo. **Sustentabilidade: origem e fundamentos**. São Paulo: Atlas, 2005.
- DIAS, Reinaldo; MATOS, Fernanda Costa de. **Políticas públicas: princípios, propósitos e processos**. São Paulo: Atlas, 2012.
- DÍAZ, Victor Pérez. **Cambio tecnológico y procesos educativos en España**. Madrid: Seminarios y Ediciones. 1972.
- DIEZ, Manuel Maria. **Manual de Derecho Administrativo**. T. II. 3. ed. Buenos Aires: Editorial Plus Ultra, 1981.
- DOSI, Giovanni; ORSENIGO, Luigi; LABINI, Mauro Sylos. Technology and the Economy. In: SMELSER, Neil J; SWEDBERG, Richard. **The handbook of economic sociology**. 2. ed. New Jersey: BRITISH LIBRARY, p. 678-702.
- DROMI, Roberto. **Derecho Administrativo**. 10. ed. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 2004.
- DROMI, Roberto. **La revolución del desarrollo: inovaciones en la gestión pública**. Buenos Aires – Madrid: Ciudad Argentina, 2007.
- DUARTE, Clarice Seixas. O Ciclo das Políticas Públicas. In: SMANIO, Gianpaolo Poggio; BERTOLIN, Patrícia Tuma Martins (Org.). **O Direito e as políticas públicas no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2013, p. 16-43.
- DUGUIT, Léon. **Fundamentos do Direito**. São Paulo: Martin Claret, 2009.
- DWORKIN, Ronald. **A virtude soberana: a teoria e prática da igualdade**. Trad. Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- ELLERY JÚNIOR, Roberto; NASCIMENTO JÚNIOR, Antônio; SACHSIDA, Adolfo. **Avaliando o impacto do programa de sustentação do investimento na taxa de investimento da economia brasileira - Texto para discussão**. Brasília: Rio de Janeiro: Ipea, 2018.
- EMERY, Emerson Baldotto. **Desenvolvimento sustentável: princípio da eficiência em procedimentos licitatórios**. Belo Horizonte: Fórum, 2016.
- ENGELMANN, Wilson; WILLIG, Júnior Roberto. **Inovação no Brasil**. Jundiaí: Paco Editorial, 2016.
- ENRÍQUEZ, Maria Amélia. **Trajetórias do desenvolvimento**. Rio de Janeiro: Garamond, 2010.
- ENTERRÍA, Eduardo García de e FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de derecho administrativo**, vol. 1. Madrid: Civitas, 1999.
- ENTERRÍA, Eduardo García. La Figura Del Contrato Administrativo. **Revista de Administración Pública**, nº 41/110, Madrid, 1963, p. 99-128.
- ESCOBAR, J. C. Mariense. **Licitação: teoria e prática**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996.
- ESCOLA, Hector Jorge. **Compendio de Derecho Administrativo**. Vol. II. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1990.
- ESCOLA, Hector Jorge. **Compendio de Derecho Administrativo**. Vol. II. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1984.

ESPAÑA, Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia. PRO/CNMC/001/15: **Análisis de la contratación pública en España**: oportunidades de mejora desde el punto de vista de la competencia. Disponível em: <http://www.urko.net/attachments/article/701/ANEXO%20Informe%20CNMC%20Febrero%202015%20Contrataci%C3%B3n%20P%C3%ABlica.pdf>. Acesso em 26 de jan. de 2019.

ESQUÍVEL, José Luís. **Os contratos administrativos e a arbitragem**. Coimbra: Almedina. 2004.

ESTORNINHO, Maria João. Contrato público: conceito e limites. In: Congreso Luso-Hispano de profesores de Derecho Administrativo (5º Barcelona, 2002). **La contratación pública en el horizonte de la integración europea**. Madrid: Instituto de Administración Pública, 2004, p. 31-40.

ESTORNINHO, Maria João. **Contratos da administração pública (esboço de autonomização curricular)**. Coimbra: Almedina, 1999.

ESTORNINHO, Maria João. **Curso de Direito de Contratos Públicos**: por uma contratação pública sustentável. Coimbra: Almedina, 2013.

ESTORNINHO, Maria João. **Réquiem pelo contrato administrativo**. Coimbra: Almedina, 1990.

FABRE, Flavia Moraes Barros Michele. **Função horizontal da licitação e da contratação administrativa**. Orientadora Prof. Dra. Odete Medauar. 2014. 185 f. Tese (Doutoramento em Direito) – Faculdade de Direito, USP, São Paulo, 2014.

FAERMANN, Flávia. **Estudo sobre a CISG e seus reflexos na Ordem Interna**. Orientadora Prof. Dra. Vera María Jacob de Fradera. Porto Alegre, 2018, 136 f., Dissertação (Mestrado em Direito), Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

FALCÃO, Maurin Almeida. O Estado, o mercado e as transformações econômicas, políticas e sociais como determinantes de uma economia política do tributo. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, Belo Horizonte, n. 104, p. 263-289, jan.jun. 2012.

FALLA, Fernando Garrido; OLMEDA, Alberto Palomar; GONZÁLEZ, Herminio Losada. **Tratado de Derecho Administrativo**. Volumen I. 15. ed. Madrid: Editorial Tecnos, 2010.

FELIÚ, José Gimeno. La contratación pública como estrategia: el fomento de la innovación. **Revista Ius Publicum Network Review**, España, 2018, p. 01-27.

FELIÚ, José María Gimeno e outros. **La gobernanza de los contratos públicos en la colaboración público-privada**. Barcelona: Cambra Oficial de Comerç de Barcelona, 2018.

FELIÚ, José María Gimeno. Compra pública estratégica. In: GARCÍA, J. José Pernas (Director). **Contratación pública estratégica**. Pamplona: Editorial Aranzadi, 2013, p. 45-79.

FELIÚ, José María Gimeno. **Contratación de las administraciones públicas**: análisis práctico de la nueva normativa sobre contratación pública. Barcelona: Atelier Administrativo, 2004, p. 161-170.

FELIÚ, José María Gimeno. **El control de la contratación pública (las normas comunitarias y su adaptación en España)**. Madrid: Editorial Civitas, 1995.

FELIÚ, José María Gimeno. Hacia una nueva ley de contratos del sector público. **¿Una nueva oportunidad perdida? Revista Española de Derecho Administrativo**, Madrid, n. 182, jan./mar. 2017, p. 181-221.

FELIÚ, José María Gimeno. **Las condiciones sociales en la contratación pública: posibilidades y límites**. Anuario del Gobierno Local. Barcelona, 2017, Fundación Democracia y Gobierno Local – Institut Dret Public, p. 241-287.

FELIU, José María Gimeno. Las fuentes normativas en materia de contratación local. **Revista Fundación Democracia y Gobierno Local**, Madrid, n. 14, jun.2007, p. 24-56.

FELIU, José María Gimeno. Los procedimientos y criterios de adjudicación y la posibilidad de valorar aspectos sociales y medioambientales. In: FELIU, José María Gimeno (Coord.). **Contratación de las Administraciones Públicas**: análisis práctico de la nueva normativa sobre contratación pública. Barcelona: Atelier, 2004, p. 61-94.

FELIÚ, José María Gimeno. O efecto directo das novas directivas comunitarias sobre a contratación pública. Consecuencias prácticas da falta de transposición das directivas en España. **Revista Galega De Administración Pública (REGAP)**, n. 52, jul.dec.2016, p. 09-60.

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. **Contratação Direta sem Licitação**. 9. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

FERNANDES, José Pedro. **Dicionário Jurídico da Administração Pública**. Lisboa: Narcisio Correia, 1991.

FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Direito Municipal**. 5. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

FERRAZ, Tércio Sampaio. Normas gerais e competência concorrente – uma exegese do artigo 24 da Constituição Federal. **Revista Trimestral de Direito Público**, n. 07, 1994, p. 16-20.

FERREIRA, Daniel. **A licitação pública no Brasil e sua nova finalidade legal: a promoção do desenvolvimento nacional sustentável**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

FERREIRA, Daniel. Função Social da licitação pública: o desenvolvimento nacional sustentável (*no e do Brasil, antes e depois da MP 495/2010*). In: **Fórum de contratação e gestão pública – FCGP**. Belo Horizonte: Fórum, ano 9, n. 107 nov.2010, p. 49-64.

FERREIRA, Daniel. **Perspectivas de minimização das desigualdades sociais e emancipação das minorias pelo acesso ao emprego decente mediante reserva de cotas junto aos parceiros contratuais da administração pública portuguesa e brasileira**. 2016. 146 f. Relatório final (Pós-Doutoramento) – Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, Coimbra, 2016.

FIESP. **Segurança jurídica: os aspectos políticos, legais e econômicos no Brasil e na América do Sul**. São Paulo: FIESP, 2010.

FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. **Direito Econômico Internacional**. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. Competências administrativas dos estados e municípios –

- licitações. **Revista Trimestral de Direito Público**, n. 08, São Paulo, 1994, p. 24- 39.
- FIGUEIREDO, Lucia Valle. **Curso de Direito Administrativo**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de Direito Administrativo**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.
- FIGUEIREDO, Natália. Acordo TRIMS: flexibilização ou não? Política de conteúdo local, processo produtivo básico (PPB) e os desafios para a indústria brasileira e a integração latino-americana. **Revista de Direito Internacional, Brasília**, v. 13, n. 1, 2016, p. 100-121.
- FINGER, Ana Claudia; QUETES, Regeane Bransin. Licitações e contratos administrativos sustentáveis como um instrumento de concretização da supremacia do interesse público. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 14, n. 57, p. 105-131, jul./set. 2014.
- FOLLONI, André Parmo. **Teoria do Ato Administrativo**. Curitiba: Juruá, 2006.
- FOLLONI, André. A complexidade ideológica, jurídica e política do desenvolvimento sustentável e a necessidade de compreensão interdisciplinar do problema. **Revista Direitos Humanos Fundamentais**, Osasco, jan-jun/2014, ano 14, n.1, pp. 63-91.
- FONSECA, Isabel Celeste M. **Direito da contratação pública: uma introdução em dez aulas**. Coimbra: Almedina, 2009.
- FONSECA, Karla Closs. **Investimentos Estrangeiros: Regulamentação Internacional e Acordos Bilaterais**. Curitiba: Juruá, 2008.
- FONTE, Felipe de Melo. **Políticas públicas e direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo Saraiva, 2015.
- FORGIONI, Paula. **Os fundamentos do antitruste**. 5. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.
- FORTINI, Cristiana. **Contratos administrativos: franquias, concessão, permissão e PPP**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009.
- FORTINI, Cristiana. Licitação: prerrogativas ou privilégios? Anulação, revogação e exceção do contrato não cumprido. In: FORTINI, Cristiana; PEREIRA, Maria Fernanda Pires de Carvalho; CAMARÃO, Tatiana Martins da Costa. **Licitações e Contratos: aspectos relevantes**. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 111-118.
- FORTINI, Cristiana. Novos investimentos e o ambiente dos contratos celebrados com a administração. **Revista Consultor Jurídico**, 10 de janeiro de 2019.
- FRANCO SOBRINHO, Manoel Oliveira. **A prova no processo administrativo**. Curitiba: Universidade Federal do Paraná, 1970.
- FREIRE, André Luiz. **Manutenção e retirada dos contratos inválidos**. São Paulo: Malheiros, 2008.
- FREITAS, Juarez. Direito fundamental à boa administração pública e a constitucionalização das relações brasileiras. **Interesse Público**, ano 12, n. 60, p. 13-24, abr/abr. 2010. Belo Horizonte: Fórum, 2010.
- FREITAS, Juarez. Licitações sustentáveis: conceitos e desafios. In: BACELLAR,

Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder (Coord.). **Direito público no MERCOSUL: Intervenção estatal, direitos fundamentais e sustentabilidade**. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 373-385.

FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade: direito ao futuro**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

FREITAS, Thiago Pereira de. **Sustentabilidade e as contratações públicas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

FREITAS, Vladimir Passos de. Os resíduos sólidos na civilização de consumo: desafio para a existência de um desenvolvimento sustentável. **Revista de Direito Econômico e Socioambiental, Curitiba**, v. 1, n. 1, p. 81-107, jan./jun. 2010.

FREY, Klaus. **Políticas públicas: um debate conceitual e reflexões referentes à prática da análise de políticas públicas no Brasil**. Planejamento e Políticas Públicas, n. 21, jun./2000, p. 211-259.

FRIEDRICH, Nelton Miguel; FRIEDRICH, Tatyana Scheila. A intervenção estatal diante da crise socioambiental: exigência de ações sustentáveis. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder (Coord.). **Direito Público no Mercosul: intervenção estatal, direitos fundamentais e sustentabilidade: anais do VI Congresso da Associação de Direito Público do Mercosul: homenagem ao Professor Jorge Luis Salomoni**. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 131-136.

FUENTES I GASÓ, Josep Ramon. Contratación administrativa. In: BALLBÉ MALLOL; M., Franch I Saguer, M. **Manual de Derecho Administrativo**. Girona: AEI-UAB, 2002.

FUENTES I GASÓ, Josep Ramon; VIDAL, Carme Juncosa. Principales novedades, régimen transitório y cuestiones adicionales. In: ACUÑA, Concepción Campos. **La nueva contratación pública en el ámbito local**. Madrid: Wolters Kluwer, 2018, p. 87-131.

FUKUYAMA, Francis. **Construção de estados: governo e organização mundial no século XXI**. Trad. Nivaldo Montingelli Jr. Rio de Janeiro: Rocco, 2005.

GABARDO, Emerson. A flexibilização da legalidade mediante o prestígio de uma ideia equivocada de eficiência e uma visão niilista da separação dos poderes. In: HACHEM, Daniel Wunder; GABARDO, Emerson; SALGADO, Eneida Desiree. **Direito Administrativo e suas transformações atuais**. Curitiba: Ithala, 2016, p. 207-216.

GABARDO, Emerson. **Eficiência e legitimidade do Estado**. Barueri: Manole, 2003.

GABARDO, Emerson. **Interesse público e subsidiariedade**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

GABARDO, Emerson. **Princípio constitucional da eficiência**. São Paulo: Malheiros, 2002.

GABARDO, Emerson; COUTO, Clayton Santos do. O desenvolvimento para além das fronteiras nacionais: entre universalismo e subsidiariedade. In: RAMINA, Larissa; FRIEDRICH, Tatyana Scheila (Coord.). **Coleção Direito Internacional Multifacetado**. Vol. V. Curitiba: Juruá, 2015, p. 105-127.

GABARDO, Emerson; SALGADO, Eneida Desiree. Administração Pública e seus fundamentos de gestão: eficiência, interesse público, direitos fundamentais e

desenvolvimento. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder (Coord.). **Direito Público no Mercosul: intervenção federal, direitos fundamentais e sustentabilidade**: anais do VI Congresso da Associação de Direito Público do Mercosul: homenagem ao Professor Jorge Luís Salomoni. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 241-251.

GALENDE, Helena Villarejo. Colaboración público-privada y contratación precomercial para el impulso de la I+D+i y la transferencia del conocimiento. In: VELÁZQUEZ, Antonio Calonge (dir.). **Ciencia, Tecnología e Innovación**: nuevo régimen jurídico. Granada: Editorial Comares, 2013, p. 133-145.

GALESKI JÚNIOR, Irineu. Economia dos contratos. In: RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; KLEIN, Vinicius (Coord.). **O que é análise econômica do direito**: uma introdução. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 129-139.

GALEZA, Tadeus; CHAN, James. Qué es la inversión directa? **Revista Finanzas & Desarrollo**. Septiembre, 2015, p. 34-35, p. 34. Disponível em <http://www.imf.org/external/pubs/ft/fandd/spa/2015/09/pdf/basics.pdf>. Acesso em 11 de jul. de 2017.

GALVÃO, Antônio Carlos Filgueira. **Política de desenvolvimento regional e inovação**: lições da experiência europeia. Rio de Janeiro: Garamond, 2004.

GARCIA, Flávio Amaral. **Licitações & Contratos Administrativos**. 3. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

GARCÍA, Gonzalo Barrio. Contratación público y PYMES: un comentario a la luz de la propuesta de la Directiva en materia de contratación pública. In: GARCÍA, J. José Pernas (director). **Contratación pública estratégica**. Pamplona: Editorial Aranzadi, 2013, p. 133-159.

GARCÍA, J. José Pernas. La dimensión ambiental en la normativa de contratos del sector público. In: ACEVEDO, Rafael Fernández; FERNÁNDEZ, Patricia Valcárcel (directores). **La contratación pública a debate**: presente y futuro. Navarra: Civitas, 2014, p. 345-379.

GARCÍA, Jorge Sarmiento. **Derecho publico**. 2. ed. Buenos Aires: Ediciones Ciudad Argentina, 1998.

GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

GAVIOLI, Maíra Goés de Moraes; KARAM, Rachel Avellar Sotomaio. Políticas concorrenciais no comércio internacional. In: MOREIRA, Egon Bockmann; MATTOS, Paulo Todescan Lessa (coord). **Direito concorrencial e regulação econômica**. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 41-62.

GIACOMUZZI, José Guilherme. **Estado e Contrato**. São Paulo: Malheiros, 2011.

GIANNINI, Massimo Severo. **Derecho Administrativo**. Trad. Luis Ortega. Volumen Primero. Madrid: Ministerio para las Administraciones Públicas, 1991.

GICO JR, Ivo T. Introdução à análise econômica do direito. In: RIBEIRO, Marcia Carla Ribeiro; KLEIN, Vinicius (Coord.). **O que é análise econômica do direito**: uma introdução. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 17-26.

GIROTRA, Karan; NETESSINE, Serguei. **Gestão de riscos nos modelos de negócio**. Trad. Edson Furmankiewicz. Rio de Janeiro: Elsevier, 2015.

GOBIERNO DE ESPAÑA. Subdirección General de Fomento de la Innovación Empresarial del Ministerio de Economía y Competitividad. Guía 2.0 para la compra pública de innovación. 2015, p. 41-42. Disponível em http://www.ciencia.gob.es/stfls/MICINN/Innovacion/FICHEROS/Guia_2_0_CPI_V5_Borrador_web.pdf. Acesso em 03 de fev. de 2019.

GOMES, Pedro Cerqueira. Contratação pública e inovação – o diálogo entre Portugal e a União Europeia. In: ACEVEDO, Rafael Fernández; FERNÁNDEZ, Patricia Valcárcel (directores). **La contratación pública a debate: presente y futuro**. Navarra: Civitas, 2014, p. 525-555.

GONÇALVES, Cláudio Cairo. O princípio da consensualidade no Estado Democrático de Direito – Uma introdução. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 232, abr./jun. 2003, p. 105-114.

GONÇALVES, Oksandro. Os incentivos tributários na Zona Franca de Manaus e o desequilíbrio concorrencial no setor de refrigerantes. **Economic Analysis of Law Review**, v. 3, p. 72-94, 2012.

