

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO PARANÁ
MESTRADO EM DIREITO ECONÔMICO E SOCIOAMBIENTAL**

FÁBIO DE SOUSA SANTOS

**ANÁLISE COMPARADA DA COMPETIÇÃO NA CONTRATAÇÃO PÚBLICA
BRASILEIRA E ESTADUNIDENSE**

**CURITIBA
2018**

FÁBIO DE SOUSA SANTOS

**ANÁLISE COMPARADA DA COMPETIÇÃO NA CONTRATAÇÃO PÚBLICA
BRASILEIRA E ESTADUNIDENSE**

Dissertação de Mestrado apresentada
ao Programa de Pós-graduação em
Direito da Pontifícia Universidade
Católica do Paraná como requisito
parcial para a obtenção do título de
Mestre em Direito.

Orientador: **Prof. Dr. Emerson
Gabardo**

Co-orientadora: **Profa. Dra. Cristiana
Fortini**

CURITIBA

2018

FÁBIO DE SOUSA SANTOS

**ANÁLISE COMPARADA DA COMPETIÇÃO NA CONTRATAÇÃO PÚBLICA
BRASILEIRA E ESTADUNIDENSE**

Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito.

Comissão Examinadora

Prof. Dr. Emerson Gabardo
Pontifícia Universidade Católica do Paraná
Orientador

Profa. Dra. Cristiana Maria Fortini Pinto e Silva
Universidade Federal de Minas Gerais
Co-orientadora

Prof. Dr. Daniel Wunder Hachem
Pontifícia Universidade Católica do Paraná

Profa. Dra. Lígia Maria Melo de Casimiro
Universidade Federal do Ceará

Florianópolis, 18 de setembro de 2018

Dados da Catalogação na Publicação
Pontifícia Universidade Católica do Paraná
Sistema Integrado de Bibliotecas – SIBI/PUCPR
Biblioteca Central
Giovanna Carolina Massaneiro dos Santos – CRB 9/1911

S237a 2018	Santos, Fábio de Sousa Análise comparada da competição na contratação pública brasileira e estadunidense / Fábio de Sousa Santos; orientador: Emerson Gabardo; coorientadora: Cristiana Fortini. – 2018. 134 f. : il. ; 30 cm Dissertação (mestrado) – Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2018 Bibliografia: f. 117-134 1. Direito comparado. 2. Concorrência. 3. Estado. 4. Administração pública. 5. Desenvolvimento econômico. I. Gabardo, Emerson. I. Fortini, Cristiana. II. Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Programa de Pós-Graduação em Direito Econômico e Socioambiental. III. Título. CDD 20. ed. – 340.5
---------------	---

**Ao meu pai e minha mãe, Francisco Ivo e Jacqueline
(porque uma vida inteira agradecendo não será suficiente).**

AGRADECIMENTOS

Ao Professor Dr. Emerson Gabardo, pela grande generosidade profissional com este pesquisador em evolução, pelo exemplo, pela orientação firme e pelas incontáveis lições e provocações durante essa jornada.

À Professora Dra. Cristiana Fortini, pela sua contribuição com a empreitada que culmina com o presente trabalho.

Ao Estado de Rondônia, seu povo e sua Procuradoria Geral, em especial ao Exmo. Dr. Juraci Jorge da Silva, pelo apoio institucional conferido à esta pesquisa.

Aos companheiros de trabalho da Procuradoria Geral do Estado junto ao Tribunal de Contas, com especial referência ao amigo Tiago Cordeiro, pela convivência, paciência e apoio durante toda esta empreitada.

Aos colegas e amigos do Programa de Pós-graduação, especialmente aqueles integrantes do Mestrado Interinstitucional com a Faculdade Católica de Rondônia, pelo prazer de conhecer e conviver nos últimos anos.

Aos amigos queridos que, de forma direta e indireta, contribuíram para este trabalho.

Aos familiares, em especial Dona Olinda e Laianne, que suportaram dois anos de ausência qualificada em virtude da dedicação à pesquisa e aos compromissos do Mestrado.

À Tais, pelo exemplo de dedicação, inspiração, carinho, apoio e, principalmente, pela paciência.

RESUMO

A presente pesquisa busca comparar os mecanismos de competição nos sistemas de contratações públicas de Brasil e Estados Unidos. É dividida em três partes. A primeira busca analisar a pertinência de se debater o Estado e a contratação pública como figuras relevantes na promoção do desenvolvimento, analisando o contexto histórico da formação dos Estados nacionais brasileiro e estadunidense até o século XX. Analisa ainda a formação dos modelos regulatórios da contratação pública. A segunda parte trata do ambiente institucional das contratações públicas. Descreve, de maneira comparada as instituições que formam a Administração Pública dos países objeto de comparação e as principais instituições que estruturam o controle da atividade de contratação pública. Examina-se ainda as relações entre o Direito e a organização administrativa bem como a estrutura regulatória das contratações públicas de Brasil e Estados Unidos da América. A terceira e última parte descreve os procedimentos de competição na contratação pública nos países objeto de comparação, bem como as flexões subjetivas previstas em cada um dos sistemas. Conclui que, especialmente para as contratações mais complexas, a confiança depositada no administrador público estadunidense é resultado da preocupação pragmática com a eficiência e, embora o Brasil tenha instrumentos que possibilitam uma gestão eficiente, o apego à formalidade e a persecução da igualdade formal como valor fundante, aliados à desconfiança do gestor público, prejudicam o uso da contratação pública como instrumento desenvolvimentista.

Palavras-chave: Direito Comparado; Contratações Públicas; Competição; Desenvolvimento; Controle da Administração; Brasil; Estados Unidos da América.

ABSTRACT

The present research seeks to compare the mechanisms of competition in public procurement systems in Brazil and the United States. It is divided into three parts. The first seeks to analyze the historical relevance of discussing the State and public contracting as relevant figures in the promotion of development, analyzing the historical context of the formation of national states Brazilian and American until the twentieth century. It also analyzes the formation of regulatory models for public procurement. The second part deals with the institutional environment of public contracting. It describes, in a comparative way, the institutions that form the Public Administration of the countries of comparison and the central institutions that structure the control of the activity of public contracting. It also examines the relationship between law and administrative organization as well as the regulatory structure of public contracting in Brazil and the United States of America. The third and last part describes the procedures of competition in public procurement in the countries being compared, as well as the subjective flexions envisaged in each of the systems. It concludes that, especially for more complex contracting, the trust placed in the US Public Administrator is a result of the practical concern with efficiency. Although Brazil has instruments that allow efficient management the attachment to formality and the pursuit of formal equality as value founder, together with the distrust of the public manager, hinder the use of public contracting as a development tool.

Keywords: Comparative Law; Public Contracting; Competition; Development; Control of Administration; Brazil; U.S.

SUMÁRIO

PRÓLOGO.....	9
INTRODUÇÃO.....	20
CAPÍTULO PRIMEIRO	
O TRADICIONAL PAPEL DO ESTADO E DAS CONTRATAÇÕES PÚBLICAS NA PROMOÇÃO DO DESENVOLVIMENTO	23
1.1. De colônias a repúblicas: o desenvolvimento econômico e o contexto socioeconômico de Brasil e Estados Unidos até o final do século XIX.....	23
1.2. A incipiente república brasileira e a potência estadunidense: interações com o mercado e o papel do Estado no desenvolvimento industrial	31
1.3. A formação dos modelos contemporâneos de contratações públicas	43
CAPÍTULO SEGUNDO	
O CENÁRIO INSTITUCIONAL DAS CONTRATAÇÕES PÚBLICAS	51
2.1. A organização da Administração Pública: burocracia, política e centralidade do Direito.....	51
2.2. Estado de Direito, controle e deferência: divergências entre as estruturas de controle e sua relação com a atividade da Administração	65
CAPÍTULO TERCEIRO	
O PAPEL DO PROCEDIMENTO E DA COMPETIÇÃO NAS CONTRATAÇÕES PÚBLICAS.....	81
3.1. Contratação pública e procedimento em termos comparados	81
3.2. Competição, critérios e flexões subjetivas	99
CONCLUSÃO	115
REFERÊNCIAS	118

PRÓLOGO

O Estado é a figura política protagonista da contemporaneidade, como apogeu da organização das ordens social, política e econômica.¹ Mesmo nas formatações mais radicalmente liberais, a figura da autoridade (que precisa de alguma forma de personificação alheia aos formatos da sociedade civil) é necessária para a garantia para as atividades de defesa e segurança ou para a imposição das estruturas de propriedade e produção.²

As figuras estatais (entre elas, o Direito) encontram-se no meio da relação entre os valores de determinada sociedade, suas crenças e práticas sociais e os resultados palpáveis do desempenho daquela sociedade enquanto promotora da qualidade de vida de seus integrantes (por exemplo, por meio da verificação do Produto interno Bruto e de indicadores como o Índice de Desenvolvimento Humano).³ Em especial, em um ambiente capitalista, compete ao Estado, em última e simplificada análise, fazer frente às falhas das forças do mercado tendentes a promover desequilíbrios econômicos e sociais.⁴

Os Estados Unidos da América repousam no ideário de muitos como modelo de Estado weberiano e liberal: um mercado competitivo e capitalista e um Estado racional e eficiente sustentando a pujança econômica e política.⁵ Essa “impressão” parece reverberar a ideia do destino manifesto, criada e alimentada pelos próprios estadunidenses, que os vê como destinados à grandeza, à glória e à liderança.⁶ O país é, em resumo, tido como o modelo de sociedade que funciona “sem o Estado”.

No Brasil, tem-se certa esquizofrenia: a sociedade ainda deposita relativamente elevado grau de confiança em algumas instituições estatais (por exemplo: Forças Armadas, bombeiros e escolas públicas), mas apresenta “quase

¹ GABARDO, Emerson. **Interesse público e subsidiariedade**: o Estado e a Sociedade Civil para além do bem e do mal. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2009, p. 67.

² NORTH, Douglas. **Institutions, institutional change and economic performance**. New York: Cambridge, 1990, p. 58-60.

³ MARRA, Mita. Cooperating for a more egalitarian society: Complexity theory to evaluate gender equity. **Evaluation**, [s.l.], v. 21, n. 1, p.32-46, jan. 2015.

⁴ PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. **Reforma do Estado para a cidadania**. São Paulo: Ed. 34, 1998, p. 22.

⁵ SOUZA, Jessé de. **A Tolice da Inteligência Brasileira**: Como o país se deixa manipular pela elite. São Paulo: Leya, 2015, p 19.

⁶ HERRING, George C. **Years of Peril and Ambition**: U.S. foreign relations, 1776-1921. 2. ed. New York: Oxford University Press, 2017, p 3.

nenhuma confiança” em alguns dos principais mecanismos de funcionamento estatal e de participação democrática e cidadã (por exemplo, as eleições).⁷

O senso comum do brasileiro dá conta de que “o Brasil vai aos tropeços, como um passageiro de segunda na autoestrada de uma civilização à qual pertence, mas da qual não toma parte no que ela tem de mais nobre e essencial”.⁸ Embora a ideia precisa do que é “essencial” possa flutuar subjetivamente, o incômodo sentimento de deslocamento permanece.

Essas impressões subjetivas se sustentam? Uma sociedade consegue funcionar sem Estado? Se não, qual o papel do Estado e quais as ferramentas que este deve usar? O que é essencial para caracterizar uma sociedade como desenvolvida? Aliás, o que é desenvolvimento?

Desenvolvimento é uma palavra em torno do qual circundam as preocupações de diversas ciências. O que é; como se fez; como se faz; quem é o responsável por fazê-lo. Estas parecem ser perguntas naturais num processo de investigação do conceito. Academicamente, há ainda forte incerteza sobre o que vem a ser desenvolvimento,⁹ contemplando diferentes ideias do que se entende por tal vocábulo, inclusive, a noção de desenvolvimento como conceito historicamente construído. De fato, é inadequado pensar-se, no momento histórico atual, o conceito de desenvolvimento como limitado somente à ampliação das possibilidades em aspectos econômicos (aumento do Produto Interno Bruto, por exemplo).¹⁰ Conceituar desenvolvimento, nesse viés, perpassa por visitar a teoria da complexidade.

Esse campo do conhecimento humano, de recente expansão, entende que as interações humanas seguem um padrão não linear, tendo como inerência a incerteza. Duas são as características de sistemas complexos que vale destacar aqui: a primeira é a causalidade recursiva (a existência de “gatilhos” ou pontos críticos que criam ciclos virtuosos ou ativam determinados comportamentos

⁷ IBOPE. **Índice de confiança Social de 2015**. Rio de Janeiro, 2015. Disponível em: <http://www.ibope.com.br/pt-br/noticias/Documents/ics_brasil.pdf>. Acesso em: 14 jul. 2017.

⁸ GIANNETTI, Eduardo. **Trópicos Utópicos**: Uma perspectiva brasileira da crise civilizatória. São Paulo: Companhia das Letras, 2016, p. 233.

⁹ VEIGA, José Eli da. **A emergência socioambiental**. São Paulo: Senac, 2007, p. 92.

¹⁰ HACHEM, Daniel Wunder. A noção constitucional de desenvolvimento para além do viés econômico: reflexos sobre algumas tendências do Direito Público brasileiro. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 13, n. 53, p. 133-168, jul./set. 2013.

sistêmicos);¹¹ a segunda, a emergência (impossibilidade de identificar claramente os padrões do sistema, de modo a estabelecer um liame de causalidade claro entre uma intervenção e seu resultado).¹²

Amartya Sen identifica que há uma correlação entre liberdade e desenvolvimento: para o autor, a liberdade é um valor em si e um instrumento para o desenvolvimento.¹³ O desenvolvimento seria, então, um processo que requer a remoção dos obstáculos às liberdades, tendo ele identificado cinco liberdades instrumentais: ¹⁴ “(1) liberdades políticas, (2) facilidades econômicas, (3) oportunidades sociais, (4) garantias de transparência, (5) segurança protetora. Essas liberdades instrumentais tendem a contribuir para a capacidade geral de a pessoa viver mais livremente, mas, também, tem o efeito de complementar umas às outras”.¹⁵ Em outras palavras, o conjunto das circunstâncias socioeconômicas deve ser considerado na visualização do desenvolvimento, tanto para identificar o estágio comparativo de desenvolvimento de determinado Estado quanto para avaliar o processo histórico que determina tal estágio.

Segundo Francisco Heidemann, no plano político, somente após a Segunda Guerra Mundial é que surge, no Brasil, a ideia propriamente dita do desenvolvimento.¹⁶ A Suprema Corte Americana, no julgamento do caso *Berman vs. Parker*,¹⁷ manifestou importante entendimento de que o conceito da expressão *General welfare* é aberto, inclusivo e representa um valor “espiritual, físico, estético e também patrimonial”,¹⁸ expressão que atenta para o universo humano de forma

¹¹ ROGERS, Patricia J. Using Programme Theory to Evaluate Complicated and Complex Aspects of Interventions. **Evaluation**, [s.l.], v. 14, n. 1, p. 29-48, jan. 2008.

¹² VEIGA, José Eli da. **A emergência socioambiental**. P. 113.

¹³ SEN, Amartya Kumar. **Desenvolvimento como liberdade**. Tradução de Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2010. p. 77.

¹⁴ Importante anotar que o autor, no texto original, usa duas expressões diferentes para explicar sua teoria Freedom e Liberty, sendo a tradução literal de ambas é liberdade. Na tradução utilizada, entretanto, utiliza-se as expressões liberdade formal para traduzir Liberty (expressão que se refere ao título jurídico) e liberdade substancial para traduzir Freedom (que designa a capacidade de uso real). Esta última parece ser também utilizada como sinônimo de capability.

¹⁵ SEN, Amartya Kumar. **Desenvolvimento como liberdade**... p. 55.

¹⁶ HEIDEMANN, Francisco G.. Do sonho do progresso as políticas de desenvolvimento. In: HEIDEMANN, Francisco G.; SALM, José Francisco. **Políticas Públicas e Desenvolvimento: Bases Epistemológicas e modelos de análise**. Brasília: Universidade de Brasília, 2009. p. 23-39.

¹⁷ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte. Decisão nº 348 U.S. 26, *Berman V. Parker*. 1954.

¹⁸ O caso tem como pano de fundo a aplicação do “The District of Columbia Redevelopment Act of 1945”, que permitia a uma agência pública a desapropriação de terrenos particulares para a promoção de melhorias (desenvolvimento) no ambiente urbano. O julgado consigna que: “The concept of the public welfare is broad and inclusive. The values it represents are spiritual as well as

paralela com o conceito de desenvolvimento que começa a ganhar corpo. O fato é que Desenvolvimento pode ser identificado mais facilmente por seu objetivo do que pelo seu conteúdo. Seria então um processo, atrelado ao contexto, mas que tem como linha mestra a mudança para melhor nas condições de vida dos indivíduos de determinada sociedade.¹⁹

Há aí, portanto, clara dificuldade em conciliar a racionalidade habitual com as ciências que se prestam a investigar alguma interação entre o Estado e a sociedade. No campo das contratações públicas, é possível verificar ainda, ao menos na realidade brasileira, uma insatisfação com o modelo legislativo encartado na lei 8.666 de 1993, o que se afirma pela quantidade de reformas e as diversas tentativas de fuga a este modelo em busca de eficiência (o Regime Diferenciado de Contratações, por exemplo),²⁰ e a incapacidade do congresso em promover uma reforma que altere verdadeiramente o modelo das contratações públicas nacionais.

É possível identificar a possibilidade de centrar o desenvolvimento em organismos da sociedade.²¹ Milton Friedman, relevante expressão da aversão à intervenção do Estado na economia, advoga que as políticas intervencionistas, especialmente as destinadas à promoção do pleno emprego e de gastos governamentais por conta de políticas de *welfare state*, acabam por criar pressão inflacionária e desemprego, deturpando a eficiência de alocação de recursos obtível de forma simples por meio do preço.²²

Se as ações do Estado no sentido de promover o desenvolvimento são uma interação com um sistema complexo (a sociedade na qual ele se insere) e devem ser formuladas e analisadas levando em conta a necessidade de atingimento dos pontos críticos para a ativação dos comportamentos desejados, bem como a necessidade de lidar com consequências imprevisíveis, consequentemente, um modelo legal engessado dificulta, senão inviabiliza a customização das soluções.

physical, aesthetic as well as monetary. It is within the power of the legislature to determine that the community should be beautiful as well as healthy, spacious as well as clean, well-balanced as well as carefully patrolled."

¹⁹ HOPPER, Paul. **Understanding Development**. Malden: Polity Press, 2012, p. 11.

²⁰ ROSILHO, André. **Licitação no Brasil**. São Paulo: Malheiros Editores, 2013, p. 233.

²¹ PRIER, Eric. Et al. **Making it happen**: public procurement's role in Integrating economic development and sustainability strategies for local governments in the U.S.A. Disponível em: <http://www.academia.edu/419439/MAKING_IT_HAPPEN_PUBLIC_PROCUREMENTS_ROLE_IN_INTEGRATING_ECONOMIC_DEVELOPMENT_AND_SUSTAINABILITY_STRATEGIES_FOR_LOCAL> Acesso em: 09 de mar. 2016.

²² FRIEDMAN, Milton. Nobel Lecture: Inflation and Unemployment. **The Journal of Political Economy**, Vol. 85 nº 3, p 451-472, jun., 1977.

O adimplemento desta responsabilidade em promover o desenvolvimento se dá fundamentalmente por meio de políticas públicas, isto é, da coordenação das ferramentas à disposição do ente público para a realização de determinadas “metas coletivas conscientes”.²³ Uma ferramenta estatal – qualquer delas - destinada a atuar neste cenário, deve ter então características capazes de lidar com a complexidade: coordenação, amplitude e, principalmente, flexibilidade.

Embora as contratações públicas possam ter diversas espécies de objetivos (por exemplo, concessões públicas), a opção feita para o presente trabalho foi de analisar as contratações relativas aos contratos de intercâmbio,²⁴ eis que são aqueles de contato diário por parte da Administração Pública nacional. Seu aprimoramento, portanto, pode produzir resultados mais palpáveis para o dia a dia da Administração nacional, maximizando o proveito da pesquisa. E qual seria, então, a relevância de se investigar qualquer aspecto desta questão sob a perspectiva metodológica comparada?

A comparação entre políticas públicas pode ter três diferentes abordagens: 1) Comparar políticas em arranjos institucionais diversos, focando em como e nas razões pelas quais as intervenções são diversas; 2) Usar teorias para comparar problemas ou intervenções em contextos diversos; ou 3) Comparar diferentes teorias para explicar uma mesma realidade.²⁵

A utilização efetiva do método comparativo permite que o trabalho ultrapasse o mero relato ou descrição ilustrativa, permitindo extrair da comparação de resultados úteis para a experiência jurídica nacional, dentro da perspectiva da atividade contratual do Estado como promotora do desenvolvimento (como, por exemplo, propostas legislativas ou novas interpretações a institutos nacionais já existentes). Utilizar tal método, entretanto, implica também a assunção de determinadas obrigações. A primeira delas é a necessidade de contextualização do tema.

²³ DALLARI BUCCI, Maria Paula. **Direito Administrativo e Políticas Públicas**. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 241.

²⁴ MÂNICA, Fernando Borges. Objeto e natureza das parcerias sociais: limites para a execução privada de tarefas estatais e o novo direito do terceiro setor. In: MOTTA, Fabrício; MÂNICA, Fernando Borges; OLIVEIRA, Rafael Arruda. **Parcerias com o terceiro setor: as inovações da Lei nº 13.019/14**. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 109-134.

²⁵ GUPTA, Kuhika. Comparative Public Policy: Using the comparative method to advance our understanding of the policy process. **The Policy Studies Journal**, Oxford, v. 40, n. 1, p.11-26, 2012. Disponível em: <[https://blackboard.gwu.edu/bbcswebdav/pid-8017192-dt-content-rid-20164939_2/courses/22840_201702/Gupta on comparative public policy.pdf](https://blackboard.gwu.edu/bbcswebdav/pid-8017192-dt-content-rid-20164939_2/courses/22840_201702/Gupta%20on%20comparative%20public%20policy.pdf)>. Acesso em: 03 jul. 2017

Imagine-se dois quebra-cabeças, onde cada um destes representa os países objetos de comparação. Cada peça representaria um dos compartimentos artificialmente criados para que acessemos de maneira mais “fácil” determinada parcela do conhecimento (um tema, uma disciplina, uma “matéria”). Ao escolher fazer direito comparado, o pesquisador se obriga a olhar com mais atenção as peças que representam os compartimentos que escolheu comparar (neste caso, as contratações públicas). Entretanto, com esta peça, fazem divisa outras, algumas dentro da ciência jurídica, outras não, mas todas influenciam na composição.

A visualização adequada das fronteiras do objeto de investigação somente pode ser feita com luz sobre as peças limítrofes, embora, por certo, nunca o acessaremos por completo. A comparação é sempre o processo de montagem e nunca o resultado final da composição.

O contexto é de fundamental importância e a sua definição pode ser mais bem visualizada dentro de uma noção ampla. Mais do que limitar-se a um significado territorial aparentemente neutro, enxergar contexto a partir de uma dimensão espacial implica atribuir conceito dinâmico, interativo e relacional, a partir da conexão entre elementos geográficos, de poder e de cultura.²⁶

A alegoria dos quebra-cabeças permite-nos entender também a dificuldade em simplesmente transplantar a peça de um quebra-cabeça a outro: as peças, com elevado grau de probabilidade, não vão se encaixar, eis que as bordas foram construídas a partir de relações específicas com outros compartimentos. Tais divisões nem sempre têm a mesma natureza ou nem sempre são realizadas com a mesma intensidade ou profundidade, eis que “cada Direito responde às expectativas nacionais, que podem ser explicadas mediante o recurso a conceitos como ‘a cultura’ e ‘a tradição’”.²⁷

Escolhidos os objetos de comparação, passou-se às etapas seguintes da implementação do método escolhido:²⁸ apresentação das características e funções

²⁶ CHOUINARD, Jill Anne; MILLEY, Peter. Mapping the spatial dimensions of participatory practice: A discussion of context in evaluation. **Evaluation And Program Planning**, [s.l.], v. 54, p.1-10, fev. 2016. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1016/j.evalprogplan.2015.09.003>>. Acesso em: 17 jul. 2017.

²⁷ LEGRAND, Pierre. **Como ler o Direito estrangeiro**. São Paulo: Contracorrente, 2018. Tradução de Daniel Wunder Hachen, p. 30.

²⁸ MARRARA, Thiago. Método comparativo e Direito administrativo. **Revista Jurídica Unigran**, Dourados, Ms, v. 16, n. 32, p.25-37, dez. 2014. Disponível em:

de cada objeto; comparação tópica; exame das diferenças e pontos comuns; crítica e extração de proposições. A apresentação das características destinadas a estabelecer o paralelo entre os sistemas objeto de comparação leva à necessidade de expor o tema relacionado à realidade brasileira de uma maneira que o leitor mais familiarizado com o tema pode entender desnecessária. É, entretanto, parte indissociável do método escolhido.

Outro ponto que pode causar estranheza é a escolha do título, repetida em diversos pontos do trabalho: o trabalho trata do procedimento de seleção dos contratados pela administração, entretanto, usa a expressão “contratações” pra designar o objeto de estudo.

O conceito de competição aqui utilizado acaba por confundir-se com o de “concorrência”, na medida em que se reconhece que ocorre “concorrência sempre que dois ou mais agentes econômicos competem pela mesma oportunidade de troca”.²⁹ A opção pelo uso da tradução literal “competição” também se dá no intuito de eliminar qualquer possível confusão com a modalidade de licitação prevista no regime jurídico brasileiro.

E por que não usar mais largamente o termo “licitações”? O *Federal Acquisition Regulation*, norma estadunidense que regula de modo mais preciso a matéria objeto de estudo, diz que uma aquisição “começa no momento em que as necessidades da agência são estabelecidas” e inclui as fases de “solicitação e seleção de fontes, adjudicação de contratos, financiamento de contratos, desempenho de contratos, administração de contratos(...)”.³⁰ O modelo brasileiro, representado pela Lei nº 8.666/93, adota a tese de que “as normas, se precisas, detalhistas, objetivas e bem direcionadas, seriam capazes de gerar, quase que automaticamente, boas contratações”.³¹ De outra linha, a licitação é instrumento para a formação do contrato. Não há fim em si mesmo no procedimento de seleção. Portanto, ainda que se reconheça a distinção conceitual entre licitação e contrato

<https://www.academia.edu/14081368/Método_comparativo_e_Direito_administrativo>. Acesso em: 09 abr. 2017.

²⁹ FORGIONI, Paula A. **Os fundamentos do antitruste**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 34.

³⁰ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Regulation nº N.I., de março de 2005. **Federal Acquisition Regulation**. Washington, DC, Disponível em: <<https://www.acquisition.gov/sites/default/files/current/far/pdf/FAR.pdf>>. Acesso em: 30 set. 2017. Subparte 2.101.

³¹ ROSILHO, André. **Licitação no Brasil**, p. 129.

administrativo, os procedimentos de seleção do contratado de tão umbilicalmente ligados ao contrato, são parte da contratação pública.

É, portanto, sobre o “ambiente de contratação como um todo”, que pretende se debruçar o presente estudo, sem contudo se ter a pretensão de verticalização seja na licitação seja no contrato (como tornou-se habitual na tratativa dos assuntos no Brasil).

Ao abordar a competição nas contratações públicas, o objetivo geral da pesquisa é estabelecer um comparativo entre os mecanismos de competição nos processos de contratação pública do sistema nacional de licitações do Brasil e o sistema federal de licitações dos Estados Unidos da América. Seguindo a ideia apresentada na alegoria do quebra-cabeças, a análise proposta foi dividida em 3 capítulos.

Os Estados brasileiro e estadunidense, ao longo de sua história, possuem semelhanças institucionais na promoção do desenvolvimento? As contratações públicas foram utilizadas como mecanismo para a promoção do desenvolvimento econômico nacional? Em que essas questões influenciaram o atual modelo normativo de contratações públicas?

O primeiro capítulo endereça responder a tais indagações, através da contextualização histórica das ações do Estado para promoção do desenvolvimento econômico no Brasil e nos Estados Unidos da América, observando as convergências e particularidades entre as práticas historicamente adotadas. Nesta parte, também se aborda que experiências compõem o substrato no qual se ergue o atual modelo normativo de contratações públicas de ambos os países.

Se as primeiras peças são referentes à história, a segunda parte dos quebra-cabeças que se está a comparar, diz respeito ao ambiente institucional que permeia a contratação pública. O segundo capítulo aborda a contextualização da Administração Pública dos países objetos de comparação, de modo a descrever a organização administrativa, a atuação das estruturas estatais de controle, com especificidade ao que se referente aos procedimentos de contratação pública. Este capítulo também se propõe à identificação dos instrumentos normativos dos países objetos de comparação relacionados à regulação da atividade administrativa, especialmente em procedimentos de contratação, sua hierarquia no ordenamento, e a relevância do papel da lei (em sentido estrito) no contexto regulatório dos países objeto de comparação.

Quais são as distinções relevantes entre a organização administrativa dos países objeto de comparação? Qual o papel do Direito na organização administrativa? Qual a natureza da relação entre Administração Pública e órgãos de Controle? Há deferência às escolhas administrativas? Qual a relevância do fato sistema jurídico estadunidense ser baseado na *Common Law* e o sistema brasileiro ser baseado na *Civil Law* para este cenário? São as perguntas que o segundo capítulo se propõe a responder.

O terceiro e último capítulo expõe os instrumentos de competição dentro do procedimento de contratação, foco maior da presente pesquisa. A proposta é promover a identificação e descrição dos institutos jurídicos que estabelecem as regras pelas quais se dá a competição no âmbito dos procedimentos de contratação pública nos países objeto de comparação, comparando a aptidão de tais mecanismos para a promoção do desenvolvimento.

Quais são os principais mecanismos para a promoção da competição dentro de um procedimento destinado à contratação pública? Existem paralelos entre os dois sistemas? Em que valores se fundamentam? Como a experiência comparada pode desencadear o aprimoramento da prática nacional de contratações públicas, com vistas a aumentar a performance e eficiência do Estado brasileiro?

As repostas para as perguntas foram perseguidas por meio do uso do método comparativo, por meio de uma operação de justaposição de realidades diversas,³² utilizando-se da pesquisa bibliográfica em fontes doutrinárias e normativas.

A comparação com um país com língua diversa aponta para uma necessidade de especial cuidado com a linguagem. Esta é o veículo pelo qual o Direito vocaliza suas normas o que, intrinsecamente, vincula à ciência jurídica a imprecisão patogênica dos símbolos que utilizamos para nos comunicar.³³ A problemática, apontada por Emerson Gabardo,³⁴ ganha contornos mais densos no

³² EBERDELE, Edward J. The Methodology of comparative Law. **Roger Williams University Law Review**, Bristol, v. 1, n. 16, p.51-72, winter 2011. Disponível em: <http://docs.rwu.edu/rwu_LR/vol16/iss1/2>. Acesso em: 03 maio 2017.

³³ LEAL, Fernando; JORDÃO, Eduardo. Quando a tradução também importa: problemas linguísticos de Direito comparado. **Direitos Fundamentais & Justiça**, Porto Alegre, n. 29, p.86-104, out. 2014. Disponível em: <https://www.academia.edu/15579413/Quando_a_tradução_também_importa_problemas_linguísticos_de_Direito_comparado>. Acesso em: 28 abr. 2016.

³⁴ GABARDO, Emerson. Understanding Brazilian Administrative Law, the Related Literature, and Education: a Comparison with the System in the United States....

estudo comparado entre países com línguas diversas, eis que mesmo a tradução descuidada de expressões comuns (isto é, não revestidas de maior tecnicidade), podem acarrear compreensões inadequadas de institutos e teorias.

Tem-se três possibilidades de nós mais contundentes: 1) Quando o signo é plurissignificativo na língua de destino da tradução, sendo que nem todas as opções de tradução se mostram adequadas; 2) Quando, ainda que haja tradução clara, os contextos diversos conferem aos signos significados díspares; e 3) A inexistência de expressão que transplante o sentido do signo na língua de origem.³⁵

A carência de obras de caráter mais geral na temática de Direito comparado entre Brasil e Estados Unidos, ainda que dentro do subsistema de em licitações e contratos administrativos, acentua a necessidade de maior atenção na transferência linguística de conceitos e expressões. A solução para tais problemas linguísticos retoma a necessidade de contextualização. Isso porque a visualização do conceito adequado de determinado símbolo linguístico – etapa imprescindível para a adequada comparação – passa pela compreensão do substrato cultural.

A adequada tradução do significado para outra cultura é a etapa, então, subsequente³⁶ tendo o presente trabalho optado por utilizar, quando possível, expressões ou nomenclatura de institutos que sejam do trato do jurista nacional brasileiro (a exemplo da nomenclatura das tipologias procedimentais descritas no terceiro capítulo). O esforço de *desensimesmar-se* para ler um direito que não lhe rege o cotidiano já é suficientemente difícil, na medida em que “o jurista brasileiro que estudo o Direito estrangeiro é necessariamente prisioneiro de um ambiente mental”.³⁷

As traduções livres feitas no corpo do texto foram feitas com a referência em rodapé ao texto original em inglês, permitindo ao leitor familiarizado com a língua a crítica e avaliação acerca da assertividade das opções de tradução, mas a intenção é oferecer ao leitor algo de familiar, isto é, um terreno conhecido para o início da caminhada no terreno do outro. É um incentivo para sair da prisão mental a que nos submetemos no processo de apreensão da experiência nacional. A porta está aberta. O convite para sair, feito.

³⁵ LEAL, Fernando; JORDÃO, Eduardo. Quando a tradução também importa: problemas linguísticos de Direito comparado...

³⁶ EBERDELE, Edward J. The Methodology of comparative Law...

³⁷ LEGRAND, Pierre. **Como ler o Direito estrangeiro**, p 35.

INTRODUÇÃO

No campo econômico, é possível reconhecer dois gêneros de intervenções estatais: direta ou indireta. A intervenção indireta ocorre quando o Estado age como condicionante, agente externo das relações econômicas, seja como censor e fiscalizador, seja estimulante de determinados comportamentos.³⁸ A figura estatal assume o papel de arquiteto do ambiente de escolhas à disposição da sociedade, em nome dos valores que entende serem relevantes para a promoção da qualidade de vida.³⁹

O Estado atua no mercado de forma direta quando, de alguma forma, participa dos “circuitos de comercialização”,⁴⁰ isto é, atua diretamente na economia, tanto por meio do provimento gratuito quanto remunerado de bens e serviços, seja por meio da aquisição de insumos (contratação de serviços ou aquisição de bens necessários a seu funcionamento), seja na disponibilização de infraestrutura (estradas, pontes, prédios etc.).

Num ambiente em que o Estado é juridicamente responsável pelo desenvolvimento, é imperativo lógico que as intervenções estatais, quando não diretamente destinadas a materializar aspectos relacionados ao desenvolvimento (como, por exemplo, o oferecimento de serviços de saúde ou educação), sejam de alguma forma instrumentais para a persecução da concretização dos deveres estatais. É preciso ainda que elas sejam formalmente aptas a tal. Isso porque o Estado tem papel de relevância na influência do processo de desenvolvimento, especialmente porque o custeio público de serviços é mais ágil no atingimento de metas de ação como pelo fato de que o crescimento econômico possibilita o desenvolvimento tanto pelo aumento da renda quanto pela ampliação da capacidade de financiamento do Estado.⁴¹

Contratação pública torna-se então um tema naturalmente complexo, na medida em que é alocado na fronteira entre diversos ramos do Direito (Administrativo, Civil, Constitucional, etc.), mas também de diversos

³⁸ MONCADA, Luís S. Cabral de. **Direito Econômico**, p. 42.

³⁹ THALER, Richard H.; SUSTEIN, Cass. *Nudge: o empurrão para a escolha certa*. Tradução de Marcello Lino. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, p. 5.

⁴⁰ MONCADA, Luís S. Cabral de. **Direito Econômico**. 4. ed., Coimbra: Coimbra, 2003, p. 42.

⁴¹ SEN, Amartya Kumar. **Desenvolvimento como liberdade**, p. 66.

compartimentos do conhecimento humano (administração, economia, política, etc.). É parte da Ordem Econômica, tanto no sentido de fato, como no sentido jurídico.⁴² O contrato administrativo, como mecanismo de concerto e interface entre o Estado e o mercado, com vistas ao aproveitamento de eficiências mútuas, tem potencialidades para o estabelecimento de uma coordenação entre os diversos atores do cenário econômico. No Brasil a própria norma constitucional estabelece a preferência à execução indireta, realizando uma “opção estratégica pela contratação de empresas do mercado”.⁴³

A ação direta do Estado no Brasil enquanto agente direto de mercado (contratante) é representativa sob o prisma econômico. No ano de 2017 foram realizados 98.779 (noventa e oito mil setecentos e setenta e nove)⁴⁴ procedimentos de contratações públicas diferentes somente no âmbito do Sistema Integrado de Serviços Gerais da União, num importe econômico de quase 47 bilhões de reais de contratações viabilizadas.⁴⁵ Nos Estados Unidos da América, apenas a maior entidade empresarial contratada no âmbito federal,⁴⁶ obteve mais de 50 bilhões de dólares em contratos, o que representa pouco menos de 10% (dez por cento) do valor total contratado em 2017 por aquele país.⁴⁷

É factível partir da premissa de que uma série de fatores pode obstaculizar o atingimento de um patamar elevado de desenvolvimento de determinado Estado e é lugar comum na sociedade a atribuição de falhas ou atrasos na contratação pública aos procedimentos licitatórios.⁴⁸ As divergências entre os mecanismos de competição dos sistemas de licitação pública brasileiro e estadunidense podem contribuir para causar a diferença de performance existente entre as ações dos

⁴² GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**: Interpretação e Crítica. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 65.

⁴³ PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres; DOTI, Marinês Restelatto. **Políticas públicas nas licitações e contratações administrativas**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 39.

⁴⁴ Entre as modalidades de pregão, tomada de preços, concorrência, concorrência internacional, convite e concurso, além de dispensas e inexigibilidades de licitação.

⁴⁵ BRASIL. Sistema Integrado de Administração de Serviços Gerais. Ministério do Planejamento. **Painel de Compras do Governo Federal**. Disponível em: <http://painelcompras.planejamento.gov.br>. Acesso em: 08 de abril de 2018.

⁴⁶ Lockheed Martin Corporation.

⁴⁷ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Federal. U.S. General Services Administration Federal Government. **The top 100 contractors Report**: Fiscal Year 2017. Washington, 2018. Disponível em: https://www.fpds.gov/downloads/top_requests/Top_100_Contractors_Report_Fiscal_Year_2017.xlsx. Acesso em: 05 jun. 2018.

⁴⁸ HERRMANN, Isadora. Licitações públicas no Brasil: explorando o conceito de ineficiência por desenho. **Revista de Administração da USP**, São Paulo, Vol. 34, n. 02, p. 29/38, abr./jun., 1999.

referidos Estados na promoção do desenvolvimento?

Dado o vulto dos valores empregados através de mecanismos contratuais, é factível dizer que sim, embora seja necessária uma análise contextual mais complexa, com a visualização do ambiente econômico e de contratação pública sob o prisma histórico. Observe-se: não são as diferenças entre os sistemas de competição que explicam, isoladamente, a disparidade do grau de desenvolvimento dos países objeto de comparação. Entretanto sendo a contratação pública um instrumento desenvolvimentista, em alguma medida, há uma contribuição do ambiente criado por este instituto para um maior ou menor desenvolvimento por parte de cada um dos países objeto de comparação.

Podem ser considerados como mecanismos de competição os institutos jurídicos que estabeleçam critérios de disputa ou que, de alguma forma, sustentem-se em normas que alteram as condições da disputa. Disso decorrem duas consequências lógicas relacionadas ao objeto de estudo escolhido: a primeira é que quando não houver, por imposição da Administração ou por circunstâncias de mercado, procedimento concorrencial, não há que se falar em competição;⁴⁹ a segunda é que existem mecanismos não procedimentais que podem alterar uma disputa em um procedimento concorrencial habitual.

A segunda hipótese de alteração da dinâmica de concorrência se manifesta pela restrição da competição a afluentes com um perfil específico ou pela concessão de privilégios a uma parcela específica dos fornecedores, ancorado na ideia de que a eficiência da ação estatal não pode ser verificada de forma isolada por uma racionalidade puramente econômica. É necessário que os produtos sociais de um determinado arranjo sejam levados em conta quando da tomada de decisão no âmbito das contratações públicas.⁵⁰

Entender os institutos que afetam a competição no âmbito das contratações públicas deve iniciar por entender o processo histórico e econômico subjacente.

⁴⁹ São, fundamentalmente, os casos de contratação direta.

⁵⁰ RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. Racionalidade Limitada. In: RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; KLEIN, Vinicius (Org.). **O que é análise econômica do Direito**: uma introdução. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 60.

CAPÍTULO PRIMEIRO

O TRADICIONAL PAPEL DO ESTADO E DAS CONTRATAÇÕES PÚBLICAS NA PROMOÇÃO DO DESENVOLVIMENTO

1.1. De colônias a repúblicas: o desenvolvimento econômico e o contexto socioeconômico de Brasil e Estados Unidos até o final do século XIX

Após sua independência (1776), em pouco mais de dois séculos os Estados Unidos passaram de uma distante colônia de fazendeiros e escravos à maior potência econômica e militar do mundo.⁵¹ O desenvolvimento estadunidense é, portanto, notável, especialmente se observado sob os prismas econômico e político. O texto da Constituição estadunidense data de setembro de 1787, momento histórico bastante antecedente ao debate moderno sobre desenvolvimento. Embora as raízes do conceito se estendam ao iluminismo europeu do século XVIII, a centralidade do debate sobre o conceito data apenas do século XX, após a Segunda Guerra Mundial.⁵²

A expressão que encontra proximidade semântica com a noção de desenvolvimento, apresentada de forma mais precisa à frente neste capítulo, é a de promoção do bem-estar geral (*general Welfare*) que consta por duas vezes no texto constitucional estadunidense. A primeira no preâmbulo, listada como objetivo do estabelecimento da Constituição, ou seja, do próprio Estado.⁵³ A segunda, na oitava sessão do artigo primeiro, quando autoriza o poder legislativo a estabelecer a cobrança de tributos para o financiamento das atividades públicas, incluída aí a promoção do bem-estar.⁵⁴

Para além do plano normativo, a empreitada estadunidense rumo ao atual estágio desenvolvimento começa a ganhar seus contornos mais precisos ainda no

⁵¹ LIND, Michael. **Land of Promise**: An economic history of United States. New York: HarperCollins, 2012, p. 5.

