



UNIVERSIDADE FEDERAL DE SERGIPE
PRÓ-REITORIA DE PÓS-GRADUAÇÃO E PESQUISA
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
MESTRADO EM DIREITO

STEPHANE GONÇALVES LOUREIRO PEREIRA

AS EMPRESAS E A NOVA LEI DE LICITAÇÕES: DA PRIORIDADE NA
TRAMITAÇÃO DAS AÇÕES AO *E-MARKETPLACE* GOVERNAMENTAL

São Cristóvão/SE
2022



UNIVERSIDADE FEDERAL DE SERGIPE
PRÓ-REITORIA DE PÓS-GRADUAÇÃO E PESQUISA
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
MESTRADO EM DIREITO

STEPHANE GONÇALVES LOUREIRO PEREIRA

AS EMPRESAS E A NOVA LEI DE LICITAÇÕES: DA PRIORIDADE NA
TRAMITAÇÃO DAS AÇÕES AO *E-MARKETPLACE* GOVERNAMENTAL

Dissertação apresentada ao Curso de Pós-Graduação *stricto sensu* em Direito da Universidade Federal de Sergipe, exigida como requisito para a obtenção do grau de Mestre em Direito. Área de Concentração: Constitucionalização do Direito. Linha de Pesquisa: Eficácia dos direitos fundamentais e seus reflexos nas relações sociais e empresariais.

Orientador: Prof. Dr. Pedro Durão
Coorientador: Prof. Dr. Jadson Correia de Oliveira

São Cristóvão/SE
2022

PEREIRA, Stephane Gonçalves Loureiro.

As empresas e a Nova Lei de Licitações: da prioridade na tramitação das ações ao *e-marketplace* governamental / Stephane Gonçalves Loureira Pereira. São Cristóvão, 2022. V. 781, 104 fl.

Dissertação de conclusão de Mestrado (Programa de Pós-graduação em Direito-PRODIR) - Universidade Federal de Sergipe.

Orientador: Prof. Dr. Pedro Durão

Coorientador: Prof. Dr. Jadson Correia de Oliveira

Incluir referências:

1.Direito Empresarial 2. Direito Constitucional. 3 Licitações Públicas. As empresas na Nova Lei de Licitações e seus mandamentos constitucionais de otimização: da prioridade na tramitação das ações ao *e-marketplace* governamental II. Durão Pedro III. Universidade Federal de Sergipe

STEPHANE GONÇALVES LOUREIRO PEREIRA

AS EMPRESAS E A NOVA LEI DE LICITAÇÕES: DA PRIORIDADE NA
TRAMITAÇÃO DAS AÇÕES AO *E-MARKETPLACE* GOVERNAMENTAL

Dissertação apresentada ao programa de Pós-Graduação em Direito (PRODIR), da Universidade Federal de Sergipe, como parte dos requisitos para a obtenção do título de Mestre em Direito. Esta dissertação foi julgada e assinada pela comissão abaixo em: ____/____/2022.

BANCA EXAMINADORA

Professor Dr. Pedro Durão
Presidente

Professor Dr. Jadson Correia de Oliveira
Membro Interno

Professora Dra. Clara Angélica Gonçalves Cavalcanti Dias
Membro Interno

Professor Dr. Kleidson Nascimento dos Santos
Membro Externo

São Cristóvão/SE
2022

AGRADECIMENTOS

Dissera com grande propriedade o Apóstolo dos Gentios, Paulo de Tarso, na célebre Epístola aos Romanos 8:28, ao vaticinar que *“todas as coisas concorrem para o bem daqueles que amam a Deus, dos que foram chamados de acordo com o Seu propósito.”* E assim, como alguém que refaz sua própria trajetória, seduzida pela esperança de descortinar distintos horizontes, atendi ao potente chamado acadêmico com o intuito de fazer do magistério jurídico, num futuro próximo, um novo caminho.

Fui calejada pelos escolhos, vitórias e decepções do trajeto já traçado em dez anos de militância advocatícia, ansiando renovar dentro de mim a mesma antiga chama, o desejo de fazer dos próprios passos relevante contribuição aos que também convivem e comungam do objetivo quase desesperado pela transformação social e moral da humanidade. Armada apenas e tão somente das melhores e mais sinceras intenções, reencontrei na pesquisa científica, nos bancos universitários, o reavivamento de sonhos que restavam, por alagado período, olvidados nas profundas gavetas da memória.

Fui, como a criança cambaleante em seus primeiros passos e, ao mesmo tempo, como a adulta ciente da própria ignorância, diante de tantas outras teorias e ideias que por mim de início, eram completamente desconhecidas. E, no transcurso dessa nova jornada de descoberta intelectual, sou imensamente grata aos amigos conquistados – parceiros nos desafios do mestrado – que tanto auxiliaram-me nos momentos de dúvidas e incertezas, muitas vezes mútuas, bem como aos alunos da graduação que, no desafio diário da missão docente, permitiram que no processo de compartilhamento de saberes, talvez, eu mesma tenha sido a maior beneficiária.

Dedico também meus mais sinceros agradecimentos ao corpo docente do Programa de Pós-Graduação da Universidade Federal de Sergipe que, por meio de seus valorosos esforços e assíduas cobranças, permitiram que minhas próprias ideias e reflexões fossem compartilhadas e debatidas em sala de aula.

Registro, igualmente, aos meus avós, Delmira de Sousa Gonçalves e José Bezerra Gonçalves, a minha eterna e imensurável gratidão pelas palavras de afeto e incentivo que em todos os momentos, sem falta, estiveram presentes em nossas agradáveis conversas, cujo carinho é e será sempre, uma das mais belas memórias que guardo, na intimidade do espírito, da vida em família. Agradeço do mesmo modo o apoio incondicional de minha mãe Maria

Lúcia de Sousa Gonçalves, pelo incentivo irrestrito e profundo, ao longo desses trinta e cinco anos de vida.

Meu sincero agradecimento dedico também ao Professor Dr. Pedro Durão, pela alegria da jornada em comum e as grandes lições que a sua experiência dividiu para comigo e que foram tão essenciais no meu processo de reconstrução pessoal, profissional e moral. A vida acadêmica trouxera-me um orientador dedicado e uma referência para a minha jornada intelectual.

Expresso, na oportunidade, minha gratidão aos docentes, Dra. Luciana de Aboim Machado, Dra. Flávia Moreira Guimarães Pessoa, Dr. Lucas Gonçalves da Silva, Dr. Carlos Augusto Alcântara Machado e Dr. Ubirajara Coelho Neto, nobres professores com quem tive o prazer de compartilhar saberes ao longo das inúmeras aulas e seminários empreendidos, bem como aos membros banca examinadora, Profa. Dra. Clara Angélica Gonçalves Cavalcanti Dias e Prof. Dr. Kleidson Nascimento dos Santos pela honra de ter tido minha pesquisa analisada sob a ótica experiente e assertiva de grandes referências na academia jurídica nacional.

Por fim, resta-me agradecer em especial à Providência por permitir que eu alcançasse mais essa importante conquista que, só foi possível, porque do outro lado da vida - onde ainda repousa o poderoso véu do desconhecido - tenha tido eu o privilégio de contar com importantes e imemoriais laços fraternos que me sustentaram, obstinados e confiantes, diante dos incontáveis percalços do caminho.

À Providência.
À minha mãe, Maria Lúcia.
Aos meus avós, José e Delmira.

A constatação inevitável, desconcertante, é que o Brasil chega à pós-modernidade sem ter conseguido ser liberal nem moderno. Herdeiros de uma tradição autoritária e populista, elitizada e excludente, seletiva entre amigos e inimigos – e não entre certo e errado, justo ou injusto – mansa com os ricos e dura com os pobres, chegamos ao terceiro milênio atrasados e com pressa.

Ministro Luiz Roberto Barroso

RESUMO

A realidade atravancada das licitações públicas no Brasil diz respeito não somente à legislação deficitária, aos procedimentos morosos e detalhistas, bem como a predominância na Administração de gestores públicos despreparados: o grande entrave ao desenvolvimento econômico nacional sustentável, no contexto público, também se baseia na ausência de empenho dos dirigentes, em todos os níveis de governo, em adaptar-se à realidade normativa aos reclames urgentes do Capitalismo Informacional. Hodiernamente, predomina não apenas na esfera privada, mas sobretudo entre as relações interpessoais, o uso de tecnologias de última geração, a propalada inteligência artificial, bem como cada vez mais o ser humano integra-se ao outro por meio de ambientes virtualizados, tais como o chamado *multiverso*. De modo que, diante da recente excepcionalidade da pandemia do COVID-19 e a premente necessidade de conferir-se maior rapidez às contratações públicas, especialmente em virtude da emergência mundial em saúde pública, a toque de caixa e ao som de trombetas, foi aprovada a chamada Nova Lei de Licitações que viera como remédio perfunctório, para uma maior flexibilização e eficiência nos contratos de natureza administrativa. E, *pari e passu* com os avanços tecnológicos em curso, o Poder Legislativo aprovava uma série de inovações normativas, algumas das quais já existentes em legislações estrangeiras, com o fito de responder a necessidade de maximização da virtualização dos procedimentos licitatórios. Assim, buscou-se, lançando mão do método dedutivo, contrapor a análise racional e lógica da realidade administrativa brasileira no que pertinente às mudanças empreendidas pela Lei nº 14.133/21, frente aos desafios intrínsecos do contexto tecnológico contemporâneo. Por meio da pesquisa bibliográfica de carácter exploratório, objetivou-se demonstrar, na presente pesquisa de mestrado, os prós e os contras da Nova Lei de Licitações em vigor desde abril de 2021, e em especial, evidenciar a concreta perspectiva de modernização futura das transações público-privadas.

Palavras-chave: Direito Empresarial; Direito Administrativo; Direito Constitucional; Tecnologia; Licitações Públicas.

ABSTRACT

The cluttered reality of public bidding in Brazil concerns not only the deficit legislation, the lengthy and detailed procedures, as well as the predominance in the Administration of unprepared public managers: the great obstacle to sustainable national economic development, in the public context, is also based on the lack of commitment from leaders, at all levels of government, in adapting the normative reality to the urgent demands of Informational Capitalism. Nowadays, it predominates not only in the private sphere, but especially among interpersonal relationships, the use of state-of-the-art technologies, the vaunted artificial intelligence, as well as the human being increasingly integrates with the other through virtualized environments, such as the so-called multiverse. So, given the recent exceptionality of the COVID-19 pandemic and the pressing need to speed up public procurement, especially in view of the global public health emergency, the ringing of a snare drum and the sound of trumpets was approved. the so-called New Bidding Law, which had come as a perfunctory remedy, for greater flexibility and efficiency in contracts of an administrative nature. And, *pari e passu* with the ongoing technological advances, the Legislative Power had approved a series of regulatory innovations, some of which already exist in foreign legislation, with the aim of responding to the need to maximize the virtualization of bidding procedures. Thus, using the deductive method, it was sought to oppose the rational and logical analysis of the Brazilian administrative reality regarding the changes undertaken by Law nº 14.133/21, in face of the intrinsic challenges of the contemporary technological context. Through exploratory bibliographic research, the objective was to demonstrate, in this master's research, the pros and cons of the New Bidding Law in force since April 2021, and in particular, to highlight the concrete prospect of future modernization of transactions public-private.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Business Law; Administrative law; Constitutional right; Technology; Public bids.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	13
2 MANDAMENTOS CONSTITUCIONAIS DE OTIMIZAÇÃO, DIREITO EMPRESARIAL E LICITAÇÃO PÚBLICA: CONTEXTOS.....	17
2.1 A evolução histórica do Direito Empresarial.....	17
2.2 O processo de constitucionalização.....	21
2.3 A interação entre Empresa e Estado nas licitações.....	26
2.4 Uma breve análise da técnica normativa brasileira: alguns preceitos comparados.....	30
2.5 O Princípio do Desenvolvimento Nacional Sustentável: reflexões sociojurídicas.....	36
2.6 O <i>déficit</i> orçamentário brasileiro e seus efeitos na Administração Pública: os princípios da economicidade e vantajosidade no novo diploma licitatório.....	40
3 A NOVA LEI DE LICITAÇÕES EM PAUTA: PRINCIPAIS INOVAÇÕES MATERIAIS, PROCESSUAIS E ASPECTOS CÍVEIS NO ÂMBITO DAS CONTRATAÇÕES PÚBLICAS.....	44
3.1 A tramitação prioritária das ações em que seja discutida matéria licitatória: o problema da celeridade processual na mira do legislador brasileiro.....	44
3.2 A assimetria cognitiva, o diálogo competitivo e a efetivação do Princípio da Eficiência nas licitações públicas.....	49
3.3 A virtualização das compras públicas, o princípio da publicidade e a ingerência social nos procedimentos licitatórios.....	53
3.4 O direito contratual público e privado na esfera licitatória brasileira: dos contratos de adesão ao princípio da legalidade:.....	57
3.5 A teratologia jurídica dos contratos verbais nos procedimentos licitatórios.....	62
3.6 O contraponto da celebração eletrônica dos contratos administrativos e a desburocratização do poder público brasileiro.....	65
4 DAS REGRAS DE DIREITO INTERNACIONAL APLICÁVEIS ÀS PERSPECTIVAS FUTURAS: EMPRESAS, LICITAÇÃO VERDE, ERA DIGITAL E E-MARKETPLACE GOVERNAMENTAL.....	69
4.1 Os programas de integridade no contexto das contratações públicas brasileiras.....	69
4.2 Empresas, licitações e supranacionalidade.....	72
4.3 <i>Environmental, Social and Corporate Governance</i> : da Licitação Verde à Agenda 2030 da Organização das Nações Unidas.....	76

4.4 Reflexões contemporâneas e a busca pela máxima virtualização dos processos licitatórios.....	80
4.5 A Nova Lei de Licitações, o princípio da transparência e a criação do Portal Nacional de Contratações Públicas (PNPC):.....	85
4.6 Perspectivas futuras e a implantação do <i>e-marketplace</i> governamental brasileiro.....	90
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	93
6 REFERÊNCIAS.....	97

1 INTRODUÇÃO

Analisar a relevante celeuma das licitações públicas no contexto normativo brasileiro é uma missão que demanda do pesquisador mais do que mero e perfunctório conhecimento jurídico: é preciso um olhar sensível, aguçado e perspicaz a respeito dos dilemas sociais, econômicos e políticos que permeiam a desafiante realidade nacional.

O erário, cada vez mais percebido em claro desfavor de contribuintes asfixiados pelo peso excessivo de tributações, muitas vezes incompatíveis com os serviços essenciais reiteradamente deficitários prestados pelo Estado, demanda constante e atenta fiscalização no que pertine a escorreita aplicação dos recursos. Não por acaso o Brasil é um dos países que apresentam a maior carga tributária do planeta e, de forma contraditoriamente desproporcional, também está entre as nações que pior investem tais recursos.

Diversos fatores prejudicam a melhor aplicabilidade do erário: baixa qualificação dos gestores – que muitas vezes são nomeados em virtude de meros arranjos políticos – mecanismos ineficientes de investimento, corrupção disseminada em todos os patamares estatais, programas ausentes ou ineficientes de *compliance* fiscalizatório e, apesar dos recentes avanços normativos, legislações majoritariamente defasadas que não acompanham, em sua integralidade, a atualidade das demandas público-privadas.

O último biênio trouxe para o Brasil e o restante do mundo – considerando a realidade altamente globalizada entre as nações – um verdadeiro *tsunami* de eventos catastróficos decorrentes da pandemia do COVID-19, expondo em definitivo as mazelas sociais e econômicas dos quais padecem, em especial, os países em desenvolvimento. Recessão econômica, inflação, *déficit* orçamentário, desemprego, altas taxas de juros, serviços públicos essenciais esgotados e ineficientes e, conseqüentemente, a acentuação da desigualdade social brasileira, elevaram de forma significativa a parcela de cidadãos que vivem abaixo da linha pobreza¹.

Hospitais lotados, pacientes morrendo em virtude da absurda falta de cilindros de oxigênio, a necessidade urgente de importação de insumos médicos, farmacêuticos e hospitalares, bem como da fabricação e aquisição de vacinas e, além de tudo isso, a crise

¹Segundo apurado pela Fundação Getúlio Vargas houve um aumento de 8,3% no período compreendido entre agosto de 2020 e fevereiro de 2021, no índice de brasileiros que passaram a viver em situação de miserabilidade, representando uma expressiva parcela de 12,8% do total da população. Fonte: ECO Debate. A pandemia agravou a desigualdade de renda e a pobreza no Brasil, 2021. Disponível em < <https://cee.fiocruz.br/?q=a-pandemia-agravou-a-desigualdade-de-renda-e-a-pobreza-no-brasil>>. Acesso em: 05 de setembro 2022.

econômica desencadeada pelo fechamento abrupto de inúmeros estabelecimentos comerciais, demissões em massa, funcionários de empresas privadas e servidores públicos encarando a inovadora realidade do serviço telepresencial, entre outros acontecimentos absolutamente fora da previsibilidade do Estado, demandaram que todos os processos administrativos e licitatórios dali por diante, fossem empreendidos com a máxima celeridade e eficiência.

Diante desse cenário absolutamente caótico, os gestores públicos se viram na premente necessidade de aprimorar os processos licitatórios a fim de atender novas e inesperadas demandas sociais decorrentes da alarmante excepcionalidade do contexto pandêmico em curso – mesmo que de forma atenuada. A legislação então em vigência encontrava-se, do ponto de vista da realidade que se apresentava naquele momento no país, em diversos aspectos, claramente obsoleta.

É importante ressaltar que, apesar dos efeitos altamente deletérios decorrentes da pandemia, a Lei nº 8.666/93 há muito tempo já vinha, por assim dizer, capengando juridicamente ao passo em que prosseguia atravancando o desenvolvimento econômico brasileiro e facilitando cada vez mais a ocorrência de diversas modalidades de crimes contra a Administração Pública, bem como prejudicando a prestação de serviços essenciais em desfavor exclusivo da esmagadora parcela da população que depende do aparelho estatal para a satisfação das suas necessidades mais básicas.

Por outro lado, a humanidade contemporânea altamente informatizada – reflexo intrínseco da ascensão do chamado Capitalismo Informacional – passou a exigir que os processos administrativos em geral, não apenas as contratações públicas - acompanhassem os inúmeros avanços tecnológicos e a rapidez vertiginosa dos instrumentos de comunicação. Era preciso virtualizar ao máximo os procedimentos licitatórios, otimizando mecanismos e metodologias, ao tempo em que, paralelamente, a Administração Pública pudesse também possibilitar maior transparência e publicidade nas contratações estatais, podendo a sociedade acompanhar de forma mais estreita e transparente o dispêndio dos recursos públicos.

Assim, atendendo a urgente necessidade de evolução normativa, o Poder Legislativo – pressionado pelo auge da crise pandêmica - finalmente aprovou em 1º de abril de 2021 a Lei nº14.133 - tendo sido denominada como a Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Além disso, importa frisar que o caminho percorrido até a aprovação do referido diploma não viera como benesse política ou mesmo em virtude da somação de esforços decorrentes dos diversos interesses que permeiam a vida parlamentar – foram necessárias quase duas décadas

de tramitação para que o amarrado Projeto de Lei nº 1.292/95 e seus posteriores substitutos normativos entrassem finalmente em vigor.

A Lei nº 8.666/93 cumpriu precariamente o seu papel, uma vez que engessou a Administração Pública, tornando os procedimentos licitatórios em geral excessivamente detalhistas, o que sempre se mostrou contraproducente, em especial considerando que ao invés de evitar a corrupção e ineficiência estatal, ao contrário, estimulava tais vícios antigos e reiterados da máquina pública.

Muito embora, é fato, a nova legislação tenha sistematizado diversos instrumentos normativos – alguns inclusive, estreates no contexto jurídico nacional – prosseguiu, em significativos aspectos, mantendo o caráter burocrático e inflexível do código anterior. A presente análise científico-jurídica, longe de pretender abordar integralmente todas as inovações e retrocessos pertinentes à Nova Lei de Licitações, buscou por meio de uma abordagem lúcida, crítica – mesmo que perfunctória – promover a reflexão sobre a efetividade das referidas alterações normativas e seus mais importantes e possíveis reflexos no contexto socioeconômico nacional – uma vez, reitere-se, que o novo diploma normativo encontra-se ainda em fase inicial de adoção e implementação pela esfera pública.

O objetivo maior da presente análise foi justamente a demonstração dos efetivos reflexos das alterações normativas previstas na chamada Nova Lei de Licitações e, em caráter subsidiário, igualmente contextualizar a realidade deficitária das contratações públicas empreendidas pela Administração brasileira, bem como identificar os principais entraves ao desenvolvimento econômico nacional causados em especial pelo perfil burocrático da gestão estatal e ainda procurou-se descrever as mais relevantes alterações processuais e materiais decorrentes do novo diploma normativa e, paralelamente, avaliar os impactos sociais e jurídicos nas relações entre empresas e Estado decorrentes das inovações já implementadas.

De modo que, no capítulo intitulado “Mandamentos constitucionais de otimização, Direito Empresarial e licitação pública: contextos”, considerou-se a importância da contextualização histórica e econômica do Direito Empresarial para melhor compreensão da temática em análise, visto que o ser humano e suas interações decorrem de um concatenamento permanente de fatos e fatores desencadeados ao longo do tempo, diante dos diversos eventos históricos aos quais está invariavelmente sujeita a humanidade. Assim, buscou-se delinear o processo de evolução histórica da atividade empresarial e sua interação na conjuntura administrativa nacional, bem como foram analisadas as diretrizes constitucionais consignadas no bojo da lei nº 14.133/2021, ressaltando-se a dura realidade do *déficit* orçamentário brasileiro

em contraposição à necessidade de efetivação dos princípios da economicidade e vantajosidade nas contratações públicas.

Já o capítulo seguinte, sob o título de “A Nova Lei de Licitações em pauta: principais inovações materiais, processuais e aspectos cíveis no âmbito das contratações públicas” foram analisadas as principais alterações normativas, seja de cunho material ou processual, com o intuito de ressaltar as reais inovações e mesmo os retrocessos mantidos ou majorados pelo Poder Legislativo. Ainda no mesmo capítulo foram consignados os mais relevantes aspectos cíveis do novel diploma licitatório, ressaltando-se a manutenção da teratologia jurídica consubstanciada na possibilidade de realização de contratos verbais de natureza administrativa e as importantes alterações normativas pertinentes à maximização da virtualização nas contratações públicas e em seguida.

O quarto capítulo cujo título é “Das regras de direito internacional aplicáveis às perspectivas futuras: empresas, licitação verde, a era digital e o *e-marketplace* governamental”, foi procedida uma relevante análise a respeito do fortalecimento dos programas de integridade em âmbito administrativo por meio do novo marco legal em sintonia com importantes regramentos internacionais, considerando a inserção da nação brasileira num amplo e complexo sistema de países altamente globalizados e imersos nos ditames do chamado capitalismo informacional em curso, bem como foi reportada a intensificação do processo de virtualização das compras públicas, em especial considerando-se a possibilidade de implementação do chamado *e-marketplace* estatal e, por fim, foram consignadas as perspectivas futuras esperadas pelos diversos setores governamentais ou civis, os quais esperam os reflexos positivos que deverão ser impulsionados pela vigência já em curso do novel diploma normativo.

Assim, buscou-se, lançando mão do método dedutivo, contrapor a análise racional e lógica da realidade administrativa brasileira no que pertinente às mudanças empreendidas pela Lei nº 14.133/2021, frente aos desafios intrínsecos do contexto tecnológico contemporâneo. Por meio da pesquisa bibliográfica de carácter exploratório, objetivou-se demonstrar os prós e os contras da Nova Lei de Licitações em vigor desde abril de 2021, e em especial, promover a reflexão sobre concretas perspectivas de modernização vindoura das transações público-privadas.

2 MANDAMENTOS CONSTITUCIONAIS DE OTIMIZAÇÃO, DIREITO EMPRESARIAL E LICITAÇÃO PÚBLICA: CONTEXTOS

2.1 A Evolução Histórica do Direito Empresarial

A atividade comercial, ao longo dos séculos, sofreu intensa alteração do seu valor e representatividade social. Nos primórdios da humanidade, quando o *homo sapiens* recém abandonava a escuridão das cavernas superando a condição de caçador-coletor para cultivar seu próprio alimento, produziam-se gêneros agrícolas apenas e tão somente em caráter de estrita subsistência, para atender as necessidades prementes da comunidade, a tempo e à hora².

Em virtude da melhora nas técnicas de cultivo, o excedente dos produtos agrícolas cultivados pelos *clãs* era comercializado em um simplório sistema de troca com as demais pequenas coletividades circunvizinhas. Não por acaso a expressão latina *comercium* é a junção das expressões *com*, ou seja, junto de algo ou alguém, e *merx* que designa local de troca ou mercado, de modo que o termo em sua acepção originária significa “local onde se realiza a troca”, fazendo referência a antiga prática da permuta³ ou escambo, conforme lecionado por Pedro Durão às respeito dos antecedentes históricos do Direito Empresarial⁴.

Neste primitivo contexto de escambo, o sistema comercial de troca entre produtores permitiu ao ser humano que naquele estágio evolutivo, mantendo técnicas agrícolas e pastoris rudimentares, pudesse diversificar a sua alimentação agregando novas e mais refinadas fontes de nutrientes, bem como melhor significativamente a sua qualidade de vida, o que em última análise, possibilitou condições mais favoráveis para o desenvolvimento de diversas faculdades, entre elas a do raciocínio e o intelecto. A partir daí, o homem ainda em estado semi-primitivo descobrira e reconheceu a importância do comércio.

O transcorrer dos séculos e o abandono da vida em pequenas comunidades silvícolas viabilizando o surgimento dos primeiros conglomerados urbanos, demandou que a rudimentar prática do escambo fosse substituída por mecanismos comerciais cada vez mais complexos e aprimorados, tendo o homem finalmente passado a ambicionar não apenas a mera subsistência:

²REVOLUÇÃO Neolítica. Wikiwand, 2016. Disponível em: <https://www.wikiwand.com/pt/Revolu%C3%A7%C3%A3o_neol%C3%ADtica#>. Acesso em: 05 de setembro de 2022.

³FERREIRA, Denis. Administração sem segredos, 2017. Disponível em <<http://admsemsegredos.com/comercio-origem-e-definicao/>>. Acesso em: 06 de junho de 2022.

⁴DURÃO, Pedro; PINTO, Diogo Doria. Direito Empresarial. 2. ed. Aracaju: DireitoMais, 2021, p. 23.

com a decadência do feudalismo, já no apagar das luzes da Idade Média, o conceito de lucro ganhara finalmente forma e força.⁵

Em meados do século XV, com o surgimento das feiras livres medievais, o excedente dos gêneros produzidos era comercializado em significativa escala. Inclusive, é nesse momento que surge o dinheiro (ou a moeda) como forma de pagamento mais eficiente⁶, coincidindo igualmente com o advento da chamada Primeira Fase do Sistema Capitalista, ou Capitalismo Comercial, ocasião em que se deu o início também da exploração colonial e extrativista dos territórios recém-descobertos pelas monarquias europeias, exatamente como se deu por ocasião do descobrimento do Brasil.

Nesse toar, a atividade econômica passara a organizar-se efetivamente, tanto do ponto de vista das práticas comerciais, cada vez mais complexas e refinadas, bem como pelo advento na França Napoleônica, das primeiras legislações regulamentadoras relevantes, quais sejam, o Código Civil em 1804 e o Código Comercial de 1808⁷, tidas como as primeiras legislações que visaram regular a vida civil e comercial no seio da nação francesa.

Vale pontuar que aqui no Brasil o Direito Comercial tem, por assim dizer, o pé inicial em decorrência da fuga da Família Real Portuguesa para o Rio de Janeiro em 1808 e a fundação da chamada Real Junta de Comércio, Agricultura, Fábrica e Navegação por meio de alvará editado em 1808, tendo como modelo órgão similar instituindo alhures, em Portugal, que tinha por objetivo, dentre outros, organizar e estimular a circulação de riquezas e aumentar a arrecadação fiscal do Império. No entanto, considerando o gigantesco potencial econômico brasileiro e as vultuosas operações comerciais decorrentes em especial da exploração das riquezas naturais, Dom Pedro II, já então Imperador do Brasil, em 1850 editou finalmente o Código Comercial Brasileiro, intrinsecamente inspirado pela legislação francesa⁸.

Inclusive, após a edição na França da legislação civilista e comercial, rapidamente, nos diversos Estados Nações ao redor do mundo, eclodiu a necessidade de acompanhar, do ponto de vista normativo, a rápida evolução do processo de intensa industrialização que demandava

⁵SILVA, Daniel Neves. Escambo era uma forma de transação comercial muito utilizada na Antiguidade e que precedeu a monetarização das economias. Mundo Educação, 2022. Disponível em: <<https://mundoeducacao.uol.com.br/historiageral/escambo.htm>>. Acesso em: 05 de setembro de 2022.

⁶BATISTA, Rafael: COMO surgiu o dinheiro? Mundo Educação, 2022. Disponível em: <<https://mundoeducacao.uol.com.br/curiosidades/como-surgiu-dinheiro.htm>> Acesso em: 15 de junho de 2022.

⁷SANTIAGO, Emerson: CÓDIGO Napoleônico. Info Escola, 2012. Disponível em: <<https://www.infoescola.com/direito/codigo-napoleonico/>> Acesso em: 15 de junho de 2022.

⁸CABRAL, Dilma. REAL Junta do Comércio, Agricultura, Fábricas e Navegação. Arquivo Nacional, 2021. Disponível em: <<http://mapa.an.gov.br/index.php/dicionario-periodo-colonial/228-real-junta-do-comercio-agricultura-fabricas-e-navegacao>>. Acesso em: 15 de junho de 2022.

a modernização da legislação a fim de conferir maior segurança às relações econômicas entre os indivíduos e as nações, cada vez mais globalizadas.

Avançando um pouco mais na sequência dos acontecimentos históricos quando as contradições sociais e econômicas decorrentes da intensa atividade produtiva e industrial tornam-se cada vez mais evidentes, em contraposição as festejadas ideias de Adam Smith em sua obra máxima *A Riqueza das Nações* publicada em 9 de março 1776⁹ e considerada a pedra angular da doutrina econômica contemporânea, surgiram as teorias controvertidas de Karl Marx e Friedrich Engels, materializadas inicialmente no polêmico *Manifesto Comunista* escrito em 1848¹⁰, ocasião em que são publicadas críticas ferrenhas ao sistema capitalista que culminam, alguns anos depois, com a edição da sua obra mais importante, *Das Kapital*¹¹, lançada em 1867, considera a base doutrinária do chamado *marxismo*.

Por seu turno, a atividade produtiva cada vez mais direcionada para a maximização do lucro, intensificou as diversas contradições sociais já existentes antes mesmo da ascensão do capitalismo, de modo que a ideia da *mais valia* pensada por Karl Marx ganhou enorme relevância, à medida em que o capital sobrepujava direitos fundamentais não consolidados, como a Dignidade da Pessoa Humana. Tal fato se manifestava especialmente pelas péssimas condições de trabalho experimentadas no interior das fábricas àquele tempo, cuja mão de obra operária laborava em condições análogas à escravidão, em jornadas de trabalho abusivas e desumanas.

A principal base do capitalismo, segundo Karl Marx, são os reflexos da delicada e desigual interação entre trabalho assalariado e capital. De modo que, para compreender-se o conceito de *mais valia* (ou mais valor), é preciso sobretudo entender o conceito de trabalho na visão do controvertido filósofo prussiano. Segundo Karl Marx¹²:

[...] a base da sociedade, assim como a característica fundamental do homem, está no trabalho. É do e pelo trabalho que o homem se faz homem, constrói a sociedade, é pelo trabalho que o homem transforma a sociedade e faz história, o trabalho torna-se categoria essencial que lhe permite não apenas explicar o mundo e a sociedade, o passado e a constituição do homem, como lhe permitem antever o futuro e propor uma

⁹BITENCOURT, Jackson. *A Riqueza das Nações* de Adam Smith é publicado. *Revista Relações Exteriores*, 2021. Disponível em: <<https://relacoesexteriores.com.br/riqueza-nacoes-adam-smith/>>. Acesso em: 15 de junho de 2022.

¹⁰GONÇALVES, Rainer Sousa. O MANIFESTO Comunista. *Mundo Educação*, 2022. Disponível em: <<https://mundoeducacao.uol.com.br/historiageral/o-manifesto-comunista.htm>>. Acesso em: 15 de junho de 2022.

¹¹Título do original em alemão da obra “O Capital” que é considerada a pedra angular do chamado *marxismo*, promovendo uma forte crítica ao sistema econômico capitalista de então e fundamentou diversos regimes políticos ao redor do mundo.