GONÇALVES, Oksandro; BITTENCOURT, Mauricio; NETO, João; JUNIOR, Weimar; JUNIOR, Carlos; JAMES ; Carlos Pereira Dutra; DEUD, Maria; KOBUS, Renata ; João Vieira . Zona Franca de Manaus: desequilíbrio concorrencial no setor de bebidas. In: RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; ROCHAR JR, Weimar Freire.. (Org.). **Concorrência e tributação no setor de bebidas frias**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011, p. 101-131.

GONÇALVES, Pedro Antonio Pimenta da. **Entidades privadas com poderes públicos: o exercício de poderes públicos de autoridade por entidades privadas com funções administrativas**. Coimbra: Edições Almedina, 2008.

GONÇALVES, Pedro Costa. **Reflexões sobre o Estado Regulador e o Estado Contratante**. Coimbra: Coimbra Editora, 2013.

GONÇALVES, Pedro. **O Contrato Administrativo**. Coimbra: Almedina, 2003.

GRAELLS, Albert Sánchez. Reflexiones críticas em torno a la disciplina del comportamiento de mercado del comprador público. In: ACEVEDO, Rafael Fernández; FERNÁNDEZ, Patricia Valcárcel (directores). **La contratación pública a debate: presente y futuro**. Navarra: Civitas, 2014, p. 275-298.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

GRAU, Eros Roberto. Licitação sem objeto - Lei 8.666 e Estados e Municípios. **Revista Trimestral de Direito Público**, n. 10, São Paulo, 1995, p. 88-102.

GRIMM, Dieter. Proportionality in Canadian and German Constitutional Jurisprudence. **University of Toronto Law Journal**. v.57. 2007, p.383-397.

GUEDES, Armando M. Marques. **Direito Administrativo** (apontamentos das lições ao 2º ano jurídico de 1955-56 pelo Exmo Senhor Prof. Doutor Marques Guedes). Lisboa: Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1955.

GUERRA, Sérgio. Riscos, assimetria regulatória e o desafio das inovações tecnológicas. In: In FREITAS, Rafael Vêras de; RIBEIRO, Leonardo Coelho; FEIGELSON, Bruno (coord.). **Regulação e novas tecnologias**. Belo Horizonte:

Fórum, 2017.

GUERRA, Sidney. **Curso de Direito Internacional Público**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

GUGLIELMI, Gilles J. **Les très grandes décisions du Droit Administratif: Recueil de décisions juridictionnelles**. Disponível em <https://www.guglielmi.fr/IMG/pdf/TGD.09.pdf>. Acesso em 12 de set. de 2018.

GUIDI, Silvio. O compartilhamento de riscos no contrato administrativo – o dever de colaboração na mitigação à luz do princípio da boa-fé. Silvio Luís Ferreira da (org.). **O contrato administrativo e os princípios da boa-fé, justiça contratual e função social do contrato**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 01-30.

GUIDI, Silvio. **Serviços Públicos de Saúde**. São Paulo: Quartier Latin, 2019.

GUIMARÃES, Cesar A. Guimarães. **Aplicação da CISG Às compras governamentais**. Disponível no site <http://www.justen.com.br/pdfs/IE85/CISG-Cesar-texto.pdf>. Acesso em 28 de mai. de 2019.

GUIMARÃES, Edgar. **Contratação direta**. Curitiba: Negócios Públicos, 2013.

GUIMARÃES, Edgar. **Controle das licitações públicas**. São Paulo: Dialética, 2002;

GUIMARÃES, Edgar; SANTOS, José Anacleto Abduch. **Lei das Estatais**. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

GUIMARÃES, Fernando Vernalha. **Alteração unilateral do contrato administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2003.

GUIMARÃES, Fernando Vernalha; MOREIRA, Egon Bockmann. **Lei Geral de Licitação e o Regime Diferenciado de Contratação**. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 81.

GUSSOLI, Felipe Klein. **Impactos dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos no Direito Administrativo Brasileiro**. Orientador Prof. Dr. Daniel Wunder Hachem. Curitiba, 2018, 329.f., Dissertação (Mestrado em Direito), Pontifícia Universidade Católica do Paraná.

GUTIÉRREZ, Rubén Martínez. **Los retos de la innovación tecnológica en la jurisdicción contencioso-administrativa**. XIV Congreso Anual de la Asociación de Profesores de Derecho Administrativo, 08 e 09 de febrero de 2019, disponível no site <http://www.aepda.es/AEPDAPublicaciones-2162-Actividades-Congresos-de-la-AEPDA-XIV-CONGRESO-DE-LA-AEPDA.aspx>. Acesso em 02 de fev. de 2019.

HACHEM, Daniel Wunder. A maximização dos direitos fundamentais econômicos e sociais pela via administrativa e a promoção do desenvolvimento. **Revista Direitos Fundamentais & Democracia**, v. 13, n. 13, Curitiba, UniBrasil, p. 340-399, jan./jul. 2013.

HACHEM, Daniel Wunder. A noção constitucional de desenvolvimento para além do viés econômico: reflexos sobre algumas tendências do Direito Público brasileiro. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 13, n. 53, p. 133-168, jul./set. 2013.

HACHEM, Daniel Wunder. Direito fundamental ao serviço público adequado e capacidade econômica do cidadão: repensando a universalidade do acesso à luz da

igualdade material. In: BLANCHET, Luiz Alberto; HACHEM, Daniel Wunder; SANTANO, Ana Claudia. **Eficiência e ética na Administração Pública**. Curitiba: Íthala, 2015, p. 75-108.

HACHEM, Daniel Wunder. **Princípio constitucional da supremacia do interesse público**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

HARGER, Marcelo. Processo administrativo: aspectos gerais. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). **Tomo: Direito Administrativo e Constitucional**. Vidal Serrano Nunes Jr., Maurício Zockun, Carolina Zancaner Zockun, André Luiz Freire (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em:

HASTREITER, Michele Alessandra. **Os acordos internacionais de investimento: uma mudança de perspectiva necessária na busca pelo desenvolvimento**. Orientador Prof. Dr. Luis Alexandre Carta Winter. Curitiba, 2015, Dissertação (Mestrado em Direito), Pontifícia Universidade Católica do Paraná.

HOBBS, Thomas. **Leviatã: ou matéria, forma e poder de um Estado Eclesiástico e Civil**. Trad. Rosina D'Angina. São Paulo: Martin Claret, 2009.

HOPPE, Hans-Hermann. Prefácio. In: MISES, Ludwig Von. **Caos planejado: intervencionismo, socialismo, fascismo e nazismo**. Trad. Beatriz Caldas. São Paulo: LVM, 2017.

HORTA, Raul Machado. Repartição de competências na Constituição Federal de 1988. **Revista Trimestral de Direito Público**, n. 02, 1993, p. 06-20.

JIMÉNEZ, Antonio García. **Las conexiones entre contratación administrativa e innovación**. Madrid: Tecnos: 2018.

JUNTA DE ANDALUCIA. **Guía para la inclusión de cláusulas sociales y medioambientales en la contratación de la Junta de Andalucía**. Consejería de Hacienda y Administración Pública. 2016, disponível em https://www.juntadeandalucia.es/export/drupaljda/GUIA_CSM.pdf. Acesso em 04 de fev.de 2019.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 8. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

JUSTEN FILHO, Marçal. Desenvolvimento nacional sustentado: contratações administrativas e o regime introduzido pela Lei 12.349. **Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini**, n. 50, abr.2011. Disponível em www.justen.com.br/informativo. Acesso em 20 de jan. de 2017.

KINGSBURY, B.; KRISCH, N., STEWART, R. El surgimiento del Derecho Administrativo Global. In: KINGSBURY, Benedict; STEWART, Richard B. **El nuevo derecho administrativo global en américa latina**. Buenos Aires RAP, 2009, p. 21-82.

KODELIA, Gonzalo S. Teoría General del Contrato Administrativo. In: REGUEIRA,

Enrique M. Alonso et al. **Contratos de la Administración: teoría y práctica**. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: La Imprenta Ya SRL, 2017, p. 17-68.

KRELL, Andreas J. **Leis de normas gerais, regulamentação do poder executivo e cooperação intergovernamental em tempos de reforma administrativa**. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. Trad. José Lamego. 3. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1997.

LASO, Enrique. **La licitación pública**. Montevideo: Julio Cesar Faira Editor, 2005.

LAVRATTI, Paula Cerski. **El derecho ambiental como instrumento de gestión del riesgo tecnológico**. Tarragona: Publicacions URV, 2011.

LEAL, Fernando. Racional ou Hiper-racional? A ponderação de princípios entre o ceticismo e o otimismo ingênuo. **A&C - Revista de Direito Administrativo e Constitucional**, n. 58, p. 177-209, out./dez. 2014.

LEÓN, José Maria Baño. La figura del contrato en el derecho público: nuevas perspectivas y límites. In: Congreso Luso-Hispano de Profesores de Derecho Administrativo (5º Barcelona, 2002). **La contratación pública en el horizonte de la integración europea**. Madrid: Instituto de Administración Pública, 2004, p. 11-29.

LIBERATI, Wilson Donizeti. **Políticas públicas no Estado constitucional**. São Paulo: Atlas, 2013.

LIMA, Bruno Quick Lourenço de. O uso do poder de compra é uma política eficaz de desenvolvimento sustentável. In: SANTANA, Jair Eduardo; FERRER, Florencia. **Compras Públicas Brasil**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2015, p. 35-39.

LIMA, Jonas. **Licitação Pública Internacional no Brasil**. Curitiba: Editora Negócios Públicos, 2010.

LIMA, Ruy Cirne. **Princípios de Direito Administrativo**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

LIMBERGER, Têmis; TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski; ABREU, Mateus Barbosa Gomes. Contratos administrativos e gestão pública: proposições a partir de estudos de casos na Administração Pública federal indireta. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 14, n. 58, p. 155-176, out./dez. 2014.

