XXIX CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI BALNEÁRIO CAMBORIU - SC

DIREITO, ECONOMIA E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO SUSTENTÁVEL I

EVERTON DAS NEVES GONÇALVES

ALESSANDRA VANESSA TEIXEIRA

OSVALDO AGRIPINO DE CASTRO JUNIOR

Copyright © 2022 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

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

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina
Diretora Executiva - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - UNIVEM/FMU – São Paulo
Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará
Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul
Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio – Rio de Janeiro
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR – Ceará

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

Conselho Fiscal:
Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara – ESDHC – Minas Gerais
Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro
Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho – Ceará
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS – Sergipe
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR – São Paulo
Secretarias
Relações Institucionais:
Prof. Dra. Daniela Marques De Moraes – UNB – Distrito Federal
Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM – São Paulo
Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo
Comunicação:
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali – Rio Grande do Sul
Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB – Paraíba
Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC – Santa Catarina
Relações Internacionais para o Continente Americano:
Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia
Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM – Rio Grande do Sul
Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão
Relações Internacionais para os demais Continentes:
Prof. Dr. José Barroso Filho – ENAJUM
Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná
Eventos:
Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec – Minas Gerais
Profa. Dra. Cinthia Obladen de Almendra Freitas - PUC – Paraná
Profa. Dra. Livia Gaigher Bosio Campello - UFMS – Mato Grosso do Sul

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

D597

Direito, economia e desenvolvimento econômico sustentável I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Alessandra Vanessa Teixeira; Everton Das Neves Gonçalves; Osvaldo Agripino de Castro Junior. – Florianópolis: CONPEDI, 2022.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-65-5648-632-1
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Constitucionalismo, Desenvolvimento, Sustentabilidade e Smart Cities

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Direito. 3. Economia e desenvolvimento econômico sustentável. XXIX Congresso Nacional do CONPEDI Balneário Camboriu - SC (3: 2022: Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



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

XXIX CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI BALNEÁRIO CAMBORIU - SC

DIREITO, ECONOMIA E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO SUSTENTÁVEL I

Apresentação

Apresentação XXIX CONPEDI/ Balneário Camboriú, SC; 08/12/2022.

Neste mês de dezembro de 2022 realiza-se o XXIX CONPEDI em Balneário Camboriú, belíssima cidade litorânea de Santa Catarina. Ainda que enfrentando os resquícios do avassalador vírus da COVID-19 e das recentes enchentes que assolaram estradas e áreas residenciais; respiram-se, agora, ares de renovação, até porque, para além dos esforços vacinais e das correntes de solidariedade do povo catarinense, experienciou-se, mais uma vez, a força da democracia brasileira conforme os pleitos realizados neste último quartel de 2022. Entre a vontade de uns e outros, permanece o Brasil vitorioso pelo respeito às suas Instituições e à vontade popular. E, assim, chega-se ao término de 2022 enfatizando-se o pensamento acadêmico, mormente como, aqui, apresentam-se os trabalhos de excelente qualidade inscritos no GT Direito Economia e Desenvolvimento Econômico Sustentável (DEDES1). Nesta edição apresentam-se os artigos que haverão de suprir os repositórios dos anais do Evento CONPEDI e de suas revistas e livros. É a produção acadêmica de vanguarda que contribui sobremaneira com o desenvolvimento do amado Brasil. Os articulistas transitam sobre variados temas de suma importância para a dinamização do necessário desenvolvimento em busca de novos espaços para inclusão social, para a alteridade, para a percepção do outro, na Política, na Economia, na Sociologia e no Direito Pátrio.

Há de se destacar, também o esforço das Universidades Locais como a Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC) e a Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI) para realização do CONPEDI

Convida-se, assim, a todos (as) para que, em meio à apreciação das belas paragens e paisagens de Itajaí, Porto Belo, Bombinhas e Balneário Camboriú, acompanhem-se tão distintos trabalhos acadêmicos que ora se apresentam:

O DIREITO ECONÔMICO TRIBUTÁRIO E A TEORIA DA TRIBUTAÇÃO ÓTIMA: A CONCILIAÇÃO ENTRE EFICIÊNCIA E EQUIDADE, de autoria de Everton Das Neves Gonçalves, Joana Stelzer e João Victor Szpoganicz Junckes; tratando os tributos como potentes estímulos ao comportamento humano sendo capazes de (des) incentivar

determinadas condutas. A pesquisa analisa especial objeto do Direito Econômico Tributário, qual seja, a Teoria da Tributação Ótima e sua possibilidade para conciliar eficiência e equidade, mormente, sob a orientação do Princípio da Eficiência Econômico-Social (PEES).

O PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA ECONÔMICO-SOCIAL E A FUNÇÃO ECONÔMICO-REGULATÓRIA DA CONTRATAÇÃO PÚBLICA NO BRASIL elaborado por Everton Das Neves Gonçalves, Joana Stelzer e Thyago de Pieri Bertoldi,

investigando as principais críticas quanto à utilização da contratação pública como instrumento de política econômica no Brasil e a existência de critério(s) hermenêutico(s) para sua implementação; ainda, segundo o Princípio da Eficiência Econômico-Social (PEES), tão adequado para balizar as políticas públicas horizontais, acessórias ou secundárias promovidas por meio das contratações públicas, minimizando as críticas ao uso da função regulatória das compras públicas.

O DIREITO AO DESENVOLVIMENTO NA PERSPECTIVA DO CAPITALISMO HUMANISTA: UMA ANÁLISE FRENTE AO SISTEMA ECONÔMICO DE RACIONALIDADE NEOLIBERAL escrito por Giana Pante, Alessandra Vanessa Teixeira e Karen Beltrame Becker Fritz, apresentando o estudo do capitalismo a partir dos fundamentos dos direitos humanos, reconhecendo a influência perversa da razão neoliberal como grande desafio, porque não há como negar que o Sistema Capitalista, enquanto fundamento da Ordem Econômica, deixa transparecer a existência de forma válida de desenvolvimento. Avalia os principais pontos que levam o Sistema Capitalista a ser desvirtuado dos fundamentos econômicos e sociais constantes na Carta Política Brasileira, dentro da Teoria do Capitalismo Humanista e do conceito de desenvolvimento, principalmente no que tange ao modo de manifestação dos Direitos Humanos e fundamentais.

O EFEITO DA REVISÃO DA TAXA DE JUROS PELO PODER JUDICIÁRIO GAÚCHO NO MERCADO DE CRÉDITO elaborado por Pedro Alexandre Bergman Zaffari, Karen Beltrame Becker Fritz e Alessandra Vanessa Teixeira destaca que a quantidade de ações revisionais em solo gaúcho passou a números elevados, chegando ao ponto de o Tribunal de Justiça ter Câmaras especializadas no julgamento dessa espécie de demanda. Assim, o artigo analisa as implicações da interferência do Poder Judiciário na limitação da taxa de juros de contratos bancários sob o prisma do Direito Econômico e a potencial chance do aumento das referidas taxas cobradas pelo mercado e o enrijecimento de regras para a concessão de crédito bancário.

RESPONSABILIDADE PENAL DA PESSOA JURÍDICA NA ECONOMIA SUSTENTÁVEL de autoria de Charliane Patrícia Vieira Galdino e Ana Lenira Ribeiro Coutinho Maia que explicam ser a responsabilidade penal das pessoas jurídicas questão polêmica na doutrina criminal destacando a prevalência da Teoria da Realidade, que entende que as pessoas coletivas não só existem legalmente, mas também têm vontade jurídica própria, conforme artigos 173 § 5° e 225 § 3° da Constituição da República Federativa do Brasil.