¹² Ampliar em: ANDERY, Maria Amélia Pie Abid. *Et al.* Para compreender a ciência: uma perspectiva histórica. Rio de Janeiro: Garamond, 2012. p. 339.

prática transformadora ao homem, propor-lhe como tarefa construir uma nova sociedade.

O conceito de mais valia, um dos mais importantes pilares da doutrina marxista, muito embora bastante combatido por aqueles que defendem o neoliberalismo não apenas como característica da ordem econômica contemporânea, mas sobretudo, enquanto ditame norteador das relações sociais, é uma das ideias responsáveis já no século XX, pelo viés humanista hodiernamente conferido por importantes doutrinadores ao sistema capitalista contemporâneo.

É fato que, segundo Marx, a mais valia é, justamente, o quantitativo de trabalho realizado e não pago pelo dono dos meios de produção. Há grande disparidade entre o valor do trabalho produzido, e o que é efetivamente pago em termos de salário pelo labor realizado, sendo essa diferença justamente a materialização do lucro pelo empregador¹³.

O viés intrínseco do sistema capitalista, que é justamente a maximização do lucro, provocando abismal disparidade socioeconômica em desfavor do trabalhador, tornou-se a mola propulsora da novel doutrina econômica conhecida como Capitalismo Humanista, pensada pelos professores Ricardo Hasson Sayeg e Wagner Balera¹⁴, como a materializar a nova tendência contemporânea de revalorização do lucro (ou riqueza), não apenas pela percepção dos dividendos gerados pela atividade produtiva, mas sobretudo pela criação de empregos, novas tecnologias, capacidade de difundir informação e etc.

O chamado “capital social” ou seja, a contribuição proativa da empresa para o desenvolvimento social, vinculando a sua imagem à uma ideia de respeito ao meio ambiente, à legislação trabalhista e em especial ao investimento na promoção do ser humano, adotando uma postura e atuação claramente humanista diante do mercado e da sociedade como um todo, também agregam grande valor à empresa e refletem a tendência da atualidade de modificação do padrão de comportamental do empresariado, diante de um consumidor cada vez mais exigente e atento aos padrões politicamente e socialmente corretos, revelando que atividade produtiva empresarial deixou de ser mera geradora de riqueza, assumindo a posição de grande válvula propulsora de transformação social, evolução que foi acompanhada par e passo pela legislação contemporânea, conforme será analisado no tópico seguinte.

¹³MORAES, Isabela. Mais Valia: o conceito central da teoria marxista. Politize!, 2019. Disponível em: <<https://www.politize.com.br/mais-valia/>>. Acesso em: 10 de outubro de 2022.

¹⁴SAYEG, Wagner; BALERA, Wagner. Capitalismo Humanista e a Dimensão Econômica dos Direitos Humanos. São Paulo: Max Limonad, 2019.

2.2 O processo de constitucionalização

Em perfunctória acepção, deve-se entender que a constitucionalização do direito empresarial nada mais é que o fenômeno contemporâneo de interpretação do conjunto de normas empresariais sob a estrita ótica constitucional. Ou seja, é grande a contribuição do chamado neoconstitucionalismo, que nas palavras assertivas de Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo G. Branco é marcado pela superioridade da Constituição, a que se subordinam todos os poderes por ela constituídos, garantida por mecanismos de controle de constitucionalidade.¹⁵

O neoconstitucionalismo ou constitucionalismo contemporâneo, encontra embasamento doutrinário em diversos expoentes jusliterários da atualidade e é marcado por uma supremacia vinculante dos princípios consignados no bojo da Carta Cidadã. Ou seja, se no passado a Constituição e seus princípios eram aplicados apenas como fraca diretriz normativa, hoje a sua força vinculante rompe com qualquer caráter político ou meramente informativo que possa ser atribuído aos ditames de natureza constitucional. Nesse sentido, inclusive, vale citar Luiz Roberto Barroso¹⁶:

Em suma: o neoconstitucionalismo ou novo direito constitucional, na acepção aqui desenvolvida, identifica um conjunto amplo de transformações ocorridas no Estado e no direito constitucional, em meio às quais podem ser assinalados, (i) como marco histórico, a formação do Estado constitucional de direito, cuja consolidação se deu ao longo das décadas finais do século XX; (ii) como marco filosófico, o pós-positivismo, com a centralidade dos direitos fundamentais e a reaproximação entre Direito e ética; e (iii) como marco teórico, o conjunto de mudanças que incluem a força normativa da Constituição, a expansão da jurisdição constitucional e o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional. Desse conjunto de fenômenos resultou um processo extenso e profundo de constitucionalização do Direito.

Contudo, mais do que a interpretação conforme a Constituição, que não deve ser mero parâmetro cognitivo, os princípios de matiz constitucional assumem a posição de verdadeiros faróis norteadores no delicado processo de interpretação e aplicação da lei, dotados de grande força vinculativa, mesmo quando confrontados com direitos e normas de aplicabilidade estritamente privada, tais como aquelas que compõem o regramento atinente ao Direito Empresarial.

O operador normativo não deve conferir à *Lex Maior* apenas o *status* de mero conjunto de orientações de cunho moral, devendo ao contrário, conferir-lhe interpretação que lhe valha

¹⁵MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo G. Curso de Direito Constitucional. 15. ed. São Paulo: Saraiva Jus, 2020, p. 53.

¹⁶BARROSO, Luiz Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. Revista de Direito Administrativo, 2005. p. 15.

a maior eficácia jurídica possível. No entanto, o fenômeno da constitucionalização do Direito, não apenas imiscui nos diversos eixos normativos infraconstitucionais a necessidade de observância dos princípios e bens jurídicos considerados como fundamentais, como também de um modo ou de outro, tende a influenciar diversos aspectos da vida em sociedade. Nesse sentido, vale citar as assertivas de Kleidson Nascimento dos Santos¹⁷ que aduz:

O Direito se torna indispensável na medida em que é o único instrumento capaz de manter a ordem social, equilibrar as relações em crise e conter os conflitos do homem frente a outros homens. [...] diversos fatos ocorrem dia e noite, alguns sem a menor relevância ao ser humano, já outros que interessam diretamente à moral, à ciência, à arte, à etiqueta, porém apenas aqueles que geram consequências para as relações intersubjetivas, na vida do homem social, é que vão integrar o mundo do Direito.

O neoconstitucionalismo posiciona a Constituição no centro do sistema jurídico, de onde irradia sua força normativa, dotada de supremacia formal e material, funcionando não apenas como parâmetro de validade para a ordem infraconstitucional, mas também como vetor de interpretação de todas as normas do sistema¹⁸.

É preciso recordar que o cobertor constitucional que a todos agasalha e aquece, por assim dizer, também reflete-se em institutos nitidamente capitalistas e neoliberais, contemporizando – em favor do bem comum e da justiça social - a aplicabilidade de princípios como a Livre Iniciativa e a Liberdade Concorrencial que devem ser direcionados, sobretudo, em prol da valorização da dignidade da pessoa humana, considerada o grande vetor principiológico da Carta Cidadã, para onde devem irremediavelmente convergir todos os seus postulados normativos.

A despeito da tendência contemporânea de maximização de lucro muitas vezes supervalorizado em detrimento dos bens jurídicos considerados fundamentais, a empresa, enquanto instituto socioeconômico, deixou de ser mera fonte de dividendos em benefício da consolidação dos ditames pertinentes ao liberalismo econômico intrínseco às sociedades capitalistas, passando a representar um dos mais importantes vetores de transformação social.

É certo que, a finalidade da empresa abrange a produção ou circulação de bens ou serviços para o mercado, gerando riqueza e renda¹⁹. Ou seja, a definição tradicional da empresa

¹⁷SANTOS, Kleidson Nascimento dos. Eficácia Jurídica e eficácia social: apontamentos sobre a norma jurídica e a efetividade do Direito. Revista do curso de Direito. V. V, nº 1, outubro, 2015. Disponível em: <https://app.fanese.edu.br/rd_direito/wp-content/uploads/2015/10/Artigo-EFICACIA-JURIDICA-E-EFICACIA-SOCIAL.pdf>. Acesso em: 08 de setembro de 2022.

¹⁸BARROSO, Luiz Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. Revista de Direito Administrativo, 2005. p. 27.

¹⁹TOMAZETTE, Marlon. Curso de Direito Empresarial. 11. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2020. p. 67.

volta-se justamente para sua acepção de mero fomentador da economia e instrumento de lucratividade.

Entretanto, o próprio conceito de riqueza tem sofrido profundas modificações decorrentes do processo evolutivo social, já não sendo mais entendido como a mera geração de dividendos ao empresariado, adquirindo contornos nitidamente sociais e mesmo de cunho estritamente humanista. E, acompanhando essa tendência de reavaliação da atividade empresarial, é que surgira a ideia de cidadania empresarial.

Observe-se que, hodiernamente, o mercado de consumo, cada vez mais exigente, não apenas para com a qualidade dos serviços e produtos ofertados, mostrando-se igualmente seletivo para a postura da empresa, que requer dos detentores dos meios de produção que movimentem a economia adotando posturas socialmente comprometidas.

O chamado “capital social” de uma marca ou empresa, ou seja, o valor que lhe é atribuído no mercado em virtude da associação da sua imagem à uma política organizacional de responsabilidade social e ações afirmativas comprometidas com a promoção do ser humano, tem cada vez mais adquirido enorme importância e valorização no mercado de consumo.

Inclusive, a importante tendência de investimento no ser humano e na sociedade como um todo, por parte do empresariado, como expressão mesmo da ética empresarial tem se mostrado estratégia extremamente relevante do ponto de vista comercial, de modo que de acordo com José Edson de Moisés Filho²⁰:

Assim, nos novos tempos vividos, o conhecimento da ética no contexto das organizações corporativas e suas relações com a sociedade traz à tona questões polêmicas e demarca um leque de opções para enfrentá-las. Num mundo globalizado em que a competição pode resvalar para a concorrência desleal, em que a capacidade de ação da cidadania ganha dimensão inédita, adotar um posicionamento responsável tem muito a ver com a sobrevivência das empresas, mas também com a dignidade pessoal de quem a conduz e daqueles com quem a corporação possui relações.

Grandes corporações, a exemplo da gigantesca Microsoft²¹ em 2019 investiu só aqui no Brasil mais de R\$ 48 milhões de reais em projetos educacionais voltados para a capacitação profissional, desenvolvidos em parcerias exitosas com diversas Organizações Não Governamentais, além dos expressivos investimentos anuais da multinacional em projetos de

²⁰FILHO, José Edson de Moisés. A ética, a responsabilidade e a cidadania empresarial: é possível? Pensamento & Realidade. São Paulo, V. 8, nº IV, p. 81-94, agosto, 2001.

²¹Em parceria com ONGs, Microsoft investe em capacitação profissional no Brasil. Microsoft, 2021. Disponível em: <<https://news.microsoft.com/pt-br/em-parceria-com-ongs-microsoft-investe-em-capacitacao-profissional-no-brasil>>. Acesso em: 15 de junho de 2022.

pesquisa científica na busca pela cura do câncer, fortalecem o seu capital social, aumentando exponencialmente o seu já extremamente relevante valor de mercado.

A chamada cidadania empresarial representa, de fato, grande expressão da constitucionalização do Direito Empresarial, uma vez que sintetiza justamente a tendência contemporânea de relativização da maximização do lucro em prol da concretização dos Direitos Fundamentais elencados na Constituição de 1988.

É preciso recordar que a aplicação do Direito não se confunde com sua realização, visto que a concretização normativa não ocorre voluntariamente²². No entanto, considerando que a diretriz constitucional na aplicação da norma tem, presentemente, cada vez mais se intensificado ao longo do tempo especialmente em virtude da propagação do neoconstitucionalismo buscando a adoção de posturas empresariais comprometidas com a responsabilidade social – tem igualmente alcançado posições de destaque nas relações de natureza sócio mercadológica.

Além disso, o movimento de constitucionalização do direito empresarial, em estrita vinculação com o conceito de Cidadania Empresarial, posiciona a dignidade da pessoa humana, enquanto vetor máximo da Carta Cidadã, como o princípio norteador de toda a atividade empresarial, entendida do ponto de vista jurídico como a própria razão de ser da figura da empresa. Nesse sentido, inclusive, vale mencionar Alexandre Augusto Rocha Soares²³, *in verbis*:

Apesar da propriedade privada ser o centro da atividade econômica, direito fundamental de todos em território nacional, a dignidade da pessoa humana permeia a cadeia produtiva, que tem por fim último garantir a justiça social, garantindo o bem-estar de todos que dela participam direta ou indiretamente, como donos dos meios de produção, trabalhadores, consumidores, fornecedores, entre outros. [...] Deve haver um necessário equilíbrio entre o bem-estar do dono, que deseja maximizar seus ganhos, e da sociedade, que não deve ser sacrificada. Esse é o “fio condutor” para que se conectem os fins meramente econômicos do liberalismo puro smithiano e valores como solidariedade e redistribuição de renda. A atividade empresarial é um instrumento para que se promova a dignidade, seja de sócios, empregados, clientes ou fornecedores.

Apesar da realidade brasileira, seja do ponto de vista jurídico, político e em especial, econômico, apresentar-se repleta de idiosincrasias contraditórias, a irradiação da interpretação axiológica da Constituição, sob o ponto de vista dos seus mais elevados princípios, em especial

²²SANTOS, Sérgio Roberto L. Manual da Teoria da Constituição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 226.

²³SOARES, Alexandre Augusto Rocha. Da Constitucionalização do Direito Empresarial. JusBrasil, 2020. Disponível em: <<https://alerochasoares.jusbrasil.com.br/artigos/796774120/da-constitucionalizacao-do-direito-empresarial#sdfootnote1sym>>. Acesso em: 13 de junho de 2022.

da Dignidade da Pessoa Humana, possibilita que mesmo o Direito Empresarial, como expressão normativa dos interesses capitalistas, possa funcionar em favor do alcance da justiça social.

Na verdade, a tendência neoconstitucionalista posiciona o princípio da dignidade da pessoa humana como razão de ser e objetivo maior da atividade empresarial, e por consequência lógica, das leis que a regem. Não por acaso, hodiernamente, muito embora entenda-se a necessidade de perseguição do lucro, bem como a obtenção de dividendos pelo empresariado (ou os detentores dos meios de produção), há grande preocupação para que a atividade empresarial seja desenvolvida de modo a não afetar a superioridade dos chamados direitos sociais. Sobre o tema já lecionava José Afonso da Silva²⁴:

Não é errado dizer que os direitos econômicos fornecem os pressupostos de existência dos direitos sociais, pois sem a existência de uma política econômica, não se comporão as premissas necessárias ao surgimento de um regime democrático de conteúdo tutelar dos fracos e mais numerosos.

Vale dizer que a constitucionalização do direito empresarial vem conferir inclusive, grande efetividade ao princípio da proibição do retrocesso social, surgido no ordenamento jurídico lusitano como forma de obstar que haja entravamento ou mitigação de direitos sociais já concretizados ou em processo de efetivação, não autorizando que interesses meramente políticos ou econômicos possam afetar o patrimônio jurídico de um indivíduo, relativizando a sua relevância enquanto cidadão e ser humano, ideia inclusive fortemente defendida pelo já citado Luiz Roberto Barroso²⁵.

Comente-se que muito embora o referido princípio não esteja expresso em sede constitucional, sua pertinência e aplicabilidade decorrem justamente das diretrizes normativas do próprio regime democrático, que em última instância, converge para a preservação da dignidade humana e o oferecimento de condições justas para a ascensão social, o primeiro funcionando como verdadeiro núcleo do Estado, para onde devem convergir toda a legislação e, sem sombra de dúvida, em estrita consonância com constitucionalismo do direito empresarial.

²⁴SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 38. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 888.

²⁵Segundo Luís Roberto Barroso: “O princípio da proibição do retrocesso decorre justamente do princípio do Estado Democrático e Social de Direito, do princípio da dignidade da pessoa humana, do princípio da máxima eficácia e efetividade das normas definidoras dos direitos fundamentais, do princípio da proteção da confiança e da própria noção do mínimo existencial.” Ampliar em: BARROSO, Luís Roberto. O direito constitucional e a efetividade de suas normas. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 158.

2.3 A interação entre empresa e Estado nas licitações

Diante de um cenário normativo de intensa constitucionalização do Direito Empresarial, não se pode olvidar a relevância da interação entre empresa e Estado, através da essencialidade das licitações públicas enquanto importante fator de fomento à economia nacional. Anualmente são investidos por parte da Administração Pública expressiva fatia do PIB²⁶ nacional nas contratações públicas, amplamente diversificadas – desde às canetas utilizadas nas repartições públicas, o combustível de aeronaves e até mesmo as tecnologias de aplicação das nanopartículas na esfera médica. Comente-se que o equivalente a 12% (doze por cento) do Produto Interno Bruto é empregado do erário na compra de produtos ou contratações de serviços e representem, em termos econômicos, um dos fatores determinantes para o crescimento da economia e mesmo como parte do planejamento governamental para a implementação de relevantes políticas públicas.

Dada a importância das licitações públicas no fomento a geração de emprego e renda, bem como no estímulo em favor da circulação de bens e serviços, informa Ligia Fernandes Oliveira²⁷:

Com efeito, o impacto das contratações celebradas pela Administração Pública, tendo em vista a variedade de bens, serviços e obras contratados pelo Poder Público e o volume de recursos envolvidos, levou o legislador a reconhecer a importância das licitações públicas para a promoção do mercado interno, que passam a ser empregadas como instrumento de fomento do setor privado com objetivo de garantir o desenvolvimento nacional sustentável.

Milhares de empregos são mantidos pela verba decorrente das contratações públicas, bem como a receita exclusiva de empresas de micro à grande porte, e mesmo a higidez de diversas multinacionais, cujo faturamento decorre prioritariamente das aquisições procedidas pelo Estado, dependem das licitações públicas para fazer, como dizem os economistas, girar a economia e preservar o poder aquisitivo de milhões de brasileiros. Apesar da importância estratégica para o fomento da economia nacional, é preciso de dizer que a corrupção, a burocracia e o despreparo do funcionalismo público na condução dos procedimentos licitatórios funcionam como verdadeiros entraves ao bem-estar coletivo, que é justamente a finalidade maior a que se destinam as licitações.

²⁶Produto Interno Bruto (PIB) é a somatória de toda a riqueza produzida no país no lapso temporal de um ano.

²⁷OLIVEIRA, Ligia Fernandes. Licitações públicas e o princípio da promoção do desenvolvimento nacional sustentável. Dom Total, 2017. Disponível em: <<https://domtotal.com/noticia/1203254/2017/11/licitacoes-publicas-e-o-principio-da-promocao-do-desenvolvimento-nacional-sustentavel/>>. Acesso em: 08 de junho de 2021.

No entanto, inicialmente, convém consignar relevantes definições do que seja efetivamente a chamada licitação pública, na voz assertiva de Pedro Durão²⁸, *in verbis*: “[...] *que la licitación pública es una sucesión ordenada de actos que se inicia com la convocatória. Esta deberá contener la especificación de las obras y servicios a contratar y será sometida alque corresponde autorizar el gasto.*” E, segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro²⁹ pode-se também conceituar as licitações públicas, nos seguintes termos:

[...] o procedimento administrativo pelo qual um ente público, no exercício da função administrativa, abre a todos os interessados, que se sujeitem às condições fixadas no instrumento convocatório, a possibilidade de formularem propostas dentre as quais selecionará a aceitará a mais conveniente para a celebração do contrato.

No mesmo diapasão, Pedro Durão³⁰ de forma extremamente lúcida esclarece em seus ensinamentos que:

[...] a licitação pública nos dá uma ideia de concorrência na qual os licitantes exibem seus produtos e serviços, tornando-se viável a contratação por parte da Administração Pública em resposta ao interesse coletivo. [...] Não é por acaso que a Administração Pública tem a obrigação de adquirir bens e serviços através de um modelo jurídico previamente estabelecido. Ao mesmo tempo, a licitação fundamenta-se na multiplicidade de fornecedores ou melhor, na concorrência para viabilizar

As licitações públicas encontram-se regulamentadas no bojo da Constituição Federal de 1988 que em seu artigo 37, inciso XXI³¹ e mencione-se igualmente que, muito embora a lei autorize a realização de contratação direta, a regra geral determina que na maioria das hipóteses seja observada a obrigatoriedade do procedimento licitatório, com ampla concorrência. Importa dizer que o procedimento licitatório tem por objetivo precípua o atendimento ao interesse público, ou melhor, o bem-estar coletivo.

Nesse interregno, não é por acaso que a Administração Pública tem a obrigação de adquirir bens e serviços através de um formato jurídico previamente estabelecido e vinculativo. Ao mesmo tempo, a licitação funda-se na diversidade de fornecedores, ou melhor, na

²⁸DURÃO, Pedro. Licitación Pública: parámetro y supranacionalidade. Curitiba: Juruá, 2015. p. 27-28.

²⁹PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. Direito Administrativo. 34. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 384.

³⁰DURÃO, Pedro. Licitações Públicas. Aracaju: DireitoMais, 2018. p. 29.

³¹BRASIL. Constituição Federal de 1988. Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: [...] XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

concorrência para viabilizar uma melhor contratação do que é essencial para o funcionamento dos órgãos públicos e a satisfação do interesse social³².

É fato que, para viabilização da melhor contratação para o funcionamento da máquina pública, é imprescindível que o rígido procedimento administrativo a ser empregado observe uma série de atos e fatos de modo a concretizar a vontade contratual, de forma isonômica e igualitária entre todos os licitantes. E, de acordo com de Diogo de Figueiredo Moreira Neto³³:

A voz da licitação está positivada por sinédoque, não muito esclarecedora, uma vez que licitar significa oferecer quantia ou lance, designando apenas a fase inicial de um processo administrativo que se caracteriza, em seu todo, pela concorrência processualizada de interessados em negociar com a Administração, de modo que melhor seria falar-se, genericamente, em processo concorrencial, para designar o instituto, e em princípio da competição, para apontar seu fundamento jurídico.

Por meio do procedimento licitatório, o Estado oportuniza a todos os interessados que se submetam às condições fixadas no edital convocatório, a possibilidade de apresentação de proposta. E, é fato que a concorrência entre empresas, como fator obrigatório na maioria das modalidades licitatórias, permite a promoção da isonomia e, em via paralela, também favorece o chamado princípio da vantajosidade em favor da Administração Pública, que ao adquirir bens e contratar serviços, favorecendo a ampla e igualitária concorrência entre os interessados, preserva o erário de despesas desnecessárias ou exorbitantes, contratando por justo preço e ao empregar adequadamente tais recursos, possibilitando por fim que a máquina estatal seja movimentada de forma econômica, sobretudo investindo com maior benefício à coletividade. Segundo Marçal Justen Filho³⁴, *in verbis*:

A vantagem caracteriza-se como a adequação e satisfação do interesse coletivo por via execução do contrato. A maior vantagem possível configura-se pela conjugação de dois aspectos inter-relacionados. Um dos ângulos relaciona-se com a prestação a ser executada por parte da Administração; o outro valor vincula-se à prestação a cargo do particular. A maior vantagem apresenta-se quando a Administração assumir o dever de realizar a prestação menos onerosa e o particular se obrigar a realizar a melhor e mais completa prestação. Configura-se, portanto, uma relação custo-benefício. A maior vantagem corresponde à situação de menor custo e maior benefício para a Administração.

³²DURÃO, Pedro. Licitações Públicas. Aracaju: DireitoMais, 2018. p. 29.

³³NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. Curso de Direito Administrativo. 16 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 273.

³⁴FILHO, Marçal Justen. Comentários à lei de licitações e contratos administrativos. 12. ed. São Paulo: Dialética, 2008, p. 63.

O chamado princípio da vantajosidade nada mais é que a melhor aplicação do recurso público, de modo que o gasto seja feito com sobriedade, preservando os cofres públicos e, ao mesmo tempo, resultando em melhor eficiência dos serviços ofertados pelo Estado. E, logicamente, uma máquina pública mais enxuta e eficiente, por consequência fomenta o desenvolvimento nacional, uma vez que viabiliza, por exemplo, a execução de obras essenciais com maior celeridade, fortalecendo a infraestrutura e dinamizando a economia nacional.

Observa-se claramente uma estreita vinculação entre o princípio da vantajosidade e o desenvolvimento nacional sustentável em sentido estrito, uma vez que a Administração Pública, ao investir de forma racional e racionalizada, por assim dizer, permite que a melhor eficiência no gasto público seja revertida em economia para os cofres estatais, prestação de serviços mais eficientes e maior possibilidade também de investimento em setores-chaves do país, como a educação, pesquisa científica, infraestrutura e, até mesmo, a economia decorrente das contratações públicas pode viabilizar uma expressiva desoneração de diversos setores da sociedade, alcançando em especial a população mais desfavorecida economicamente.

Quando a máquina pública não investe de forma adequada e eficiente o erário, toda a população paga pela má gestão estatal, que precisa arrecadar mais, elevando impostos ou criando novas fontes de arrecadação a fim de custear as exorbitantes despesas públicas. Não por acaso, se vê hodiernamente a grave crise da elevação dos preços da gasolina e de outros combustíveis fósseis, por exemplo, cuja maior fatia do preço – aquele que chega às bombas de combustível e é cobrado do consumidor final – é composto por tributos federais, tais como o PIS, COFINS e CIDE, e os impostos de ordem estadual, como o ICMS³⁵ que totalizam aproximadamente 40% (quarenta por cento) do custo repassado à sociedade.

Considerando, por lógica, o grave *déficit* orçamentário e o momento de recessão econômica, o que leva a inviabilidade de redução de impostos, tudo isso aliado a péssima qualidade dos gastos com a máquina pública – que, em grande parte é decorrente, em especial, de licitações mal conduzidas – o resultado é o estrangulamento da economia que, travancada por altos impostos, tais como aqueles que são aplicados aos combustíveis, resulta num verdadeiro efeito dominó, um ciclo vicioso que parte da má gestão pública e descamba na atual recessão econômica, sem grande perspectiva de solucionamento.

É tão evidente a relevância da eficiência no gasto público que, mencionando a alta dos combustíveis – cujo custo é majorado pela excessiva tributação – toda uma cadeia de serviços

³⁵FONTES, Giulia. ICMS é mesmo culpado por gasolina custar mais de R\$ 7, como diz Bolsonaro? Economia Uol, 2021. Disponível em: <<https://economia.uol.com.br/noticias/redacao/2021/08/28/composicao-preco-gasolina-imposto-icms.htm>> Acesso em: 25 de junho de 2022.

e mesmo a maior parte dos produtos industrializados, que dependem do transporte rodoviário para a sua distribuição em todo o território nacional, também inflacionam os preços cobrados do consumidor final e, em especial, os mais desfavorecidos financeiramente – a enorme parcela de indivíduos em situação de miserabilidade social – sofrem os efeitos deletérios de uma política pública que não prioriza a redução tributária. Ou seja, em resumo, todos pagam pela má eficiência estatal.

Depreende-se claramente a relevância da participação das empresas na contratação pública por meio das licitações que, quando bem conduzidas, favorecem diretamente o fortalecimento da economia nacional e podem estimular a superação do atual cenário brasileiro de recessão e endividamento público e privado.

2.4 Uma breve análise da técnica normativa brasileira: alguns preceitos comparados

Hodiernamente, há uma forte tradição de constitucionalização como um todo do Direito brasileiro e, evidentemente, não seria diferente sobre a importante vertente administrativista representada pelo grande marco normativo delineado na Lei nº 14.133/2021. E, entre as diversas inovações consignadas no estreante diploma, o legislador conferiu extrema importância ao imprescindível vetor axiológico consolidado em diversos princípios constitucionais que foram reunidos de forma expressa no bojo de seu artigo 5º³⁶.

Por lógica, em uma primeira leitura, percebe-se que a intenção do legislador foi justamente deixar sedimentado que as contratações públicas deverão ser devidamente norteadas pelos princípios encartados na Carta Cidadã, fato que não poderia ser diferente. Depreende-se que, fazendo-se um breve comparativo a respeito dos princípios elencados na legislação anterior, ou seja, a Lei nº 8.666/1993³⁷, é de se notar que a seu tempo, esta foi muito mais econômica³⁸ no que pertine aos seus mandamentos norteadores. Observa-se com clareza que o

³⁶BRASIL, Lei nº 14.133/2021: “Art. 5º Na aplicação desta Lei, serão observados os princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade, da eficiência, do interesse público, da probidade administrativa, da igualdade, do planejamento, da transparência, da eficácia, da segregação de funções, da motivação, da vinculação ao edital, do julgamento objetivo, da segurança jurídica, da razoabilidade, da competitividade, da proporcionalidade, da celeridade, da economicidade e do desenvolvimento nacional sustentável, assim como as disposições do Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro).”

³⁷A lei nº 8.666/1993, ao seu tempo, regulamentara de forma bastante concisa o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, que institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências.

³⁸BRASIL, Lei nº 8.666/1993: “Art. 3º - A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.”

novo diploma normativo acompanhou a premente necessidade de significativas de mudanças na forma como o Estado conduz as contratações públicas, de modo a prestigiar sobretudo, o bem-estar do cidadão e, em primeira e última instância, a coletividade, que é o principal destinatário dos serviços de natureza estatal.

É notório que a economia globalizada, as constantes oscilações monetárias, as crises imprevisíveis e reiteradas que abalam, de tempos em tempos, a economia mundial e mesmo a própria transformação das necessidades do cidadão, justificam que o Estado acompanhe o processo evolutivo econômico-social, a fim de que se adeque a realidade contemporânea.

Presentemente, é cada vez mais profunda e intrínseca a interconexão entre as diversas nações, de modo que uma crise ou abalo financeiro decorrente de instabilidade política do outro lado do mundo é notoriamente capaz de influenciar países há milhares de quilômetros de distância. Um grande exemplo dessa intensa extrema globalização entre as nações, sem sombra de dúvida, é a atual guerra entre Rússia e Ucrânia, que afetou desde o preço do pão francês consumido rotineiramente pelos brasileiros até a produtividade agrícola, uma vez que a crise internacional decorrente da invasão russa ao território ucraniano, abalou de forma significativa as exportações de fertilizantes promovidas por ambos países, enquanto grandes fornecedores mundiais do referido insumo.

Insta mencionar que, muitas vezes, o legislador ocupara-se em reproduzir ideias já consolidadas normativamente em outros países, adequando-as à sistemática local, fato que não seria diferente em relação aos princípios jurídicos norteadores da legislação brasileira, conforme se verá apontado alhures no presente estudo.

A expressão princípio deriva do termo latino *principium*, que significa origem, começo ou ponto de partida³⁹. O ser humano e, por consequência suas instituições, são reflexos de seu modo de pensar, agir e interpretar o mundo. E mesmo essa interpretação sob o atual viés constitucionalista do Direito Administrativo e, sobretudo, das licitações públicas, certamente, do ponto de vista principiológico e constitucional, decorrem igualmente do estado de coisas e da conjuntura em que está inserido o tormentoso e complexo homem contemporâneo. E, coadunando com esse entendimento situam-se diversos doutrinadores, inclusive o já citado Luís Roberto Barroso⁴⁰.

³⁹Significado de Princípios. Significados, 2022. Disponível em: <<https://www.significados.com.br/principios/>>. Acesso em: 08 de junho de 2022.

⁴⁰Nesse mesmo diapasão vale consignar as seguintes lições: “A interpretação dos fenômenos políticos e jurídicos não é um exercício abstrato de busca de verdades universais e atemporais. Toda interpretação é produto de uma época, de um momento histórico, e envolve os fatos a serem enquadrados, o sistema jurídico, as circunstâncias do intérprete e o imaginário de cada um. A identificação do cenário, dos atores, das forças materiais atuantes e da

Também é igualmente notório que as constantes alterações tecnológicas, sociais e econômicas, foram a grande mola propulsora do sincretismo jurídico que tanto caracteriza os princípios expressamente encartados no bojo da lei nº Lei nº 14.133/21 ora sob perfunctória análise.

É fato que ao consignar os princípios norteadores da nova lei administrativa, o legislador não inovara quando reproduzira os mesmos vetores constantes no art. 37 da Carta Cidadã, quais sejam: os princípios da impessoalidade, legalidade, moralidade, eficiência e publicidade. No entanto, além de reproduzir aqueles já elencados na lei nº 8.666/1993, foram adicionadas novas diretivas principiológicas que merecem a devida referência e que serão tratados com melhor amplitude nos tópicos subsequentes, tais como os princípios do Desenvolvimento Nacional Sustentável, Economicidade e Vantajosidade – todos diretamente conectados com a necessidade de melhor eficiência no dispêndio do erário.