LIVESEY, Frank. **Formação de preço**. São Paulo: Saraiva, 1978.

LOCATELLI, Liliana. Desenvolvimento na Constituição Federal de 1988. In: BARRAL, Welber (org.). **Direto e desenvolvimento: análise da ordem jurídica brasileira sob a ótica do desenvolvimento**. São Paulo: Editora Singular, 2005, p. 95-118.

LOPES, Pedro Moniz. **Princípio da boa fé e decisão administrativa**. Coimbra: Almedina, 2011.

LÓPEZ MIÑO, Antonio, “La compra pública innovadora en los sistemas europeo y español de contratación pública”. In: GARCIA, J. José Pernas (coord.). **Contratación Pública Estratégica**. Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi, 2013.

MACHADO, Santiago Muñoz. **Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General: Libro XIV – La actividad regulatoria de la Administración**. Madrid:

Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, 2015.

MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. **Análise econômica do direito**. Trad. Rachel Sztajn. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

MAGALHÃES, José Carlos de. **Direito Econômico Internacional: tendências e perspectivas**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2017.

MAIA, Henrique Guerreiro de Carvalho; LEFÈVRE, Mônica Bandeira de Mello. A fase interna e o instrumento convocatório no regime diferenciado de contratação. **Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini**. Curitiba, n. 59, janeiro de 2012, disponível em www.justen.com.br/informativo. Acesso em 05 de mai. de 2019.

MANSO, Carmen de Guerrero. Los tres procedimientos de asociación para la innovación licitados en España: valoración de sus aspectos clave y pros e contras de cada una de ellos. In: FELIÚ, José María Gimeno (Director). **Observatorio de los contratos públicos 2018**. Navarra: Aranzadi, 2019, p. 281-327.

MARCO, Manuel Sanchis i. Reseña de J. A. Schumpeter, Capitalismo, socialismo y democracia. La torre del Virrey. **Revista de Estudios Culturales**, n.18, 2015/2, p. 1-8.

MARCOS, Rui Manuel de Figueiredo. **História da Administração Pública**. Coimbra: Almedina, 2006.

MARINELA, Fernanda. **Direito Administrativo**. 4. ed. Niterói: Impetus, 2010.

MARQUES NETO, Floriano Azevedo. Limites à abrangência e à intensidade da regulação estatal. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n. 04, nov/dez 2005, jan. 2006. Disponível na internet: <http://www.direitodoestado.com.br>.> Acesso em 17 de jul. de 2017.

MARQUES NETO, Floriano Azevedo. Normas gerais de licitação – doação e permuta de bens de estados e de Municípios – aplicabilidade de disposições da Lei Federal 8.666/93 aos entes federados. **Revista Trimestral de Direito Público**, n. 12, São Paulo, 1995, 173-191.

MARRARA, Thiago. Acordos de leniência no processo administrativo brasileiro: modalidades, regime jurídico e problemas emergentes. **Revista de Direito Administrativo Digital**, São Paulo, v. 02, n. 02, p. 509-527.

MARTÍNEZ, Agustí Cerrillo i. **Los servicios de la ciudad inteligente**. XV Congreso Anual de la Asociación de Profesores de Derecho Administrativo, 07 e 08 de febrero de 2020, disponível no site <http://www.aepda.es/AEPDAEntrada-2518-XV-CONGRESO-DE-LA-AEPDA.aspx>. Acesso em 09 de fev. de 2020.

MATA DIZ, Jamile Bergamaschine; CALDAS, Roberto Correia da Silva Gomes. Contratos administrativos à luz de novas formas de gestão e da sustentabilidade: por uma concretização do desenvolvimento sustentável no Brasil. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 16, n. 65, p. 249-275, jul.set. 2016.

MATILLA, Francisco Javier Vázquez. Compa pública de innovación. **Contratación Administrativa Práctica**, Madrid, n. 159, jan.2019, p. 54-61.

MATOS, Fernanda Costa de. **Políticas públicas: princípios, propósitos e**

processos. São Paulo: Atlas, 2012.

MAXIMIANO, Antonio Cesar Amaru. NOHARA, Irene. **Gestão Pública:** abordagem integrada da Administração e do Direito Administrativo. São Paulo: Atlas, 2017.

MAYER, Otto. **Derecho administrativo alemán.** Tomo I. Buenos Aires: De Palma, 1982.

MAZA, José Ignacio Herce; MUÑOZ, Jaime Rodríguez -Arana. La buena administración en la contratación pública: mención especial a la fase de ejecución del contrato. **Revista del Gabinete Jurídico de Castilla-La Mancha**, mar.2019, p. 21-45.

MAZA, José Ignacio Herce. La innovación en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público: el papel de la asociación para la innovación. **Revista del Gabinete Jurídico de Castilla-La Mancha**, mar.2019, p. 335-360.

MAZZUCATO, Mariana. **O estado empreendedor:** desmascarando o mito do setor público vs. setor privado. São Paulo: Portfolio-Penguin, 2014.

MEDAUAR, Odete. **A Processualidade no Direito Administrativo.** São Paulo: RT, 1993.

MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo em evolução.** 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno.** 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MEDAUAR, Odete; OLIVEIRA, Gustavo Justino. **Consórcios públicos.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro.** 11. ed. São Paulo: RT, 1985.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Licitação e Contrato Administrativo.** 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1975.

MELLO, Célia Cunha. **O fomento da Administração Pública.** Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo.** 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Elementos de Direito Administrativo.** 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1992.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Inaplicabilidade da nova regulação sobre licitações a Estados e Municípios e inconstitucionalidade radical do Dec.- lei 2.300/86. **Revista de Direito Público**, vol. 83, São Paulo, Malheiros, jul. 1987, p. 16-28.

MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. **Princípios gerais de Direito Administrativo.** 3 ed. São Paulo: 2007.

MELLO, Antônio Moreira Barbosa de. A ideia de contrato no centro do universo jurídico-público. In: **Estudos de Contratação Pública da Faculdade de Direito de Coimbra.** Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 07-21.

MENDES, Pedro Vaz. **Pacta Sunt Servanda e interesse público nos contratos administrativos.** Lisboa: Universidade Católica, 2016.

MENDES, Renato Geraldo. **Processo de Contratação Pública**. Curitiba: Zenite, 2012.

MENEZES, Fernanda Dias. **Competências na Constituição de 1988**. São Paulo: Atlas, 1991.

MENY, Yves; THOENING, Jean-Claude. **Las políticas públicas**. Trad. Salvador Del Carrii. Barcelona: Editorial Ariel, 1992.

MESTRE DELGADO, Juan Francisco. Contratos públicos y políticas de protección social y medioambiental, **Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica**, n. 291, 2003, p. 705-730.

MIGDAL, Joel S. **Estados débiles, estados fuertes**. México: Fondo de Cultura Económica, 2011.

MIÑO, Antonio López. La compra pública innovadora en los sistemas europeo y español de contratación pública. In: GARCÍA, J. José Pernas (director). **Contratación pública estratégica**. Pamplona: Editorial Aranzadi, 2013, p. 213-248.

MIRANDA, Jorge. **Curso de direito internacional público: uma visão sistemática do direito internacional dos nossos dias**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

MIRANDA, Pontes de. **Democracia, Liberdade, Igualdade (Os três caminhos)**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1979.

MIRANDA, Rodrigo Fontenelle de A. **Implementando a gestão de riscos no setor público**. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

MISES, Ludwig Von. **Burocracia**. Trad. Raul Martins. Campinas: Vide Editorial, 2018.

MISES, Ludwig Von. **Caos planejado: intervencionismo, socialismo, fascismo e nazismo**. Trad. Beatriz Caldas. São Paulo: LVM, 2017.

MISES, Ludwig Von. **O livre mercado e seus inimigos**. Tradução de Flávio Quintela. VIDE Editorial, 2017, p. 48.

MOLINA, José Antonio Moreno. Gobernanza y nueva organización administrativa en la reciente legislación española y de la Unión Europea sobre contratación pública. **Revista de Administración Pública**, Madrid, n. 204, sep./dic.2017, p. 343-373.

MOLINA, José Antônio Moreno. **Hacia una compra pública responsable y sostenible**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2018.

MOLINA, José Antonio Moreno. Reciente evolución del derecho comunitario de la contratación pública. El asunto C-214/2000. Comisión contra España. In: FELIÚ, José María Gimeno (Coord.). **Contratación de las Administraciones Públicas: análisis práctico de la nueva normativa sobre contratación pública**. Barcelona: Atelier, 2004, p. 17-36.

MOLINA, José Antonio Moreno; ALONSO, Alma Patricia Domínguez. El nuevo derecho de la Unión Europea sobre contratación pública. In: ACEVEDO, Rafael Fernández; FERNÁNDEZ, Patricia Valcárcel (directores). **La contratación pública a debate: presente y futuro**. Navarra: Civitas, 2014, p. 139-164.

MOLINA, José Antonio Moreno; ALONSO, Alma Patricia Domínguez. El nuevo derecho de la Unión Europea sobre contratación pública. In: ACEVEDO, Rafael Fernández; FERNÁNDEZ, Patricia Valcárcel (directores). **La contratación pública a debate: presente y futuro**. Navarra: Civitas, 2014, p. 139-164.

MOLINA, José Antonio Moreno; FELIÚ, José María. **La Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación (ORelSCon) como bóveda de la arquitectura de regulación y supervisión de la contratación pública**. Disponível em

<http://www.obcp.es/index.php/mod.opiniones/mem.detalle/id.489/chk.1a330c71b51664cf860f47dd98b87406>. Acesso em 14 de mai. de 2019.