A CONSTITUIÇÃO DE CONSÓRCIOS APARENTES COMO INSTRUMENTO DE CARTELIZAÇÃO NAS LICITAÇÕES PÚBLICAS: A TÉCNICA DO SCREENING PODE SER ÚTIL PARA SUA DETECÇÃO E DISSUASÃO? escrito por Fabiano Teodoro de Rezende Lara, Pedro Henrique Chadid de Oliveira e Elisa Santos Coelho Sarto, destacando que as práticas anticoncorrenciais nos processos de compras públicas vêm sendo objeto de maior atenção por parte dos Órgãos e Agências de Defesa da Concorrência e combate à corrupção. O artigo tem como objeto a avaliação da eficácia da técnica de screening nas licitações públicas como instrumento de detecção e dissuasão de colusões ilícitas (cartelização) entre concorrentes diretos através de consórcios aparentes, usando a metodologia científica da Teoria dos Jogos.

A CORREÇÃO MONETÁRIA - REFLEXOS NAS RELAÇÕES JURÍDICAS INTERNACIONAIS E O CUSTO DE TRANSAÇÃO de autoria de Fernando Rangel Alvarez dos Santos, Lucas Baffi Ferreira Pinto e Valter da Silva Pinto; investiga os reflexos da correção monetária nas relações jurídicas internacionais, bem como, descreve a trajetória do fenômeno inflacionário e a inserção da correção monetária em outros países.

CONSTITUCIONALISMO, DEVER DE TRIBUTAR E DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL elaborado por Claudinei Ferreira Moscardini Chavasco e Heroana Letícia Pereira em que debatem acerca da relação entre o Direito ao Desenvolvimento Sustentável e o Paradigma Constitucional relacionando a Agenda 2030 com a adoção de viés decisório voltado a beneficiar tanto as dimensões Econômicas e sociais como, ambientais. Segue a tese de Casalta Nabais sobre o conceito de Estado Fiscal, sob o enfoque da ideia, da construção de uma sociedade livre, justa e solidária que deve estar associada à opção de custear as necessidades financeiras do Estado por meio de tributos.

LEI DE LIBERDADE ECONÔMICA E O PROTAGONISMO PRINCIPIOLÓGICO: UMA LEI NECESSÁRIA OU APENAS UMA REAFIRMAÇÃO DOS PRECEITOS CONSTITUCIONAIS? elaborado por Fabiane Aparecida Soares Da Silva Lucena e Daniel Firmato de Almeida Gloria; propondo reflexão sobre a Lei nº 13.874/2019, oriunda da

medida provisória nº 881/2019, que instituiu a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica, concluindo que a mesma amplifica preceitos elementares ainda não materializados oportunizando ambiente próspero para o desenvolvimento econômico.

MERCADO DE CAPITAIS DIGITALIZADO E O CONTROLE JUDICIAL escrito por Marcelo Lucca enfatizando que, a partir da Indústria 4.0, o Mercado de capitais tornou-se completamente digitalizado, com aumento da circulação de bens e serviços por meio eletrônico. A digitalização tornou-se processo disruptivo que transformou os mercados de capitais globais onde, fruto da incursão de novas ferramentas tecnológicas e plataformas de negociação, o dinamismo e o volume transacional aumentaram, contribuindo para o seu desenvolvimento e necessitando aprofundamento em suas análises e impactos, tanto no meio econômico como econômico.

OS DESAFIOS DO FEDERALISMO FISCAL BRASILEIRO DEPOIS DA EXPANSÃO MUNICIPAL DA DÉCADA DE 1990 E A SUSTENTABILIDADE DAS POLÍTICAS PÚBLICAS LOCAIS escrito por Janaína Rigo Santin e Anna Gabert Nascimento, discutindo o déficit encontrado nas contas municipais, tendo como marco temporal a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, a qual elevou o status dos Municípios a Ente Federativo, garantindo, a Estes, competências e receitas próprias. Os autores chamam a atenção para o fato de que, em mais de 30 anos de vigência da Carta Constitucional Pátria, verificam-se situações de insustentabilidade das contas municipais, causadas por um federalismo tributário injusto, decorrente da parca distribuição de recursos para que os Municípios possam fazer frente a todas as atribuições a eles destinadas.

POLÍTICAS PÚBLICAS E O CRESCIMENTO ECONÔMICO DE ESTADO NA PERSPECTIVA DA SOCIEDADE DE RISCO de autoria de João Gabriel Lima Costa que alude ao fato de que o Estado Brasileiro tem alcançado, nos últimos anos, crescentes superávits econômicos, viabilizados, em grande parte, pelas ações de Governo, também denominadas de políticas públicas, que impulsionam a geração de emprego e fomentam efusivamente a iniciativa privada. O autor trabalha a Sociedade de Risco e o rompimento pragmático do Estado tão somente progressista-econômico para a visão consequencialista do capital, na tentativa de prevenir, mitigar ou até mesmo remediar os efeitos da assolação que estas políticas causam no presente e future, identificando os reflexos da atual economia do Brasil a partir da utilização dos recursos naturais, relacionando a modernização reflexiva na ótica da sociedade de risco e avaliando a reflexividade do risco nas políticas públicas de desenvolvimento econômico.

Portanto, como se vê; tratam-se de pesquisas variadas e amplas para, em perspectiva jurídico-econômica, evidenciarem o desenvolvimento como ultima ratio do Direito Econômico a disciplinar a vida dos agentes econômicos. Apraz, pois, convidar a todos e todas para degustarem de leitura técnica de qualidade e para que se divulguem, assim, os necessários estudos de Direito Econômico próprios da qualidade que sempre se vê no selecionado grupo de articulistas do GT DEDES no CONPEDI.

O PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA ECONÔMICO-SOCIAL E A FUNÇÃO ECONÔMICO-REGULATÓRIA DA CONTRATAÇÃO PÚBLICA NO BRASIL

THE PRINCIPLE OF ECONOMIC-SOCIAL EFFICIENCY (PESE) AND THE REGULATORY ECONOMICAL FUNCTION OF PUBLIC BIDDING IN BRAZIL

Everton Das Neves Gonçalves [1]
Joana Stelzer [2]
Thyago de Pieri Bertoldi [3]

Resumo

O trabalho investiga as principais críticas quanto à utilização da contratação pública como instrumento de política econômica no Brasil e a existência de critério(s) hermenêutico(s) para sua implementação. Após expor os contornos e fundamentos da função regulatória da licitação e das críticas a ela dirigidas pela doutrina, propõe que o Princípio da Eficiência Econômico-Social seja adequado para balizar as políticas públicas horizontais, acessórias ou secundárias promovidas por meio das contratações públicas, minimizando as críticas ao uso da função regulatória das compras públicas. Trata-se de investigação pura, abordando o problema a partir de dados e informações de forma qualitativa. Quanto aos fins, é descritiva. O método de abordagem é o dedutivo e a técnica de pesquisa, essencialmente bibliográfica. Os resultados foram expostos exclusivamente em forma de textos. Ao final, foi possível concluir que o poder de compra estatal exerce relevante função econômica, não só na forma de investimentos diretos, como também na direção e na indução de comportamentos a serem sugeridos pela Administração Pública aos agentes econômicos em geral. Trata-se, da forma exposta, da função regulatória da licitação permitindo que as compras públicas sejam utilizadas como instrumento de política econômica, na promoção de políticas públicas horizontais, secundárias ou acessórias.

Palavras-chave: Direito econômico e a função social da contratação pública, Função econômico-regulatória da licitação, Princípio da eficiência econômico-social, Direito administrativo econômico e contratação pública, Função econômico-social da contratação pública

Abstract/Resumen/Résumé

This paper investigates the main critics to the use of public bidding as an instrument of economic policy in Brazil and the existence of hermeneutic ways for its implementation.

---

[1] Doutor em Direito Econômico (UFMG/MG); Doctor en Derecho Internacional Económico por la Universidad de Buenos Aires (UBA/Bs. As.); Mestre em Direito (UFSC/SC); Professor Titular do PPGD/UFSC; Coordenador do CEJEGD.