Note-se que houvera, por parte do legislador, uma verdadeira tentativa de consolidação de diretivas já existentes na legislação brasileira e a demonstração expressa da necessidade de consolidação de princípios muitas vezes olvidados pelos gestores e agentes públicos em geral. No entanto, qual seria a real motivação dos legisladores contemporâneos ao consignarem de forma tão explícita diversos princípios normativos que já eram previstos na lei? Essa é uma resposta falsamente simples e que demanda, sobretudo, ao menos uma sintética análise cultural e sociológica do padrão de conduta da sociedade brasileira – análise esta que será realizada dentro de limites perfunctórios e sob a ótica pragmática da pesquisadora.

Desde ultrapassados séculos, a técnica normativa brasileira sempre demonstrou uma excessiva preocupação por parte dos gestores públicos – exercessem eles funções eletivas ou não – em satisfazer uma evidente preocupação com o detalhismo das leis que regem a conduta social dos cidadãos, bem como o *modus operandi* que norteia a atuação de instituições públicas e privadas. Sempre houve uma preocupação exacerbada do poder legislativo – ou quem fizesse suas vezes - por disciplinar os mais ínfimos detalhes da vida do indivíduo no seio da coletividade.

A Constituição Federal de 1988, ao longo de suas mais de três décadas de existência jurídica, é reiteradamente alvo de críticas pelo extenso *hall* de artigos elencados, decorrentes de mais de uma centena de emendas e, em especial, quando é comparada à inúmeras outras

posição do sujeito da interpretação constitui o que se denomina de pré-compreensão.” (BARROSO, Luís Antônio. Fundamentos teóricos e filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro. Revista da Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro. v. 4, n. 15, p. 12, 2001.)

legislações do mesmo gênero, em vigência em outras nações. Vale consignar que, não por acaso, nos Estados Unidos da América, a constituição local apresenta apenas sete artigos de lei, aos quais foram acrescidos ao longo de mais de duzentos e trinta anos de existência, apenas e tão somente vinte e sete emendas constitucionais⁴¹ tendo sido, inclusive, a primeira constituição no mundo na qual constara a expressão “povo”.

Também é igualmente notório que o “formato” constitucional de uma nação é a expressão das suas próprias tradições jurídicas. Se fossemos nos aprofundar em uma análise comparativa entre as constituições brasileira e norte-americana – que não é o objetivo da presente digressão - já deveria ser considerado logo de plano o fato de que nos EUA, os Estados têm muito mais autonomia legislativa do que o Poder Público Federal – o que não ocorre do mesmo modo aqui no Brasil.

Além disso, importa mencionar que apesar da rigidez da Constituição Norte-Americana e seus sete artigos, a verdade é que ela se apresenta extremamente flexível na prática – especialmente considerando o seu interessante processo informal de emenda constitucional, bem como o sistema *common law* inteligentemente adotado pelos constituintes americanos. Nesse sentido, vale mencionar Guilherme Bollorini Pereira⁴²:

[...] o direito nos EUA é concebido como jurisprudencial, fundado nos precedentes e na razão. As leis e regulamentos são observados como complementos corretivos de um corpo de direito que lhes preexiste, a *common law*. Além disso, há a distinção fundamental entre direito federal e direito dos Estados. [...].

Nota-se, em verdade, que os constituintes americanos foram bastante econômicos e sábios no processo de elaboração da sua respectiva Constituição, inclusive criando mecanismos tão complexos de emenda constitucional formal, conforme se observa no seu artigo V⁴³, a fim de dificultar ao máximo que o texto originário fosse modificado. Não por acaso, diversos doutrinadores americanos atribuem a curiosa expressão de constituição “entrincheirada”, tal é

⁴¹BEZERRA, Juliana. Constituição Americana. Toda Matéria, 2022. Disponível em: <<https://www.todamateria.com.br/constituicao-americana/>>. Acesso em: 05 de maio de 2022.

⁴²PEREIRA, Guilherme Bollorini. A experiência constitucional Norte-Americana. Revista da EMERJ, Rio de Janeiro, V. 5, n.17, 2002. p. 174-192.

⁴³ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, Constituição dos Estados Unidos da América, 1787: “ARTIGO V - Sempre que dois terços dos membros de ambas as Câmaras julgarem necessário, o Congresso proporá emendas a esta Constituição, ou, se as legislaturas de dois terços dos Estados o pedirem, convocará uma convenção para propor emendas, que, em um e outro caso, serão válidas para todos os efeitos como parte desta Constituição, se forem ratificadas pelas legislaturas de três quartos dos Estados ou por convenções reunidas para este fim em três quartos deles, propondo o Congresso uma ou outra dessas maneiras de ratificação. Nenhuma emenda poderá, antes do ano de 1808, afetar de qualquer forma as cláusulas primeira e quarta da Seção 9, do Artigo I, e nenhum Estado poderá ser privado, sem seu consentimento, de sua igualdade de sufrágio no Senado.”

a complexidade do seu processo de emenda formal. Importa, inclusive, mencionar a assertiva análise de Heather Kristin Gerken⁴⁴ ao afirmar que:

O Artigo V bloqueou nossas energias de reforma constitucional, impedindo sua libertação, e ele quer abrir o portão e permitir que aqueles impulsos para seguir seu caminho mais natural - emenda constitucional formal. O que quero sugerir, pelo contrário, é que, ao bloquear a maioria das alterações formais, o Artigo V redireciona efetivamente essas energias constitucionais para diferentes canais potencialmente mais produtivos [...]. (livre tradução)

Tal realidade, evidentemente, não se observa na realidade legislativa pátria, uma vez que muito embora a Carta Cidadã de 1988 tenha determinado que o processo de emenda formal constitucional obedecesse a importantes especificidades normativas encartadas no bojo do próprio texto constitucional, o fato é que mesmo os importantes requisitos elencados no seu art.60⁴⁵, as incontáveis emendas constitucionais – ainda que sob o crivo do controle judicial de constitucionalidade – são resultantes de meros conchavos e acordos políticos que se limitam a apenas e tão somente, atender a demandas socioeconômicas de reiterado carácter transitório. Nota-se, ademais, que o referido art. 60 da Carta Cidadã, na prática, trata-se de letra morta, dados os diversos interesses manipulativos presentes nas casas legislativas.

É de se salientar que a Carta Cidadã foi promulgada em meio a um período de transição política: a nação abandonava a roupagem da Ditadura amargada por mais de duas décadas e passava a adotar, de modo extremamente precário, um sistema político de cunho democrático⁴⁶. E, somente por essa característica, percebe-se que o sistema normativo local, ainda viciado pelo autoritarismo, apegando-se à uma antiquada postura de positivação exagerada de ínfimos aspectos da vida em sociedade, tinha - e permanece tendo – por objetivo tolher a liberdade de uso do bom senso e da razão do cidadão comum.

⁴⁴GERKEN, Heather K. Hydraulics of Constitutional Reform: A Skeptical Response to Our Undemocratic Constitution. Drake Law Review, V. 55, 2007. p. 925-943.

⁴⁵BRASIL, Constituição federal de 1988: “Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta: I - de um terço, no mínimo, dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal; II - do Presidente da República; III - de mais da metade das Assembleias Legislativas das unidades da Federação, manifestando-se, cada uma delas, pela maioria relativa de seus membros. § 1º A Constituição não poderá ser emendada na vigência de intervenção federal, de estado de defesa ou de estado de sítio. § 2º A proposta será discutida e votada em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, considerando-se aprovada se obtiver, em ambos, três quintos dos votos dos respectivos membros. § 3º A emenda à Constituição será promulgada pelas Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, com o respectivo número de ordem. § 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: I - a forma federativa de Estado; II - o voto direto, secreto, universal e periódico; III - a separação dos Poderes; IV - os direitos e garantias individuais. § 5º A matéria constante de proposta de emenda rejeitada ou havida por prejudicada não pode ser objeto de nova proposta na mesma sessão legislativa.”

⁴⁶LEIS do tempo do imperador: Brasil conserva regras arcaicas e sem utilidade. GZH Geral, 2013. Disponível em: <<https://gauchazh.clicrbs.com.br/geral/noticia/2013/04/leis-do-tempo-do-imperador-brasil-conserva-regras-arcaicas-e-sem-utilidade-4098021.html>>. Acesso em: 05 de maio de 2022.

Trata-se, notoriamente, de um significativo resquício dos governos ditatoriais que tencionaram restringir, ao máximo, qualquer expressão de autonomia da coletividade. E, do mesmo modo, uma demonstração implícita da falta de confiança geral na assertividade do jurisdicionado – ao qual poderia ser conferida pelo legislador maior liberdade de escolha diante dos conflitos da vida em comum.

Importa considerar que leis extremamente detalhistas também demonstram o arraigo apego pela burocracia do Poder Público e a enorme dificuldade prevalecente em simplificar e otimizar o desenrolar de processos e procedimentos de cunho administrativo e jurídico. O brasileiro submerge sob o peso de legislações que deveriam ser “enxugadas” ou atualizadas pelo legislador, a fim de tolher essa mesma perniciosa burocracia.

No âmbito exclusivamente judiciário, é igualmente reproduzido o mesmo padrão, ao passo em que a cultura jurídica brasileira não apreendeu inteiramente – na prática - que é muito mais vantajosa a busca pela resolução de conflitos extrajudicialmente, ao invés de esperar-se uma morosa resolução judicializada. Há quem alimente inclusive – e alegremente - a velha expressão popular de que *“leis em excesso, advogados felizes.”*⁴⁷

Note-se, sobretudo, uma necessidade exacerbada de regulação dos grandes eventos mobilizadores da opinião pública aos mais ínfimos aspectos da vida cotidiana, como se o legislador considerasse o cidadão comum incapaz de autodeterminar-se, o que acarreta, sem sombra de dúvida, uma excessiva judicialização da vida do brasileiro e, por lógica, a natural sobrecarga dos tribunais pátrios. A esse respeito, veja-se o que diz Clara Angélica Gonçalves Cavalcanti Dias⁴⁸:

[...] com a promulgação da Constituição Federal de 1988 e a redemocratização do Brasil, o país gradativamente, sofre um processo de judicialização, ou seja, questões de repercussão política e social que antes eram solucionadas pelo Congresso Nacional e pelo Poder Executivo, estão sendo cada vez mais decididas pelo Judiciário.

Todavia, apesar das controvérsias que envolvem a técnica normativa e o excesso de detalhismo da legislação em vigência, é preciso reconhecer a assertividade do legislador ao consignar expressamente importantes princípios constitucionais na letra do art. 5º da Nova de Licitações, conforme se verá a seguir demonstrado.

⁴⁷PASTORE, José. Leis em excesso, advogados felizes. José Pastore, 1996. Disponível em: <https://www.josepastore.com.br/artigos/ac/ac_025.htm>. Acesso em: 05 de maio de 2022.

⁴⁸DIAS, Clara Angélica Gonçalves Cavalcanti; CARVALHO, Ana Terra Teles de. Concretização do direito fundamental à justiça: novas vias para um antigo problema. in Encontro Nacional do CONPEDI – UFS, XXVI., 2015, Aracaju, Anais, Florianópolis: CONPEDI. 2015, fls. 304-323.

2.5 O princípio do desenvolvimento nacional sustentável: reflexões sociojurídicas

Uma das alterações normativas dignas de perquirição mais acurada, sem sombra de dúvida, centra-se na menção expressa ao Princípio do Desenvolvimento Nacional Sustentável constante na redação conferida ao art. 5º do novo diploma normativo. No entanto, é preciso que se frise, a escolha do legislador ao incluir o referido princípio adveio da necessidade de atender-se aos reclames sociológicos, econômicos e comportamentais do mundo contemporâneo.

É fato que os ditames do capitalismo, em qualquer uma das suas diferentes fases e apresentações, sempre impuseram ao ser humano a necessidade premente e constante de busca pela maximização do lucro. As empresas buscam a ampliação ininterrupta de dividendos e consolidação mercadológica. Entidades civis, instituições estatais – cada qual dentro da sua esfera de atuação – absorvem padrões organizacionais que visam imprimir em âmbito interno a mesma proposta capitalista que ao longo dos séculos pouco preocupou-se com o bem-estar da coletividade e o futuro das gerações vindouras.

Entretanto, a escassez de recursos naturais, o desmatamento, a qualidade de vida cada vez mais deficitária de boa parte da população – seja do Brasil ou de qualquer outra nação em desenvolvimento – demandaram a adoção de práticas sustentáveis, na esfera pública ou privada, a fim de que a busca incessante pela lucratividade imposta pelo capitalismo não inviabilize em definitivo o bem-estar coletivo.

Sustentabilidade, para além da adoção de meras práticas que visem a preservação do meio ambiente, também se reporta à padrões comportamentais ou organizacionais voltados para o suprimento digno das diversas necessidades das coletividades (presentes e futuras) sem que haja um esgotamento dos recursos naturais. À despeito de políticas públicas pouco preocupadas com a preservação do meio ambiente e diante do claro desmonte de órgãos e entidades voltadas para a preservação ambiental, é preciso dizer que a Carta Cidadã de 1988 foi a primeira constituição promulgada que efetivamente reportou-se ao meio ambiente enquanto bem jurídico digno de tutela pelo Estado.

É de se notar que foi dada tanta relevância pelos constituintes da necessidade de preservação ao meio ambiente, que a Carta Magna em seu art. 23⁴⁹ taxativamente impõe como

⁴⁹BRASIL, Constituição federal de 1988: “Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: I - zelar pela guarda da Constituição, das leis e das instituições democráticas e conservar o patrimônio público; II - cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência; (Vide ADPF 672) III - proteger os documentos, as obras e outros bens de valor histórico, artístico e cultural, os monumentos, as paisagens naturais notáveis e os sítios arqueológicos; [...] VI - proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas; VII - preservar as florestas, a fauna e a flora; VIII -

dever de todos os entes federativos a proteção ambiental. Do mesmo modo, não por acaso o art. 170⁵⁰ também estabelece enquanto dever da ordem econômica a ser efetivamente fiscalizado pelo Estado, a efetiva defesa ao meio-ambiente, dando-se tratamento diferenciado e rigoroso às atividades que promovam maior impacto ambiental de natureza lesiva.

E, entre outros dispositivos, vale mencionar igualmente, a relevância do teor do art. 186⁵¹, uma vez que diante de um contexto de profundo desenvolvimento da agricultura e pecuária – setores de atuação comercial brasileira destacada internacionalmente – mesmo a propriedade agrícola deve fazer uso adequado e racional dos recursos naturais e primar pela preservação ambiental. Já o art. 225⁵² de forma taxativa estabelece que todos têm direito a um meio ambiente equilibrado. Ou seja, esses e outros artigos de matriz constitucional mencionam expressa ou tacitamente a necessidade de uma conduta comprometida com o bem-estar das futuras gerações.

E, para além das disposições normativas - de carácter constitucional ou não – é preciso dizer que o desenvolvimento econômico sustentável também se tornou, do ponto de vista comercial, um excelente “negócio”, uma vez que a sociedade contemporânea, cada vez mais consciente e atenta ao *marketing* verde – ou seja, a comercialização de produtos e serviços, bem como a adoção de práticas empresariais que visem a proteção e promoção ambiental – também gera dividendos e interesse aguçado do mercado. A vinculação da imagem de empresas, entidades civis e estatais à prática de condutas sustentáveis tornou-se uma estratégia rentável e

fomentar a produção agropecuária e organizar o abastecimento alimentar; IX - promover programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico; X - combater as causas da pobreza e os fatores de marginalização, promovendo a integração social dos setores desfavorecidos; XI - registrar, acompanhar e fiscalizar as concessões de direitos de pesquisa e exploração de recursos hídricos e minerais em seus territórios [...].”

⁵⁰BRASIL, Constituição federal de 1988: “Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: [...] VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; [...]”

⁵¹BRASIL, Constituição federal de 1988: “Art. 186. A função social é cumprida quando a propriedade rural atende, simultaneamente, segundo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei, aos seguintes requisitos: I - aproveitamento racional e adequado; II - utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente; [...]”

⁵²BRASIL, Constituição federal de 1988: “Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. § 1º Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público: I - preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais e prover o manejo ecológico das espécies e ecossistemas; [...] V - exigir, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade; V - controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente; [...] VII - proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica [...].”

eficiente diante de uma sociedade cada vez mais preocupada em observar a postura ambiental dos diversos agentes atuantes no mercado.

A Administração Pública, a seu turno, ainda que sua atuação esteja imbuída de objetivos essencialmente diversos, uma vez que a obtenção de lucro não é a finalidade estatal, também não se furtou de acompanhar a evolução socioambiental da conjuntura humana para aplicar também em seus procedimentos à necessidade de observância do respeito à integridade ambiental.

Não por acaso foi instituída a Lei nº 12.305/2010 que prevê a chamada Política Nacional de Resíduos Sólidos e em seu art. 7º⁵³, entre outras medidas, determina a preferência pela aquisição de produtos de natureza reciclável e contratação de serviços compatíveis com os ditames da sustentabilidade. Nesse sentido, vale citar Juarez Freitas⁵⁴, *in verbis*:

É o princípio constitucional que determina, independentemente de regulamentação legal, com eficácia direta e imediata, a responsabilidade do Estado e da sociedade pela concretização solidária do desenvolvimento material e imaterial, socialmente inclusivo, durável e equânime, ambientalmente limpo, inovador, ético e eficiente, no intuito de assegurar, preferencialmente de modo preventivo e precavido, no presente e no futuro, o direito ao bem-estar físico, psíquico e espiritual, em consonância homeostática com o bem de todos.

Comente-se ainda que não apenas o poder legislativo preocupou-se em regulamentar expressamente a obrigação estatal de instituir mecanismos e procedimentos administrativos que visem garantir a preservação ambiental, como igualmente o poder judiciário deve valer-se desse mesmo princípio para exarar as suas manifestações jurisdicionais.

Contudo, para além das disposições normativas, é de se observar que a sustentabilidade das ações estatais se encontra, especialmente aqui no Brasil, em clara submissão à postura governamental do Poder Executivo, que manipula as políticas públicas visando muitas vezes o favorecimento das grandes corporações em detrimento de um meio ambiente cuja integridade seja, de fato, respeitada. Há, como cotidianamente se observa nos veículos de comunicação, uma perniciosa ingerência de interesses econômicos nos órgãos de defesa do meio ambiente, o

⁵³BRASIL, Lei nº 12.305/2010: “Art. 7º - São objetivos da Política Nacional de Resíduos Sólidos: I - proteção da saúde pública e da qualidade ambiental; [...] II - não geração, redução, reutilização, reciclagem e tratamento dos resíduos sólidos, bem como disposição final ambientalmente adequada dos rejeitos; III - estímulo à adoção de padrões sustentáveis de produção e consumo de bens e serviços; IV - adoção, desenvolvimento e aprimoramento de tecnologias limpas como forma de minimizar impactos ambientais; V - redução do volume e da periculosidade dos resíduos perigosos; VI - incentivo à indústria da reciclagem, tendo em vista fomentar o uso de matérias-primas e insumos derivados de materiais recicláveis e reciclados; VII - gestão integrada de resíduos sólidos; VIII - articulação entre as diferentes esferas do poder público, e destas com o setor empresarial, com vistas à cooperação técnica e financeira para a gestão integrada de resíduos sólidos; [...]”

⁵⁴FREITAS, Juarez. Sustentabilidade: direito ao futuro. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 51.

que gera uma intensa desarmonia entre os preceitos constitucionais, os interesses governamentais e o bem-estar social.

A atual política ambiental brasileira, sobrecarregada de interesses econômicos escusos, em reiteradas ocasiões descarta o dever constitucionalmente previsto de sustentabilidade, a fim de promover a maximização dos lucros de empresas privadas. Basta que seja analisada a complexa conjuntura da Amazônia que, mesmo sendo considerada o maior berço de riqueza e diversidade ambiental do mundo, vê-se reiteradamente alvo de garimpo ilegal, pecuária e agricultura de caráter potencialmente prejudicial à integridade daquele ecossistema, ao passo em que o poder público fecha deliberadamente os olhos para a atuação criminosa de empresas nacionais e estrangeiras, além dos particulares. Além disso, verifica-se ainda um verdadeiro processo de desmonte e desvalorização de relevantes órgãos federais, tais como o IBAMA⁵⁵, sem que haja o devido aporte de recursos, aparelhamento e agentes públicos que possam, efetivamente, coibir a atuação desses grupos criminosos e interesses escusos.

A atual postura governamental de claro desinteresse pelo desenvolvimento nacional sustentável, além de comprometer o bem-estar social em âmbito interno, também tem afetado a imagem do país perante a comunidade internacional.

O Brasil sempre foi tido como uma nação ecologicamente preocupada com a preservação do meio ambiente, uma vez que dispôs em seu próprio texto constitucional – de forma pioneira – a integridade do meio ambiente como verdadeiro bem jurídico a ser protegido em todas as esferas estatais. Não por acaso a Constituição Federal de 1988 é considerada, presentemente, uma das cartas constitucionais mais completas do mundo, diante da presença de claras disposições normativas que defendam a integridade ambiental.

Entretanto, a nação vem pagando um alto preço pelos desmandos governamentais, uma vez que diversas entidades internacionais deixaram de investir no Brasil, considerando a nova política de verdadeira agressão institucional ao meio-ambiente. Basta que seja mencionado a redução dos aportes financeiros da comunidade internacional, em favor do chamado Fundo Amazônia, que foi instituído por meio do Decreto nº 6.527/2009, por meio do Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social - BNDES, justamente destinado para a preservação sustentável da Amazônia legal, de acordo com o teor expresso de seu art.1º⁵⁶.

⁵⁵O Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis é o órgão federal responsável pela proteção das riquezas naturais e do meio ambiente nacional, bem como, também responde pela fiscalização das atividades consideradas potencialmente poluidoras, entre outras atribuições de relevo.

⁵⁶ BRASIL, Decreto nº 6.527/2009: “Art. 1º Fica o Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social - BNDES autorizado a destinar o valor das doações recebidas em espécie, apropriadas em conta específica denominada Fundo Amazônia, para a realização de aplicações não reembolsáveis em ações de prevenção,

Importa consignar que o Fundo Amazônia, administrado pelo BNDS, tem a função de realizar a captação de recursos e gerir investimentos a fundo perdido, cuja finalidade é promover a proteção da Amazônia e, dentre outras razões, minimizar os efeitos do aquecimento global – benefício almejado por toda a comunidade internacional, especialmente as nações desenvolvidas e mais comprometidas do ponto de vista ambiental. Nesse viés, diversos países que tendem a sofrer com maior intensidade os efeitos deletérios do aquecimento global realizavam significativos aportes ao referido fundo, que foram suspensos em virtude da atual política ambiental.

De modo que, considerando os diversos fatores políticos, econômicos e sociais que interferem na ampla concretização do relevante princípio do desenvolvimento nacional sustentável, aguarda-se com extrema ansiedade, presentemente, a mudança de postura política e governamental, com a finalidade de garantir-se o bem-estar das gerações futuras.

2.6 O *déficit* orçamentário brasileiro e seus efeitos na administração pública: os princípios da economicidade e vantajosidade no novo diploma licitatório

Não por acaso um dos grandes desafios dos gestores públicos é a busca pelo complexo equilíbrio entre as despesas efetuadas em virtude dos excessivos gastos administrativos e a arrecadação de impostos, uma vez que quaisquer alterações no panorama econômico nacional se refletem diretamente nos cofres estatais.

É fato, inclusive, que o Brasil é um dos países onde a população responde por uma das maiores cargas tributárias e, em contrapartida, os serviços públicos oferecidos – especialmente às camadas mais desfavorecidas – não correspondem aos impostos muitas vezes com caráter extorsivo que oneram superlativamente a parcela da população cujos rendimentos diminuem desproporcionalmente – seja em virtude do elevado custo de vida ou por conta do peso da inflação característica da atual conjuntura.

Além disso, há que se recordar outro fator determinante para a ampliação do *déficit* orçamentário – diga-se, o saldo negativo entre o que é arrecadado e gasto pelo Estado – decorre justamente da corrupção institucionalizada, decorrente de antigas e reiteradas práticas cometidas por agentes públicos, empresas e particulares – especialmente no ambiente licitatório

monitoramento e combate ao desmatamento e de promoção da conservação e do uso sustentável da Amazônia Legal, o qual contemplará as seguintes áreas: I - gestão de florestas públicas e áreas protegidas; II - controle, monitoramento e fiscalização ambiental; III - manejo florestal sustentável [...].”

– extremamente lesivas aos cofres públicos. Nesse sentido, vale registrar o que sabiamente diz Pedro Durão⁵⁷, *in verbis*:

Em verdade, a corrupção é um distúrbio nefasto que assola a Administração Pública e a sociedade. É uma prática usual que se processa fora do arcabouço legal de maneira obscura, inclusive com elevados índices nas licitações públicas. A corrupção demonstra a falta de preparo e de ética dos administradores, assim como a ineficiência do aparato administrativo para conter essa atmosfera viciada. [...] A corrupção funciona como uma depravação ou perversão capaz de beneficiar alguém em detrimento de outrem. Aliás, o que é a corrupção? Em sentido amplo, funciona como a madrastra das mazelas sociais, uma espécie de conduta antiética que desrespeita as normas, violando-as com o objetivo precípua de obter qualquer vantagem para si ou para outrem, gerando elevação da pobreza e, por efeito, obstáculos ao progresso e desenvolvimento nacional, que levam a marginalização da sociedade e crise em toda a humanidade.

Ainda que o poder legislativo tenha aprovado uma série de normativos em âmbito penal, civil e administrativo visando justamente obstar tais práticas espúrias, o fato é que enquanto não houver uma verdadeira mudança cultural em prol do respeito ao patrimônio público que é construído e sustentado pela excessiva carga tributária que todo cidadão brasileiro vê-se instado a suportar indistintamente, significativa parcela da arrecadação fazendária ainda permanecerá sendo objeto de desvio – fator relevante e corriqueiro, que afeta significativamente a majoração do *déficit* orçamentário.

E, para além dos crimes contra a Administração, importa mencionar que o despreparo de gestores e agentes públicos é outro agravante decisivo, uma vez que o erário ao ser mal gerido, naturalmente resultará sempre em prejuízo aos cofres públicos. Neste particular, é preciso ressaltar que as velhas práticas – especialmente oriundas do Poder Executivo em todas as esferas estatais – que priorizam a nomeação para cargos de relevo por indivíduos que muitas vezes não possuem o preparo específico para o desempenho da função e apenas atendem aos reclames políticos partidários, é outro fator determinante para o verdadeiro desperdício de dinheiro público investido em obras inacabadas, aquisição de bens e serviços deficitários, contratos superfaturados e uma verdadeira diversidade de práticas lesivas que em primeira e última instância, afetam diretamente o bem-estar da coletividade.

Outro aspecto digno de menção é justamente o hábito do desperdício de dinheiro público com a ausência de implantação de uma verdadeira cultura administrativista de respeito aos recursos de natureza estatal. Notadamente, no desempenho das atividades administrativas gestores e agentes públicos não buscam deliberadamente a utilização do erário de forma

⁵⁷DURÃO, Pedro. Licitações Públicas. Aracaju: DireitoMais, 2018. p. 136-137.

racional e equilibrada, resultando muitas vezes em compras desnecessárias e serviços mal prestados, o que por si só já é um fator de agravamento do *déficit* orçamentário.

O novo diploma licitatório materializado pela Lei nº14.133/2021, conforme já mencionado alhures no presente estudo, em seu art. 5º delineia diversos princípios que devem ser observados pela Administração e agentes públicos e, entre eles, deve ser citado o princípio da economicidade. Todavia, é preciso consignar que em âmbito administrativo, “economia” não necessariamente deve ser sinônimo de mera redução de gastos e sim a busca pelo equilíbrio entre a qualidade do serviço ou bem adquirido e o preço que efetivamente é cobrado pela aquisição estatal. E a busca por esta verdadeira harmonia é um dos fatores determinantes para a mitigação do enorme *déficit* orçamentário brasileiro. Neste diapasão, importa registrar as afirmações de Carvalho Rêgo⁵⁸:

O princípio da economicidade prescreve que a Administração Pública deve sempre atuar visando o resguardo do erário público, seja por meio da supressão de etapas inúteis nos procedimentos licitatórios, seja na busca por um preço menor nos contratos por ela assinados.

Insta ressaltar que, muito embora o chamado princípio da vantajosidade não esteja consignado expressamente no texto da Nova Lei de Licitações, decorre mesmo do próprio princípio da economicidade que a Administração Pública busque sempre, no bojo de suas compras públicas, não a mera vantagem ordinariamente falando, mas circunstância que favoreça o erário na escolha da proposta de compra do melhor serviço ou bem que apresente o mais adequado custo-benefício.

Importa consignar Justen Marçal Filho⁵⁹:

A vantagem caracteriza-se como a adequação e satisfação do interesse coletivo por via da execução do contrato. A maior vantagem possível configura-se pela conjugação de dois aspectos inter-relacionados. Um dos ângulos relaciona-se com a prestação a ser executada por parte da Administração; o outro valor vincula-se à prestação a cargo do particular. A maior vantagem apresenta-se quando a Administração assumir o dever de realizar a prestação menos onerosa e o particular se obrigar a realizar a melhor e mais completa prestação. Configura-se portanto, uma relação custo-benefício. A maior vantagem corresponde à situação de menor custo e maior benefício para a Administração.

⁵⁸RÊGO, Eduardo de Carvalho. Nova lei de licitações e contratos administrativos. 2. ed. Curitiba: Zênite, 2021. p. 27.

⁵⁹FILHO, Justen Marçal. Comentários à lei de licitações e contratos administrativos. 12. ed. São Paulo: Dialética, 2008, p. 63.

A grande expectativa ocasionada pela vigência da Nova Lei de Licitações é justamente, aliar a concretização, no âmbito da Administração Pública, do princípio da economicidade em busca da efetivação da vantajosidade a fim de otimizar, de forma mais plena e eficaz, o dispêndio das verbas públicas.

3 A NOVA LEI DE LICITAÇÕES EM PAUTA: PRINCIPAIS INOVAÇÕES MATERIAIS, PROCESSUAIS E ASPECTOS CÍVEIS NO CONTEXTO DAS CONTRATAÇÕES PÚBLICAS

3.1 A tramitação prioritária das ações em que seja discutida matéria licitatória: o problema da celeridade processual na mira do legislador brasileiro

Rui Barbosa, com grande propriedade, já dissera que “*a justiça atrasada não é justiça; senão injustiça qualificada e manifesta.*” Quase cem anos após consignar a célebre máxima, pouco mudara do ponto de vista da realidade judiciária brasileira. É fato que, hodiernamente, a virtualização dos processos judiciais proporcionou grandes avanços e enorme praticidade para os operadores do Direito em geral, desde os funcionários das serventias judiciais até o mesmo no âmbito do Supremo Tribunal Federal.

A tramitação eletrônica das ações é um caminho sem volta, que beneficiou um sem-número de atores, diretos e indiretos, do plano processual. Isso, sem falar, que as plataformas virtuais disponibilizadas pelos inúmeros tribunais brasileiros, muito embora não atuem de forma unificada, proporcionam experiências cada vez mais intuitivas e simples de operar. Ou seja, o advogado que labora no estado do Pará, de seu escritório ou *home office*, poderá protocolar e movimentar uma ação judicial no Rio Grande do Sul, sem qualquer necessidade de deslocamentos inúteis, diretamente do seu gabinete, diante da tela do computador, bastando que tenha acesso a um equipamento de configurações básicas e internet com razoável velocidade. Isso, sem contar que em virtude da realidade pandêmica, até mesmo o ato da audiência, conciliatória ou instrutória, tem sido realizada a distância por meio de diversos aplicativos virtuais. São incalculáveis os benefícios da virtualização dos processos judiciais.

Apesar das relevantes inovações que o isolamento social decorrente da pandemia do COVID-19 determinara para a realidade do Poder Judiciário brasileiro, velhos problemas continuam atuais e dão causa a uma série de obstáculos para a melhor prestação jurisdicional. Uma delas, sem sombra de dúvida, é o problema da excessiva judicialização de conflitos que poderiam, perfeitamente, não serem levados as portas dos tribunais.

Muito embora, é fato, na última década tenham se notabilizado importantes instrumentos de resolução de conflitos como os institutos da mediação e arbitragem, com o escopo principal de desafogar o Judiciário, mesmo assim, a utilização de tais recursos não se popularizou no dia a dia dos operadores do direito em geral, uma vez que subsiste um certo

predomínio da preferência pela busca do Judiciário para o solucionamento de todo e qualquer conflito, como reflexo de uma verdadeira cultura do embate jurídico generalizado.