⁵² HOPPER, Paul. **Understanding Development**. Malden: Polity Press, 2012, p. 3.

⁵³ Diz o dispositivo: “We the People of the United States, in Order to form a more perfect Union, establish Justice, insure domestic Tranquility, provide for the common defense, promote the general Welfare, and secure the Blessings of Liberty to ourselves and our Posterity, do ordain and establish this Constitution for the United States of America.”

⁵⁴ Diz o dispositivo: “Section 8. The Congress shall have Power To lay and collect Taxes, Duties, Imposts and Excises, to pay the Debts and provide for the common Defence and general Welfare of the United States; but all Duties, Imposts and Excises shall be uniform throughout the United States;”

século XIX. Pode-se destacar como relevante a atuação dos governos estaduais e municipais no provimento da infraestrutura, ao tempo que demonstrou a relevância da política de ocupação territorial. O Estado Federal Americano teve papel central na ocupação do território do país, efetivado principalmente pela gestão dos ativos territoriais. A receita da venda direta de terras chegou a constituir 50% (cinquenta por cento) da renda governamental em alguns anos.⁵⁵ Além dos recursos oriundos da venda, a terra utilizada também como ativo para direcionar políticas de expansão da rede ferroviária criada pelos Estados e empreendimentos de educação.⁵⁶

A opção pela democracia trouxe consigo os percalços inerentes ao ambiente democrático. Os impasses entre os representantes do sul e do norte do país (que, anos depois, desaguaram na Guerra Civil de 1861) acabaram por acarretar o atravancamento do financiamento de projetos de maior envergadura no plano federal.⁵⁷ Coube, então, em um primeiro momento ao menos, às entidades subnacionais o investimento ou subvenção a projetos de infraestrutura e serviços públicos, fato que não ocorreu também sem percalços: como consequências indesejáveis desse modelo de ação, teve-se o sacrifício da sanidade fiscal dos estados e a emergência de problemas de gestão como insolvência das unidades, incapazes de fazer frente às demandas de investimento, e a corrupção.⁵⁸

A Guerra Civil estadunidense, ocorrida entre 1861 e 1865, foi evento emblemático na história desse país, na medida em que representou um pico nos embates ideológicos entre os estados do norte e os do sul. Um ponto marcante de tal embate, cuja comparação é oportuna, foi a questão da escravidão. A tolerância do governo federal com a escravidão era baseada numa questão prática: era ela que dava suporte à produção agrícola do país, realizada no sistema de *plantations*. Somente por meio de um grande conflito armado, ou de uma revolta generalizada

⁵⁵ MOARES, Reginaldo C.; SILVA, Maitá de Paula e. **O peso do Estado na Pátria do Mercado**: Os Estados Unidos como país em desenvolvimento. São Paulo: Unesp, 2013, p. 10.

⁵⁶ MOARES, Reginaldo C.; SILVA, Maitá de Paula e. **O peso do Estado na Pátria do Mercado**, p. 11.

⁵⁷ WALLIS, John Joseph. American government finance in the long run: 1790 to 1990. **The Journal of Economic Perspectives**, Nashville, v. 14, p.61-82, jul. 2000. Disponível em: <<http://proxygw.wrlc.org/login?url=https://search-proquest-com.proxygw.wrlc.org/docview/212105839?accountid=11243>>. Acesso em: 03 mar. 2018.

⁵⁸ MOARES, Reginaldo C.; SILVA, Maitá de Paula e. **O peso do Estado na Pátria do Mercado**, p. 23.

dos escravos, é que esta chaga seria superada.⁵⁹ A guerra aconteceu porque “a elite do norte queria expansão econômica – terra, mão de obra e mercado livre, tarifas protecionistas para a indústria, um Banco dos Estados Unidos”, de modo que os conflitos, como a tolerância do governo à escravidão, eram menos fundados em aspectos morais e mais em questões econômicas.⁶⁰

Depois de décadas em que os impasses políticos entre nortistas e sulistas impediam a ação da esfera federal, o fim da Guerra Civil deu início o período de reconstrução dos Estados Unidos da América. O Congresso passou a autorizar o investimento federal em infraestrutura, em caráter especial as ferrovias. Tem-se, nesse período, o deslocamento do eixo econômico para uma economia industrial e não mais agrária,⁶¹ fato intensificado pelo casamento do capital industrial e financeiro na virada para o século XX.⁶²

O Brasil declarou independência de Portugal em 1822 e teve o primeiro texto constitucional outorgado por dom Pedro I em 25 de março de 1824. A Carta Imperial tem um caráter liberal, conservador e semi-absolutista, consagrando um rol relativamente extenso de direitos individuais.⁶³ A leitura da Carta, entretanto, não evidencia o objetivo do nascente Estado Nacional brasileiro, não restando claro, ao menos numa leitura rasa, se o País servia ao seu imperador ou se o imperador servia ao País. No plano político havia tão somente um espelhamento do cenário econômico: o modelo econômico da economia colonial brasileira ainda estava enraizado.

A produção brasileira, que no período colonial era voltada ao abastecimento da metrópole com gêneros alimentícios, naturais ou minerais no interesse de Portugal⁶⁴, continuava a oferecer ao mercado tais *commodities* (açúcar, couro e fumo).⁶⁵ Com o declínio do preço de tais produtos na primeira metade do século XIX, a economia brasileira viu-se em crise, ante a incapacidade de o País oferecer ao

⁵⁹ ZINN, Howard. **A people's history of the United States**. New York: Harper Perennial, 2003, p. 171-172.

⁶⁰ ZINN, Howard. **A people's history of the United States**, p. 189.

⁶¹ LIND, Michael. **Land of Promise: An economic history of United States**, p. 8.

⁶² MOARES, Reginaldo C.; SILVA, Maitá de Paula e. **O peso do Estado na Pátria do Mercado**, p. 32.

⁶³ SOUZANETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 101.

⁶⁴ PRADO JUNIOR, Caio. **Formação do Brasil Contemporâneo: Colônia**. 12. ed. São Paulo: Brasiliense, 1972, p. 114.

⁶⁵ FURTADO, Celso. **Formação econômica do Brasil**. 34. ed. São Paulo: Companhia Das Letras, 2015, p. 152.

mercado outros produtos,⁶⁶ bem como pela inexistência de um mercado interno de maior relevância. A geração de superávits no Brasil para a metrópole tinha como objetivo primário sustentar o déficit da Coroa portuguesa com a nobreza lusitana, gasto que desapareceu quando da Independência. Entretanto, a decisão relativa aos gastos públicos após a Independência passou a ser concentrada na mão de dom Pedro I, influenciado por aqueles que o ofereciam suporte político.⁶⁷

José da Silva Lisboa, o Visconde de Cairu, apontado pelo consenso como o primeiro economista brasileiro e forte influenciador das decisões econômicas ainda antes da Independência⁶⁸, tinha declarada posição quanto à dinâmica econômica do Brasil: deveriam ser mantidas a exploração e a exportação de produtos primários e a importação de produtos estrangeiros, não devendo o Estado brasileiro tomar parte na industrialização do País.⁶⁹ Entendia Cairu que “convém que o governo deixe marchar tranquila e majestosamente a indústria na sua ordem natural, protegendo com igualdade e imparcialidade toda a sorte de empregos e industriais do campo e da cidade”.⁷⁰ A frase ilustra a influência do liberalismo na obra do economista, eis que é uma tradução contextualizada dos ideais representativos do *laissez-faire*.

A “estratégia saquarema”, plano destinado a regulamentação do uso da propriedade imobiliária brasileira, não foi bem-sucedida, entre outros motivos conjunturais, pela incapacidade do Estado brasileiro de fazer frente às demandas de integração dos colonos e de promover uma efetiva organização fundiária,

⁶⁶ FURTADO, Celso. **Formação econômica do Brasil**, p. 152

⁶⁷ CALDEIRA, Jorge. **História da Riqueza no Brasil**: Cinco Séculos de Pessoas Costumes e Governos. Rio de Janeiro: Estação Brasil, 2017, p. 220.

⁶⁸ NOVAIS, Fernando Antônio; ARRUDA, José Jobson de Andrade. Introdução: Prometeus e Atlantes na Forja da Nação. In: LISBOA, José da Silva. **Observações sobre a franqueza da indústria, e estabelecimento de fábricas no Brasil**. Brasília: Senado Federal, 2009. p. 9-29. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/1032/217333.pdf?sequence=4>>. Acesso em: 26 jan. 2018.

⁶⁹ Este trecho é exemplo vívido e claro das ideias do Visconde: “Portanto, podendo o Brasil ter os suprimentos de muitas manufaturas estrangeiras muito melhores e mais baratas do que por muitos tempos poderemos fabricar neste estado; provavelmente havendo de ser os ingleses sempre os melhores pagadores, e os maiores compradores dos nossos gêneros, como a experiência tem mostrado ainda nestes infelizes tempos; pois a eles atualmente devemos quase toda a exportação, ainda a não meter no cálculo dos nossos interesses as considerações políticas (do que já mais é lícito, ou prudente, prescindir), e muito mais sobrevivendo a paz, tendo a concorrência de todas as nações.” (LISBOA, José da Silva. **Observações Sobre a Franqueza da Indústria e Estabelecimento de Fábricas no Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1999. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/1032/217333.pdf?sequence=4>>. Acesso em: 26 jan. 2018, p. 113.)

⁷⁰ LISBOA, José da Silva. **Observações Sobre a Franqueza da Indústria e Estabelecimento de Fábricas no Brasil**, p. 113.

impossibilitando aos colonos a utilização da terra como ativo patrimonial (o que substituiria a figura do escravo como garantia de créditos).⁷¹

De outro lado, um dos marcos da economia brasileira do século XIX foi a atuação de capitais estrangeiros em investimentos de infraestrutura direcionados à reprodução do modelo escravista e colonial.⁷² As ferrovias brasileiras, que começaram a surgir na Região Sudeste ainda em 1850, também contaram com incentivos do governo imperial, sendo destinadas principalmente ao suporte da economia agroexportadora.⁷³

É relevante a visualização, ao menos exemplificativa da infraestrutura, já que o próprio surgimento do Estado é relacionado à implementação de grandes obras. A alocação de grandes massas de recursos humanos ou financeiros, ainda que sem finalidade econômica, sempre foi associada ao poder estatal.⁷⁴ O exemplo das ferrovias no caso brasileiro deixa clara a ausência de um projeto de país independente do modelo colonial de funcionamento econômico.

No caso estadunidense, a expansão da rede era um fenômeno indutor da expansão da ocupação do território: “As linhas saíam de algo mais ou menos parecido com uma cidade e iam em direção a algo parecido com... nada”.⁷⁵ A par dos incentivos industriais relacionados às próprias construções, as ligações ferroviárias acabaram por criar um mercado interno consumidor de toda sorte de bens e a possibilidade de integração e hierarquização do mercado produtivo americano, possibilitando as benesses econômicas da produção em massa.⁷⁶

Considerando-se que o Estado tem duas macro-funções mais evidentes num ambiente capitalista: a primeira seria maximizar os recursos de um mercado nacional; a segunda, assumir os riscos da criação de mercados em campos onde

⁷¹ SILVA, Lígia Osório. **Terras devolutas e latifúndio**: efeitos da lei de terras de 1850. Campinas: UNICAMP, 1996, p. 131.

⁷² CAMPOS, Pedro Henrique Pedreira. **Estranhas Catedrais**: As empreiteiras brasileiras e a ditadura civil-militar, 1964-1988. Niterói: Eduff, 2017, p. 42.

⁷³ PAULA, Dilma Andrade de. 154 anos de ferrovias no Brasil: para onde caminha esse trem? **História Revista**, [s.l.], v. 13, n. 1, p. 45-69, 16 jan. 2009. Disponível em: <<https://www.revistas.ufg.br/historia/article/view/5413>>. Acesso em: 17 set. 2017.

⁷⁴ CAMPOS, Pedro Henrique Pedreira. **Estranhas Catedrais**, p. 42

⁷⁵ MOARES, Reginaldo C.; SILVA, Maitá de Paula e. **O peso do Estado na Pátria do Mercado**, p. 28.

⁷⁶ MOARES, Reginaldo C.; SILVA, Maitá de Paula e. **O peso do Estado na Pátria do Mercado**, p. 36.

não existem;⁷⁷ tal iniciativa parece preencher, de imediato, a primeira função, e, em longo prazo, a segunda.

Alexander Hamilton, então secretário do Tesouro americano, que pode ser identificado como a contraparte estadunidense do Visconde de Cairu, é visto como o responsável por “implantar as fundações para a prosperidade futura dos EUA”.⁷⁸ O “Relatório sobre a questão das manufaturas” condensa o pensamento econômico encampado por Hamilton, na qualidade de secretário do Tesouro, incluindo desde recomendações acerca da substituição das importações de produtos manufaturados, referências à elevação da produtividade do trabalho pela industrialização.⁷⁹ Neste relatório, ainda no final do século XVIII, é um dos primeiros a introduzir o argumento da indústria nascente.⁸⁰ Nas palavras de Hamilton, “nos países onde há grande riqueza privada, muito pode ser feito pelas contribuições voluntárias de indivíduos patrióticos; mas em uma comunidade como a dos Estados Unidos, os recursos públicos devem fornecer a deficiência dos recursos privados”.⁸¹ A posição de proteção e incentivo à industrialização não é confundida com o desprezo pelo papel da agricultura no cenário econômico. Segundo relata, a agricultura é a fonte primária de suprimento para outras formas de trabalho e necessária para a subsistência, tendo, portanto, “intrinsecamente, um forte apelo ante qualquer outro tipo de indústria.”⁸²

Em termos de Estado de Direito, a experiência federativa influenciou uma sequência de movimentos similares, senão em sentido (centrípeto), ao menos em finalidade (formação de um estado federal).⁸³ O Brasil foi, até a Proclamação da República em 1889, um Estado unitário, tendo assumido a forma estrutural de

⁷⁷ VACCA, Giuseppe. Estado e mercado, público e privado. **Lua Nova: Revista de Cultura e Política**, [s.l.], n. 24, p.151-164, set. 1991. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0102-64451991000200008&script=sci_arttext. Acesso em: 30 jan. 2018.

⁷⁸ LIND, Michael. **Land of Promise: An economic history of United States**, p. 31.

⁷⁹ HAMILTON, Alexander. **Report on the subject of manufactures**. 6. ed. Philadelphia: William Brown, 1827. Made in his capacity of Secretary of treasury. Disponível em: <https://archive.org/details/alexanderhamilt00caregoog>. Acesso em: 20 dez. 2017, p. 16.

⁸⁰ CHANG, Ha-joon. **Chutando a escada: A estratégia do desenvolvimento em perspectiva histórica**. São Paulo: Unesp, 2004. Tradução de Luiz Antônio Oliveira, p. 50.

⁸¹ No original, “In countries where there is great private wealth, much may be effected by the voluntary contributions of patriotic individuals; but in a community situated like that of the United States, the public purse must supply the deficiency of the private resource.” (HAMILTON, Alexander. **Report on the subject of manufactures**, p. 80)

⁸² HAMILTON, Alexander. **Report on the subject of manufactures**, p. 11.

⁸³ TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 807.

federação com o golpe militar de Deodoro da Fonseca,⁸⁴ sendo que “em nosso conturbado processo político abundam os golpes e desvios em relação às constituições vigentes, com ou sem rompimento formal com elas”.⁸⁵ A opção brasileira impediu, ou ao menos dificultou, neste primeiro momento da fundação do Estado nacional brasileiro, iniciativas regionalizadas mais robustas, relegando à figura da União a responsabilidade de adotar – ou não, como parece ser o caso – as soluções gerenciais e legislativas que atendessem aos interesses do poder central.

Contemporaneamente, mesmo a opção do Constituinte brasileiro de 1988 tendo sido também pela forma federativa de estado é traço marcante da federação brasileira uma assimetria entre as competências institucionais e a capacidade de financiamento dos entes subnacionais, especialmente no regime de repartição das competências fiscais.⁸⁶ Emerson Gabardo alerta para o fato de que o Brasil seria, ainda hoje, uma falsa federação, em razão da forte centralização de competências na figura da União.⁸⁷ É possível afirmar, então, que há uma influência do modelo histórico de formação do Estado Federal na conformação das instituições federativas dos Estados.

Outros aspectos sociais relevantes dos dois países são os atinentes ao analfabetismo e ao perfil da elite do país. O Brasil era controlado por uma elite escravocrata e com raízes agrícolas, governado por um imperador com poucas raízes e comprometimento com o País, dando claros sinais de uma dificuldade (deliberada) de encaixar-se um ciclo capitalista verdadeiramente nacional. Para além, a política de ignorância perpetrada pelos monarcas lusitanos atrasou a chegada da tipografia ao Brasil em 358 anos, somente sendo permitida a instalação do primeiro curso superior somente com a vinda de dom João VI (1808).⁸⁸ Os Estados Unidos eram dominados por uma elite urbana comercial e pequenos

⁸⁴ Diz a Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 24 de fevereiro de 1891 que “Art 2º - Cada uma das antigas Províncias formará um Estado e o antigo Município Neutro constituirá o Distrito Federal, continuando a ser a Capital da União, enquanto não se der execução ao disposto no artigo seguinte.”

⁸⁵ SOUZANETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito constitucional**, p. 97.

⁸⁶ PALOS, Aurélio Guimarães Cruvinel e. **A Constituição de 1988 e o pacto federativo fiscal**. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/documentos-e-pesquisa/publicacoes/estnottec/tema10/2011_480.pdf>. Acesso em: 10 dez. 2016.

⁸⁷ GABARDO, Emerson. Understanding Brazilian Administrative Law, the Related Literature, and Education: a Comparison with the System in the United States. **Vienna Journal On International Constitutional Law**, Vienna, v. 9, p.371-397, mar. 2015. Disponível em: <https://www.academia.edu/19753528/Understanding_brazilian_administrative_law_the_related_literature_>.

Acesso em: 25 mar. 2017.

⁸⁸ CALDEIRA, Jorge. **História da Riqueza no Brasil**, p. 196.

produtores rurais,⁸⁹ tendo iniciado a adaptação aos mecanismos e dificuldades da dinâmica democrática desde sua independência, tendo estes sido depurados ainda pela Guerra Civil. A massificação da educação pública secundária no período imediatamente após a Independência⁹⁰ é elemento contributivo, por si e em contexto, para a condição de desenvolvimento. Em 1800, entre 1% (um por cento) e 2% (dois por cento) dos brasileiros sabiam ler e escrever, enquanto essa proporção chegava a 70% entre os estadunidenses.⁹¹

O Brasil, mesmo com a oportunidade do exercício do sufrágio para o Poder Legislativo durante o império, especialmente na constante alternância da experiência quase parlamentarista ocorrida a partir de 1847, não conseguiu compreender que o processo político vai além das disputas de poder e por recursos.⁹² O Estado brasileiro, por conta das decisões políticas de sua elite, ainda atrelada aos interesses externos, parece ter relegado seu papel de direcionador do crescimento econômico a interesses estranhos ao nacional, tendo reservado para si somente o papel de garantidor do investimento estrangeiro na infraestrutura.⁹³

Pedro I, aparece caricato como o ícone de tal realidade: imperador do Brasil, empenhado no sustento do modelo colonial da economia agroexportadora, pouco preocupado com os avanços sociais (como, por exemplo o fim da escravidão) e deixou a porta aberta para retornar ao trono de Portugal, para onde retornou, em 1831, após abdicar ao trono em favor de seu filho, Pedro II.⁹⁴ O fato de que o equivalente a 18% (dezoito por cento) do Produto Interno Bruto brasileiro terem sido dados em pagamentos a Portugal ou ao monarca, bem como a reserva do interesse na sucessão do Coroa portuguesa por parte de Pedro I,⁹⁵ evidenciam que os interesses pessoais ou, ao menos, estranhos aos atrelados ao território brasileiro eram, em verdade, guias das escolhas do soberano.

Observadas as circunstâncias de Brasil e Estados Unidos, especialmente no início do século XIX, é de se notar que, apesar de terem economias de tamanhos

⁸⁹ FURTADO, Celso. **Formação econômica do Brasil**. 34. ed. São Paulo: Companhia Das Letras, 2015, p. 152.

⁹⁰ MOARES, Reginaldo C.; SILVA, Maitá de Paula e. **O peso do Estado na Pátria do Mercado**, p. 28.

⁹¹ CALDEIRA, Jorge. **História da Riqueza no Brasil**, p. 196.

⁹² SOUZANETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito constitucional**, p. 107.

⁹³ FAORO, Raymundo. **A república inacabada**. São Paulo: Globo, 2007, p. 128

⁹⁴ SOUZANETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito constitucional**, p. 105.

⁹⁵ CALDEIRA, Jorge. **História da Riqueza no Brasil**, p. 223.

comparáveis,⁹⁶ conjunto de elementos que delimitavam o estágio de desenvolvimento da sociedade estadunidense, e, portanto, condicionaram o processo subsequente de desenvolvimento deste mesmo Estado Nacional, que era mais favorável do que a brasileira, com notável vantagem nas liberdades políticas e nas oportunidades sociais. Os modelos econômicos adotados, embora tenham em comum o patrocínio ou, ao menos, a conivência das figuras estatais, também revelam opções por caminhos diversos que parecem ter contribuído em algum grau para a disparidade atual das realidades dos dois países. O contraste entre as icônicas figuras de Cairu e Hamilton, pelos títulos ou pelos ideais de ação do Estado, ilustram as discrepâncias.

No Brasil, até o início do século XX, “o Estado pouco contratava em termos de obras públicas”.⁹⁷ Estas eram em maioria fruto de trabalho escravo, a partir de empreendimentos de iniciativa do poder público.⁹⁸ São fatos que não devem causar estranheza, eis que a persistência da escravidão como modelo de mão de obra e a falta ou inoperância de elites ligadas aos interesses nacionais industriais são fatos que obstaculizam a expansão do mercado interno e, por via de consequência, de fornecedores e consumidores que sustentem a circulação de riqueza e a formação de excedentes. Fatos relevantes também são a limitação do investimento em educação e a pobreza dos instrumentos democráticos, que contribuíam para o quadro de estagnação.

1.2. A incipiente república brasileira e a potência estadunidense: interações com o mercado e o papel do Estado no desenvolvimento industrial

Ao final do século XIX, com o desgaste irrecuperável do regime monárquico, o Brasil foi palco do primeiro de seus golpes políticos, com ascensão do marechal Deodoro da Fonseca à Presidência do País. A primeira Constituição Republicana (1891) já continha a palavra “desenvolvimento”⁹⁹, com forte inspiração no texto constitucional estadunidense, embora “entre o país constitucional – liberal e

⁹⁶ CALDEIRA, Jorge. **História da Riqueza no Brasil**, p. 195.

⁹⁷ CAMPOS, Pedro Henrique Pedreira. **Estranhas Catedrais**, p. 47.

⁹⁸ CAMPOS, Pedro Henrique Pedreira. **Estranhas Catedrais**, p. 42.

⁹⁹ O Art. 35, parágrafo 2 estipulava a incumbência ao Congresso em “Animar, no paiz, o desenvolvimento das lettras, artes e sciencias, bem como a immigração, a agricultura, a industria e o commercio, sem privilegios que tolham a acção dos governos locais”.

democrático – e o país real – autoritário e oligárquico –, manteve-se sempre um abismo intransponível”.¹⁰⁰ A Constituição Republicana parece ter criado uma tendência, ao menos no plano normativo: nas Cartas Constitucionais de 1934, 1937¹⁰¹ e 1967¹⁰², o vocábulo “desenvolvimento” aparece, ora ligado a aspectos econômicos, ora a aspectos intimamente sociais (como educação e cultura). Mesmo o Ato Institucional número 5 (AI-5), de 13 de dezembro 1968, não exatamente um dos ícones da civilidade brasileira, lista “o desenvolvimento e o bem-estar do seu povo” e “o desenvolvimento econômico” em seus fundamentos.¹⁰³

Nos Estados Unidos, a intensidade do desenvolvimento econômico, especialmente a partir segunda metade do século XIX, produz mudanças sensíveis no plano demográfico e econômico. A população urbana, que representava apenas 20% dos estadunidenses em 1860, passa já em 1920 a superar a população rural; a agricultura deixa de responder por cerca de 35% (trinta e cinco por cento) do Produto Nacional Bruto entre 1869 e 1879, passa a ser responsável por apenas 11% em 1930.¹⁰⁴ Já no início do século XX, o país toma parte em um conflito armado fora de suas fronteiras: a Primeira Guerra Mundial. Em 1917, o País eleva o número de homens alistados de 211.834 em abril, para 1.539.485 em dezembro, sendo necessário abrigar, alimentar, vestir, armar, treinar e transportar todo este contingente.¹⁰⁵

A economia dos EUA já era desenvolvida à época, de modo que as demandas governamentais foram atendidas com o aumento ou direcionamento do fluxo de produção,¹⁰⁶ mas não sem percalços. O caso da fabricação dos motores para aeronaves (chamados *Liberty*) é emblemático. Visto inicialmente (1917) como uma oportunidade para avanços imediatos no setor privado, não chegou a desenvolver a produção em massa no tempo desejado, tendo poucas unidades sido empregadas em combate antes do fim da guerra (1918).

¹⁰⁰ SOUZANETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito constitucional**, p. 116.

¹⁰¹ Lista, por exemplo, o dever do Estado em contribuir para o desenvolvimento da arte, ciência e ensino, no seu artigo 128.

¹⁰² No Artigo 157, V, lista “o desenvolvimento econômico” como princípio da ordem econômica.

¹⁰³ BRASIL. **Ato Institucional nº 5**, de 13 de dezembro de 1968. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ait/ait-05-68.htm>. Acesso em: 19 jul. 2017.

¹⁰⁴ MOARES, Reginaldo C.; SILVA, Maitá de Paula e. **O peso do Estado na Pátria do Mercado**, p. 36.

¹⁰⁵ ROCKKOFF, Hugh. **America's Economic Way of War: New Approaches to Economic and Social History**. Nova York: Cambridge University Press, 2012. Kindle Edition. Posição 2404.

¹⁰⁶ ROCKKOFF, Hugh. **America's Economic Way of War**, Posição 2422.

O fato é que “quando entraram na guerra, os Estados Unidos simplesmente não tinham a infraestrutura militar para dar suporte ou os planos para direcionar, uma mobilização de maior porte”, já que não houve planejamento antes do engajamento estadunidense, e o descompasso entre a duração esperada e o efetivo tempo de duração do conflito após o engajamento americano não foi suficiente para amortizar o investimento feito.¹⁰⁷ Pouco mais de uma década depois, o cenário de desregulação e o superinvestimento decorrente do agudo crescimento econômico nos anos anteriores levaram a grande depressão econômica simbolizada pela quebra da Bolsa de Nova York em 1929.¹⁰⁸

Os fenômenos do final da década de 20 do século passado afetaram os mercados mais desenvolvidos, de modo que as exportações não seriam um arrimo confiável para alavancar o desenvolvimento brasileiro. Getúlio Vargas atentou para as consequências do fenômeno ocorrido em Nova York em 1929, foi o responsável pela viabilidade política do Pacto Nacional Popular de 1930. Este foi o primeiro plano desenvolvimentista brasileiro, que logrou desencadear o processo de industrialização nacional, comandada pelo Estado.¹⁰⁹ A opção foi orientar as ações do Estado em três diferentes sentidos: redefinição do papel dos empreendimentos agrícolas na economia agrícola (sem abandono dos incentivos e ações preservacionistas), regulamentação quase total dos fatores produtivos (inclusive preços) e a transformação do Estado em mecenas de empreendimentos de infraestrutura e substituição de importações.¹¹⁰

Para instrumentalizar esses caminhos, na intervenção da economia foram utilizados, em resumo, três mecanismos: a criação de agências e a adoção de políticas de regulação, de proteção de segmentos econômicos e a intervenção direta do Estado através da criação de empresas estatais ou autarquias.¹¹¹ O Estado teve ainda um papel relevante no estabelecimento da demanda agregada durante a crise

¹⁰⁷ No original, “When it entered the war the United States simply did not have the military and industrial infrastructure to support, or the plans to guide, a major mobilization.” ROCKKOFF, Hugh. **America's Economic Way of War**, posição 2442-2458.

¹⁰⁸ HILTZIK, Michael. **The New Deal**: A modern history. Nova York: Free Press, 2001, p. 2.

¹⁰⁹ BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. Os três ciclos da sociedade e do estado. **Perspectivas: Revista de Ciências Sociais**, São Paulo, v. 41, n. 1, p. 193-208, 2012. Disponível em: <<http://seer.fclar.unesp.br/perspectivas/article/view/5078/4435>>. Acesso em: 21 mar. 2017.

¹¹⁰ MENDONÇA, Sonia Regina. **Estado e economia no Brasil**: Opções de desenvolvimento. Rio de Janeiro: Graal, 2002, p. 26.

¹¹¹ NUNES, Edson de Oliveira. **A gramática política do Brasil**: Clientelismo, corporativismo e insulamento burocrático. 4. ed. Rio de Janeiro: Garamond Universitária, 2010, p. 83.

internacional que levou à redução das exportações de produtos agrícolas nacionais, comprando os excedentes de café não exportável e queimando os estoques que não conseguia comercializar.¹¹²

O tamanho e o papel da Administração Pública federal estadunidense cresceram consideravelmente após a Primeira Guerra Mundial. Somente entre 1939 e 1946 foram criadas mais de cem agências governamentais, supervisionando os mais diversos setores da economia: petróleo, comida, informação e habitação, dentre outros.¹¹³ Sob a administração de Franklin Delano Roosevelt, a majoração do número agências governamentais acompanhou a majoração do papel do Estado no cenário econômico proposta pelo *New Deal*. O ideário dos New Dealers era de que o Estado “era uma força poderosa e que esse poder poderia ser exercido por inação, bem como por ação”.¹¹⁴

O Estado americano não só apoiou (com empréstimos subsidiados e investimentos em infraestrutura) como dirigiu todo este processo¹¹⁵, dando a entender que os equívocos de planejamento da intervenção estatal cometidos, especialmente nos envolvimento em conflitos armados anteriores (Guerra da Independência, Guerra Anglo-Americana, Guerra Civil e Primeira Guerra Mundial) foram assimilados. Um ponto especial é relacionado à destinação de recursos para a produção de bem relacionados às atividades militares. Elas eram pequenas antes da Primeira Grande Guerra e, após o encerramento do conflito, voltaram a patamares não muito superiores; durante o conflito, a produção foi feita ao custo da produção dos bens civis: tais ocorrências não se repetiram durante a Segunda Guerra Mundial.¹¹⁶ Desde a década de 1940, os Estados Unidos parecem ter adotado de forma mais sistematizada a ideia do “Arsenal da democracia”, na expressão de Franklin Roosevelt.¹¹⁷ Ao final de 1941, 16% do PIB norte-americano era de gastos

¹¹² COSTA, Frederico Lustosa da. Brasil: 200 anos de Estado; 200 anos de administração pública; 200 anos de reformas. **Revista de Administração Pública - Rap**, Rio de Janeiro, v. 7612, n. 0034, p.829-874, 01 out. 2008. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rap/v42n5/a03v42n5.pdf>>. Acesso em: 18 dez. 2017.

¹¹³ ROCKKOFF, Hugh. **America's Economic Way of War...** Posição 3335.

¹¹⁴ No original: “it was a powerful force and that its power could be exercised by inaction as well as action.” HILTZIK, Michael. **The New Deal: A modern history**, p. 423.

¹¹⁵ LIND, Michael. **Land of Promise: An economic history of United States**, p 8.

¹¹⁶ ROCKKOFF, Hugh. **America's Economic Way of War**, Posição 2487.

¹¹⁷ Franklin D. Roosevelt, Presidente estadunidense à época, proferiu discurso sob este título em 29 de dezembro de 1940, antes da entrada efetiva no país no conflito armado. Para o Presidente Roosevelt, “produzir aviões e navios e armas e cartuchos” era mais “uma emergência tão séria quanto a própria guerra”. ROSSEVELT, Franklin Delano. *The Arsenal of Democracy: If Great Britain*

em Defesa. Com tal afluência de recursos, as decisões tomadas pelo Estado e o passo marcado pela urgência do envolvimento nos conflitos armados parecem ter catabolizado o crescimento econômico.¹¹⁸

Nesse contexto, foram criadas agências para regular preços (*Office of Price Administration and Civilian Supply*, 1940), para fornecer informações (*Office of Emergency Management*, 1940), para adquirir e subsidiar produtos de base (*Metals Reserve Company*, 1940), para subsidiar setores estratégicos (*Defense Plant Corporation*, 1940), e para controlar a contratação e produção de produtos de defesa (*War Production Board*, 1942).¹¹⁹ Uma das diversas agências governamentais, a WPA,¹²⁰ foi responsável por investimentos na construção e renovação de aeroportos, quilômetros de rodovias, milhares de parques, estruturas de lazer, escolas e outras instalações públicas.¹²¹ Outros exemplos de movimento similar podem ser vistos mais à frente (1974), ainda que em um contexto político diverso, como a criação do *Office of Federal Procurement Police*.

No Brasil, Juscelino Kubitschek estabeleceu o Plano de Metas de seu governo na intenção de fazer o que se faria em “cinquenta anos em cinco”. A construção de Brasília, a nova capital federal, foi símbolo do relativo sucesso do plano. Ainda que não tenha induzido um ciclo duradouro de desenvolvimento, as ações desenvolvimentistas de Kubitschek lograram êxito em alterar o perfil industrial nacional. O plano era ambicioso, prevendo 31 metas no total, mas 73% eram direcionadas às metas 5 e 7, curiosamente, aquelas de maior interesse dos empreiteiros nacionais: eram as metas relacionadas a energia e transporte; a meta inicial de implementar 10 mil quilômetros de rodovias foi significativamente superada, tendo sido construídos mais de 12 mil quilômetros de estradas.¹²² O País deixou a predominância de indústrias mais tradicionais (têxtil e alimentícia) para assumir plantas industriais mais modernas (metalurgia, por exemplo).¹²³

got down, the Axis powers will control the continents of Europe, Asia, Africa, Australasia and the high seas. In: BAISDELL, Bob (Ed.). **Great Speeches of the Twentieth Century**. Mineola, NY: Dover Publications, 2011, p. 61-70.

¹¹⁸ LIND, Michael. **Land of Promise: An economic history of United States**, p. 8.

¹¹⁹ ROCKKOFF, Hugh. **America's Economic Way of War**, posição 3328.

¹²⁰ Works Progress Administration que depois passou a se chamar Works Projects Administration em 1939.

¹²¹ HILTZIK, Michael. **The New Deal**, p. 421

¹²² CAMPOS, Pedro Henrique Pedreira. **Estranhas Catedrais**, p. 60-61.

¹²³ MENDONÇA, Sonia Regina. **Estado e economia no Brasil: Opções de desenvolvimento**. Rio de Janeiro: Graal, 2002, p. 52 a 55.

Neste período, consolidou-se, ao menos no ramo da construção civil pesada, uma divisão de funções entre Estado – que passou a se limitar ao seu papel de contratante – e a iniciativa privada.¹²⁴ No entanto, a política de incentivo à industrialização após os anos 1940 foi efetivada por meio de instrumentos cambiais, creditícios e fiscais, o que levou a uma intensa concentração de renda e à criação de uma capacidade ociosa.¹²⁵ Um olhar mais acurado mostra que “a despeito do tom nacionalista, as políticas governamentais estimularam os investimentos estrangeiros na indústria, basicamente, através da regulamentação das taxas de câmbio e das tarifas alfandegárias, além das políticas comerciais.”¹²⁶

O estímulo aos investidores estrangeiros pode, entretanto, não ter sido deliberado. Celso Furtado leciona que o desenvolvimento do processo de industrialização se dá em duas fases: na primeira, há a introdução de novos produtos ou processos de produção (o que é essencial para ciclos duradouros de crescimento); a segunda, há a difusão do uso dos produtos, o que torna viável a economia de escala. As empresas nacionais teriam dificuldades em bancar o custo da tecnologia produtiva e auferir lucros adequados, o que favoreceu a dinâmica de negócio das empresas estrangeiras.¹²⁷

Tal fato, por exemplo, correlaciona-se com a necessidade de uma política direcionadas às empresas nacionais no âmbito das contratações públicas já que o subdesenvolvimento aparece não só como condição decorrente de certos limites, mas como a própria estrutura limitadora da superação da condição de subdesenvolvido.¹²⁸ O modelo de industrialização por substituições de importação,

¹²⁴ CAMPOS, Pedro Henrique Pedreira. **Estranhas Catedrais**, p. 59.

¹²⁵ FURTADO, Celso. **Economia do desenvolvimento**: curso ministrado na PUC-SP em 1975. Rio de Janeiro: Contraponto, 2008, p. 112.

¹²⁶ NUNES, Edson de Oliveira. **A gramática política do Brasil**: Clientelismo, corporativismo e insulamento burocrático. 4. ed. Rio de Janeiro: Garamond Universitária, 2010, p. 142.

¹²⁷ FURTADO, Celso. **Economia do desenvolvimento**: curso ministrado na PUC-SP em 1975. Rio de Janeiro: Contraponto, 2008, p. 112-113.

¹²⁸ Celso Furtado consigna que “Do ponto de vista do empresário de país subdesenvolvido, não somente a tecnologia se apresenta como uma variável independente – sendo os equipamentos importados de produtos altamente industrializados – mas também a própria forma de desenvolvimento do setor industrial de uma economia subdesenvolvida, seguindo a linha da substituição de importações, leva-o à adoção de uma tecnologia compatível com a estrutura de custos e preços similar à que prevalece no mercado internacional de manufaturas. É específica do subdesenvolvimento essa falta de correspondência entre disponibilidade de recursos e fatores e as combinações destes requeridas pela tecnologia que está sendo absorvida. (...) o subdesenvolvimento é por si mesmo um desequilíbrio no nível dos fatores – o qual reflete um desajustamento entre a disponibilidade de fatores e a tecnologia que está sendo absorvida, razão pela qual se torna impossível alcançar concomitantemente a utilização plena do capital e da mão de obra.”

juntamente com a conjuntura política polarizada, apresentou esgotamento no final da década de 1960, mais precisamente em 1964. Surge aí um “pacto autoritário-modernizante”, levado a cabo pela ditadura civil-militar instaurada naquele ano. As taxas de crescimento do PIB entre 1968 e 1973 mantiveram-se próximas a 10%.¹²⁹

Aqui parece residir uma das diferenças marcantes entre as posturas jurídico-econômicas de Brasil e dos Estados Unidos. Grosso modo, a administração pública brasileira da primeira parte do século XIX tem viés intervencionista, ainda que com vistas ao desenvolvimento, mas com forte ação do Estado brasileiro, diretamente ou por seus braços empresariais ou autárquicos, como provedor de serviços e bens dentro dos processos produtivos. A Companhia Siderúrgica Nacional, a Vale (1942) e a Petrobras (1953), por exemplo, são criadas em razão da equação criada pelo pacto desenvolvimentista desse período. A Inspetoria de Obras Contra a Seca (Inocs),¹³⁰ organismo estatal, era, em 1945, a maior construtora do Brasil.¹³¹

De outra parte, a estrutura estatal norte-americana foi ampliada para coordenar as ações do próprio Estado (a exemplo do *Office of Emergency Management*, ou do *Office of Federal Procurement Policy*) ou coordenar ou executar as interações entre Estado e mercado (a exemplo da *War Production Board*), limitando-se essas interações ao fomento e à aquisição. A dinâmica estadunidense deu-se a partir de uma concepção de mutualismo entre mercado e Estado, em que ambos se tomam parceiros da promoção de bem-estar (e não como antagonistas de um processo mutuamente predatório).¹³² Muitas das atuais agências estatais americanas existentes têm raízes nesse complexo sistema,¹³³ embora tenham sido inicialmente criadas para responder fundamentalmente às emergências de crise e guerra.

O regime de compras do Estado norte-americano, aliado aos mecanismos de controle de mercado implementados pela administração, claramente durante o período pós- crise de 1929 e a Segunda Guerra Mundial, acarretou a saturação de

FURTADO, Celso. Desenvolvimento e subdesenvolvimento. 5. ed. Rio de Janeiro: Contraponto Editora, 2009, p. 173-174.

¹²⁹ BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. Os três ciclos da sociedade e do estado...

¹³⁰ Transformada em Departamento Nacional de Obras Contra a Seca.

¹³¹ CAMPOS, Pedro Henrique Pedreira. **Estranhas Catedrais**, p. 50.

¹³² HILTZIK, Michael. **The New Deal**, p. 423

¹³³ ROCKKOFF, Hugh. **America's Economic Way of War...** Posição 3339.

capacidades produtivas ociosas por conta do processo recessivo iniciado no final da década de 1920, a profunda adaptação dos parques produtivos existentes (boa parte das plantas fabris veiculares dos Estados Unidos foi adaptada para produzir veículos militares) e, por fim, a expansão do mercado afluente dos produtos necessários à “economia de guerra”,¹³⁴ sem o desatendimento de toda a população não envolvida no conflito.

No Brasil, a indústria ainda era nascente, tendo o Estado optado por aportar diretamente no ciclo produtivo de diversos setores de mercado, considerados estratégicos: noção ainda preservada no plano jurídico nos dias de hoje;¹³⁵ e incentivar a formação do parque industrial por meio de subsídios às empresas. Durante a crise, a demanda agregada criada pelo Estado foi direcionada à aquisição de produtos agrícolas, ainda ligados ao modelo econômico colonial. Nos Estados Unidos, compras públicas, especialmente as direcionadas à indústria da Defesa, abriram um segmento próprio de mercado, estabelecendo, por si só, uma demanda agregada ao mercado direcionado à população. Há, entretanto, uma conexão entre ambos os segmentos, na medida em que é o Estado tem relevante papel empreendedor, por meio do investimento em inovação,¹³⁶ sendo esta fundamental para a primeira fase do processo de industrialização.