MOLINA, José Antonio Moreno; SANTIAGO, Jaime Pintos. Aciertos, desaciertos y futuros de la LCSP. **Contratación Administrativa Práctica**, Madrid, n. 159, jan.2019, p. 06-11.

MONCADA, Luís S. Cabral de. 6. ed. **Direito Económico**. Lisboa: Coimbra Editora, 2012.

MONTANER, Luis Cosculluela; BENÍTEZ, Mariano López. **Derecho público económico**. 2. ed. Madrid: Justel, 2008.

MONTEIRO, Vera Cristina Caspari. **A caracterização do contrato de concessão após a edição da Lei n 11.079/2004**. Orientador: Prof. Dr. Fernando Dias Menezes. 2009. 226 f. Tese (Doutorado em Direito do Estado) – Faculdade de Direito, USP, 2009.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Competência concorrente limitada. Brasília. **Revista de Informação Legislativa**, ano 25, n. 100, out/dez 1988.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Direito regulatório: a alternativa participativa e flexível para a administração pública de relações setoriais complexas no estado democrático**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações do direito administrativo**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Novos institutos consensuais da ação administrativa. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, n. 231, p. 1029-156, jan./mar. 2003.

MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo. **Mutações do Direito Administrativo**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

MOREIRA, Egon Bockmann. Contratos públicos de longo prazo, mutações e segurança jurídica. In: ACEVEDO, Rafael Fernández; FERNÁNDEZ, Patricia Valcárcel (directores). **La contratación pública a debate: presente y futuro**. Navarra: Civitas, 2014, p. 511-524.

MOREIRA, Egon Bockmann. O Direito Administrativo Contemporâneo e Intervenção do Estado na Ordem Econômica. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n. 01, fevereiro, 2005. Disponível na internet: <http://www.direitodoestado.com.br>. Acesso em 14 de mai. de 2019.

MOREIRA, Egon Bockmann. **Processo Administrativo**. 2. ed. São Paulo: Malheiros,

2003.

MOREIRA, Rafael Martins Costa. **Direito Administrativo e sustentabilidade**. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

MORETTI, Débora Monteiro; UZIEL, Daniela; ROZENTAL, Renato. Inovação em produtos para saúde: uma experiência na visão do empreendedor. In: BRASIL, Ministério da Saúde. **Avanços e desafios no complexo industrial em produtos para saúde**. Brasília: Ministério da Saúde, 2017, p. 154-166.

MORICOCCHI, Luiz; GONÇALVES, José Sidnei. TEORIA DO DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO DE SCHUMPETER: UMA REVISÃO CRÍTICA. **Revista Informações Econômicas**, São Paulo, v. 24, n.8, ago. 1994, p. 27-35.

MORÓN Miguel Sánchez. **Derecho Administrativo (Parte general)**. 6. ed. Madrid: Tecnos, 2010.

MOTTA, Carlos Pinto Coelho. **Eficácia nas licitações e contratos**. 12. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

MOURA, Emerson Affonso da Costa. Estado gerencial, regulação econômica e serviços públicos – O papel das agências na promoção do desenvolvimento. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 14, n. 57, p. 193-217, jul./set. 2014.

MOUSSA, Simhon. **Inovação tecnológica, pesquisa e desenvolvimento**. São Paulo: Editora do Autor, 2012.

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

MUÑOZ, Jaime Rodríguez -Arana. Compliance y self-cleaning en la contratación pública europea. **Anuario da Faculdade de Direito da Universidade da Coruña**, v. 21, 2017, p. 277-299.

MUÑOZ, Jaime Rodríguez -Arana. Prefácio na obra de APONTE, William Iván et al. (Coord.). **Derecho Administrativo para el siglo XXI: hacia el garantismo normativo y la transparencia institucional**. Belo Horizonte : Fórum, 2018.

MUÑOZ, Jaime Rodríguez -Arana. La Directiva Europea de Contratación Pública y la lucha contra la corrupción. **Revista de Direito Econômico e Socioambiental**, Curitiba, v. 8, n. 1, p. 24-56, jan-abr. 2017.

MUÑOZ, Jaime Rodriguez-Arana. **Derecho administrativo y derechos sociales fundamentales**. Sevilla: Global Law Press Editorial Derecho Global/INAP, 2015.

MUÑOZ, Jaime Rodríguez-Arana. La contratación del sector público como política pública. In: GARCÍA, J. José Pernas (director). **Contratación pública estratégica**. Pamplona: Editorial Aranzadi, 2013, p. 31-44.

NARDES, Augusto. **Da governança à esperança**. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

NASCIMENTO NETO, José Osório do; BLANCHET, Luiz Alberto. O desenho institucional energético como desafio do direito administrativo para o desenvolvimento. In: BONAT, Alan Luiz; NASCIMENTO NETO, José Osório do; QUETES, Regeane Bransin (org.). **Políticas públicas e desenvolvimento**. Curitiba: Íthlala, 2016, p. 275-298.

NASCIMENTO, André Jansen do. Contratações públicas no âmbito da OMC: a política legislativa brasileira à luz do direito ao desenvolvimento. **Revista de Direito Internacional**, Brasília, v. 12, n. 2, p. 191-209.

NASCIMENTO, J. Nascimento; GONDO, Niske. **Concorrência Pública**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1969.

NASSER, Rabih Ali. **A OMC e os países em desenvolvimento**. São Paulo: Aduaneiras, 2003.

NEGÓCIOS PÚBLICOS. **Infográfico** – Informativo do Instituto Negócios Públicos – Compras Públicas. Curitiba: Negócios Públicos, 2014.

NEGÓCIOS PÚBLICOS. **Infográficos** – Informativo do Instituto Negócios Públicos sobre as Compras Públicas. Curitiba, 2016.

NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. **Poder, direito e estado**: o direito administrativo em tempos de globalização *in memoriam* de Marcos Juruena Villela Souto. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

NIEBUHR, Joel de Menezes. **Licitação pública e contrato administrativo**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

NIEBUHR, Joel de Menezes. Mudança nas licitações. **Revista Colunistas do Direito do Estado**, ano 2015, número 17.

NIEBUHR, Joel Menezes. Margem de preferência para a produção nacional em licitação pública – repercussões da medida provisória n. 495/2010. **Revista Zênite de Licitações e Contratos**, Curitiba, n. 198, ago.2010.

NÓBREGA, Marcos. Uma nova lei de licitações. **Revista Colunistas do Direito do Estado**, ano 2016, número 314.

NOHARA, Irene, MARRARA, Thiago. **Processo Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2009.

NOHARA, Irene. **Direito Administrativo**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

NORBERG, Johan. **Progresso**. Trad. Alessandra Bonruquer. Rio de Janeiro: Record, 2017.

NUSDEO, Fábio. Desenvolvimento econômico – um retrospecto e algumas perspectivas. *In*: SALOMÃO FILHO, Calixto. **Regulação e desenvolvimento**. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 11-24.

OCDE, Organização de Cooperação e de Desenvolvimento Econômico. **OCDE Definición Marco de Inversión Extranjera Directa**. 4. ed. (Paris): OCDE, 2008.

OCDE, Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico. **Recomendación del Consejo sobre Contratación Pública**. Paris: OCDE, 2015.

OCDE, Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico; EUROSTAT. **Manual de Oslo**: Diretrizes para a Coleta e Interpretação de Dados sobre Inovação. 3. ed. Brasília: OCDE, EUROSTAT e FINEP, 2007.

OFFE, Claus. **Contradicciones en el Estado del Bienestar**. Trad. Antônio Escohotado. Alianza Editorial, 1990.

OLIVEIRA, Fabrício de Souza; SAMPAIO, Kelly Cristine Baião. Lei de Inovações

tecnológicas: a relação entre direito e economia legislativa da propriedade intelectual. *In*: KEMPFER, Marlene e outros. **Direito e inovação: estudos críticos sobre Estado, empresa e sociedade**. Juiz de Fora: Editora UFJF, 2013, p. 283-297.

OLIVEIRA, Gustavo Justino de. **Direito Administrativo Democrático**. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

OLIVEIRA, Gustavo Justino de. Direito ao desenvolvimento na Constituição Brasileira de 1988. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**. Belo Horizonte, ano 3, n. 11, p. 145-162, jul./set. 2005.

OLIVEIRA, Gustavo Justino de. Gestão privada de recursos públicos para fins públicos: o modelo das OSCIP. *In*: OLIVEIRA, Gustavo Justino de (coord). **Terceiro setor, empresas e estado: novas fronteiras entre o público e o privado**. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 213-259.

OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. **Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no Direito Administrativo Brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2006.

OLIVEIRA, Michel Ângelo Constantino de; MENDES, Dany Rafael Fonseca; PINHEIRO, Adalberto Amorim; COSTA, Luma Cordeiro. Microempresas e Empresas de Pequeno Porte (ME/EPP) de Brasília: uma abordagem econométrica. **Revista de Administração da Fatea**, v. 10, n. 10, p. 6-141, jan./jun., 2015, p. 39-52.

OLIVEIRA, Régis Fernandes de HORVATH, Estevão; e TAMBASCO, Teresa Cristina Castrucci. **Manual de Direito Financeiro**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1990.

ONU, Organização das Nações Unidas. **Roteiro para a Localização dos Objetivos do Desenvolvimento Sustentável: Implementação e Acompanhamento no nível subnacional**. 2016: p. 13-16. Disponível em <https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2017/06/Roteiro-para-a-Localizacao-dos-ODS.pdf>.

OTERO, Paulo. **Manual de Direito Administrativo**. Vol. I. Coimbra: Almedina, 2013.