De mais a mais, além do excessivo volume de ações que são levadas anualmente para a apreciação do Poder Judiciário, é igualmente verdade que há de forma inversamente proporcional, um reduzido número de magistrados disponíveis nos quadros dos tribunais para a resolução de tais demandas.

Há uma escassez crônica de juízes, o que dificulta em reiteradas ocasiões a tramitação processual mais célere. Basta fazer-se uma breve análise de dados já divulgados pelo portal do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) ao informar que no Brasil, somente no ano de 2017, havia uma média de 79,7 milhões de processos aguardando julgamento⁶⁰.

Persiste um reduzido quantitativo de força de trabalho da magistratura, uma vez que em geral, mesmo que haja elevada necessidade de contratação de novos juízes, normalmente os Tribunais não convocam o número suficiente de aprovados nos certames para o preenchimento das vagas ociosas, apesar do significativo *déficit* de aproximadamente 20% dos cargos da magistratura vagos.⁶¹ Não bastasse a limitada força de trabalho, também é igualmente verdade que há uma crescente onda de desprestígio da carreira da magistratura, especialmente após a aprovação da chamada Lei de Abuso de Autoridade, fato que culminou com o aumento do abandono da profissão antes mesmo da aposentadoria compulsória⁶².

Os inumeráveis entraves ao andamento mais célere das demandas judiciais são fatos praticamente inerentes à realidade do judiciário brasileiro que, no entanto, impactam fortemente a economia e o bem-estar coletivo, quando a morosidade afeta justamente o andamento de ações judiciais em que se discutem conflitos atinentes aos intrincados processos licitatórios. São inumeráveis as demandas cíveis, criminais e administrativas que se destinam a apurar conflitos decorrentes dos embates entre iniciativa privada e o Poder Público no âmbito das contratações estatais. Afinal, milhares de obras públicas Brasil à fora encontra-se paradas justamente em virtude de conflitos levados aos tribunais.

⁶⁰MONTENEGRO, Manuel Carlos. Há déficit de 19,8% de juízes no Brasil. Conselho Nacional de Justiça - CNJ, 2017. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/ha-deficit-de-19-8-de-juizes-no-brasil>>. Acesso em: 20 de novembro de 2021.

⁶¹JUSTIÇA, Com cargos vagos, Brasil tem déficit de 4,4 mil juízes. Jornal do Comércio, 2020. Disponível em: <https://www.jornaldocomercio.com/_conteudo/politica/2020/01/720660-com-cargos-vagos-brasil-tem-deficit-de-4-4-mil-juizes.html>. Acesso em: 20 de novembro de 2021.

⁶²Cresce o número de juízes que abandonam a carreira no Brasil. Conjur Consultor Jurídico, 2021. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2021-abr-05/cresce-numero-juizes-abandonam-carreira-brasil>>. Acesso em: 20 de novembro de 2021.

Com o intuito de sanar essa modalidade de obstáculo ao desenvolvimento nacional, a chamada Nova Lei de Licitações (Lei nº 14.133 em vigência desde 01 de abril de 2021) determinou o trâmite prioritário das ações em que se discute a aplicação do novo diploma normativo. Verifique-se os exatos termos do dispositivo em comento, *in verbis*: “Art. 177. O caput do art. 1.048 da Lei nº 13.105, [...] passa a vigorar acrescido do seguinte inciso IV: Art.1.048. [...] IV - em que se discuta a aplicação do disposto nas normas gerais de licitação e contratação a que se refere o inciso XXVII do caput do art. 22 da Constituição Federal.”

É de se observar que houvera uma alteração no artigo 1.048 do Código de Processo Civil de 2015, cuja redação original só previa tramitação prioritária de aplicação mais restrita, conforme se verifica na dicção integral do normativo⁶³. Comente-se que, antes da edição da Lei nº 14.133/2021 a concessão de prioridade na tramitação das ações estava, invariavelmente, vinculada a condições e circunstâncias atinentes a parte requerente. A nova previsão imposta no inciso IV do Art. 1.048 do referido diploma processual é uma inovação legislativa passível de inúmeras controvérsias, conforme depreende-se da dicção de seu respectivo art. 1º⁶⁴.

Ou seja, toda a qualquer demanda, indistintamente, em que se discuta a aplicabilidade da Lei nº 14.133/2021 deverá receber tratamento diferenciado em seu trâmite processual o que, diante da enormidade de ações de conteúdo atinente às contratações públicas, poderá configurar de certo modo, algo contraproducente. Contudo, é preciso consignar que o direito à tramitação processual célere é uma garantia de natureza constitucional, uma vez que a Carta Cidadã de 1988 prevê claramente a respectiva prerrogativa⁶⁵.

⁶³BRASIL, Código de Processo Civil de 2015: “Art. 1.048. Terão prioridade de tramitação, em qualquer juízo ou tribunal, os procedimentos judiciais: I - em que figure como parte ou interessado pessoa com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos ou portadora de doença grave, assim compreendida qualquer das enumeradas no art. 6º, inciso XIV, da Lei nº 7.713, de 22 de dezembro de 1988; II - regulados pela Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. III - em que figure como parte a vítima de violência doméstica e familiar, nos termos da Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006 (Lei Maria da Penha). IV - em que se discuta a aplicação do disposto nas normas gerais de licitação e contratação a que se refere o inciso XXVII do caput do art. 22 da Constituição Federal. §1º A pessoa interessada na obtenção do benefício, juntando prova de sua condição, deverá requerê-lo à autoridade judiciária competente para decidir o feito, que determinará ao cartório do juízo as providências a serem cumpridas. §2º Deferida a prioridade, os autos receberão identificação própria que evidencie o regime de tramitação prioritária. §3º Concedida a prioridade, essa não cessará com a morte do beneficiado, estendendo-se em favor do cônjuge supérstite ou do companheiro em união estável. §4º A tramitação prioritária independe de deferimento pelo órgão jurisdicional e deverá ser imediatamente concedida diante da prova da condição de beneficiário.”

⁶⁴BRASIL, Código de Processo Civil de 2005: “Art. 1º Esta Lei estabelece normas gerais de licitação e contratação para as Administrações Públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e abrange: I - os órgãos dos Poderes Legislativo e Judiciário da União, dos Estados e do Distrito Federal e os órgãos do Poder Legislativo dos Municípios, quando no desempenho de função administrativa; II - os fundos especiais e as demais entidades controladas direta ou indiretamente pela Administração Pública.”

⁶⁵BRASIL, Constituição Federal de 1988: “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] LXXVIII - a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.”

Reconhecendo a importância da tramitação célere das ações judiciais, lecionara Luiz Guilherme Marinoni⁶⁶ o seguinte:

[...] o direito de ação não depende apenas de prestações estatais destinadas a remover os obstáculos econômicos que impedem o acesso à justiça, mas igualmente de prestações normativas instituidoras de técnicas processuais idôneas à viabilidade da obtenção das tutelas prometidas pelo direito substancial. O direito de ação não é simplesmente o direito à resolução do mérito ou a uma sentença sobre o mérito. O direito de ação é o direito à efetiva e real viabilidade da obtenção da tutela do direito material.

No entanto, quanto ao novo dispositivo acrescido ao Código de Processo Civil de 2015, observa-se que o legislador tencionou priorizar, sobretudo, a supremacia do interesse público, uma vez que as questões de cunho licitatório implicam diretamente no desenvolvimento da economia nacional, bem como no bem-estar da coletividade. Verifica-se que, de forma implícita, o legislador procurou demonstrar a necessidade de conferir máxima celeridade no julgamento de demandas que versem a respeito das contratações estatais, a fim de remover um dos grandes obstáculos ao melhor investimento do erário.

Um exemplo notório do quanto é lesivo ao interesse social a morosidade no julgamento de demandas que versem a respeito de embates decorrentes dos processos licitatórios, sem sombra de dúvida, é o problema das paralisações de obras estruturantes em virtude de conflitos judiciais. É grande a ocorrência de suspensão de contratos entabulados por meio de licitações para com a Administração Pública quando, havendo indícios de irregularidades, é preciso acionar o Judiciário que não vê outra alternativa senão impedir o andamento da obra para investigar e punir eventuais crimes de natureza administrativa, fato reiteradamente observado especialmente durante a pandemia de COVID 19⁶⁷.

Tais paralizações muitas vezes se estendem além do esperado, em virtude da morosidade judicial na resolução de tais demandas o que, sem sombra de dúvida, é extremamente prejudicial aos interesses da coletividade. No entanto, é preciso fazerem-se algumas reflexões a respeito de aparentes contradições decorrentes da tramitação prioritária de processos em que se discutam matérias de cunho licitatório e temas correlatos.

Uma das grandes contradições, importa observar, é que em tais processos invariavelmente, a Administração Pública que é parte litigante, goza da prerrogativa do

⁶⁶MARINONI, Luiz Guilherme. Comentários ao art. 5º, XXXV. Comentários à Constituição do Brasil. J. J. Gomes Canotilho, Gilmar F. Mendes, Ingo W. Sarlet, Lênio L. Streck (coords.). São Paulo: Saraiva, 2013, p. 361.

⁶⁷SOUZA, Kleberson. Os 4 tipos de fraudes mais comuns nas licitações e contratos do covid 19. 3RCapacita: 2021. Disponível em: <<https://3rcapacita.com.br/artigo/principais-tipos-de-fraudes-constatadas-nas-licitacoes-e-contratos-do-covid-19>>. Acesso em: 07 de setembro de 2022.

cômputo dos prazos em dobro, nos termos do que dispõe o art. 183 do Novo Código de Processo Civil⁶⁸. Tal prerrogativa foi conferida em favor da Administração Pública, considerando justamente que o ajuizamento de ações ou defesa do Estado do ponto de vista processual demanda, muitas vezes, a movimentação de diversos setores públicos, para fornecimento de documentação, acervo probatório e etc. E esse trâmite muitas vezes é lento, de modo que a ampliação dos prazos processuais foi pensada justamente pelo legislador a fim de buscar-se compensar essa espécie de assimetria jurídico-administrativa.

Entretanto, pode-se pensar que conferir maior celeridade para tais ações, talvez, não se mostre tão favorável do ponto de vista da instrumentalização dos interesses estatais sob a ótica processual. Ou seja, é um contrassenso observar que se há a ampliação de prazos em favor da Administração Pública, justamente para retificar tais distorções, a celeridade processual conferida em processos em que se discutam demandas licitatórias talvez não seja tão pertinente quanto se poderia desejar, numa análise apressada.

Além disso, outra contradição digna de registro é o fato de que o próprio Código de Processo Civil já foi editado com vistas a promoção da celeridade processual e que tal benesse, conforme se verifica na dicção original do art. 1.048 antes da sua alteração legal, era conferida exclusivamente baseada na condição e circunstâncias pessoais da parte solicitante, tais como as vítimas de violência doméstica, idosos e portadores de moléstias graves, o que bastava para justificar o processamento de tais ações em caráter de urgência.

Contudo, muitas vezes, nos processos em que se discutem conflitos de pertinentes à contratação pública, os fatos ensejadores da ação não se mostram tão relevantes a ponto de que lhe sejam conferidos *status* prioritário. Ao contrário, muitas vezes tais demandas debatem questões corriqueiras e até mesmo de somenos importância.

Comente-se que, conferir tramitação prioritária a tais processos que representam uma parcela considerável das ações que abarrotam os escaninhos do Judiciário, significa necessariamente, desfavorecer a apreciação de ações cujo conteúdo tem maior impacto para sociedade.

Assim, muito embora o legislador tenha prestigiado a supremacia do interesse público quando buscou alterar o Código de Processo Civil em vigência para conferir maior celeridade processual às ações que debatem matéria licitatória, somente o tempo e os desdobramentos

⁶⁸BRASIL, Código de Processo Civil de 2015: “Art. 183. A União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e suas respectivas autarquias e fundações de direito público gozarão de prazo em dobro para todas as suas manifestações processuais, cuja contagem terá início a partir da intimação pessoal.”

jurisprudenciais dirão se o objetivo de legislador alcançará a efetividade esperada e, por consequência, se o bem-estar coletivo será, de fato, favorecido.

3.2 A assimetria cognitiva, o diálogo competitivo e a efetivação do princípio da eficiência nas licitações públicas

Muitas vezes a Administração Pública é incapaz de encontrar, por si só, a solução dos problemas ou entraves que lhe dizem respeito. Seja por falta de mão-de-obra qualificada, seja porque não dispõe de tecnologia precisa ou porque lhe falta competência técnica até mesmo para identificar com exatidão o problema que deve ser solucionado. No entanto, essa não é uma desconformidade exclusiva das gestões estatais brasileiras. O mundo inteiro padece, em maior ou menor grau, da mesma deficiência. De modo que, essa incapacidade própria dos sistemas de gestão que não foram pensados para as exigências concorrenciais características do competitivo *habitat* empresarial, é conhecida como assimetria cognitiva da Administração Pública. A respeito da problemática, cumpre citar Pedro Henrique Magalhães Marcolin⁶⁹ ao consignar que, *verbis*:

E isso decorre da própria organização da Administração Pública, que não foi desenhada para operar em regime de competição, a qual exige dos entes privados a constante inovação e modernização. Não há como se exigir do poder público que possua, em seus quadros, profissionais aptos à identificação e ao desenvolvimento de toda e qualquer solução para as suas infinitas demandas. Por vezes, o setor público apenas tem ciência do problema que pretende resolver, porém não detém a expertise técnica para elaborar até mesmo um projeto básico do objeto que pretende licitar, pois não possui conhecimento de como atender essa demanda, em especial quando a solução cabível sequer está disponível no mercado.

O legislador pátrio ciente das deficiências da Administração Pública para solucionar a grave questão da assimetria cognitiva, ao editar a Lei nº 14.133/2021, a chamada Nova Lei de Licitações, inaugurara no referido diploma normativo a figura do diálogo competitivo, como forma de retificar as distorções decorrentes das especificidades da gestão pública, comparativamente ao dinamismo próprio da iniciativa privada, conforme teor consignado taxativamente na referida lei⁷⁰.

⁶⁹MARCOLIN, Pedro Henrique Magalhães. Diálogo competitivo é uma mudança positiva para as contratações públicas. *Conjur*, 2021. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2021-abr-14/marcolin-licitacao-dialogo-competitivo-mudanca-positiva>>. Acesso em: 10 de novembro de 2021.

⁷⁰BRASIL, Lei nº 14.133/2021: “Art. 6º Para os fins desta Lei, consideram-se: [...] XLII - diálogo competitivo: modalidade de licitação para contratação de obras, serviços e compras em que a Administração Pública realiza diálogos com licitantes previamente selecionados mediante critérios objetivos, com o intuito de desenvolver uma

É de se notar, inclusive, que a modalidade licitatória conhecida por diálogo competitivo, muito embora seja uma inovação legislativa no contexto normativo brasileiro é uma reprodução de disposições concernentes aos procedimentos licitatórios realizados pela União Europeia. Inclusive no referido bloco econômico a modalidade que aqui foi denominada como diálogo competitivo, lá foi intitulada como diálogo concorrencial, conforme consigna expressamente a Diretiva 2014/24 do Parlamento Europeu e do Conselho da União Europeia⁷¹.

O modelo adotado aqui no Brasil é uma reprodução, quase literal, dos procedimentos já adotados desde 2014 pela União Europeia. No entanto, ao adotar tal instrumento licitatório, o legislador além de buscar solucionar o problema da assimetria cognitiva, também oportunizou que a iniciativa privada e sociedade em geral possam participar e contribuir com maior efetividade na resolução de questões concernentes às contratações públicas reiteradamente demandadas pelo Estado.

É de se notar que, na aludida ferramenta licitatória, a Administração Pública divulga por meio de edital as suas necessidades e convida empresas ou pessoas físicas interessadas para apresentarem, após rodadas de debates, as soluções que julgarem mais pertinentes à demanda apresentada pelos gestores. Após a realização de quantas rodadas de conversas forem necessárias, são apresentadas as propostas consolidadas e a Administração seleciona aquela que for mais apta a satisfazer a demanda estatal. Escolhida a proposta de solução mais pertinente, então, é divulgado o edital prevendo o procedimento licitatório habitual, na modalidade

ou mais alternativas capazes de atender às suas necessidades, devendo os licitantes apresentar proposta final após o encerramento dos diálogos; [...]. Art. 28. São modalidades de licitação: [...] V - diálogo competitivo. [...] Art. 32. A modalidade diálogo competitivo é restrita a contratações em que a Administração: I - vise a contratar objeto que envolva as seguintes condições: a) inovação tecnológica ou técnica; b) impossibilidade de o órgão ou entidade ter sua necessidade satisfeita sem a adaptação de soluções disponíveis no mercado; e c) impossibilidade de as especificações técnicas serem definidas com precisão suficiente pela Administração; II - verifique a necessidade de definir e identificar os meios e as alternativas que possam satisfazer suas necessidades, com destaque para os seguintes aspectos: a) a solução técnica mais adequada; b) os requisitos técnicos aptos a concretizar a solução já definida; c) a estrutura jurídica ou financeira do contrato; [...].”

⁷¹Diretiva 2014/24: “1. Nos diálogos concorrenciais, qualquer operador económico pode apresentar um pedido de participação em resposta a um anúncio de concurso, apresentando as informações para efeitos de seleção qualitativa solicitadas pela autoridade adjudicante. O prazo mínimo de recepção dos pedidos de participação é de 30 dias a contar da data de envio do anúncio de concurso. Só podem participar no diálogo os operadores económicos convidados pela autoridade adjudicante após a avaliação das informações prestadas. [...] Os contratos são adjudicados exclusivamente com base no critério da proposta economicamente mais vantajosa tendo em conta a melhor relação qualidade/preço nos termos do artigo 67. [...] 4. Os diálogos concorrenciais podem desenrolar-se em fases sucessivas, de modo a reduzir o número de soluções a debater durante a fase de diálogo, aplicando os critérios de adjudicação definidos no anúncio de concurso ou na memória descritiva. A autoridade adjudicante deve indicar, no anúncio de concurso ou na memória descritiva, se irá utilizar esta opção. 5. A autoridade adjudicante prossegue o diálogo até estar em condições de identificar a solução ou soluções suscetíveis de satisfazer as suas necessidades. 6. Depois de declararem encerrado o diálogo e de informarem do facto os participantes apurados, as autoridades adjudicantes solicitam a cada um deles que apresente as suas propostas finais com base na solução ou soluções apresentadas e especificadas durante o diálogo. Essas propostas devem incluir todos os elementos exigidos e necessários à execução do projeto.”

escolhida pelo Estado, a fim de que seja selecionada a empresa ou particular que apresente a proposta mais vantajosa para a contratação do serviço ou fornecimento do produto demandado pelo Estado, cuja definição já foi realizada alhures, em momento anterior, por meio do diálogo competitivo.

Observe-se, inclusive, que a nova modalidade licitatória visa prestigiar em especial a construção das soluções mais adequadas às demandas nas quais a Administração não detém a *expertise* necessária para a elaboração do projeto. Insta observar que a referida inovação também oportuniza maior participação e integração da sociedade nas questões atinentes a melhor gestão estatal.

Além disso, a previsão legal no novo diploma normativo demonstra o próprio reconhecimento pelo Estado da sua incapacidade de dirimir problemas que, muitas vezes, somente a iniciativa privada apresenta a melhor tecnologia para o necessário solucionamento. Vale consignar igualmente as assertivas de João Guilherme Duda⁷² ao registrar que, *verbis*:

Das hipóteses de uso extraímos a finalidade dessa nova modalidade. É a adequação da administração pública ao atual paradigma tecnológico e industrial que, pela capacidade quase infinita de comunicação e computação de dados, permite quase infinitas inovações e otimizações de bens e serviços, orientadas pela demanda do cliente. Também em razão dessa infinidade de dados e tecnologias, no atual paradigma, não é raro que o fornecedor, não o cliente, saiba qual a melhor solução tecnológica e econômicas para o “problema” posto. São “soluções” como um sinônimo de “bens e serviços” e “necessidades” e “problemas” como alternativa ao tradicional projeto básico.

É de se observar que o novo instrumental licitatório prestigia claramente princípios atinentes a atividade administrativa pública e, em especial, o relevante Princípio da Vantajosidade, uma vez que, ao fomentar o debate para com a iniciativa privada a fim de alcançar-se a melhor solução para as demandas estatais, prestigia-se em primeiro lugar a qualidade do investimento do erário público e a otimização dos serviços prestados em favor da coletividade, especialmente no atual contexto de crise econômica agravada pela pandemia em curso, em virtude do que deve ser privilegiado o menor dispêndio de verbas e a maior eficiência e mesmo a lucratividade da contratação ou aquisição tencionada pelo Estado.

O legislador ao prever na Lei nº 14.133/2021 o diálogo competitivo visou prestigiar a melhor relação entre qualidade e preço, uma vez que permitindo essa espécie de pré-concorrência, por assim dizer, a Administração Pública poderá selecionar a melhor proposta de resolução da demanda estatal que também prestigie a economicidade, uma vez que nos modelos

⁷²DUDA, João Guilherme. Nova Lei de Licitações: análise econômica da modalidade “diálogo competitivo”. JG Duda, 2021. Disponível em: <<https://jgduda.com.br/dialogo-licitacao>>. Acesso em: 21 de novembro de 2021.

licitatórios mais antigos, as empresas e particulares que trabalham com aquisições públicas sempre crescem ao preço final do bem adquirido ou serviço a ser prestado, a chamada margem de “risco”, ou seja, precificam o valor da contratação de forma aumentada a fim de majorar um determinado percentual no preço cobrado do Poder Público, considerando a possibilidade de defasagem monetária ao contratar com o Estado.

Por meio da utilização do diálogo competitivo é plenamente viável que esse percentual de defasagem seja suprimido a fim de ampliar a competitividade entre as empresas proponentes, conforme se verifica na dicção expressa do art. 5º do novo diploma normativo⁷³.

Verifica-se de pronto, que a inovadora ferramenta licitatória prestigia diversos princípios norteadores das contratações públicas. E, muito embora a chamada vantajosidade não esteja expressamente consignada na letra da lei, as inúmeras construções doutrinárias considerando a intenção implícita do legislador, fizeram as necessárias vinculações a referida diretriz normativa. Veja-se, inclusive, o manifesto inegável de Juarez Freitas⁷⁴, *in verbis*:

Nessa chave, nas licitações e contratações administrativas, forçoso assumir que a proposta mais vantajosa será sempre aquela que, entre outros aspectos a serem contemplados, apresenta-se a mais apta a causar, direta ou indiretamente o menor impacto negativo e, simultaneamente, os maiores benefícios econômicos, sociais e ambientais. Por esse prisma, o sistema de avaliação de custos, sob pena de violação flagrante do princípio constitucional em apreço, terá de ser reformulado e incluir os custos indiretos, no intuito de estimar os dispêndios futuros a serem efetuados em função dos previsíveis impactos sistêmicos das decisões administrativas tomadas e dos riscos assumidos. Ou seja, antes de licitar, não se podem ignorar, candidamente, os custos ambientais, sociais e econômicos de cada escolha administrativa.

O poder legislativo foi tão contundente em ressaltar a importância do princípio da vantajosidade no contexto das licitações públicas que o novo diploma normativo elenca expressamente a relevante diretiva administrativa na posição mesmo de objetivo do procedimento licitatório⁷⁵.

⁷³BRASIL, Lei nº 14.133/2021: “Art. 5º Na aplicação desta Lei, serão observados os princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade, da eficiência, do interesse público, da probidade administrativa, da igualdade, do planejamento, da transparência, da eficácia, da segregação de funções, da motivação, da vinculação ao edital, do julgamento objetivo, da segurança jurídica, da razoabilidade, da competitividade, da proporcionalidade, da celeridade, da economicidade e do desenvolvimento nacional sustentável, assim como as disposições do Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro).”

⁷⁴FREITAS, Juarez. Princípio da Sustentabilidade: licitações e a redefinição da proposta mais vantajosa. Revista de Direito da UNISC, Santa Cruz, nº 38, jul-dez 2012, p. 78.

⁷⁵BRASIL, Lei nº 14.133/2021: “Art. 11 — O processo licitatório tem por objetivos: I — assegurar a seleção da proposta apta a gerar o resultado de contratação mais vantajoso para a Administração Pública, inclusive no que se refere ao ciclo de vida do objeto; II — assegurar tratamento isonômico entre os licitantes, bem como a justa competição; III — evitar contratações com sobrepreço ou com preços manifestamente inexequíveis e superfaturamento na execução dos contratos; IV — incentivar a inovação e o desenvolvimento nacional sustentável [...]”

Entretanto, importa consignar a título de esclarecimento, que a proposta mais vantajosa para a Administração Pública não necessariamente é aquela cujo preço é mais acessível e sim, quando a contratação ou aquisição pretendida importa na melhor relação custo/benefício ao longo do tempo, em favor da coletividade. Ou seja, não são considerados apenas os fatores econômicos, tais como: menor preço, maior economia durante a execução do contrato, durabilidade. Levam-se em conta outros fatores, tais como a preservação do meio ambiente, menor potencial de poluição ambiental, redução de produção de resíduos, e ainda, são considerados os relevantes aspectos de cunho social, tais como os incentivos à redução das desigualdades, favorecimento de minorias étnicas e etc.

Assim, observa-se que, sem permissos de dúvida, o diálogo competitivo, enquanto inovação legal no contexto normativo licitatório, demonstrou a plena assertividade do legislador ao importar da legislação supranacional europeia para o intrincado cenário administrativo brasileiro, a importante ferramenta de incentivo aos princípios da eficiência e vantajosidade e, sobretudo, pela clara intenção do novel regramento em prol da preservação do erário e, em última estância, do melhor interesse da coletividade.

3.3 A virtualização das compras públicas, o princípio da publicidade e a ingerência social nos procedimentos licitatórios

Muito embora o princípio da publicidade nas contratações públicas não represente necessariamente uma diretiva inovadora no cenário da gestão de natureza estatal, tendo em conta que representa uma das mais importantes diretrizes norteadoras dos atos administrativos, é uma realidade indubitável que a maximização da virtualização das contratações públicas trouxera inquestionável avanço no fortalecimento da transparência e sobretudo, da ingerência indireta por parte da sociedade como um todo, bem como das entidades fiscalizatórias civis e públicas, no delicado contexto dos procedimentos licitatórios.

Utilizar-se da expressão ingerência indireta pode, num olhar apressado, implicar em certa contradição terminológica, uma vez que o termo ingerência refere-se ao “ato de tomar parte em algo que é da competência de outrem; intervenção indevida; intromissão.”⁷⁶ No entanto, muito embora possa denotar um sentido ligeiramente contraproducente à acepção

⁷⁶INGERÊNCIA. Infopédia Dicionários Porto Editora, 2021. Disponível em: <<https://www.infopedia.pt/dicionarios/lingua-portuguesa/contrato>>. Acesso em: 21 de novembro de 2021.

comum, do ponto de vista social, é de extrema relevância, especialmente quando se vincula o sentido do termo à importância do princípio da publicidade na Administração Pública.

Inicialmente, importa consignar que a expressão publicidade decorre do ato de tornar público, lançar luz, coletivizar o acesso às informações atinentes aos processos administrativos, a fim de que a sociedade tenha facilitado o amplo acesso aos dados concernentes a gestão da máquina estatal. De modo que a publicidade configura, em certo sentido, um importante óbice em desfavor da corrupção, uma vez que tornar público todos os passos pertinentes aos procedimentos licitatórios dificultam a ação de agentes criminosos, uma vez que reforça o controle social – ou seja, o controle pela coletividade - da fazenda estatal.

Priorizar a acessibilidade das informações atinentes aos certames públicos à população em geral, implica sobretudo em maior controle e fiscalização por parte dos interessados na melhor destinação do dinheiro proveniente da expressiva cobrança de impostos em desfavor do contribuinte brasileiro, que sofre continuamente os efeitos da malversação do erário decorrente dos deficitários mecanismos fiscalizatórios. Ou seja, não por acaso Maria Sylvia Zanella Di Pietro⁷⁷, a respeito da referida conceituação doutrinária, tece o seguinte arrazoado, *in verbis*:

Por ser pública a atividade da Administração, os processos que ela desenvolve devem estar abertos ao acesso dos interessados. Esse direito de acesso ao processo administrativo é mais amplo do que o acesso ao processo judicial; neste, em regra, apenas as partes e seus defensores podem exercer o direito; naquele, qualquer pessoa é titular desse direito, desde que tenha algum interesse atingido por ato constante do processo ou que atue na defesa do interesse coletivo ou geral, no exercício do direito à informação assegurado pelo artigo 5º, inciso XXXIII, da Constituição.

A publicidade dos atos administrativos não é apenas uma necessidade intrínseca das gestões estatais por sua própria natureza pública, mas é uma importante ferramenta fiscalizatória social, com o intuito de coibir atos lesivos ao patrimônio coletivo. E, sem sombra de dúvida, a virtualização dos procedimentos licitatórios configura enorme avanço neste particular, conforme se verá cabalmente demonstrado a seguir.

Nesse sentido, também importa consignar que em virtude do desinteresse da sociedade civil por acompanhar o desencadear de tais procedimentos, muitas vezes os princípios da publicidade e transparência quedam como letra morta, visto que os maiores interessados – ou seja, a coletividade – não buscam inteirar-se da forma como tem sido investido o dinheiro

⁷⁷PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. Direito Administrativo. 34. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 792.

público. Fato, inclusive, agravado por procedimentos que dificultam o acesso à informação. Nesse sentido, vale reportar as afirmações de Agustín Gordillo⁷⁸:

Es curioso que aunque el procedimiento de la licitación pública está concebido para satisfacer principios de la publicidad y transparencia en la gestión pública, son éstos las primeras víctimas que caen en su aplicación. Nada menos que la definición del objeto a contratar y las normas que regirán la selección del contratista y el contrato mismo, se efectúan sin publicidad ni participación ciudadana y en la mayor parte de los casos sin participación de los interesados potenciales.

Desta feita, entretanto, o legislador acertou ao determinar no bojo da Lei nº 14.133/2021, que doravante, respeitados os limites da vigência previstos no referido diploma normativo, as licitações públicas deverão tramitar, preferencialmente, em regime de processamento virtual. Nota-se que houve por parte de legislador uma grande preocupação para que houvesse uma efetiva migração do antigo sistema de licitação impressa para a modernização completa do processo, que deverá ser realizado de forma prioritariamente eletrônica⁷⁹.

Além de determinar a tramitação preferencial dos atos licitatórios por meio eletrônico, o legislador também alçou a necessidade de virtualização de tais procedimentos à condição de princípio, conforme se verifica no bojo do art. 12, que consignara taxativamente que no processo licitatório, “[...] os atos serão preferencialmente digitais, de forma a permitir que sejam produzidos, comunicados, armazenados e validados por meio eletrônico [...].”

Não bastasse a nova diretiva normativa que determina a tramitação eletrônica das contratações públicas, também foi consignada de forma expressa no teor da Lei nº 14.133/2021, como meio de maximizar a publicidade do procedimento licitatório, a criação do chamado Portal Nacional das Contratações Públicas (PNPC), conforme disposição elencada no art. 174, a seguir transcrito: “Art. 174. É criado o Portal Nacional de Contratações Públicas (PNCP), sítio eletrônico oficial destinado à: I – divulgação centralizada e obrigatória dos atos exigidos por esta Lei [...].”

A determinação legal de criação do chamado PNCP, além de prestigiar a publicidade e amplo acesso social aos procedimentos licitatórios, visa igualmente, incentivar a eficiência e celeridade nos referidos procedimentos, antigas demandas governamentais cujos esforços de resolução foram precipitados, em especial, por conta do contexto extremo da pandemia do

⁷⁸GORDILLO, Agustín. Tratado de Derecho Administrativo: La defensa del usuario y del administrado. 5. ed. Belo Horizonte: Del Rey e Fundación de Derecho Administrativo, 2003. p. XII-8.

⁷⁹BRASIL, lei nº 14.133/2021: “Art. 17. O processo de licitação observará as seguintes fases, em sequência: [...]§ 2º As licitações serão realizadas preferencialmente sob a forma eletrônica, admitida a utilização da forma presencial, desde que motivada, devendo a sessão pública ser registrada em ata e gravada em áudio e vídeo. [...]§ 4º Nos procedimentos realizados por meio eletrônico, a Administração poderá determinar, como condição de validade e eficácia, que os licitantes pratiquem seus atos em formato eletrônico [...].”

COVID 19, que exigiu dos gestores públicos medidas urgentes que agilisassem a tramitação das contratações públicas, mas que foram claramente dificultados pela característica burocracia e complexidade dos processos de natureza estatal.