[2] Doutora e Mestre em Direito (UFSC). Pós Doutora em Direito (USP). Professora Associada III (UFSC). Professora credenciada no Programa de Pós-Graduação em Direito da UFSC para Mestrado e Doutorado.

[3] Mestrando pela UFSC. Advogado da União. Pesquisador da Escola da AGU e do CEJEGD/UFSC

After exposing the main characteristics of the regulatory function of public bidding and the critics directed to it by the doctrine, proposes that the Principle of Economic-Social Efficiency is appropriated to guide the horizontal, accessory or secondary public policies to be promoted through public bidding, minimizing the critics to the use of the regulatory function of public bidding. The research is pure, addressing the problem using data and information in a qualitative way. As to the ends, the research is descriptive. The approach method is deductive reasoning and the research technique is essentially bibliographical. The results were presented exclusively in the form of texts. At the end, it was possible to conclude that the purchasing power of the State exercises a relevant economic function, not only in the form of direct investments, but also in the direction and induction of behaviors by the Public Administration. It is the regulatory function of bidding, allowing public purchases to be used as an instrument of economic policy, in the promotion of horizontal, secondary or accessory public policies.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Economic law and the social function of public bidding, Regulatory economical function of public bidding, Principle of economic-social efficiency, Economic administrative law and public biding, Social economical function of public biding

INTRODUÇÃO

As contrações públicas representam significativa fatia do Produto Interno Bruto Brasileiro (PIB) e consistem em relevante mecanismo de intervenção do Estado na Economia. Tal a importância das compras Governamentais que existe anexo específico ao Acordo Geral da Organização Mundial do Comércio (OMC) tratando do tema. Lembre-se, também, que os Gastos Governamentais são relevados na equação de demanda agregada Keynesiana. Em razão de cenário de acentuada crise fiscal e escassez de recursos orçamentários, percebeu-se que as compras estatais poderiam, mais que atender às necessidades imediatas da Administração, representar efetivo instrumento de política econômica de intervenção do Estado na economia.

No Brasil, o fenômeno, denominado de função econômico-regulatória das compras públicas ─ cuja institucionalização deu-se por meio da positivação do Princípio-objetivo da promoção do desenvolvimento nacional sustentável ─ embora exaltado, é também objeto de profundas críticas por parte da doutrina. Assim, sendo, justifica-se essa investigação em virtude da relevância que o instituto adquire em um cenário de limitação de investimentos diretos pelo Poder Público e pela necessidade do estabelecimento de balizas e de critérios interpretativos para compreensão dos limites de sua utilização nas contratações públicas brasileiras.

O problema que se apresenta relaciona-se à existência de critérios adequados para superação das críticas doutrinárias à utilização da função econômico-regulatória das contratações públicas. A hipótese que se defende é que o Princípio da Eficiência Econômico-Social (PEES), na acepção apresentada por Gonçalves e Stelzer (2014), é o critério adequado para balizar a identificação das políticas públicas horizontais, acessórias ou secundárias a serem promovidas por meio das contratações públicas, minimizando os problemas identificados pela literatura nacional em relação ao uso da função regulatória das compras públicas. Com isso, o objetivo geral do presente trabalho é, justamente, identificar as principais críticas doutrinárias à utilização da contratação pública como instrumento de política econômica e investigar a existência de critério(s) hermenêutico(s) para sua superação. Os objetivos específicos tratam de compreender a contratação pública enquanto instrumento de política econômica e de regulação, expor as críticas doutrinárias ao uso do instituto nas compras públicas brasileiras, apesentar o conceito e verificar a adequabilidade do Princípio da Eficiência Econômico-Social enquanto critério hermenêutico hábil à superação das críticas doutrinárias a respeito da função regulatória da contratação pública.

O texto é dividido em três seções: a primeira, apresenta considerações em relação à utilização da contratação pública como instrumento de política econômica; a segunda, dedica-se a expor as críticas da doutrina quanto à função regulatória da licitação e; a terceira sustenta o Princípio da Eficiência Econômico-Social, em contraposição a outras soluções doutrinárias, como critério hermenêutico para superação das críticas doutrinárias ao uso da contratação pública como instrumento de política econômica. O marco teórico que orientou a investigação foi a concepção de Princípio da Eficiência Econômico-Social de Gonçalves e Stelzer (2013) e noção de contratação pública estratégica de Breus (2020).

Trata-se de investigação pura, abordando o problema a partir de dados e informações de forma qualitativa. Quanto aos fins, a pesquisa é de cunho descritivo, pois foram cotejadas duas variáveis de associação, quais sejam: o Princípio Da Eficiência Econômico-Social (PEES) e a Função Regulatória da Contratação Pública no Brasil. O método de abordagem é o dedutivo, tendo por pressuposto que a contratação pública é instrumento de política econômica, com função regulatória. Como técnica de pesquisa, os meios foram essencialmente bibliográficos, pautados por consulta e análise da legislação, de livros, de artigos científicos e de periódicos, retirados das bases de dados da Editora Fórum, da Thomson Reuters Brasil e outras acessadas a partir de consultas ao *Google Scholar*. A escolha das fontes bibliográficas foi motivada pela relevância na área de pesquisa, a partir de informações extraídas das próprias bases de dados consultadas. Os resultados foram expostos exclusivamente em forma de texto.

1 A CONTRATAÇÃO PÚBLICA COMO INSTRUMENTO DE POLÍTICA ECONÔMICA E SUA FUNÇÃO REGULATÓRIA

No Sistema Econômico Capitalista de Mercado, a relação entre o Estado e a sociedade civil (em especial, relativamente aos agentes econômicos) é marcada pela necessidade de integração e de renovação (modernização e 'reinvenção') da práxis capitalista[1], aproximando-a dos ditames de justiça social (GRAU, 2010, p. 24). O Estado, para além de agente normatizador e planificador é agente econômico fundamental na busca da eficiência estática da econômica,

[1] Segundo Grau (2010, p. 27).o Estado é responsável por viabilizar as relações de produção mediante o ditame de normas de ordenação e controle das regras produzidas pelo próprio mercado: "Em suma: (i) A sociedade capitalista é essencialmente jurídica e nela o direito atua como mediação específica e necessária das relações de produção que lhe são próprias; (ii) essas relações de produção não poderiam estabelecer-se, nem poderiam reproduzir-se sem a forma do direito positivo, direito posto pelo Estado; (iii) este direito posto pelo Estado surge para disciplinar os mercados de modo que se pode dizer que ele se presta a permitir a fluência da circulação mercantil, para domesticar os mecanismos econômicos". O capitalismo reclama a estatização da economia (o que é absolutamente diferente de planificação), para modernizá-lo e, com isso, sobreviver.

seja por meio do consumo e investimento diretos[2] seja por intermédio de mecanismos regulatórios (NUSDEO, 2016, p. 247-248).

A atuação do Estado enquanto consumidor é significativa para a economia nacional: segundo o Ministério da Economia, as compras da Administração Pública movimentam cerca de 12% (doze por cento) do PIB (BRASIL, 2022). A importância econômica das compras públicas, contudo, deve ser considerada dentro de contexto de maior concertação e contratualização da Administração Pública. Com efeito, denomina-se Administração dialógica (por contrato, por acordo, paritária ou consensual) o modelo de gestão em que a Administração Pública passa a priorizar mecanismos de negociação, coordenação, colaboração, conciliação e transação em detrimento da ação impositiva ou autoritária. Destarte, o clássico ato administrativo unilateral cede e crescem em importância os acordos administrativos, em movimento de priorização da contratualização administrativa:

> A *contratualização administrativa* retrata a substituição das relações administrativas baseadas na unilateralidade, na imposição e na subordinação por relações fundadas no diálogo, na negociação e na troca. [...] É a expansão do consensualismo administrativo que confere novos usos à categoria jurídica *contrato* no setor público. E em virtude da amplitude desse fenômeno, defende-se a existência de um *módulo consensual da administração pública*, o qual englobaria todos os ajustes – não somente o contrato administrativo – passíveis de serem empregados pela Administração Pública na consecução de suas atividades e atingimento de seus fins (destaques no original). (OLIVEIRA, SCHWANKA, 2008, p. 43-44)

Destarte, o contrato (no caso, o administrativo), instrumento cuja função típica seria regulamentar as relações econômicas entre Administração e particular[3], tem escopo ampliado, permitindo sua utilização como mecanismo de intervenção Estatal por direção e por indução[4]. As contratações públicas tornam-se relevantes não só como fonte de consumo Governamental, mas também como instrumento de regulação econômica.