PALMA, Juliana Bonacorsi de. **Sanção e acordo na administração pública**. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 100.

PAMPLONA, Danielle Anne. **O Supremo Tribunal Federal e a decisão de questões políticas: a postura do Juiz**. Curitiba: Juruá, 2011.

PANIAGUA, Enrique Linde. Gobernanza del sistema español de ciencia, tecnología e innovación. *In*: VELÁZQUEZ, Antonio Calonge (dir.). **Ciencia, tecnología e innovación: nuevo régimen jurídico**. Granada: Editorial Comares, 2013, p. 21-40.

PARADA, Ramón. **Derecho administrativo I**. Parte General. 15. ed. Madrid: Marcial Pons, 2004.

PASCUAL, Gabriel Domínech. Por qué y como hacer análisis económico del derecho. **Revista de Administración Pública**, Madrid, n. 195, sep./dic. 2014, p. 99-133.

PASTOR, Juan Alfonso Santamaría. **Princípios de Direito Administrativo Geral II**. 2 ed. Madrid: Justel, 2009.

PASTOR, Juan Alfonso Santamaría. **Princípios de Direito Administrativo Geral I**. 2 ed. Madrid: Justel, 2009.

PAVAN, Crodowaldo; VIEGAS, João Alexandre. **Constituinte, Ciência e Tecnologia**. São Paulo: Editora Hamburg, 1986.

PAZ, Jorge García. Las compras verdes, una práctica sustentable y ecológica: posibilidad de su aplicación en el Perú. **Revista Contabilidad y Negocios**, Lima, vol. 4, número 7, jul.2009, p. 39-52.

PÉRCIO, Gabriel Verona. **Contratos Administrativos**: Manual para Gestores e Fiscais. Curitiba: Juruá, 2015.

PERCIO, Gabriela Verona; RAMS, Flávio. Preferência para produtos manufaturados e serviços nacionais em licitações: análise crítica à luz do desenvolvimento nacional sustentável. **Revista Zênite – Informativo de Licitações e Contratos**, Curitiba, n. 215, p. 52-62, jan.2012.

PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres e DOTTI, Marines Restelatto. **Convênios e outros instrumento de administração consensual na gestão pública do século XXI**. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. A tecnologia na atividade contratual do Estado. In FREITAS, Rafael Vêras de; RIBEIRO, Leonardo Coelho; FEIGELSON, Bruno (coord.). **Regulação e novas tecnologias**. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 269-298.

PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. **Comentários à Lei das Licitações e Contratações da Administração Pública**. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. Prefácio na obra de EMERY, Emerson Baldotto. **Desenvolvimento sustentável**: princípio da eficiência em procedimentos licitatórios. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres; DOTTI, Marinês Restelatto. Licitações e contratações entre empresas dos Estados do Mercosul. **Revista Consultor Jurídico**, 21. Jan 2018.

PEREIRA JÚNIOR, Jessé; HEINEN, Juliano; DOTTI, Marinês Restelatto; MAFFINI, Rafael. **Comentários à Lei das Empresas Estatais**. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

PEREIRA, César. A CISG (Convenção de Viena de 1980) e as licitações para compras internacionais. **Revista de Interesse Público**, ano 16, n. 86, p.111-122. Jul/ago 2014.

PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. **Desenvolvimento e crise no Brasil**. 7. ed. Brasília: Editora Brasiliense, 1977.

PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. **Em busca do desenvolvimento perdido**. Rio de Janeiro: FGV, 2018.

PEREZ, Jesús Gonzalez. **El principio general de la buena fe en el derecho administrativo**. 5. ed. Navarra: Editorial Aranzadi, 2009.

PÉREZ, Jesús Gonzalez. **La ética en la Administración Pública**. 2. ed. Madrid: Civitas Ediciones, 2000.

PÉREZ, Jorge Enrique Romero. **Contratación Electrónica Pública**. San José: ISOLMA, 2017.

PESTANA, Marcio. **Licitações públicas no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2013.

PETHECHUST, Eloi; RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. **Perspectivas para as empresas**

estatais no Brasil: propostas para um estatuto jurídico. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 15, n. 62, p. 99-121, out./dez. 2015.

PINHEIRO FILHO, Francisco Renato Codevila. Teoria da agência: problema agente-principal. In: RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; KLEIN, Vinicius (Coord.). **O que é análise econômica do direito**: uma introdução. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 97-109.

PINTO, Luzia Marques da Silva Cabral. **Os limites do poder constituinte e a legitimidade material da Constituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 1994.

PORTOCARRERO, Marta. **Contratos sobre o exercício de poderes públicos, transação e arbitragem**: ensaio sobre disponibilidade e indisponibilidade do poder administrativo. Porto: Universidade Católica – Editora Porto, 2015.

PROCOPIUK, Mario. **Políticas Públicas e fundamentos da Administração Pública**. São Paulo: Atlas, 2013.

PROGRAMA DAS NAÇÕES UNIDAS PARA O DESENVOLVIMENTO. **Valores e Desenvolvimento Humano 2010**. Brasília: 2010.

PUIGPELAT, Oriol Mir. **Globalización, Estado y Derecho**. Las transformaciones del Derecho Administrativo. Madrid: Civitas Ediciones, 2004.

QIAO, Y.; THAI, K. V.; CUMMINGS, G. State and Local Procurement Preferences: A Survey. **Journal of Public Procurement**, n. 9, 2009, p. 371-410.

QUADROS, Fausto de. **A nova dimensão do Direito Administrativo**. Coimbra: Almedina, 2001.

REAL FERRER, Gabriel. Sostenibilidad, transnacionalidad y transformaciones del derecho. **Revista de Derecho Ambiental**, Buenos Aires, n. 32, p. 65-83, oct./dic.2002.

REIS et al. 2006. Trabalho oral apresentado: “**O empreendedorismo no âmbito das associações rurais de incentivo governamental**”, 48º Congresso da Sociedade Brasileira de Economia e Administração e Sociologia Rural, Cynthia Marise Dos Santos Mattosinho; Poliana Pionório Freire; Michelle Caroline Varjão De Carvalho. Fasete, Paulo Afonso, 25 a 28 de julho de 2010.

REIS, Luciano Elias. (Des)esperança no marco regulatório de contratações públicas: viver o presente e aplicar as normas existentes ou imaginar que a solução vem com novas normas. **Cadernos Jurídicos da OABPR**, Curitiba, p. 55 - 56, 26. mai. 2017

REIS, Luciano Elias. As políticas públicas de quotas raciais no Brasil: necessidade, desafios e resultados. **Revista Juris Plenum Direito Administrativo**, v. 1, p. 499-554, 2017.

REIS, Luciano Elias. Inovações legislativas nas contratações administrativas para a implementação da responsabilidade socioambiental por intermédio do fomento da pesquisa científica e tecnológica. In: DOTTA, Alexandre Godoy; HACHEM, Daniel Wunder, REIS, Luciano Elias. (Organizadores). **Anais do I Seminário Ítalo-Brasileiro em Inovações Regulatórias em Direitos fundamentais, Desenvolvimento e Sustentabilidade e VI Evento de Iniciação Científica UniBrasil 2001**, Curitiba, p. 115-146.

REIS, Luciano Elias. O problema chamado pesquisa de mercado e a recente Instrução Normativa SLTI/MPOG n. 05/2014. **Revista JML de Licitações e Contratos**, v. VIII, p. 17-26, 2014.

REIS, Luciano Elias. Revogação da licitação pública: aspectos conceituais, procedimentais e de controle judicial. **Revista Juris Plenum Direito Administrativo**, v. 1, p. 63-92, 2016.

REIS, Luciano Elias; CHIESORIN JÚNIOR, Laerzio. **Lei das Empresas Estatais: responsabilidade empresarial e o impacto para o desenvolvimento econômico nacional**. Curitiba: OAB-PR, 2017.

REIS, Paulo Sérgio de Monteiro. **Obras Públicas: Manual de Planejamento Contratação e Fiscalização**. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

REZEK, Francisco. **Direito Internacional Público: curso elementar**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

RIANI, Flávio. **Economia no setor público**. 2. Ed. São Paulo: Atlas, 1994.

RIBEIRO, Marcelo Miranda; GONÇALVES, Oksandro. Tributação e desenvolvimento regional: uma análise econômica dos benefícios fiscais concedidos para empresas instaladas na Zona Franca de Manaus e a guerra fiscal entre estados. **Revista Pensar (UNIFOR)**, v. 20, p. 376-429, 2015.

RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; BARROS, Marcelle Franco Espíndola. Contratos de transferência de tecnologia: custos de transação versus desenvolvimento. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 51, n. 204, p. 43-66 out./dez.2014.

RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; GALESKI JÚNIOR, Irineu. **Teoria Geral dos Contratos**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

RIGOLIN, Ivan Barbosa Lei das licitações é novamente alterada. **Revista Zênite de Licitações e Contratos** nº 199, Curitiba, set.2010.

RIKER, Jamarian Cota; JORDÃO, Jorge Luiz; FONSECA, Norma Cristina da Silva; RIBEIRO, Rizelda de Souza; SOUZA, Arnaldo Donisete de. Zona Franca de Manaus: Avaliação dos fatores e atratividade de investimentos do subpolo de duas rodas em Manaus. **Revista Eletrônica Mutações**. Jan-jun. 2006, p. 67-88.

RISTER, Carla Abrantkoski. **Direito ao desenvolvimento: antecedentes, significados e consequências**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

RIVERO, Jean. **Direito Administrativo**. Trad. Dr. Rogério Ehrhardt Soares. Coimbra: Livraria Almedina, 1981.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Princípios constitucionais do processo administrativo brasileiro. **Revista de direito administrativo**, v. 209, p. 189-222, jul.set.1997.