Tomemos como exemplo o desenvolvimento de um novo avião de combate, um produto de interesse do Estado estadunidense, demandado do mercado interessado. Parece evidente que, embora a população não se beneficie diretamente deste produto, toda a tecnologia embarcada, materiais e técnicas de construção podem ser, de algum modo, aproveitadas em uma aeronave comercial ou de uso civil. O fato de uma das segunda maior contratada dos Estados Unidos da América (Boeing) ser uma das maiores fabricantes mundiais de aeronaves reforça essa impressão.¹³⁷

¹³⁴ LIND, Michael. **Land of Promise**: An economic history of United States. p 8.

¹³⁵ O Art. 173 da atual constituição federal preconiza que a atuação do Estado na exploração de atividade econômica é excepcional e amparado “nos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo” – em outras palavras: **no interesse público**.

¹³⁶ MAZZUCATO, Mariana. **O Estado empreendedor**: desmascarando o mito do setor público vs. setor privado. Tradução de Elvira Serapicos. São Paulo: Portfolio-Penguin, 2014. p. 109.

¹³⁷ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Federal. U.S. General Services Administration Federal Government. **The top 100 contractors Report**: Fiscal Year 2017. Washington, 2018. Disponível em: <https://www.fpds.gov/downloads/top_requests/Top_100_Contractors_Report_Fiscal_Year_2017.xlsx>. Acesso em: 05 jun. 2018.

O modelo adotado pelo Brasil parece ter criado uma iniciativa privada que é, em muitas maneiras, dependente dos mecanismos estatais de fomento, sem o estabelecimento de padrões claros e contundentes de contrapartida já que é necessário considerar que “todo modelo econômico interventivo reverbera na atuação empresarial”.¹³⁸ O Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES) surgiu em 1952, é responsável por injetar anualmente na economia valores superiores ao arrecadado pelas empresas por meio da emissão de debêntures.¹³⁹

De outro lado, o amadurecimento da consciência nacional brasileira para o efetivo conceito de desenvolvimento parece, entretanto, ser tardio se comparado ao estadunidense, o que se observa pela amplitude dada aos programas de desenvolvimento dos países objeto de comparação. As ações do nacional desenvolvimentismo brasileiro são direcionadas ao oferecimento de infraestrutura para a maximização do mercado nacional e industrialização do País, seja pela intervenção direta do Estado por meio de empresas públicas, seja pela interação com o mercado.

Exemplo é dado pelo plano de metas de Juscelino Kubistchek. Os integrantes do governo consideraram que os resultados do plano foram um sucesso: várias metas foram superadas (como a construção de rodovias e de geração de energia), houve aumento significativo da atividade em outros setores estruturantes, como refino de petróleo, produção de aço e um aumento geral da capacidade industrial nacional entre 1955 e 1959.¹⁴⁰ As metas para a educação e alimentação, justamente aquelas com maior cunho social, isto é, direcionadas a mecanismos de desenvolvimento alheios (ou pelo menos não diretamente relacionados) aos econômicos não foram atingidas.¹⁴¹

O Plano de Metas, entretanto, “significou, sobretudo, reduzir o desenvolvimento econômico apenas à industrialização, sem se preocupar com a

¹³⁸ RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; ALVES, G. R. R. Desenvolvimento e Reforma Institucional: Os Exemplos do BNDES e das Sociedades Estatais no Brasil. In: SILVEIRA, Vladimir Oliveira da; SANCHES, Samyra Naspolini; COUTO, Monica Bonetti (Org.). **Direito e Desenvolvimento no Brasil do Século XXI**. Ipea: Brasília, 2013, v. 1, p. 151-176.

¹³⁹ SCHAPIRO, Martin. Repensando a relação entre estado, direito e desenvolvimento: os limites do paradigma Rule of Law e a relevância das alternativas institucionais. **Revista direito GV**, São Paulo, p. 213-252, jan.-jun. 2010.

¹⁴⁰ CAMPOS, Pedro Henrique Pedreira. **Estranhas Catedrais...** p 61.

¹⁴¹ CAMPOS, Pedro Henrique Pedreira. **Estranhas Catedrais...** p 61.

emancipação econômica ou com muitas questões políticas sufocadas pelo tecnicismo”.¹⁴² O Brasil parece ter esquecido que o sentido da prosperidade (ou o progresso, como prefere nossa bandeira nacional) não se limita ao acesso a bens e serviços, sendo igualmente importante a segurança proporcionada pelo regime de pleno emprego e o senso de pertencimento contributivo ao conjunto de esforços do país.¹⁴³

Além disso, nas economias como a brasileira, onde há grave desigualdade de renda, a segunda fase do desenvolvimento industrial, citada por Celso Furtado fica prejudicada, freando o processo de desenvolvimento.¹⁴⁴ A abordagem brasileira criou uma economia dinâmica, integrada, mas fortemente voltada ao mercado interno, com baixa capacidade de competitividade internacional e controlado por grupos internacionais.¹⁴⁵ É possível observar neste trecho da estrada histórica que o Brasil superou, ainda que tardiamente em relação à experiência norte-americana, as estruturas produtivas coloniais, passando o Estado a assumir um papel central no “nacional-desenvolvimentismo”.¹⁴⁶ O custo do ciclo iniciado na segunda metade do século XX, entretanto, foi um processo de concentração de renda e a assunção o surgimento de uma tecnocracia (civil e militar) que passa a controlar o Estado.¹⁴⁷

No século XIX o Estado americano equilibrava a fabricação de bens com a aquisição por fornecedores, muito em razão do domínio tecnológico que detinha nas fases iniciais da industrialização do país: realidade que mudou durante o século XX, com a inversão da assimetria tecnológica anteriormente verificada.¹⁴⁸ O fato é resultado de um processo deliberado de *outsourcing* de bens e serviços implantado pelo Estado desde o início do século, com forte esteio no modelo de contratações públicas adotadas.

Para além, a ideia de Estado de bem-estar social, bem representado pelas ações do *New Deal*, revelam a preocupação contundente com ações públicas de

¹⁴² VIEIRA, Evaldo. **A república brasileira 1951-2010: de Getúlio a Lula**. São Paulo: Cortez, 2015. p 119.

¹⁴³ ROCKKOFF, Hugh. **America's Economic Way of War...** Posição 2529-2531.

¹⁴⁴ FURTADO, Celso. **Economia do desenvolvimento**: curso ministrado na PUC-SP em 1975. Rio de Janeiro: Contraponto, 2008. p 113.

¹⁴⁵ FURTADO, Celso. **Economia do desenvolvimento**: curso ministrado na PUC-SP em 1975. Rio de Janeiro: Contraponto, 2008. p 112.

¹⁴⁶ FURTADO, Celso. **Desenvolvimento e subdesenvolvimento**. 5. ed. Rio de Janeiro: Contraponto Editora, 2009, p 213-215.

¹⁴⁷ BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. **O ESTADO NA ECONOMIA BRASILEIRA. Ensaio de Opinião**, São Paulo, v. 4, n. 2-2, p.16-23, 1977.

¹⁴⁸ YUKINS, Christopher R.. **The U.S. Federal Procurement System: An Introduction...**

caráter social, mediante investimento para a ampliação de outros aspectos da qualidade de vida não ligados ao emprego e renda por meio do trabalho. Outro fato relevante é, sem sombra de dúvidas, a estabilidade democrática dos EUA, mesmo diante de períodos agudos de crise (1929, por exemplo), principalmente quando contraposta à fragilíssima democracia brasileira. Entre governos militares, ditadores e *impeachments*, dos 126 anos da República, apenas 12 dos 36 governantes foram eleitos diretamente e terminaram o mandato: se o recorte temporal iniciar em 1926, o início do prelúdio do período desenvolvimentista nacional, o número cai para 5.¹⁴⁹

No Plano internacional, as proposições inseridas na Declaração sobre Direito ao Desenvolvimento de 1986, da Organização das Nações Unidas, mostram que a preocupação da fixação do desenvolvimento como um direito individual fundamental transpassa as células do Estados Nacionais. Tal norma, “reconhecendo que a criação de condições favoráveis ao desenvolvimento dos povos e indivíduos, é a responsabilidade primária de seus Estados”,¹⁵⁰ ajuda a reconhecer as figuras estatais como responsáveis pela promoção do Direito ao Desenvolvimento, bem como a definir que os Estados Nacionais são uma célula metodologicamente válida para a aplicação do método comparativo.

O momento histórico de elaboração da Carta Constitucional de 1988, muito embora permeado pelos anseios de uma frutífera redemocratização do Brasil, era, no mínimo, de uma certa turbacão social. O processo intentava direcionar o País para um regime democrático que deve ser compreendido longe da ingenuidade primária de que os períodos históricos de evolução político-institucional do Brasil são absolutamente estanques.¹⁵¹ O texto constitucional vigente refletiu um momento histórico do País em que, em um curto período, se manifestaram aspectos de crises já vividas anteriormente na economia, na democracia e na sociedade.¹⁵²

¹⁴⁹ Eurico Gaspar Dutra, Juscelino Kubitschek, Luiz Inácio Lula da Silva, Fernando Henrique Cardoso e Dilma Rousseff (seu primeiro mandato).

¹⁵⁰ UNITED NATIONS GENERAL ASSEMBLY. **Declaration On The Right To Development**. New York, Seção 97. Disponível em: <<http://www.un.org/documents/ga/res/41/a41r128.htm>>. Acesso em: 10 abr. 2017.

¹⁵¹ CODATO, Adriano Nervo. Uma história política da transição brasileira: da ditadura militar à democracia. **Revista de Sociologia e Política**. 2005, n.25, pp. 83-106.

¹⁵² Edson de Oliveira explica que “Tal como em 1930, o Brasil de 1984 teve de enfrentar severos obstáculos internacionais. Tal como em 1945, o Brasil da década de 80 teve que enfrentar o desafio de criar um sistema partidário forte e representativo e um Congresso forte. Tal como em 1964, o Brasil teve de enfrentar uma profunda crise econômica e uma insatisfação popular. Num certo sentido, a transição dos anos 80, contém, em si própria – magnificada pela escala do País -, um

Não é exagero apontar que “o que caracteriza uma sociedade como a do Brasil são exatamente as discontinuidades apresentadas em várias áreas da vida social, econômica e política.”¹⁵³ Talvez por tal motivo, diferentemente da concisa Constituição estadunidense, a Constituição Federal de 1988, desde o preâmbulo e passando por diversos dispositivos, assegura posição constitucional ao direito ao desenvolvimento nos mais diversos campos das atividades e necessidades humanas. Da leitura do texto constitucional brasileiro, extrai-se que o Estado é sujeito ativo na promoção do plexo de direitos fundamentais, corolários e consectários lógicos da promoção do direito ao desenvolvimento, sendo este valor supremo e objetivo da República.¹⁵⁴ Percebe-se, tanto no plano internacional quanto na Constituição Federal brasileira de 1988 e na Constituição americana, o estabelecimento de fundamentos jurídicos para que o Estado se preocupe, reconheça e promova o desenvolvimento, não somente econômico, enquanto imperativo jurídico.

Analisar momentos históricos a partir de então é verificar a ocorrência de movimentos sistólicos e diastólicos das políticas econômicas que não constituem guinadas históricas que afetem de sobremaneira o modelo da contratação pública, enquanto instrumento para o desenvolvimento. O final da década de 1970 e a década de 1980 nos Estados Unidos,¹⁵⁵ tendo efeitos caudatários na década de 1990 no Brasil, foram marcados pelos movimentos liberais (ou neoliberais) caracterizados pela redução da participação do Estado no cenário social.¹⁵⁶ Ronald Reagan, eleito presidente estadunidense em 1980, tendo declarado que “o governo não é a solução para o nosso problema. (...) o governo é o problema”, levou a cabo a estratégia de reduzir o peso do Estado na economia, por meio da redução da carga tributária (não sem a consequência de multiplicar a dívida americana).¹⁵⁷ A aplicação da política de downsizing estatal no Brasil, a pretexto de garantir uma

pouco de todas as crises e transições passadas.” (NUNES, Edson de Oliveira. **A gramática política do Brasil...** p. 170.)

¹⁵³ NUNES, Edson de Oliveira. **A gramática política do Brasil...** p. 50.

¹⁵⁴ FOLLONI, André. A complexidade ideológica, jurídica e política do desenvolvimento sustentável e a necessidade de compreensão interdisciplinar do problema. **Revista Mestrado em Direito (UNIFIEO)**, v. 41, p. 63-91, 2014. Disponível em: <http://www.andrefolloni.com.br/fotos/1426543042_863-3210-1-PB.pdf>. Acesso em: 28 de dez. 2015.

¹⁵⁵ LIND, Michael. **Land of Promise: An economic history of United States**. p. 363.

¹⁵⁶ BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. O Estado na Economia Brasileira...

¹⁵⁷ DAVIDSON, James West. **Uma Breve História dos Estados Unidos**. Tradução de Janaína Marco Antonio. 2 ed. Porto Alegre: LP&M, 2016, p. 292.

estrutura estatal mais governável,¹⁵⁸ levou a um cenário de agravamento da miséria e de desmantelamento das políticas sociais.¹⁵⁹

Os países atualmente desenvolvidos, incluídos aí os Estados Unidos, têm um passado de subsídios e investimentos em sua economia, seja em infraestrutura, seja na manufatura em si, e os “*países bem-sucedidos são, tipicamente, os que se mostraram capazes de adaptar o foco de suas políticas às mudanças da situação*”.¹⁶⁰ O que se verifica é que, longe de fazerem justiça à imagem de liberal, os EUA têm um Estado com largo histórico de intervenção na ordem econômica, inclusive de forma direta, ora como gerador de produtos de interesse nacional, passando a atuar, especialmente ao longo do século XX, como demandante de soluções de mercado não apenas para suas necessidade mínimas, mas como política desenvolvimentista realizada de maneira consciente e coordenada. As políticas públicas estadunidenses, aí incluídas as contratações públicas, em diversos momentos históricos, foram além da mera posição de espectador confiante da atuação do mercado, restando evidente que, “política industrial não é alheia à tradição americana. É a tradição americana.”¹⁶¹

1.3. A formação dos modelos contemporâneos de contratações públicas

A primeira legislação brasileira a tratar de forma mais específica de mecanismos procedimentais para a contratação pública é o Decreto nº 2.926, de 14 de maio de 1862, que “aprova o regulamento para as arrematações dos serviços a cargo do Ministério da Agricultura Commercio e Obras Públicas”.¹⁶² A norma teve como foco os aspectos procedimentais para o oferecimento de propostas ao ente público e de gestão contratual, dedicando-se de maneira visível a regular as licitações de obras. Embora não seja possível verificar de seu texto maior

¹⁵⁸ BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. **Reforma do Estado para a cidadania**. São Paulo: Ed. 34, 1998, p. 33.

¹⁵⁹ SOARES, Laura Tavares Ribeiro. **Ajuste neoliberal e desajuste social na América Latina**. Petrópolis: Vozes, 2001, p. 180.

¹⁶⁰ CHANG, Ha-joon. **Chutando a escada: A estratégia do desenvolvimento em perspectiva histórica**. São Paulo: Unesp, 2004. Tradução de Luiz Antônio Oliveira. P. 35.

¹⁶¹ No original: “Industrial policy is not alien to the American tradition. It is the American tradition.” LIND, Michael. **Land of Promise: An economic history of United States**, p. 465

¹⁶² BRASIL. **Decreto nº 2.926, de 14 de maio de 1862**. Approva o Regulamento para as arrematações dos serviços a cargo do Ministerio da Agricultura, Commercio e Obras Publicas. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-2926-14-maio-1862-555553-publicacaooriginal-74857>>. Acesso em: 12 de fevereiro de 2018.

preocupação do uso deste instrumento para a promoção do desenvolvimento nacional, os 39 artigos de tal normal a fazem “efetivamente a legislação percussora a minudenciar a forma de se fazerem licitações, então denominada arrematação”.¹⁶³

Edson de Oliveira Nunes leciona que “o domínio público é regulado por normas e instituições baseadas no universalismo de procedimentos, isto é, normas que podem ser formalmente utilizadas por todos os indivíduos da *polity*, ou a eles aplicadas”.¹⁶⁴ O insistente descompasso brasileiro com os instrumentos democráticos é traduzido também na despreocupação com a normatização do tema de maneira sistemática.

Nos Estados Unidos, no emblemático caso das ferrovias, as ações estatais deram-se por meio essencialmente da doação de terras da União às companhias ferroviárias.¹⁶⁵ As entidades subnacionais se utilizavam de figuras estatais, inclusive empresas de economia mista, ou empreendimentos diretos para a execução das obras.¹⁶⁶ Mas é relevante notar que “a história do sistema federal de licitações dos Estados Unidos tem, em muitas maneiras, sido moldada por conflitos armados”.¹⁶⁷ A proximidade entre o Congresso e o sistema de licitações é outro dos exemplos de traços relevantes que podem ser identificados desde a guerra da Independência americana.¹⁶⁸ Talvez por isso, a regulação mais antiga – cuja norma, incorporada à legislação contemporânea, subsiste – proíbe membros do Congresso de se beneficiar direta ou indiretamente de contratos públicos.¹⁶⁹

Depois do conflito, o Estado adotou medidas para aumentar a produção doméstica,¹⁷⁰ sendo a produção direta de bens, especialmente armas, a ferramenta

¹⁶³ SCARPINO JUNIOR, Luiz Eugenio. As licitações diferenciadas na Lei Geral da Micro e Pequena Empresa, princípios da isonomia e economicidade nas contratações públicas. **Fórum de Contratação e Gestão Pública — FCGP**, Belo Horizonte, ano 8, n. 90, jun. 2009. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=57772>>. Acesso em: 02 fev. 2018.

¹⁶⁴ NUNES, Edson de Oliveira. **A gramática política do Brasil...** p. 41.

¹⁶⁵ MOARES, Reginaldo C.; SILVA, Maitá de Paula e. **O peso do Estado na Pátria do Mercado...** p. 31

¹⁶⁶ MOARES, Reginaldo C.; SILVA, Maitá de Paula e. **O peso do Estado na Pátria do Mercado...** p. 20

¹⁶⁷ No original: “The history of the federal procurement system in the United States has, in many ways, been shaped by armed conflict.” (YUKINS, Christopher R. The U.S. Federal Procurement System: An Introduction. **Procurement Law Journal**, Washington (dc), p.69-93, 2017. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3063559>>. Acesso em: 20 jan. 2018.)

¹⁶⁸ YUKINS, Christopher R.. The U.S. Federal Procurement System: An Introduction...

¹⁶⁹ KEENEY, Sandy. The Foundations of Government Contracting...

¹⁷⁰ KEENEY, Sandy. The Foundations of Government Contracting. **Journal of Contract Management**, [n.i.], p.7-19, 2017. Disponível em: <http://www.ago.noaa.gov/acquisition/docs/foundations_of_contracting_with_the_federal_government.pdf>. Acesso em: 15 fev. 2018.

utilizada pelo Estado norte-americano como mecanismo de independência nacional de fornecedores estrangeiros, resultando no atual consenso de necessidade de “segurança de suprimento”.¹⁷¹ A Lei de 3 de março de 1809 é a primeira norma procedimental acerca de licitações, estabelecendo a necessidade de publicidade formal antes do ato e criando um agente governamental (uma versão inicial do oficial de contratos) para contratação e gestão dos contratos.¹⁷² A este agente era delegada uma responsabilidade relevante e uma discricionariedade substancial, elemento presente até os dias atuais.¹⁷³

Note-se que as ocorrências identificadas em solo estadunidense conectam-se com as opções políticas e a realidade social dos Estados Unidos: a política inicial de ocupação territorial alinha-se com o investimento com a cessão dos bens; a liberdade dos Estados no ambiente federativo, com o papel mais ativo na abstinência da União; a opção pela democracia traz a cabo a preocupação com a probidade de seus representantes e a higidez do sistema representativo; a possibilidade de delegação aos oficiais nasce da existência de mão de obra qualificada, o que condiz com o nível de alfabetização estadunidense.

Em 1922, foi editado o Código de Contabilidade da União (Decreto nº 4.536, de 28 de janeiro de 1922), norma que fazia menção, ainda que de passagem, a regramentos concorrenciais para contratações públicas.¹⁷⁴ Por iniciativa de Getúlio Vargas, no intuito de promover a racionalização da Administração, tendo como diretrizes a centralização, a padronização e a coordenação, criou em 1931 a Comissão Central de Compras, entidade que pavimentou o caminho para a posterior criação do Departamento de Administração do Serviço Público (Dasp).¹⁷⁵ A reforma administrativa então levada a cabo por Vargas dá início a um processo continuado de modernização do Estado, por meio da criação de agências direcionadas a se tornarem “ilhas de excelência”.¹⁷⁶ A esse fenômeno Edson de Oliveira Nunes deu o nome de “insulamento burocrático”, tendo sido desenhado para superar o modelo de

¹⁷¹ YUKINS, Christopher R. The U.S. Federal Procurement System: An Introduction...

¹⁷² KEENEY, Sandy. The Foundations of Government Contracting...

¹⁷³ YUKINS, Christopher R. The U.S. Federal Procurement System: An Introduction...

¹⁷⁴ SCARPINO JUNIOR, Luiz Eugênio. As licitações diferenciadas na Lei Geral da Micro e Pequena Empresa, princípios da isonomia e economicidade nas contratações públicas.

¹⁷⁵ NUNES, Edson de Oliveira. **A gramática política do Brasil...** p. 81.

¹⁷⁶ COSTA, Frederico Lustosa da. Brasil: 200 anos de Estado; 200 anos de administração pública; 200 anos de reformas.

administração patrimonialista até então vigente, especialmente por meio da fuga das influências políticas, isto é, da busca pela tecnicidade e da burocratização.¹⁷⁷

Os Estados Unidos, ainda sob a Presidência de Herbert Hoover, mais precisamente em 3 de março de 1933, surge aquela que vem a ser, ainda hoje, uma das legislações mais relevantes em termos de contratações públicas estadunidenses e a mais relevante em termos de conteúdo doméstico, o Buy American Act.¹⁷⁸ A lei determina que parcela substancial dos suprimentos para os entes públicos ou obras públicas deve ser produzida, manufaturada ou obtida em solo americano.¹⁷⁹ A adoção do Buy American Act, em resumo, torna regra a aquisição de bens e outros insumos de origem nacional nas aquisições do governo federal americano e pelos primeiros 20 anos de vigência da legislação a porcentagem para que fosse considerado “substancial” era de 75% (setenta e cinco por cento) do valor agregado do produto adquirido pelo Estado norte-americano.

A intenção declarada e mais evidente é a proteção de postos de trabalho e das empresas instaladas em solo americano.¹⁸⁰ O substrato político para a alteração legislativa, especialmente nos debates no Congresso, não se circunscreveu apenas às questões econômicas atinentes às políticas de resposta à grave crise econômica, mas permeou também questões mais subjetivas, sendo a aquisição de produtos *made in America* não só uma opção a ser tomada em razão de protecionismo, mas uma questão de “orgulho nacional”.¹⁸¹

¹⁷⁷ NUNES, Edson de Oliveira. **A gramática política do Brasil... p. 36.**

¹⁷⁸ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Kate M. Manuel. Congressional Research Service. **The Buy American Act: Preferences for “Domestic” Supplies: In Brief.** Washington Dc, 2016. (CRS R43140). Disponível em: <<https://fas.org/sgp/crs/misc/R43140.pdf>>. Acesso em: 10 nov. 2017.

¹⁷⁹ A norma estatui que “only unmanufactured articles, materials, and supplies that have been mined or produced in the United States, and only manufactured articles, materials, and supplies that have been manufactured in the United States substantially all from articles, materials, or supplies mined, produced, or manufactured in the United States, shall be acquired for public use unless the head of the department or independent establishment concerned determines their acquisition to be inconsistent with the public interest or their cost to be unreasonable”. (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Título nº 41, §§ 8.301-8.305. Buy American Act. **United States Code.** Washington, DC. Disponível em: <<http://uscode.house.gov/browse/prelim/@title41&edition=prelim>>. Acesso em: 03 out. 2017.). A tradução a expressão “parcela substancial”, à primeira vista, pode parecer não ser a mais adequada. Entretanto, note-se que a opção pela tradução literal (“substancialmente tudo”) carece de sentido lógico em português, eis que a expressão “tudo” é indicativa de ideia incompatível coma gradação proposta.

¹⁸⁰ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Kate M. Manuel. Congressional Research Service. **The Buy American Act: Preferences for “Domestic” Supplies: In Brief.**

¹⁸¹ A HIRSCHMAN, Keith. The costs and benefits of maintaining the buy American. 1998. 89 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Master Of Science In Management, Naval Postgraduate School, Monterey (CA), 1998. Disponível em: <<http://www.dtic.mil/dtic/tr/fulltext/u2/a350159.pdf>>. Acesso em: 17 jan. 2018.

No Brasil, o Decreto-Lei nº 200/67, marco normativo relevante da história do direito administrativo nacional, sistematizou melhor as licitações e contratos públicos,¹⁸² fixando que as compras estatais deveriam ser pautadas “no interesse do serviço público, as condições de qualidade, rendimento, preços, condições de pagamento, prazos e outras pertinentes”.¹⁸³ Desde então, assentou-se no direito administrativo brasileiro cinco das sete modalidades de licitação existentes hoje no direito brasileiro,¹⁸⁴ normatizando uma capilaridade maior no processo decisório relacionado às contratações públicas.

A norma “estabeleceu como linha diretiva que a administração casuística, assim entendida a decisão de casos individuais, compete, no nível de execução, em princípio, especialmente aos serviços de natureza local, que estão em contato com os fatos e com o público”¹⁸⁵, afastando-se do modelo burocrático proposto na primeira metade do século XX em direção a um modelo de administração gerencial, pautada pelo maior compromisso com o resultado das ações do Estado: movimento que teria sido revertido pela Constituição Federal de 1988.¹⁸⁶ Embora o termo “licitação” tenha sido introduzido no mundo jurídico brasileiro pela Lei nº 4.401, de 10 de novembro de 1964, somente o Decreto-lei nº 2.300/86 veio a dar tratamento sistematizado à disciplina das licitações públicas e contratos administrativos. É essa norma que inaugura a expressão consagrada de que “a licitação destina-se a selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração”,¹⁸⁷ sendo revogada

¹⁸² CAMPOS, Gabriel de Brito. O sistema de registro de preços e o reequilíbrio econômico-financeiro do contrato. **Fórum de Contratação e Gestão Pública - FCGP**, Belo Horizonte, ano 1, n. 4, abr. 2002. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=6735>>. Acesso em: 21 jan. 2018.

¹⁸³ BRASIL. **Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967**. Dispõe sobre a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa e dá outras providências. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 27 fev. 1967 (complemento). Art. 133.

¹⁸⁴ São elas: convite, tomada de preços, concorrência, concurso e leilão.

¹⁸⁵ JACOBY FERNANDES, Jorge Ulisses. **Contratação direta sem licitação**: dispensa de licitação; inexigibilidade de licitação; procedimentos para a contratação sem licitação; justificativa de preços; inviabilidade de competição; emergência; fracionamento; parcelamento; comentários às modalidades de licitação, inclusive o pregão: procedimentos exigidos para a regularidade da contratação direta. 10. ed. rev. atual. ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2016. P. 590.

¹⁸⁶ BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. Da Administração Pública Burocrática à Gerencial. **Revista do Serviço Público**, Brasília, v. 1, n. 47, p. 1-28, maio 1996. Disponível em: <<http://www.bresserpereira.org.br/papers/1996/95.AdmPublicaBurocraticaAGerencial.pdf>>. Acesso em: 02 dez. 2017.

¹⁸⁷ BRASIL. Decreto-lei nº 2.300, de 21 de novembro de 1986. **Dispõe Sobre Licitações e Contratos da Administração Federal e Dá Outras Providências**. Brasília, DISTRITO FEDERAL, 25 nov. 1986. Revogado pela Lei nº 8.666, de 21.6.1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2300-86.htm>. Acesso em: 10 fev. 2018.

posteriormente pela Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, a norma geral de licitações ainda vigente no país.

A legislação acerca das compras públicas americanas começou seu desenvolvimento mais relevante na década de 1960, mas somente na década de 1980 ganhou os contornos que possui atualmente.¹⁸⁸ O marco normativo que precisa ser destacado nesta década é a entrada em vigor do Federal Acquisition Regulation (FAR), norma que estabelece o mais importante parâmetro regulamentar da matéria.¹⁸⁹ A importância do FAR sobrepõe característica do sistema normativo estadunidense que, em muito, contrasta com o nacional, qual seja: a existência de fontes normativas primárias fora do legislativo.¹⁹⁰

Entretanto, como se verá adiante, analisar o modelo atual de contratações públicas estadunidense é, em parte relevante, reconstruir a história do Estado contratante. As intervenções no sistema americano de compras destinaram-se a aperfeiçoar o que já existia, preservando normas (ainda que incorporadas a novos instrumentos normativos) existentes desde a independência do país, incorporando as diretivas de novos atos legislativos ou diretrizes do Government Accountability Office (GAO), órgão de controle criado ainda em 1920, mas que só teve a regularização da sua atuação em licitações em 1984.¹⁹¹

O Estado brasileiro, em virtude de seu evidente atraso na régua do desenvolvimento, teve de acelerar o passo da adoção de mecanismos institucionais adaptados à economia de mercado.¹⁹² Em contraste, a estrutura institucional estatal e social americana já vivia em um ambiente de mercado consolidado, mutualístico e cooperativo.¹⁹³ A regulamentação de algumas matérias no Brasil, dentre elas, a incipiente legislação e sistematização do sistema de compras públicas (através da central de compras), e a criação das “ilhas de eficiência”,¹⁹⁴ embora tenham sido supostamente erigidas com o móvel de eliminar o clientelismo e o patrimonialismo,

¹⁸⁸ DEES, C. S. **The Development of Modern Government Contract Law: A Personal Perspective**. Wolters Kluwer Law & Business, 2016, p. 8.

¹⁸⁹ CIBINIC JUNIOR, John; NASH JUNIOR, Ralph C.; YUKINS, Christopher R. **Formation of Government Contracts**. 4. ed. Washington, Dc: Wolters Kluwer, 2011. 1830 p. (George Washington University Law School, Government Contracts Program), p. 27.

¹⁹⁰ JAEGER-FINE, T. **American legal systems** : a resource and reference guide. Second Edition. Providence, NJ: LexisNexis, 2015, p. 10.

¹⁹¹ YUKINS, Christopher R.. The U.S. Federal Procurement System: An Introduction...

¹⁹² NUNES, Edson de Oliveira. **A gramática política do Brasil**, p 55.

¹⁹³ HILTZIK, Michael. **The New Deal**, p. 423

¹⁹⁴ COSTA, Frederico Lustosa da. Brasil: 200 anos de Estado; 200 anos de administração pública; 200 anos de reformas...

acabaram por ser desvirtuadas. De um lado, “o universalismo de procedimentos confere uma aura de modernidade e de legalidade pública ao sistema político e às instituições formais”,¹⁹⁵ enquanto o insulamento acarreta a diminuição do espectro das influências partidárias e populares na formulação de políticas públicas, tornando-a um campo eminentemente técnico.¹⁹⁶

A proteção democrática proporcionada pela burocracia, veiculando legitimação por meio do procedimento,¹⁹⁷ perde-se em meio ao contexto institucional ainda permeado por valores patrimonialistas e clientelistas. Exemplo claro é dado durante a implementação do plano de metas de Juscelino Kubitschek: o Departamento Nacional de Estrada de Rodagem (DNER) não utilizou procedimentos licitatórios para a seleção dos executores dos contratos, ficando a seleção a cargo do departamento, sob a alegação do elevado número de obras.¹⁹⁸

Ainda que se apontem elementos históricos para a submissão do Estado – com mais contundência, o Poder Executivo – à lei,¹⁹⁹ é de se perceber que existe uma lógica que serve de substrato ao uso do ordenamento jurídico como balizador da ação estatal, no intuito de promover igualdade e segurança jurídica não somente de maneira intersubjetiva, mas também intertemporal.²⁰⁰

Nos EUA, já no início do século XIX, tinha-se demarcada das características fundamentais entre os dois sistemas de contratação contrapostos: o princípio de que o Estado não é dotado de horizontalidade em relação ao contratado, devendo agir de boa-fé e com respeito ao ordenamento.²⁰¹ A discrepância entre a regulamentação das relações contratuais de direito privado e o tratamento dado ao Estado enquanto entidade contratante pelo ordenamento brasileiro, com a concessão de prerrogativas contratuais de maneira indiscriminada, configura claro acréscimo de risco e insegurança nas relações contratuais com travadas entre Estado e particulares, gerando uma “desconfiança sobre a eficácia e o próprio papel

¹⁹⁵ NUNES, Edson de Oliveira. **A gramática política do Brasil**, p. 63.

¹⁹⁶ NUNES, Edson de Oliveira. **A gramática política do Brasil**, p. 56.

¹⁹⁷ GABARDO, Emerson. **Princípio constitucional da eficiência administrativa**. São Paulo: Dialética, 2002, p. 41.

¹⁹⁸ CAMPOS, Pedro Henrique Pedreira. **Estranhas Catedrais**, p. 62.

¹⁹⁹ BARBOZA, Estefânia Maria De Queiroz. **A legitimidade democrática da jurisdição constitucional na realização dos direitos fundamentais sociais**. Curitiba, 2005, p. 184. Dissertação de Mestrado – Mestrado em Direito Econômico e Social, Pontifícia Universidade Católica do Paraná.

²⁰⁰ BALDWIN, Robert. **Rules and Government**. New York: Oxford Press, 2004. p. 11-13.

²⁰¹ YUKINS, Christopher R. The U.S. Federal Procurement System: An Introduction.

exercido pelo direito no Brasil”.²⁰² Ainda no cenário brasileiro, o desinteresse histórico pela regulação efetiva da matéria, em especial pelo Congresso Nacional brasileiro, e o pouco prestígio que a matéria parece merecer no âmbito social,²⁰³ faz com que as alterações na legislação sejam paulatinas e pontuais, sendo as mais representativas posteriores ao advento da Constituição Federal de 1988, compõe o cenário do presente da temática principal do presente trabalho, analisada mais adiante.

²⁰² RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; ALVES, G. R. R. Desenvolvimento e Reforma Institucional: Os Exemplos do BNDES e das Sociedades Estatais no Brasil.

²⁰³ PESTANA, Marcio. **Licitações Públicas no Brasil**: exame integrado das leis 8.666/93 e 10.520/2002. São Paulo: Atlas, 2013, p 2-5.

CAPÍTULO SEGUNDO

O CENÁRIO INSTITUCIONAL DAS CONTRATAÇÕES PÚBLICAS

2.1. A organização da Administração Pública: burocracia, política e centralidade do Direito

Ao menos nos países em que a Constituição é escrita, o Direito Constitucional é o ramo do Direito que as resolve e as grandes questões do Estado e da sociedade.²⁰⁴ Algumas temáticas da intimidade do Direito administrativo, todavia, tornaram-se paulatinamente objeto de tratamento pelas Constituições do século XX: forma federativa, as competências reservadas aos Poderes Executivo, Judiciário e Legislativo, bem como o mecanismo de fricção entre tais esferas (Freios e Contrapesos), são, entretanto, apenas a parte macroscópica de um desenho institucional que é muito mais complexo: a organização da estrutura do Estado.

No Brasil, o próprio texto constitucional cria diversos órgãos: o Poder Executivo, o Poder Judiciário, o Senado e a Câmara Federais, o Tribunal de Contas da União.²⁰⁵ É possível argumentar que a Constituição apenas efetua a repartição das funções estatais, mas é necessário observar que o texto constitucional estipula diretrizes para a estruturação de algumas dessas unidades orgânicas: número de magistrados de determinados tribunais,²⁰⁶ limites ou diretrizes à criação ou funcionamento das estruturas; e cria outras unidades orgânicas não atinentes à estrutura macroscópica da divisão de Poderes.²⁰⁷ À semelhança, é também no texto constitucional estadunidense que se vê constar a repartição macroscópica dos Poderes, bem como as competências dos órgãos mais elevados: Presidência, Casas

²⁰⁴ GINSBURG, Tom. Written constitutions and the administrative state: on the constitutional character of administrative law. In: ROSE-ACKERMAN, Susan; LINDSETH, Peter L. **Comparative Administrative Law**. Northampton, Ma, Usa: Edward Elgar Publishing Limited, 2013, p. 117.

²⁰⁵ Os citados órgãos tem sede nos seguintes artigos: art. 76, art. 92, art. 44 e art. 73 da Constituição Federal.

²⁰⁶ O artigo 104 da Constituição Federal, por exemplo, fixa o número mínimo de ministros que compõem o Superior Tribunal de Justiça. Tal informação não tem qualquer relevância pra macro-divisão de poderes do Estado nacional brasileiro.

²⁰⁷ A exemplo dos Conselhos da República e de Defesa Nacional, objetos dos artigos 89 a 91 da Constituição Federal Brasileira.

Legislativas Federais e Suprema Corte.²⁰⁸ Entretanto, o texto constitucional estadunidense não vai muito além: não há uma preocupação mais relevante com a microestrutura da administração ou mesmo com a criação de outros órgãos.

O fato de haver, ao menos em parte, uma estrutura estatal constitucional convergente dos dois países objeto de comparação, é uma tendência contemporânea, que pode ser expressão de algumas possíveis causas como, por exemplo, o fato de uma Constituição ser também um documento endereçado ao reconhecimento no âmbito internacional (como sinal de modernidade e de soberania); ou podem as similitudes entre os textos constitucionais ser um sinal de aprendizado coletivo da qualidade de determinado arranjo institucional; finalmente, podem ser simplesmente uma imitação.²⁰⁹

Os textos constitucionais dos países objeto de comparação, entretanto, devem ser vistos como produtos de seu tempo, sendo separados por dois séculos de alterações sociais e econômicas. Se feito em 1988, muito provavelmente o texto constitucional norte-americano não teria o mesmo perfil. Além, é necessário anotar que o Brasil é historicamente marcado por um constitucionalismo tutelar, isto é, pela legitimação da preponderância da institucionalidade do Estado sobre as demais formas de manifestação da sociedade, em virtude de sua representação clara e sólida (em contraposição à falta de forma própria da sociedade); de maneira oposta, no constitucionalismo estadunidense o Estado é legitimado a partir de uma intervenção que provoque o aperfeiçoamento das estruturas da sociedade, sendo este apenas um complemento da dinâmica social existente.²¹⁰

A maior presença dos elementos da burocracia estatal na Constituição de 1988, oriunda também de tal centralidade estatal, é um dos fatores que contribuem para sua extensão ampliada. O tamanho da Constituição Brasileira de 1988, que por vezes é até mesmo prolixa em seu texto, é também explicada pelo fenômeno da constitucionalização simbólica. A inclusão de determinado direito (ou determinada estrutura orgânica) no texto constitucional amplia seu peso, sua relevância. Tal ação

²⁰⁸ Constam da Sessão 1 do artigo segundo, sessão 1 do artigo primeiro e sessão 1 do artigo terceiro da Constituição dos Estados Unidos da América.

²⁰⁹ GINSBURG, Tom. Written constitutions and the administrative state: on the constitutional character of administrative law, p. 119.

²¹⁰ LOPES, Júlio Aurélio Vianna. **A carta de 1988 e a tradição Constitucional Brasileira.** Disponível em: <http://www.casaruibarbosa.gov.br/dados/DOC/artigos/kn/FCRB_JulioAurelioVianna_1988_e_o_ConstitucionalismoBrasileiro.pdf>. Acesso em: 15 jan. 2018.

tem o propósito de confirmar valores sociais ou demonstrar alguma capacidade de ação do Estado, utilizando-se do reconhecimento por meio da norma como um alibi, uma espécie de “estágio evolutivo” na concretização de determinado fim estatal, permitindo postergar a solução dos conflitos, pelo simples fato de assumir o compromisso de fazê-lo.²¹¹

Max Weber afirma que o desenvolvimento da administração burocrática constitui a célula germinativa do moderno Estado ocidental, como decorrência do advento do Estado de Direito, que maximiza a necessidade da racionalidade no exercício da superioridade estatal.²¹² O Direito administrativo nos Estados democráticos contemporâneos é, então, fruto da tensão de dois pensamentos: a necessidade de um corpo de servidores profissionais para a concretização dos propósitos do Estado direcionados ao interesse público; e a crença de que a legitimidade da autoridade pública decorre dos princípios liberais e democráticos.²¹³ A estrutura Constitucional é, assim, insuficiente para descrever a totalidade do desenho do Estado.

A expressão Administração Pública carrega um sentido próprio, fazendo referência “ao conjunto de entes e organizações titulares da função administrativa”.²¹⁴ A Constituição da República de 1988 traz expreso tratamento acerca do arranjo organizacional da Administração Pública brasileira, elegendo expressamente as formas jurídicas pelas quais o Estado se manifesta. É possível encontrar na doutrina nacional maior ou menor amplitude para essa classificação, especialmente para reconhecer uma gama maior de espécies de entidades da administração indireta,²¹⁵ mas passando ao largo das miudezas de tal debate, é possível encaixar dentro de cinco espécies todas as pessoas criadas pelo Estado nacional brasileiro para a realização de suas funções: órgãos, autarquias, fundações

²¹¹ NEVES, Marcelo. **A Constitucionalização Simbólica**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

²¹² WEBER, Max. **Economia e sociedade**: fundamentos de uma sociologia compreensiva. Tradução de Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. Brasília: UnB, 199, p. 146.

²¹³ BIGNAMI, Francesca. Comparative Administrative Law. In: BUSSANI, Mauro; MATTEI, Ugo. **The Cambridge Companion to Comparative Law**. Cambridge: Cambridge University Press, 2012, p. 145.

²¹⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 8. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 225.

²¹⁵ Marçal Justen reconhece a existência de pelo menos sete espécies de entidades da administração indireta. Três com personalidade jurídica de direito público: autarquias, fundações de direito público, consórcios públicos; e quatro com personalidades jurídica de direito privado: empresas públicas sociedades de economia mistas, fundações públicas, consórcios públicos privados e sociedades controladas. (JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo...** p. 235)

públicas, empresas estatais e consórcios públicos.²¹⁶ Ainda que se reconheçam subcategorias ou ainda caracteres específicos em relação a algumas entidades existentes no ecossistema brasileiro, tal classificação é suficiente e precisa para o propósito da presente pesquisa.