---

[2] Explica Nusdeo (2016, p. 239) que "[...] por definição, o governo arrecada, mas gasta. No caso, ele gastaria de duas formas: a) absorvendo mão de obra ainda não empregada pelas empresas; e b) investindo parte dos recursos em obras ou serviços públicos, os quais, por seu turno, incrementariam o nível de atividades das empresas"

[3] Consoante descreve Galeski Junior (2016, p. 139), "do ponto de vista econômico, o contrato é o instrumento pelo qual os agentes formalizam a relação econômica. Na livre manifestação da vontade do agente, cada um sendo racional e conhecendo o melhor para si, na medida de sua limitação cognitiva, o contrato concretiza a manifestação da vontade e faz com que os riscos inerentes à negociação sejam limitados. O objetivo é que o contrato preveja e regule todos os possíveis comportamentos das partes, desde o que devem fazer, até quais as consequências caso não os façam".

[4] Na clássica lição de Grau (2010, pp. 146-147, destaques no original). "no segundo [intervenção por direção] e no terceiro [intervenção por indução] casos, o Estado intervirá *sobre* a economia, estabelecendo mecanismos e normas de comportamento compulsório para os sujeitos da *atividade econômica em sentido estrito*. Quando o faz, por *indução*, o Estado manipula instrumentos de intervenção em consonância e na conformidade das leis que regem o funcionamento dos mercados". (destaques no original).

Nessa perspectiva, a função regulatória das licitações designa fenômeno de ressignificação do contrato administrativo que deixa de ser mero meio de busca do mercado para atender as necessidades imediatas da Administração, cumprindo o escopo adicional de realização de políticas acessórias, secundárias e/ou horizontais[5] (BREUS, 2020, p. 152). É, na acepção de Rodrigues (2013, p. 29), a realização da contratação pública para o alcance de objetivos de bem-estar nacional. Em cenário de crise[6] e limitações orçamentário-fiscais, a função regulatória das licitações torna-se relevante válvula de escape utilizada pela Administração como mecanismo de gestão[7] (REIS, 2022, p. 89).

No Brasil, a utilização do poder de compra Estatal para promoção de políticas públicas transversais não é fenômeno propriamente recente. A Lei nº 8.666[8], de 1993, mesmo antes da positivação da promoção do desenvolvimento nacional sustentável enquanto objetivo da licitação, previa série de hipóteses de contratação direta que sinalizavam para a utilização do poder de compra estatal para promoção de determinados objetivos econômico-sociais relevantes[9].

[5] Breus (2020, p. 152) explica que "[...] a noção tradicional, portanto, de que o Estado recorreria ao mercado para: (i) adquirir bens e serviços indispensáveis para o desempenho de seus encargos institucionais; (ii) edificar obras de infraestrutura necessárias para a prestação de serviços públicos, atividades de regulação, fomento, etc. e (iii) prestar serviços públicos, sob modelo de gestão do *governo por contrato(s)* são adicionadas a realização de finalidades contratuais suplementares, não diretamente relacionadas ao objeto primeiro das prestações contratuais, mas presente no bojo e no contexto da celebração do contrato. No contexto do *governo por contrato(s)* pretende-se simultaneamente a prossecução do objeto primário contratado (a obtenção do bem e/ou serviço ou a prestação do serviço público) e a realização de políticas acessórias, secundárias e/ou horizontais".

[6] Destaca Reis (2022, p. 89) que "em crise, os ajustes também servem como uma espécie de regulador da despesa pública. Com isso, o governo toma decisões para a execução de despesa pública utilizando os contratos públicos como instrumento de política econômica ou social ou como meio de redistribuição, atingindo, assim, vários objetivos de uma política econômica, como a redistribuição, o apoio social, a falha de mercado ou outros".

[7] Efetivamente, nos Estados Constitucionais, a concretização das atividades tipicamente estatais (em especial de concretização de direitos fundamentais) demanda a atuação governamental, segundo Breus (2020, pp. 42-43). "[...] baseado em ações, de índole positiva e negativa, que é chamado de *government by policies* – governo por políticas ou diretrizes, que se contrapõe à forma de atuação designado por *government by law* – governo por leis, cujo alcance circunscrito na via normativa, mostra-se insuficiente na efetivação dos fins que legitimam e validam o próprio governo. Nesse sentido, o *government by policies*, próprio do arquétipo estatal contemporâneo, demanda o recurso a todos os meios de ação capazes da prossecução das políticas a ele cominadas. O contrato público, nesse influxo, passa a ser um deles".

[8] Atualmente, Lei 14.133, de 01/04/2021.

[9] Como exemplos do uso da função regulatória da licitação anteriores à introdução do desenvolvimento nacional sustentável no artigo 3º da Lei nº 8.666, de 1993, podem ser citados os incisos VI, XIII, XX, XXV, XXVII e XXX, todos do artigo 24 daquela Lei que já se encontra substituída pela atual Lei 14.133/2021.

Outro exemplo clássico do uso da função regulatória da licitação é o tratamento diferenciado dispensado às microempresas e empresas de pequeno porte em licitações públicas, estabelecido pelos artigos 42 a 49 da Lei Complementar nº 123, de 2006[10].

Já, por meio da Lei nº 12.349, de 2010, foi alterado o artigo 3º da antiga Lei nº 8.666, de 1993, para acrescer, como um dos objetivos da contratação pública[11], o "desenvolvimento nacional sustentável". A modificação legislativa acabou por ressignificar o procedimento licitatório, que deixou de ocupar-se unicamente da satisfação das necessidades imediatas da Administração, buscando, também, a consecução "[...] de outros interesses também reconhecidos como relevantes pelo Direito, mas que em nada se confundem com aqueles direta e imediatamente imbricados com o objeto licitado" (FERREIRA, 2012, p. 37).

Portanto, a Lei nº 12.349, de 2010, introduziu cláusula geral permissiva para a utilização da contratação pública enquanto instrumento de política econômica, consagrando a função regulatória da licitação como um relevante meio de intervenção do Estado na e sobre a economia. Nesse contexto, a ideia proveniente do senso comum que deve ser abandonada é a de que o desenvolvimento nacional sustentável, enquanto objetivo da contratação pública, esteja unicamente ligado à tutela ambiental ('contratações verdes'). O desenvolvimento sustentável, em verdade, possui espectro amplo[12] e volta as compras estatais a extenso leque de políticas públicas, como destaca Reis (2022, p. 118):

---

[10] Na Lei Complementar nº 123, de 2006, como exemplos de tratamento diferenciado às microempresas e empresas de pequeno porte, cite-se: a possibilidade de comprovação da regularidade fiscal e trabalhista em momento posterior à fase competitiva (artigo 42), critérios diferenciados de desempate durante o procedimento de licitação (artigos 44 e 45), licitação exclusiva à Micro Empresas (Mês) e Empresas de Pequeno Porte (EPPs) para contratações de até R$ 80.000,00 (oitenta mil reais), cotas reservadas de itens e subcontratação compulsória em licitações de maior porte (artigo 48). O escopo da norma é a promoção da igualdade material, estimulando o desenvolvimento das micro e pequenas empresas, fundamentais à empregabilidade no País.