Vale comentar, por oportuno, que há quase vinte anos atrás o já citado professor Agustín Gordillo ressaltava a importância da acessibilidade pública às informações atinentes aos procedimentos de contratações administrativas por meio virtual, conforme evidenciado a seguir⁸⁰:

En realidad, no es sólo ni principalmente en el boletín oficial y los diarios que deben publicarse los llamados. Es en la Internet donde también debe abrirse gratuitamente un sitio o página con los llamados a licitación del Estado nacional, provincial y municipal, con todos los detalles incluidos. Podrá decirse que esto es caro y es falso: basta con consultar los costos. [...] La publicidad y transparencia es justamente para permitir la crítica pública, la participación ciudadana, el control judicial y nada de ello puede hacerse eficazmente si – en primer lugar – no se conoce lo que la administración se apresta a contratar.

A migração dos procedimentos licitatórios presenciais para o contexto eletrônico representa, sobretudo, um grande esforço legislativo no sentido de modernizar, tornando mais eficiente e ágil a legislação administrativa pertinente às contratações estatais. Nota-se ainda que, a virtualização do procedimento licitatório, aliada à criação de um sítio eletrônico nacional, visam prestigiar a unificação, centralização e máxima transparência das compras públicas, coibindo atos lesivos ao erário estatal. E, para além disso, também demonstra um expreso compromisso do poder legislativo, para facilitar a implantação dos chamados “programas de integridade” ou medidas de *compliance* governamental que, no cenário estatal despontam ainda de forma bastante discreta.

Partindo-se da importante premissa que a ampla virtualização e publicidade dos atos licitatórios implica justamente no processamento mais célere das contratações públicas, ao passo em que favorece também o menor dispêndio de tempo, custo e ocupação da mão de obra dos servidores públicos, percebe-se que há, de fato, na edição do novel diploma normativo o compromisso efetivo de proteção ao bem-estar social e ao melhor interesse coletivo.

Vale pontuar que a maximização da tramitação eletrônica dos procedimentos administrativos em geral, não apenas aqueles destinados às licitações, é resultante da natural tendência contemporânea amplamente influenciada pelas diversas tecnologias de comunicação e compartilhamento de informações que predominam no contexto das relações interpessoais e profissionais ao redor do mundo. A virtualização da vida em sociedade contaminou todos os

⁸⁰GORDILLO, Agustín. Tratado de Derecho Administrativo: La defensa del usuario y del administrado, 5. ed. Belo Horizonte: Del Rey e Fundación de Derecho Administrativo, 2003. p. XII-10.

aspectos da existência humana em comum, inclusive os intrincados e infindáveis processos destinados à gestão pública.

Diante do marco tecnológico que tem representado a vigência da chamada Nova Lei de Licitações, com o intuito de aperfeiçoar este importante setor de interação público-privada, é fato ainda que, além dos inúmeros benefícios sociais e econômicos da tramitação virtual dos procedimentos licitatórios, uma das grandes preocupações dos gestores públicos deverá ser, daqui por diante, justamente com a segurança dos processos de contratações públicas desenvolvidos em ambiente eletrônico.

Tomadas as devidas precauções, como o necessário fortalecimento dos sistemas de proteção virtual no processamento das contratações públicas, o maior e principal beneficiário da modernização das licitações estatais, certamente, é o cidadão que se encontra nas camadas mais desfavorecidas da população brasileira, uma vez que são justamente aqueles que mais demandam o emprego da melhor qualidade na prestação de serviços públicos básicos, tais como saúde, educação, transporte coletivo, saneamento básico e segurança pública.

Nota-se, por fim, que a Nova Lei de Licitações promove e fortalece relevantes diretrizes de matriz intrinsecamente constitucional que, durante décadas, foram deliberadamente olvidados pelo poder público brasileiro.

3.4 O Direito Contratual público e privado na esfera licitatória brasileira: dos contratos de adesão ao princípio da legalidade

É fato que as relações cíveis não são estranhas nem tão pouco excepcionais no âmbito das licitações públicas, especialmente diante dos elementos de validade contratual. É fato que o diploma civilista brasileiro em vigência desde 2002 dedica extensa seção de artigos justamente para disciplinar desde as negociações procedidas entre as partes contratantes e até mesmo no que diz respeito as causas que extinguem os ajustes celebrados.

Vale mencionar, inicialmente, que a expressão contemporânea “contrato” deriva do termo latino *contractu*⁸¹, que significa transação, acordo entre partes que tencionam concretizar um objetivo em comum. Contudo, ao contrário do que pensa o senso geral, muito embora a origem da expressão denotaria, numa avaliação apressada, o suposto surgimento do instituto, tal como o conhecemos, proveniente do direito romano, a verdade que a maioria dos

⁸¹Infopédia, Infopédia Dicionários Porto Editora, 2022. Disponível em: <<https://www.infopedia.pt/dicionarios/lingua-portuguesa/contrato>>. Acesso em: 08 de junho de 2022.

doutrinadores consensualmente entendem que a ideia mais próxima do contrato da atualidade surgira justamente no direito germânico.

É de se notar igualmente que o principal objetivo da formalização do acordo de vontades entre as partes é justamente o fomento à circulação de riquezas e a segurança jurídica das relações comerciais, daí advém o entendimento geral de que a maioria dos contratos celebrados são manifestações de operações econômicas. De tal modo que, não é de surpreender que o formato do contrato realizado entre contratantes e contratados assumira um caráter manifestamente impessoal com o passar dos séculos, tendo mesmo na sociedade industrial de meados do século XIX se popularizado os chamados "contratos de adesão", facilitando e tornando mais célebres os ajustes comerciais.

No entanto, é fato, enquanto expressão de um negócio jurídico que visa a harmonização de duas ou mais vontades, com o fito de alcançar-se um objetivo em comum – literalmente, o bem comum - quando no âmbito das transações comerciais um dos atores é justamente a Administração Pública, a formalidade e a legalidade do ato – com vistas a proteção do erário – devem ser sumamente priorizadas.

Cabe consignar que o contrato administrativo deve primar pela correição dos termos ajustados, bem como minimizar ao máximo a possibilidade de embates jurídicos decorrentes de eventuais interpretações conflitantes. E, apesar das diversas controvérsias entre os doutrinadores a respeito das definições atinentes aos contratos administrativos, Maria Sylvia Zanella Di Pietro⁸² lucidamente define o referido instituto nos seguintes termos:

[...] a expressão ‘contrato administrativo’ é reservada para designar tão somente os ajustes que a Administração, nessa qualidade, celebra com pessoas físicas ou jurídicas, públicas ou privadas, para a consecução de fins públicos, segundo regime jurídico de direito público [...] Costuma-se dizer que, nos contratos de direito privado, a Administração se nivela ao particular, caracterizando-se a relação jurídica pelo traço da horizontalidade e que, nos contratos administrativos, a Administração age como poder público, com todo o seu poder de império sobre o particular, caracterizando-se a relação pelo traço da verticalidade.

No entanto, convém registrar que permeiam divergências doutrinárias no que respeita a aludida figura, entre as quais destacam-se uma tríade de correntes doutrinárias, antagônicas entre si, visto que há aqueles que negam a existência do contrato administrativo; outra vertente diametralmente oposta sustenta a tese que em todo e qualquer ajuste celebrado para com a Administração devem ser considerados contratos administrativos e, por fim, há a corrente que

⁸²PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. Direito Administrativo. 34. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022. p. 259.

entende a existência dos contratos administrativos como espécie do gênero contrato, sob o regime jurídico de direito público⁸³.

Todavia, sejam quais forem as correntes aderidas pelos doutrinadores brasileiros, não resta qualquer controvérsia no que concerne às características básicas tão presentes nos contratos administrativos, quanto em quaisquer modalidades de contratos públicos ou privados, uma vez que expressam um acordo voluntário de vontades, cujo objetivo colimado entre as partes é dotado de caráter contraditório, bem como tais ajustes produzem efeitos jurídicos para os dois lados contratantes⁸⁴.

Muito embora apesar de predominarem nas relações contratuais celebradas entre a Administração Pública e particulares – sejam eles pessoas físicas ou jurídicas – os contratos de natureza eminentemente administrativista, importa registrar que também são celebrados contratos de natureza tipicamente privada, tais como: contratos de doação, compra e venda, comodato e etc.

Afinal, o Poder Público também realiza contratos que só dizem respeito ao âmbito do Direito Civil e são justamente nesta modalidade contratual da qual, reiteradamente, derivam diversas desconformidades que inadvertidamente são e serão objeto de apreciação judicial – realidade que será detalhada oportunamente, na presente análise. Entretanto, cabem por hora, fazerem-se algumas digressões a respeito das características essenciais dos contratos administrativos entre as quais, destacam-se em especial, a obediência da forma prescrita em lei enquanto expressão do princípio constitucional da legalidade, bem como a prevalência dos contratos de adesão.

No que pertine a esta segunda característica – modalidade contratual tão comum e reiterada na esfera comercial e bancária, bem como nas relações de consumo em geral – é necessário consignar que é a Administração Pública, exercendo plenamente o seu poder de império, por assim dizer, quem determina as cláusulas vigentes *inter partis*.

Inexistindo uma relação paritária entre os polos contratantes no instrumento administrativo, importa registrar que o exercício dos chamados atos de império – ou atos de autoridade – pelo Poder Público são imprescindíveis para fazer valer a supremacia do interesse coletivo no que tange ao particular, remetendo a expressão *império* à soberania do Estado sobre o administrado, em prol do bem-estar social. Essa a razão de existir dos contratos de adesão na

⁸³PIETRO. *op. cit.*, p. 259.

⁸⁴PIETRO. *op. cit.*, p. 262.

esfera administrativa. Vale registrar as assertivas de Maria Sylvia Zanella Di Pietro⁸⁵ ao aduzir que:

Todas as cláusulas dos contratos administrativos são fixadas unilateralmente pela Administração. Costuma-se dizer que, pelo instrumento convocatório da licitação, o poder público faz uma oferta a todos os interessados, fixando as condições em que pretende contratar; a apresentação de propostas pelos licitantes equivale à aceitação da oferta feita pela Administração. [...] Mesmo quando o contrato não é precedido de licitação, é a Administração que estabelece, previamente, as cláusulas contratuais, vinculada que está às leis, regulamentos e ao princípio da indisponibilidade do interesse público.

Ou seja, neste particular não difere a postura do Poder Público quanto à definição dada aos contratos de adesão tradicionalmente conceituados pela doutrina civilista, considerando inclusive que em geral, em tal modalidade de ajuste geralmente uma das partes apresenta poderio econômico maior estando inclusive muito ligados às relações de consumo. Vale citar Maria Helena Diniz⁸⁶:

[...] é aquele em que a manifestação da vontade de uma das partes se reduz a mera anuência a uma proposta da outra, como nos ensina R. Limongi França. Opõe-se a ideia de contrato paritário, por inexistir a liberdade de convenção, visto que exclui qualquer possibilidade de debate e transigência entre as partes, pois um dos contratantes se limita a aceitar as cláusulas e condições previamente redigidas e impressas pelo outro [...].

Já a forma prescrita em lei é, exatamente, uma espécie de marca registrada dos contratos administrativos, uma vez que a Administração, neste pormenor, deve concretizar o princípio da legalidade em todos os seus aspectos. Basta mencionar que no bojo da quase superada Lei nº 8.666/1993 e a chamada nova Lei de Licitações, a bem dizer em ambas, foram estabelecidos inúmeros dispositivos atinentes ao aspecto puramente formal dos instrumentos contratuais celebrados entre Administração e particular. Não por acaso, tal princípio tem entre os seus nascedouros normativos, o art. 104 do Código Civil: “*A validade do negócio jurídico requer: [...] forma prescrita ou não defesa em lei.*”

E lógica a vinculação da obediência à forma prescrita em lei ao princípio da legalidade que, nas lições de Diógenes Gasparini⁸⁷ informa que “[...] o princípio da legalidade significa

⁸⁵PIETRO, *op. cit.*, p. 276.

⁸⁶DINIZ, Maria Helena. Código Civil anotado. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 367.

⁸⁷GASPARINI, Diógenes. Direito Administrativo. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 6.

estar a Administração Pública, em toda a sua atividade, presa aos mandamentos da lei, deles não podendo se afastar, sob pena de invalidade do ato e responsabilidade de seu autor.”

Ora, o referido norte de matriz constitucional é a mais importante régua limitadora dos atos de ímprobos. E, os contratos de adesão celebrados entre o poder público e os particulares permitem não apenas que a supremacia do interesse coletivo seja observada, bem como favorecem a melhor fiscalização do erário, demonstrando claramente que é vedada à Administração a prática de qualquer ato em desconformidade com a lei, ou seja, que só podem ser exercidos pelo Estado os atos estritamente previstos nos diplomas normativos. Importa ressaltar que mesmo nos contratos que não são antecidos de licitação, é o Poder Público que estabelece as suas cláusulas contratuais, vinculada que está ao princípio da legalidade e aos aspectos formais intrínsecos das contratações públicas.

São inúmeras as normas elencadas pelo legislador, tanto no bojo da lei nº 8.666/1993 quanto na chamada Nova Lei de Licitações, que evidenciam a necessidade de observância dos aspectos formais dos contratos públicos e, à título de exemplificação, tais como o art. 94 da lei nº 14.133/2021 que determina a publicação obrigatória dos contratos celebrados pela Administração Pública no Portal Nacional de Contratações Públicas (PNCP)⁸⁸.

Não é prudente falar a respeito do princípio da legalidade e seu amalgama intrínseco aos aspectos formais dos contratos celebrados pelo Poder Público sem mencionar a necessidade de eficiência nas transações cíveis e comerciais cujo maior impactado é a sociedade. Visto que, não basta apenas a mera observância das prescrições legais, é preciso que o objetivo alcançado por meio dos contratos celebrados tenha repercussão positiva, impacto salutar em favor de todos os cidadãos administrados. Daí a importância da forma prescrita em lei, enquanto expressão da legalidade com vistas à concretização da eficiência nas contratações públicas.

⁸⁸BRASIL, Lei nº 14.133/2021: “Art. 94. A divulgação no Portal Nacional de Contratações Públicas (PNCP) é condição indispensável para a eficácia do contrato e de seus aditamentos e deverá ocorrer nos seguintes prazos, contados da data de sua assinatura: I - 20 (vinte) dias úteis, no caso de licitação; II - 10 (dez) dias úteis, no caso de contratação direta. § 1º Os contratos celebrados em caso de urgência terão eficácia a partir de sua assinatura e deverão ser publicados nos prazos previstos nos incisos I e II do caput deste artigo, sob pena de nulidade. [...] § 3º No caso de obras, a Administração divulgará em sítio eletrônico oficial, em até 25 (vinte e cinco) dias úteis após a assinatura do contrato, os quantitativos e os preços unitários e totais que contratar e, em até 45 (quarenta e cinco) dias úteis após a conclusão do contrato, os quantitativos executados e os preços praticados.”

3.5 A teratologia jurídica dos contratos verbais nos procedimentos licitatórios

Não por acaso o sentido do termo *teratologia*⁸⁹ destina-se a designar a ciência responsável pelo estudo de malformações congênitas ou, como eram conhecidas outrora, monstruosidades de natureza genética. Do ponto de vista jurídico, a expressão *teratológica* é comumente utilizada para referir-se quando da ocorrência de aberrações no âmbito judicial. E, sem qualquer equívoco, pode-se dizer que é a expressão mais adequada para classificar a possibilidade de realização de contratos verbais pelo Poder Público com o fito de adquirir bens ou remunerar prestação de serviços de pequena monta, em detrimento dos rigorosos requisitos de validade dos atos administrativos, conforme se verá delineado a seguir na presente análise.

Pensar-se na possibilidade de realização de contratos verbais entre Administração e particulares seria, à princípio, um verdadeiro contrassenso aos mais basilares princípios norteadores da atividade estatal, uma vez que tal modalidade de ajustes públicos demandam, minimamente, a devida corporificação ou materialização das avenças pela forma escrita, bem como considerando que tais ajustes são verdadeiros atos administrativos de natureza bilateral. No entanto, desde a Lei nº 8.666/1993 já se encontram previstos entre seus dispositivos as hipóteses em que poderiam ser celebrados a controvertida modalidade contratual.

Falando-se apenas na esfera civil, é de se notar que a realização entre particulares dos chamados contratos verbais, ou como informa a expressão popular “*contratos de boca*”, uma vez em que não fazem uso da cártula ou instrumento contratual impresso, é a causa de uma enormidade de processos judiciais dos mais corriqueiros no dia a dia do judiciário brasileiro.

É fato, sobretudo, que tais contratos verbais são celebrados sempre com base nos usos e costumes, bem como lastreados no dever de boa-fé entre as partes contratantes. Todavia, quando se trata do melhor interesse público, tal figura jurídica de certo modo resta bastante dissonante do contexto jurídico nacional, uma vez que os contratos administrativos exigem sempre maior solenidade no seu feitio – o que não ocorre entre os particulares que dispõem, em prol da liberdade econômica e o direito à propriedade privada por exemplo, ampla liberdade de conteúdo e forma da celebração dos ajustes contratuais.

O lastro normativo aos contratos verbais, em âmbito exclusivamente cível, encontra-se sedimentado no bojo do art. 107 do código civilista, que determina nos seguintes termos: “*Art.*

⁸⁹COSTA, José Maria. Teratológico ou Teratogênico? Migalhas, 2014. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/coluna/gramatigalhas/196197/teratologico-ou-teratogenico>>. Acesso em: 08 de junho de 2022.

107. A validade da declaração de vontade não dependerá de forma especial, senão quando a lei expressamente a exigir.” Logicamente, que tal maleabilidade foi pensada pelo legislador a fim de priorizar as inúmeras tratativas, especialmente de natureza comercial, de modo a possibilitar uma maior flexibilidade no ajuste de interesses entre as partes contratantes. De modo que, do ponto de vista meramente cível, basta que o objeto do instrumento contratual seja lícito (não defeso em lei), possível, que as partes disponham de legitimidade para contratar e forma não prescrita em lei.

Entretanto, os requisitos exigidos da Administração são superiormente mais rígidos no âmbito das contratações estatais, especialmente a fim de coibir a reiterada e costumeira malversação ou desvio do erário público, proteger o interesse coletivo, bem como evitar a desnecessária judicialização de avenças que tanto atravancam, em última instância, o desenvolvimento nacional.

Isso, sem contar, que os ajustes celebrados pela Administração também visam conferir maior publicidade aos atos, visto que é de interesse social ter conhecimento com plena transparência da destinação do erário obtido por meio da pesada carga tributária imposta aos brasileiros.

Contudo, apesar das controvérsias, tanto na legislação superada – que permanece temporariamente em vigor – quanto no novo diploma normativo, a Lei nº 14.133/2021 mantivera tal previsibilidade, que apenas tivera módica alteração quando comparada à legislação mais antiga. Apesar de tais disposições normativas de natureza bastante discutível, é preciso mencionar que a antiga Lei de Licitações e Contratos nº 8.666/1993 já mencionava⁹⁰ a nulidade de tais avenças que não observam os parâmetros legais.

É de se notar que o legislador autorizou a realização de contratos administrativos de natureza verbal em regime de extrema exceção e de acordo com hipóteses bem definidas, a saber: sejam destinados a compra; não excedam a quantia de R\$ 4.000,00 (quatro mil reais) configurando-se como para pagamento imediato e sejam celebrados em regime de adiantamento. De modo que, quanto a estas singularidades delineadas na letra da lei, importam registrar algumas considerações de suma importância.

⁹⁰BRASIL, Lei nº 8.666/1993: “Art. 60 - Os contratos e seus aditamentos serão lavrados nas repartições interessadas, as quais manterão arquivo cronológico dos seus autógrafos e registro sistemático do seu extrato, salvo os relativos a direitos reais sobre imóveis, que se formalizam por instrumento lavrado em cartório de notas, de tudo juntando-se cópia no processo que lhe deu origem. Parágrafo único. É nulo e de nenhum efeito o contrato verbal com a Administração, salvo o de pequenas compras de pronto pagamento, assim entendidas aquelas de valor não superior a 5% (cinco por cento) do limite estabelecido no art. 23, inciso II, alínea "a" desta Lei, feitas em regime de adiantamento.”

No bojo da Lei nº 14.133/2021 a única mudança substancial de tais requisitos encontra-se no limite de valor autorizativo das transações, que passaram dos quatro mil reais acima referenciados para o teto máximo de dez mil reais, conforme se verifica no permissivo elencado no art. 95 do referido diploma que dispõe claramente: “[...]§ 2º É nulo e de nenhum efeito o contrato verbal com a Administração, salvo o de pequenas compras ou o de prestação de serviços de pronto pagamento, assim entendidos aqueles de valor não superior a R\$ 10.000,00 (dez mil reais).”

Em primeiro lugar, quis o legislador afastar a possibilidade de utilização dos chamados contratos verbais na hipótese de prestação de serviços. Por sua vez, insta consignar o teor do artigo 6º da aludida Lei nº 8.666/1993⁹¹, a seguir parcialmente transcrito: “[...] III - Compra - toda aquisição remunerada de bens para fornecimento de uma só vez ou parceladamente; [...].” Quanto a Nova Lei de Licitações, pouco mudou em relação à redação do referido dispositivo, visto que inserto no mesmo art. 6º, com a seguinte dicção: “[...] X - compra: aquisição remunerada de bens para fornecimento de uma só vez ou parceladamente, considerada imediata aquela com prazo de entrega de até 30 (trinta) dias da ordem de fornecimento [...].”

Ou seja, a Administração no bojo da antiga Lei de Licitações e Contratos somente pode lançar mão da precariedade do expediente verbal quando tratar-se o objeto do contrato a aquisição mediante pagamento de bens em favor do Poder Público. No entanto, é fato que o novel diploma amplia o leque de hipóteses para a realização do contrato verbal quando autoriza em seu art. 95, inciso II, §2º a utilização de tal instrumento também para a contratação de prestação de serviços, desde seja previsto o pagamento imediato.

Outra alteração normativa digna de menção é justamente a retirada da expressão “em regime de adiantamento” conforme delineado na lei nº 8.666/1993. Nota-se que a nova legislação não apenas autoriza a realização de tais contratos verbais para pagamento posterior, como estabelece o prazo máximo de 30 (trinta) dias para que a Administração efetue o respectivo adimplemento.

Muito embora a ocorrência do chamado contrato verbal, na esfera cível, tenha ampla utilização e expressiva tradição jurisprudencial nos Tribunais Brasileiros, em grande parte

⁹¹BRASIL, Lei nº 14.133/2021: “Art. 6º - Para os fins desta Lei, considera-se: I - Obra - toda construção, reforma, fabricação, recuperação ou ampliação, realizada por execução direta ou indireta; II - Serviço - toda atividade destinada a obter determinada utilidade de interesse para a Administração, tais como: demolição, conserto, instalação, montagem, operação, conservação, reparação, adaptação, manutenção, transporte, locação de bens, publicidade, seguro ou trabalhos técnico-profissionais; III - Compra - toda aquisição remunerada de bens para fornecimento de uma só vez ou parceladamente; [...].”

decorrente de usos e costumes próprios das relações – comercial ou não – baseadas especialmente na boa fé entre as partes, é fato que, na esfera administrativa, diante da necessidade de maior rigor nas contratações públicas, denota-se que o referido permissivo legal destoa dos princípios norteadores do Poder Público em âmbito administrativo-jurisdicional.

Verifica-se que o novo diploma normativo não apenas ampliara o rol de possibilidades para a realização do contrato verbal, bem como favorecera neste particular a malversação do erário público, uma vez que além da dispensa do procedimento licitatório, prossegue – desde a antiga lei nº 8.666/1993 - facilitando a ocorrência das “simulações de compras públicas”, dando-se desse modo, maior oportunidade de cometimento de atos de improbidade administrativa.

Espera-se do Poder Legislativo, bem como, dos próprios avanços jurisprudenciais e da evolução da cultura administrativista, que o referido dispositivo, de futuro, seja extirpado a fim de evitar-se que diante da significativa brecha legal, haja o favorecimento de gestores e particulares envolvidos de má-fé quando da realização das contratações públicas.

3.6 O contraponto da celebração eletrônica dos contratos administrativos e a desburocratização do poder público brasileiro

Se por um lado foram mantidas verdadeiras teratologias jurídicas - conforme claramente explicitado no capítulo anterior no tocante aos contratos verbais – de outro turno, também é igualmente verdade que em boa medida o legislador trouxera importantes inovações do ponto de vista dos contratos celebrados pela Administração, a fim de conferir maior segurança e modernizar o procedimento, fato que, sem sombra de dúvida, representa um passo a mais no intuito de otimizar a virtualização nas licitações brasileiras.

Logicamente que, em atendimento aos reclames do chamado Capitalismo Informacional, que demandam cada vez mais de pessoas e processos – administrativos e judiciais, públicos ou privados – ostensivo uso das tecnologias mais modernas, tais como os aplicativos de mensagens, assinaturas eletrônicas, *softwares* de última geração, inteligência artificial e internet de ultra rápida, já não era sem tempo – ou talvez até mesmo diante de postura de extremo atraso normativo – que o legislador, incorporando as tendências contemporâneas de comunicação, ampliasse a virtualização da Administração Pública para alcançar, finalmente, os procedimentos licitatórios.

É fato que a chamada Nova Lei de Licitações, presentemente em processo de efetiva implementação, determinara taxativamente a preferência – consignada na letra da lei pela expressão *admissão* - dos gestores públicos pela tramitação eletrônica dos processos licitatórios, conforme o teor expresso do art. 91 da Lei nº 14.133/2021⁹².

Não por acaso a referida disposição foi inserta no novo diploma normativo, consolidando os termos da Lei nº 14.129/2021, que trata justamente dos princípios, regras e instrumentos para a implementação do chamado Governo Digital e para o aumento da eficiência pública.

Muito embora a nova legislação tenha sido publicada em 29 de março de 2021, antecedendo em apenas dois dias a publicação do aludido diploma normativo, em seu conteúdo – ratificando a princípio da eficiência administrativa inserto no art. 37 da Carta Cidadã - percebe-se a clara preocupação do legislador em concretizar a necessidade inclusão da Administração Pública na era digital, acompanhando os progressos e demandas do Capitalismo Cognitivo ou informacional, conforme dicção inserta em seu art. 3º⁹³.

Na verdade, tencionou o legislador de forma explícita incentivar a transformação digital da Administração Pública, conferindo maior transparência aos procedimentos administrativos e licitatórios em geral, bem como objetivando desburocratizar a prestação de serviços estatais. Importa recordar que a burocracia brasileira é um dos grandes entraves ao desenvolvimento econômico e social da atualidade, uma vez que confere excessiva morosidade e detalhismo aos mecanismos públicos – o que representa um real contraponto ao movimento de modernização dos procedimentos estatais. Não por acaso bem salientou Idalberto Chiavenato que a burocracia é *“uma barreira monolítica às mudanças. Uma camisa-de-força que bloqueia e impede o ajustamento da organização às mudanças ambientais.”*⁹⁴

⁹²BRASIL, Lei nº 14.133/2021: “Art. 91. Os contratos e seus aditamentos terão forma escrita e serão juntados ao processo que tiver dado origem à contratação, divulgados e mantidos à disposição do público em sítio eletrônico oficial. §1º Será admitida a manutenção em sigilo de contratos e de termos aditivos quando imprescindível à segurança da sociedade e do Estado, nos termos da legislação que regula o acesso à informação. [...] §3º Será admitida a forma eletrônica na celebração de contratos e de termos aditivos, atendidas as exigências previstas em regulamento [...]”

⁹³BRASIL, Lei nº 14.129/2021: “Art. 3º- São princípios e diretrizes do Governo Digital e da eficiência pública: I - a desburocratização, a modernização, o fortalecimento e a simplificação da relação do poder público com a sociedade, mediante serviços digitais, acessíveis inclusive por dispositivos móveis; II - a disponibilização em plataforma única do acesso às informações e aos serviços públicos, observadas as restrições legalmente previstas e sem prejuízo, quando indispensável, da prestação de caráter presencial; III - a possibilidade aos cidadãos, às pessoas jurídicas e aos outros entes públicos de demandar e de acessar serviços públicos por meio digital, sem necessidade de solicitação presencial; [...] VIII - o uso da tecnologia para otimizar processos de trabalho da administração pública [...]”

⁹⁴CHIAVENATO, Idalberto. Comportamento Organizacional – A Dinâmica do Sucesso das Organizações. 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. p. 71.

De modo que, com o intuito de romper a perspectiva habitual de engessamento da eficiência administrativa, tanto o novo diploma normativo do chamado Governo Digital, quanto a Lei nº 14.133/2021 tencionaram quebrar o paradigma burocrático brasileiro ao impulsionar a maximização virtual dos procedimentos públicos.

Além disso, ao tempo em que os processos eletrônicos visam também promover a maior transparência das contratações públicas, também servem de grande estímulo em prol da segurança de processos e procedimentos em geral. Por essa razão, também foi previsto pelo legislador a priorização da assinatura eletrônica, por meio de certificado digital, dos expedientes públicos, conforme determina o inciso XXII do já citado art. 3º da Lei do Governo Digital, que assinala taxativamente “*o estímulo ao uso das assinaturas eletrônicas nas interações e nas comunicações entre órgãos públicos e entre estes e os cidadãos.*” No mesmo toar, a Lei 14.133/2021 também incentiva o uso de certificados digitais, conforme explicitado em seu art. 12⁹⁵.

Importa observar que a tramitação e formalização em meio eletrônico dos contratos administrativos e atos públicos em geral, de caráter ordinário, prometem agilizar a tramitação de tais procedimentos, favorecendo a melhor atuação da Administração. Ou seja, o novo ambiente normativo promete trazer mesmo ao funcionalismo estatal maior integração às tendências sociais e tecnológicas contemporâneas, que exigem de entes públicos e privados procedimentos mais ágeis e conectados com diretrizes virtuais da atualidade.

O amplo acesso à informação, a globalização, a inteligência artificial e a rapidez das interações sociais mecanizadas pelos mais diversos dispositivos eletrônicos representam um verdadeiro caminho sem volta, ao qual terá de se adaptar, de uma forma ou de outra, por força das circunstâncias, o Poder Público brasileiro, em que predominam a morosidade dos processos administrativos, como consequência de tradições e vícios estruturais herdada pelo Estado, desde o Império.

E, diante da dependência tecnológica do homem moderno, o que se percebe pelo uso ostensivo, por exemplo, das redes sociais, a virtualização dos procedimentos é uma tendência natural seguidas pelos novos dispositivos legais dispostos nas diretrizes do Governo Digital e na Nova Lei de Licitações.

⁹⁵BRASIL, Lei nº 14.133/2021: “Art. 12. No processo licitatório, observar-se-á o seguinte: [...] VI - os atos serão preferencialmente digitais, de forma a permitir que sejam produzidos, comunicados, armazenados e validados por meio eletrônico; [...]§ 2º É permitida a identificação e assinatura digital por pessoa física ou jurídica em meio eletrônico, mediante certificado digital emitido em âmbito da Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira (ICP-Brasil).”

Muito embora determinados aspectos da virtualização das contratações públicas ainda careçam de mais acurada regulamentação, observa-se que muito além da mera tendência de modernização no tocante à celebração dos contratos administrativos, o que se percebe por parte do Poder Legislativo é uma verdadeira resposta – mesmo que tardia – aos reclames da Era Digital em curso, enquanto movimento irrefreável dos mecanismos eletrônicos de interação social contemporânea, restando para a sociedade o dever de fiscalizar a implementação efetiva de tais recursos virtuais, designados pelo Legislativo e aguardar, atentamente, os resultados profícuos de tais medidas em favor do melhor interesse público.

4 DAS REGRAS DE DIREITO INTERNACIONAL APLICÁVEIS ÀS PERSPECTIVAS FUTURAS: EMPRESAS, LICITAÇÃO VERDE, ERA DIGITAL E E-MARKETPLACE GOVERNAMENTAL

4.1 Os programas de integridade no contexto das contratações públicas brasileiras

Não por acaso a expressão “programa de integridade”, também conhecida pelo termo *compliance*⁹⁶ deriva do verbo *to comply*, ou seja, significa estar de acordo, em conformidade. Em verdade, com o acelerado processo de globalização entre as economias de todas as nações, o conceito de integridade enquanto política corporativa que sempre esteve intimamente ligado à diversas legislações e entidades norte-americanas, inclusive contando como marco inaugural, com a criação do *Federal Reserv System – FED*⁹⁷, rapidamente espalhou-se por incontáveis legislações estrangeiras – tendo sido consolidada a chamada “*Era Compliance*”, especialmente com a edição nos EUA da chamada Lei Anticorrupção Transnacional, ou seuaj, a *Foreign Corrupt Practices Act (FCPA)*⁹⁸, que promoveu o endurecimento das penas aplicadas em desfavor de organizações americanas envolvidas em esquemas de corrupção.