Os órgãos são manifestações da própria pessoa política (União, estados ou municípios), não sendo dotados de personalidade jurídica própria, consubstanciando-se em “unidades abstratas que sintetizam os vários círculos de atribuições do Estado”.²¹⁷ Embora, como apontado acima, o texto constitucional crie algumas estruturas orgânicas, a criação e extinção de órgão públicos e a estipulação ou detalhamento de suas competências e estrutura são matéria que tem a lei (em sentido estrito) como veículo normativo adequado para seu tratamento, conforme o artigo 88 da Constituição Federal brasileira.²¹⁸

Para além da estrutura orgânica, tem-se ainda um conjunto de pessoas jurídicas, ligadas ao Estado, classificadas de modo genérico como “Administração indireta”. A criação qualquer de suas espécies das entidades da administração indireta deve ser orientada para as circunstâncias das atividades às quais elas são destinadas a cumprir. Diante da exigência de uma maior descentralização para o tratamento de determinada matéria ou para a execução de uma atividade a cargo da Administração pública, “com melhor proveito para os destinatários da ação estatal”, deve ser criada tal ou qual entidade para assumir os encargos materiais relacionados.²¹⁹

As entidades autárquicas, primeira espécie verificável, são criadas com total submissão ao regime jurídico de direito público, “inclusive quanto aos atos e processos administrativos, licitações, contratações, bens, servidores,

²¹⁶ A previsão do órgão como estrutura administrativa está inscrita no artigo 88 da Constituição federal. No artigo 37, XIX, o texto constitucional preconiza que “somente por lei específica poderá ser criada autarquia e autorizada a instituição de empresa pública, de sociedade de economia mista e de fundação, cabendo à lei complementar, neste último caso, definir as áreas de sua atuação;”. O Art. 241 traz a previsão do consórcio público, delegando à lei a o poder para estabelecer caracteres específicos. A Lei nº 11.107, de 06 de abril de 2005, trás as normas gerais para a contratação de consórcios.

²¹⁷ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 31. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014, p. 144.

²¹⁸ Diz o referido dispositivo que “A lei disporá sobre a criação e extinção de Ministérios e órgãos da administração pública.”

²¹⁹ OLIVEIRA, Fernando Andrade de. Administração Pública Indireta no Brasil. In: **Direito Administrativo Contemporâneo: Estudos em memória ao Professor Manoel de Oliveira Franco Sobrinho**. BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; et. al. (Coord.). 2. ed. Belo Horizonte, Fórum: 2011, p. 95.

responsabilização, prestação de contas, imunidade tributária e prerrogativas processuais”.²²⁰ A densidade da diferenciação entre o regime jurídico de direito público e de direito privado no Brasil faz com que o Estado brasileiro, por vezes, assuma a feição de uma entidade privada para a consecução de seus objetivos. Não é incomum a alegação de que a criação de tais entidades se dá “para obter maior celeridade, eficiência e flexibilização em seu desempenho”,²²¹ tendo o próprio texto constitucional veiculado previsão expressa para o uso das formas de Direito privado para exploração de atividade econômica, estipulando algumas condicionantes,²²² embora seja possível registrar casos de fuga a este modelo (a exemplo da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos – EBCT).²²³ Os Consórcios Públicos, na forma de sua lei de regência, podem assumir tanto personalidade de Direito privado como de Direito público.²²⁴

Os dados do Programa de Aceleração do Crescimento (PAC) dão ideia da relevância das entidades da administração indireta – especialmente as empresas estatais – no cenário brasileiro. Iniciado em janeiro de 2007, o programa tem como objetivo declarado centralizar o planejamento e a realização de infraestrutura, facilitando o desenvolvimento sustentável.²²⁵ No período de 2015 a 2017 foram destinados R\$ 547,5 bilhões para o programa, dentre os quais, R\$ 160,3 bilhões (portanto, praticamente um terço dos valores) foram investidos somente pelas empresas estatais.²²⁶ O Estado brasileiro usa a administração indireta de forma contundente, especialmente as empresas estatais como instrumentos de realização

²²⁰ PESSOA, Robertônio Santos. Administração Pública Indireta. In: CARDOZO, José Eduardo Martins; et al. (Coord.). **Direito Administrativo Econômico**. São Paulo: Atlas, 2011, p. 192.

²²¹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 24. ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2011, p. 418-419.

²²² É o teor do artigo 173 da Constituição Federal, que diz: “Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.”

²²³ O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 627.051, entendeu que a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos goza de prerrogativas típicas de entidades de direito público (no caso, imunidade tributária) por ser empresa pública prestadora de serviços públicos.

²²⁴ BRASIL. **Lei nº 11.107, de 06 de abril de 2005**. Dispõe sobre normas gerais de contratação de consórcios públicos e dá outras providências.. Brasília, DF, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11107.htm>. Acesso em: 28 ago. 2018, Art. 6º.

²²⁵ JARDIM, Maria Chaves; SILVA, Márcio Rogério. **Programa de Aceleração do Crescimento (PAC): neodesenvolvimentismo?** São Paulo: Unesp, 2015. 199 p. Disponível em: <<http://books.scielo.org/id/s5k33/pdf/jardim-9788579837432.pdf>>. Acesso em: 05 maio 2018.

²²⁶ BRASIL. Secretaria de Desenvolvimento da Infraestrutura (SDI). Ministério do Planejamento. **PAC 2015-2018: 6º Balanço**. Brasília, 2018. Disponível em: <<http://pac.gov.br/pub/up/relatorio/11fbe9b2f7cbe3ec5c1f9f67b5f3be.pdf>>. Acesso em: 09 maio 2018.

de suas funções, intervindo na economia por meio da participação direta em circuitos de comercialização, quando considera determinado setor estratégico para os interesses nacionais. No Brasil, a natureza jurídica da entidade é relevante para a determinação do regime jurídico a ela aplicável, inclusive em matéria de contratações.

No cenário estadunidense, a despreocupação com a natureza jurídica da entidade e sua atuação é compatível com o papel do direito neste contexto. O foco do direito administrativo nos Estados Unidos é diverso do brasileiro: enquanto no Brasil há um foco no direito material, nos Estados Unidos da América o foco é, de maneira generalizada, procedimental.²²⁷ Um exemplo ilustrativo: enquanto o sistema brasileiro contempla um regime jurídico específico para os trabalhadores da burocracia estatal (direito do trabalho incluído na disciplina do Direito administrativo), os trabalhadores do Estado americano tem suas relações de trabalho regidas da mesma forma que os da iniciativa privada.

Essa falta de consenso ou, ao menos, concordância mínima acerca do próprio conteúdo do Direito administrativo é um dos motivos pelos quais há menos convergências neste campo do que no Direito constitucional.²²⁸ Note-se que, mesmo sendo o objeto de pesquisa do presente trabalho um tema eminentemente procedimental, fugindo a esta “regra geral” de divergência, é possível atribuir às características do sistema da Common Law (especialmente o Judicial Review) um obstáculo ao próprio surgimento do Direito administrativo como matéria independente e, portanto, indutor de divergências sensíveis nos objetos comparados.²²⁹

A Administração Pública estadunidense se organiza em agências: nome dado ao ente governamental encarregado de implementar determinada legislação, sendo ele diverso do Judiciário e do Legislativo, podendo assumir diversas nomenclaturas (*department, bureau, division, section, commission, board,*

²²⁷ GABARDO, Emerson. Understanding Brazilian Administrative Law, the Related Literature, and Education: a Comparison with the System in the United States, p. 375.

²²⁸ GINSBURG, Tom. Written constitutions and the administrative state, p. 120.

²²⁹ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. O Modelo Norte-Americano de Agências Reguladoras e sua Recepção pelo Direito Brasileiro. **Revista da Emerj**, Rio de Janeiro, v. 12, n. 47, p.157-176, 2009. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista47/Revista47_157.pdf>. Acesso em: 15 abr. 2018, p. 161.

administration).²³⁰ Tais estruturas possuem características concedidas pela sua respectiva legislação de criação: algumas possuem corpo diretivo com mandato, outras têm estabilidade para este corpo diretivo, outras têm capacidade de postular em juízo de forma autônoma e algumas podem até mesmo encaminhar proposta orçamentária diretamente ao Congresso.²³¹ O distanciamento da ciência jurídica da estruturação da Administração conduziu, nos Estados Unidos, à irrelevância da natureza jurídica da unidade estatal para o debate acerca da estrutura da Administração Pública. De modo diverso, o amadurecimento do Direito administrativo brasileiro torna o direito como elemento central para a caracterização e a formatação das entidades que materializam os desígnios do Estado.

Mesmo diante da pluralidade de características existentes nas agências estadunidenses, é reconhecida uma classificação binária: agências executivas ou agências independentes: as agências executivas são aquelas que se submetem de maneira mais veemente à autoridade política do Presidente da República, tendo como característica marcante a possibilidade de destituição de seus dirigentes sem a necessidade de justa causa.²³² O Departamento de Defesa é um dos exemplos deste tipo de estrutura. As agências independentes, ao seu turno, têm como característica um grau maior de independência do Poder Executivo, sendo responsáveis pelo exercício de funções quase-legislativas ou quase-judicantes.²³³

A licitação e o contrato administrativo são mecanismos de atuação cuja gestação e execução são, em regra, descentralizadas. Muito embora seja possível reconhecer que determinada contratação pública faz parte de uma política pública mais ampla, dirigida pelos níveis mais altos de determinada entidade, ou uma eventual participação de autoridades superiores em dado momento do processo

²³⁰ CUÉLLAR, Leila. Poder Normativo das Agências Reguladoras Norte-Americanas. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 229, p. 153-176, set. 2002. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/46435>>. Acesso em: 01 maio 2018, p. 156

²³¹ As agências que tem esta prerrogativa devem encaminhar, ao mesmo tempo, a proposta de orçamento para o Office of B. DATLA, Kirti; REVESZ, Richard L. Deconstructing Independent Agencies (And Executive Agencies). **Cornell Law Review**, Ithaca (ny), v. 769, n. 98, p.769-843, 2013, p. 806.

²³² SELIN, Jennifer L. What Makes an Agency Independent? **American Journal of Political Science**, [s.l.], v. 59, n. 4, p. 971-987, 29 jan. 2015. Wiley-Blackwell. <http://dx.doi.org/10.1111/ajps.12161>.

²³³ DATLA, Kirti; REVESZ, Richard L. Deconstructing Independent Agencies (And Executive Agencies). **Cornell Law Review**, Ithaca (ny), v. 769, n. 98, p. 769-843, 2013, p. 708.

administrativo de licitação,²³⁴ é possível dizer que a execução de procedimentos licitatórios é efetivada por níveis operacionais da administração pública. Em tese, é possível relacionar a descentralização com maior eficiência na ação estatal, na medida em que se reconhece que “a descentralização tem forte influência no aumento ou redução de despesas. Quanto mais a decisão for levada para próximo do que se deve decidir, há forte redução”.²³⁵

A criação das entidades da administração indireta no Brasil, especialmente as empresas públicas, e a concentração dos investimentos estratégicos nestas entidades parece ser uma ação alinhada com o pensamento de que descentralização é igual a economia de recursos (ou, ao menos, de maior eficiência no gasto), na medida em que concentra nestas entidades valores relevantes de programas prioritários (como o PAC). No cenário estadunidense, a proposta de orçamento somente para o ano fiscal de 2019, concentra US\$ 686 bilhões dos US\$ 4,38 trilhões do Orçamento estadunidense no Departamento de Defesa. Para “preservar a paz pela força”, os EUA empregam praticamente metade do orçamento discricionário, através de uma agência executiva.²³⁶

A questão da legitimidade e da influência da política na formatação do Estado é ponto comum entre os países objeto de comparação. O cenário político institucional para o surgimento de boa parte das entidades autárquicas no Brasil foi um ambiente de tentativa de fuga do sistema partidário, com o intuito de conferir a órgãos técnicos independência face à lógica clientelista vigente de maneira mais larga na primeira metade do século XX.²³⁷ Contemporaneamente, a autonomia das entidades da administração indireta varia, em geral, conforme a lei que a instituiu, mas não é absoluta e “não deve isentar as autarquias da inserção em planos e programas politicamente fixados dentro de determinada esfera de governo”.²³⁸ Em

²³⁴ A lei de licitações brasileira, por exemplo, atribui a “autoridade superior”, a competência para ratificação de hipóteses de contratação direta. BRASIL (Comp.). **LEI DE LICITAÇÕES**. Lei de Licitações - Lei 8.666, de 21 de junho de 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666cons.htm>. Acesso em: 10 mai 2018. Art. 26.

²³⁵ OLIVEIRA, Regis Fernandes de. **Gastos Públicos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 17.

²³⁶ UNITED STATES OF AMERICA. OFFICE OF MANAGEMENT AND BUDGET. . **Budget of the United States Government**: Fiscal Year of 2019. Washington (DC): U.S. Government Publishing Office, 2018. Disponível em: <<https://www.whitehouse.gov/wp-content/uploads/2018/02/budget-fy2019.pdf>>. Acesso em: 19 maio 2017.

²³⁷ NUNES, Edson de Oliveira. **A gramática política do Brasil**, p. 131.

²³⁸ PESSOA, Robertônio Santos. Administração Pública Indireta. In: CARDOZO, José Eduardo Martins; et. al. (Coord.). **Direito Administrativo Econômico**. São Paulo: Atlas, 2011, p. 192.

verdade, há submissão das autarquias de forma completa ao regime de Direito público. A diferença visível entre uma autarquia e um órgão, é tão somente sua personalidade jurídica (com as decorrências desta característica), não havendo sentido na criação de uma entidade autárquica se a ela não se der algum grau de “especialidade” em seu regime em relação aos órgãos da Administração Direta.

A inexistência de referência dos mecanismos de administração na Constituição dos Estados Unidos decorre do fato de que os fundadores estadunidenses tinham a crença de que a resolução dos conflitos sociais deveria ser estabelecida por instrumentos políticos,²³⁹ crença que condiz com o entendimento de que o Estado é um dos atores da sociedade e que não se reconhece neste uma institucionalidade excepcionalmente válida para a direção de todas as ações da sociedade. A falta de referências constitucionais para a Administração gera ainda uma dificuldade em encaixar as agências independentes dentro da lógica constitucional de divisão de poderes/funções, chegando a falar-se que as mesmas integram um quarto poder.²⁴⁰ Mesmo sendo qualificadas como independentes, as agências ainda guardam algum grau de dependência das estruturas políticas, já que “precisam de bens que o presidente pode ofertar: apoio orçamentário e legislativo, ajuda nas negociações com outras agências, serviços jurídicos, espaço de escritório e aconselhamento na política nacional”.²⁴¹

Nas agências independentes dos Estados Unidos, o Brasil buscou inspiração para o modelo de agências reguladoras implantado em terras brasileiras durante a década de 1990. Embora o objetivo fosse o mesmo (criar um ambiente de mercado sujeito à regulação), as circunstâncias que levaram à adoção do modelo eram diametralmente diversas. O Brasil adotou o modelo das agências reguladoras num contexto de desestatização (saindo, portanto, de uma circunstância em que o Estado era o ator econômico direto), fazendo com que o mercado passasse a ocupar um espaço no cenário econômico que historicamente pertencia à Administração Pública.

²³⁹ CROFF, Robert A.; WAGNER, John L. **American Public Administration: Public Service for the Twenty-First century**. 2. ed. New York: Routledge, 2018, p. 34

²⁴⁰ DATLA, Kirti; REVESZ, Richard L. Deconstructing Independent Agencies (And Executive Agencies), p. 830.

²⁴¹ No original “Agencies need goods the President can provide: budgetary and legislative support, assistance in dealing with other agencies, legal services, office space, and advice on national policy”. DATLA, Kirti; REVESZ, Richard L. Deconstructing Independent Agencies (And Executive Agencies), p. 822.

As agências estadunidenses foram criadas num contexto de ampliação do papel do Estado, especialmente dentro do contexto histórico do New Deal, com o objetivo de promover a correção das falhas do mercado que levaram à crise do final da década de 1920, especialmente por meio da regulação, e não por meio da substituição dos agentes de mercado.²⁴² A descrição de tal disparidade condiz com a divergência já apontada do papel do Estado pela lente da Constituição, na medida em que, sendo o desenho constitucional do Estado estadunidense complementar à sociedade, não há sentido na tomada de espaços pertencentes ao mercado por entidades estatais, como ocorrido no Brasil. Para além, outro ponto de notável discrepância é o veículo de criação das entidades administrativas: nos Estados Unidos, embora a lei (em sentido estrito) seja um instrumento possível ele não é o único. Existem agências criadas ou com organização dada por Ordens Executivas (*Executive Order*) do Presidente da República ou mesmo por atos de outras agência.²⁴³ A Agência Central de Inteligência (CIA), a título de exemplo, embora criada por lei, tem sua estrutura fixada pela Ordem Executiva nº 12.333 de 04 de dezembro de 1981.²⁴⁴ O Bureau de Álcool, Tabaco, Armas de Fogo e Explosivos (ATF) foi criado por ordem executiva do secretário do Tesouro Nacional.²⁴⁵

A aparente falta de balanceamento, em desfavor do Parlamento, do equilíbrio residente na repartição constitucional de funções encontra justificativa mais robusta no reconhecimento de que o Legislativo “não detém o tempo nem o pessoal para legislar detalhadamente, já que ele não conseguiria, como organizado atualmente, compreender e debater tais problemas. (...) o problema a ser legislado pode ser muito técnico para ser entendido e debatido propriamente pelo

²⁴² OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. O Modelo Norte-Americano de Agências Reguladoras e sua Recepção pelo Direito Brasileiro. **Revista da Emerj**, Rio de Janeiro, v. 12, n. 47, p.157-176, 2009. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista47/Revista47_157.pdf>. Acesso em: 15 abr. 2018, p. 168.

²⁴³ HOWELL, William G.; LEWIS, David E.. Agencies by Presidential Design. **The Journal Of Politics**, V. 64, n. 4, p.1095-1114, nov. 2002, p.1099.

²⁴⁴ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. GOVERNMENT PUBLISHING OFFICE. **The United States Government Manual**: Central Intelligence Agency. Disponível em: <[https://www.usgovernmentmanual.gov/\(X\(1\)S\(pwuzixe4ix2vqs013air12xs\)\)/Agency.aspx?EntityId=VSLfQ4vIJ2o=&ParentId=+klubNxcgV0o=&EType=jY3M4CTKVHY=&S=cKBv4RJIRBg=>](https://www.usgovernmentmanual.gov/(X(1)S(pwuzixe4ix2vqs013air12xs))/Agency.aspx?EntityId=VSLfQ4vIJ2o=&ParentId=+klubNxcgV0o=&EType=jY3M4CTKVHY=&S=cKBv4RJIRBg=>)>. Acesso em: 10 maio 2018.

²⁴⁵ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. GOVERNMENT PUBLISHING OFFICE. **The United States Government Manual**: Bureau Of Alcohol, Tobacco, Firearms And Explosives. Disponível em: [https://www.usgovernmentmanual.gov/\(X\(1\)S\(pwuzixe4ix2vqs013air12xs\)\)/Agency.aspx?EntityId=yYYOJj5Ktgo=&ParentId=3jAPUb4n5pE=&EType=F2blCKa+e1g=&S=cKBv4RJIRBg=>](https://www.usgovernmentmanual.gov/(X(1)S(pwuzixe4ix2vqs013air12xs))/Agency.aspx?EntityId=yYYOJj5Ktgo=&ParentId=3jAPUb4n5pE=&EType=F2blCKa+e1g=&S=cKBv4RJIRBg=>). Acesso em: 10 maio 2018.

Parlamento”.²⁴⁶ Na mesma lógica, “se a matéria não precisa ser objeto de lei formal, ou se o Parlamento não detém conhecimento sobre o assunto suficiente para normatizá-lo, entrega-se por lei ou por dispositivo constitucional a competência normativa ao Poder Executivo”.²⁴⁷ Transportar o debate da deslegalização para uma amplitude maior exige uma consideração acerca da própria natureza deste ramo do Direito, eis que a subsunção da efetivação de políticas públicas ao ordenamento jurídico é mandamento do Estado democrático de direito.²⁴⁸

Na realidade estadunidense, é relevante notar que o *common law* foge à lógica linear e racional inerente à normatização de *civil law*, por basear-se, historicamente, no processo natural de acumulação de experiências jurisprudenciais ao longo da história, sendo possível identificar, ainda, dentro das diversas experiências estadunidenses de *common law*, um paradoxo entre o Direito tido como *tool* e a supressão da figura do legislador.²⁴⁹ O fato da organização de a Administração Pública não ser relevante para o Direito, torna menor a influência da característica marcante do sistema jurídico, qual seja a acumulação de experiências judicantes, nas questões relativas a esta temática. Na matéria de licitações, é possível afirmar que a influência do sistema de *common law* é diminuta, na medida em que a experiência jurídica deste ramo é ditada pelos órgãos legislativos, por meio de tentativa e erro.²⁵⁰

Nos Estados Unidos, o Direito administrativo é visto a partir de uma lógica de transferência de funções do Poder Legislativo e pelo controle de das agências na implementação de políticas públicas.²⁵¹ A deslegalização feita por uma decisão democraticamente efetuada é uma espécie de delegação do Poder Legislativo, havendo um deslocamento do parâmetro de legitimação: sai o processo democrático

²⁴⁶ No Original: “has neither the time nor the personnel to legislate on matters of details since it could not, as presently organized, consider and debate such issues. (...) Second, the issue to be legislated upon may be too technical to be understood and debated properly in Parliament”. Conf.: BALDWIN, Robert. **Rules and Government**, p. 63.

²⁴⁷ RIBEIRO, Maurício Carlos. Entre o mar e o rochedo: o direito administrativo e a tensão entre democracia e res pública. In: FREITAS, Daniela Bandeira de; VALLE, Vanice Regina Lório do (Coord.). **Direito administrativo e democracia econômica**. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 163.

²⁴⁸ PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. **Políticas Públicas nas licitações e Contratos Administrativos**. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 33.

²⁴⁹ FEITOSA, Maria Luiza Pereira de Alencar Mayer. Os sistemas de common-law e de civil-law na determinação do perfil atual dos contratos: Influências recíprocas ou dominação?. **Verba Juris: Anuário da Pós-Graduação em Direito**, João Pessoa, v. 5, n. 5, dez. 2006. Anual. Disponível em: <<http://periodicos.ufpb.br/ojs/index.php/vj/index>>. Acesso em: 09 mar. 2016.

²⁵⁰ YUKINS, Christopher R. The U.S. Federal Procurement System: An Introduction, p. 70.

²⁵¹ CUÉLLAR, Leila. Poder Normativo das Agências Reguladoras Norte-Americanas, p. 55.

e toma lugar o interesse público tutelado pela política regulada,²⁵² ou a legitimação pela validação procedimental prévia.²⁵³ Poder-se-ia arguir que a deslegalização acarreta uma violação da separação de poderes, na medida em que o Poder Legislativo não poderia abdicar de seus poderes em nome da integridade da repartição de funções constitucionalmente determinada. Nos EUA é famosa a *non-delegation doctrine*,²⁵⁴ segundo a qual uma autoridade que recebe certa delegação de funções não está autorizada a promover nova delegação a qualquer outra autoridade. Tendo o Poder Legislativo recebido do povo, por delegação através da Constituição, a atribuição de estabelecer as normas de conduta, não poderia este delega-la a outros órgãos.²⁵⁵

Entretanto, a complexidade da realidade e das ações do Estado contemporâneo, aliada ao paradoxo proporcionado pela Nova Administração Pública (qual seja, o empoderamento do gestor e dos seus mecanismos de controle),²⁵⁶ e a demanda por soluções céleres e com elevado grau de especialização conduzem a uma maior transferência de competências do legislador para as autoridades administrativas,²⁵⁷ especialmente ao levar-se em conta que “o direito administrativo é um complexo de técnicas que convergem no propósito de dirigir a ação administrativa pelo Direito, não trazendo mais sentido a supervalorização da vinculação da Administração Pública ao Parlamento”.²⁵⁸

²⁵² RIBEIRO, Maurício Carlos. Entre o mar e o rochedo: o direito administrativo e a tensão entre democracia e res pública. In: FREITAS, Daniela Bandeira de; VALLE, Vanice Regina Lírio do (Coord.). **Direito administrativo e democracia econômica**. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 164.

²⁵³ GABARDO, Emerson. **Princípio constitucional da eficiência administrativa**. São Paulo: Dialética, 2002, p. 41.

²⁵⁴ KRITIKOS, A.j. Resuscitating the Non-Delegation Doctrine: A Compromise and an Experiment.. **Missouri Law Review**, Columbia (mo), v. 82, n. 2, p.441-482, 01 mar. 2017. Disponível em: <<http://web.b.ebscohost.com.proxygw.wrlc.org/ehost/pdfviewer/pdfviewer?vid=3&sid=2924f1b3-ece3-4ef0-b757-5385aef09ca1%40sessionmgr120>>. Acesso em: 11 jun. 2018.

²⁵⁵ SHAPIRO, Martin. Judicial Delegation Doctrines: The US, Britain, and France. In: SWEET, Alec Stone; THATCHER, Mark. **The Politics of Delegation**. Portland: Routledge, 2004. p. 173-199. P. 180.

²⁵⁶ NORTON, Simon D.; SMITH, L. Murphy. Contrast and Foundation of the Public Oversight Roles of the U.S. Government Accountability Office and the U.K. National Audit Office: Public Accountability: United States versus United Kingdom. **Public Administration Review**, N.i., v. 68, n. 5, p. 921-931, set/out 2008, p. 921

²⁵⁷ JORDÃO, Eduardo. **Controle Judicial de uma Administração Pública Complexa: A experiência estrangeira na adaptação da intensidade do controle**. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 34.

²⁵⁸ SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito Administrativo para Céticos**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 268.

Os Estados Unidos podem ser considerados o modelo de Estado de Direito constitucional (e não mais legal),²⁵⁹ e exatamente por tal motivo pode parecer contraditório ao jurista brasileiro a aceitação do uso de instrumentos normativos não oriundos do Poder Legislativo. Tal perplexidade decorre da vinculação a um modelo mental que torna natural e necessário um encadeamento entre os instrumentos normativos, especialmente no Direito administrativo: Constituição, leis e administração formam uma pirâmide indelevelmente sobrepostas. O ambiente estadunidense observa a dinâmica de poder a partir da lente da Constituição, recorrendo originariamente a esta para dissolver as questões relativas às funções do Estado e os conflitos de poder de suas entidades. A prática do Direito estadunidense, entretanto, não abarca a interpretação estrita da *non-delegation doctrine*, na medida em que a própria Suprema Corte estadunidense manifesta o entendimento de que é permitido ao Congresso legislar e ao executor da lei exercer interpretação discricionária daquilo que, na experiência brasileira, se aproxima da noção de *conceito jurídico indeterminado*.²⁶⁰

É relevante afirmar que remover as escolhas do Poder Legislativo não afasta o componente político das escolhas efetivadas, sendo ínsito ao sistema de freios e contrapesos a ausência de neutralidade política das escolhas dos agentes estatais, ainda que dotadas de natureza técnica.²⁶¹ Entretanto, é possível indagar se este entendimento faz sentido ou mesmo se é realmente necessário tal desvinculação, no âmbito das contratações públicas, diante da disparidade do objeto do Direito administrativo nos países objeto de comparação. Em outras palavras: faz realmente sentido deslegalizar o regime procedimental das contratações públicas?

No contexto brasileiro, pela formatação constitucional do processo legislativo, é possível reconhecer uma maior interação entre Executivo e Legislativo, com um sensível peso do Executivo sobre a atividade legislativa, seja pela reserva

²⁵⁹ ST-HILAIRE, Maxime. **Global Standards of Constitutional Law: Epistemology and Methodology**. Translation by Léonid Sirota. Available at: <https://www.academia.edu/12092140/Global_Standards_of_Constitutional_Law_Epistemology_and_Methodology>. Acess in: 10 may 2018, p. 25.

²⁶⁰ NOH, Nathan K.. Non-delegation as non-deliberation. **New York University Journal Of Legislation And Public Policy**, New York, v. 19, n. 2, p.379-416, 2016. Disponível em: <<https://heinonline-org.proxygw.wrlc.org/HOL/P?h=hein.journals/nyulpp19&i=391>>. Acesso em: 28 de agosto 2018, p. 384.

²⁶¹ VALLE, Vanice Regina Lírio do. Governança: nova fronteira do direito regulatório. In: FREITAS, Daniela Bandeira de; VALLE, Vanice Regina Lírio do (Coord.). **Direito administrativo e democracia econômica**. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 163.

de iniciativa de lei, seja pelo uso de medidas provisórias.²⁶² A contratação pública é temática que envolve um regramento de uma atividade que é majoritariamente da Administração, mas que influi e afeta a conduta de particulares que afluem a processos licitatórios. Há, portanto, uma tangência entre os procedimentos de contratação e direitos fundamentais. É preciso reconhecer que o espaço regulatório é finito: as diversas normas existentes competem dentro de um mesmo ambiente de determinação de condutas. Competem nesse espaço a Constituição, a lei, as normas infralegais, o edital dos procedimentos licitatórios e o contrato, já que este se consubstancia, por si, em uma técnica de produção normativa.²⁶³

Neste contexto, a Administração Pública brasileira é submetida a uma ritualística própria de atuação que é cadenciada de maneira extensiva na lei (em sentido estrito).²⁶⁴ A principal norma estadunidense acerca de licitações é o *Federal Acquisition Regulation (FAR)*, norma não oriunda do Poder Legislativo e que estabelece o mais importante parâmetro regulamentar da matéria.²⁶⁵ O uso de instrumentos normativos não legislativos induz ao reconhecimento de que o ambiente do ordenamento jurídico estadunidense, lidando melhor com a flexibilidade das fontes normativas, concede ao Administrador Público um espaço maior para a definição dos mecanismos de políticas públicas relacionadas à atividade contratual do Estado. Sendo o Direito administrativo estadunidense fundamentalmente procedimental e dada a menor relevância do Direito para a organização da Administração Pública, a atribuição de maior espaço normativo ao administrador nos Estados Unidos é esperada.

Na realidade brasileira, fica a impressão de que é necessário que o administrador público seja controlado a partir de um parâmetro normativo heterônomo, produzido por institucionalidade distante do problema a que se endereça a norma. A Administração Pública brasileira possui um regramento mais

²⁶² SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito Administrativo para Céticos**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 252.

²⁶³ ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. Contrato administrativo no Brasil: aspectos críticos da teoria e da prática. **Revista de Contratos Públicos – RCP**, Belo Horizonte, ano 1, n.1, mar./ago. 2012.

²⁶⁴ FORTINI, Cristiana; MOTA, Fabrício. Corrupção nas licitações e contratações públicas: sinais de alerta segundo a Transparência Internacional. **A&C - Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 16, n. 64, p. 93-113, abr./jun. 2016.

²⁶⁵ CIBINIC JUNIOR, John; NASH JUNIOR, Ralph C.; YUKINS, Christopher R. **Formation of Government Contracts**. 4. ed. Washington, Dc: Wolters Kluwer, 2011. (George Washington University Law School, Government Contracts Program), p. 27.

atrelado às formalidades jurídicas, submetendo-se também em matéria contratual a uma regulação mais extensa que tolhe a liberdade do gestor público na definição de políticas específicas em matéria de licitações e contratos. Quanto mais a lei avança no espaço de regulamentação, menos espaço resta para que as autoridades administrativas estabeleçam, por si, os critérios para a execução da política de contratações. O espaço para a definição das políticas de contratação pública, balizado pela lei é, então, “defendido” pelas estruturas de controle.

A experiência estadunidense, por sua vez, orienta no sentido de que a expertise das autoridades administrativas, dada pela ação contínua de implementação da lei, ainda que por delegação do Congresso, deve também ser considerada como ponto a favor da deferência à estas autoridades.²⁶⁶

2.2. Estado de Direito, controle e deferência: divergências entre as estruturas de controle e sua relação com a atividade da Administração

O Estado, enquanto agente regulador da vida em sociedade, é figura essencial para a imposição das estruturas de propriedade e produção. As instituições, dentre as quais se inclui o Direito, tem o papel de fornecer estabilidade, reduzindo as incertezas decorrentes das operações sociais. Entretanto, para o funcionamento dessas instituições é essencial o monitoramento de sua operação,²⁶⁷ na medida em que “a tutela da integridade dos direitos, em especial dos direitos fundamentais sociais, é função estatal essencial à segurança e estabilidade do Estado Democrático de Direito”.²⁶⁸ O conceito de controle tem, portanto, íntima relação com o Estado de Direito e o ordenamento jurídico que dele emana. Em verdade, a melhor compreensão do instituto é feita ao verificar-se que “a finalidade

²⁶⁶ SHAPIRO, Martin. Judicial Delegation Doctrines: The US, Britain, and France. In: SWEET, Alec Stone; THATCCHER, Mark. **The Politics of Delegation**. Portland: Routledge, 2004. p. 173-199, p. 180.

²⁶⁷ NORTH, Douglas. **Institutions, institutional change and economic performance**. New York: Cambridge, 1990.

²⁶⁸ CASIMIRO, Lígia Maria Mello de. Novas perspectivas para o Direito Administrativo: a função administrativa dialogando com a juridicidade e os direitos fundamentais sociais. **A&C Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 7, n. 30, p. 109-130, out./dez. 2007, p. 127.

do controle é a de assegurar que a Administração atue em consonância com os princípios que lhe são impostos pelo ordenamento jurídico-constitucional.”²⁶⁹

Embora seja possível fazer menção às diversas instituições partícipes de um sistema de controle, especialmente na realidade brasileira,²⁷⁰ a análise comparada oferece frutos mais vistosos se feita, neste caso, a partir das duas organizações responsáveis pelo controle de forma direta, sem o uso de intermediários,²⁷¹ mesmo que de forma não cogente: o Poder Judiciário e as Instituições Supremas de Fiscalização.²⁷²

Tais entidades devem funcionar a partir de uma lógica de controle como sistema, que, *grosso modo*, deve ser comum a ambos os países, já que seu “objetivo é revelar desvios dos padrões aceitáveis e violações dos princípios da legalidade, eficiência, efetividade e economicidade da gestão financeira”.²⁷³ Os órgãos estatais de controle devem, então, ter funções complementares, de modo a permitir a maximização da eficiência no emprego dos recursos públicos, já que o quadro institucional e organizacional de controle estatal tem custos inerentes ao seu funcionamento.²⁷⁴ A cooperação desejada encontra ressonância na ideia de

²⁶⁹ BUGARIN, Paulo Soares. **O Princípio constitucional da Economicidade na Jurisprudência do Tribunal de Contas da União**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 31

²⁷⁰ Fabrício Mota anota que “em virtude da ligação indissolúvel entre Estado Democrático de Direito e controle, nossa Constituição é farta no tocante aos meios de se controlar a Administração Pública: há o controle interno, exercido pela própria administração; o controle efetuado pelo Ministério Público, dentro de suas atribuições de defesa dos cidadãos; o controle efetuado mediante provocação ao judiciário; o controle exercitado pelo cidadão, através de instrumentos determinados; e por fim o controle externo, em seu aspecto político exercido pelo Legislativo e em seus aspectos técnicos executado pelos Tribunais de Contas”. MOTTA, Fabrício M.. Apontamentos sobre o Ministério Público junto aos Tribunais de Contas. **Fórum Administrativo - Direito Público - FA**, Belo Horizonte, ano 2, n. 11, jan. 2002. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=1218>>. Acesso em: 20 maio 2018.

²⁷¹ O Ministério Público, por exemplo, embora integre parte do sistema de controle, exerce-o por meio do Poder Judiciário, salvo quanto aos próprios atos de gestão, especialmente porque os instrumentos de controle por ele utilizados (Por exemplo, as notificações recomendatórias) não tem força coercitiva.

²⁷² A nomenclatura “Instituição Suprema de Fiscalização” (no original, Supreme Audit Institutions), embora parece estranha ao dia a dia do jurista brasileiro, é adotada no plano internacional, especialmente pela Organização das Nações Unidas. Optou-se pela tradução para “Fiscalização”, em lugar do literal “auditoria” por ser aquela expressão designativa de um conjunto de atividades maior e englobante da atividade de auditoria. A ideia mais ampla é mais alinhada com as funções das entidades objeto de comparação.

²⁷³ No original, “system whose aim is to reveal deviations from accepted standards and violations of the principles of legality, efficiency, effectiveness and economy of financial management”. INTERNATIONAL ORGANIZATION OF SUPREME AUDIT INSTITUTIONS. **Lima Declaration Of Guidelines On Auditing Precepts**. Disponível em: http://www.intosai.org/fileadmin/downloads/downloads/4_documents/publications/eng_publications/E_Lima_Mexico_2013.pdf. Acesso em: 12 de maio de 2018.

²⁷⁴ NORTH, Douglas. **Institutions, institutional change and economic performance**, p. 62.

governança, na medida em que esta “desafia um desenvolvimento de função administrativa que esteja permeável à comunicação em ambiente de colaboração e confiança recíproca; à articulação e negociação de objetivos, numa palavra, à construção das escolhas públicas pela via da formação do consenso possível.”²⁷⁵ O objetivo deste trecho é também investigar os mecanismos de construção de tal consenso.

As Instituições Supremas de Fiscalização são entidades governamentais que tem como objetivo exercer auditoria acerca do uso de recursos públicos, como parte do um sistema de controle da administração. Nos países objeto de comparação, encaixam-se na descrição do trabalho o Tribunal de Contas da União brasileiro (TCU) e o *Government Accountability Office* (GAO) estadunidense.²⁷⁶ Existem duas premissas relevantes, comuns aos dois países para a comparação proposta: a primeira é de que inexistente um regime de subordinação das entidades governamentais auditadas às instituições supremas de auditoria.²⁷⁷ São, portanto, instituições que exercem controle externo e não hierárquico aos órgãos fiscalizados. A segunda é que, embora sejam órgãos de natureza eminente técnica, estão inseridos em ambientes de operação de natureza política, devendo estar sensíveis às circunstâncias desta natureza.²⁷⁸ Essa sensibilidade remete à necessidade de preocupar-se não só com critérios matemáticos para a escolha e, principalmente, à compartimentalização dos processos decisórios de cunho meritório, impedindo que as instituições de controle atuem com fundamentação puramente ideológica.

O texto constitucional brasileiro traz regramentos expressos quanto à atividade de controle externo da administração pública, imputando ao Poder Legislativo o dever-poder primário de tal atividade, ao tempo em que cria um órgão técnico destinado a auxiliar tal atividade: O Tribunal de Contas da União.²⁷⁹ Para

²⁷⁵ VALLE, Vanice Regina Lírio do. Governança: nova fronteira do direito regulatório. In: FREITAS, Daniela Bandeira de; VALLE, Vanice Regina Lírio do (Coord.). **Direito administrativo e democracia econômica**. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 255.

²⁷⁶ Em sua página oficial, inclusive, o GAO declara ser a Entidade Suprema de Fiscalização dos Estados Unidos da América.

²⁷⁷ INTERNATIONAL ORGANIZATION OF SUPREM AUDIT INSTITUTIONS. Lima Declaration Of Guidelines On Auditing Precepts, Sessão 9.

²⁷⁸ POLLITT, Christopher et al. **Desempenho ou legalidade?:** auditoria operacional e de gestão pública em cinco países. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 70.

²⁷⁹ Diz a Constituição Brasileira que “Art. 71. O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União(...)” (1988), Brasil Constituição. **Constituição Da República Federativa Do Brasil De 1988**. Disponível em:

além da criação do órgão, o constituinte brasileiro estipulou ainda competências determinadas neste campo, empoderando o Tribunal de Contas para o exercício da função de controle externo da Administração. O Texto Constitucional assegura ainda ao TCU o exercício autônomo de suas competências, ou seja, sem o estabelecimento de uma hierarquização funcional com o próprio Poder Legislativo,²⁸⁰ atribuindo-lhe, dentre outras, a função de “julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos”.²⁸¹ Por julgar, deve-se entender, na leitura de Fabrício Motta, decidir de forma soberana e definitiva sobre a regularidade ou irregularidade das contas.²⁸²

O *Government Accountability Office* (GAO) é uma agência independente, subordinada ao Poder Legislativo dos Estados Unidos. Embora a agência seja apelidada de “Cão de guarda do Congresso”, é responsável não só pela auditoria das contas governamentais desse país, mas tem também a relevante função de órgão de jurisdição em matéria de licitações públicas.²⁸³ Não há expressa menção à agência no texto constitucional, mesmo havendo um reconhecimento de que a autoridade do GAO deriva, em ultima razão, da Constituição.

Na primeira função, embora possa atuar em diligências a pedido do Presidente dos Estados Unidos, o GAO atua como intermediário do Congresso e é para com este seu dever primário,²⁸⁴ pois a agência exerce suas funções em nome do Congresso. Na segunda função, a atuação como jurisdição em matéria de

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 18 mar. 2018, Art. 5º, XXXV.

²⁸⁰ FERRAZ, Luciano. Controle externo das licitações e contratos administrativo. In: FREITAS, Ney José de (Coord.). **Tribunais de Contas: aspectos polêmicos: estudos em homenagem ao Conselheiro João Féder**. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 139.

²⁸¹ (1988), Brasil Constituição. **Constituição Da República Federativa Do Brasil De 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 18 mar. 2018, Art. 71, II.

²⁸² MOTTA, Fabrício. Aparentamentos sobre o Ministério Público junto aos Tribunais de Contas. **Fórum Administrativo - Direito Público - FA**, Belo Horizonte, ano 2, n. 11, jan. 2002. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=1218>>. Acesso em: 20 maio 2018. A posição manifestada pelo Professor, entretanto, não é unânime. Parte da doutrina entende que, em função da unidade de jurisdição adotada pela Constituição Federal, não se poderia excluir do julgamento do Poder Judiciário qualquer matéria. Neste sentido: PELEGRINI, Marcia. **A competência sancionatória do Tribunal de Contas: contornos constitucionais**. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 98-100.

²⁸³ BLEICHER, Noah B. et al. Accountability in Indefinite-Delivery/ Indefinite-Quantity Contracting: The Multifaceted Work Of The U.S. Government Accountability Office. **Public Contract Law Journal**, N.i., v. 37, n. 3, p. 375-413, jul. 2008.