[11] Embora a literalidade do artigo 3º da Lei nº 8.666, de 1993, mencione a promoção do desenvolvimento nacional sustentável como um objeto da licitação, defende-se, na esteira da lição de Justen Filho (2019, p. 96) que o objetivo é albergado, em verdade, pela contratação pública: "Há duas questões inconfundíveis, que são as finalidades da licitação e as finalidades da contratação administrativa. Ora, a promoção do desenvolvimento nacional sustentável não é uma finalidade da licitação, mas da contratação administrativa. A licitação é um mero procedimento seletivo de propostas – esse procedimento não é hábil a promover ou deixar de promover o desenvolvimento nacional sustentável. O que o legislador pretendia era determinar que a contratação pública fosse concebida como um instrumento interventivo estatal para produzir resultados mais amplos do que o simples aprovisionamento de bens e serviços necessários à satisfação das necessidades dos entes estatais". A oportunidade de retificação pelo legislador dessa incorreção semântica não foi aproveitada, já que o artigo 11 da Lei nº 14.133, de 2021, continua por prever o desenvolvimento nacional sustentável como um dos objetivos apenas do processo licitatório, e não das compras públicas de modo mais amplo.

[12] O conceito de sustentabilidade adotado guarda consonância com aquele multidimensional trazido por Freitas (2019, p. 55): "Com esses aportes, é que se chegou ao conceito de sustentabilidade, que vale repisar: *é o princípio constitucional que determina, 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*

> Considerando os diversos objetivos mediatos e interesses públicos que podem ser perseguidos por meio da compra pública estratégica, pode-se dividir a denominação em: a) contratação verde, para se referir à integração dos objetivos das políticas ambientais; b) contratação social, em virtude do objeto incorporar reclames e demandas sociais no edital como luta contra o desemprego, a qualidade do emprego, a perspectiva de gênero, a contratação de pessoas com deficiência (descapacitadas física ou mentalmente) ou a reserva de contratos a empresas de inserção ou centros especiais de emprego e c) compra ética, a qual eleva o valor para aqueles licitantes ou objetos que venham a ter alguma repercussão com o cumprimento de padrões éticos estabelecidos nas convenções internacionais sobre as condições laborais dignas, salários mínimos, direitos dos trabalhadores, luta contra o trabalho infantil e fomento do comércio justo.

Essa compreensão multidimensional do desenvolvimento nacional sustentável enquanto objetivo das contratações públicas é percebida em diversos dispositivos que utilizaram as normas de compras públicas para a promoção de políticas econômicas. Citem-se, como exemplos, a previsão de margem de preferência para produtos manufaturados e para serviços nacionais que atendam as normas técnicas brasileiras, novas hipóteses de contratação direta visando ao fomento da pesquisa, da tecnologia e da inovação (ambos na Lei nº 12.349, de 2010), a previsão da regularidade trabalhista como condição de habilitação (Lei nº 12.440, de 2011), dentre outros.

O cenário não é distinto na novel Lei nº 14.133, de 2021, que não só manteve o desenvolvimento nacional sustentável enquanto um dos objetivos do processo licitatório, em seu artigo 11, mas também passou a prevê-lo como Princípio informador das Compras Públicas brasileiras, no seu artigo 5º.

O Princípio-objetivo marca presença em diversas passagens da inovadora Legislação de Licitações e Contratos Administrativos Nacional[13], determinando que as vantagens das contratações públicas devem ser avaliadas tanto do ponto de vista quantitativo quanto qualitativo. Em que pese os devidos avanços normativos, inclusive com disposições progressistas e de inclusão de gênero e de pessoas com necessidades especiais, além das possibilidades outras de inclusão social; restam, no entanto, críticas à utilização da contratação pública como instrumento de política econômica que, não raras vezes, distorce o necessário e

---

e precavido, no presente e no futuro, o direito ao bem-estar. Ou, numa fórmula sucinta: *é o princípio constitucional que determina promover o desenvolvimento social, econômico, ambiental, ético e jurídico-político, no intuito de assegurar as condições favoráveis para o bem-estar das gerações presentes e futuras*. Ou, ainda mais resumidamente, é o Princípio que determina o desenvolvimento que viabiliza o direito ao futuro" (destaques no original).

[13] A título de exemplo, na Lei nº 14.133, de 2021, podem ser identificados os seguintes dispositivos, promotores de políticas ambientais, sociais e de governança: a) ambiental: artigos 18, §1º, XII; 34, §1º; 42, III; 45, I, II, III e V; e 60, §1º, IV; b) social, artigos 26; 45, VI; 50; e §1º, I a III; 63, IV; 68, IV a VI; 75, IV, "c", "d", "j", "m", V, XII e XIV, XV e XVI; 121, §§2º e 3º; e 137, IX; e c) governança, artigos 9º; 14; 25, §4º; 48, p. único; 60, IV; e 155, dentre outros.

útil (eficiente) uso dos fatores produtivos (natureza, trabalho, capital, iniciativa empresarial e tecnologia). As compras governamentais revestem-se de tal importância que, mesmo na Legislação da OMC, verifica-se Anexo específico para disciplina-las, uma vez que se caracterizam como reais forças de impulsão de economias locais por parte dos governos.

2 CRÍTICAS À UTILIZAÇÃO DA CONTRATAÇÃO PÚBLICA COMO INSTRUMENTO DE POLÍTICA ECONÔMICA

Embora a promoção de políticas públicas secundárias, acessórias ou horizontais por meio da contratação administrativa esteja em linha com a moderna concepção de Administração dialógica e do *government by policies*, ela não escapa de críticas.

Um dos primeiros problemas verificados na ideia da utilização da contratação pública como instrumento de política econômica relaciona-se à possibilidade de falseamento da função primária da compra estatal, isto é, abandonar a finalidade do contrato para o atendimento das necessidades imediatas da Administração. Sustenta-se, assim, que a promoção de políticas públicas não deve ser pensada como objetivo primeiro do contrato administrativo, até porque, não raro, não constitui no melhor instrumento Estatal para tanto (BREUS, 2020, 206).

A promoção de políticas públicas acessórias, secundárias e horizontais por meio dos contratos administrativos é apenas um dos muitos instrumentos para auxiliar na prossecução dos objetivos constitucionalmente estabelecidos para o Estado brasileiro. É artifício subsidiário, e não principal. Nesse contexto, a função regulatória das compras públicas não deve ser utilizada como argumento discursivo com vistas a justificar omissões Estatais em relação a medidas de promoção direta de políticas públicas[14].

Outra crítica dirigida ao uso das compras estatais enquanto mecanismo de intervenção na economia diz respeito à criação de complexidade adicional e aumento da burocracia nos

[14] Niebuhr (2022, p. 123) destaca a necessidade de cautela na utilização dos contratos públicos na busca da promoção do desenvolvimento nacional sustentável, pois não podem ser vistos como a panaceia à ausência de políticas públicas adequadas por parte do Estado: "De todo modo, em que pese a afirmação legal do princípio, não se pode perder de vista que as licitações e os contratos administrativos não são a panaceia das políticas públicas e do desenvolvimento nacional sustentável. O Estado dispõe de muitos instrumentos para realizar as políticas públicas mais eficientes e eficazes. As licitações e os contratos administrativos podem ser utilizados como instrumentos de política pública a depender da situação, porém não são os instrumentos mais adequados porque, na maioria dos casos, são incapazes, não conseguem. Há casos e casos, cada qual com a sua peculiaridade. No entanto, de maneira geral, percebe-se que não é com licitação e contrato administrativo que as políticas públicas alcançarão os resultados que delas são esperados. E, pior, muitas vezes as políticas públicas são consagradas em licitação e contrato administrativo como argumento discursivo para justificar a inação do Estado em relação ao que realmente precisa ser feito".

procedimentos de contratação, o que pode trazer como consequência o aumento de preços e a redução do número de potenciais concorrentes (BREUS, 2020, pp. 207-208).