ROCHA, Glauter; RAUEN, André. **Mais desoneração, mais inovação? uma avaliação da recente estratégia brasileira de intensificação dos incentivos fiscais a pesquisa e desenvolvimento** - Texto para discussão. Brasília : Rio de Janeiro : Ipea - Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, 2018.

ROCHA, Katia; MOREIRA, Ajax; FIUZA, Gabriel. **Instituições e investimentos privados em infraestrutura nas economias emergentes**. Texto para discussão / Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada.- Brasília: Rio de Janeiro: Ipea , 2018.

ROCHA, Silvio Luís Ferreira da. Princípios contemporâneos do contrato administrativo. In: ROCHA, Silvio Luís Ferreira da (org.). **O contrato administrativo e os princípios da boa-fé, justiça contratual e função social do contrato**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 01-30.

ROCHA, Silvio Luis Ferreira da. **Terceiro Setor**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

RODRIGUES, Nuno Cunha. **A contratação pública como instrumento de política econômica**. Coimbra: Almedina, 2015.

RODRIGUES, Nuno Cunha. O princípio da concorrência nas novas diretivas sobre contratação pública. **Revista da Concorrência e Regulação**, Lisboa, n. 19, jul.set./2014, p. 213-224.

ROJAS, Marco Antonio Merchand. Las teorías del desarrollo y las estrategias de política económica regional en las economías periféricas. In: ETGES, Virginia Elisabeta; AREND, Silvio Cezar (org.). **CEPAL: leituras sobre o desenvolvimento latino-americano**. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2012, p. 38-75.

ROPPO, Enzo. **O Contrato**. Trad. Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 2009.

ROSSETTI, Suzana M. **Processos de contratação pública e desenvolvimento sustentável**. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

ROSSI, Juliano Scherner. **Compensações tecnológicas (offset): sefreto empresarial e transferência internacional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

ROTHBARD, Murray. **Ciência, tecnologia e governo**. Trad. Giovanna Louise Libralon. Campinas: Vide Editorial, 2017.

RTVE. **Los más ricos aumentaron su fortuna durante la crisis**: en 2008, el 44% de la riqueza de España estaba en sus manos y en 2014, el 53%. 28.mai.2018. Disponível em <http://www.rtve.es/noticias/20180528/mas-ricos-aumentaron-su-fortuna-durante-crisis-2008-44-riqueza-espana-estaba-manos-2014-53/1741389.shtml>.

SACHS, Ignacy. **Desenvolvimento: includente, sustentável, sustentado**. Rio de Janeiro: Garamond, 2008.

SÁENZ, Bernabé Palacín. Las cláusulas de responsabilidad social en la contratación pública local. In: ACUÑA, Concepción Campos. **La nueva contratación pública en el ámbito local**. Madrid: Wolters Kluwer, 2018, p. 313-351.

SALOMÃO FILHO, Calixto. Regulação e desenvolvimento. In: SALOMÃO FILHO, Calixto. **Regulação e desenvolvimento**. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 29-64.

SÁNCHEZ, Ana Marín. El papel estratégico de las administraciones públicas en la innovación y la sostenibilidad ambiental: compra pública verde e innovadora. **Revista Universitaria Europea**, n. 30, enero-junio, 2019, p. p. 177-202.

SANTANA, Jair e GUIMARÃES, Edgar. **Licitações e o novo estatuto da pequena e microempresa: reflexos práticos da LC nº 123/2006**. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

SANTANA, Jair; CAMARÃO, Tatiana; CHRISPIM, Anna Carla Duarte. **Termo de referência**. 5. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

SANTIAGO, Jaime Pintos. El derecho de la contratación pública de la unión europea. In: ACUÑA, Concepción Campos. **La nueva contratación pública en el ámbito**

local. Madrid: Wolters Kluwer, 2018, p. 43-81.

SANTOS, Adriana B. A. dos; FAZION, Cíntia B.; MEROE, Giuliano P. S de. Inovação: um estudo sobre a evolução do conceito de Schumpeter. **Revista Caderno de Administração da PUC-SP**, v. 5, n. 1, 2011, (p.?).

SANTOS, Franklin Brasil; SOUZA, Kleberon Roberto de. **Como combater a corrupção em licitações**. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

SANTOS, José Anacleto Abduch. **Contratos administrativos**. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

SANTOS, Nivaldo dos; ROMEIRO, Viviane. Estratégias competitivas e capacitação tecnológica no Brasil: paradigmas técnico-econômicos. In: TAVARES NETO, José Querino e outros. **Estado, empresa e desenvolvimento econômico**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008, p. 479-509.

SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. **A participação popular na Administração Pública: o direito de reclamação**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. **Fomento: Administração Pública, Direitos Fundamentais e Desenvolvimento**. Curitiba: Íthala, 2019.

SCHIER, Adriana **Serviço Público: garantia fundamental e cláusula de proibição de retrocesso social**. Curitiba: Íthala, 2016.

SCHUMPETER, Joseph A. **Capitalismo, Socialismo e Democracia**. Trad. Ruy Jungman. Rio de Janeiro: Editora Fundo de Cultura, 1961.

SCHUMPETER, Joseph A. **Teoria do Desenvolvimento Econômico: uma investigação sobre lucros, capital, crédito, juro e o ciclo econômico**. Trad. Maria Sílvia Possas. São Paulo: Abril Cultural, 1982.

SCHWENZER, Ingeborg; PEREIRA, César A. Guimarães; TRIPODI, Leandro. **A CISG e o Brasil: Convenção das Nações Unidas para os contratos de compra e venda internacional de mercadorias**. São Paulo: Marcial Pons: Curitiba: Federação das Indústrias do Estado do Paraná, 2015.

SCHWIND, Rafael Wallbach. **Licitações internacionais**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

SECCHI, Leonardo. **Análise de políticas públicas: diagnóstico de problemas, recomendação de soluções**. São Paulo: CENCAGE Learning, 2017.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. Trad. Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

SERRANO, Pablo Jiménez. **Interpretação jurídica**. São Paulo: Desafio Cultural, 2002.

SICSÚ, Abraham Banzaquen. Desenvolvimento e padrões de financiamento de inovação no Brasil: mudanças necessárias. In: PROENÇA, Adriano e outros (org.). **Gestão da inovação e competitividade no Brasil**. Porto Alegre: Bookman Editora, 2015, p. 01-16.

SILVA, Almiro do Couto e. Notas sobre o conceito de ato administrativo. In: SOUTO, Marcos Juruena Villela e OSÓRIO, Fábio Medina (coord). **Direito administrativo – estudos em homenagem a Diogo de Figueiredo Moreira Neto**. Rio de Janeiro: Lumen

Júris, 2006. p. 271-292.

SILVA, Christian Luiz da. Proposta de um modelo de monitoramento e avaliação do desenvolvimento sustentável. In: SILVA, Christian Luiz da (org.). **Desenvolvimento sustentável: um modelo analítico integrado e adaptativo**. Petrópolis: Vozes, 2006, p. 15-28.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

SILVA, José Afonso da. **Poder Constituinte e Poder Popular**. São Paulo: Malheiros, 2007.

SILVA, Vasco Pereira da. **Em busca do acto administrativo perdido**. Coimbra: Almeida, 1998.

SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais**, n. 798, 2002, p. 23-50.

SILVEIRA, Paulo A. Caliendo Velloso da. **Direito tributário e análise econômica do direito: uma visão crítica**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

SIMÃO, Angelo Guimarães; SILVA, Christian Luiz da; SILVA, Heloísa de Puppi e; CASTANHEIRA, Maria Auxiliadora Villar Castanheira; JUREC, Paulo Sérgio Sant'Anna; WIENS, Simone. Indicadores, políticas públicas e a sustentabilidade. In: SILVA, Christian Luiz da; LIMA, José Edmilson de Souza. **Políticas públicas e indicadores para o desenvolvimento sustentável**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 35-54.

SION, Daniel Phillip. Direito, política e economia: o papel do Estado no incentivo à tecnologia. In: SILVA, Claudia Sayuri Shigekiyo Miranda; COSTA, Larissa Trindade; SILVA, Magno Israel Miranda. **Direito, política e economia**. Lisboa: Assunto Sábio, 2019, p. 131-165.

SMELSER, J Neil; SWEDBERG, Richard. Introducing Economic Sociology. In: SMELSER, Neil J; SWEDBERG, Richard. **The handbook of economic sociology**. 2. ed. New Jersey: BRITISH LIBRARY, p. 03-25.

SOUTO, Marcos Juruena Vilela. **Direito Administrativo das Parcerias**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

SOUTO, Marcos Juruena Vilela. **Tópicos de licitações**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999.

SOUZA, Celina. Políticas públicas: uma revisão da literatura. **Sociologias**, Porto Alegre, ano 08, nº 16, jul/dez 2006, p. 20-45.

SPIEGEL, Ludwig. **Derecho Administrativo**. Trad. Francisco J. Condes. Colección Labor. Barcelona – Buenos Aires: Editorial Labor, 1933.

SPP REGIONS – Regional Networks for Sustainable Procurement. **Life Cycle Costing State of the art report**. (Bruxelas): ICLEI – Local Governments for Sustainability, 2017.

SSENNOGA, Francis. Examining Discriminatory Procurement Practices In Developing Countries. **Journal of Public Procurement**, volume 6, Issue 3, 2006, p. 218-249.

STARKE, Felipe; RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. Eficiência e concentração

empresarial: o caso do setor de bebidas frias. In: Giovani Clark, Paulo Ricardo Opuszka, Maria Stela Campos da Silva. (Org.). **Direito e Economia**. 1ed. Florianópolis: CONPEDI, 2014, v. I, p. 225-251.