²⁸⁴ NORTON, Simon D.; SMITH, L. Murphy. Contrast and Foundation of the Public Oversight Roles of the U.S. Government Accountability Office and the U.K. National Audit Office: Public Accountability: United States versus United Kingdom. **Public Administration Review**, N.i., v. 68, n. 5, p. 921-931, set/out 2008, p. 928.

licitações dá-se a partir da provocação por um concorrente insatisfeito. Há uma separação interna nas atividades da agência entre as funções jurisdicional e de auditoria, sendo as atividades executadas, inclusive, por autoridades distintas dentro da agência.²⁸⁵ Tal distinção tem como objetivo preservar a higidez do processo de contratação pública, isolando-o de influências políticas, estando claramente demarcada a linha a partir da qual a atividade derivativa da delegação do Congresso (a atividade de auditoria) se encerra.

Os pontos de contraste relevantes, fundamentais para compreender as disparidades entre os contratantes são, sumariamente, dois. Primeiro: a autonomia do TCU em relação ao Poder Legislativo é saliente na própria Constituição brasileira, sendo a subordinação de suas decisões ao Poder Legislativo, embora existente, confinada a matérias específicas: por exemplo, a suspensão de contratos administrativos.²⁸⁶ As manifestações do GAO não têm força cogente. Caso a autoridade administrativa não tenha a intenção de cumpri-la, deverá justificar sua ação à agência e poderá proceder com a ação.²⁸⁷

O outro traço relevante é que o Tribunal de Contas da União não é, propriamente, um órgão de jurisdição sobre licitações. Isso porque, quando um determinado órgão tem jurisdição sobre o procedimento licitatório, julga a regularidade (ou não) do ato administrativo como núcleo do ato decisório. Regra geral, a ação do TCU é sobre os sujeitos (administradores públicos), não se substituindo ao agente público, eis que a competência para sustar os atos não engloba sua anulação ou revogação.²⁸⁸ Para além, a análise da Corte de Contas brasileira direciona-se a três aspectos: economicidade, legalidade e legitimidade.

Este são os “três vetores normativos interdependentes e complementares, da atuação constitucionalmente privativa dos Tribunais de Contas que são os órgãos técnicos responsáveis pelo exercício do controle externo dos atos públicos de

²⁸⁵ KERN, Kathleen Ann. Congressional Watchdogs Or Congressional Puppets? Ensuring Transparency, Integrity, And Reliability In Bid Protests At The Government Accountability Office. **Public Contract Law Journal**, Chicago, v. 41, n. 2, p. 435-452, abr. 2012, p. 4.

²⁸⁶ SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. Controle das contratações públicas pelos Tribunais de Contas. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 257, n. 1, p.111-144, ago. 2011. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/viewFile/8589/7325>>. Acesso em: 06 mar. 2018.

²⁸⁷ KERN, Kathleen Ann. Congressional Watchdogs Or Congressional Puppets? Ensuring Transparency, Integrity, And Reliability In Bid Protests At The Government Accountability Office. **Public Contract Law Journal**, Chicago, v. 41, n. 2, p. 435-452, abr. 2012, p. 3.

²⁸⁸ SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. Controle das contratações públicas pelos Tribunais de Contas.

gestão.”²⁸⁹ O alargamento do objeto do controle é uma evolução da prática brasileira, na medida em que parte-se “de um foco preponderante em questões ligadas à lisura do agir administrativo, passa-se a dar progressiva atenção a aspectos relativos à eficiência e à legitimidade da atividade administrativa.”²⁹⁰

A Lei de Competição nas Contratações de 1984 deu ao GAO a competência para atuar como órgão jurisdicional em matéria de licitações. O mandato concedido pela lei visa prover uma solução célere e barata para a resolução de queixas, devendo o GAO oferecer uma solução em cem dias, com resolução de mérito para a questão, ou encerrar o caso em três hipóteses: algum defeito procedimental no protesto (por exemplo, intempestividade), retirada voluntária da queixa ou a ação corretiva voluntária tomada pela agência responsável pela condução do procedimento.²⁹¹ Tal ação do GAO condiz tanto com o indicativo contemporâneo de governança quanto com uma visão de “implementação de uma cultura participativa de controle, de uma interação entre Estado e sociedade capaz de imprimir eficácia e eficiência aos atos da Administração Pública mediante a utilização de instrumentos de participação popular concretos e efetivos no processo de fiscalização.”²⁹²

A intervenção do órgão estatal parte da ação do licitante insatisfeito, mas o julgamento da Corte de Contas não visa oferecer um fórum para a resolução acelerada de contendas envolvendo procedimentos licitatórios. O objetivo eleito pelo ordenamento para o TCU ao avaliar um procedimento licitatório é, encontrando defeitos, punir os agentes responsáveis pela inadequada gestão da coisa pública, o que não quer dizer que há, neste caso, uma ausência de impactos. A ação dos entes de auditoria pode acarretar, direta ou indiretamente, a alteração dos procedimentos e práticas administrativas, economia de recursos, além “do valor que as garantias positivas dadas pelos auditores operacionais possuem quando eles encontram um

²⁸⁹ BUGARIN, Paulo Soares. **O Princípio constitucional da Economicidade na Jurisprudência do Tribunal de Contas da União**. p. 97.

²⁹⁰ JORDÃO, Eduardo. **Controle Judicial de uma Administração Pública Complexa: A experiência estrangeira na adaptação da intensidade do controle**. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 35.

²⁹¹ KANG, Jonathan L.. The Effect Of The Court Of Federal Claims' Decision In Systems Application & Technologies, Inc. V. United States On Contracting Officer Discretion To Take Corrective Action In Response To Protests Before The GAO. **Public Contract Law Journal**, Chicago, v. 42, n. 3, p. 585-605, abr. 2013.

²⁹² GUIMARÃES, Edgar. O controle das licitações como instrumento de combate à corrupção. In: FREITAS, Ney José de. (Coord.) **Tribunais de Contas: aspectos polêmicos: estudos em homenagem ao Conselheiro João Féder**. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 89.

exemplo de boa prática [administrativa].”²⁹³ A atuação do órgão de controle funciona então como um insumo, de natureza preponderantemente técnica, para o reforço ou alteração dos procedimentos de gestão, embora este seja um efeito colateral desejado.

O sistema de controle da Administração nos países objeto de comparação tem ainda como instituição relevante o controle pelo Poder Judiciário. Embora haja algum debate doutrinário, pode-se classificar o sistema de jurisdição, que tem como ponto focal a estrutura orgânica responsável pelo julgamento, em três espécies de organizações diversas: (a) dualidade de jurisdição (jurisdição dupla, contencioso administrativo ou sistema francês); (b) jurisdição una (sistema inglês, anglo-americano ou judiciarista); e (c) sistema misto (ou alemão).²⁹⁴ O sistema francês foi forjado num ambiente de desconfiança e rivalidade em relação ao Poder Judiciário, não se submetendo o julgamento dos atos praticados dentro do exercício das prerrogativas públicas ao julgamento deste, mas sim, a estrutura jurisdicional diferente.²⁹⁵ Tem como característica histórica uma maior objetivação, isto é, ênfase na legalidade e prossecução do interesse público, com limitada atenção aos Direitos subjetivos.²⁹⁶

O sistema inglês caracteriza-se pela submissão de todos os casos contenciosos, envolvendo autoridade ou não, a uma única figura orgânica. Por fim, o sistema alemão é uma mescla dos dois anteriores, admitindo a existência de uma parcela do Poder Judiciário com jurisdição especializada em matéria administrativa.²⁹⁷ Os Estados Unidos herdaram o sistema de sua antiga metrópole, muito embora as peculiaridades da realidade estadunidense, em especial, o papel das agências.²⁹⁸ No Brasil, é reconhecida a adoção do sistema inglês,²⁹⁹ muito

²⁹³ POLLITT, Christopher et al. **Desempenho ou legalidade?:** auditoria operacional e de gestão pública em cinco países. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 253.

²⁹⁴ SOUZA, Rafael Soares de. **Justiça Administrativa:** O sistema brasileiro. 2014. Dissertação (Mestrado) - Curso de Mestrado em Direito do Estado, Faculdade de Direito, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-09122014-164947/>>. Acesso em: 08 maio 2017, p. 29.

²⁹⁵ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Breves Reflexões sobre a jurisdição administrativa: uma perspectiva de Direito comparado. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 211, p.65-77, Jan. 1988. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/viewFile/47127/45703>>. Acesso em: 22 abr. 2017.

²⁹⁶ SOUZA, Rafael Soares de. **Justiça Administrativa:** O sistema brasileiro, p. 27.

²⁹⁷ SOUZA, Rafael Soares de. **Justiça Administrativa:** O sistema brasileiro, p. 29.

²⁹⁸ DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo.** São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 476.

embora existam registros históricos de tímidas tentativas de implantação de uma justiça administrativa.³⁰⁰ Tal fato é, por si, uma aproximação entre os modelos institucionais dos países comparados. Entretanto, a estrutura similar não garante que a operação do aparato de controle da Administração se dê de forma equivalente.

Um dos pressupostos do sistema de controle judicial da administração pública estadunidense, que é emprestado do sistema de litigância civil, é a divisão entre o que é matéria de fato e as questões jurídicas e a divisão de competências para analisar preferencialmente uma ou outra questão: nas questões de fato, a instituição que primeiro conhece da matéria tem presunção de ter um melhor julgamento; na questões eminentemente jurídicas, a instituição revisora tem competência preponderante e decidirá sobre a matéria.³⁰¹ Tal modelo é consagrado pela Lei de Procedimentos Administrativos estadunidense,³⁰² ao delimitar o escopo da revisão judicial se a decisão submetida a revisão tiver seu questionamento amparado por “evidência substancial” constante dos registros da agência ou “contrária aos fatos, na extensão em que os fatos são submetidos a novo julgamento na Corte de Revisão”.³⁰³

A Constituição Federal Brasileira atribui ao Poder Judiciário a competência para atuar como salvaguarda do plexo de direitos fundamentais por ela trazidos, na medida em que prescreve que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.³⁰⁴ O desenho organizacional do Estado brasileiro faz com que o Controle pelo Poder Judiciário seja “a engrenagem final da

²⁹⁹ GABARDO, Emerson. Understanding Brazilian Administrative Law, the Related Literature, and Education: a Comparison with the System in the United States.

³⁰⁰ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Breves Reflexões sobre a jurisdição administrativa: uma perspectiva de Direito comparado.

³⁰¹ MERRIL, Thomas W. The origins of American-Style judicial review. In: ROSE-ACKERMAN, Susan; LINDSETH, Peter L. **Comparative Administrative Law**. Northampton, Ma, Usa: Edward Elgar Publishing Limited, 2013, p. 389.

³⁰² A norma é referida na literatura estadunidense como Administrative Procedure Act – ou simplesmente APA.

³⁰³ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **Administrative Procedure Act**. Washington, DC: U.S. Government Publishing Office, 1946. Disponível em: <<https://www.justice.gov/sites/default/files/jmd/legacy/2014/05/01/act-pl79-404.pdf>>. Acesso em: 04 maio 2017. No original: “SEC. 10. Except so far as (1) statutes preclude judicial review or (2) agency action is by law committed to agency discretion— (...) (e) SCOPE OF REVIEW. - (...) (5) unsupported by substantial evidence in any case subject to the requirements of sections 7 and 8 or otherwise reviewed on the record of an agency hearing provided by statute; or (6) unwarranted by the facts or the extent that the facts are subject to trial de novo by the reviewing court.”

³⁰⁴ (1988), Brasil Constituição. **Constituição Da República Federativa Do Brasil De 1988...** Art. 5º, XXXV.

atividade estatal, é o eixo da balança do poder do Estado, é – finalmente – o modo como se consegue determinar o grau de exercício democrático de direito de um dado Estado”. Caso o próprio Estado não cumpra os deveres com os quais está comprometido pelo ordenamento, é ao Judiciário que se deve recorrer em busca de uma “ação pacificadora legítima”, destinada a afastar a ameaça ou dano à esfera jurídica de alguém.³⁰⁵

Neste desenho o risco de o Judiciário extrapolar as bordas originais de sua competência é um risco conhecido, eis que “o potencial para a expansão da autoridade judicial é inerente a qualquer sistema que autoriza a revisão judicial”.³⁰⁶ O modelo brasileiro de controle judicial, embora erguido sobre a mesma base, tem diferenças circunstanciais marcantes. Essas diferenças são decorrentes especialmente das debilidades na atuação do Poder Legislativo, que permitiu a assunção de um protagonismo do Judiciário.³⁰⁷ As deficiências de atuação também podem ser atribuíveis ao Poder Executivo, especialmente nas ações de concretização dos direitos fundamentais, a quem atribui-se uma ação interpretativa menos vantajosa à concretização de tais direitos.³⁰⁸ A reconhecida hipertrofia do Poder Judiciário no momento atual brasileiro acarreta um desbalanceamento no exercício das próprias funções do Estado, eis que este funciona em uma lógica que não é adaptada ao ciclo de planejamento das políticas públicas (especialmente seus revezes e ineficiências), sendo sua ação (supostamente técnica) não substitutiva da ação política dos demais núcleos de Poder estatal.

Os órgãos de controle em geral - Poder Judiciário incluído - não podem ser considerados como centros de natureza eminentemente política, considerando-

³⁰⁵ FRANÇA, Phillip Gil. **O controle da administração pública**: Discricionariedade, tutela jurisdicional, regulação econômica e desenvolvimento. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 243.

³⁰⁶ No original: “the potential for expansion of judicial authority is inherent in any system that authorizes judicial review.” MERRIL, Thomas W. The origins of American-Style judicial review. In: ROSE-ACKERMAN, Susan; LINDSETH, Peter L.. **Comparative Administrative Law**. Northampton, Ma, Usa: Edward Elgar Publishing Limited, 2013, p. 412.

³⁰⁷ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. A crise da democracia representativa e a ascensão do Poder Judiciário no Brasil. In: CÂMARA, Alexandre Freitas; PIRES, Adilson Rodrigues; MARÇAL, Thais Boia (Coords.). **Estudos de Direito Administrativo em homenagem ao Professor Jessé Torres Pereira Júnior**. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 132.

³⁰⁸ HACHEM, Daniel Wunder. Vinculação da Administração Pública aos precedentes administrativos e judiciais: mecanismo de tutela igualitária dos direitos sociais. In: BLANCHET, Luiz Alberto; HACHEM, Daniel Wunder; SANTANO, Ana Claudia (Coord.). **Estado, Direito e Políticas Públicas**: Homenagem ao Professor Romeu Felipe Bacellar Filho. Curitiba: Íthala, 2014. p. 217-243, p. 230.

se política um “exercício de eleição de prioridades e de balanceamento de finalidades públicas conflitantes.” Ou seja: ‘Há opção política quando uma entidade realiza opções num espaço de prévia indeterminação’.³⁰⁹ Não se desconhece que a ação dos órgãos de controle atua em espaços de natureza política, ainda que reduzindo o espaço de escolha dos legitimados para tal, sendo um dos componentes integrantes da matriz das formulações de políticas públicas. Entretanto, no âmbito da concretização dos direitos sociais, a atuação localizada dos órgãos de controle, o Poder Judiciário em especial, pode distorcer a concretização das promessas de desenvolvimento, eis que o tratamento individual das demandas privilegia aqueles que possuem mais recursos.³¹⁰

Não se prega uma completa segmentação das atividades e poderes institucionalmente afetos a esta ou àquela entidade governamental. Ao revés, é inerente ao sistema de *checks and balances* a existência de zonas de interferência ou de interpenetração de competências, “ainda que remanesça, decerto, a predominância em cada qual das estruturas especializadas de poder político organizado.”³¹¹ A deferência pelo Poder Judiciário às escolhas políticas, observada especialmente no ambiente estadunidense, decorre da consciência da existência de um feixe de relações político-institucionais, que pode acarretar a transferência, por meio de uma delegação realizada pelo Poder Legislativo, dentro de um veículo normativo próprio, a um órgão estranho à sua intimidade.³¹²

Quando essa lógica de cooperação é levada para além das barreiras das organizações estatais, tal como em um procedimento licitatório ou em um contrato administrativo, volta a ganhar relevância a governança como instrumento de gestão pública, na medida em que esta reconhece que a solução de problemas coletivos ultrapassa as fronteiras do Estado, não sendo, portanto, de exclusiva responsabilidade deste. A solução passa pela participação dos atores sociais interessados no problema (por exemplo, agentes de mercado).³¹³ O concerto entre os diversos atores envolvidos no processo ganha cores mais fortes na ambiência do

³⁰⁹ JORDÃO, Eduardo. **Controle Judicial de uma Administração Pública Complexa**, p. 81.

³¹⁰ HACHEM, Daniel Wunder. Vinculação da Administração Pública aos precedentes administrativos e judiciais: mecanismo de tutela igualitária dos direitos sociais, p. 218.

³¹¹ VALLE, Vanice Regina Lírio do. Governança: nova fronteira do direito regulatório. In: FREITAS, Daniela Bandeira de; VALLE, Vanice Regina Lírio do (Coord.). **Direito administrativo e democracia econômica**. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 163.

³¹² JORDÃO, Eduardo. **Controle Judicial de uma Administração Pública Complexa**, p. 408.

³¹³ VALLE, Vanice Regina Lírio do. Governança: nova fronteira do direito regulatório, p. 254.

Estado Social, caracterizado pelo avanço da superação do modelo do ato administrativo unilateral, influenciado pelo incentivo à consensualidade. A figura do contrato passa a ter importância equivalente à do ato administrativo.³¹⁴

A ampliação da regulação por lei ou a incursão dos órgãos de controle para além do território naturalmente atribuídos a estes, pode ter a potencialidade de minar a construção de uma solução com maior participação daqueles diretamente relacionados na ação contratual, seja o Estado-administrador, seja a sociedade diretamente interessada naquele mecanismo contratual de relação com as organizações públicas.

Note-se que essa cooperação na construção de soluções pode avançar mesmo para as questões jurídicas, já que não há fundamento normativo para a presunção de que o Judiciário tem primazia ou prevalência das construções jurídicas,³¹⁵ o que se revela ao menos em parte no Brasil pela deferência do Poder Judiciário aos julgamentos das Cortes de Contas. O Supremo Tribunal Federal tem entendido que “o Tribunal de Contas pratica, em regra, ato insuscetível de revisão na via judicial, a não ser quanto ao seu aspecto formal ou tísna de ilegalidade manifesta”,³¹⁶ medida que evidencia a adoção pelo Brasil de um modelo de monitoramento da Administração similar ao estadunidense ao estabelecer uma regra geral de não sobreposição das diferentes instâncias de controle externo.

O modelo estadunidense tem a aparente vantagem de permitir a especialização das funções das agências e do Judiciário, reduzindo o atrito entre as instituições e possibilitando maior celeridade e eficiência sistêmica: as agências se especializam em produzir os relatórios com a maior fidelidade possível e o Poder Judiciário garante que o programa regulatório da agência não ofende os princípios jurídicos e direitos constitucionais, e que as decisões da mesma são produzidas com razoabilidade.³¹⁷ Este modelo que se aproxima do controle efetivado pela via do

³¹⁴ FORTINI, Cristiana. Aspectos relevantes dos contratos administrativos. **Fórum de Contratação e Gestão Pública FCGP**, Belo Horizonte, ano 7, n. 83, nov. 2008. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=55668>>. Acesso em: 21 set. 2017

³¹⁵ SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito Administrativo para Céticos**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 206.

³¹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão nº 802.442. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, DF, 01 de março de 2013. **Diário da Justiça Eletrônico**. Brasília, 07 mar. 2013.

³¹⁷ MERRIL, Thomas W. The origins of American-Style judicial review. In: ROSE-ACKERMAN, Susan; LINDSETH, Peter L. **Comparative Administrative Law**. Northampton, MA, Usa: Edward Evezelgar Publishing Limited, 2013, p. 389, p. 411.

Mandado de Segurança, na medida em que há limitação da produção probatória no âmbito do Poder Judiciário caso eleita esta via processual judicial.³¹⁸

Nos Estados Unidos é reconhecida na autoridade administrativa uma fonte válida e respeitada de decisões. Não há a presunção de um monopólio da melhor decisão, mesmo de jurisdição, sendo o Poder Judiciário deferente às demais instâncias de Controle e às autoridades administrativas. Ainda que passíveis de equívoco e, por tal razão, submissíveis ao crivo do Controle, às agências é reservada parcela de competência que não pode ser arvorada em razão do *Judicial Review*. O advento da edição, no Brasil, da Lei Federal nº 13.655 de 25 de abril de 2018 alterando o Decreto-Lei nº 4.567, de 07 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às normas de Direito Brasileiro) para incluir “disposições sobre a segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público”, dá pista de que o cenário brasileiro é diverso. O relator da proposta, consigna expressamente que não é raro o Administrador “tomar decisões fundamentadas e de boa-fé, e mesmo assim ser processado pessoalmente só porque o controlador tem opiniões diferentes”.³¹⁹

A intenção da legislação é condicionar a atuação dos órgãos de controle, de maneira paralela ao que se vê no instituto da deferência estadunidense, quando determina que as instâncias judicial e controladora adotem um viés

³¹⁸ A Lei Federal No 12.016, de 07 de agosto de 2009, prevê que “Art. 1º Conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por **habeas corpus** ou **habeas data**, sempre que, ilegalmente ou com abuso de poder, qualquer pessoa física ou jurídica sofrer violação ou houver justo receio de sofrê-la por parte de autoridade, seja de que categoria for e sejam quais forem as funções que exerça”. A expressão “direito líquido e certo” deve ser lida como prova documental pré-constituída (QUEIROGA, Bernardo Henrique Campos; GUIMARÃES, Jader Ferreira. A pertinência jurídica do mandado de segurança na atual sistemática jurídica processual brasileira. **Fórum Administrativo - FA**, Belo Horizonte, ano 10, n. 118, dez. 2010. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCtd=70787>>. Acesso em: 20 maio 2018.).

³¹⁹ ANASTASIA, Antônio Augusto Junho. Apresentação. In: PEREIRA, Flávio Henrique Unes. **Segurança Jurídica e Qualidade das Decisões Públicas: Desafios de uma Sociedade Democrática**. Brasília: Senado Federal, 2015. p. 05-06. Disponível em: <<http://antonioaugustooanastasia.com.br/wpcontent/uploads/2015/09/segurancajuridica.pdf>>. Acesso em: 13 maio 2018, p. 5. O Senador ainda consigna que “O projeto de lei sugere um art. 20 para a LICC. Ele trataria das decisões judiciais, administrativas e controladoras (dos Tribunais de Contas, hoje ativos e interventivos) que se baseiem em ‘valores jurídicos abstratos’ (que podem ser entendidos como princípios). É fácil entender a importância de uma norma desse tipo. Como hoje se acredita cada vez mais que os princípios podem ter força normativa – não só nas omissões legais, mas em qualquer caso – o mínimo que se pode exigir é que juízes e controladores (assim como os administradores) pensem como políticos. Por isso, a pro- posta é que eles tenham de ponderar sobre ‘as consequências práticas da decisão’ e considerar as ‘possíveis alternativas’ (art. 20, caput e § único).” (ANASTASIA, Antonio. In: PEREIRA, Flávio Henrique Unes. **Segurança jurídica e qualidade das decisões públicas**, p. 14.

consequencialista em suas decisões, e considerem “as possíveis alternativas”.³²⁰ À semelhança da prática estadunidense, a lei intenta estabelecer que o terreno para análise da validade dos atos da administração deve ser o mesmo no qual o Administrador responsável pela análise inicial o fez, na medida em que “obriga o julgador a avaliar, na motivação, a partir de elementos idôneos coligidos no processo administrativo, judicial ou de controle, as consequências práticas de sua decisão. E, claro, esse dever se torna ainda mais importante quando há pluralidade de alternativas”.³²¹

A norma, entretanto, vai além, determinado que o controle também faça uma análise casuística das demandas, ao determinar que “na interpretação de normas sobre gestão pública, serão considerados os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo, sem prejuízo dos direitos dos administrados.”³²² A intenção do legislador parece ser a de tornar familiar ao controlador a matriz de elementos que são envolvidas nas análises de natureza política.

Existe, entretanto, certo contraste que deve ser levado em conta quando da análise da questão da deferência. Os Estados Unidos já atingiram patamar de desenvolvimento elevado e, de maneira geral, consegue oferecer aos cidadãos de seu território uma qualidade de vida mais satisfatória que a brasileira, o que se verifica por sua classificação no Índice de Desenvolvimento Humano da Organização das Nações Unidas (10º lugar).³²³ O Brasil ainda convive com uma situação de subdesenvolvimento, com elevado grau de desigualdade, um elevado e crescente número de deslocados do mínimo existencial.

A advertência de Daniel Hachem, no sentido de que “o subdesenvolvimento não se trata de um momento naturalmente prévio ao

³²⁰ BRASIL. Decreto Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. **Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro**. D.O., 09 set. 1942. Disponível em: <[http://legislacao.planalto.gov.br/legisla/legislacao.nsf/Viw_Identificacao/DEL4.6571942?Open Document](http://legislacao.planalto.gov.br/legisla/legislacao.nsf/Viw_Identificacao/DEL4.6571942?Open+Document)>. Acesso em: 18 mai. 2018. Art. 20, parágrafo único.

³²¹ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; SUNDFELD, Carlos Ari; DALLARI, Adilson de Abreu. Et. Al. **Resposta aos comentários tecidos pela Consultoria Jurídica do TCU ao PL nº 7.448/2017**. [n.i.]: [n.i.], 2017. Disponível em: <http://www.ninc.com.br/img/pesquisa/arquivo_20180428170434_103.pdf>. Acesso em: 12 maio 2018.

³²² BRASIL. Decreto Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. **Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro**, Art. 22.

³²³ PROGRAMA DAS NAÇÕES UNIDAS PARA O DESENVOLVIMENTO. **Human Development Index**. 2016. Disponível em: <<http://hdr.undp.org/en/indicators/137506>>. Acesso em: 21 mar. 2017.

desenvolvimento, mas sim, de uma condição particular de determinadas sociedades, com características próprias”,³²⁴ é pertinente para lembrar que o desenvolvimento é uma luta para superar os próprios obstáculos à garantia da qualidade de vida dos seus cidadãos – e não uma corrida entre diferentes Estados Nacionais para garantir simplesmente a ponta do *ranking*. Por este motivo, a comparação entre países tão diferentes neste plano parece relevante para impulsionar alternativas de melhoria de ambos os sistemas.

Para além, no plano normativo, o plexo de direitos fundamentais, especialmente sociais, na Constituição Brasileira é sensivelmente mais extenso do que a estadunidense, cujo texto cuida fundamentalmente da organização do Estado. Em parte por conta do momento histórico de sua elaboração (mais de um século antes do debate acerca dos direitos fundamentais, mais relevante a partir da década de 1970 do século em curso) e em parte porque muitos conservadores viam as normas internacionais de direitos humanos como uma ameaça à ordem constitucional estadunidense.³²⁵ Ilustrativo exemplo dessa situação é o fato de que os Estados Unidos admitiam políticas discriminatórias baseadas na cor até a década de 1950,³²⁶ além de não reconhecerem a existência de uma eficácia horizontal de nenhuma das cláusulas constitucionais.³²⁷

É de se convir que é muito mais confortável assumir uma postura deferente quando não estão em jogo direitos tão próximos à própria dignidade ou à vida humana (como acesso à saúde) ou mesmo quando já se parte de uma postura ideológica que reconhece a condição de país desenvolvido. A opção por encartar determinados direitos, feita pelo Constituinte brasileiro de 1988, cria “relações de débito e crédito entre cidadania e Administração Pública, que em outros contextos se apresentariam como problemas próprios ao campo das escolhas políticas”.³²⁸ Esta “conta corrente”, aliada à cláusula constitucional de inafastabilidade da jurisdição,

³²⁴ HACHEM, Daniel. A maximização dos direitos fundamentais econômicos e sociais pela via administrativa e a promoção do desenvolvimento. **Revista de Direitos Fundamentais e Democracia**, v. 13, n. 13, jan.-jun., 2013, p. 340-399, p. 382.

³²⁵ SLOSS, David L.. How International Human Rights Transformed the US Constitution. **Human Rights Quarterly**, [s.l.], v. 38, n. 2, p.426-449, 2016. Johns Hopkins University Press. <http://dx.doi.org/10.1353/hrq.2016.0027>.

³²⁶ SLOSS, David L.. How International Human Rights Transformed the US Constitution.

³²⁷ BEDI, Sonu. The Scope of Formal Equality of Opportunity. **Political Theory**, [s.l.], v. 42, n. 6, p.716-738, 9 jul. 2014. SAGE Publications.

³²⁸ VALLE, Vanice Regina Lirio do. Controle judicial de políticas públicas: sobre os riscos da vitória da semântica sobre o normativo. **Revista de Direitos Fundamentais e Democracia**, Curitiba, v. 14, n. 14, p.387-408, 2013, p. 390.

bem como ao plexo relevante de competências das Cortes de Contas, torna a atuação mais contundente das estruturas de controle mais confortável para o jurista brasileiro. Mas como este aspecto impacta os aspectos procedimentais das contratações públicas?

No fundo, o papel da licitação é mimetizar uma transação de mercado, dirigida com o máximo de objetividade possível, já que ao Estado não é dada autonomia da vontade, mas o dever de atuar de forma impessoal e democrática. O procedimento licitatório é instrumento estatal de governança para a operacionalização da isonomia e da impessoalidade, ofertando ao mercado afluente clareza e objetividade das condições para a assunção da posição de contratado do Estado.³²⁹ No Brasil, como se dará maior destaque adiante, é a isonomia – direito fundamental de magnitude elevada – o valor que informa de maneira mais veemente o procedimento concorrencial para a contratação pública.

Em matéria de licitações, a atividade administrativa tem a Constituição e a lei (em sentido estrito) como arrimo de seu desenlace e, ao mesmo tempo, mecanismo de garantia de que a escolha do ente público será pautada em critérios objetivos e previamente definidos. A Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993 (Lei Geral de Licitações), a Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2012 (que criou a modalidade licitatória denominada pregão), a Lei nº 12.462, de 04 de agosto de 2011 (Lei do Regime Diferenciado de Contratações) e a Lei nº 13.303, de 30 de junho de 2016 (Lei das Estatais), encontram fundamento de validade no dispositivo do Art. 37, X da Constituição Federal, mas trazem os aspectos procedimentais com liberdade ampla.

Não há, nem no cenário brasileiro, menos ainda no estadunidense, um direito fundamental a ser contratado pelo Estado ou a determinado procedimento de contratação. A diferença fundamental entre ambos os países reside no fato de que a lei brasileira limita com maior veemência a discricionariedade das escolhas feitas pelo administradores no âmbito de processos licitatórios, oferecendo aos órgãos de controle instrumentos de atuação. Em outras palavras, o espaço normativo atinente à ação da Administração é confinado, no Brasil, a aspectos procedimentais mínimos. Nos EUA, a administração pode, inclusive, criar um procedimento específico para determinada sorte de contratação, já que o desenvolvimento ou teste de novas

³²⁹ NIEBUHR, Joel de Menezes. **Licitação pública e contrato administrativo**. 4. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2015, p 34.

técnicas e métodos de aquisição não deve ser reprimido, simplesmente porque tal ação poderia requerer um desvio da regulação.³³⁰

Para além, o débito da Administração brasileira com o adimplemento de outros direitos fundamentais, cria um descrédito que se traduz na falta de deferência para com as escolhas feitas pelos administradores públicos. O espaço, que já é reduzido pela lei, fica ainda mais diminuto em função da contundência das ações direcionadas ao controle.

É possível que a determinação normativa da Lei Federal nº 13.655, de 25 de abril de 2018, se efetivamente respeitada, permita a melhor visualização dos espaços de escolha de cada um dos legitimados para exercício do poder estatal, contribuindo para a maturação da divisão das funções estatais sem a necessidade de maximização de qualquer das estruturas constitucionalmente previstas. Uma lição importante dada pela realidade estadunidense é a necessidade de redistribuição do espaço normativo entre as diversas instâncias, de modo a permitir que o administrador tenha mais liberdade para estabelecer como contrata. Mais do que alterar o balanço dos poderes no exercício da regulação da temática de licitações ou buscar livrar a Administração de amarras ineficientes, é relevante ter atenção ao aspecto da consensualidade “como elemento decisivo para equilíbrio da relação contratual administrativa complexa, de modo a compatibilizar o ambiente novo da coordenação e cooperação administrativa com a tradicional imperatividade e subordinação da Administração Pública.”³³¹

³³⁰ No original: “The development and testing of new techniques and methods of acquisition should not be stifled simply because such action would require a FAR deviation.” ESTADOS UNIDOS DA AMERICA. **Federal Acquisition Regulation**. Washington, DC, Subparte 1.402.

³³¹ VALLE, Vivian Cristina Lima López. **Contratos Administrativos e um novo regime jurídico de prerrogativas contratuais na Administração Pública contemporânea**: da unilateralidade ao consenso e do consenso à unilateralidade na relação contratual administrativa. 2017. 265 f. Tese (Doutorado) - Curso de Doutorado em Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2017, p. 97

CAPÍTULO TERCEIRO

O PAPEL DO PROCEDIMENTO E DA COMPETIÇÃO NAS CONTRATAÇÕES PÚBLICAS

3.1. Contratação pública e procedimento em termos comparados

No Brasil, a competição na contratação pública é realizada por intermédio da licitação, que é um conceito de natureza dinâmica, ou seja, é composto por “uma sucessão de atos e fatos administrativos, encadeados e ligados a uma finalidade última: alcançar a proposta mais vantajosa à Administração, mediante disputa isonômica e eficiente”.³³² É o que se pode chamar de perfil fenomenológico da licitação, na medida em que é no procedimento que se reconhece a forma pela qual a licitação se apresenta no mundo real.

É natural que se imagine uma flexibilidade no modo pelo qual se manifesta a licitação, a depender do que se adquire, motivo pelo qual “a estrutura do processo licitatório variará conforme a extensão da disputa e a natureza da pretensão buscada”.³³³ Para objetos mais caros ou complexos, devem existir mecanismos próprios e adequados para o estabelecimento de competição.

Tal ligação entre competição e procedimento aponta para a necessidade de atenção ao planejamento da aquisição, conhecida no Brasil como fase interna (ou preparatória). Esta parte do procedimento tem como ponto objetivo a definição da necessidade estatal a ser satisfeita por meio do objeto contratual.³³⁴ Ao definir o que vai contratar, a Administração também fixa os parâmetros de como vai comprar. Por tal motivo, “um dos principais objetivos do planejamento da aquisição é o uso de competição, sempre que possível”.³³⁵ O posicionamento majoritário, entretanto, assevera que a licitação, e portanto, a competição entre os interessados em adquirir

³³² MOREIRA, Egon Bockmann; GUIMARÃES, Fernando Vernalha. **Licitação Pública: A Lei Geral de Licitação - LGL e o Regime Diferenciado de Contratação - RDC**. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2012, p. 101.

³³³ MOREIRA, Egon Bockmann; GUIMARÃES, Fernando Vernalha. **Licitação Pública: A Lei Geral de Licitação - LGL e o Regime Diferenciado de Contratação - RDC**, p. 101.

³³⁴ GUERRA, Evandro Martins; NAVES, Luís Emílio Pinheiro. Políticas públicas na fase interna d licitação. **Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP**, Belo Horizonte, ano 11, n. 131, nov. 2012. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdicntd=82308>>. Acesso em: 20 set. 2017

³³⁵ No original: A major Goal of acquisition, planning is to use competition whenever feasible.” CIBINIC JUNIOR, John; NASH JUNIOR, Ralph C.; YUKINS, Christopher R. **Formation of Government Contracts**. 4. ed. Washington, DC: Wolters Kluwer, 2011, p. 293

a posição de contratado do Estado, somente se inicia quando se divulga o instrumento convocatório.³³⁶

Assim, a análise proposta no presente capítulo é focada nos aspectos procedimentais concorrenciais de modo estrito, ou seja, decorrentes da parte pública do procedimento licitatório, embora, reconheça-se, que desde a especificação do objeto é possível estabelecer diretrizes para a formação da concorrência.

A legislação de contratações brasileira convencionou chamar os tipos procedimentais de licitações de “modalidades”.³³⁷ São seis os tipos ordinários legalmente previstos: concorrência, tomada de preços, convite, concurso, leilão, e pregão. As cinco primeiras têm previsão na lei geral de contratação, Lei nº 8.666/93, o pregão tem previsão na Lei nº 10.520/2002. Constituem alternativas a estes tipos o Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC), com previsão na Lei nº 12.462, de 04 de agosto de 2011, e o procedimento licitatório para estatais, com previsão na Lei nº 13.303/2016.

As demais, também denominadas modalidades comuns, visam à contratação de objetos de maneira inespecífica. É de se notar que cada uma destas modalidades apresenta “grau de exigências e procedimentos especialmente talhados para enfrentar a realidade do objeto a ser contratado”.³³⁸ Isto é, “concorrência, tomada de preços e convite apresentam estruturação diversa quanto às fases de divulgação, proposição e habilitação”.³³⁹ O mesmo raciocínio é plenamente aplicável ao pregão.

A concorrência é legalmente descrita como “a modalidade de licitação entre quaisquer interessados que, na fase inicial de habilitação preliminar, comprovem possuir os requisitos mínimos de qualificação exigidos no edital para execução de seu objeto”.³⁴⁰ Por ser a modalidade que estabelece a tipologia padrão de

³³⁶ FURTADO, Lucas Rocha. Procedimento da licitação. **Fórum de Contratação e Gestão Pública - FCGP**, Belo Horizonte, ano 9, n. 99, mar. 2010. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=65960>>. Acesso em: 16 jul. 2018.

³³⁷ É o teor do caput do Artigo 22 da Lei. Cf.: BRASIL. **Lei n. 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. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666cons.htm>. Acesso em: 24 out. 2017.

³³⁸ PESTANA, Marcio. **Licitações Públicas no Brasil**: Exame integrado das leis 8.666/93 e 10.520/2002, p. 311.

³³⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 17. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 420.

³⁴⁰ BRASIL. **Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993**. Art. 22, § 1º

procedimentos de contratação pública,³⁴¹ a sequência lógica de atos aplicável à tal modalidade serve de base para qualquer das outras previstas em lei, embora “aplicação desse procedimento às demais modalidades de licitação deve ser feita tomando sempre em consideração as particularidades de cada uma dessas outras modalidades, regra aplicável inclusive ao pregão”.³⁴²

Tal modalidade pode ser utilizada para a contratação de qualquer valor, utilizando-se um dos critérios permitidos pela lei, embora seja “destinada aos contratos mais complexos e mais importantes, de acordo com a avaliação do legislador”,³⁴³ motivo pelo qual é obrigatória nos seguintes casos: para obras e serviços de engenharia cujo valor ultrapasse R\$ 3.300.00,00 (três milhões e trezentos mil reais);³⁴⁴ nos demais objetos, para valores que ultrapassem R\$ 1.430.000,00 (um milhão, quatrocentos e trinta mil reais).³⁴⁵

A concorrência é ainda o padrão procedimental para licitações internacionais,³⁴⁶ bem como procedimentos destinados a compras e alienações de bens imóveis.³⁴⁷ Os interessados em participar de uma licitação na modalidade concorrência são convocados pela Administração por meio de edital, divulgado com antecedência mínima de 45 (quarenta e cinco) dias, quando a licitação for decidida pelo critério de melhor técnica ou técnicas, ou o contrato dever ser firmado por empreitada integral e de 30 (trinta) dias, para os demais casos.³⁴⁸

A Tomada de Preços, por sua vez, é descrita pela lei como o tipo procedimental em que a disputa se desenvolve “entre interessados devidamente cadastrados ou que atenderem a todas as condições exigidas para cadastramento até o terceiro dia anterior à data do recebimento das propostas, observada a necessária qualificação”.³⁴⁹

É tipo procedimental destinado a preceder contratações de vulto intermediário, motivo pelo qual a lei estabeleceu uma banda de valores dentro da

³⁴¹ NIEBUHR, Joel de Menezes. Modalidades de licitação pública. **Fórum de Contratação e Gestão Pública - FCGP**, Belo Horizonte, ano 10, n. 113, maio 2011. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=73045>>. Acesso em: 16 jul. 2018.

³⁴² FURTADO, Lucas Rocha. Procedimento da licitação.

³⁴³ NIEBUHR, Joel de Menezes. Modalidades de licitação pública.

³⁴⁴ Decreto 9.412, Art. 23, I, “c”

³⁴⁵ BRASIL. Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993. Art. 23, II, “c”

³⁴⁶ BRASIL. Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993., Art. 23, § 3º

³⁴⁷ BRASIL. Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993. Art. 23, § 3º

³⁴⁸ BRASIL. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Art. 2, § 3º

³⁴⁹ BRASIL. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Art. 22, § 2º

qual seu uso é preferencial: para obras e serviços de engenharia entre R\$ 330.000,00 (trezentos e trinta mil reais) e R\$ 3.300.000,00 (três milhões e trezentos mil reais); para as demais espécies de objetos, entre R\$ 176.000,00 (cento e setenta e seis mil reais) e R\$ 1.430.000,00 (um milhão, quatrocentos e trinta mil reais).³⁵⁰

A restrição aos afluentes da Tomada de Preços, por ser a mesma modalidade destinada à participação de proponentes previamente cadastrados, conduz à desnecessidade de realização da etapa de habilitação das concorrentes, salvo se forem exigidos para a habilitação documentos não integrantes do rol dos exigidos para o cadastramento prévio.³⁵¹

A banda de valores nos quais seu uso é preferencial e a característica específica da habilitação distinguem a Tomada de Preços da Concorrência, por “estabelecer um rito mais sumário para o certame, reduzindo custos e ensejando maior agilidade ao procedimento licitatório”.³⁵² As demais etapas seguem o padrão estabelecido na modalidade Concorrência.

O Convite restringe a competição “entre interessados do ramo pertinente ao seu objeto, cadastrados ou não, escolhidos e convidados em número mínimo de 3 (três) pela unidade administrativa”, permitindo, entretanto, a participação no certame “aos demais cadastrados na correspondente especialidade que manifestarem seu interesse com antecedência de até 24 (vinte e quatro) horas da apresentação das propostas”.³⁵³

O Tribunal de Contas da União tem entendido que o convite deve contar com, pelo menos, “três propostas aptas à seleção”,³⁵⁴ sob pena de repetição do ato, salvo se “por limitações do mercado ou manifesto desinteresse dos convidados, for impossível a obtenção do número mínimo de licitantes exigidos”.³⁵⁵

Das modalidades comuns, é o “procedimento cujas formalidades são deveras amenizadas, uma vez que deveria ser utilizada somente em licitações

³⁵⁰ BRASIL. Decreto nº 9412, de 18 de junho de 2018. Atualiza os valores das modalidades de licitação de que trata o art. 23 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Art. 1º, I, “b” e II “b”.