A atividade regulatória do Estado ─ na hipótese dirigida à criação de exigências de atuação ético-sócio-ambientalmente responsável para empresas participarem de licitações ─ acaba influenciando na demanda e na oferta de produtos na ordem econômica[15], refletindo, assim, nos preços (GONÇALVES; STELZER, 2012, p. 61). Ainda, esses critérios complementares podem funcionar; também, como barreiras de entradas a fornecedores no mercado de compras públicas.

Por fim, questão adicional a ser considerada na utilização do contrato público enquanto instrumento de promoção de políticas públicas é, segundo Breus (2020, p. 208), "(...) um maior grau de politização e, por igual, a possibilidade de escolhas discricionárias e até situações de abuso de poder, em desfavor, por evidente, da própria contratação e dos seus destinatários".

Efetivamente, ante a existência de elevado número de valores Constitucional e socialmente relevantes no Brasil, é absolutamente inviável a incorporação de todos eles dentro da contratação pública. Nada obstante devessem ser objeto de planejamento[16], de estudo e de avaliação a partir de critérios de eficiência, em geral, as políticas públicas inseridas em contratos públicos no Brasil são escolhidas a partir do casuísmo político e legislativo brasileiro (BREUS, 2020, p. 202).

Se a contratação pública interfere indelevelmente na (re) distribuição da riqueza entre os particulares e o Ente Público e, partindo-se de um dos Princípios da prestação do serviço público insculpido no Artigo 37 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88), qual seja, o da Eficiência; pode-se tergiversar a respeito dessa máxima a partir de

[15] Em artigo, Gonçalves e Stelzer (2012, p. 61) analisam os efeitos econômicos das normas estatais voltadas para ação empresarial socialmente responsáveis nas compras governamentais, concluindo que "e) o recrudescimento ou aumento das exigências nas normas licitatórias implica aumento dos custos empresarias e consequente diminuição da oferta de bens e serviços e vice versa; f) o aumento no nível de exigência do comprometimento social por parte do empresariado implica aumento dos custos empresarias e consequente diminuição da oferta de bens e serviços e vice versa".

[16] Nas palavras do autor, "[...] diante das muitas demandas morais que veiculam direitos fundamentais identificadas no Brasil, a contratação pública, quando voltada para a promoção de políticas públicas acaba sendo seletiva, na medida em que não é viável abrigar nos contratos públicos todas as exigências e condicionantes pertinentes a todas as políticas legitimamente assumidas pelo Estado. (...) merece destaque a questão acerca de qual deveria ser o critério aplicável para eleger uma política pública destinada a ser implementada via contratação pública. (...) O melhor critério para realizar essa seleção parece ser o da eficácia. Conforme esse princípio, seria possível estabelecer, para um determinado tempo e local, (i) um número máximo de políticas públicas a serem contempladas por meio de contratação pública, (ii) analisar todas as políticas existentes e (iii) selecionar aquelas cujas condicionantes em termos de contratação seriam mais eficazes, isto é, que contribuiriam em maior medida para os objetivos pretendidos com as tais políticas públicas. Atualmente, ao menos no Brasil, não é feita essa aplicação. Hoje, as políticas públicas são inseridas nos contratos públicos mais em decorrência do casuísmo político e legislativo brasileiro do que de um exame aprofundado e planejado sobre o tema" (BREUS, 2020, p. 202).

autores como Pareto ou, ainda, Kaldor e Hicks e; mesmo, pensar-se em eficiência econômico Social. É o que se passa a ver.

3 O PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA ECONÔMICO-SOCIAL (PEES) COMO RESPOSTA ÀS CRÍTICAS À FUNÇÃO REGULATÓRIA DA CONTRATAÇÃO PÚBLICA

Paralelamente às críticas que se faça à utilização da função regulatória da licitação; a doutrina ocupou-se de desenvolver critérios a serem avaliados quando da inserção de políticas horizontais (acessórias ou secundárias) nas contratações públicas. Breus (2020, p. 209-211), por exemplo, sustenta que a identificação de quais políticas públicas podem ser implementadas por meio de determinada compra Estatal passa pela aferição de três critérios: "(a) autorização legislativa expressa, ou seja, existência de fundamento legal[17]; (b) causa sistemática, pertinência e ligação ao objeto do contrato, sob pena de desnaturar os objetivos (primários) da própria contratação[18]; e, (c) proporcionalidade, isto é, adequabilidade entre meios e fins (imediatos e mediatos) da contratação".

Em sentido semelhante, Niebuhr (2022, p. 350) advoga que, diante da multiplicidade de demandas morais da sociedade brasileira, a eleição de quais devem ser promovidas por meio da contratação pública deve observar o critério de eficácia (cujo conceito aproxima-se da ideia de proporcionalidade de Breus). Em tom bastante crítico, o autor, após longa lista de ressalvas sobre as limitações do uso da função regulatória da licitação conclui que:

> [...] de maneira geral, percebe-se claramente que não é com a licitação que as políticas públicas alcançarão os resultados que lhe são esperados. Os eventuais benefícios, em muitos casos, não somam sequer uma fração dos prejuízos resultantes da complicação das licitações e contratos administrativos e da majoração de preços ou custos extras imputados à Administração. Esse cálculo de proporção entre vantagens e

[17] Entende-se que a previsão legal consiste em pressuposto, e não critério para identificação das políticas públicas a serem implementadas via contratação pública. A um, porque as previsões do artigo 5º e 11, inciso IV, da Lei nº 14.133, de 2021, tornariam o critério ineficaz, já que a cláusula geral da "promoção do desenvolvimento nacional sustentável" autorizaria, de modo amplo, qualquer iniciativa do administrador. A dois, pois se inexistente a autorização normativa, o princípio constitucional da legalidade administrativa não permitiria nem sequer conceber a compra pública como instrumento de política econômica.

[18] Acredita-se que nem sempre a promoção de política horizontal, secundária ou acessória deve guardar estrita relação com o objeto da contratação. Conquanto a especificação do objeto possa ser considerado o espaço mais apropriado e eficaz para a promoção da licitação como instrumento de política econômica (NIEBUHR, 2022, p. 349), existem inúmeras obrigações acessórias e de caráter administrativo, em especial na relacionadas à preservação ambiental, que podem ser impostas aos fornecedores e que podem (ou não) guardar relação direta com um objeto, a exemplo do descarte adequado de baterias e pilhas, uso de papel reciclável, dentre outras. Nessas hipóteses, seria razoável o exercício da função regulatória da licitação, ainda que sem vinculação direta com o objeto, sem que isso falseasse, de qualquer maneira, a função primária do certame.

> desvantagens não costuma ser realizado de forma séria e científica – se é que algum dia já foi realizado.

De fato, a 'proporcionalidade' ou 'eficácia' revela-se como questão fundamental de análise, até porque, como é possível perceber da Seção anterior, as críticas à utilização do contrato administrativo como instrumento de política econômica centram-se sobretudo na eficiência desse mecanismo, impondo que, de alguma forma, ele atue de forma seletiva.

A eficiência é, segundo o Artigo 37 da CRFB/88, Princípio expresso da Administração Pública brasileira. Incorporado ao Texto Constitucional pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998, o Princípio da Eficiência reflete a concepção de administração gerencial do *new public management* (MARTINS JUNIOR, 2019, p. 505). Consistindo conceito jurídico indeterminado, comporta ampla gama de concepções[19], que podem, porém, ser sintetizadas na exigência "[...] de ser alcançada a solução que seja ótima ao atendimento da finalidade pública" (GABARDO, 2022, p. 13).

Do ponto de vista econômico, a solução ótima pode ser explicada a partir do "ótimo de Pareto" (ou "Pareto eficiente") (1906) ou do critério de "Kaldor-Hicks" (1939). Conforme a primeira concepção, de autoria de Wilfredo Pareto, em 1906, sustenta-se como economicamente ótimo "[...] o exato momento de equilíbrio em que todas as ações a serem tomadas não incrementam a condição dos agentes sem prejudicar outros" (DOMINGUES, 2016, p. 38).