STEINER, Marc. O Acordo de Compras Governamentais da OMC: avaliando o escopo para compras verdes. **Revista Pontes**, volume 11, número 10, dezembro de 2015, Disponível em <https://www.ictsd.org/bridges-news/pontes/news/o-acordo-de-compras-governamentais-da-omc-avaliando-o-escopo-para-compras>. Acesso em 08 de mai. de 2019.

STIGLITZ, Joseph. **O mundo em queda livre**: os Estados Unidos, o mercado livre e o naufrágio da economia mundial. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

STN, Secretaria do Tesouro Nacional. **Manual de Contabilidade Aplicada ao Setor Público**. 7. ed. Brasília: STN, 2017.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

STUMM, Raquel Denize. **Princípio da proporcionalidade no direito constitucional brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Contratações Públicas e seu Controle**. São Paulo: Malheiros, 2013.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito Administrativo Ordenador**. São Paulo: Malheiros, 2003.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito Administrativo para céticos**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

SUNDFELD, Carlos Ari. Sistema constitucional das competências. **Revista Trimestral de Direito Público**, n. 01, 1993, p. 272-281.

SUORDEM, Fernando Paulo da Silva. **O princípio da separação de poderes e os novos movimentos sociais**. Coimbra: Livraria Almedina, 1995.

TÁCITO, Caio. Transformações do direito administrativo. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, n. 214, p. 27-34, out-dez, 1998.

TANAKA, Sônia Yuriko Kanashiro. **Concepção dos contratos administrativos**. São Paulo: Malheiros, 2007.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2002.

TAVARES, Marco Aurélio Romagnoli. **Ativismo judicial e políticas públicas**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2011.

TÁVORA, Fabiano. **Direito Internacional Público**. São Paulo: Saraiva, 2016.

THALER, Richard H.; SUNSTEIN, Cass R. **Nudge**. Trad. Ângelo Lessa. São Paulo: Objetiva, 2018.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **O contrato e sua função social**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

THIRY-CHERQUES, Hermano Roberto. Pierre Bourdieu: a teoria na prática. **Revista de Administração Pública**, Rio de Janeiro, v. 40, nº 01, p. 27-53, jan-fev. 2006.

THOMÉ, Valmir Alberto. **Inovar**: a arte das organizações em superar as expectativas.

Curitiba: Juruá, 2019.

THORSTENSEN, Vera. A OMC – Organização Mundial do Comércio e as negociações sobre investimentos estrangeiros. **Revista Brasileira de Política Internacional**, Brasília, v. 41, jan./jun .1998, p. 57-89.

TOLOSA FILHO, Benedicto de. Os efeitos da MP 495/2010 nas contratações públicas. **Revista Zênite de Licitações e Contratos**, Curitiba, n. 202, dez./2010.

TORRES, Ronny Charles Lopes de. **Leis de Licitações Públicas Comentadas**. 10. ed. Salvador: Jus Podium, 2019.

TOSCAS, Fotini Santos; NASCIMENTO, Marco Aurelio Carvalho. O Ministério da Saúde como indutor da inovação em dispositivos e materiais para saúde. In: BRASIL, Ministério da Saúde. **Avanços e desafios no complexo industrial em produtos para saúde**. Brasília: Ministério da Saúde, 2017.

TSCHUMI, André Vinicius. Políticas de desenvolvimento regional. In: BARRAL, Welber (org.). **Direto e desenvolvimento: análise da ordem jurídica brasileira sob a ótica do desenvolvimento**. São Paulo: Editora Singular, 2005, p. 143-165.

UMAÑA, Iván Darío Hernández. **Empresa, Innovación & desarrollo**. Bogotá: Universidade Nacional de Colombia, 2008.

UNIÃO EUROPEIA. **Comisión Europea. Guía del usuario sobre la definición del concepto de pyme**. Luxemburgo: Unión Europea, 2015.

UNIÓN EUROPEA. **Guide on Dealing with Inovatio Solutions in Public Procurement**. 10 Elements of Good Practice. Commission Staff working document SEC. (Bruxelas): UE, 2007.

UNIÓN EUROPEIA. **Adquisiciones ecológicas Manual sobre la contratación pública ecológica**. 3. ed. Luxemburgo: Oficina de Publicaciones de la Unión Europea, 2016 (disponível: http://ec.europa.eu/environment/gpp/pdf/handbook_2016_es.pdf).

VALIM, Rafael. **O princípio da segurança jurídica no direito administrativo brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2010.

VALLE, Vivian Cristina Lima López. **Contratos administrativos e um novo regime jurídico de prerrogativas contratuais na Administração Pública Contemporânea: da unilateralidade ao consenso e do consenso à unilateralidade na relação contratual brasileira (tese de doutorado)**. Universidade Ferial do Paraná, 2017, Orientador: Prof. Dr. Clémerson Merlin Cléve, (265 f.).

VARELLA, Marcelo D. **Direito Internacional Público**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

VARESCHINI, Julieta Mendes Lopes. **O controle da discricionariedade administrativa no contexto da constitucionalização do direito brasileiro: uma leitura desde a hermenêutica filosófica**. Orientador Prof. Dr. Marco Aurélio Marrafon. Curitiba, 2010, 191 f. Dissertação (Mestrado em Direito), Faculdades do Brasil (UniBrasil).

VEDEL, Georges. **Derecho Administrativo**. Trad. Juan Rincon Jurado. Madrid: Aguilar, 1980.

VEDUNG, Evert. **Evaluación de políticas públicas y programas**. Madrid: Ministerio

de Trabajo y Asuntos Sociales. 1997.

VEIGA, José Eli. **A emergência socioambiental**. São Paulo: Editora Senac, 2007.

VELAZCO, Recaredo Fernandez de. **Los contratos administrativos**. 2. ed. Madrid: Institutos de Estudios de Administración, 1945.

VELLOSO, João Paulo dos Reis. Novo modelo de desenvolvimento para o Brasil. *In*: VELLOSO, João Paulo dos Reis (org.). **Desenvolvimento, tecnologia e governabilidade**. São Paulo: Nobel, 1994, p. 17-60.

VERA, José Bermejo. **Derecho administrativo (parte especial)**. 6. ed. Navarra: Editorial Arazandi (Thomson Civitas), 2005.

VERAS, Rafael. A função regulatória das licitações em projetos de infraestrutura: quanto custa? **Revista Colunistas do Direito do Estado**, ano 2018, número 386.

VERAS, Rafael. As novas tecnologias e o Direito Administrativo Global. **Revista Colunistas do Direito do Estado**, ano 2016, número 129.

VIANA, Ana Luiza. Abordagens metodológicas em políticas públicas. **Revista de Administração Pública**, Rio de Janeiro, FGV, v. 30, n. 02, mar.abr.1996, p. 05-43.

VIANA, Cláudia. A globalização da contratação pública e o quadro jurídico internacional. *In*: **Estudos de Contratação Pública da Faculdade de Direito de Coimbra**. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 23-49.

VIEIRA, André Luís; ÁLVARES, João Gabriel. **Acordos de compensação tecnológica (offset)**: Teoria e prática na experiência brasileira. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

VIEIRA, Eduardo Rolim de Pontes. **A versão revisada do Acordo de Compras Públicas da OMC: uma oportunidade?** Disponível no site <https://economiadeservicos.com/2017/06/01/a-versao-revisada-do-acordo-de-compras-publicas-da-omc-uma-oportunidade/>. Acesso em 08 de mai. de 2019.

VILLAC, Teresa. Licitações sustentáveis e hermenêutica jurídica. *In*: VILLAC, Teresa; BLIACHERIS, Marcos Weiss; SOUZA, Lilian Castro de (coord.). **Panorama de licitações sustentáveis: direito e gestão pública**. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 65-79.

VILLAC, Tereza; BLIACHERIS; Marcos Weiss; SOUZA, Lilian Castro (org.). **Panorama de licitações sustentáveis: Direito e Gestão Pública**. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

VILLANUEVA, Luis F. Aguilar. **Gobernanza e gestión pública**. México: FCE, 2006.

VITTA, Heraldo Garcia. **Aspectos fundamentais da licitação**. São Paulo: Malheiros, 2015.

VIVES, Francesc Vallès. **El control externo del gasto público: configuración y garantía constitucional**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003.

WEIL, Prosper. **Derecho administrativo**. Trad. Luis Rodríguez Zúñiga. Madrid: Editorial Civitas, 1994.

WINTER, Luís Alexandre Carta; HASTREITER, Michele Alessandra. O Acordo Trims e o Programa “Inovar Auto”: Medidas de investimentos no setor automotivo proibidas

pela OMC. **Revista Jurídica UNICURITIBA**, v. 04, n. 37, 2014, p. 443-479.

WINTER, Luís Alexandre Carta; WACHOWICZ, Marcos. Estado: Construção de uma identidade. In: **XVI Congresso Nacional do Conpedi**, 2007, Belo Horizonte. Anais do XVI Congresso Nacional do Conpedi. Florianópolis: Boiteux, 2007. p. 873-897.

ZANCANER, Weida. Inaplicabilidade do Dec.-lei 2.300/86 a Estados e Municípios. **Revista de Direito Público**, vol. 82, São Paulo, Malheiros, abr-jun. 1987, p. 167-173.

ZARDO, Francisco. **Infrações e sanções em licitações e contratos administrativos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

ZINI JÚNIOR, Álvaro Antônio. O Acordo sobre Compras Governamentais da Organização Mundial do Comércio e a Economia Brasileira. **Revista Estado Economia**. São Paulo, v. 28, n. 2, p. 181-198, abr. jun. 1998.