³⁵¹ NIEBUHR, Joel de Menezes. Modalidades de licitação pública.

³⁵² NÓBREGA, Airton Rocha. Ritos nas licitações: aspectos procedimentais da tomada de preços. **Fórum de Contratação e Gestão Pública - FCGP**, Belo Horizonte, ano 3, n. 27, mar. 2004. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=8802>>. Acesso em: 17 jul. 2018.

³⁵³ BRASIL. **Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993**. Art. 22, § 3.

³⁵⁴ BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Súmula 248**. Brasília, DF.

³⁵⁵ BRASIL. **Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993**. Art. 22, § 7º.

públicas de menor relevância, cujos valores envolvidos sejam reduzidos”.³⁵⁶ Deve ser utilizado dentro de uma banda de valores de menor monta: para obras e serviços de engenharia até R\$ 330.000,00 (Trezentos e trinta mil reais); para compras e serviços de outra natureza até R\$ 176.000,00 (Cento e setenta e seis mil reais).³⁵⁷

A lei brasileira proíbe, expressamente, que se criem outras modalidades ou que se proceda à combinação das existentes³⁵⁸, além de vedar a utilização de modalidades menos complexas em caso de parcelamento de um objeto contratual ou de objetos de mesma natureza.³⁵⁹

Resta tratar, enquanto modalidade de licitação integrante do modelo brasileiro de contratações públicas, do Pregão. Com residência fora da Lei Geral de Licitações e Contratos Administrativos, o pregão acabou por “substituir a disciplina tradicional consagrada na Lei nº 8.666/93 por instrumentos licitatórios mais ágeis e rápidos”.³⁶⁰ O advento da lei tem como móvel de adoção “a desburocratização do sistema de compras administrativas, bem como a diminuição dos custos”.³⁶¹

Esta modalidade, ao revés das previstas na lei geral, não tem sua aplicabilidade definida por uma banda de valor da contratação pretendida: é a natureza do objeto que define se será possível ou não à administração usar o pregão. Na dicção da lei, a modalidade pregão poderá ser utilizada “para aquisição de bens e serviços comuns”.³⁶²

Por bens e serviços comuns a lei definiu “aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio

³⁵⁶ NIEBUHR, Joel de Menezes. Modalidades de licitação pública.

³⁵⁷ BRASIL. **Decreto nº 9.412, de 18 de junho de 2018**. Atualiza os valores das modalidades de licitação de que trata o art. 23 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Art. 1º, I, “a” e II “a”.

³⁵⁸ BRASIL. **Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993**. Art. 22, § 8º

³⁵⁹ O Parágrafo 5º da Lei nº 8.666/93 diz que: “É vedada a utilização da modalidade ‘convite’ ou ‘tomada de preços’, conforme o caso, para parcelas de uma mesma obra ou serviço, ou ainda para obras e serviços da mesma natureza e no mesmo local que possam ser realizadas conjunta e concomitantemente, sempre que o somatório de seus valores caracterizar o caso de “tomada de preços” ou ‘concorrência’, respectivamente, nos termos deste artigo, exceto para as parcelas de natureza específica que possam ser executadas por pessoas ou empresas de especialidade diversa daquela do executor da obra ou serviço.”

³⁶⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. **Pregão: Comentários à legislação do Pregão Comum e Eletrônico**. 4. ed. São Paulo: Dialética, 2005. p. 9

³⁶¹ MORAIS, Isaias Fonseca. **Manual de Direito Administrativo**. Teoria e Prática. Juruá: Belo Horizonte, 2010, p. 320.

³⁶² BRASIL. **Lei nº 10.520, de 17 de Julho de 2002**: Institui, no âmbito da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, nos termos do art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, modalidade de licitação denominada pregão, para aquisição de bens e serviços comuns, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10520.htm>. Acesso em: 30 ago. 2017.

de especificações usuais no mercado”.³⁶³ A interpretação que a doutrina tem dado para o referido dispositivo é literal (senão extensiva), no sentido de que “praticamente todos os bens e serviços foram considerados comuns; poucos, na verdade, estarão fora da relação”.³⁶⁴

São quatro os aspectos procedimentais marcantes relativos ao pregão: a possibilidade de o licitante reduzir o valor de sua proposta na fase de julgamento, a inversão de fases e a redução dos recursos a apenas uma oportunidade,³⁶⁵ além da possibilidade de ser realizado por meio eletrônico.³⁶⁶ Tratam-se de inovações relevantes, na medida em que “esse modelo de licitação levou a uma forte ampliação do número de participantes e a uma guerra de preços, com impacto significativo na economia de recursos públicos”.³⁶⁷

ão

Para que se tenha ideia da relevância prática do Pregão, tal modalidade, em 2017, foi utilizada em 20.671 dos 98.779 procedimentos de compras públicas realizadas no âmbito da União,³⁶⁸ importando no emprego de mais de R\$ 18 bilhões, o que corresponde a mais de 38% (trinta e oito por cento) dos valores licitados em 2017; se considerados apenas os procedimentos de natureza concorrencial, o Pregão responde por 97% (noventa e sete por cento) dos procedimentos e 88% dos volumes empregados.³⁶⁹

Nos Estados Unidos, o *Competition in Contracting Act* de 1984, estabelece uma preferência pelos mecanismos de competição nas contratações públicas, determinando o uso dos procedimentos competitivos previstos na regulação,

³⁶³ BRASIL. **Lei no 10.520, de 17 de Julho de 2002**. Art. 1º, parágrafo primeiro.

³⁶⁴ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 304.

³⁶⁵ GUARIDO, Fernanda Alves Andrade; GUARIDO FILHO, Edson Ronaldo; EBERLE, Veronica. Pregão Eletrônico como Mito Racional: Análise dos Processos Licitatórios do Banco do Brasil. **Desenvolvimento em Questão**, [s.l.], v. 15, n. 41, p.233-274, 21 out. 2017. Disponível em: <<https://www.revistas.unijui.edu.br/index.php/desenvolvimentoemquestao/article/view/4326>>. Acesso em: 15 jun. 2018.

³⁶⁶ Diz a lei: “Poderá ser realizado o pregão por meio da utilização de recursos de tecnologia da informação, nos termos de regulamentação específica”. BRASIL. **Lei no 10.520, de 17 de Julho de 2002**. Art. 2º, §1º.

³⁶⁷ SUNDFELD, Carlos Ari. Contratações Públicas e o Princípio da Concorrência. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Org.). **Contratações Públicas e Seu Controle**. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 23.

³⁶⁸ O que representa um percentual de 20,93% (vinte vírgula noventa e três por cento).

³⁶⁹ BRASIL. MINISTÉRIO DO PLANEJAMENTO DESENVOLVIMENTO E GESTÃO. **Painel de Compras**: Governo Federal. 2018. Disponível em: <<https://paineldecompras.planejamento.gov.br/>>. Acesso em: 08 de abril de 2018.

estabelecendo o dever de obtenção de “ampla e irrestrita competição pelo uso de procedimentos competitivos”,³⁷⁰ bem como o uso de “combinação de procedimentos competitivos que melhor se adequem as circunstâncias da aquisição”.³⁷¹ O objetivo da competição desejada pela lei estadunidense é a permissão para que todas as possíveis fornecedoras confiáveis participem da seleção, prioritariamente através dos dois tipos procedimentais que elenca de maneira expressa: o diálogo competitivo³⁷² e a concorrência.³⁷³

O tipo padrão de licitação na estrutura procedimental estadunidense é a Concorrência,³⁷⁴ já que, uma vez estando presentes as condições legalmente estipuladas, seu uso é obrigatório, não havendo espaço para a escolha discricionária.³⁷⁵ A lei estipula que sua aplicabilidade está condicionada a: 1) Existência de tempo hábil para a solicitação, submissão e avaliação das propostas seladas; 2) O critério para a escolha do vencedor for preço ou outros fatores a este relacionados; 3) Não ser necessário dialogar com os licitantes sobre suas propostas e; 4) houver expectativa razoável de receber mais de uma proposta.³⁷⁶

³⁷⁰ No original: “full and open competition through the use of competitive procedures”. ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **United States Code**. Título nº 10, §§2304...

³⁷¹ No original “competitive procedure or combination of competitive procedures that is best suited under the circumstances of the procurement”. ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **United States Code**. Título nº 10, §§2304.

³⁷² A regulação estadunidense usa a expressão “Competitive Proposals” cuja tradução literal é “propostas competitivas”. O Projeto de Lei nº 6.874/2017 da Câmara Federal, que trata da nova lei de licitações brasileira usa a tradução da terminologia europeia pra designar a modalidade com feições procedimentais similares à estadunidense. Por tal motivo, foi adotada a tradução que tende a ser a mais familiar à experiência nacional.

³⁷³ A regulação estadunidense usa a expressão “sealed bids”, cuja tradução literal é “propostas seladas”. A tipologia do procedimento como um todo torna-o próximo à concorrência, de modo que a tradução pela expressão já conhecida da experiência brasileira se mostra mais adequada. Em vetor oposto, mas corroborando César pereira e Rafael Schwind denominam o modelo brasileiro de Concorrência como “Selaed competitive Bidding”. Cf.: PEREIRA, César; SCHWIND, Rafael Wallbach. Public Procurement in Brazil: access for foreign suppliers and compatibility with international procurement practices. In: GEORGOPULOS, Aris; HOEKMAN, Bernard; MAVROIDIS, Petros C. **The Internationalization of Government Procurement Regulation**. OUP Oxford, 2017. E-book Kindle, posição 9235.

³⁷⁴ Muito embora, na prática, as técnicas de contratação negociada sejam as preferidas da administração estadunidense. C.f.: FELDMAN, Steven. Cf.: **Government Contracts**: in a Nutshell. 6ª edição. Huntsville, Alabama: West Academic Publishing, 2016. Kindle Edition, p. 89.

³⁷⁵ CIBINIC JUNIOR, John; NASH JUNIOR, Ralph C.; YUKINS, Christopher R. **Formation of Government Contracts**. 4. ed. Washington, Dc: Wolters Kluwer, 2011, p. 333.

³⁷⁶ A Lei guarda o seguinte teor: (a)(1) Except as provided in subsections (b), (c), and (g) and except in the case of procurement procedures otherwise expressly authorized by statute, the head of an agency in conducting a procurement for property or services- (A) shall obtain full and open competition through the use of competitive procedures in accordance with the requirements of this chapter and the Federal Acquisition Regulation; and (B) shall use the competitive procedure or combination of competitive procedures that is best suited under the circumstances of the procurement. (2) In determining the competitive procedure appropriate under the circumstances, the head of an

A similaridade do procedimento com a experiência brasileira reside no fato de que o “aspecto-chave para contratar através do uso da concorrência é sua formalidade – é um sistema de regulamentos estreitos dados por rígidos requisitos do FAR.”³⁷⁷ Entretanto, este mecanismo está caindo em desuso pelas agências, sendo utilizada mais frequentemente para “construções de rotina, renovação ou reparo de prédios ou outras estruturas, serviços simples, tais como serviços de limpeza e objetos comuns”.³⁷⁸

O procedimento descrito pela regulação é relativamente simples: 1) A administração prepara o instrumento convocatório, denominado convite,³⁷⁹ que deve discriminar os requisitos de forma clara, precisa e completa; 2) Publicação do convite, que deve ser distribuído a todos os possíveis interessados e publicado pelos meios cabíveis; 3) Submissão e abertura das propostas, que deve ser feita no local e hora declarado no instrumento convocatório, de forma pública; 4) Julgamento das propostas, sem possibilidade de negociações; 5) Adjudicação ao licitante que apresentar a proposta mais vantajosa.³⁸⁰

É possível que a concorrência se dê ainda em duas etapas: a primeira, em que se avaliam apenas propostas de natureza técnica; a segunda, que conta com a participação exclusivamente daquelas licitantes cujas propostas atenderam aos requisitos técnicos, é avaliada a proposta relativa ao preço, dentro do procedimento já exposto anteriormente.³⁸¹ Nesta hipótese, há notável similitude com o procedimento para licitações do tipo “técnica e preço” previstas na legislação brasileira.

Não estando presente alguma das condicionantes para o uso apropriado da Concorrência, o Diálogo Competitivo é a modalidade cabível, nos termos da lei

agency- (A) shall solicit sealed bids if- (i) time permits the solicitation, submission, and evaluation of sealed bids; (ii) the award will be made on the basis of price and other price-related factors; (iii) it is not necessary to conduct discussions with the responding sources about their bids; and (iv) there is a reasonable expectation of receiving more than one sealed bid;”. Cf.: ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **United States Code**. Título 10 e Título 41, §3301.

³⁷⁷ No original: “The key to purchasing through the use of sealed bids is its formality—it is a closely regulated system governed by the rigid FAR requirements”. Cf.: FELDMAN, Steven. **Government Contracts**: in a Nutshell. p. 227.

³⁷⁸ No original: “routine construction, renovation or repair of buildings and other structures, noncomplex services , such as janitorial services , and off - the - shelf commercial supply”. FELDMAN, Steven. Cf.: **Government Contracts**: in a Nutshell, p. 226.

³⁷⁹ No original: “invitation for bids”.

³⁸⁰ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **Federal Acquisition Regulation**. Subparte 14.1.

³⁸¹ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **Federal Acquisition Regulation**. Subparte 14.501.

estadunidense.³⁸² Em sumo, “se a aceitação sem negociações não é possível ou desejável, a Administração conduz negociações orais ou escritas com todos os ofertantes dentro da margem de competição”.³⁸³

O uso da negociação em um ambiente de contratação tem como plano “minimizar a complexidade da solicitação, a avaliação e o julgamento da proposta, enquanto mantém um processo desenhado para adotar uma avaliação compreensiva e imparcial das propostas.”³⁸⁴ O trecho destacado mostra um traço presente na regulamentação estadunidense: a norma não trata apenas de estabelecer diretrizes procedimentais, mas também de estabelecer os parâmetros estratégicos ou interpretativos sobre os quais se estendem as normas de operação dos procedimentos licitatórios.

O grande diferencial do Diálogo Competitivo é a alocação da análise de custo-benefício da contratação no momento da seleção do contratado, na medida em que o “processo de negociação é suficientemente flexível para que a Administração possa também fazer ofertas durante o curso das negociações”.³⁸⁵ Nas contratações brasileiras, essa análise é necessariamente feita na definição do objeto, sendo o procedimento concorrencial somente responsável por *executar o código* anteriormente desenvolvido.

O prazo entre a publicação do aviso e o encerramento do recebimento das propostas varia de acordo com a complexidade do objeto, mas deve ser de, pelo menos, 30 (trinta) dias, para as aquisições que sejam superiores ao limite para a espécie simplificada, que é de \$150.000,00 (Cento e cinquenta mil dólares).³⁸⁶ Para a contratação de objetos relacionados a pesquisa e desenvolvimento, com valores

³⁸² O dispositivo da norma diz que: “(2) In determining the competitive procedure appropriate under the circumstances, the head of an agency- (...) (B) shall request competitive proposals if sealed bids are not appropriate under clause (A).” Cf.: ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **United States Code**. Título 10.

³⁸³ No original: “In competitive negotiation, if acceptance without discussions without discussions is not possible or desirable, the government conducts oral or written negotiations with all offerors within the competitive range.” Cf.: CIBINIC JUNIOR, John; NASH JUNIOR, Ralph C.; YUKINS, Christopher R. **Formation of Government Contracts**, p. 233.

³⁸⁴ No original: “to minimize the complexity of the solicitation, the evaluation, and the source selection decision, while maintaining a process designed to foster an impartial and comprehensive evaluation of offerors proposals”. Cf.: ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **Federal Acquisition Regulation**. Subparte 15.002.(b.)

³⁸⁵ No original: “the negotiation is sufficiently flexible so that the government can also make offer during the course of negotiations.” Cf.: CIBINIC JUNIOR, John; NASH JUNIOR, Ralph C.; YUKINS, Christopher R. **Formation of Government Contracts**. p. 233

³⁸⁶ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **Federal Acquisition Regulation**. Subparte 5.203, (d)

superiores ao limite de contratação simplificada, a publicação deve oferecer pelo menos 45 (quarenta e cinco) dias.³⁸⁷

Para as aquisições de itens comerciais, “o oficial de contratação deve considerar as circunstâncias de cada aquisição, tais como complexidade, características comerciais, disponibilidade e urgência”, e definir o prazo para o recebimento das propostas, de maneira a possibilitar prazo razoável para a formulação das propostas.³⁸⁸ O oficial de contratação é figura relevante no universo das contratações públicas estadunidenses, encontrando alguma semelhança com o pregoeiro da legislação brasileira, na medida em que é responsável pela execução das medidas relativas à contratação, em nome da Administração.³⁸⁹

No procedimento de Diálogo Competitivo padrão, a Administração estadunidense emite o instrumento convocatório chamado “pedido de propostas”,³⁹⁰ que deve descrever os requisitos da Administração, os termos já previstos para a aplicação no contrato (embora o contratado possa propor alterações), informações que devem constar na proposta, bem como os fatores que serão utilizados para a avaliação das propostas e sua relativa importância,³⁹¹ sendo o preço ou custo para a Administração critério mandatório de avaliação.³⁹²

Caso permitido no instrumento convocatório, é possível a remessa de propostas, inclusive, por meio eletrônico, já que as mídias eletrônicas são estabelecidas como preferidas pela regulação.³⁹³ O uso do ambiente eletrônico também é relevante no tocante à publicidade, eis que este é o meio preferencial para a divulgação das oportunidades de contratos com a administração pública

³⁸⁷ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **Federal Acquisition Regulation**. Subparte 5.203, (e)

³⁸⁸ O dispositivo diz que: “The contracting officer must establish a solicitation response time that will afford potential offerors a reasonable opportunity to respond to each proposed contract action, (including actions where the notice of proposed contract action and solicitation information is accessible through the GPE), in an amount estimated to be greater than \$25,000, but not greater than the simplified acquisition threshold; or each contract action for the acquisition of commercial items in an amount estimated to be greater than \$25,000. The contracting officer should consider the circumstances of the individual acquisition, such as the complexity, commerciality, availability, and urgency, when establishing the solicitation response time.” Cf.: ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Regulation nº N.I., de março de 2005. **Federal Acquisition Regulation**. Subparte 5.203, (b)

³⁸⁹ FELDMAN, Steven. **Government Contracts**: in a Nutshell, p. 12.

³⁹⁰ No original: “Request for proposals”.

³⁹¹ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Regulation nº N.I., de março de 2005. **Federal Acquisition Regulation**. Subparte 15.203.

³⁹² ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Regulation nº N.I., de março de 2005. **Federal Acquisition Regulation**. Subparte 15.304, c. 1.

³⁹³ CIBINIC JUNIOR, John; NASH JUNIOR, Ralph C.; YUKINS, Christopher R. **Formation of Government Contracts**, p. 511.

estadunidense. O sítio eletrônico “*Governmentwide Point of Entry (GPE)*”, agrega as informações sobre as oportunidades de contratos com valores superiores a US\$ 25,000.00 (Vinte e cinco mil dólares).³⁹⁴ Esta parcela da experiência estadunidense opõe-se ao caso brasileiro, expondo o descompasso da legislação brasileira com a realidade, em que ainda se vê necessária a publicação em imprensa oficial e em jornais de grande circulação, a variar conforme a área de competição.³⁹⁵ Ainda que se possa afirmar que o pregão eletrônico seja uma importante mudança no sentido da incorporação tecnológica, não é possível afirmar que tenha sido uma mudança disruptiva na forma de contratar, na medida em que se trata tão somente de uma experiência de digitalização do procedimento de contratação.

Resta claro que há uma margem relevante de discricionariedade para a Administração estadunidense, não somente em determinadas etapas da aquisição, mas na própria criação e condução do procedimento para a aquisição, refletindo o modelo de deslegalização adotado daquele país. O sistema brasileiro é mais vinculado à lei sem sentido estrito, o que talvez seja um fator dificultador do acompanhamento das necessidades sociais. Exemplo disso é o anacronismo dos meios de publicidade; um sintoma da incapacidade do Poder Legislativo em acompanhar o dinamismo da contemporaneidade. Vive-se em tempos cada vez mais digitais, enquanto o legislador brasileiro caminha a passos analógicos.

A legislação estadunidense, em oposição diametral à brasileira, permite expressamente a combinação de procedimentos competitivos, desde que tal medida seja melhor para as circunstâncias da aquisição e a possibilidade da adoção de tipologias procedimentais não previstas na lei ou na regulação. O fundamento é de que “o desenvolvimento e o teste de novas técnicas e métodos de aquisição não devem ser impedidos, simplesmente porque tal ação requer um desvio dos procedimentos previstos no FAR”.³⁹⁶ Se a agência verifica que o desvio tende a ser permanente, deve propor uma revisão do regulamento.³⁹⁷

A lei traz expressa delegação para a normatização pela *Federal Acquisition Regulation*, que prevê outros mecanismos procedimentais que atendem o critério

³⁹⁴ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **Federal Acquisition Regulation**. Subparte 2.1.

³⁹⁵ BRASIL. **Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993**. Art. 21.

³⁹⁶ No original: “The development and testing of new techniques and methods of acquisition should not be stifled simply because such action would require a FAR deviation”. ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **Federal Acquisition Regulation**. Subparte 1.402.

³⁹⁷ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **Federal Acquisition Regulation**. Subparte 1.404.

fundamental de ampla e irrestrita competitividade: 1) A seleção para contratos de engenharia e arquitetura; 2) A seleção de pesquisa básica e aplicada, quando resultado de procedimentos específicos; 3) Múltiplas contratações decorrentes de procedimentos competitivos estabelecidos pelo *Administrator of General Services*.³⁹⁸

Dentro de cada tipo procedimental previsto na legislação brasileira, uma vez lançado o instrumento convocatório, é possível identificar quatro fases subsequentes: a habilitação, o julgamento (ou classificação), a homologação e adjudicação.³⁹⁹ As duas primeiras são aquelas intimamente relacionadas à competição.

A fase de habilitação se dá pela apresentação e exame de um rol de documentos que podem ser exigidos do licitante pela Administração. O rol previsto pela lei é exaustivo e deve ser estritamente documental, embora possam ser dispensados alguns documentos em casos determinados.⁴⁰⁰ Nesta etapa, “não se examina item algum relacionado à execução do objeto mas, tão somente, o perfil do licitante quanto à sua capacidade de contratar e de executar o que haja contratado”.⁴⁰¹

A Lei nº 8.666/93 estipula que somente podem ser exigidas do licitante, para sua habilitação: habilitação jurídica, qualificação econômico-financeira, qualificação técnica, regularidade fiscal e trabalhista e declaração da utilização de trabalho regular de menores.⁴⁰² A habilitação é uma verificação indiciária das condições de execução do contrato administrativo, tendo o modelo tradicional das licitações

³⁹⁸ O Federal Acquisition Regulation, estatui na subparte 6.102, (d) que: “Other competitive procedures. (1) Selection of sources for architect-engineer contracts in accordance with the provisions of 40 U.S.C. 1102 et seq. is a competitive procedure (see subpart 36.6 for procedures). (2) Competitive selection of basic and applied research and that part of development not related to the development of a specific system or hardware procurement is a competitive procedure if award results from— (i) A broad agency announcement that is general in nature identifying areas of research interest, including criteria for selecting proposals, and soliciting the participation of all offerors capable of satisfying the Government’s needs; and (ii) A peer or scientific review. (3) Use of multiple award schedules issued under the procedures established by the Administrator of General Services consistent with the requirement of 41 U.S.C. 152(3)(A) for the multiple award schedule program of the General Services Administration is a competitive procedure.” Cf.: ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Regulation nº N.I., de março de 2005. **Federal Acquisition**

³⁹⁹ FURTADO, Lucas Rocha. Procedimento da licitação.

⁴⁰⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**, p. 642 a 644.

⁴⁰¹ PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres; DOTTI, Marinês Restelatto. Os requisitos de habilitação de licitantes no RDC. **Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP**, Belo Horizonte, ano 13, n. 147, mar. 2014. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=106556>>. Acesso em: 01 jul. 2018.

⁴⁰² Confira-se o Art. 27 da norma. BRASIL. **Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993**.

brasileiras, com exceção do pregão, consagrado que “o exame das condições de licitar antecede o exame e julgamento das propostas”.⁴⁰³

No Brasil, o julgamento das propostas é a fase seguinte e tem como norte “os critérios objetivos definidos no edital ou convite”.⁴⁰⁴ Inicia-se pelo acesso às propostas técnicas (quando existem critérios técnicos de julgamento) e, posteriormente, às propostas de preço. Estas propostas devem ser apresentadas de maneira separada. Quando a licitação for julgada apenas por critérios de preço, abre-se a proposta de preço.⁴⁰⁵

Abertos os envelopes das propostas, a lei determina a “verificação da conformidade de cada proposta com os requisitos do edital e, conforme o caso, com os preços correntes no mercado ou fixados por órgão oficial competente, ou ainda com os constantes do sistema de registro de preços”.⁴⁰⁶ As propostas que apresentem preços fora da razoabilidade legalmente definida, isto é, acima do limite estabelecido pela administração ou “manifestamente exequíveis” são excluídas do procedimento.⁴⁰⁷

Obedecidos os critérios previstos no instrumento convocatório, a Administração, então, ordena as propostas aceitas dos licitantes habilitados, de modo a exibir a ordem de classificação daquele certame, determinando seu vencedor, nos termos do procedimento concorrencial previsto na legislação brasileira. Ainda no modelo Brasileiro, no pregão, a dinâmica diferenciada da fase de julgamento das propostas prevê que, no curso da sessão, os licitantes classificados em uma zona limitada a 10% (dez por cento) do melhor preço, com um número mínimo de três, “superiores àquela poderão fazer novos lances verbais e sucessivos, até a proclamação do vencedor”.⁴⁰⁸ Apenas a melhor proposta é objeto da análise da documentação relativa à habilitação,⁴⁰⁹ no que é invertida a lógica vigente na Lei nº 8.666/93.

⁴⁰³ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**, p. 636 e 367

⁴⁰⁴ Observar o Art. 44. BRASIL. **Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993**.

⁴⁰⁵ FURTADO, Lucas Rocha. Procedimento da licitação.

⁴⁰⁶ Verificar o Art. 43, IV. BRASIL. **Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993**.

⁴⁰⁷ BRASIL. **Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993**, Art. 43, IV. A lei estipula um algoritmo de cálculo da inexecutabilidade da proposta (Art. 48, § 1º)

⁴⁰⁸ BRASIL. **Lei no 10.520, de 17 de Julho de 2002**. Art. 4º, VI e VII.

⁴⁰⁹ Dia a lei, no art. 4º, XII - encerrada a etapa competitiva e ordenadas as ofertas, o pregoeiro procederá à abertura do invólucro contendo os documentos de habilitação do licitante que apresentou

No Direito brasileiro verifica-se que “o legislador criou modalidades de licitação pública, por efeito das quais os seus procedimentos se diferenciam, de acordo com a conveniência de cada espécie, conforme juízo do legislador.”⁴¹⁰ As escolhas manifestaram-se sem uma linearidade específica, ora definindo modalidades procedimentais de competição em função de bandas de valores, ora pela natureza do objeto a ser contratado.

O critério de determinação do vencedor no modelo brasileiro é chamado pela lei de “tipo de licitação”, podendo ser: 1) Menor preço; 2) Melhor técnica; 3) Combinação de técnica e preço; 4) Maior lance ou Oferta.⁴¹¹ Somente a modalidade concurso não sofre influência desta disposição. Para além, os tipos de licitação que envolvem técnica “serão utilizados exclusivamente para serviços de natureza predominantemente intelectual”.⁴¹² Na modalidade pregão, a lei é taxativa, no sentido de que “será adotado o critério de menor preço, observados os prazos máximos para fornecimento, as especificações técnicas e parâmetros mínimos de desempenho e qualidade definidos no edital”.⁴¹³

A melhor proposta pode não ser, entretanto, efetivamente a com preço mais reduzido, em razão da aplicação da margem de preferência pra produtos de origem nacional. Nas margens de preferência para produtos nacionais tem-se uma permissão legal, incluída pela Lei nº 12.349, de 15 de dezembro de 2010, para “produtos manufaturados e para serviços nacionais que atendam a normas técnicas brasileiras” sejam contratados com sobrepreço de até 25% (vinte e cinco por cento) em relação aos produtos de origem estrangeira.⁴¹⁴ A regulamentação complementar da margem de preferência é feita por meio de decretos, em especial, o Decreto nº 7.546, de 02 de agosto de 2011.

Já no modelo adotado nos Estados Unidos, caso adotada a concorrência (ou tipo procedimental de contratação simplificada que a ela se assemelhe), a avaliação das propostas deve ser feita segundo o preço ou outro fator relacionado ao preço descrito no instrumento convocatório (tais como frete, custos de inspeção, impostos

a melhor proposta, para verificação do atendimento das condições fixadas no edital. BRASIL. **Lei nº 10.520, de 17 de Julho de 2002.**

⁴¹⁰ NIEBUHR, Joel de Menezes. **Licitação pública e contrato administrativo**, p. 187

⁴¹¹ BRASIL. **Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993.** Art. 45, §1

⁴¹² BRASIL. **Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993.** Art. 46.

⁴¹³ BRASIL. **Lei no 10.520, de 17 de Julho de 2002.** Art. 4º, X.

⁴¹⁴ BRASIL. **Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993.** Art. 3º, § 5 a 8.

estaduais).⁴¹⁵ Outro elemento que pode alterar o resultado primário do procedimento licitatório quanto ao preço é a margem de preferência aos produtos nacionais estadunidenses dada pelo *Buy American Act*. Segundo esta norma, a regra para a Administração Pública estadunidense é adquirir bens oriundos do solo americano.⁴¹⁶

Pela dicção da lei, somente de maneira excepcional é admitida a aquisição de bens que não tenham sido objeto de substancial agregação de valor nos EUA. Por “substancial” é entendido que pelo menos metade do valor do produto seja oriunda dos processos de agregação de valor realizados nos Estados Unidos.⁴¹⁷ Quando do julgamento do preço, caso o menor preço não tenha sido oferecido por uma oferta doméstica, é feita a determinação da razoabilidade do valor, por meio da aplicação da margem de preferência, 6% (seis por cento), para grandes empresas; 12% (doze por cento) para pequenas empresas.⁴¹⁸ O licitante que ofertou o bem de origem doméstica e estiver ao menos empatado com o valor, acrescido da margem de custo acima descrita, é declarado vencedor.⁴¹⁹

No caso do Diálogo Competitivo, a avaliação das propostas deve levar em conta a pluralidade dos fatores “customizados para a aquisição”,⁴²⁰ além de “amparar comparações e discriminações significativas entre as propostas em competição”,⁴²¹ devendo deixar claro no instrumento convocatório que fatores são mais relevantes, menos importantes ou de importância equiparada ao preço ou custo para a Administração.⁴²² Estes fatores não relacionados ao preço não são tratados de maneira coerente pela regulamentação e variam desde critérios relacionados à

⁴¹⁵ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Regulation nº N.I., de março de 2005. **Federal Acquisition Regulation**. Subparte 14.201-8

⁴¹⁶ A norma estatui que “only unmanufactured articles, materials, and supplies that have been mined or produced in the United States, and only manufactured articles, materials, and supplies that have been manufactured in the United States substantially all from articles, materials, or supplies mined, produced, or manufactured in the United States, shall be acquired for public use unless the head of the department or independent establishment concerned determines their acquisition to be inconsistent with the public interest or their cost to be unreasonable.” ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Título nº 41, §§8301-8305. *Buy American Act*. **United States Code**. Washington, DC. Disponível em: <<http://uscode.house.gov/browse/prelim/@title41&edition=prelim>>. Acesso em: 03 out. 2017).

⁴¹⁷ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Kate M. Manuel. Congressional Research Service. **The Buy American Act: Preferences for “Domestic” Supplies**: In Brief. P. 4.

⁴¹⁸ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **Federal Acquisition Regulation**. Subparte 25.205, (b)

⁴¹⁹ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Kate M. Manuel. Congressional Research Service. **The Buy American Act: Preferences for “Domestic” Supplies**: In Brief. P. 4.

⁴²⁰ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **Federal Acquisition Regulation**. Subparte 15.304

⁴²¹ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **Federal Acquisition Regulation**. Subparte 15.304.

⁴²² ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **United States Code**. Títulos 41, §3306 c1c e 10 § 2305 (a) 3 A iii.

confiabilidade do licitante (como, por exemplo, a *performance* passada) a outros relacionados à qualidade do objeto (como técnicas empregadas na elaboração do produto ou serviço).⁴²³

O oficial de contratação, após a classificação das propostas, define o âmbito de competição, isso é, as propostas mais bem classificadas dentro de um campo no qual se conduzirá a fase de diálogo.⁴²⁴ Embora seja uma ocorrência rara,⁴²⁵ “o oficial de contratação poderá limitar o número de propostas no âmbito de competição, para o maior número que permita uma competição eficiente entre as propostas mais bem classificadas.”⁴²⁶ Tem-se, a partir de então, a fase das negociações, cujo objetivo “é maximizar a habilidade da Administração de obter o melhor custo-benefício, baseado nos requisitos e critérios de avaliação já dispostos no instrumento convocatório”.⁴²⁷ A Administração pode sugerir a determinado competidor que reduza parâmetros técnicos de sua contratação que excedam os mínimos (por exemplo, a qualificação da equipe envolvida em certo serviço) e reflita essa redução no preço.⁴²⁸

A escolha do contratado é feita por meio de uma avaliação de custo-benefício diante das propostas dentro do campo competitivo, a partir dos critérios expostos no instrumento convocatório, de forma circunstanciada.⁴²⁹ A responsabilidade para esta decisão é do Chefe da Agência, podendo a autoridade ser delegada ao oficial de contratação ou a outro servidor.⁴³⁰

Outro importante mecanismo procedimental é a aquisição otimizada destinada aos bens comuns.⁴³¹ Pela definição da legislação, são abarcados por este conceito qualquer objeto (bem ou serviço), que não imóvel, que é oferecido no

⁴²³ CIBINIC JUNIOR, John; NASH JUNIOR, Ralph C.; YUKINS, Christopher R. **Formation of Government Contracts**. p. 689

⁴²⁴ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Regulation nº N.I., de março de 2005. **Federal Acquisition Regulation**. Subparte.

⁴²⁵ FELDMAN, Steven. **Government Contracts**: in a Nutshell, p. 285.

⁴²⁶ No original: “the contracting officer may limit the number of proposals in the competitive range to the greatest number that will permit an efficient competition among the most highly rated proposals” ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Regulation nº N.I., de março de 2005. **Federal Acquisition Regulation**. Subparte 15.306. C, 2.

⁴²⁷ No original: “is to maximize the Government’s ability to obtain best value, based on the requirement and the evaluation factors set forth in the solicitation.” ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Regulation nº N.I., de março de 2005. **Federal Acquisition Regulation**. Subparte 15.306, d, 2.

⁴²⁸ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **Federal Acquisition Regulation**. Subparte 15.306, d, 4.

⁴²⁹ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **Federal Acquisition Regulation**. Subparte 15.308

⁴³⁰ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **Federal Acquisition Regulation**. Subparte 15.303

⁴³¹ A legislação estadunidense fala em “Commercial Item”, entretanto, a definição guarda proximidade singular com o conceito de “bem comum” dado pela legislação brasileira de modo que esta será a tradução adotada no presente trabalho.

mercado ao público em geral, ainda que com modificações de menor representatividade.⁴³² A aquisição de bens comuns é preferencial e as agências devem realizar pesquisas no mercado para verificar se suas necessidades podem ser satisfeitas por estes.⁴³³ A legislação prevê a nomeação de um defensor da competição:⁴³⁴ servidor responsável pelo controle interno dos servidores que atuam em licitações, agindo na supervisão das operações contratuais da agência, sendo responsável por “promover a aquisição de itens comerciais, promover competição ampla e irrestrita” e evitar especificações desnecessárias para as funções do objeto a ser contratado.⁴³⁵

Para tais itens, o procedimento é otimizado, com “aumento da competição, redução da burocracia, maior participação da indústria e maior poder dos servidores federais ligados às aquisições”.⁴³⁶ As flexões procedimentais previstas são limitadas aos documentos de instrução do processo, devem ser aplicadas em conjunto com as normas relativas aos outros procedimentos (por exemplo, Diálogo Competitivo).⁴³⁷

O paralelo normativo estadunidense da fase de habilitação é a determinação da condição de que o fornecedor é confiável para o futuro contrato.⁴³⁸ Na dinâmica estadunidense, as condições para a habilitação são verificadas após o recebimento das ofertas das proponentes que se encontrem aptas para adjudicação.⁴³⁹ A análise da aptidão do licitante para participar de um procedimento concorrencial parte da noção de que adjudicar “um contrato a um fornecedor com base apenas no menor preço pode resultar em falsa economia se houver subsequente negligência, atraso

⁴³² O detalhamento deste conceito pode ser verificado em: ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Regulation nº N.I., de março de 2005. **Federal Acquisition Regulation**. Subparte 2.101.

⁴³³ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **Federal Acquisition Regulation**. Subparte 12.101.

⁴³⁴ No original: “Advocate for competition”.

⁴³⁵ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **Federal Acquisition Regulation**. Subparte. 5.502, “(a) Agency and procuring activity advocates for competition are responsible for promoting the acquisition of commercial items, promoting full and open competition, challenging requirements that are not stated in terms of functions to be performed, performance required or essential physical characteristics, and challenging barriers to the acquisition of commercial items and full and open competition such as unnecessarily restrictive statements of work, unnecessarily detailed specifications, and unnecessarily burdensome contract clauses.”

⁴³⁶ FELDMAN, Steven. **Government Contracts**: in a Nutshell. p. 217.

⁴³⁷ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **Federal Acquisition Regulation**. Subparte 12.102, b.

⁴³⁸ A legislação estadunidense usa o termo “responsible”. A tradução literal seria “responsável”, expressão que guarda sentido jurídico próprio no Brasil. Optou-se no presente trabalho pelo uso de “confiável”, na medida em que tal qualificação representa uma análise prospectiva da aptidão do licitante para o adimplemento do objeto.

⁴³⁹ FELDMAN, Steven. **Government Contracts**: in a Nutshell. p. 97.

ou outro desempenho insatisfatório resultando em custos contratuais ou administrativos adicionais”.⁴⁴⁰

Para tanto, podem ser analisados os critérios gerais previstos na regulação, tais como, capacidade financeira, capacidade operacional de cumprir o cronograma, histórico satisfatório de integridade e ética nos negócios, bem como de *performance*, equipamentos e instalações ou “organização, experiência, controles contábeis e operacionais, habilidades técnicas” necessárias para a execução do contrato.⁴⁴¹ O Oficial de Contratação pode ainda estabelecer critérios especiais de habilitação, desenvolvidos com a ajuda de especialistas, identificando-os no instrumento de convocação do procedimento.⁴⁴²

Apresentando entendimento homólogo ao dos responsáveis pela condição do certame, a autoridade chancela o procedimento; havendo vício, cabe à mesma convalidar ou anular, conforme o caso concreto.⁴⁴³ Daí ser denominada homologação a fase subsequente, que “corresponde à manifestação de concordância da autoridade competente para assinar o contrato, com os atos até então praticados pela comissão”, referindo-se tanto à higidez dos atos praticados pelos responsáveis pela condução do procedimento ante a legislação, como num juízo de mérito administrativo, com a análise da conveniência de manutenção daquele certame.⁴⁴⁴ Por fim, ocorre a Adjudicação, fase do certame em que a Administração reconhece um direito público subjetivo de celebrar eventual contrato administrativo.⁴⁴⁵ Em tais fases, é possível afirmar que a fase de competição já se vê encerrada, na medida em que elas se destinam a promover o desenrolar procedimental até a efetiva contratação.

No caso brasileiro, as etapas descritas podem ser verificadas, com maior ou menor similitude, em qualquer das modalidades licitatórias com previsão na Lei nº 8.666. Dentre estas, existem duas consideradas especiais, eis que “não há

⁴⁴⁰ No original: “The award of a contract to a supplier based on lowest evaluated price alone can be false economy if there is subsequent default, late deliveries, or other unsatisfactory performance resulting in additional contractual or administrative costs”. ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Regulation nº N.I., de março de 2005. **Federal Acquisition Regulation**. Subparte 9.103, “c”.

⁴⁴¹ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **Federal Acquisition Regulation**. Subparte 9.104-1.

⁴⁴² ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **Federal Acquisition Regulation**. Subparte 9.104-2.

⁴⁴³ MOREIRA, Egon Bockmann; GUIMARÃES, Fernando Vernalha. **Licitação Pública: A Lei Geral de Licitação - LGL e o Regime Diferenciado de Contratação - RDC**, p. 352 e 353

⁴⁴⁴ FURTADO, Lucas Rocha. Procedimento da licitação.

⁴⁴⁵ MOREIRA, Egon Bockmann; GUIMARÃES, Fernando Vernalha. **Licitação Pública: A Lei Geral de Licitação - LGL e o Regime Diferenciado de Contratação - RDC**, p. 353

cabimento de sua utilização para outros tipos de contratação, senão àquelas para as quais são especificamente destinadas”.⁴⁴⁶ São o Concurso e o Leilão. Elas têm como objetivo a “escolha de trabalho técnico, científico ou artístico, mediante a instituição de prêmios ou remuneração aos vencedores”⁴⁴⁷ ou a “venda de bens móveis inservíveis para a administração ou de produtos legalmente apreendidos ou penhorados, ou para a alienação de bens imóveis”.⁴⁴⁸

Descritos os procedimentos, necessário então verificar os critérios para a escolha da melhor proposta, bem como eventuais flexões procedimentais, de modo a adensar o entendimento do papel das competição para as contratações públicas dos países objeto de comparação.