No entanto, conceituar-se o *compliance* importa sobremaneira para o melhor entendimento do referido mecanismo e a sua relevância para o desenvolvimento econômico e social das empresas na atualidade. Em verdade, a própria expressão já denota o seu significado, ou seja, *compliance* é o conjunto de práticas administrativas no âmbito corporativo e estatal que visam maximizar a observância das leis em vigência. Mas, muito além da mera conduta de seguir as normas vigentes, pode-se afirmar que se trata de uma verdadeira política de gestão corporativa embasada na ética como instrumento de governança empresarial.

Todavia, presentemente, cada vez mais, empresas e terceiro setor, fazem uso dos inúmeros mecanismos próprios dos programas de integridade, a fim de ampliar a sua competitividade no mercado. Não sem razão a bandeira da governança tem sido atrelada ao próprio *marketing* corporativo. E, além disso, a implementação de processos de gestão que visem ampliar o rigor legal nos procedimentos empresariais também tem por função essencial

⁹⁶DONELLA, Geovanna. O que é *compliance* e como o conceito é aplicado em empresas. Capital Aberto, 2019. Disponível em: <<https://capitalaberto.com.br/secoes/explicando/o-que-e-compliance/>>. Acesso em: 26 de junho de 2022.

⁹⁷O Federal Reserv System – FED é o banco central norte-americano que atua de forma equivalente ao Banco Central do Brasil.

⁹⁸SANTOS, Leon. Saiba, aqui, como e quando surgiu o Compliance no Brasil e mundo. Conselho Federal de Administração, 2019. Disponível em: <<https://cfa.org.br/como-e-quando-surgiu-o-compliance/>>. Acesso em: 26 de junho de 2022.

prevenir riscos que reiteradamente se convertem em prejuízos de cunho pecuniário, potencialmente graves, em especial no atual contexto inflacionário, bem como em virtude da grave recessão econômica em curso. Nesse interregno, qualquer prejuízo financeiro significativo pode desencadear o estado falencial de empresas brasileiras sufocados pela alta tributação e desenvolvimento econômico arrefecido.

No Brasil, tendo em vista a ocorrência costumeira de escândalos de corrupção envolvendo gestores públicos, políticos e altos executivos da iniciativa privada, tal como se viu com a deflagração da extinta operação *Lava Jato*⁹⁹, o Poder Legislativo – encurralado pela opinião pública – tem procurado aprovar medidas normativas que visem coibir a ocorrência de tais práticas e desestimular a reiteração de infratores. Nesse sentido, foram aprovados diversos diplomas normativos que preveem a implantação da política de *compliance* como forma de coibir atos de improbidade e desvios de verba pública.

Mencione-se, por oportuno, a Lei nº 12.846/2013 conhecida como a Lei Anticorrupção Empresarial, que dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira. Importa consignar que o referido diploma normativo inovou ao prever de forma taxativa e expressa, a responsabilização de empresas privadas, bem como seus dirigentes, pela prática de crimes lesivos em desfavor do erário¹⁰⁰, conforme se depreende especialmente no teor do seu artigo 1º.

A Lei Anticorrupção determina que a implantação de um programa de integridade efetivo no âmbito da empresa objeto de ação cível e administrativa em virtude do cometimento de violações em desfavor da Administração Pública, representará uma espécie de atenuação de eventuais multas ou sanções aplicadas, conforme se infere a diante, *in verbis*:

Art. 7º Serão levados em consideração na aplicação das sanções: [...] VIII - a existência de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e a aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta no âmbito da pessoa jurídica [...].”

⁹⁹Operação deflagrada pela Polícia Federal em Curitiba em meados de março de 2014 com o objetivo de investigar esquemas de corrupção no âmbito da Petrobrás.

¹⁰⁰BRASIL, Lei nº 12.846/2013: “Art.1º Esta Lei dispõe sobre a responsabilização objetiva administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira. Parágrafo único. Aplica-se o disposto nesta Lei às sociedades empresárias e às sociedades simples, personificadas ou não, independentemente da forma de organização ou modelo societário adotado, bem como a quaisquer fundações, associações de entidades ou pessoas, ou sociedades estrangeiras, que tenham sede, filial ou representação no território brasileiro, constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente. Art.2º As pessoas jurídicas serão responsabilizadas objetivamente, nos âmbitos administrativo e civil, pelos atos lesivos previstos nesta Lei praticados em seu interesse ou benefício, exclusivo ou não. Art.3º A responsabilização da pessoa jurídica não exclui a responsabilidade individual de seus dirigentes ou administradores ou de qualquer pessoa natural, autora, coautora ou partícipe do ato ilícito. §1º A pessoa jurídica será responsabilizada independentemente da responsabilização individual das pessoas naturais referidas no caput. §2º Os dirigentes ou administradores somente serão responsabilizados por atos ilícitos na medida da sua culpabilidade.”

Com o intuito de regulamentar e impor diretrizes aos programas de *compliance* instituídos em âmbito empresarial aptos a possibilitar o oferecimento de atenuantes às sanções civis e administrativas aplicadas a tais empresas infratoras, foi editado o Decreto nº 8.420/15 que em seu capítulo IV dispõe justamente a respeito das diretrizes dos programas de integridade aplicáveis em tais casos. Inclusive, houve uma preocupação especial por parte do legislador ao definir-se taxativamente o conceito de *compliance*, ou seja, o chamado programa de integridade. Neste diapasão, importa registrar o exato teor da lei, *in verbis*:

Art. 41. Para fins do disposto neste Decreto, programa de integridade consiste, no âmbito de uma pessoa jurídica, no conjunto de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e na aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta, políticas e diretrizes com objetivo de detectar e sanar desvios, fraudes, irregularidades e atos ilícitos praticados contra a administração pública, nacional ou estrangeira. Parágrafo Único. O programa de integridade deve ser estruturado, aplicado e atualizado de acordo com as características e riscos atuais das atividades de cada pessoa jurídica, a qual por sua vez deve garantir o constante aprimoramento e adaptação do referido programa, visando garantir sua efetividade.

Outra inovação constante no referido Decreto nº 8.420/2015 é justamente o disposto no art. 5º, ou seja, a formação obrigatória de uma comissão composta por dois ou mais servidores estáveis, que avaliará fatos e circunstâncias conhecidos e, conforme previsto no parágrafo 4º do referido artigo, também analisará documentos comprobatórios e informações pertinentes a respeito da efetiva existência de um programa de integridade que observe as diretrizes impostas nos moldes determinados no bojo do art. 42 como forma de aplicar-se eventuais atenuantes nas sanções a serem aplicadas às empresas e agentes particulares que praticaram infrações em desfavor da Administração da Públicas.

No contexto das contratações públicas, a Lei nº 14.133/2021 inovara ao impor a obrigatoriedade de implantação de políticas de integridade nas licitações consideradas de grande vulto, ou seja, naquelas cujo valor estimado é igual ou superior à cifra de R\$ 200 milhões de reais, conforme se verifica na exata dicção de seu art. 25¹⁰¹.

Saliente-se que a existência de políticas de *compliance* em empresas que visem contratar com a Administração Pública será considerado também importante critério de desempate entre propostas de licitantes, conforme consignado no bojo do art. 60, inciso IV do referido diploma

¹⁰¹BRASIL, Lei nº14.133/2021: “Art. 25. O edital deverá conter o objeto da licitação e as regras relativas à convocação, ao julgamento, à habilitação, aos recursos e às penalidades da licitação, à fiscalização e à gestão do contrato, à entrega do objeto e às condições de pagamento. [...] § 4º Nas contratações de obras, serviços e fornecimentos de grande vulto, o edital deverá prever a obrigatoriedade de implantação de programa de integridade pelo licitante vencedor, no prazo de 6 (seis) meses, contado da celebração do contrato, conforme regulamento que disporá sobre as medidas a serem adotadas, a forma de comprovação e as penalidades pelo seu descumprimento.”

normativo, bem como também será um redutor de penalidades aplicadas em desfavor dos responsáveis pelo cometimento de infrações administrativas, de acordo com o disposto no art. 156, inciso V, da Lei nº 14.133/21.

A existência de *compliance* de acordo com o novo código licitatório, no parágrafo único do art. 163, é condição essencial para a reabilitação de licitante ou contratado, conforme se verifica a seguir, *in literis*: “[...]A sanção pelas infrações previstas nos incisos VIII e XII do caput do art. 155 desta Lei exigirá, como condição de reabilitação do licitante ou contratado, a implantação ou aperfeiçoamento de programa de integridade pelo responsável.”

Impende mencionar a importância da chamada Lei das Estatais, publicada em 30 de junho de 2016 e que dispõe sobre o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Há no referido regramento uma expressa determinação da implementação no âmbito das empresas públicas e correlatas de programas de governança e políticas de *compliance*, visando sobretudo, prestigiar o princípio da transparência e combater a malversação do erário. E no âmbito das licitações públicas mais precisamente é expresso a respectiva previsão em seu art. 31¹⁰².

Assim, diante dos regramentos específicos aprovados pelo Poder Legislativo, em especial após os escândalos de corrupção cujo marco divisor de águas foi justamente a extinta Operação Lava Jato, foram aprovadas uma série de medidas que visam prestigiar e incentivar que a iniciativa privada adote a implantação de programas de integridade efetivos que visem obstar a prática e reiteração de atos de improbidade, que representam prejuízos fortemente lesivos ao desenvolvimento econômico e social brasileiro.

4.2 Empresas, licitações e supranacionalidade

Convém ressaltar que, a Organização Mundial das Nações Unidas (ONU) enquanto importante organismo internacional, apresenta um longo histórico de cooperação com diversos líderes corporativos ao redor do planeta e, não por acaso, lançara durante o Fórum Econômico de Davos em 1999, o chamado Pacto Global com o escopo - no âmbito empresarial, civil, dentre

¹⁰²BRASIL, Lei nº 13.303/2016: “Art. 31. As licitações realizadas e os contratos celebrados por empresas públicas e sociedades de economia mista destinam-se a assegurar a seleção da proposta mais vantajosa, inclusive no que se refere ao ciclo de vida do objeto, e a evitar operações em que se caracterize sobrepreço ou superfaturamento, devendo observar os princípios da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da eficiência, da probidade administrativa, da economicidade, do desenvolvimento nacional sustentável, da vinculação ao instrumento convocatório, da obtenção de competitividade e do julgamento objetivo. [...]”

diversos outros setores chave da sociedade – de efetivar a implementação dos chamados Dez Princípios universais, derivados de importantes tratados globais, entre eles: Declaração da Organização Internacional do Trabalho sobre Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho, da Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento e da Convenção das Nações Unidas Contra a Corrupção¹⁰³.

Trata-se mais precisamente de uma iniciativa mundial em prol da sustentabilidade corporativa que dispõe de uma série de planos de ação para o período compreendido entre 2015 à 2030, voltada para que empresas e entidades civis possam atuar de forma com as diretrizes da ONU visando contribuir conjuntamente para o fortalecimento dos chamados dezessete Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS). Inclusive o Pacto Global dispõe claramente de recomendações voltadas para práticas de integridade corporativas.

Para que seja efetivada a adesão pela entidade (corporativa ou não) ao referido pacto, é necessário implementar políticas internas de fortalecimento dos chamados Dez Princípios, quais sejam¹⁰⁴:

01 - As empresas devem apoiar e respeitar a proteção de direitos humanos reconhecidos internacionalmente; 02 - Assegurar-se de sua não participação em violações destes direitos; 03 - As empresas devem apoiar a liberdade de associação e o reconhecimento efetivo do direito à negociação coletiva; 04 - A eliminação de todas as formas de trabalho forçado ou compulsório; 05 - A abolição efetiva do trabalho infantil; 06 - Eliminar a discriminação no emprego; 07 - As empresas devem apoiar uma abordagem preventiva aos desafios ambientais; 08 - Desenvolver iniciativas para promover maior responsabilidade ambiental; 09 - Incentivar o desenvolvimento e difusão de tecnologias ambientalmente amigáveis; 10 - As empresas devem combater a corrupção em todas as suas formas, inclusive extorsão e propina

Denota-se um estreito alinhamento entre o Pacto Global da ONU e as diretrizes atinentes à governança corporativa, bem como às mais efetivas políticas de *compliance* difundidas na atualidade. No que se refere ao conceito de governança corporativa, vale consignar o que dispõe o Instituto Brasileiro da Governança Corporativa (IBGC)¹⁰⁵, ao defini-la nos seguintes termos:

A governança corporativa é o sistema pelo qual as sociedades são dirigidas e monitoradas, envolvendo os relacionamentos entre acionistas/cotistas, conselho de administração, diretoria, auditoria independente e conselho fiscal. As boas práticas de governança corporativa têm a finalidade de aumentar o valor da sociedade, facilitar seu acesso ao capital e contribuir para a sua perenidade.

¹⁰³PACTO GLOBAL REDE BRASIL. Pacto Global, 2003. Disponível em: <<https://www.pactoglobal.org.br/a-iniciativa>>. Acesso em: 20 de junho de 2022.

¹⁰⁴Os dez princípios. Pacto Global, 1999. Disponível em: <<https://www.pactoglobal.org.br/10-principios>>. Acesso em: 20 de junho de 2022.

¹⁰⁵O que é governança corporativa. Instituto Brasileiro de Governança Corporativa, 2022. Disponível em: <<https://www.ibgc.org.br/conhecimento>>. Acesso em: 20 de junho de 2022.

Já a Comissão de Valores Mobiliários¹⁰⁶ também conceituou a prática com a assertiva definição:

Governança corporativa é o conjunto de práticas que tem por finalidade otimizar o desempenho de uma companhia ao proteger todas as partes interessadas, tais como investidores, empregados e credores, facilitando o acesso ao capital. A análise das práticas de governança corporativa aplicada ao mercado de capitais envolve, principalmente: transparência, equidade de tratamento dos acionistas e prestação de contas.

Importa ressaltar que, além da atuação da ONU enquanto principal incentivadora internacional das melhores práticas corporativas de *compliance*, destaque-se igualmente o papel da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), também conhecida como Grupo dos Ricos, cujo objetivo primordial é justamente o estudo e implementação de meios para aprimorar políticas públicas voltadas para a economia, comércio, educação, meio ambiente, entre outros setores de relevo da sociedade, por meio da integração entre os seus países-membros, além do Brasil e outras nações que ocupam a posição de parceiros-chave.

Há alguns anos o Brasil vem tentando, inclusive, ocupar a posição de estado-membro na referida organização, contando com o apoio dos EUA. Todavia, a política ambiental deficitária e controversa empreendida pelo Poder Executivo atualmente tem obstado o importante apoio das nações europeias à candidatura brasileira.

Apesar das dificuldades encontradas para a efetivação brasileira enquanto estado-membro da OCDE, o Brasil já vem participando de diversos pactos intermediados pela entidade internacional, com vistas a implantação de políticas de integridade e desenvolvimento econômico.

Importa mencionar a recomendação adotada pela OCDE em 21 de maio de 2019 que dispõe a respeito de Diretrizes sobre Anticorrupção e Integridade em Empresas Estatais¹⁰⁷. E, antes mesmo da adoção de tais diretrizes, foi editada pela OCDE em 29 de maio de 2018 a Recomendação do Conselho sobre a Orientação de *Due Diligence* da OCDE¹⁰⁸ para conduta empresarial responsável, que traz as seguintes orientações, dentre outras:

[...] II. RECOMENDA, em particular, que os Aderentes tomem medidas para apoiar e monitorar ativamente a adoção do quadro de *due diligence* estabelecido na

¹⁰⁶COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS. Recomendações da CVM sobre governança corporativa, 2002. Disponível em: < <https://www.gov.br/cvm/pt-br>>. Acesso em: 26 de junho de 2022.

¹⁰⁷Recomendação do Conselho sobre Diretrizes sobre Anticorrupção e Integridade em Empresas Estatais. Instrumentos Jurídicos da OCDE, 2019. Disponível em: < <https://legalinstruments.oecd.org/en/instruments/OECD-LEGAL-0451>>. Acesso em: 26 de junho de 2022.

¹⁰⁸Recomendação do Conselho sobre a Orientação de *Due Diligence* da OCDE para conduta empresarial responsável. Instrumentos Jurídicos da OCDE, 2018. Disponível em: < <https://legalinstruments.oecd.org/en/instruments/OECD-LEGAL-0443>>. Acesso em: 26 de junho de 2022.

Orientação de acordo com a qual as empresas que operam dentro ou a partir de seus territórios devem: 1. incorporar conduta empresarial responsável em suas políticas e sistemas de gestão; 2. identificar e avaliar impactos adversos reais e potenciais associados às suas operações, produtos ou serviços; 3. cessar, prevenir e mitigar impactos adversos; 4. track implementação e resultados; 5. comunicar como os impactos são abordados; 6. prove ou coopere na remediação quando apropriado; [...]

Saliente-se que o chamado *Due Diligence*, ou devida diligência, nada mais é que a adoção no Brasil, no âmbito das empresas multinacionais, de um sistema de gestão que promova a mitigação ou eliminação total de riscos, reais e potenciais, a integridade dos direitos humanos, direitos trabalhistas, à ordem tributária, dentre outros. Nesse sentido, foi editado o Guia da OCDE de Devida Diligência para uma Conduta Empresarial Responsável¹⁰⁹ cujo objetivo é:

[...] fornecer apoio prático às empresas na implementação das Diretrizes da OCDE para Empresas Multinacionais, apresentando informações em linguagem clara sobre suas recomendações de devida diligência e disposições associadas. A implementação dessas recomendações ajuda as empresas a prevenir e a lidar com os impactos adversos relacionados a direitos trabalhistas, direitos humanos, meio ambiente, combate à corrupção, consumidores e governança corporativa que possam estar associados às suas operações, cadeias de fornecimento e outras relações comerciais.

Vale comentar que há um legítimo histórico de parceria entre o Brasil – enquanto parceiro-chave – e a OCDE, tendo aderido à variados instrumentos legais recomendados pela entidade internacional, bem como o governo brasileiro também tem participado ativamente das reuniões dos conselhos ministeriais promovidos pela OCDE desde 1999.

Inclusive, em virtude da parceria consolidada entre Controladoria Geral da União e a OCDE, foi realizada em Brasília em 08 de dezembro de 2021 reunião entre autoridades de ambas entidades a fim de apresentar-se o relatório publicado pela OCDE em 2021 sobre o sistema de Integridade Pública do Poder Executivo Federal Brasileiro, conforme divulgação oficial empreendida pelo Governo Federal¹¹⁰ contendo uma série de recomendações e observações pertinentes aos programas de integridade implementados pelos gestores públicos na esfera federal, como fruto da importante parceria sedimentada entre o Brasil e a OCDE. Importa registrar que em atendimento ao teor do Decreto nº 10.756/2021 que instituiu o Sistema de Integridade Pública do Poder Executivo Federal, cujo objetivo primordial encontra declinado

¹⁰⁹Guias da OCDE sobre a Devida Diligência. Gov.br, 2022. Disponível em: <<https://www.gov.br/produtividade-e-comercio-exterior/pt-br/assuntos/camex/pcn/guias-da-ocde-sobre-a-devida-diligencia>>. Acesso em: 20 de junho de 2022.

¹¹⁰OCDE APRESENTA RELATÓRIO SOBRE INTEGRIDADE PÚBLICA EM REUNIÃO DO SIPEF. Gov.br, 2021. Disponível em: <<https://www.gov.br/cgu/pt-br/assuntos/noticias/2021/12/ocde-apresenta-relatorio-sobre-integridade-publica-em-reuniao-do-sipef>>. Acesso em: 20 de junho de 2022.

em seu art. 3º, *in verbis*: “Art. 3º- São objetivos do Sipef: I - coordenar e articular as atividades relativas à integridade; e II - estabelecer padrões para as práticas e medidas de integridade.”

Assim, nota-se que há por parte da OCDE um engajamento profundo da entidade na implementação de práticas de integridade e governança corporativa, tendo sido editadas diversas recomendações e guias dos quais também se compromete o governo brasileiro a fim de que sejam implementadas políticas públicas institucionais de governança e programas de integridade em âmbito estatal.

4.3 *Environmental, Social and Corporate Governance*: da licitação verde à Agenda 2030 da Organização das Nações Unidas

O problema do desenvolvimento econômico sustentável, não é apenas um dilema enfrentado somente pelo Brasil: diversas nações, especialmente aquelas em estágio de desenvolvimento, encontram importantes obstáculos à adoção de políticas institucionais públicas e privadas que promovam a proteção ao meio ambiente e, por consequência, favoreçam o bem-estar da coletividade. Pautas importantes para as maiores potências econômicas do mundo – tais como o desmatamento da Amazônia e o aquecimento global - são claramente olvidadas pelo Poder Executivo que prefere adotar uma postura ultraliberal, priorizando a consolidação dos interesses de natureza meramente capitalistas.

Enquanto as lideranças governamentais prestigiam a maximização do lucro por entidades estatais, empresas públicas e privadas, em detrimento do meio ambiente, promovem uma verdadeira política institucionalizada em desfavor da preservação ambiental que, contraditoriamente, tem obstado o Brasil de celebrar diversos acordos e parcerias político-econômicas que poderiam favorecer, por exemplo, o crescimento do PIB¹¹¹ nacional e a redução das desigualdades sociais, promovendo-se melhor distribuição de renda.

Nota-se que o Brasil, de referência em preservação ao meio ambiente – tendo inclusive sediado em 1992 a primeira conferência das Nações Unidas sobre mudanças climáticas – passara a ostentar, na presente legislatura, a imagem de uma nação que obstaculiza a preservação do meio ambiente, cujos gestores pouco se preocupam com proteção de nascentes hidrográficas, remanescentes florestais e riquezas minerais. A política ambiental brasileira, contraproducente, tem dificultado a realização de parcerias estratégicas, como o acordo entre o

¹¹¹Produto Interno Bruto (PIB) é a soma de todos os bens e serviços finais produzidos por um país, estado ou cidade, geralmente realizados em um ano.

Mercosul e a União Europeia – atualmente travancado pela oposição de importantes lideranças, como o governo da França, Áustria, Irlanda, em virtude da política ambiental desempenhada pelo Brasil.

A concretização da parceria comercial entre Mercosul e União Europeia poderia ampliar exponencialmente as exportações brasileiras – o que ainda não foi concretizado pela postura ultraliberal adotada pelo Poder Executivo. Além disso, expressivos repasses ao Brasil de verba estrangeira para investimento em políticas públicas para o desenvolvimento sustentável têm sido ostensivamente bloqueados, o que representara uma perda da cifra de R\$ 299 milhões que iriam para o Fundo da Amazônia, oriundo de nações como Alemanha e Noruega – justamente em virtude da postura intransigente do Brasil, no que se refere às questões ambientais¹¹².

Diante desse delicado contexto de crise interna e externa, sobre à preservação do meio ambiente, é preciso recordar-se da chamada *Environmetal, Social and Corporate, Governance (ESG)*¹¹³, ou seja, em livre tradução, em Ambiental, Social e Governança Corporativa, que nada mais é do que a implementação de *compliance* com vistas a consolidar em âmbito público e privado a adoção de boas práticas corporativas para prestigiar-se a preservação ao meio-ambiente e bem-estar social, sendo a expressão “sustentabilidade” a verdadeira palavra de ordem de instituições e empresas que adotam as chamadas ESG’s.

Hodiernamente, a adoção de tais políticas de *compliance* e investimentos voltados para o bem-estar social e a preservação do meio ambiente, além de humanizarem as relações institucionais, trazem expressivos dividendos – ou seja, lucro real – para as corporações que desejam implementar tais práticas. Inclusive, do ponto de vista comercial, diante da tendência de valorização de empresas que investem na adoção das ESG’s, consumidores e investidores tendem a preferir contratar com entidades que ostentam práticas “verdes” e socialmente comprometidas.

Um bom exemplo de ESG ambiental é a adoção de energia limpa, como a implementação de placas de captação solar ou reciclagem de descartáveis. Além disso, a valorização dos chamados *stakeholders*¹¹⁴, por meio de programas de capacitação e qualificação de funcionários exemplifica a prática de políticas socialmente comprometidas. No quesito governança, especialmente relativo às empresas que contratam com o poder público,

¹¹²PASSARINHO, Natália. Como a política ambiental de Bolsonaro afetou imagem do Brasil em 2019 e quais as consequências disso. BBC News Brasil, 2019. Disponível em: <<https://www.bbc.com/portuguese/brasil-50851921>>. Acesso em: 20 de junho de 2022.

¹¹³ALIANDO a rentabilidade com a sustentabilidade: o que é ESG?. Ômega Energia, 2021. Disponível em: <<https://blog.omegaenergia.com.br/sustentabilidade/o-que-e-esg/>>. Acesso em: 20 de junho de 2022.

¹¹⁴Toda a cadeia de colaboradores e interessados pela gestão corporativa.

podem ser mencionados os programas de integridade voltados para o combate à corrupção e fraudes em desfavor da Administração Pública.

Nota-se facilmente que as chamadas ESG's coadunam com as relevantes propostas da Agenda 2030¹¹⁵ da Organização das Nações Unidas, ratificado por diversos países ao redor do mundo e que propõe dezessete objetivos de políticas públicas e corporativas para a preservação ambiental e o desenvolvimento econômicos das nações de forma sustentável e comprometida com o futuro da humanidade.

Entre as Dezessete Metas de Desenvolvimento Sustentável recomendadas pela ONU, podem ser destacadas a ação contra a mudança global do clima, diretamente vinculadas, no âmbito público, às chamadas licitações sustentáveis, ou seja, medidas, benefícios e procedimentos que visam promover a preservação do meio ambiente, elencados em diversos diplomas normativos regulatórios brasileiros e, atualmente, também previstas na Lei nº 14.133/21.

Observe-se, inclusive, que as metas elencadas pela ONU vinculam-se à essência das chamadas Licitações Verdes que coadunam igualmente com o importante conceito do Capitalismo Humanista¹¹⁶ que, nas palavras de Wagner Balera e Ricardo Sayeg¹¹⁷ trata-se de um regime jus-econômico com observância dos Direitos Humanos “[...] edificada na Dimensão Econômica dos Direitos Humanos na qual se reconhece o direito de propriedade privada e a liberdade econômica, apto a garantir a todos acesso a níveis dignos de subsistência.”

No que pertine ao novel código licitatório, basta comentar que o legislador preocupou-se com a sustentabilidade com vistas ao ecodesenvolvimento nas contratações públicas ao tempo em que distribui no novo regramento uma série de dispositivos que visam consolidar a política ambiental brasileira, podendo ser citado, por exemplo, o art.5º, *caput*, que prevê, entre os seus princípios norteadores, o desenvolvimento nacional sustentável e o art. 6º, XXV, que torna obrigatória o tratamento ou mitigação do impacto ambiental causado pelo empreendimento, bem como a dicção da alínea a do mesmo inciso, que determina a realização de “[...] ensaios e análises laboratoriais, estudos socioambientais e demais dados e levantamentos necessários para execução da solução escolhida [...].”

¹¹⁵Documento elaborado na Comissão Mundial de Sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento.

¹¹⁶Teoria jusdoutrinária brasileira que defende a orientação do capitalismo contemporâneo em prol do bem-estar do ser humano e da coletividade, sem abrir mão da lucratividade e expansão econômica, ambos norteados pelo Princípio da Fraternidade Universal.

¹¹⁷Ampliar em: SAYEG, Ricardo; BALERA, Wagner. Capitalismo Humanista: a dimensão econômica dos direitos humanos. São Paulo: Max Limonad, 2019, p. 22.

Note-se igualmente que o legislador elencou à posição de objetivos da Nova Lei de Licitações, enquanto em seu art. 11, IV o “[...]IV - incentivar a inovação e o desenvolvimento nacional sustentável” e no bojo do art. 18, XII, determinou que o projeto licitatório apresente obrigatoriamente a “[...] descrição de possíveis impactos ambientais e respectivas medidas mitigadoras, incluídos requisitos de baixo consumo de energia e de outros recursos, bem como logística reversa para desfazimento e reciclagem de bens e refugos, quando aplicável [...].”

Vale destacar ainda o teor do art. 45, conforme se verá a seguir transcrito, *in verbis*

Art. 45. As licitações de obras e serviços de engenharia devem respeitar, especialmente, as normas relativas a: 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, de equipamentos e de serviços que, comprovadamente, favoreçam a redução do consumo de energia e de recursos naturais [...].

Do ponto de vista ambiental, esses e outros dispositivos demonstram que na aprovação da Lei nº 14.133/21 houvera por parte do poder legislativo a intenção expressa de prestigiar a sustentabilidade nos procedimentos licitatórios, inclusive no art. 75, V, alínea j, possibilitando a dispensa de licitações para as contratações que tenham por objeto o tratamento de resíduos sólidos e reaproveitamento de materiais recicláveis, sob a seguinte dicção:

[...] coleta, processamento e comercialização de resíduos sólidos urbanos recicláveis ou reutilizáveis, em áreas com sistema de coleta seletiva de lixo, realizados por associações ou cooperativas formadas exclusivamente de pessoas físicas de baixa renda reconhecidas pelo poder público como catadores de materiais recicláveis, com o uso de equipamentos compatíveis com as normas técnicas, ambientais e de saúde pública [...].

É de se observar claramente que o novo diploma normativo buscou observar as diretrizes sustentáveis da Agenda 2030 da ONU, bem como as práticas voltadas para a implementação e consolidação das chamadas *Environmetal, Social and Corporate Governance (ESG)*. E, como não poderia ser diferente, além de prestigiar os termos do art. 225 da Carta Cidadã que dispõe sobre o direito de todos ao meio ambiente ecologicamente sustentável, também observa os direitos humanos de terceira geração transindividuais vinculados à necessidade de proteção ambiental em favor do futuro da humanidade.

4.4 Reflexões contemporâneas e a busca pela máxima virtualização dos processos licitatórios

Um dos grandes obstáculos ao desenvolvimento econômico nacional é justamente a complexidade que envolve e encarece as contratações públicas em todos os níveis governamentais. No entanto, com a entrada em vigor da Lei nº 14.133/21, conhecida como a Nova Lei de Licitações, a perspectiva concreta de utilização do chamado *e-marketplace*¹¹⁸ governamental é vista como um novo horizonte licitatório, a fim de que sejam efetivamente prestigiados os princípios da eficiência, da vantajosidade e da máxima transparência.

É fato que, sem sombra de dúvida, a morosidade e o excessivo detalhismo característico do processo de compras públicas, acarretam principalmente o mal emprego do erário e, em última estância, prejuízo à coletividade. No entanto, intrinsecamente arraigada na tradição da cultura administrativista brasileira, a burocracia contraproducente e a legislação complexa atravancam os investimentos estatais e desfavorecem o bem-estar do contribuinte, em virtude da contratação de serviços ineficientes e aquisição de bens, muitas vezes, inservíveis a demanda coletiva.

Todavia, enquanto necessidade premente de adaptação aos reclames do capitalismo informacional e conseqüente virtualização das interações público-privadas, a necessidade de adoção de sistemas eletrônicos de operacionalização das aquisições públicas, especialmente num contexto pandêmico que demanda extrema agilidade e eficiência, buscou-se que a legislação licitatória, apesar da morosidade no trâmite legislativo, fosse devidamente atualizada, a fim de mitigar a complexidade normativa e permitir maior discricionariedade do gestor público no processo de aquisições estatais.

É de se consignar que, entre outras medidas que prestigiaram a virtualização licitatória, destacam-se a criação do Portal Nacional de Compras Públicas (PNCP) e o instituto do credenciamento de fornecedores, que despontam como importantes ferramentas no processo de implantação efetiva do *e-marketplace* governamental, além do chamamento da sociedade, especialmente o empresariado, para participar com suas relevantes contribuições da construção do novo mecanismo eletrônico cuja destinação é de cunho eminentemente administrativista.

Também importa salientar que hodiernamente, o ser humano vive inserido em uma sociedade cada vez mais conectada: desde as relações interpessoais, passando pelo comércio digital e mesmo a política internacional tem sido desempenhada de forma cada vez mais virtualizada. Não por acaso, tal estado de coisas é resultante, em grande parte, da influência

¹¹⁸Expressão que designa portal de compras *online*, ou seja, em ambiente virtual.

avassaladora do chamado Capitalismo Informacional, ou seja, justamente a tendência pós-moderna de uso cada vez mais frequente das chamadas tecnologias de ponta, ambientes virtualizados, comunicação ultra acelerada e dispositivos eletrônicos de última geração.