Já pelo critério de Kaldor-Hicks, desenvolvido, separadamente, em 1939, por Nicholas Kaldor e John Hicks, "(...) seria possível adotar uma posição que avançasse o ótimo de Pareto, desde que se verificasse a necessária compensação dos perdedores do sistema" (GONÇALVES; STELZER, 2012, p. 57).

[19] Destaca Gabardo (2022, p. 4). que "[...] para começar qualquer proposta de análise da expressão, é importante destacar que eficiência e eficácia são comumente designadas como sinônimos, para tanto valorizando o aspecto teleológico (em nível dos fins) dos termos – ou seja, ser eficiente implicaria obter o resultado almejado com perfeição (sem relevar os meios). Em sentido diverso, eficácia administrativa também pode representar a concreção dos fins preestabelecidos em lei, ou seja, a situação atual de disponibilidade para a produção dos efeitos típicos esperados do ato; enquanto eficiência administrativa exigiria que o cumprimento da lei seja realizado da melhor forma possível em atendimento ao interesse público subjacente. Por fim, há autores que preferem relegar a eficiência à otimização dos meios utilizados". É válido destacar; ainda, a posição de Celso Antônio Bandeira de Mello enquanto crítico do princípio da eficiência, optando por considera-lo como mero desdobramento do princípio da boa administração: "A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88) se refere, no art. 37, ao Princípio da Eficiência. Advirta-se que tal princípio não pode ser concebido (entre nós nunca é demais fazer ressalvas óbvias) senão na intimidade do princípio da legalidade, pois jamais uma suposta busca de eficiência justificaria postergação daquele que é o dever administrativo por excelência. O fato é que o princípio da eficiência não parecer ser mais do que uma faceta de um princípio mais amplo já superiormente tratado, de há muito, no Direito italiano: o princípio da "boa administração". Este último significa, como resulta das lições de Guido Falzone, em desenvolver a atividade administrativa 'do modo mais congruente, mais oportuno e mais adequado aos fins a serem alcançados, graças à escolha dos meios e da ocasião de utilizá-los, concebíveis como os mais idôneos para tanto" (MELLO, 2021, p. 107).

Sucede que, conquanto objeto de críticas, é preciso atentar que a utilização da contratação pública enquanto instrumento de promoção de políticas públicas não deve ser pensada unicamente sob a ótica da eficiência econômica, já que essa perspectiva "(...) é cega em si quanto aos seus resultados do ponto de vista estrito de justiça" (BREUS, 2020, p. 205) e, por conseguinte, não é compatível com os valores e princípios do Estado Constitucional contemporâneo.

Em outros termos, embora legítima a preocupação com a obtenção de proposta quantitativamente vantajosa para a Administração Pública, é razoável a intenção de que os produtos e serviços contratados também sejam qualitativamente adequados e impulsionem boas práticas ambientais, sociais e de governança no mercado em prol do bem-estar geral[20]. A função regulatória da licitação, assim, representa imposição para promoção dos valores constitucionais.

Compete, ao Estado, efetuar suas escolhas (*trade offs*) sopesando critérios econômicos e de justiça para contemplar a decisão que melhor dê alento ao interesse público. É relevante, todavia, que o instrumento para avaliação da adequabilidade do uso da contratação pública enquanto mecanismo de promoção de política públicas seja apto à superação das críticas desferidas contra o instituto.

Nesse cenário, emerge o Princípio da Eficiência Econômico-Social (PEES) de Gonçalves e Stelzer (2014), cuja gênese está nos postulados da *Law and Economics* (LaE). Quanto ao seu conceito, tem-se que:

> Trata-se da elaboração e aplicação da norma de forma economicamente eficiente, maximizando-se resultados esperados quando da adjudicação de direitos ou da determinação de obrigações, conforme caráter recíproco das ações e interesses, porém, considerando o reflexo social e o custo externo imposto à sociedade presente; ou mesmo, futura, de forma a serem compensados, na totalidade, os prejuízos impostos pelo ganho presente das partes envolvidas (GONÇALVES; STELZER, 2013, p. 142).

Nesse sentido, destaca-se o posicionamento de Gonçalves e Stelzer (2012, pp. 77-88), que defendem a aplicação do PEES para auxiliar a tomada de decisão legislativo-administrativo-jurídica quando do uso das compras Estatais, como instrumento de política econômica, de modo a revesti-la de cientificidade e técnica racional e; assim, contemplar, a um só tempo, os critérios de eficiência com justiça social.

O PEES enquanto balizador da inserção de políticas horizontais, acessórias ou secundárias em contratações administrativas, seria instrumento adequado para análise dos

[20] Conforme destaca Breus (2020, p. 205), "[...] o *best value for money* é um dever da Administração, mas ela também, em igual medida, tem múltiplos outros deveres, constitucionalmente previstos".

valores em conflito, pois apresenta, em seu conteúdo, a delimitação dos elementos a serem considerados e os critérios de ponderação a serem utilizados pelo intérprete em sua decisão.

Evita-se, desse modo, que o exercício; para aferição de quais políticas horizontais, acessórias ou secundárias devam ser contempladas em uma contratação pública, seja feito à luz de conceitos indeterminados (e, com isso, entra-se em ciclo vicioso de politização, discricionariedade e abuso de poder), a exemplo da proporcionalidade e da eficácia. Retira-se, assim, o caráter casuístico e autoritário da decisão, pois impõe-se a adoção de elementos juseconômico técnicos e bem definidos para sopesar os interesses em conflito e fundamentar a escolha.

A análise dos custos e reflexos sociais concretos da escolha das políticas públicas determinada pelo PEES também impediria qualquer alegação acerca da criação de burocracia irrazoável nos procedimentos de contratação ou, ainda, do falseamento da função primária da compra estatal. Isso porque o PEES demanda a tomada de decisão consciente, técnica, progressista e socialmente inclusora a respeito das exigências a serem requeridas pela Administração, limitando-as àquela estritamente necessárias à obtenção da pretensão contratual quantitativa e qualitativamente adequada.

Fixa-se o dever de o Estado avaliar, previamente, as consequências da inserção da política horizontal, secundária ou acessória dentro da contratação pública sobre o mercado, a sociedade e a própria Administração. Os resultados das contratações anteriores devem ser incluídos nesse exercício, permitindo, dessa maneira, o aprimoramento do processo decisório e, com isso, a eficiência da função regulatória das compras públicas.

O PEES, portanto, apresenta-se como relevante critério para a superação das críticas direcionadas à utilização das contratações públicas como instrumentos de política econômica, permitindo que a seleção das políticas públicas horizontais, secundárias ou acessórias a serem fomentadas pela via das compras públicas seja feita de modo técnico-científico e, por consequência, eficiente; para além de promover a necessária inclusão social. Da mesma forma, torna o procedimento administrativo de compras socialmente justo e capaz de promover eficiência aliada à qualidade de vida na sociedade civil promovendo-se o crescimento e o desenvolvimento da economia nacional em busca do necessário e benfazejo desenvolvimento

CONCLUSÃO

O poder de compra estatal exerce relevante função econômica, não só na forma de investimentos diretos, como também na direção e na indução de comportamentos a serem

sugeridos, pela Administração Pública aos agentes econômicos em geral. Trata-se, nesse último caso, da função regulatória da licitação permitindo que as compras públicas sejam utilizadas como instrumento de política econômica, na promoção de políticas públicas horizontais, secundárias ou acessórias.