3.2. Competição, critérios e flexões subjetivas

A competição dentro da arena do mercado tem um papel central como organizadora do fluxo de relações econômicas. No conceito liberal, com as luzes das ideias de Adam Smith, o mercado funde-se com ideia de concorrência e de liberdade no campo da economia, sendo este, fundamentalmente, um ambiente de competição livre por oportunidades (e não somente um ambiente de liberdade para trocas).⁴⁴⁹

É de se reconhecer que, “por essência, as licitações necessariamente pressupõem um elemento concorrencial, estando umbilicalmente associadas à ideia de competição entre os interessados”.⁴⁵⁰ Leciona Marçal Justen que “as contratações administrativas tornam-se um meio não apenas de satisfazer às necessidades imediatas do Estado. Também são um instrumento de incentivo e fomento as atividades reputadas como socialmente desejáveis”.⁴⁵¹ É, entretanto, desejável que haja competição? Por que motivo?

⁴⁴⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**, p. 419

⁴⁴⁷ BRASIL. **Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993**. Art. 22, § 4º.

⁴⁴⁸ BRASIL. **Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993**. Art. 22, § 5º

⁴⁴⁹ FORGIONI, Paula A. **Os fundamentos do antitruste**, p. 56/57

⁴⁵⁰ CECCATO, Marco Aurélio. **Cartéis em Contratações Públicas: Fundamentos, atuação e sancionamento administrativo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 29.

⁴⁵¹ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**, p. 21.

No ordenamento brasileiro, especificamente nos regramentos que regulamentam as contratações estatais, é possível notar a sensível preocupação com a afirmação e preservação do caráter competitivo do procedimento licitatório.

A Constituição Federal de 1988, em seu Art. 37, XII traz expressa previsão no sentido de estabelecer que é regra no Direito brasileiro, para a seleção de contratados pela Administração Pública, a realização de “processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes (...) o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações”.⁴⁵²

O texto constitucional faz a opção por estabelecer “uma presunção absoluta, no sentido de que a licitação é indispensável para assegurar a obtenção do resultado mais eficiente e vantajoso para a Administração pública, como também para propiciar o tratamento isonômico” entre aqueles que integram a parcela de mercado eventualmente afluente a uma intenção de contratação por parte do ente público.⁴⁵³ Tal norma serve ainda de fundamento de validade para outras previsões no plano normativo, especificamente destinadas a operacionalizar a escolha do constituinte.

A Lei nº 8.666/93 determina o parcelamento das contratações com vistas “ao melhor aproveitamento dos recursos disponíveis no mercado e à ampliação da competitividade”⁴⁵⁴, veda que os agentes públicos frustrem a competição nas licitações,⁴⁵⁵ e criminaliza a conduta de afetar, de maneira negativa, o “caráter competitivo do procedimento licitatório”.⁴⁵⁶

Tais previsões não se encerram na lei geral de licitações. A instituição do pregão no ordenamento nacional, feita pela Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002, fundou-se na motivação de que o pregão é uma “modalidade que dá oportunidade à competição, ensejando o ajustamento das propostas com base no conhecimento

⁴⁵² BRASIL. Constituição. **Constituição da República Federativa do Brasil De 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 18 mar. 2018, Art. 37, XXII.

⁴⁵³ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**, p. 23.

⁴⁵⁴ BRASIL. **Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993**. art. 23, § 1º e § 7º

⁴⁵⁵ BRASIL. **Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993**. Art. 3, § 1º e Art. 6, IX, c e d.

⁴⁵⁶ BRASIL. **Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993**. Art. 90.

mútuo das mesmas entre os contendores, favorecendo a redução dos preços”.⁴⁵⁷ São arrimos normativos que reforçam de maneira contundente a escolha constitucional brasileira pela competição nas licitações.

Nos debates acerca de competitividade, a relevância da lei como instrumento regulatório das contratações nacionais brasileiras conduz ao fato de que “o legislador – especialmente o Congresso Nacional – tem sido o grande árbitro desse ‘jogo’, que vem se desenrolando em lances sucessivos, ora com vantagem para as orientações favoráveis à abertura dos mercados e à guerra de preços, ora com predomínio das contrárias”.⁴⁵⁸

A defesa da competição é princípio constitucional da ordem econômica, cuja preocupação se vê refletida “a partir de uma política econômica sistemática e juridicizada (constitucionalizada)”, atuando o Estado brasileiro por meio de “políticas de defesa da concorrência, que são normas individuais e concretas (atos administrativos, decisões administrativas e decisões judiciais) e que realizam a Constituição”.⁴⁵⁹

No ordenamento estadunidense, desde o início do século XIX já havia uma preocupação com a competição, tendo sido estabelecido o procedimento de *formal advertising* como preferencial. Entretanto, este procedimento não tinha a flexibilidade necessária para mobilizar os recursos do Estado, especialmente durante a Primeira Guerra Mundial.⁴⁶⁰

A preocupação daquele país com a competição em procedimentos de contratação pública não tem fundamento normativo expresso no texto constitucional na medida em que não há nenhuma regulação direcionada a este fim no conciso texto fundamental dos Estados Unidos. As diretrizes de regulação das ações do Estado para a competição são confinadas ao espaço infraconstitucional, onde, ao

⁴⁵⁷ BRASIL. Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002. Institui, no âmbito da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, nos termos do art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, modalidade de licitação denominada pregão, para aquisição de bens e serviços comuns, e dá outras providências. **Exposição de Motivos**. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2002/lei-10520-17-julho-2002-472321-exposicaodemotivos-150131-pl.html>>. Acesso em: 01 jul. 2018.

⁴⁵⁸ SUNDFELD, Carlos Ari. Contratações Públicas e o Princípio da Concorrência, p. 24.

⁴⁵⁹ BERCOVICI, Gilberto; ANDRADE, José Maria Arruda de. A concorrência livre na Constituição de 1988. In: **Filosofia e teoria geral do direito**: estudos em homenagem a Tércio Sampaio Ferraz Júnior por seu septuagésimo aniversário, São Paulo: Quartier Latin, 2011. p. 461

⁴⁶⁰ COHEN, William S. The Competition in Contracting Act. **Public Contract Law Journal**, N. i., p.1-39, out. 1983. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/25753977>>. Acesso em: 25 maio 2018. p. 06.

menos aos olhos do jurista brasileiro, a figura da lei em sentido estrito ganha maior centralidade.

Há um ato normativo expressamente direcionado a ampliar a competitividade: o *Competition in Contracting Act*, editado em 1984. Como evidenciado anteriormente neste mesmo capítulo, a lei traz comando ao agente público que dirige a agência, estabelecendo o dever de obtenção de “ampla e irrestrita competição pelo uso de procedimentos competitivos”⁴⁶¹ bem como o uso de “procedimento competitivo ou combinação de procedimentos competitivos que melhor se adequem as circunstâncias da aquisição”.⁴⁶²

Em 1982, pouco antes da edição da lei, mais da metade dos contratos federais estadunidenses eram firmados após procedimentos não competitivos.⁴⁶³ O advento do *Competition in Contracting Act* baseou-se “nos estatutos existentes para melhor uso da competição nas licitações públicas, e restringir a contratação direta”⁴⁶⁴ para os casos em que é realmente necessário.⁴⁶⁵

Para efeitos de comparação empírica, em 2017 o Brasil fez 98.710 processos de compras, tendo mais de 60 mil destes sido efetivados em uma das hipóteses de dispensa e mais de 16 mil nas de inexigibilidade, empregando, respetivamente, mais de 16 bilhões de reais em dispensas e 9 bilhões em

⁴⁶¹ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Título nº 10, §§2304. **United States Code**. Washington, DC. Disponível em: <<http://uscode.house.gov/>>. Acesso em: 03 jun. 2018.) No original: “full and open competition through the use of competitive procedures”.

⁴⁶² ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Título nº 10, §§2304. **United States Code**... No original “competitive procedure or combination of competitive procedures that is best suited under the circumstances of the procurement”.

⁴⁶³ COHEN, William S. The Competition in Contracting Act. **Public Contract Law Journal**, N. i., p.1-39, out. 1983. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/25753977>>. Acesso em: 25 maio 2018. p. 05.

⁴⁶⁴ A expressão estadunidense “sole-source procurement” será traduzida no presente trabalho como “contratação direta”. A tradução literal (licitação ou contratação com única fonte) não estabelece ideia compatível com as expressões conhecidas no cenário nacional nem traduz, em si, uma ideia compatível com a significância da expressão. A expressão “inexigibilidade de licitação” também não se figura adequada, na medida em que, na experiência brasileira, traduz a noção de impossibilidade de estabelecimento de um regime de competição. O gênero contratação direta, engloba tanto a ideia de impossibilidade de competição como a de dispensa legal do estabelecimento de competição, sendo mais fiel à noção estadunidense da expressão.

⁴⁶⁵ No original “The Competition in Contracting Act builds on the existing statutes to enhance the use of competition in government contracting and to restrict sole-source procurement to only those cases where it is truly required”. COHEN, William S.. The Competition in Contracting Act. **Public Contract Law Journal**, N. i., p.1-39, out. 1983. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/25753977>>. Acesso em: 25 maio 2018, p. 39.

inexigibilidades.⁴⁶⁶ Ou seja: para cada pregão, realizou-se 3 dispensas de licitação, sendo o valor médio de cada dispensa de mais de 272 (duzentos e setenta e dois) mil reais. No Brasil, em 2017, contratou-se mais diretamente do que por meio de procedimentos concorrenciais e mais da metade dos recursos investidos por mecanismos contratuais se deram por meio de contratação direta.

Nos Estados Unidos, embora a possibilidade de negociação tenha sido introduzida em 1948 pelo *Armed Services Procurement Act*, o *Competition in Contracting Act* teve como faceta prática alinhar os dois tipos procedimentais que já existiam, diálogo competitivo e concorrência como mecanismos competitivos preferenciais para contratação para toda a administração pública estadunidense.⁴⁶⁷ A alteração buscou contornar uma falha decorrente da regulamentação anterior: o excesso de burocracia para o uso do *competitive negotiation* fazia com que os gestores utilizassem de procedimentos não competitivos para realizar as contratações, causando um aumento no custo do contrato, mesmo quando seria possível estabelecer alguma forma competição.⁴⁶⁸

Esta ocorrência, por si, reforça a já pontada ideia de que, em matéria de licitações, os Estados Unidos têm um sistema jurídico tipicamente de *civil law*, na medida em que os instrumentos normativos – e não a experiência jurisprudencial, como nos sistemas de *common law* – detém centralidade no palco do ordenamento jurídico daquele país.

Os Estados Unidos estabelecem como regra a competição ampla e irrestrita. Se esta não for possível, ainda assim, é desejável a competição, ainda que não ampla e irrestrita, na medida em que preveem a necessidade de obter propostas de

⁴⁶⁶ BRASIL. MINISTÉRIO DO PLANEJAMENTO DESENVOLVIMENTO E GESTÃO. **Painel de Compras**: Governo Federal. 2018. Disponível em: <<https://paineldecompras.planejamento.gov.br/>>. Acesso em: 04 de agosto de 2018.

⁴⁶⁷ CIBINIC JUNIOR, John; NASH JUNIOR, Ralph C.; YUKINS, Christopher R.. **Formation of Government Contracts**, p. 673.

⁴⁶⁸ COHEN, William S.. The Competition in Contracting Act. **Public Contract Law Journal**, N. i., p.1-39, out. 1983. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/25753977>>. Acesso em: 25 maio 2018, p. 10.

tantas fontes quanto possíveis,⁴⁶⁹ nas hipóteses em que a contratação não for decorrente de alguma particularidade do contratado.⁴⁷⁰

Uma relevante peculiaridade do sistema estadunidense, quando comparado com o brasileiro, é a possibilidade de exclusão de uma ou mais potenciais contratadas de um determinado procedimento licitatório que, ainda assim, conserva a qualificação normativa de promover a competição de forma ampla e irrestrita. O *Federal Acquisition Regulation*, prevê que as agências “poderão excluir uma fonte em particular de uma ação contratual, para estabelecer ou manter uma fonte ou fontes alternativas de suprimentos ou serviços”.⁴⁷¹ Neste permissivo, o regulamento estadunidense também estabelece procedimentos de contratação que podem ser destinados à concorrência exclusiva de pequenas empresas, com nuances que serão objeto de atenção mais à frente.

A aplicação de tal dispositivo somente pode ser efetivada se, a juízo da autoridade máxima da agência: 1) Resultar em ampliação ou manutenção da competição e resultar na redução dos custos do objeto; 2) For no interesse da defesa nacional a manutenção de estabelecimento disponível para fornecer suprimentos ou serviços; 3) For no interesse da defesa nacional, para estabelecer ou manter uma capacidade de engenharia, pesquisa ou desenvolvimento, de entidade educacional ou outra sem fins lucrativos; 4) Garantir a contínua disponibilidade de fonte confiável de suprimentos e serviços. 5) Satisfazer necessidades de projetos baseados em um histórico de alta demanda, ou 6) Satisfazer uma demanda crítica por suprimentos médicos, de segurança ou emergência.⁴⁷²

⁴⁶⁹ A Lei guarda o seguinte teor: An executive agency using procedures other than competitive procedures to procure property or services by reason of the application of paragraph (2) or (6) of subsection (a) shall request offers from as many potential sources as is practicable under the circumstances”. ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **United States Code**. Título 41, §3304, d.

⁴⁷⁰ O uso de Procedimentos não competitivos só é permitido: 1) Quando há somente uma fonte confiável e não existe outra espécie de bens ou serviços que possam satisfazer às necessidades da agência; 2) Em caso de urgência excepcional; 3) A contratação de uma fonte particular é necessária para manter a viabilidade de algum fornecedor para os casos de emergência nacional ou mobilização industrial; 4) Para estabelecer ou manter uma capacidade de engenharia, pesquisa ou desenvolvimento, de entidade educacional ou outra sem fins lucrativos; 5) Para contratação de serviços de profissionais relacionados a litigância judicial ou administrativa, existente ou esperada; 6) Em caso de tratado internacional; 7) Quanto autorizado por norma específica, para a contratação de outra agência ou de uma fonte específica, ou de um produto de marca específica para revenda; 7) Em caso de interesse público, como definido pelo chefe da agência. ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **United States Code**. Título 41, § 3.304.

⁴⁷¹ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **Federal Acquisition Regulation**. Subparte 6.202, (a).

⁴⁷² ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **Federal Acquisition Regulation**. Subparte, 6.202, (a) diz que “(1) Increase or maintain competition and likely result in reduced overall costs for the acquisition,

A norma estadunidense estabelece uma gradação da competição, no que difere de maneira sensível da brasileira. No Brasil tem-se uma lógica de aplicabilidade (ou não) de alguma das espécies de procedimento licitatório. Não sendo possível estabelecer competição ou havendo a subsunção do caso a alguma das hipóteses de dispensa de licitação, é desnecessário o estabelecimento de um regime competitivo para a contratação.

A diversidade da função da competição dentro do procedimento licitatório fica mais evidente quando se verificam as flexões subjetivas nos critérios de julgamento ou no procedimento. Duas situações são ilustrativas: a primeira é o tratamento para micro e pequenas empresas; a segunda, é a margem de preferência para produtos de origem nacional.

No ordenamento brasileiro, o artigo 48 da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006, determina a concessão de tratamento mais benéfico às “microempresas e empresas de pequeno porte objetivando a promoção do desenvolvimento econômico e social no âmbito municipal e regional, a ampliação da eficiência das políticas públicas e o incentivo à inovação tecnológica”.⁴⁷³ Embora não haja uma estrutura procedimental específica, um dos diferenciais determinados pela lei é a realização de procedimentos concorrenciais reservados com exclusividade para microempresas e empresas de pequeno porte, quando o valor da contratação for inferior a R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais).⁴⁷⁴ A qualificação de uma entidade como micro empresa ou empresas de pequeno porte é dada de acordo com a receita bruta auferida em determinado ano calendário.⁴⁷⁵

or for any anticipated acquisition; (2) Be in the interest of national defense in having a facility (or a producer, manufacturer, or other supplier) available for furnishing the supplies or services in case of a national emergency or industrial mobilization; (3) Be in the interest of national defense in establishing or maintaining an essential engineering, research, or development capability to be provided by an educational or other nonprofit institution or a federally funded research and development center; (4) Ensure the continuous availability of a reliable source of supplies or services; (5) Satisfy projected needs based on a history of high demand; or (6) Satisfy a critical need for medic safety, or emergency supplies.”

⁴⁷³ BRASIL. **Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006: Institui** o Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte; altera dispositivos das Leis nºs 8.212 e 8.213, ambas de 24 de julho de 1991, da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, apr. Brasília, DF, 14 dez. 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp123.htm>. Acesso em: 03 jun. 2017, art. 47.

⁴⁷⁴ BRASIL. **Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006.** art. 48, II Lei 123.

⁴⁷⁵ Para Microempresas, o volume deve ser igual ou inferior a R\$ 360.000,00 (trezentos e sessenta mil reais). Para Empresas de Pequeno Porte, deve ser maior do que o limite de microempresas, mas igual ou inferior a R\$ 4.800.000,00 (quatro milhões e oitocentos mil reais). Cf.: BRASIL. **Lei Complementar n 123, de 14 de dezembro de 2006.** art. 3º, I e II.

Para as micro e pequenas empresas não há margem de preferência na legislação brasileira. Há uma flexão procedimental, para permitir, caso a proposta dela se encontre dentro da margem de empate ficto a redução do valor para patamares inferiores ao ofertado pela empresa que, até então, havia apresentado a proposta mais baixa.⁴⁷⁶

No cenário estadunidense, a diferença é relevante. A Administração deve “oferecer o máximo possível de oportunidades nas suas aquisições às pequenas empresas”, especificando algumas subclasses de pequenas empresas cuja norma dá tratamento direcionado: 1) Propriedade de veteranos; 2) Propriedade de veteranos portadores de necessidades especiais decorrentes do serviço; 3) Localizados em áreas historicamente subutilizadas; 4) Propriedade de pessoas socialmente desfavorecidas; 5) Propriedade de mulheres.⁴⁷⁷

O objetivo é oferecer às pequenas empresas “oportunidades iguais de competição para todos os contratos que elas possam executar”, devendo a Administração, entre outras medidas, efetuar o parcelamento e planejar a aquisição de modo a facilitar a participação de pequenas empresas, bem como a encorajar a subcontratação para pequenas empresas.⁴⁷⁸ Não há um limite de valor, tal qual na legislação brasileira.

Uma agência, a *Small Business Administration*, tem papel relevante na implementação das políticas relativas aos pequenos negócios, especialmente quando atua como intermediária entre a agência contratante e a empresa que executa o serviço, subcontratando o objeto contratual, total ou parcialmente, às pequenas empresas.⁴⁷⁹

A referida agência tem ainda outro papel de destaque: no estabelecimento dos requisitos para uma licitante ser considerada (ou não) pequena empresa. A lei estadunidense apenas prescreve critérios genéricos.⁴⁸⁰ Este é outro ponto de contraste com a legislação brasileira: no cenário estadunidense, a caracterização da pequena empresa não é dada por lei e varia de acordo com a área de mercado na

⁴⁷⁶ FORTINI, Cristiana. Micro e pequenas empresas: as regras de habilitação, empate e desempate na lei complementar nº 123 e no Decreto nº 6.204/07. **Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP**, Belo Horizonte, ano 7, n. 79, julho. 2008. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=54234>>. Acesso em: 17 jul. 2018.

⁴⁷⁷ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **Federal Acquisition Regulation**. Subparte 19.201.

⁴⁷⁸ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **Federal Acquisition Regulation**. Subparte 19.201, 1

⁴⁷⁹ FELDMAN, Steven. **Government Contracts**: in a Nutshell. p. 368.

⁴⁸⁰ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **United States Code**. Título 15, § 631.

qual atua a empresa, podendo ser definida em número de empregados ou em faturamento.⁴⁸¹

É oportuna a crítica de que as condutas anticompetitivas do Estado vão além da “criação indevida de restrições à participação no certame licitatório”, abarcando também “o abuso do poder de compra.”⁴⁸² A consistente política estadunidense amplia de modo evidente a participação das pequenas empresas, mediante o encorajamento de sua inserção rotineira nas contratações administrativas. Na expressão de Cristiana Fortini, a legislação brasileira tem a “inacreditável” feição de impor à micro e pequena empresa ônus como benefício,⁴⁸³ mediante a flexão procedimental que dá oportunidade de reduzir ainda mais seu preço. Ao reduzir as licitações para micro e pequenas empresas àquelas inseridas em uma banda de valor reduzido, a legislação revela ainda uma desconfiança sistêmica da capacidade destas entidades em exercer suas atividades.

Note-se que a adoção de políticas destinadas a privilegiar grupos socialmente vulneráveis no âmbito da contratação é, em certa maneira, um reconhecimento de que o desenvolvimento econômico é eficiente para a promover o bem estar do indivíduo (ainda que não seja suficiente) e é compatível como o caráter não prestacional do Estado estadunidense. Nesta linha, sendo o contrato administrativo uma relação jurídica que exige contraprestação sinalagmática específica, não é possível inserir as flexões no âmbito conceitual de direitos sociais, tipicamente fruíveis a partir da condição de ser humano. No fundo, mesmo que direcionada a necessidade de um procedimento competitivo é preservada e perseguida.

Contudo, o objetivo da competição é buscado por ambos os sistemas de contratação, embora, por motivos diferentes. A competição estadunidense é enxergada como instrumento de governança da política de contratações do Estado, não tendo como propósito primário garantir igualdade de oportunidades entre os todos os interessados.⁴⁸⁴ O foco de todo o sistema é garantir que o Estado use a

⁴⁸¹ CIBINIC JUNIOR, John; NASH JUNIOR, Ralph C.; YUKINS, Christopher R. **Formation of Government Contracts**, p. 1573.

⁴⁸² CARVALHO, Victor Aguiar de. **Cartéis em Licitações: Concorrências, incentivos e prevenção aos conluíus nas contratações públicas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 19.

⁴⁸³ FORTINI, Cristiana. Micro e pequenas empresas: as regras de habilitação, empate e desempate na lei complementar nº 123 e no Decreto nº 6.204/07.

⁴⁸⁴ FELDMAN, Steven. **Government Contracts: in a Nutshell**. 6. ed. Huntsville, Alabama: West Academic Publishing, 2016. Kindle Edition, p. 87.

ferramenta contratação pública da melhor forma possível, dentro da consciência de que “a rigor, a licitação pública e o contrato administrativo visam a satisfação concreta do interesse público, porque eles não passam do meio para atingir tal desiderato”.⁴⁸⁵

O modelo de contratação estadunidense é, portanto, fundando na visão do ambiente de contratação como instrumento de governança pública, ou seja: ferramenta destinada a materializar políticas públicas abraçadas pelo Estado, de modo direto ou indireto. A competição na contratação pública estadunidense é destinada a garantir a eficiência do Estado como contratante como valor fundamental, mitigando-a quando necessário à efetivação de outras políticas de relevância, ainda que com ponto focal para além do procedimento em si: valorização das pequenas empresas, do emprego nacional, da garantia de fornecimento em continuidade, dentre outras.

A contratação pública, na visão estadunidense, deve ser a melhor ferramenta possível para garantir o fornecimento de determinado objeto à administração, sem descuidar da realização de outros valores relevantes aos Estados Unidos da América. Não se trata de tentar dissipar a importância da competição, mas de observá-la de maneira essencialmente instrumental. A competição é, ao cabo, uma ferramenta relevante para a promoção da transparência nas contratações públicas e auxilia a combater a corrupção, conduzindo a uma cultura mais ética nas licitações.⁴⁸⁶ A visão do procedimento concorrencial como instrumento é permeada pela ideia de que “as próprias regras licitatórias, se elaboradas acriticamente, são capazes de afetar a dinâmica do mercado e limitar a concorrência”.⁴⁸⁷

No Brasil, o Projeto de Lei nº 6.874/2017, da Câmara Federal, ao tempo em que incorpora a experiência internacional relativa à existência da modalidade Diálogo Competitivo, impõe restrições à utilização da mesma que tendem a repetir a experiência estadunidense, no período que levou a edição do *Competition in*

⁴⁸⁵ NIEBUHR, Joel de Menezes. **Licitação pública e contrato administrativo**, p. 34.

⁴⁸⁶ SMITH, Jennifer Jo Snider. Competition and Transparency: What Works for Public Procurement Reform. **Public Contract Law Journal**, N.i., v. 38, n. 1, p.85-129, abr. 2008. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/25755700>>. Acesso em: 26 jun. 2018, p. 129.

⁴⁸⁷ CARVALHO, Victor Aguiar de. **Cartéis em Licitações**: Concorrências, incentivos e prevenção aos conluíus nas contratações públicas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 17.

Contracting Act.⁴⁸⁸ A adoção do diálogo competitivo no Brasil deve visar à realização de procedimentos competitivos em situações onde hoje se usa a contratação direta ou em que se impõem a fórceps os modelos de seleção existentes com prejuízo à competitividade ou à performance do contrato.

É perceptível a vantagem do diálogo competitivo nos moldes estadunidenses contemporâneos, na medida em que descomplica o uso das técnicas de negociação, embora amplie os riscos de degeneração da integridade e higidez da contratação. Diante dos dados das modalidades de contratações brasileiras utilizadas no ano de 2017, parece claro que o problema a ser enfrentado não é o risco do abandono do uso dos mecanismos existentes, mas a utilização da contratação direta em situações em que, possivelmente, fosse possível estabelecer uma competição mais densa do que uma simples cotação de preços. Parece evidente, no sentido de tornar a modalidade que se quer introduzir um ferramental mais útil, seja necessário apostar que o *trade-off* de dar mais liberdade dentro das estruturais procedimentais ao administrador dará resultados positivos para qualidade das contratações públicas brasileiras.

A realidade normativa do Brasil é, ao que se observa, construída sobre bases diversas, na medida em que os procedimentos competitivos são enxergados como limites ao Estado e ao gestor público. Neste contexto, em vez de servirem ao exercício das funções de gestão, “as limitações visam conferir legitimidade à função administrativa, evitando privilégios pessoais diante do interesse comum à coletividade, tudo para assegurar postura equânime.”⁴⁸⁹ O procedimento não é ferramenta de governança, mas confinamento ao gestor público, de modo a proteger o mercado e o licitante do poder do Estado contratante – ainda que esse poder seja exercido em nome do interesse público.

Um dos reflexos mais relevante é o fato de que a decisão de qual é a melhor proposta nos procedimentos administrativos brasileiros é feita *a priori*, ou seja, “para identificar-se a melhor proposta, é imprescindível que a Administração Pública tenha bastante cautela na fixação da mais adequada modalidade de licitação, assim como no tocante aos critérios de aferição para julgar e nomear a proposta vitorioso do

⁴⁸⁸ Segundo o art. 29 do projeto, o uso desta modalidade é condicionado a: 1) contratação de inovação ou com multiplicidade de tecnologias ou com tecnologias de domínio restrito de mercado; e “verifique a necessidade de definir e identificar os meios e as alternativas que possam vir a satisfazer suas necessidades.”

⁴⁸⁹ NIEBUHR, Joel de Menezes. **Licitação pública e contrato administrativo**, p. 34.

certame”.⁴⁹⁰ A adjudicação apenas reconhece a subsunção da proposta de algum dos afluentes ao procedimento concorrencial à formatação escolhida ainda na fase interna.

Nos EUA, exemplo da consciência da instrumentalidade é a possibilidade de se realizar a competição com a exclusão de determinados licitantes, permitida na *Federal Acquisition Regulation*. Isto é, a competição intrínseca do procedimento licitatório ou a igualdade entre os concorrentes, valores instrumentais, podem ser mitigadas em nome de outros valores: a competitividade de mercado, a defesa nacional ou para a segurança de fornecimento. Tais previsões são coincidentes com dois traços históricos do cenário contextual estadunidense já anteriormente destacados: o fato das compras ligadas às necessidades militares serem o grande móvel das alterações legislativas na disciplina das licitações e ao ambiente de mutualismo entre Estado e mercado, que se realiza também pela inaptidão deliberada da administração pública estadunidense para atuar de maneira direta no ambiente econômico como provedor de serviços.

No Brasil, é relevante notar que o primeiro objetivo da licitação, listado no artigo 3º da Lei nº 8.666/93, é “garantir a observância do princípio constitucional da isonomia”. Na ordem de relevância explícita na lei geral de licitações brasileira, “a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável” é objetivo secundário do procedimento licitatório no Brasil. É um fato, no mínimo, sintomático. A competição é valor fundamental do procedimento licitatório e “a competitividade é condição *sine qua non* (e por isso, verdadeiro princípio) para que um processo licitatório exista, se desenvolva de maneira satisfatória e atinja seu objetivo primário (seleção da proposta mais vantajosa)”.⁴⁹¹ Entretanto, o procedimento de contratação – e, por via de consequência, a competição nele instaurada – deve “propiciar à administração a seleção da proposta mais vantajosa para a contratação administrativa, a partir de uma competição isonômica entre interessados”.⁴⁹²

É, portanto, no binômio igualdade–competição que se alicerça o desenho do modelo de contratações públicas brasileiras, sendo as demais características do

⁴⁹⁰ PESTANA, Marcio. **Licitações Públicas no Brasil**: Exame integrado das leis nºs 8.666/93 e 10.520/2002. São Paulo: Atlas, 2013, p 34-35.

⁴⁹¹ CECCATO, Marco Aurélio. **Cartéis em Contratações Públicas**, p. 29.

⁴⁹² MOREIRA, Egon Bockmann; GUIMARÃES, Fernando Vernalha. **Licitação Pública**: A Lei Geral de Licitação - LGL e o Regime Diferenciado de Contratação - RDC, p. 30.

modelo, como, por exemplo, a formalidade, um adensamento coordenado de tais fundamentos. A competição na contratação pública brasileira parece, às vezes ao menos, desconhecer a existência de um mundo para além dela mesma.

A crítica no sentido de que “a lei de 1993 ‘viciou o jogo’ em favor das empresas emergentes de atuação regional, que foram privilegiadas no acesso ao mercado de contratos administrativos”,⁴⁹³ torna ainda mais flagrante a necessidade de um rearranjo nos mecanismos de seleção na realidade brasileira, se vistos num aspecto geral. O abandono de um modelo centrado na figura da lei para a regulação da licitação mostra-se como uma lição a ser aprendida, eis que “o modelo legal maximalista se mostrou inadequado para melhor atingir o interesse público”.⁴⁹⁴

Ainda que se persista a desconfiança no administrador público, a projeção do sistema de controle da administração pública brasileira é tendente ao exagero e não à atrofia, consoante dá prova as alterações recentes da lei de introdução às normas de direito brasileiro, intencionada a desenhar limites mais claros para sua atuação. Tal desenho institucional já comporta um papel mais ativo do administrador na definição dos procedimentos de seleção do contratado. Pode-se pontuar, por exemplo, que “abrir-se-ia a possibilidade de exigirem-se requisitos que poucos ou um único licitante atendessem, com o propósito de direcionar ou restringir o caráter competitivo do certame.”⁴⁹⁵ E se a restrição for o que demanda o interesse público, qual é exatamente o prejuízo? Para além, já não é dado o poder ao administrador de restringir a competição, fundamentadamente, na própria definição do objeto a ser contratado?

É possível ainda que a formalidade e a minúcia da legislação brasileira, em verdade, vise combater um amadorismo do administrador público nacional,⁴⁹⁶ decorrente ainda do atraso do desenvolvimento educacional do Brasil, hipótese que

⁴⁹³ SUNDFELD, Carlos Ari. Contratações Públicas e o Princípio da Concorrência, p. 22.

⁴⁹⁴ ROSILHO, André. **Licitação no Brasil**, p. 226.

⁴⁹⁵ PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres; DOTI, Marinês Restelatto. Os requisitos de habilitação de licitantes no RDC. **Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP**, Belo Horizonte, ano 13, n. 147, mar. 2014. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=106556>>. Acesso em: 01 jul. 2018.

⁴⁹⁶ OLIVEIRA, Nelson do Vale. **O amadorismo como traço distintivo da burocracia federal brasileira**. 2009. 212 f. Tese (Doutorado) - Curso de Sociologia, Departamento de Sociologia, Universidade de Brasília, Brasília, 2009. Disponível em: <http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/18548/1/2009_NelsondoValeOliveira.pdf>. Acesso em: 23 mar. 2017.

parece factível para as entidades subnacionais de menor envergadura e capacidade financeiro-administrativa, mas imprópria para a Administração Pública federal.

Entretanto, “a licitação pública não visa apenas à melhor proposta, para que se celebre um ‘ótimo’ contrato.”⁴⁹⁷ Embora deva-se reconhecer que o critério de menor ou maior preço permite identificar mais facilmente qual a melhor proposta,⁴⁹⁸ tal afirmação somente pode ser feita quando se observa o procedimento de contratação de maneira endógena e autóctone.

Neste ponto, o pregão é uma modalidade digna de aplausos. Ainda que incapaz de contornar todas as dificuldades, especialmente as relacionadas a oportunismos nas contratações públicas,⁴⁹⁹ oferece excelente ferramenta para transparência e aumento da competitividade nas licitações, aderindo aos valores caros ao modelo brasileiro.

Ao tratar-se de contratações públicas, a simplificação dos critérios de avaliação pode conduzir a uma avaliação equivocada do resultado da ação estatal com direção ao interesse público. A avaliação de eficiência não se resume ao menor custo em qualquer situação e o modelo de competição, portanto, caso deseje encorajar inovação, deve permitir a avaliação de propostas em outros critérios que não preço.⁵⁰⁰

Afirmar que as condições predefinidas no edital, especialmente quando o critério para a seleção do contratado é o menor preço, garantem a seleção da melhor proposta, “parte do pressuposto de que a Administração Pública lançou instrumento convocatório contendo as mais apropriadas condições e requisitos com vistas à contratação que se pretende efetivamente realizar”.⁵⁰¹

Mas não são somente os aspectos relativos ao metabolismo da contratação que devem ser considerados. O Estado tem objetivos colaterais, isto é, que não o objeto específico daquele contrato, que devem ser levados em conta dentro do

⁴⁹⁷ NIEBUHR, Joel de Menezes. **Licitação pública e contrato administrativo**, p. 35.

⁴⁹⁸ PESTANA, Marcio. **Licitações Públicas no Brasil: Exame integrado das leis nºs 8.666/93 e 10.520/2002**, p. 35

⁴⁹⁹ OURA, Maurício Masso. KONO, Carlos Mamori. RODRIGUES, Leonel Cezar. RICCIO, Edson Luiz. O Pregão eletrônico como instrumento de controle de oportunismos do processo licitatório público. **Revista de Gestão e Projetos – GeP**. São Paulo, v 3, p. 260-181, maio/ago, 2012.

⁵⁰⁰ HANSEN, Janna J.. Limits of Competition: Accountability in Government Contracting. **The Yale Law Journal**, New Heaven, v. 112, n. 8, p.2465-2507, jun. 2003. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/3657480>>. Acesso em: 25 jun. 2018, p. 2474.

⁵⁰¹ PESTANA, Marcio. **Licitações Públicas no Brasil: Exame integrado das leis nºs 8.666/93 e 10.520/2002**. São Paulo: Atlas, 2013, p. 35

conjunto de interesses que a política pública atinente às contratações estatais pretende realizar.

No contexto brasileiro, o objetivo da sustentabilidade, por exemplo, listado no art. 3º da Lei nº 8.666/93, “comporta aspectos ambientais, econômicos e sociais”. A ideia de sustentabilidade, a partir deste amplo espectro, permite a identificação do conceito de interesse público de forma mais apropriada.⁵⁰²

A bem da verdade, a utilização do procedimento licitatório como instrumento de fomento a outros fins do Estado, dotados de maior preocupação social, não é um tema inteiramente novo no Brasil. O art. 24 da Lei nº 8.666/1993 traz previsões embebidas com essa perspectiva sem, entretanto, refletir “uma política articulada e consciente de utilização das contratações administrativas para fins sociopolíticos”.⁵⁰³ Situação semelhante é a dos EUA. A visão comparada dos procedimentos estadunidense e do brasileiro dá razão a Daniel Hachem, para quem as contratações empreendidas pelo Estado possuem a vocação de ser importante mecanismo para a promoção das metas constitucionais.⁵⁰⁴

Na experiência estrangeira analisada o fundamento maior da competição dentro de um procedimento de contratação pública é a eficiência por meio da isonomia de competição. Um dos possíveis efeitos da consistência da política estadunidense de tratar pequenas empresas de maneira favorecida é que as licitações destinadas de forma exclusiva a estas, em regra, resultam em economia aos cofres estadunidenses.⁵⁰⁵

No Brasil, a existência de políticas focais dentro do universo de contratações ainda é algo visto simplesmente como restrição à ampla competitividade, ainda que se reconheça o “foco dirigido por políticas públicas mais consistentes: a proteção, de um lado, de empresas nacionais e, de outro, de microempresas e empresas de

⁵⁰² NIEBUHR, Joel de Menezes. **Licitação pública e contrato administrativo**, p. 37.

⁵⁰³ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**, p. 21.

⁵⁰⁴ HACHEM, Daniel Wunder. Prefácio: A administrativização do direito constitucional por meio das contratações públicas sustentáveis. In: ROSSETTI, Suzana M.. **Processos de Contratação Pública e Desenvolvimento Sustentável**: Premissas teóricas, políticas e medidas concretas, considerando os regimes da Lei 8.666/93, Lei n 10.520/02, Lei nº 12.462/2011 e Lei nº 13.303/2016. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 15.

⁵⁰⁵ DENES, Thomas A. Do small business set-asides increase the cost of government contracting? **Public Administration Review**, Washington, v. 57, n. 5, p.441-444, set. 1997. Disponível em: <https://search-proquest-com.proxygw.wrlc.org/docview/197166470/fulltextPDF/99BAF04_0A43848F9PQ/1?accountid=11243>. Acesso em: 03 jul. 2018.

pequeno porte”.⁵⁰⁶ O ordenamento brasileiro, neste ponto, ainda reafirma o modelo de competitividade por meio da igualdade formal, deixando de lado a oportunidade de produzir um mercado mais competitivo por meio de uma política sólida e consistente de promoção de valores que a Constituição Federal brasileira e a experiência estadunidense consideram relevantes, tais como a igualdade material por meio de benefícios às micro e pequenas empresas.

A mudança do paradigma, absolutamente necessário na realidade brasileira, passa pela manifestação, no ambiente da regulação da contratação pública, de preocupações que são exógenas à intimidade do procedimento concorrencial, mas que devem refletir diretamente em sua formatação.

⁵⁰⁶

SUNDFELD, Carlos Ari. Contratações Públicas e o Princípio da Concorrência, p. 24.

CONCLUSÃO

O Estado Brasileiro assumiu tardiamente a postura interventiva no sentido de promover o desenvolvimento nacional, tendo optado, até o primeiro terço do século XX, em abster-se de participar mais ativamente do cenário econômico nacional, por meio da promoção da industrialização. Os primeiros movimentos neste sentido se deram com o Estado assumindo papéis que considerava estratégicos para a o interesse nacional, atuando diretamente (ainda que por meio de entidades estatais) nos circuitos de comercialização.

Os Estados Unidos da América assumiram uma postura de mecenas do desenvolvimento de sua sociedade com brevidade, usando a força do Estado para a promoção da industrialização do país. O atual protagonismo estadunidense no cenário mundial, portanto, tem como papel central a inovação tecnológica com o patrocínio do Estado, sendo a contratação pública relevante canal de aplicação de recursos com este fim, já que o desenvolvimento do país ocorreu a partir de uma concepção de mutualismo entre mercado e Estado.

Brasil e Estados Unidos da América comungam da característica de que seus Estados nacionais assumiram, em momentos históricos diversos, posturas no sentido de promover o desenvolvimento ou o bem-estar de sua população, mas com diferenças marcantes nos momentos históricos, nos focos das políticas e, conseqüentemente, nos resultados. Os EUA tiveram o Estado presente na promoção do desenvolvimento, especialmente econômico, por meio da política industrial, desde a independência, tendo essa participação se aprofundado ao longo do século XX.

O modelo de contratações públicas dos dois países surge dentro de dois contextos diversos. O modelo brasileiro é excessivamente centrado na lei, elaborada sem a participação maior dos interesses da administração pública e, mais grave, com linhas “moldadas de modo a atender não ao interesse do público, mas daqueles que foram capazes de influir no processo legislativo”.⁵⁰⁷

O modelo estadunidense, moldado a partir da acumulação da experiência especialmente atrelada aos conflitos bélicos, criou um modelo de contratações públicas para permitir uma maior liberdade ao administrador público, e uma maior

⁵⁰⁷ ROSILHO, André. **Licitação no Brasil**, p. 131.

discrecionalidade procedimental, fundados na preocupação pragmática da necessidade de que os instrumentos públicos devem lidar com realidades complexas. Tal complexidade e a necessária correspondência das ações do Estado contemporâneo, torna ainda mais relevante a compartimentalização das ações dos Poderes, ante a demanda por soluções céleres e com elevado grau de especialização, conduzindo a uma maior transferência de competências do legislador para as autoridades administrativas e, indo além, a necessidade de deferência dos órgãos de controle às escolhas feitas pelo administrador público.

O modelo estadunidense de controle oferece uma ferramenta mais afinada com a contemporânea ênfase na eficiência, bem como com uma menor preocupação com o modelo clássico de repartição Constitucional de Poderes. A titularidade de capacidade normativa pelo administrador, isto é, seu reconhecimento enquanto fonte válida de normas e o distanciamento do modelo de *common law* na regulação de contratação pública, também parecem influenciar na maior deferência dos órgãos de controle.

O modelo brasileiro apresenta uma hipertrofia do Poder Judiciário no exercício da atividade controladora, e uma relevância contundente do ente supremo de auditoria, o Tribunal de Contas da União. O elevado grau de legalização do regime de contratação pública o déficit de adimplemento dos direitos fundamentais do Estado cria um ambiente de desconfiança da capacidade do administrador em tomar decisões. Tais circunstâncias oferecem um risco de mitigação da capacidade dos demais poderes de oferecer soluções para os problemas da sociedade.

A competição na contratação pública nos países objeto de comparação tem algum grau de proximidade quando se verifica de maneira ampla o perfil procedimental dos mecanismos destinados a implantá-la e o desejo institucional declarado de tê-la como presente. O uso de mecanismos competitivos para a contratação pública, por si, gera transparência e a “transparência é uma poderosa ferramenta para construir confiança nas instituições entre os cidadãos.”⁵⁰⁸

Os mecanismos procedimentais brasileiros são extensivamente previstos em lei em sentido estrito, o que traduz-se num engessamento das ferramentas de competição, num juízo positivo ou negativo da aptidão pra sua existência, isto é:

⁵⁰⁸ No original: ““Transparency is a powerful tool to build trust in institutions among citizens.” SMITH, Jennifer Jo Snider. Competition and Transparency: What Works for Public Procurement Reform. p. 129.

sendo possível haver competição, a regra é a aplicação de algum dos modelos legalmente previstos para que ela ocorra. Para além, os procedimentos competitivos brasileiros foram moldados a partir de uma desconfiança com o gestor público, sendo o espaço de normatividade delegado à este, sensivelmente reduzido. O escape aos modelos de competição previstos somente se efetiva pelos mecanismos de contratação direta.