Em contrapartida, a também chamada Quarta Fase do Capitalismo ou Capitalismo Cognitivo, revolucionou as relações interpessoais e econômicas, a medida em que a rapidez e eficiência, ambas aliadas ao menor esforço, são características das novas tecnologias e sistemas integrativos de comunicação. É de se evidenciar que esta inovadora dinâmica de relações entre pessoas, empresas, economia e Estado, segundo Luc Boltanski e Ève Chiapello¹¹⁹ demandam cada vez mais do ser humano “*autonomia, espontaneidade, mobilidade, capacidade rizomática, polivalência, comunicabilidade, abertura para os outros e para as novidades, disponibilidade, criatividade, intuição visionária, sensibilidade para as [...] diferenças.*”

Logicamente, como forma de reprodução das tendências dominantes entre as relações interpessoais, a Administração Pública brasileira, mesmo que a passos lentos, tem buscado modernizar e agilizar as contratações públicas, recorrendo a mecanismos virtuais de processamento das aquisições e contratações administrativas. E, sem sombra de dúvida, quando o Estado faz uso de ambientes e ferramentas virtuais para manejar os diversos setores administrativos, tais como as licitações públicas, prestigia claramente o relevante princípio da publicidade, que pode ser conceituado por Maria Sylvia Zanella Di Pietro¹²⁰ nos seguintes termos: “*[...] diz respeito não apenas à divulgação do procedimento para conhecimento de todos os interessados, como também aos atos da Administração praticados nas várias fases do procedimento, que podem e devem ser abertas aos interessados, para assegurar a todos a possibilidade de fiscalizar sua legalidade.*”

Neste diapasão, vale citar o teor da Lei nº 12.527/2011, conhecida como a Lei de Acesso à Informação, que assim determina, *in verbis*: “*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*”, bem como dispõe igualmente o referido normativo a respeito da obrigatoriedade de disponibilização virtual de informações de interesse coletivo.¹²¹

¹¹⁹BOLTANSKI, Luc; CHIAPELLO, Ève. O novo espírito do capitalismo. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 130.

¹²⁰PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. Direito Administrativo. 34. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 393.

¹²¹BRASIL, Lei nº 12.527/2011: “*Art. 8º - É dever dos órgãos e entidades públicas promover, independentemente de requerimentos, a divulgação em local de fácil acesso, no âmbito de suas competências, de informações de interesse coletivo ou geral por eles produzidas ou custodiadas. [...] IV - informações concernentes a procedimentos licitatórios, inclusive os respectivos editais e resultados, bem como a todos os contratos celebrados; V - dados*

Por óbvio que, quanto mais virtualizados os mecanismos licitatórios, maior concretude é conferida ao princípio da publicidade e tanto mais rápida e eficiente será a adjudicação do bem pretendido ou a prestação do serviço demandado pela Administração. No entanto, falar-se em modernização das contratações públicas implica necessariamente em observar a realidade precária de organização administrativa dos milhares de pequenos municípios brasileiros, bem como até mesmo fazer breves registros a respeito da conjuntura estatal atinente às grandes metrópoles.

Segundo informações divulgadas pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE atualizadas até 30/06/2020¹²² o Brasil atualmente conta com o elevado quantitativo de 5.568 municípios, além do Distrito Federal e o Distrito Estadual de Fernando de Noronha, levando-se em consideração a última contagem promovida pela Divisão Político-Administrativa Brasileira – DPA, municípios estes distribuídos em uma dimensão territorial de 8.510.345,538 km², publicado no DOU nº 41, de 03/03/2021, conforme Portaria nº 47 de março de 2021.

Ou seja, o Brasil é um país de dimensões continentais e, se levarmos em consideração a realidade estrutural da administração pública nos rincões mais longínquos da nação, esbarraremos em carências estruturais tão elementares, como a ausência de computadores em repartições interioranas.

Entretanto, enquanto a Administração Pública carece de investimentos básicos para a melhor estruturação e formatação de determinados setores públicos, as empresas caminham a passos largos rumo à virtualização integral das operações comerciais. Fala-se cada vez mais em investimento na econômica eletrônica, desenvolvimento de aplicativos de compras mais intuitivos, o que favorece a celeridade na celebração dos negócios virtuais, além da aquisição pelo empresariado de *softwares* que requeiram a mínima intervenção humana até mesmo na administração e gerenciamento de empresas conhecidas como *hitech* ou *startups*.

A necessidade de maximização do lucro e a velocidade das negociações virtuais demandam do empresário a incessante busca pela modernização do negócio e gestão das empresas, em clara contramão ao setor público, que esbarra reiteradamente diante de uma realidade profundamente burocrática e quantitativo elevado de servidores despreparados, além da péssima distribuição e aplicação do erário. Ou seja, enquanto o mundo vive e aperfeiçoa uma

gerais para o acompanhamento de programas, ações, projetos e obras de órgãos e entidades; e VI - respostas a perguntas mais frequentes da sociedade.”

¹²²Áreas Territoriais. IBGE, 2020. Disponível em: <<https://www.ibge.gov.br/geociencias>>. Acesso em: 25 de outubro de 2021.

verdadeira revolução tecnológica a cada instante, o Brasil prossegue caminhando a passos de tartaruga quanto a modernização dos processos de gestão das demandas estatais.

A Quarta Fase do Capitalismo é marcada por um intenso e instantâneo compartilhamento de informações. Não se trata apenas da globalização enquanto mecanismo decorrente da virtualização das relações, interconectando Estados, economias e sociedades, mas sobretudo, de um tal estado de coisas, em que as demandas sociais e administrativas exigem dos gestores respostas rápidas e eficientes.

A burocracia brasileira, na contramão, representa um alto custo aos cofres públicos, uma vez que mesmo a Nova Lei de Licitações (lei nº 14.133/21) peca pelo excesso de pormenores e exigências dos particulares às compras públicas, isso como fruto de um exacerbado melindre do legislador, decorrente dos escândalos de corrupção, tais como aqueles descortinados pela famosa Operação Lava Jato. Todavia, apesar dos pesares, há que se reconhecer em certa medida, a relevância que os processos burocráticos encerram, no que tange em especial ao manejo do erário público.

Neste mesmo diapasão, vale citar Idalberto Chiavenato¹²³:

A burocracia é uma organização ligada por normas e regulamentos estabelecidos previamente por escrito. Em outros termos, é uma organização baseada em uma legislação própria (como a Constituição para o Estado ou estudos para a empresa privada) que define antecipadamente com organização burocrática deverá funcionar. Essas normas e regulamentos são escritos e também são exaustivos porque abrangem todas as áreas da organização, preveem todas as ocorrências e os enquadram dentro de um esquema definido capaz de regular tudo o que ocorre dentro da organização.

No entanto, se por um lado a burocracia engessada configura um empecilho às licitações públicas, especialmente pelo excesso de documentação e exigências não raras vezes, até mesmo aparentemente inócuas, por outro lado também prestigiam a moralidade pública e a impessoalidade nas relações entre Estado e particular.

Se há a necessidade de profissionalização dos processos públicos, e para tal mister se presta a burocracia administrativa, também é igualmente verdade que a eficiência dos processos depende também do melhor preparo do funcionalismo público. Lecionara Pedro Durão¹²⁴ ao reforçar que:

A Administração Pública é formada por órgãos, cargos e agentes que executam suas atividades. É então o aparelhamento estatal destinado a realização de serviços e políticas governamentais com o objetivo de satisfazer o interesse geral. Podemos afirmar que tem um poder de decisão em relação a suas atribuições e dentro dos limites de sua competência, podendo deliberar somente sobre assuntos técnicos, jurídicos e

¹²³CHIAVENATO, Idalberto. Administração Geral e Pública. Rio de Janeiro: Elsevier, 2018. p. 38.

¹²⁴DURÃO, Pedro. Licitações Públicas. Aracaju: DireitoMais, 2018. p. 141.

financeiros ou, caso couber, sobre seus próprios atos, sob a prerrogativa de mérito administrativo. Portanto, administrar é governar bens e interesses gerais em concordância com os limites legais.

Contudo, no Brasil a expressão burocracia, em virtude da característica ineficiência do modelo estatal nacional, tem apresentado disfunções que denotam não apenas despreparo dos servidores e incapacidade do poder executivo, mas sobretudo, um deliberado esforço na contramão da modernidade. Importa salientar Fernando Motta e Bresser-Pereira¹²⁵, *in verbis*:

[...] embora as organizações tendam a ser mais eficientes do que qualquer outro tipo de sistema social, o grau de eficiência administrativa que elas apresentam varia enormemente, e não é raro encontrarmos burocracias a operar com alto grau de ineficiência, plenamente enquadradas no significado popular que o termo “burocracia” (sic) possui.

É preciso reforçar que a burocracia não é um fenômeno contemporâneo e nem tão pouco exclusivamente brasileiro, conforme se depreende no entendimento de Fernando Motta e Isabella F. Gouveia de Vasconcelos¹²⁶:

A burocracia é um fenômeno antigo. Como vimos, ela existia no antigo Egito e em Roma, consolidando-se desde o reinado de Diocleciano. A partir do século XIII, a Igreja Católica romana consolidou-se como organização burocrática e, na China, encontramos a predominância de estruturas burocráticas desde a época Shi-Hoang-Ti (século XIV).

Contudo, a burocracia brasileira tende a justificar-se, supostamente escudada no princípio do procedimento formal, conforme se verifica mais uma vez nas lições do professor Pedro Durão¹²⁷:

Também se defende o princípio do procedimento formal, segundo o qual o evento licitatório deve ser cumprido dentro da essência da formalidade de seus atos, para que seja válido e responsável, sob pena de nulidade, trata-se de um conjunto sequencial de atos, um rito preestabelecido para a contratação de bens e serviços públicos.

Os termos do art. 4º da Lei nº 8.666/1993¹²⁸ do antigo diploma licitatório, que previa expressamente o referido princípio. Observa-se, não por acaso, que no bojo da Nova Lei de

¹²⁵MOTTA, Fernando. C. Prestes; BRESSER-PEREIRA, L. C. Introdução à Organização Burocrática. 7. ed. Brasília: São Paulo, 2004, p. 41.

¹²⁶MOTTA, Fernando. VASCONCELOS, Isabella F. Gouveia de. Teoria Geral da Administração. 3. ed. São Paulo: Cengage Learning, 2017. p. 9.

¹²⁷DURÃO. *op. cit.*, p. 39.

¹²⁸BRASIL, Lei nº 8.666/1993: “Art. 4º Todos quantos participem de licitação promovida pelos órgãos ou entidades a que se refere o art. 1º têm direito público subjetivo à fiel observância do pertinente procedimento estabelecido nesta lei, podendo qualquer cidadão acompanhar o seu desenvolvimento, desde que não interfira de modo a perturbar ou impedir a realização dos trabalhos. Parágrafo único. O procedimento licitatório previsto nesta lei caracteriza ato administrativo formal, seja ele praticado em qualquer esfera da Administração Pública.”

Licitações alhures também mencionada, o princípio do procedimento formal mesmo que no referido diploma normativo esteja, por lógico, contemplado, em virtude até mesmo da necessidade contemporânea de observação do chamado princípio da informalidade que, sem afetar a legalidade do procedimento da contratação pública, prestigia também a necessária eficiência e celeridade. E, nas avisadas assertivas de Pedro Durão¹²⁹:

Daí também a importância do princípio da informalidade, em que a administração deve se dedicar à aquisição da mais vantajosa para o Estado, dentro dos limites legais estabelecidos, porém sem exigências incoerentes ou excessos de burocracia administrativa, buscando interpretações que destacam a concorrência e igualdade. Neste sentido, a Administração Pública está, cada vez mais, buscando meios eletrônicos para lograr uma ampla divulgação e um maior acesso aos licitantes, otimizando o controle das licitações,

Nesse mesmo diapasão, importa ressaltar que o princípio da informalidade adotado nas contratações públicas, deve ser observado de modo a agilizar o procedimento e no mesmo sentido, atender igualmente ao próprio interesse público, conforme Sérgio Ferraz e Adilson Abreu Dallari¹³⁰:

O princípio da informalidade significa que, dentro da lei, sem quebra da legalidade, pode haver dispensa de algum requisito formal sempre que sua ausência não prejudicar terceiros nem comprometer o interesse público. Um direito não pode ser negado em razão da inobservância de alguma formalidade instituída para garanti-lo, desde que o interesse público almejado tenha sido atendido. Dispensam-se, destarte, ritos sacramentais e despidos de relevância, tudo em favor de uma decisão mais expedita e, pois, efetiva. [...] O princípio da informalidade significa que devem ser observadas as formalidades estritamente necessárias à obtenção da certeza e da segurança jurídicas ao atendimento dos fins almejados pelo sistema normativo. Deve-se dar maior prestígio ao espírito da lei que à sua literalidade no tocante ao iter estabelecido pela norma jurídica disciplinadora do processo.

No entanto, acompanhando a tendência contemporânea de virtualização dos procedimentos licitatórios, em prestígio aos princípios da transparência, eficiência e mesmo em atenção ao desenvolvimento nacional sustentável, a seguir trataremos das aquisições eletrônicas e a criação do Portal Nacional de Contratações Públicas (PNCP).

4.5 A Nova Lei de Licitações, o Princípio da Transparência e a criação do PNCP

Em estrito amálgama ao princípio da publicidade dos atos licitatórios, a maximização da transparência nos procedimentos público-administrativos prossegue representando um dos

¹²⁹DURÃO, *op. cit.*, p. 39.

¹³⁰FERRAZ, Sérgio; DALLARI, Adilson Abreu. *Processo Administrativo*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 125-126.

grandes desafios dos gestores estatais. No entanto, é uma verdadeira necessidade contemporânea, que a fiscalização da maneira como o Estado investe os recursos públicos seja cada vez mais facilitada à sociedade em geral que, diga-se de passagem, cobra dos poderes executivo e legislativo, mais sobriedade e eficiência na aplicação dos tributos pagos a duras penas pela população claramente espoliada.

Também é verdade que a Administração, inserida num contexto de extremo capitalismo informacional, e acompanhando o caminho sem volta da virtualização dos processos administrativos, inovara quando da edição da Lei nº 14.133/2021, ao determinar a criação de um portal eletrônico que organizasse e disponibilizasse ao público em geral, de maneira acessível e facilitada, a consulta aos procedimentos licitatórios pertinentes aos municípios, Estados, União e Distrito Federal¹³¹.

É de notar que foi determinado pelo referido normativo que nos contratos públicos celebrados com a iniciativa privada, deverá ser obrigatória a respectiva divulgação no Portal Nacional de Contratações Públicas (PNCP), conforme delineado em seu art. 94. Ou seja, verifica-se que o legislador prestigiou o princípio da transparência e da publicidade quando consignara taxativamente a divulgação no referido sítio eletrônico de todos os contratos entabulados entre Administração Pública e particulares. Afinal, transparência e assertividade, nunca se mostram medidas excessivas.

Importa consignar que, para além do fomento à publicidade e transparência dos procedimentos licitatórios, também se mostra pertinente o PNCP enquanto relevante ferramenta eletrônica, no que expressa a possibilidade futura de centralização da licitações públicas, visto que a reunião, num único portal virtual, permitirá maior controle e fiscalização por parte das autoridades responsáveis, bem como facilitará a consulta por parte de empresas e particulares que queiram contratar com a Administração Pública, uma vez que os editais serão divulgados

¹³¹BRASIL, Lei nº 14.133/2021: “Art. 174. É criado o Portal Nacional de Contratações Públicas (PNCP), sítio eletrônico oficial destinado à: I - divulgação centralizada e obrigatória dos atos exigidos por esta Lei; II - realização facultativa das contratações pelos órgãos e entidades dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário de todos os entes federativos. [...]§ 2º O PNCP conterá, entre outras, as seguintes informações acerca das contratações: I - planos de contratação anuais; II - catálogos eletrônicos de padronização; III - editais de credenciamento e de pré-qualificação, avisos de contratação direta e editais de licitação e respectivos anexos; IV - atas de registro de preços; V - contratos e termos aditivos; VI - notas fiscais eletrônicas, quando for o caso. [...] I - sistema de registro cadastral unificado; II - painel para consulta de preços, banco de preços em saúde e acesso à base nacional de notas fiscais eletrônicas; III - sistema de planejamento e gerenciamento de contratações, incluído o cadastro de atesto de cumprimento de obrigações previsto no § 4º do art. 88 desta Lei; IV - sistema eletrônico para a realização de sessões públicas; V - acesso ao Cadastro Nacional de Empresas Inidôneas e Suspensas (Ceis) e ao Cadastro Nacional de Empresas Punidas (Cnep); [...] § 1º Desde que mantida a integração com o PNCP, as contratações poderão ser realizadas por meio de sistema eletrônico fornecido por pessoa jurídica de direito privado, na forma de regulamento.”

no referido portal. Inclusive, Pedro Durão¹³² já ressaltava a importância de um cadastro nacional unificado¹³³ a medida em que evidenciara os benefícios desse modelo de divulgação dos procedimentos licitatórios, bem como também informa que tal instrumento poderia oferecer uma espécie de cadastro nacional de fornecedores e seus respectivos produtos e padrão de qualidade das empresas lá consignadas, a fim de facilitar a consulta pelos diversos entes federativos e pelos órgãos regulatórios.

Em verdade, o legislador agiu assertivamente ao prever a criação de um portal que reúne todas as mais relevantes informações pertinentes aos procedimentos licitatórios realizados nos três âmbitos da administração estatal e, além disso, prestigia os princípios da economicidade e do desenvolvimento sustentável.

Inclusive, a contratação eletrônica observa relevantes ditames encartados constitucionalmente, uma vez que a Constituição Federal de 1988 resalta a importância da economia nos procedimentos administrativos em geral, conforme se verifica claramente em seu art.74, inciso II¹³⁴. Insta mencionar a lição de Justen Filho¹³⁵, a respeito do princípio da economicidade, ao dizer que, *verbis*: “Não basta honestidade e boas intenções para validação de atos administrativos. A economicidade impõe adoção da solução mais conveniente e eficiente sob o ponto de vista da gestão dos recursos públicos.”

Configura grande desafio por parte dos gestores estatais a preservação do erário, quando os métodos e protocolos administrativos encontram-se em situação de defasagem, sem qualquer preocupação com a eficiência e agilidade do procedimento. Nota-se, inclusive, que em grande parte, tal estado de coisas decorre justamente da chamada assimetria cognitiva estatal, uma vez que a Administração Pública não conta com a mesma *expertise* da iniciativa privada, nem tão

¹³²DURÃO, Pedro. Licitações Públicas. Aracaju: DireitoMais, 2018. p. 120-121.

¹³³ DURÃO vaticinou que: “Uma alternativa viável é pesquisa de preço e verificação de qualidade de serviços em um registro nacional. A ideia seria disponibilizar a informação sobre os fornecedores e seus produtos com o objetivo de minimizar falhas comuns nas contratações públicas. Esse registro atuaria como uma espécie de biblioteca de qualidade, em um cadastro prévio de fornecedores, onde seriam depuradas a qualificação dos produtos e a qualidade. Neste cadastro seria certificada a qualidade e durabilidade do produto ou serviço. Esta especificação deveria ser realizada através de órgãos que tenham a competência adequada. [...] Ademais, com esse cadastro nacional, o formato tradicional de comprar pela Administração Pública estaria comprometido. [...] já no que diz respeito ao formato eletrônico adotado sob critérios de valor ou de conteúdo, este modelo acataria meio de controle prévio da qualificação por meio de cadastro nacional para designar modos e aceção mínima de produtos a serem ofertados. O meio eletrônico serviria, ainda, como parâmetro no qual se verificaria o preço praticado de produtos pré-estipulados no âmbito da Administração Pública.” Ampliar em: DURÃO. *op. cit.*, p. 120-121.

¹³⁴BRASIL. Constituição Federal de 1988. Art. 74. Os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário manterão, de forma integrada, sistema de controle interno com a finalidade de: [...] II - comprovar a legalidade e avaliar os resultados, quanto à eficácia e eficiência, da gestão orçamentária, financeira e patrimonial nos órgãos e entidades da administração federal, bem como da aplicação de recursos públicos por entidades de direito privado.

¹³⁵FILHO, Marçal Justen. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 12. ed. São Paulo: Dialética, 2008. p. 66.

pouco os servidores se preocupam com a necessidade constante de aprimoramento profissional, uma vez que não há concorrência nos meandros estatais, tal como ocorre com a realidade do particular. Cumpre consignar Pedro Henrique Magalhães Marcolin¹³⁶:

Longe de ser uma exclusividade brasileira, o problema ocorre em praticamente todos os países, pois resulta da impossibilidade do poder público de deter o mesmo nível de expertise técnica dos entes privados para a elaboração das soluções para as suas necessidades. E isso decorre da própria organização da Administração Pública, que não foi desenhada para operar em regime de competição, a qual exige dos entes privados a constante inovação e modernização. Não há como se exigir do poder público que possua, em seus quadros, profissionais aptos à identificação e ao desenvolvimento de toda e qualquer solução para as suas infinitas demandas. Por vezes, o setor público apenas tem ciência do problema que pretende resolver, porém não detém a expertise técnica para elaborar até mesmo um projeto básico do objeto que pretende licitar, pois não possui conhecimento de como atender essa demanda, em especial quando a solução cabível sequer está disponível no mercado.

Ou seja, considerando que o funcionalismo público não atua em regime de competição, tal como na iniciativa privada, o fato é que o serviço público não apresenta a mesma necessidade de inovação e aprimoramento, circunstância refletida de forma global, em especial, na dinâmica dos processos licitatórios.

O próprio sistema licitatório brasileiro, por efeito direto da pandemia mundial, foi um posto em xeque, uma vez que as necessidades urgentes da coletividade, a situação de calamidade na saúde pública causada pelo COVID-19, demandaram das gestores extrema celeridade no processamento das compras públicas, de modo que apresentando diversos problemas e vícios legislativos, a Nova Lei de Licitações acertou fortemente com a determinação de criação do PNCP, a fim de prestigiar em especial, a transparência das transações públicas.

Verifica-se que a criação do referido portal que unifica, centraliza e facilita o acesso aos dados pertinentes às contratações públicas também atende ao disposto no Decreto nº 9.203/17, que discorre sobre a política de governança da administração pública federal direta, autárquica e fundacional, no qual em seu art. 4º, determina, *in verbis*: “São diretrizes da governança pública: [...] XI - promover a comunicação aberta, voluntária e transparente das atividades e dos resultados da organização, de maneira a fortalecer o acesso público à informação.”

¹³⁶MARCOLIN, Pedro Henrique Magalhães. Diálogo competitivo é uma mudança positiva para as contratações públicas. Conjur, 2021. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2021-abr-14/marcolin-licitacao-dialogo-competitivo-mudanca-positiva>>. Acesso em: 10 de novembro de 2021.

Comente-se igualmente que a política de transparência na governança pública, prestigiada por meio do Portal Nacional de Contratações Públicas reunirá, entre outras informações relevantes, um sistema registral unificado, painel para consulta de preços e acesso unificado ao sistema federal de emissão de notas fiscais, além do acesso ao Cadastro Nacional de Empresas Inidôneas e Suspensas e ao Cadastro Nacional de Empresas Punidas, e contará com um importante sistema eletrônico para realização e divulgação das sessões públicas de carácter licitatório¹³⁷.

A virtualização das compras públicas é uma realidade da qual não é possível escapar, cujos benefícios superam qualquer eventual pequena desvantagem ou desconformidade, sem contar que diversos países já adotam esta modalidade de aquisição estatal que, aqui no Brasil, prestigiará em, especial e possivelmente, o procedimento atinente as compras diretas por inexigibilidade de licitações.

Na diversa conjuntura da União Europeia as compras públicas virtuais já são uma realidade, considerando inclusive que há um grande incentivo ao princípio da transparência e ao processamento das contratações públicas de forma eletrônica, conforme se verifica expressamente nos termos da Diretiva 2014/24¹³⁸.

No contexto do bloco europeu, embora haja uma grande preocupação com os princípios da transparência e publicidade nas compras públicas, é fato que os gestores no manejo das licitações não se encontram engessados pelos procedimentos burocráticos, podendo optar por medidas de flexibilização, a fim de agilizar os trâmites legais, sem cometer qualquer ofensa ou irregularidade.

¹³⁷Economia, Governo lança Portal Nacional de Contratações Públicas. Gov.br, 2021. Disponível em: <https://www.gov.br/pt-br/noticias/financas-impostos-e-gestao-publica/2021/08/governo-federal-lanca-portal-nacional-de-contratacoes-publicas>. Acesso em: 10 de novembro de 2021.

¹³⁸A Diretiva 2014/24 da União Europeia dispõe que: “Os meios eletrônicos de informação e comunicação podem simplificar grandemente a publicação dos contratos e aumentar a eficiência e a transparência dos procedimentos de contratação. Deverão, pois, tornar-se os meios normais de comunicação e intercâmbio de informações neste domínio, uma vez que aumentam significativamente as possibilidades de participação dos operadores económicos em concursos em todo o mercado interno. Para o efeito, a transmissão dos anúncios em formato eletrônico, a disponibilização eletrônica dos documentos do concurso e, após um período de transição de 30 meses, as comunicações integralmente eletrônicas, ou seja, a comunicação por via eletrônica em todas as fases do processo, incluindo a transmissão dos pedidos de participação e, em especial, a transmissão das propostas (apresentação eletrônica), deverão passar a ser obrigatórias. Os Estados-Membros e as autoridades adjudicantes deverão ser livres de ir mais além, se assim o desejarem. Importa esclarecer também que a utilização obrigatória dos meios eletrônicos de comunicação, em conformidade com a presente diretiva, não deverá, contudo, obrigar as autoridades adjudicantes a proceder ao tratamento eletrônico das propostas, nem deverá obrigar à avaliação em linha ou ao tratamento automático. Além disso, nos termos da presente diretiva, nenhum elemento do processo de contratação pública após a adjudicação do contrato deverá implicar a utilização obrigatória dos meios de comunicação eletrônicos; estes também não deverão ser obrigatórios na comunicação no interior da autoridade adjudicante.” Ampliar em: DIRETIVA 2014/24/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, 26 de fevereiro de 2014. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A32014L0024>. Acesso em: 10 de novembro de 2021.

Comente-se que o modelo europeu de compras públicas prestigia em especial a vantajosidade, na acepção tal como conhecida do legislador brasileiro, apresentado as diretivas ou legislações pertinentes apenas e tão somente, o caráter normativo generalista que não prevê procedimentos detalhistas e complexidade em demasia, modelo que deveria ter sido observado pelo legislador pátrio, quando da edição da Nova Lei de Licitações nº 14.133/2021, o que não ocorrera, tendo neste aspecto sido repetido o modelo defasado da legislação anterior.

4.6 Perspectivas futuras e a implantação do *e-marketplace* governamental brasileiro

A ideia de um *e-marketplace* governamental não é nova. Legislações como a norte americana já adotam tal ferramenta para as contratações públicas há muito tempo. Também é verdade que o particular há anos habituou-se a esta modalidade de aquisição, que permite ao consumidor comum ter acesso a canais eletrônicos que disponibilizam inúmeros fornecedores a um só tempo, de forma unificada, possibilitando que o comprador tenha em um único sítio eletrônico diversos produtos, com faixas de preço e qualidades distintas, a fim de que seja adquirido o produto ou serviço que mais se adeque a sua necessidade e patamar de poder aquisitivo.

Sites como o Mercado Livre e a Amazon.com há anos, de certo modo, dominam o mercado nacional e internacional, conectando de forma rápida e prática, fornecedores e compradores em diversos países, a fim de oferecer ao consumidor diversas opções de compra, com tal praticidade. Na verdade, o *e-marketplace* é exatamente uma espécie de shopping virtual, reunindo-se diversos prestadores de serviço ou fornecedores de bens de forma prática e intuitiva. No entanto, é preciso fazer-se uma breve análise normativa a fim de considerar as perspectivas de implementação de tal ferramenta eletrônica a fim de agilizar e modernizar as licitações públicas no ligeiramente tacinho contexto normativo nacional.

A realidade pandêmica atípica e a urgência na realização das compras públicas em 2020, abreviaram a aprovação do novo diploma normativo licitatório, demandando agilidade nas mudanças legislativas, a fim de facilitar o procedimento de aquisições pela Administração Pública. De modo que, diante da avalanche de acontecimentos imprevistos decorrentes do COVID-19, foi preciso modificar as disposições legais em vigência de forma quase abrupta. No bojo da Lei nº 14.133/2021, assim dispôs o legislador pátrio, conceituando o procedimento de credenciamento de fornecedores, nos seguintes e exatos termos:

Art. 6º Para os fins desta Lei, consideram-se: [...] XLIII - credenciamento: processo administrativo de chamamento público em que a Administração Pública convoca interessados em prestar serviços ou fornecer bens para que, preenchidos os requisitos necessários, se credenciem no órgão ou na entidade para executar o objeto quando convocados; [...].

É de se ressaltar que o credenciamento, nada mais é, que uma espécie de cadastro prévio (ou procedimento auxiliar conforme nomenclatura delineada na própria lei) que possibilita que determinadas empresas, depois de preenchidos os requisitos normativos, sejam habilitadas em uma espécie de banco de dados virtual, a fim de que a Administração Pública possa convocar tais fornecedores para contratação posterior, diante de hipóteses licitatórias em que é vantajosa a realização de contratações múltiplas e simultâneas em condições padronizadas, bem como em virtude dos casos em que o processo de seleção estará a cargo do próprio beneficiário e no contexto dos mercados fluídos¹³⁹ conforme os exatos termos do art. 79¹⁴⁰ do referido diploma legal.

A dinâmica conferida ao credenciamento, pressupõe inclusive a possibilidade de ser utilizado o referido instituto precedendo as contratações por inexigibilidade ou mesmo na hipótese de dispensa de licitações. Vale dizer que em tais casos, aplicam-se os artigos 74 e 75¹⁴¹

¹³⁹ Ou seja, quando o preço do produto ou serviço a ser adquirido é sujeito a alterações constantes, como passagens aéreas, gasolina, insumos agrícolas e etc.

¹⁴⁰BRASIL, Lei nº 14.133/2021: “Art. 79. O credenciamento poderá ser usado nas seguintes hipóteses de contratação: I - paralela e não excluyente: caso em que é viável e vantajosa para a Administração a realização de contratações simultâneas em condições padronizadas; II - com seleção a critério de terceiros: caso em que a seleção do contratado está a cargo do beneficiário direto da prestação; III - em mercados fluídos: caso em que a flutuação constante do valor da prestação e das condições de contratação inviabiliza a seleção de agente por meio de processo de licitação. Parágrafo único. Os procedimentos de credenciamento serão definidos em regulamento, observadas as seguintes regras: I - a Administração deverá divulgar e manter à disposição do público, em sítio eletrônico oficial, edital de chamamento de interessados, de modo a permitir o cadastramento permanente de novos interessados; II - na hipótese do inciso I do caput deste artigo, quando o objeto não permitir a contratação imediata e simultânea de todos os credenciados, deverão ser adotados critérios objetivos de distribuição da demanda; [...] IV - na hipótese do inciso III do caput deste artigo, a Administração deverá registrar as cotações de mercado vigentes no momento da contratação [...]”

¹⁴¹BRASIL, Lei nº 14.133/2021: “Art. 74. É inexigível a licitação quando inviável a competição, em especial nos casos de: I - aquisição de materiais, de equipamentos ou de gêneros ou contratação de serviços que só possam ser fornecidos por produtor, empresa ou representante comercial exclusivos; II - contratação de profissional do setor artístico, diretamente ou por meio de empresário exclusivo, desde que consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública; III - contratação dos seguintes serviços técnicos especializados de natureza predominantemente intelectual com profissionais ou empresas de notória especialização, vedada a inexigibilidade para serviços de publicidade e divulgação: [...] IV - objetos que devam ou possam ser contratados por meio de credenciamento; [...] Art. 75. É dispensável a licitação: I - para contratação que envolva valores inferiores a R\$ 100.000,00 (cem mil reais), no caso de obras e serviços de engenharia ou de serviços de manutenção de veículos automotores; II - para contratação que envolva valores inferiores a R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), no caso de outros serviços e compras; III - para contratação que mantenha todas as condições definidas em edital de licitação realizada há menos de 1 (um) ano, quando se verificar que naquela licitação: a) não surgiram licitantes interessados ou não foram apresentadas propostas válidas; b) as propostas apresentadas consignaram preços manifestamente superiores aos praticados no mercado ou incompatíveis com os fixados pelos órgãos oficiais competentes; [...]”

da Nova Lei de Licitações, que foram aprovados especialmente justamente em virtude da realidade pandêmica.