Há muito sabe-se que as compras governamentais interferem indelevelmente na economia nacional de tal forma que, atestando essa importância, tem-se específico anexo junto ao Acordo Geral da Organização Mundial do Comércio que disciplina as compras governamentais. Quer-se, assim, eliminar comportamentos que possam alterar o livre comércio mundial. O Estado, enquanto agente consumidor (comprador) pode criar falsos indicativos de mercado ocasionando *trade offs* e mudanças de perspectivas, entre os agentes econômicos que empregam os fatores de produção. O resultado pode, então, ser o uso inadequado desses escassos fatores (natureza, trabalho, Capital, iniciativa empresarial e tecnologia). De outro lado, as compras governamentais podem ser efetivo fator de desenvolvimento das economias nacionais, sinalizando para determinados setores a necessidade de desenvolvimento da oferta para atendimento das demandas socialmente importantes ou relevantes entabuladas pelo Estado como agende comprador (implementador da demanda interna).

Conquanto não consista em fenômeno recente, a efetiva institucionalização da contratação pública enquanto instrumento de política econômica deu-se com a introdução, no artigo 3º da Lei nº 8.666, de 1993, da promoção do desenvolvimento nacional sustentável como um dos objetivos da licitação. Da mesma forma, na novel Lei nº 14.133, de 2021, o instituto recebeu reforço normativo: o legislador repetiu a disposição no artigo 11 e, ainda, elencou o desenvolvimento nacional sustentável como um dos princípios das contratações públicas.

Nada obstante o reconhecimento Legislativo, o uso do poder de compra Estatal como instrumento de política econômica não passa indene de críticas. Dentre as principais, podem ser citadas: (a) a possibilidade de falseamento da função primária da licitação; (b) aumento da burocracia e criação de complexidades adicionais no processo de compra pública; (c) aumento dos preços e redução do número de potenciais concorrentes; e (d) maior grau de politização da contratação pública, da possibilidade de escolhas discricionárias e até mesmo de situações de abuso de poder.

O exercício da função regulatória da licitação, portanto, embora seja importante instrumento de direção e de indução do comportamento dos agentes econômicos, deve ser utilizado com parcimônia pela Administração. A doutrina costuma estabelecer série de critérios para o uso seletivo da contratação pública enquanto instrumento de política econômica (‘proporcionalidade’ ou ‘eficácia’, por exemplo) mas; sem sucesso em não incorrer em uma das

críticas que motivou a tentativa de critérios hermenêuticos, pois, assim, adota-se conceito jurídico indeterminado para interpretar outro.

Nessa perspectiva, por meio deste trabalho, verificou-se que a adoção do Princípio da Eficiência Econômico-Social, conforme sustentado na hipótese da investigação, é critério adequado a balizar a identificação das políticas públicas horizontais, acessórias ou secundárias a serem promovidas por meio das contratações públicas, minimizando os problemas identificados pela doutrina nacional em relação ao uso da função regulatória das compras públicas. O uso desse Princípio como vetor interpretativo da seletividade da função regulatória da licitação tem, então, o 'condão', por assim dizer, de retirar o caráter casuístico e autoritário da decisão, pois imporia a adoção de elementos jus-sócio-econômicos técnicos e bem definidos para sopesar os interesses em conflito e fundamentar a escolha: eficiência econômica, reflexos sociais e o custo externo imposto à sociedade presente e futura.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Ministério da Economia. **Ministério da Economia divulga planejamento das contratações públicas para 2022**. Disponível em: https://www.gov.br/economia/pt-br/assuntos/noticias/2022/janeiro/ministerio-da-economia-divulga-planejamento-das-contratacoes-publicas-para-2022 . Acesso em 24 set. 2022.

BREUS, Tiago Lima. **Contratações pública estratégica***:* o contrato público como instrumento de governo e de implementação de políticas públicas. São Paulo: Almedina, 2020.

DOMINGUES, Victor Hugo. Ótimo de Pareto. *In*: RIBEIRO, Márcia Carla Pereira; KLEIN, Vinícius (Coord.). **O que é análise econômica do direito: uma introdução**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 37-45.

FERREIRA, Daniel. **A licitação pública e sua finalidade legal**: a promoção do desenvolvimento nacional sustentável. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade**: direito ao futuro. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

GABARDO, Emerson. Princípio da eficiência. *In*: NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano *et. al.* (Coord.). **Enciclopédia Jurídica da PUCSP**: direito administrativo e constitucional. 2. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2022. Disponível em: https://enciclopediajuridica.pucsp.br/pdfs/principio-da-eficiencia_6245ed547d84d.pdf. Acesso em 24 set. 2022.

GALESKI JUNIOR, Irineu. Economia dos Contratos. *In*: RIBEIRO, Marcia Carla; KLEIN, Vinícius. **O que é análise econômica do Direito**: uma introdução. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 135-144.

GONÇALVES, Everton das Neves e STELZER, Joana. Políticas Públicas de compras governamentais e políticas públicas voltadas para a ação empresarial socialmente responsável e seus efeitos econômicos no mercado. *In* **VI Encontro do Instituto de Direito e Economia do Rio Grande do Sul – IDERS**. Estes anais estão publicados como artigo em Efeitos Econômicos de Políticas Licitatórias e Empreendedorismo Socialmente Responsável. *In* Economic Analysis of Law Review. V 4. n 1. Pp. 56-78. 2013. Disponível em: https://portalrevistas.ucb.br/index.php/EALR/article/view/4%20EALR%2056. Acesso em 24 set. 2022.

GONCALVES, Everton das Neves and STELZER, Joana. Princípio da eficiência econômico-social no Direito Brasileiro: a tomada de decisão normativo-judicial. *In* **Sequência** (Florianópolis) [online]. 2014, n.68, pp.261-290. ISSN 2177-7055. https://doi.org/10.5007/2177-7055.2013v35n68p261. Disponível em https://www.scielo.br/scielo.php?pid=S2177-70552014000100012&script=sci_abstract&tlng=pt. Acesso em 24 set. 2022.

GONÇALVES, Everton das Neves e STELZER, Joana. O viés econômico do direito justo e eficiente: O princípio da eficiência econômico-social. *In* OPUSZKA, Paulo Ricardo e SÉLLOS-KNOERR Viviane Coêlho (Orgs.), **Revista Jurídica do Unicuritiba**, v. 3, n. 32, 2013. Pp. 128-162. ISSN 0103-3506. Disponível em http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/682 . Acesso em 24 set. 2022

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 14. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2010.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**: Lei 8.666/1993. 18. ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2019.

NIEBUHR, Joel de Menezes. **Licitação pública e contrato administrativo**. 5. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2022.

NUSDEO, Fábio. **Curso de economia**: introdução ao direito econômico. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MARTINS JUNIOR, Wallace Paiva. Princípio da eficiência. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (Coord.). **Tratado de direito administrativo**: teoria geral e princípios do direito administrativo. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, v. 1.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 35. ed. (atual. até a Emenda Constitucional 109, de 15.3.2021 e a Lei 14.133, de 1.4.2021) (Lei de Licitações e Contratos Administrativos. São Paulo: Malheiros, 2021.

OLIVEIRA, Gustavo Justino de; SCHWANKA, Cristiane. A administração consensual como a nova face da administração pública no século XXI: fundamentos dogmáticos, formas de expressão e instrumentos de ação. **A&C Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 8, n. 32, p. 31-50, abr./jun. 2008.

REIS, Luciano Elias. A contratação pública como elemento integrante da política econômica de um Estado. In: DE ANDRADE, Luiz Gustavo; ARRAES, Roosevelt; REIS, Luciano Elias.

Construindo o Estado Democrático de Direito: Governo probo, eleições justas e Judiciário responsivo. Curitiba: Appris, 2022, p. 87-98.

REIS, Luciano Elias. **Compras públicas inovadoras**: o desenvolvimento científico, tecnológico e inovativo como perspectivas do desenvolvimento nacional sustentável – De acordo com a nova lei de licitações e o marco regulatório das *Startups*. Belo Horizonte: Fórum, 2022.

RODRIGUES, Nuno Cunha. **A contratação pública como instrumento de política económica**. Almedina: Lisboa, 2013.