No que aduz aos preços fluídos, ou seja, aos preços que estão sujeitos a constantes variações, a Administração Pública poderá permitir maior discricionariedade por parte de seus gestores, uma vez que possibilitará a aquisição de bens sem que haja a predeterminação de preços. Um bom exemplo disso, é a aquisição de passagens aéreas, uma vez que em virtude da flutuação do mercado permitir-se-á a utilização da chamada precificação dinâmica.

Denomina-se, por assim dizer, precificação dinâmica, como o sistema de cálculo ou ajuste de preços considerando diversas variáveis, como oscilação do mercado, custo de matéria prima, demanda de consumo e etc. de modo que a ferramenta online faz uma busca de preços em diversas lojas virtuais e, calculando automaticamente a média e margem de lucro viável, de acordo com os valores praticados pelo mercado, informará o preço adequado a ser pago pelo adquirente do produto ou serviço oferecido.

A grande vantagem da precificação dinâmica sobre a pré-fixada no superado modelo licitatório da legislação anterior é que justamente no segundo formato o fornecedor já incluí no valor cobrado da Administração Pública a chamada “margem de risco”, considerando o custo de produção, variações do mercado e etc, a fim de obstar a defasagem ou eventual prejuízo ao contratar por meio de licitações públicas. Já na modalidade de valoração dinâmica, como serão calculadas as variações mercadológicas e todos os seus fatores de oscilação, o preço a ser pago pelo Estado apresenta sensível redução, uma vez que não incidirá o percentual de risco do fornecedor, conforme já referenciado.

O Governo Federal, inclusive, já iniciou o debate público a respeito da perspectiva concreta de implantação do chamado *e-marketplace* das contratações públicas e encontra-se presentemente, na fase de recebimento de sugestões de operacionalização da futura plataforma digital e, além disso, também vem realizando audiências públicas com a sociedade a fim de colher os anseios da população em geral e, em especial, do empresariado¹⁴².

E, além de tudo, também é verdade que a nova ferramenta virtual observa o princípio do desenvolvimento nacional sustentável, uma vez que é este o principal escopo das contratações públicas, uma vez que o novel procedimento favorece a adoção de práticas que fomentam as melhores políticas públicas, inclusive sob viés econômico e de natureza ambiental,

¹⁴²Economia, Governo debate com sociedade implantação de *marketplace* para compras públicas. Gov.br, 2020. Disponível em: <https://www.gov.br/economia/pt-br/assuntos/noticias/2020/julho/governo-debate-com-sociedade-implantacao-de-marketplace-para-compras-publicas>. Acesso em: 10 de novembro de 2021.

uma vez que estimula as melhores condutas de sustentabilidade administrativa, gerando benefícios à coletividade e mitigando expressivamente impactos ambientais deletérios.

Diante de todo o exposto, observa-se que as vantagens da adoção do chamado *e-marketplace* governamental superam qualquer eventual dificuldade durante o processo de implantação e familiarização pela Administração Pública, em suas três esferas de atuação, prestigiando-se, sem sombra de dúvida, relevantes diretrizes constitucionais, tais como o princípio da transparência, publicidade, legalidade e, sobretudo, do desenvolvimento nacional sustentável, além da significativa vantajosidade proporcionada aos entes federativos que adotarem, com seriedade, a nova sistemática de contratação eletrônica.

Atender as demandas coletivas com eficiência e celeridade é um desafio enfrentado por qualquer gestor público que preze pelo bem-estar social. No entanto, as mudanças suscitadas pelo capitalismo informacional, bem como a necessidade de otimizar as compras e contratações públicas satisfazendo a urgência reclamada pelo contexto pandêmico, exigiram da Administração a utilização de meios eletrônicos cada vez mais intuitivos e acessíveis aos servidores e particulares em geral.

Nesse toar, a Nova Lei de Licitações, cuja entrada em vigor se dera em abril do corrente ano, possibilitou ao gestor estatal maior discricionariedade na tomada de decisões, bem como viabilizara a adoção de um sistema virtual de compras públicas, com o fito de modernizar e tornar mais célere a aquisição de bens e serviços em favor do Estado e das coletividades.

Assim, iniciativas de grande relevância, como o Portal Nacional de Compras Públicas, que no futuro também poderá funcionar como um verdadeiro *e-marketplace* governamental, unindo a ampliação do alcance do inovador instituto do credenciamento, ambos abrangidos pela novel Lei nº 14.133/21, possibilitarão que em breve, seja implantado um verdadeiro *shopping* virtual cuja função precípua será aproximar a infinidade de fornecedores de bens e serviços que poderão ser adquiridos com maior rapidez e eficiência pelo Estado, favorecendo em primeira e última instância, o sofrido contribuinte brasileiro, que será melhor prestigiado e respeitado.

Desse modo, a Administração Pública, observando os princípios da transparência, publicidade, economicidade, dentre outros, além do necessário desenvolvimento nacional sustentável, possibilitará que o delicado e complexo processo de contratação estatal, de forma extremamente célere e intuitiva, possa cumprir de fato a sua função social, que é favorecer a melhor preservação do erário público, patrimônio da coletividade.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Direito Empresarial brasileiro em sua complexa matriz normativa representa um verdadeiro emaranhado de códigos e tradições jurídicas que remontam não apenas à cultura jurisdicional local, mas sobretudo, expressa diversas outras influências decorrentes de antigos costumes e códigos - escritos ou não - oriundos das mais distintas nações, notadamente aquelas que compõe o chamado Velho Continente, dado o curioso processo de colonização encampado especialmente pelos antigos desbravados portugueses e suas caravanas de caráter eminentemente exploratório.

Qualquer que seja o objeto de estudo jurídico, faz-se imprescindível contextualizar fatos e fatores que desencadearam os resultados sob análise e, tendo em conta a relevante premissa, necessário é que o pesquisador atento, antes mesmo de ingressar no cerne da questão ou problemática estudada, observe a evolução histórica dos fatos e, partindo daí, desenvolva a sua própria concepção do problema.

Revela-se praticamente impossível dissociar-se o estudo jurídico dos contextos sociais, históricos, econômicos e mesmo de caráter filosófico em que se encontra inserido o ser humano, importando tal omissão em deixar-se de lado uma parcela considerável dos fatores que determinam o desenvolvimento da ciência que mais impacta a conduta do indivíduo em sociedade.

Atenta à referida premissa básica, no segundo capítulo da presente perquirição científica buscou-se realizar uma perfunctória – porém, fundamental – análise histórica dos acontecimentos e circunstâncias que desencadearam na consolidação do direito empresarial brasileiro. De modo que, dando-se o ponto de partida através da historicidade inerente ao referido diploma normativo, avançou-se para demonstrar o processo de constitucionalização da matéria, uma vez que todo o ordenamento jurídico brasileiro é norteado pelo luminoso farol da Constituição Federal de 1988.

Considerando ainda o relevante viés constitucional da pesquisa ora empreendida e ainda em atenção à complexidade normativa mantida pelo Poder Legislativo muitas vezes à custa de enormes equívocos normativos, especialmente em matéria licitatória, retomara-se à análise constitucional da Lei nº 14.133/2021, uma vez que foram acrescidos de forma expressa diversos outros princípios na letra da nova lei, promovendo-se um importante comparativo para com a legislação ultrapassada, a Lei. 8.999/1993, na qual os legisladores de então foram muito mais sucintos no processo de consignação principiológica, dando-se margem à significativos erros e

acertos interpretativos por parte do Judiciário, seja de natureza material e processual. Além disso, buscou-se estreitar a reflexão a respeito do efetivo impacto - positivo ou não - em favor do cidadão, decorrentes dos novos princípios consignados pelo legislador ante à complexidade das circunstâncias locais, tais como o expressivo *déficit* orçamentário brasileiro.

Realizada a contextualização referenciada, no capítulo terceiro procurou-se analisar, ainda sob as relevantes diretrizes constitucionais, as principais alterações processuais e materiais decorrentes da Lei nº 14.133/2021, chamada Nova Lei de Licitações e Contratações Públicas que, em verdade, é o grande motor normativo aqui pesquisado justamente pela grande necessidade de atualização normativa, dada a defasagem da Lei nº 8.999/1993 e, especialmente, em virtude dos inúmeros avanços tecnológicos aos quais devem sujeitar-se entes públicos e privados, particulares e agentes públicos, indistintamente.

Todavia, além da importante reflexão decorrente das alterações empreendidas pelo legislador, também era preciso observar os aspectos cíveis do novo diploma, uma vez que dada a poderosa extensão e influência do Código Civil de 2002 em praticamente todas as matérias jurídicas, e considerando que o próprio direito empresarial brasileiro é tido como uma verdadeira especificidade do código civilista, fez-se necessário destacar a interconexão entre as duas matérias – o Direito Civil e Empresarial – para a partir daí consignar o impacto de tais aspecto na atuação estatal de natureza licitatória, com todas as suas evoluções, especialmente de natureza tecnológica, sem olvidar o contraponto da teratológica previsão normativa de celebração verbal de contratos licitatórios, vendo-se aí umas das diversas deficiências normativas que ainda foram preservadas pelo legislador, apesar das inovações legais empreendidas.

Além disso, os reclames da própria realidade econômica e social brasileira impuseram ao poder legislativo a assunção de instrumentos normativos que viabilizassem de fato – *a priori* em benefício exclusivo do melhor interesse público – a otimização do emprego da excessiva carga tributária em contraposição à qualidade dos serviços públicos prestados pelo Estado à população em geral. Importa ressaltar que, dada a técnica normativa brasileira de extremo detalhismo e complexidade na elaboração normativa, buscou-se centrar a análise em pontos do novo diploma licitatório que prometem impactar mais profundamente o Judiciário e o cidadão comum, à exemplo da prioridade na tramitação das ações que versem a respeito da matéria atinente à Lei nº 14.133/2021.

Já no tópico subsequente, considerando a especificidade das intrincadas relações entre Empresa e Estado no panorama nacional, tendo como principal amálgama entre ambas

justamente o procedimento licitatório que, mesmo sendo mira constante da falibilidade das relações humanas – daí os reiterados atos lesivos ao erário - ainda representa uma poderosa alavanca de impulsionamento da economia nacional.

Todavia, muito embora o sistema jurídico local encontre-se intrinsecamente moldado à complexa realidade socioeconômica nacional, em decorrência mesmo do processo de globalização intensa aliada ao capitalismo informacional e às mais diversas circunstâncias atinentes ao relacionamento entre as mais nações ao redor do mundo, fez-se necessário correlacionar importantes aspectos da Nova Lei de Licitações, tais como a consolidação da exigência de implementação de políticas de integridade – também conhecidas como *compliance* – às legislações correlatas em outros ordenamentos jurídicos, demonstrando-se dessa forma que os diversos diplomas normativos, ainda que expressões de tradições jurídicas diferentes, apresentam importantes aspectos em comum e até mesmo de caráter complementar, em virtude dos ditames da supranacionalidade, acordos e órgãos internacionais dos quais às nações signatárias não devem se furtar à observância.

No entanto, consignado no pórtico deste estudo, o parlamento ainda que “atrasado e com pressa” e particularmente pressionado pelo poderoso jogo das circunstâncias desencadeadas pela pandemia do COVID 19 e sua premente necessidade de atualização normativa, finalmente, após quase vinte anos de tramitação, aprovou a Lei nº 14.133/2021, dando o *start* para o início da era de virtualização das contratações públicas, lançando mão de novos mecanismos de processamento do setor licitatório, tal como a obrigatoriedade de implantação do chamado Portal Nacional de Contratações Públicas, atualmente já em funcionando na rede internacional de computadores.

No penúltimo capítulo do presente estudo foram consignadas também as enormes expectativas geradas pela implantação não apenas do PNCP, mas igualmente dos horizontes que podem ser descortinados, se houver interesse em expandir-se as ferramentas estreantes para a concreta implantação do chamado *e-markteplace* governamental, a fim maximizar a transparência dos procedimentos licitatórios, entre os outros benefícios, e reunir-se num mesmo portal digital, tal como a Amazon e o Mercado Livre, fornecedores e entes públicos de diversas esferas estatais a fim de adquirir-se serviços e insumos diversos, em favor da Administração Pública, com a rapidez inerente à atualidade do mundo digital.

Essa, em verdade, é a esperança não apenas de empresas privadas já altamente conectadas com os ditames do capitalismo informacional e que são obrigadas a lidar rotineiramente com os entraves dos procedimentos licitatórios brasileiros, mas sobretudo, é a

melhor expectativa de órgãos e entidades nacionais e estrangeiras que tencionam combater aqui no Brasil e em diversas outras nações, as mazelas decorrentes de sistemas políticos cuja corrupção encontra-se intrinsecamente institucionalizada, corroendo os cofres públicos e ampliando a desigualdade social inerente aos países em desenvolvimento.

O que está em jogo na atualidade, diante das inúmeras alterações normativas consignadas no bojo da Nova Lei de Licitações não é apenas a possibilidade de modernização das contratações públicas, é a real esperança de valorização do patrimônio público, rompendo-se a perniciosa tradição de desvio de verbas e cometimento de atos de improbidade administrativa, o que possibilitaria o oferecimento de serviços públicos mais eficientes e melhores investimentos em setores-chaves do Estado, tal como infraestrutura, ensino superior e pesquisa científica, dentre outros serviços de relevo para o desenvolvimento nacional sustentável – o que beneficiaria, em primeira e última instância, a parcela afetada pela extrema fragilidade financeira, ampliadas pela crise econômica e pelos resquícios deletérios da recém superada pandemia de COVID 19.

Se os novos instrumentos virtuais implantados, bem como as diversas alterações normativas empreendidas pelo novo diploma serão suficientes e eficazes para romper com as barreiras da burocracia brasileira e otimizar de fato as contratações públicas, esse é uma resposta que será dada em sua integralidade com o transcorrer da adoção pelas diversas esferas públicas, empresas privadas e especialmente, pela mudança da cultura nacional, a fim de promover-se o respeito pelo patrimônio estatal e melhor interesse coletivo.

As possibilidades de êxito econômico e social, decorrentes das alterações legais em comento, são evidentes e estão à disposição de gestores e agentes públicos. Se haverá efetivo interesse político na consolidação dos estreantes mecanismos em vigência – tal como o curioso diálogo competitivo, já discutido aqui alhures – é um horizonte a ser explorado que dependerá não apenas daqueles que comandam o tabuleiro de interesses socioeconômicos do país, mas sobretudo do cidadão comum, de associações civis sem fins lucrativos e entidades de classe, além de outros personagens do cenário nacional que, lançando mão do seu respectivo direito de ingerência social em favor do procedimentos licitatórios, possam cobrar a consolidação da lei recém-aprovada e, dessa forma, concretizar as diretrizes constitucionais pensadas alhures, há mais de trinta e quatro anos atrás, pelos bravos constituintes ao promulgarem a Carta Fundamental de 1988. As cartas estão postas à mesa.

REFERÊNCIAS

ANDERY, Maria Amélia Pie Abid. *Et al.* **Para compreender a ciência: uma perspectiva histórica.** Rio de Janeiro: Garamond, 2012.

ALIANDO a rentabilidade com a sustentabilidade: o que é ESG?. Ômega Energia, 2021. Disponível em: < <https://blog.omegaenergia.com.br/sustentabilidade/o-que-e-esg/>>. Acesso em: 20 de junho de 2022.

ÁREAS Territoriais. IBGE, 2020. Disponível em: < <https://www.ibge.gov.br/geociencias/>>. Acesso em: 25 de outubro de 2021.

BARBOSA, Ruy. **Oração aos Moços.** Edições do Senado Federal. V. 271. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2019.

BARROSO, Luís Antônio. **Fundamentos teóricos e filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro.** Revista da Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro. v.4, n.15, fl.11-47, 2001.

BARROSO, Luiz Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil).** Revista de Direito Administrativo, 240, 1-42, 2005.

BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas.** 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BATISTA, Rafael. **Como surgiu o dinheiro?** Mundo Educação, 2022. Disponível em: <<https://mundoeducacao.uol.com.br/curiosidades/como-surgiu-dinheiro.htm>> Acesso em: 15 de junho de 2022.

BEZERRA, Juliana. **Constituição Americana.** Toda Matéria, 2022. Disponível em: <<https://www.todamateria.com.br/constituicao-americana/>>. Acesso em: 05 de maio de 2022.

BITENCOURT, Jackson. **A Riqueza das Nações de Adam Smith é publicado.** Revista Relações Exteriores, 2021. Disponível em: <<https://relacoesexteriores.com.br/riqueza-nacoes-adam-smith/>>. Acesso em: 15 de junho de 2022.

BOLTANSKI, Luc; CHIAPELLO, Ève. **O novo espírito do capitalismo.** São Paulo: Martins Fontes, 2009.

BRASIL. DECRETO Nº 6.527 DE 01 DE AGOSTO DE 2008. **Dispõe sobre o estabelecimento do Fundo Amazônia pelo Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social - BNDES** (2008). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/decreto/d6527.htm. Acesso em: 08 de outubro de 2022.

BRASIL, LEI Nº 12.527, DE 18 DE NOVEMBRO DE 2011. **Regula o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do art. 5º, no inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216**

da Constituição Federal; altera a Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990; revoga a Lei nº 11.111, de 5 de maio de 2005, e dispositivos da Lei nº 8.159, de 8 de janeiro de 1991; e dá outras providências. (1993). Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm. Acesso em: 10 de novembro de 2021.

BRASIL, LEI Nº 8.666, DE 21 DE JUNHO DE 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. (1993). Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm. Acesso em: 10 de novembro de 2021.

BRASIL. CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL (1988).

Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 10 de novembro de 2021.

BRASIL. DECRETO Nº 9.203, DE 22 DE NOVEMBRO DE 2017. Dispõe sobre a política de governança da administração pública federal direta, autárquica e fundacional.

(2017). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/decreto/d9203.htm>. Acesso em: 10 de novembro de 2021.

BRASIL. LEI Nº 12.305 DE 02 DE AGOSTO DE 2010. Regulamento que institui a Política Nacional de Resíduos Sólidos, altera a Lei no 9.605 de 12 de fevereiro de 1998 e dá outras providências (2010). Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/l12305.htm. Acesso em: 08 de outubro de 2022.

BRASIL. LEI Nº 13.105, DE 16 DE MARÇO DE 2015. Código de Processo Civil (2015).

Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/L13105.htm>. Acesso em: 21 de novembro de 2021.

BRASIL. LEI Nº 14.133, DE 1º DE ABRIL DE 2021. Lei de Licitações e Contratos

Administrativos (2021). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14133.htm>. Acesso em: 10 de novembro de 2021.

CABRAL, Dilma. Real Junta do Comércio, Agricultura, Fábricas e Navegação. Arquivo Nacional, 2021. Disponível em: <<http://mapa.an.gov.br/index.php/dicionario-periodo-colonial/228-real-junta-do-comercio-agricultura-fabricas-e-navegacao>>. Acesso em: 15 de junho de 2022.

CHIAVENATO, Idalberto. Administração Geral e Pública. Rio de Janeiro: Elsevier, 2018.

CHIAVENATO, Idalberto. Comportamento Organizacional: A Dinâmica do Sucesso das Organizações. 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS. Recomendações da CVM sobre governança corporativa, 2002. Disponível em: < <https://www.gov.br/cvm/pt-br>>. Acesso em: 26 de junho de 2022.

COSTA, José Maria. **Teratológico ou Teratogênico?** Migalhas, 2014. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/coluna/gramatigalhas/196197/teratologico-ou-teratogenico>>. Acesso em: 08 de junho de 2022.

CRESCER o número de juízes que abandonam a carreira no Brasil. Conjur Consultor Jurídico, 2021. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2021-abr-05/cresce-numero-juizes-abandonam-carreira-brasil>>. Acesso em: 20 de novembro de 2021.

DIAS, Clara Angélica Gonçalves; CARVALHO, Ana Terra Teles de. **Concretização do direito fundamental à justiça: novas vias para um antigo problema.** In Encontro Nacional do CONPEDI – UFS, XXVI., 2015, Aracaju, Anais, Florianópolis: CONPEDI. 2015, fls. 304-323.

DINIZ, Maria Helena. **Código Civil anotado.** 14. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

DIRETIVA 2014/24/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, 26 de fevereiro de 2014. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A32014L0024>>. Acesso em: 10 de novembro de 2021.

DIRETIVA 2014/24/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, 26 de fevereiro de 2014. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A32014L0024>. Acesso em: 10 de novembro de 2021.

DONELLA, Geovanna. **O que é compliance e como o conceito é aplicado em empresas.** Capital Aberto, 2019. Disponível em: <<https://capitalaberto.com.br/secoes/explicando/o-que-e-compliance/>>. Acesso em: 26 de junho de 2022.

DUDA, João Guilherme. **Nova Lei de Licitações: análise econômica da modalidade “diálogo competitivo”.** JG Duda, 2021. Disponível em: <<https://jgduda.com.br/dialogo-licitacao>>. Acesso em: 21 de novembro de 2021.

DURÃO, Pedro. **Licitación Pública: parámetro y supranacionalidade.** Curitiba: Juruá, 2015.

DURÃO, Pedro. **Licitações Públicas.** Aracaju: DireitoMais, 2018.

DURÃO, Pedro; PINTO, Diogo Dória. **Direito Empresarial.** 2. ed. Aracaju: DireitoMais, 2021.

ECO Debate. **A pandemia agravou a desigualdade de renda e a pobreza no Brasil**, 2021. Disponível em <<https://cee.fiocruz.br/?q=a-pandemia-agravou-a-desigualdade-de-renda-e-a-pobreza-no-brasil>>. Acesso em: 05 de setembro 2022.

ECONOMIA, **Governo debate com sociedade implantação de marketplace para compras públicas.** Gov.br, 2020. Disponível em: <<https://www.gov.br/economia/pt-br/assuntos/noticias/2020/julho/governo-debate-com-sociedade-implantacao-de-marketplace-para-compras-publicas>>. Acesso em: 10 de novembro de 2021.

ECONOMIA, **Governo lança Portal Nacional de Contratações Públicas.** Gov.br, 2021. Disponível em: <<https://www.gov.br/pt-br/noticias/financas-impostos-e-gestao>>

publica/2021/08/governo-federal-lanca-portal-nacional-de-contratacoes-publicas.> Acesso em: 10 de novembro de 2021.

EM PARCERIA com ONGs, **Microsoft investe em capacitação profissional no Brasil**. Microsoft, 2021. Disponível em: <<https://news.microsoft.com/pt-br/em-parceria-com-ongs-microsoft-investe-em-capacitacao-profissional-no-brasil>>. Acesso em: 15 de junho de 2022.

FERRAZ, Sérgio e DALLARI, Adilson Abreu. **Processo Administrativo**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

FERREIRA, Denis. **Administração sem segredos**, 2017. Disponível em <<http://admsemsegredos.com/comercio-origem-e-definicao/>>. Acesso em: 06 de junho de 2022.

FILHO, José Edson de Moysés. **A ética, a responsabilidade e a cidadania empresarial: é possível?** Pensamento & Realidade. São Paulo, V. 8, nº IV, p. 81-94, agosto, 2001.

FILHO, Marçal Justen. **Comentários à lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 12. ed. São Paulo: Dialética, 2008.

FONTES, Giulia. **ICMS é mesmo culpado por gasolina custar mais de R\$ 7, como diz Bolsonaro?** Economia Uol, 2021. Disponível em: <<https://economia.uol.com.br/noticias/redacao/2021/08/28/composicao-preco-gasolina-imposto-icms.htm>> Acesso em: 25 de junho de 2022.

FREITAS, Juarez. **Princípio da Sustentabilidade: licitações e a redefinição da proposta mais vantajosa**. Revista de Direito da UNISC, Santa Cruz nº 38, jul-dez 2012.

FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade: direito ao futuro**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

GERKEN, Heather K. **Hydraulics of Constitutional Reform: A Skeptical Response to Our Undemocratic Constitution**. Drake Law Review, V. 55, p. 925-943, 2007.

GONÇALVES, Rainer Sousa. **O Manifesto Comunista. Mundo Educação**, 2022. Disponível em: <<https://mundoeducacao.uol.com.br/historiageral/o-manifesto-comunista.htm>>. Acesso em: 15 de junho de 2022.

GORDILLO, Agustín. **Tratado de Derecho Administrativo, 2; tomo: La defensa del usuário y del administrado**, 5. ed. Belo Horizonte: Del Rey e Fundación de Derecho Administrativo, 2003.

GUIAS da OCDE sobre a Devida Diligência. Gov.br, 2022. Disponível em: <<https://www.gov.br/produtividade-e-comercio-exterior/pt-br/assuntos/camex/pcn/guias-da-ocde-sobre-a-devida-diligencia>>. Acesso em: 20 de junho de 2022.

INFOPÉDIA, Infopédia Dicionários Porto Editora, 2022. Disponível em: <<https://www.infopedia.pt/dicionarios/lingua-portuguesa/contrato>>. Acesso em: 08 de junho de 2022.

INGERÊNCIA no Dicionário Infopédia da Língua Portuguesa, 2021. Disponível em: <<https://www.infopedia.pt/dicionarios/lingua-portuguesa/inger%C3%Aancia>> Acesso em: 21 de novembro de 2021.

JUSTIÇA, Com cargos vagos, **Brasil tem déficit de 4,4 mil juízes**. Jornal do Comércio, 2020. Disponível em: <https://www.jornaldocomercio.com/_conteudo/politica/2020/01/720660-com-cargos-vagos-brasil-tem-deficit-de-4-4-mil-juizes.html>. Acesso em: 20 de novembro de 2021.

LEIS do tempo do imperador: Brasil conserva regras arcaicas e sem utilidade. GZH Geral, 2013. Disponível em: <<https://gauchazh.clicrbs.com.br/geral/noticia/2013/04/leis-do-tempo-do-imperador-brasil-conserva-regras-arcaicas-e-sem-utilidade-4098021.html>>. Acesso em: 05 de maio de 2022.

MARCOLIN, Pedro Henrique Magalhães. **Diálogo competitivo é uma mudança positiva para as contratações públicas**. Conjur, 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-abr-14/marcolin-licitacao-dialogo-competitivo-mudanca-positiva>. Acesso em: 10 de novembro de 2021.

MARINONI, Luiz Guilherme. Comentários ao art. 5º, XXXV. **Comentários à Constituição do Brasil**. J. J. Gomes Canotilho, Gilmar F. Mendes, Ingo W. Sarlet, Lenio L. Streck (coords.). São Paulo: Saraiva: Almedina, 2013.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo G. **Curso de Direito Constitucional**. 15 ed. São Paulo: Saraiva Jus, 2020.

MONTENEGRO, Manuel Carlos. **Há déficit de 19,8% de juízes no Brasil**. CNJ Conselho Nacional de Justiça, 2017. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/ha-deficit-de-19-8-de-juizes-no-brasil>. Acesso em: 20 de novembro de 2021.

MOTTA, Fernando. C. Prestes; BRESSER-PEREIRA, L. C. **Introdução à Organização Burocrática**. 7. ed. Brasília: São Paulo, 2004.

MOTTA, Fernando. VASCONCELOS, Isabella F. Gouveia de. **Teoria Geral da Administração**. 3. ed. São Paulo: Cengage Learning, 2017.

MORAES, Isabela. **Mais Valia: o conceito central da teoria marxista**. Politize!, 2019. Disponível em: <<https://www.politize.com.br/mais-valia/>>. Acesso em: 10 de outubro de 2022.

NETO, Diogo de Figueiredo Moreira Neto. **Curso de Direito Administrativo**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

O QUE É governança corporativa. Instituto Brasileiro de Governança Corporativa, 2022. Disponível em: <<https://www.ibgc.org.br/conhecimento>>. Acesso em: 20 de junho de 2022.

OCDE APRESENTA RELATÓRIO SOBRE INTEGRIDADE PÚBLICA EM REUNIÃO DO SIPEF. Gov.br, 2021. Disponível em: <<https://www.gov.br/cgu/pt-br/assuntos/noticias/2021/12/ocde-apresenta-relatorio-sobre-integridade-publica-em-reuniao-do-sipef>>. Acesso em: 20 de junho de 2022.

OLIVEIRA, Lúcia Fernandes. **Licitações públicas e o princípio da promoção do desenvolvimento nacional sustentável**. Dom Total, 2017. Disponível em: <<https://domtotal.com/noticia/1203254/2017/11/licitacoes-publicas-e-o-principio-da-promocao-do-desenvolvimento-nacional-sustentavel/>>. Acesso em: 08 de junho de 2021.

OS DEZ princípios. Pacto Global, 1999. Disponível em: <<https://www.pactoglobal.org.br/10-principios>>. Acesso em: 20 de junho de 2022.

PACTO GLOBAL REDE BRASIL. Pacto Global, 2003. Disponível em: <<https://www.pactoglobal.org.br/a-iniciativa>>. Acesso em: 20 de junho de 2022.

PASSARINHO, Natália. **Como a política ambiental de Bolsonaro afetou imagem do Brasil em 2019 e quais as consequências disso**. BBC News Brasil, 2019. Disponível em: <<https://www.bbc.com/portuguese/brasil-50851921>>. Acesso em: 20 de junho de 2022.

PASTORE, José. **Leis em excesso, advogados felizes**. José Pastore, 1996. Disponível em: <https://www.josepastore.com.br/artigos/ac/ac_025.htm>. Acesso em: 05 de maio de 2022.

PEREIRA, Guilherme Bollorini. **A experiência constitucional Norte-Americana**. Revista da EMERJ, Rio de Janeiro, V. 5, n.17, p. 174-192, 2002.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. **Direito Administrativo**. 34. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

RECOMENDAÇÃO do Conselho sobre a Orientação de Due Diligence da OCDE para conduta empresarial responsável. Instrumentos Jurídicos da OCDE, 2018. Disponível em: <<https://legalinstruments.oecd.org/en/instruments/OECD-LEGAL-0443>>. Acesso em: 26 de junho de 2022.

RECOMENDAÇÃO do Conselho sobre Diretrizes sobre Anticorrupção e Integridade em Empresas Estatais. Instrumentos Jurídicos da OCDE, 2019. Disponível em: <<https://legalinstruments.oecd.org/en/instruments/OECD-LEGAL-0451>>. Acesso em: 26 de junho de 2022.

RÊGO, Eduardo de Carvalho. **Nova lei de licitações e contratos administrativos**. 2. ed. Curitiba: Zênite, 2022. p. 27.

SANTIAGO, Emerson: **Código Napoleônico**. Info Escola, 2012. Disponível em: <<https://www.infoescola.com/direito/codigo-napoleonico/>> Acesso em: 15 de junho de 2022.

SANTOS, Kleidson Nascimento dos. **Eficácia Jurídica e eficácia social: apontamentos sobre a norma jurídica e a efetividade do Direito**. Revista do curso de Direito. Vol. V, nº 1, outubro, 2015. Disponível em: <https://app.fanese.edu.br/rd_direito/wp-content/uploads/2015/10/Artigo-EFICACIA-JURIDICA-E-EFICACIA-SOCIAL.pdf>. Acesso em: 08 de setembro de 2022.

SANTOS, Leon. **Saiba, aqui, como e quando surgiu o Compliance no Brasil e mundo**. Conselho Federal de Administração, 2019. Disponível em: <<https://cfa.org.br/como-e-quando-surgiu-o-compliance/>>. Acesso em: 26 de junho de 2022.

SANTOS, Sérgio Roberto L. **Manual da Teoria da Constituição**, Imprensa: São Paulo, Revista dos Tribunais, 2008.

SAYEG, Ricardo; BALERA, Wagner. **Capitalismo Humanista: a dimensão econômica dos direitos humanos**. São Paulo: Max Limonad, 2019.

SIGNIFICADO de Princípios. Significados, 2022. Disponível em: <<https://www.significados.com.br/principios/>>. Acesso em: 08 de junho de 2022.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 38. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

SOARES, Alexandre Augusto Rocha. **Da Constitucionalização do Direito Empresarial. JusBrasil**, 2020. Disponível em: <<https://alerochasoares.jusbrasil.com.br/artigos/796774120/da-constitucionalizacao-do-direito-empresarial#sdfootnote1sym>>. Acesso em: 13 de junho de 2022.

SOUZA, Kleberon. **Os 4 tipos de fraudes mais comuns nas licitações e contratos do covid 19**. 3RCapacita: 2021. Disponível em: <<https://3rcapacita.com.br/artigo/principais-tipos-de-fraudes-constatadas-nas-licitacoes-e-contratos-do-covid-19>>. Acesso em: 07 de setembro de 2022.

TOMAZETTE, Marlon. **Curso de Direito Empresarial**. 11. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2020.