A competição, no modelo brasileiro, é mecanismo de materialização da igualdade enquanto valor fundamental ao Estado, evitando os subjetivismos atribuíveis ao gestor, que se realiza por meio do procedimento previsto em lei. O espaço para escolha do administrador é reduzido. Tal formato parece não trazer prejuízos maiores, especialmente quando trata-se de aquisição de bens comuns. O tipo procedimental brasileiro do pregão, nessa linha, atende os valores do atual modelo brasileiro, sem sacrificar a eficiência na contratação.

Nos Estados Unidos, a competição é valor meio para a governança pública e para a garantia de que o Estado contrata e continuará contratando de forma eficiente. O administrador é visto como uma fonte válida e respeitável de decisões e de normas, o que torna mais palatável a adoção dos modelos negociados de contratação, tais como o diálogo competitivo. Neste ambiente, a flexão da competição, por exemplo, para favorecer as pequenas empresas, é vista com naturalidade, na medida em que o valor meio (competição pelo procedimento) serve ao valor fim (desenvolvimento por meio da promoção da igualdade material).

A diferença mais contundente entre os sistemas, é imaterial: a confiança do administrador público a despeito do risco inerente à liberdade é característica marcante no sistema estadunidense e reverbera em sua maior eficiência, especialmente nas contratações mais complexas. Já o modelo brasileiro de contratações públicas, ainda que tenha bons instrumentos de gestão (por exemplo, o pregão), assume o administrador como um incapaz de agir em nome do interesse público, mas esquece-se que “é uma profecia autorrealizável tratar o Estado como um estorvo”.⁵⁰⁹ Também peca por apegar-se à igualdade formal como valor maior do procedimento competitivo de contratação pública. Este deve compor um conjunto de valores a serem atendidos, com prevalência casuística de um ou outro: eficiência,

⁵⁰⁹ MAZZUCATO, Mariana. **O estado empreendedor**: desmascarando o mito do setor público vs. setor privado. Tradução de Elvira Serapicos. São Paulo: Portfolio-Penguin, 2014. p. 29

igualdade material, celeridade, economicidade. A superação do desenvolvimento enquanto realidade socioeconômica passa também pela superação das barreiras não econômicas (especialmente culturais e ideológicas) que a ele se referem, como o não reconhecimento do papel do gestor público como fonte válida e eficaz de decisões.

A integração entre as experiências brasileira e estadunidense é um resultado esperado da evolução de ambos os sistemas.⁵¹⁰ Num ambiente de crescente complexidade, as contratações públicas aparecem como uma excelente ferramenta à disposição da Administração para promover o desenvolvimento de forma concertada com as demais instancias de Poder do Estado e com o mercado, na medida em que ela pode ser utilizada como ferramenta para construção de um espaço de consenso dentro do ambiente da contratação pública.

REFERÊNCIAS

A HIRSCHMAN, Keith. **THE COSTS AND BENEFITS OF MAINTAINING THE BUY AMERICAN ACT**. 1998. 89 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Master Of Science In Management, Naval Postgraduate School, Monterey (ca), 1998. Disponível em: <<http://www.dtic.mil/dtic/tr/fulltext/u2/a350159.pdf>>. Acesso em: 17 jan. 2018.

ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. Contrato administrativo no Brasil: aspectos críticos da teoria e da prática. **Revista de Contratos Públicos – RCP**, Belo Horizonte, ano 1, n.1, mar./ago. 2012.

ANASTASIA, Antônio Augusto Junho. Apresentação. In: PEREIRA, Flávio Henrique Unes. **Segurança Jurídica e Qualidade das Decisões Públicas: Desafios de uma Sociedade Democrática**. Brasília: Senado Federal, 2015. p. 05-06. Disponível em: <<http://antonioaugustooanastasia.com.br/wpcontent/uploads/2015/09/segurancajuridica.pdf>>. Acesso em: 13 maio 2018.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Breves Reflexões sobre a jurisdição administrativa: uma perspectiva de Direito comparado. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 211, p.65-77, Jan. 1988. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/viewFile/47127/45703>>. Acesso em: 22 abr. 2017.

BALDWIN, Robert. **Rules and Government**. New York: Oxford Press, 2004.

⁵¹⁰ FORTINI, Cristiana; YUKINS, Christopher; AVELAR, Mariana. A comparative view of debarment and suspension of contractors in Brazil and in the USA. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 16, n. 66, p. 61-83, out./dez. 2016, p 82.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 31. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.

BARBOZA, Estefânia Maria De Queiroz. **A legitimidade democrática da jurisdição constitucional na realização dos direitos fundamentais sociais**. Curitiba, 2005, p. 184. Dissertação de Mestrado – Mestrado em Direito Econômico e Social, Pontifícia Universidade Católica do Paraná.

BEDI, Sonu. The Scope of Formal Equality of Opportunity. **Political Theory**, [s.l.], v. 42, n. 6, p.716-738, 9 jul. 2014. SAGE Publications.

BERCOVICI, Gilberto; ANDRADE, José Maria Arruda de. A concorrência livre na Constituição de 1988. In: **Filosofia e teoria geral do direito: estudos em homenagem a Tércio Sampaio Ferraz Júnior por seu septuagésimo aniversário**, São Paulo: Quartier Latin.

BIGNAMI, Francesca. Comparative Administrative Law. In: BUSSANI, Mauro; MATTEI, Ugo. **The Cambridge Companion to Comparative Law**. Cambridge: Cambridge University Press, 2012.

BLEICHER, Noah B. et al. Accountability in Indefinite-Delivery/ Indefinite-Quantity Contracting: The Multifaceted Work Of The U.S. Government Accountability Office. **Public Contract Law Journal**, N.i., v. 37, n. 3, p. 375-413, jul. 2008.

BRASIL. **Ato Institucional nº 5**, de 13 de dezembro de 1968. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ait/ait-05-68.htm>. Acesso em: 19 jul. 2017.

BRASIL. Constituição. **Constituição da República Federativa do Brasil De 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 18 mar. 2018, Art. 37, XXII.

BRASIL. Decreto Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. **Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro**. D.O., 09 set. 1942. Disponível em: <http://legislacao.planalto.gov.br/legisla/legislacao.nsf/Viw_Identificacao/DEL4.6571942?OpenDocument>. Acesso em: 18 mai. 2018. Art. 20, parágrafo único.

BRASIL. **Decreto nº 2.926, de 14 de maio de 1862**. Approva o Regulamento para as arrematações dos serviços a cargo do Ministerio da Agricultura, Commercio e Obras Publicas. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-2926-14-maio-1862-555553-publicacaooriginal-74857>>. Acesso em: 12 de fevereiro de 2018.

BRASIL. **Decreto nº 9.412, de 18 de junho de 2018**. Atualiza os valores das modalidades de licitação de que trata o art. 23 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993.

BRASIL. Decreto-lei nº 2.300, de 21 de novembro de 1986. **Dispõe Sobre Licitações e Contratos da Administração Federal e Dá Outras Providências**. Brasília, DISTRITO FEDERAL, 25 nov. 1986. Revogado pela Lei nº 8.666, de

21.6.1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2300-86.htm>. Acesso em: 10 fev. 2018.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967**. Dispõe sobre a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa e dá outras providências. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 27 fev. 1967 (complemento). Art. 133.

BRASIL. **Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006: Institui o Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte; altera dispositivos das Leis nºs 8.212 e 8.213, ambas de 24 de julho de 1991, da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, apr. Brasília, DF, 14 dez. 2006**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp123.htm>. Acesso em: 03 jun. 2017, art. 47.

BRASIL. **Lei n. 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. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666cons.htm>. Acesso em: 24 out. 2017.

BRASIL. **Lei no 10.520, de 17 de Julho de 2002**: Institui, no âmbito da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, nos termos do art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, modalidade de licitação denominada pregão, para aquisição de bens e serviços comuns, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10520.htm>. Acesso em: 30 ago. 2017.

BRASIL. **Lei nº 11.107, de 06 de abril de 2005**. Dispõe sobre normas gerais de contratação de consórcios públicos e dá outras providências.. Brasília, DF, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11107.htm>. Acesso em: 28 ago. 2018.

BRASIL. MINISTÉRIO DO PLANEJAMENTO DESENVOLVIMENTO E GESTÃO. **Painel de Compras**: Governo Federal. 2018. Disponível em: <<https://paineldecompras.planejamento.gov.br/>>. Acesso em: 04 de agosto de 2018.

BRASIL. Secretaria de Desenvolvimento da Infraestrutura (SDI). Ministério do Planejamento. **PAC 2015-2018: 6º Balanço**. Brasília, 2018. Disponível em: <<http://pac.gov.br/pub/up/relatorio/11fbe9b2f7cbe3ec5c1f9f67b5f3be.pdf>>. Acesso em: 09 maio 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão nº 802.442. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, DF, 01 de março de 2013. **Diário da Justiça Eletrônico**. Brasília, 07 mar. 2013.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Súmula 248**. Brasília, DF.

BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. Da Administração Pública Burocrática à Gerencial. **Revista do Serviço Público**, Brasília, v. 1, n. 47, p. 1-28, maio 1996.

Disponível em: <<http://www.bresserpereira.org.br/papers/1996/95.AdmPublicaBurocraticaAGerencial.pdf>>. Acesso em: 02 dez. 2017.

BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. O ESTADO NA ECONOMIA BRASILEIRA. **Ensaio de Opinião**, São Paulo, v. 4, n. 2-2, p.16-23, 1977.

BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. Os três ciclos da sociedade e do estado. **Perspectivas: Revista de Ciências Sociais**, São Paulo, v. 41, n. 1, p. 193-208, 2012. Disponível em: <<http://seer.fclar.unesp.br/perspectivas/article/view/5078/4435>>. Acesso em: 21 mar. 2017.

BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. **Reforma do Estado para a cidadania**. São Paulo: Ed. 34, 1998.

BUGARIN, Paulo Soares. **O Princípio constitucional da Economicidade na Jurisprudência do Tribunal de Contas da União**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

CALDEIRA, Jorge. **História da Riqueza no Brasil: Cinco Séculos de Pessoas Costumes e Governos**. Rio de Janeiro: Estação Brasil, 2017.

CAMPOS, Gabriel de Brito. O sistema de registro de preços e o reequilíbrio econômico-financeiro do contrato. **Fórum de Contratação e Gestão Pública - FCGP**, Belo Horizonte, ano 1, n. 4, abr. 2002. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=6735>>. Acesso em: 21 jan. 2018.

CAMPOS, Pedro Henrique Pedreira. **Estranhas Catedrais: As empreiteiras brasileiras e a ditadura civil-militar, 1964-1988**. Niterói: Eduff, 2017.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 25. Edição. São Paulo: Atlas, 2012.

CARVALHO, Victor Aguiar de. **Cartéis em Licitações: Concorrências, incentivos e prevenção aos conluíus nas contratações públicas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

CASIMIRO, Lígia Maria Mello de. Novas perspectivas para o Direito Administrativo: a função administrativa dialogando com a juridicidade e os direitos fundamentais sociais. **A&C Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 7, n. 30, p. 109-130, out./dez. 2007.

CECCATO, Marco Aurélio. **Cartéis em Contratações Públicas: Fundamentos, atuação e sancionamento administrativo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

CHANG, Ha-joon. **Chutando a escada: A estratégia do desenvolvimento em perspectiva histórica**. São Paulo: Unesp, 2004. Tradução de Luiz Antônio Oliveira.

CHOUINARD, Jill Anne; MILLEY, Peter. Mapping the spatial dimensions of participatory practice: A discussion of context in evaluation. **Evaluation And**

Program Planning, [s.l.], v. 54, p.1-10, fev. 2016. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1016/j.evalprogplan.2015.09.003>>. Acesso em: 17 jul. 2017.

CIBINIC JUNIOR, John; NASH JUNIOR, Ralph C.; YUKINS, Christopher R. **Formation of Government Contracts**. 4. ed. Washington, Dc: Wolters Kluwer, 2011. 1830 p. (George Washington University Law School, Government Contracts Program).

CODATO, Adriano Nervo. Uma história política da transição brasileira: da ditadura militar à democracia. **Revista de Sociologia e Política**. 2005, n°. 25, pp. 83-106.

COHEN, William S. The Competition in Contracting Act. **Public Contract Law Journal**, N. i., p.1-39, out. 1983. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/25753977>>. Acesso em: 25 maio 2018.

COSTA, Frederico Lustosa da. Brasil: 200 anos de Estado; 200 anos de administração pública; 200 anos de reformas. **Revista de Administração Pública - Rap**, Rio de Janeiro, v. 7612, n. 0034, p.829-874, 01 out. 2008. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rap/v42n5/a03v42n5.pdf>>. Acesso em: 18 dez. 2017.

CROFF, Robert A.; WAGNER, John L. **American Public Administration: Public Service for the Twenty-First century**. 2. ed. New York: Routledge, 2018.

CUÉLLAR, Leila. Poder Normativo das Agências Reguladoras Norte-Americanas. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 229, p. 153-176, set. 2002. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/46435>>. Acesso em: 01 maio 2018.

DALLARI BUCCI, Maria Paula. **Direito Administrativo e Políticas Públicas**. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 241.

DATLA, Kirti; REVESZ, Richard L. Deconstructing Independent Agencies (And Executive Agencies). **Cornell Law Reviews**, Ithaca (NY), v. 769, n. 98, p. 769-843, 2013, p. 708.

DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DAVIDSON, James West. **Uma Breve História dos Estados Unidos**. 2 ed. Porto Alegre: LP&M, 2016. Tradução de Janaína Marcoantonio.

DEES, C. S. **The Development of Modern Government Contract Law: A Personal Perspective**. Wolters Kluwer Law & Business, 2016.

DENES, Thomas A. Do small business set-asides increase the cost of government contracting? **Public Administration Review**, Washington, v. 57, n. 5, p.441-444, set. 1997. Disponível em: <<https://search-proquest-com.proxygw.wrlc.org/docview/197166470/fulltextPDF/99BAF040A43848F9PQ/1?acountid=11243>>. Acesso em: 03 jul. 2018.

EBERDELE, Edward J.. The Methodology of comparative Law. **Roger Williams University Law Review**, Bristol, v. 1, n. 16, p.51-72, winter 2011. Disponível em: <http://docs.rwu.edu/rwu_LR/vol16/iss1/2>. Acesso em: 03 maio 2017.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **Administrative Procedure Act**. Washington, DC: U.S. Government Publishing Office, 1946. Disponível em: <<https://www.justice.gov/sites/default/files/jmd/legacy/2014/05/01/act-pl79-404.pdf>>. Acesso em: 04 maio 2017.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Federal. U.s. General Services Administration Federal Government. **The top 100 contractors Report: Fiscal Year 2017**. Washington, 2018. Disponível em: <https://www.fpds.gov/downloads/top_requests/Top_100_Contractors_Report_Fiscal_Year_2017.xlsx>. Acesso em: 05 jun. 2018.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. GOVERNMENT PUBLISHING OFFICE. **The United States Government Manual: Bureau Of Alcohol, Tobacco, Firearms And Explosives**. Disponível em: [https://www.usgovernmentmanual.gov/\(X\(1\)S\(pwuzixe4ix2vqs013air12xs\)\)/Agency.aspx?EntityId=yYYOJj5Ktgo=&ParentEId=3jAPUb4n5pE=&EType=F2blCKa+e1g=&S=cKBv4RJIRBg](https://www.usgovernmentmanual.gov/(X(1)S(pwuzixe4ix2vqs013air12xs))/Agency.aspx?EntityId=yYYOJj5Ktgo=&ParentEId=3jAPUb4n5pE=&EType=F2blCKa+e1g=&S=cKBv4RJIRBg). Acesso em: 10 maio 2018.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. GOVERNMENT PUBLISHING OFFICE. **The United States Government Manual: Central Intelligence Agency**. Disponível em: <[https://www.usgovernmentmanual.gov/\(X\(1\)S\(pwuzixe4ix2vqs013air12xs\)\)/Agency.aspx?EntityId=VSLfQ4vIJ2o=&ParentEId=+klubNxcgV0o=&EType=jY3M4CTKVHY=&S=cKBv4RJIRBg](https://www.usgovernmentmanual.gov/(X(1)S(pwuzixe4ix2vqs013air12xs))/Agency.aspx?EntityId=VSLfQ4vIJ2o=&ParentEId=+klubNxcgV0o=&EType=jY3M4CTKVHY=&S=cKBv4RJIRBg)>. Acesso em: 10 maio 2018.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Kate M. Manuel. Congressional Research Service. **The Buy American Act: Preferences for “Domestic” Supplies: In Brief**. Washington Dc, 2016. (CRS R43140). Disponível em: <<https://fas.org/sgp/crs/misc/R43140.pdf>>. Acesso em: 10 nov. 2017.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Regulation nº N.I., de março de 2005. **Federal Acquisition Regulation**. Washington, DC, Disponível em: <<https://www.acquisition.gov/sites/default/files/current/far/pdf/FAR.pdf>>. Acesso em: 30 set. 2017.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte. **Decisão nº 348** U.S. 26, Berman V. Parker. 1954.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **United States Code**. Washington, DC. Disponível em: <<http://uscode.house.gov/>>. Acesso em: 03 jun. 2018.

FAORO, Raymundo. **A república inacabada**. São Paulo: Globo, 2007.

FEITOSA, Maria Luiza Pereira de Alencar Mayer. Os sistemas de common-law e de civil-law na determinação do perfil atual dos contratos: Influências recíprocas ou dominação?. **Verba Juris: Anuário da Pós-Graduação em Direito**, João Pessoa, Pb., v. 5, n. 5, dez. 2006. Anual. Disponível em: <<http://periodicos.ufpb.br/ojs/index.php/vj/index>>. Acesso em: 09 mar. 2016.

FELDMAN, Steven. **Government Contracts**: in a Nutshell. 6. ed. Huntsville, Alabama: West Academic Publishing, 2016. Kindle Edition.

FERRAZ, Luciano. Controle externo das licitações e contratos administrativo. In: FREITAS, Ney José de (Coord.). **Tribunais de Contas**: aspectos polêmicos: estudos em homenagem ao Conselheiro João Féder. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

FOLLONI, André. A complexidade ideológica, jurídica e política do desenvolvimento sustentável e a necessidade de compreensão interdisciplinar do problema. **Revista Mestrado em Direito (UNIFIEO)**, v. 41, p. 63-91, 2014. Disponível em: <http://www.andrefolloni.com.br/fotos/1426543042_863-3210-1-PB.pdf>. Acesso em: 28 de dez. 2015.

FORGIONI, Paula A. **Os fundamentos do antitruste**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

FORTINI, Cristiana; MOTA, Fabrício. Corrupção nas licitações e contratações públicas: sinais de alerta segundo a Transparência Internacional. **A&C - Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 16, n. 64, p. 93-113, abr./jun. 2016.

FORTINI, Cristiana; YUKINS, Christopher; AVELAR, Mariana. A comparative view of debarment and suspension of contractors in Brazil and in the USA. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 16, n. 66, p. 61-83, out./dez. 2016.

FORTINI, Cristiana. Aspectos relevantes dos contratos administrativos. **Fórum de Contratação e Gestão Pública FCGP**, Belo Horizonte, ano 7, n. 83, nov. 2008. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=55668>>. Acesso em: 21 set. 2017

FORTINI, Cristiana. Micro e pequenas empresas: as regras de habilitação, empate e desempate na lei complementar nº 123 e no Decreto nº 6.204/07. **Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP**, Belo Horizonte, ano 7, n. 79, julho. 2008. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=54234>>. Acesso em: 17 jul. 2018.

FRANÇA, Phillip Gil. **O controle da administração pública**: Discricionariedade, tutela jurisdicional, regulação econômica e desenvolvimento. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

FRIEDMAN, Milton. Nobel Lecture: Inflation and Unemployment. **The Journal of Political Economy**, Vol. 85 nº 3, p 451-472, jun., 1977.

FURTADO, Celso. **Desenvolvimento e subdesenvolvimento**. 5. ed. Rio de Janeiro: Contraponto, 2009.

FURTADO, Celso. **Economia do desenvolvimento**: curso ministrado na PUC-SP em 1975. Rio de Janeiro: Contraponto, 2008.

FURTADO, Celso. **Formação econômica do Brasil**. 34. ed. São Paulo: Companhia Das Letras, 2015.

FURTADO, Lucas Rocha. Procedimento da licitação. **Fórum de Contratação e Gestão Pública - FCGP**, Belo Horizonte, ano 9, n. 99, mar. 2010. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=65960>>. Acesso em: 16 jul. 2018.

GABARDO, Emerson. **Interesse público e subsidiariedade: o Estado e a Sociedade Civil para além do bem e do mal**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2009.

GABARDO, Emerson. **Princípio constitucional da eficiência administrativa**. São Paulo: Dialética, 2002.

GABARDO, Emerson. Understanding Brazilian Administrative Law, the Related Literature, and Education: a Comparison with the System in the United States. **Vienna Journal On International Constitutional Law**, Vienna, v. 9, p.371-397, mar. 2015. Disponível em: <https://www.academia.edu/19753528/Understanding_brazilian_administrative_law_the_related_literature_>. Acesso em: 25 mar. 2017.

GIANNETTI, Eduardo. **Trópicos Utópicos: Uma perspectiva brasileira da crise civilizatória**. São Paulo: Companhia das Letras, 2016.

GINSBURG, Tom. Written constitutions and the administrative state: on the constitutional character of administrative law. In: ROSE-ACKERMAN, Susan; LINDSETH, Peter L. **Comparative Administrative Law**. Northampton, Ma, Usa: Edward Elgar Publishing Limited, 2013.

GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988: Interpretação e Crítica**. São Paulo: Malheiros, 2008.

GUARIDO, Fernanda Alves Andrade; GUARIDO FILHO, Edson Ronaldo; EBERLE, Veronica. Pregão Eletrônico como Mito Racional: Análise dos Processos Licitatórios do Banco do Brasil. **Desenvolvimento em Questão**, [s.l.], v. 15, n. 41, p.233-274, 21 out. 2017. Disponível em: <<https://www.revistas.unijui.edu.br/index.php/desenvolvimentoemquestao/article/view/4326>>. Acesso em: 15 jun. 2018.

GUERRA, Evandro Martins; NAVES, Luís Emílio Pinheiro. Políticas públicas na fase interna d licitação. **Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP**, Belo Horizonte, ano 11, n. 131, nov. 2012. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=82308>>. Acesso em: 20 set. 2017.

GUIMARÃES, Edgar. O controle das licitações como instrumento de combate à corrupção. In: FREITAS, Ney José de. (Coord.) **Tribunais de Contas: aspectos polêmicos: estudos em homenagem ao Conselheiro João Féder**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

GUPTA, Kuhika. Comparative Public Policy: Using the comparative method to advance our understanding of the policy process. **The Policy Studies Journal**, Oxford, v. 40, n. 1, p.11-26, 2012. Disponível em: <[https://blackboard.gwu.edu/bbcswebdav/pid-8017192-dt-content-rid-20164939_2/courses/22840_201702/Gupta on comparative public policy.pdf](https://blackboard.gwu.edu/bbcswebdav/pid-8017192-dt-content-rid-20164939_2/courses/22840_201702/Gupta%20on%20comparative%20public%20policy.pdf)>. Acesso em: 03 jul. 2017.

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

HACHEM, Daniel Wunder. Prefácio: A administrativização do direito constitucional por meio das contratações públicas sustentáveis. In: ROSSETTI, Suzana M.. **Processos de Contratação Pública e Desenvolvimento Sustentável**: Premissas teóricas, políticas e medidas concretas, considerando os regimes da Lei 8.666/93, Lei n 10.520/02, Lei nº 12.462/2011 e Lei nº 13.303/2016. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

HACHEM, Daniel Wunder. Vinculação da Administração Pública aos precedentes administrativos e judiciais: mecanismo de tutela igualitária dos direitos sociais. In: BLANCHET, Luiz Alberto; HACHEM, Daniel Wunder; SANTANO, Ana Claudia (Coord.). **Estado, Direito e Políticas Públicas**: Homenagem ao Professor Romeu Felipe Bacellar Filho. Curitiba: Íthala, 2014.

HACHEM, Daniel. A maximização dos direitos fundamentais econômicos e sociais pela via administrativa e a promoção do desenvolvimento. **Revista de Direitos Fundamentais e Democracia**, v. 13, n. 13, jan.-jun., 2013, p. 340-399.

HAMILTON, Alexander. **Report on the subject of manufactures**. 6. ed. Philadelphia: William Brown, 1827. Made in his capacity of Secretary of treasury. Disponível em: <<https://archive.org/details/alexanderhamilt00caregoog>>. Acesso em: 20 dez. 2017.

HANSEN, Janna J.. Limits of Competition: Accountability in Government Contracting. **The Yale Law Journal**, New Heaven, v. 112, n. 8, p.2465-2507, jun. 2003. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/3657480>>. Acesso em: 25 jun. 2018.

HEIDEMANN, Francisco G.. Do sonho do progresso as políticas de desenvolvimento. In: HEIDEMANN, Francisco G.; SALM, José Francisco. **Políticas Públicas e Desenvolvimento**: Bases Epistemológicas e modelos de análise. Brasília: Universidade de Brasília, 2009.

HERRING, George C. **Years of Peril and Ambition**: U.S. foreign relations, 1776-1921. 2. ed. New York: Oxford University Press, 2017.

HERRMANN, Isadora. Licitações públicas no Brasil: explorando o conceito de ineficiência por desenho. **Revista de Administração da USP**, São Paulo, Vol. 34, n. 02, p. 29/38, abr./jun., 1999.

HILTZIK, Michael. **The New Deal**: A modern history. Nova York: Free Press, 2001.

HOPPER, Paul. **Understanding Development**. Malden: Polity Press, 2012.

HOWELL, William G.; LEWIS, David E.. Agencies by Presidential Design. **The Journal Of Politics**, v. 64, n. 4, p.1095-1114, nov. 2002.

IBOPE. **Índice de confiança Social de 2015**. Rio de Janeiro, 2015. Disponível em: <http://www.ibope.com.br/pt-br/noticias/Documents/ics_brasil.pdf>. Acesso em: 14 jul. 2017.

INTERNATIONAL ORGANIZATION OF SUPREM AUDIT INSTITUTIONS. **Lima Declaration Of Guidelines On Auditing Precepts**. Disponível em: http://www.intosai.org/fileadmin/downloads/downloads/4_documents/publications/eng_publications/E_Lima_Mexico_2013.pdf. Acesso em: 12 de maio de 2018.

JACOBY FERNANDES, Jorge Ulisses. **Contratação direta sem licitação**: dispensa de licitação; inexigibilidade de licitação; procedimentos para a contratação sem licitação; justificativa de preços; inviabilidade de competição; emergência; fracionamento; parcelamento; comentários às modalidades de licitação, inclusive o pregão: procedimentos exigidos para a regularidade da contratação direta. 10. ed. rev. atual. ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

JAEGER-FINE, T. **American legal systems** : a resource and reference guide. Second Edition. Providence, NJ: LexisNexis, 2015.

JARDIM, Maria Chaves; SILVA, Márcio Rogério. **Programa de Aceleração do Crescimento (PAC)**: neodesenvolvimentismo? São Paulo: Unesp, 2015. 199 p. Disponível em: <<http://books.scielo.org/id/s5k33/pdf/jardim-9788579837432.pdf>>. Acesso em: 05 maio 2018.

JORDÃO, Eduardo. **Controle Judicial de uma Administração Pública Complexa**: A experiência estrangeira na adaptação da intensidade do controle. São Paulo: Malheiros, 2016.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 17. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 8. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Pregão**: Comentários à legislação do Pregão Comum e Eletrônico. 4. ed. São Paulo: Dialética, 2005.

KANG, Jonathan L.. The Effect Of The Court Of Federal Claims' Decision In Systems Application & Technologies, Inc. V. United States On Contracting Officer Discretion To Take Corrective Action In Response To Protests Before The GAO. **Public Contract Law Journal**, Chicago, v. 42, n. 3, p. 585-605, abr. 2013.

KEENEY, Sandy. The Foundations of Government Contracting. **Journal of Contract Management**, [n.i.], p.7-19, 2017. Disponível em: <http://www.ag0.noaa.gov/acquisition/docs/foundations_of_contracting_with_the_federal_government.pdf>. Acesso em: 15 fev. 2018.

KERN, Kathleen Ann. Congressional Watchdogs Or Congressional Puppets? Ensuring Transparency, Integrity, And Reliability In Bid Protests At The Government Accountability Office. **Public Contract Law Journal**, Chicago, v. 41, n. 2, p. 435-452, abr. 2012.

KRITIKOS, A.j.. Resuscitating the Non-Delegation Doctrine: A Compromise and an Experiment.. **Missouri Law Review**, Columbia (mo), v. 82, n. 2, p.441-482, 01 mar. 2017. Disponível em: <<http://web.b.ebscohost.com.proxygw.wrlc.org/ehost/pdfviewer/pdfviewer?vid=3&sid=2924f1b3-ece3-4ef0-b757-5385aef09ca1%40sessionmgr120>>. Acesso em: 11 jun. 2018.

LEAL, Fernando; JORDÃO, Eduardo. Quando a tradução também importa: problemas linguísticos de Direito comparado. **Direitos Fundamentais & Justiça**, Porto Alegre, n. 29, p.86-104, out. 2014. Disponível em: <https://www.academia.edu/15579413/Quando_a_tradução_também_importa_problemas_linguísticos_de_Direito_comparado>. Acesso em: 28 abr. 2016.

LEGRAND, Pierre. **Como ler o Direito estrangeiro**. Tradução de Daniel Wunder Hachen. São Paulo: Contracorrente, 2018.

LIND, Michael. **Land of Promise**: An economic history of United States. New York: Harpercollins, 2012.

LISBOA, José da Silva. **Observações Sobre a Franqueza da Indústria e Estabelecimento de Fábricas no Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1999. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/1032/217333.pdf?sequence=4>>. Acesso em: 26 jan. 2018.

LOPES, Júlio Aurélio Vianna. **A carta de 1988 e a tradição Constitucional Brasileira**. Disponível em: <http://www.casaruiarbosa.gov.br/dados/DOC/artigos/k-n/FCRB_JulioAurelioVianna_1988_e_o_ConstitucionalismoBrasileiro.pdf>. Acesso em: 15 jan. 2018.

MÂNICA, Fernando Borges. Objeto e natureza das parcerias sociais: limites para a execução privada de tarefas estatais e o novo direito do terceiro setor. In: MOTTA, Fabrício; MÂNICA, Fernando Borges; OLIVEIRA, Rafael Arruda. **Parcerias com o terceiro setor**: as inovações da Lei nº 13.019/14. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; SUNDFELD, Carlos Ari; DALLARI, Adilson de Abreu. *Et. Al.* **Resposta aos comentários tecidos pela Consultoria Jurídica do TCU ao PL nº 7.448/2017**. [n.i.]: [n.i.], 2017. Disponível em: <http://www.ninc.com.br/img/pesquisa/arquivo_20180428170434_103.pdf>. Acesso em: 12 maio 2018.

MARRA, Mita. Cooperating for a more egalitarian society: Complexity theory to evaluate gender equity. **Evaluation**, [s.l.], v. 21, n. 1, p.32-46, jan. 2015.

MARRARA, Thiago. Método comparativo e Direito administrativo. **Revista Jurídica Unigran**, Dourados, Ms, v. 16, n. 32, p.25-37, dez. 2014. Disponível em: <https://www.academia.edu/14081368/Método_comparativo_e_Direito_administrativo>. Acesso em: 09 abr. 2017.

MAZZUCATO, Mariana. **O Estado empreendedor**: desmascarando o mito do setor público vs. setor privado. Tradução de Elvira Serapicos. São Paulo: Portfolio-Penguin, 2014.

MENDONÇA, Sonia Regina. **Estado e economia no Brasil**: Opções de desenvolvimento. Rio de Janeiro: Graal, 2002.

MERRIL, Thomas W. The origins of American-Style judicial review. In: ROSE-ACKERMAN, Susan; LINDSETH, Peter L. **Comparative Administrative Law**. Northampton, MA, Usa: Edward Elgar Publishing Limited, 2013.

MERRIL, Thomas W. The origins of American-Style judicial review. In: ROSE-ACKERMAN, Susan; LINDSETH, Peter L. **Comparative Administrative Law**. Northampton, Ma, Usa: Edward Elgar Publishing Limited, 2013.

MOARES, Reginaldo C.; SILVA, Maitá de Paula e. **O peso do Estado na Pátria do Mercado**: Os Estados Unidos como país em desenvolvimento. São Paulo: Unesp, 2013.

MONCADA, Luís S. Cabral de. **Direito Econômico**. 4. ed., Coimbra: Coimbra, 2003.

MORAIS, Isaias Fonseca. **Manual de Direito Administrativo**. Teoria e Prática. Juruá: Belo Horizonte, 2010.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. A crise da democracia representativa e a ascensão do Poder Judiciário no Brasil. In: CÂMARA, Alexandre Freitas; PIRES, Adilson Rodrigues; MARÇAL, Thais Boia (Coords.). **Estudos de Direito Administrativo em homenagem ao Professor Jessé Torres Pereira Júnior**. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

MOREIRA, Egon Bockmann; GUIMARÃES, Fernando Vernalha. **Licitação Pública**: A Lei Geral de Licitação - LGL e o Regime Diferenciado de Contratação - RDC. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2012.

MOTTA, Fabrício M.. Apontamentos sobre o Ministério Público junto aos Tribunais de Contas. **Fórum Administrativo - Direito Público - FA**, Belo Horizonte, ano 2, n. 11, jan. 2002. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=1218>>. Acesso em: 20 maio 2018.

NEVES, Marcelo. **A Constitucionalização Simbólica**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

NIEBUHR, Joel de Menezes. **Licitação pública e contrato administrativo**. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

NIEBUHR, Joel de Menezes. Modalidades de licitação pública. **Fórum de Contratação e Gestão Pública - FCGP**, Belo Horizonte, ano 10, n. 113, maio 2011. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=73045>>. Acesso em: 16 jul. 2018.

NÓBREGA, Ailton Rocha. Ritos nas licitações: aspectos procedimentais da tomada de preços. **Fórum de Contratação e Gestão Pública - FCGP**, Belo Horizonte, ano 3, n. 27, mar. 2004. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=8802>>. Acesso em: 17 jul. 2018.

NORTH, Douglas. **Institutions, institutional change and economic performance**. New York: Cambridge, 1990.

NORTON, Simon D.; SMITH, L. Murphy. Contrast and Foundation of the Public Oversight Roles of the U.S. Government Accountability Office and the U.K. National Audit Office: Public Accountability: United States *versus* United Kingdom. **Public Administration Review**, N.i., v. 68, n. 5, p. 921-931, set/out 2008.

NOVAIS, Fernando Antônio; ARRUDA, José Jobson de Andrade. Introdução: Prometeus e Atlantes na Forja da Nação. In: LISBOA, José da Silva. **Observações sobre a franqueza da indústria, e estabelecimento de fábricas no Brasil**. Brasília: Senado Federal, 2009. p. 9-29. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/1032/217333.pdf?sequence=4>>. Acesso em: 26 jan. 2018.

NUNES, Edson de Oliveira. **A gramática política do Brasil**: Clientelismo, corporativismo e insulamento burocrático. 4. ed. Rio de Janeiro: Garamond Universitária, 2010.

OLIVEIRA, Fernando Andrade de. Administração Pública Indireta no Brasil. In: **Direito Administrativo Contemporâneo**: Estudos em memória ao Professor Manoel de Oliveira Franco Sobrinho. BACELLAR FILHO, Romeu Felipe (Coord.) Et. Al. 2ª Edição Revista e ampliada. Belo Horizonte, Fórum: 2011.

OLIVEIRA, Nelson do Vale. **O amadorismo como traço distintivo da burocracia federal brasileira**. 2009. 212 f. Tese (Doutorado) - Curso de Sociologia, Departamento de Sociologia, Universidade de Brasília, Brasília, 2009. Disponível em: <http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/18548/1/2009_NelsondoValeOliveira.pdf>. Acesso em: 23 de março 2017.

OLIVEIRA, Regis Fernandes de. **Gastos Públicos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

OURA, Maurício Masso. KONO, Carlos Mamori. RODRIGUES, Leonel Cezar. RICCIO, Edson Luiz. O Pregão eletrônico como instrumento de controle de

oportunismos do processo licitatório público. **Revista de Gestão e Projetos – GeP**. São Paulo, v 3, p. 260-181, maio/ago, 2012.

PALOS, Aurélio Guimarães Cruvinel e. **A Constituição de 1988 e o pacto federativo fiscal**. Disponível em http://www2.camara.leg.br/documentos-e-pesquisa/publicacoes/estnottec/tema10/2011_480.pdf. Acesso em 10 de dezembro de 2016.

PAULA, Dilma Andrade de. 154 anos de ferrovias no brasil: para onde caminha esse trem? **História Revista**, [s.l.], v. 13, n. 1, p. 45-69, 16 jan. 2009. Disponível em: <<https://www.revistas.ufg.br/historia/article/view/5413>>. Acesso em: 17 set. 2017.

PELEGRI, Marcia. **A competência sancionatória do Tribunal de Contas: contornos constitucionais**. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres; DOTI, Marinês Restelatto. Os requisitos de habilitação de licitantes no RDC. **Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP**, Belo Horizonte, ano 13, n. 147, mar. 2014. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=106556>>. Acesso em: 01 jul. 2018.

PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres; DOTI, Marinês Restelatto. **Políticas públicas nas licitações e contratações administrativas**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

PEREIRA, César; SCHWIND, Rafael Wallbach. Public Procurement in Brazil: access for foreign suppliers and compatibility with international procurement practices. In: GEORGOPOULOS, Aris; HOEKMAN, Bernard; MAVROIDIS, Petros C. **The Internationalization of Government Procurement Regulation**. OUP Oxford, 2017. E-book Kindle, posição 9235.

PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. **Reforma do Estado para a cidadania**. São Paulo: Ed. 34, 1998.

PESSOA, Robertônio Santos. Administração Pública Indireta. In: CARDOZO, José Eduardo Martins. (Coord.). Et. Al. **Direito Administrativo Econômico**. São Paulo : Atlas, 2011.

PESTANA, Marcio. **Licitações Públicas no Brasil: Exame integrado das leis nºs 8.666/93 e 10.520/2002**. São Paulo: Atlas, 2013.

POLLITT, Christopher et al. **Desempenho ou legalidade?: auditoria operacional e de gestão pública em cinco países**. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

PRADO JUNIOR, Caio. **Formação do Brasil Contemporâneo: Colônia**. 12. ed. São Paulo: Brasiliense, 1972.

PRIER, Eric. Et al. **Making it happen: public procurement's role in Integrating economic development and sustainability strategies for local governments in the U.S.A.** Disponível em:

<http://www.academia.edu/419439/MAKING_IT_HAPPEN_PUBLIC_PROCUREMENTS_ROLE_IN_INTEGRATING_ECONOMIC_DEVELOPMENT_AND_SUSTAINABILITY_STRATEGIES_FOR_LOCAL_> Acesso em: 09 de mar. 2016.

PROGRAMA DAS NAÇÕES UNIDAS PARA O DESENVOLVIMENTO. **Human Development Index**. 2016. Disponível em: <<http://hdr.undp.org/en/indicators/137506>>. Acesso em: 21 mar. 2017.

QUEIROGA, Bernardo Henrique Campos; GUIMARÃES, Jader Ferreira. A pertinência jurídica do mandado de segurança na atual sistemática jurídica processual brasileira. **Fórum Administrativo - FA**, Belo Horizonte, ano 10, n. 118, dez. 2010. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=70787>>. Acesso em: 20 maio 2018.

RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; ALVES, G. R. R. Desenvolvimento e Reforma Institucional: Os Exemplos do BNDES e das Sociedades Estatais no Brasil. In: SILVEIRA, Vladimir Oliveira da; SANCHES, Samyra Naspolini; COUTO, Monica Bonetti (Org.). **Direito e Desenvolvimento no Brasil do Século XXI**. Ipea: Brasília, 2013, v. 1.

RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. Racionalidade Limitada. In: RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; KLEIN, Vinicius (Org.). **O que é análise econômica do Direito**: uma introdução. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

RIBEIRO, Maurício Carlos. Entre o mar e o rochedo: o direito administrativo e a tensão entre democracia e res pública. In: FREITAS, Daniela Bandeira de; VALLE, Vanice Regina Lírio do (Coord.). **Direito administrativo e democracia econômica**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

ROCKKOFF, Hugh. **America's Economic Way of War**: New Approaches to Economic and Social History. Nova York: Cambridge University Press, 2012. Kindle Edition.

ROGERS, Patricia J. Using Programme Theory to Evaluate Complicated and Complex Aspects of Interventions. **Evaluation**, [s.l.], v. 14, n. 1, p. 29-48, jan. 2008.

ROSSEVELT, Franklin Delano. The Arsenal of Democracy: If Great Britain got down, the Axis powers will control the continents of Europe, Asia, Africa, Australasia and the high seas. In: BAISDELL, Bob (Ed.). **Great Speeches of the Twentieth Century**. Mineola, NY: Dover Publications, 2011.

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

SCARPINO JUNIOR, Luiz Eugenio. As licitações diferenciadas na Lei Geral da Micro e Pequena Empresa, princípios da isonomia e economicidade nas contratações públicas. **Fórum de Contratação e Gestão Pública — FCGP**, Belo Horizonte, ano 8, n. 90, jun. 2009. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=57772>>. Acesso em: 02 fev. 2018.

SHAPIRO, Martin. Judicial Delegation Doctrines: The US, Britain, and France. In: SWEET, Alec Stone; THATCCHER, Mark. **The Politics of Delegation**. Portland: Routledge, 2004. p. 173-199.

SCHAPIRO, M. Repensando a relação entre estado, direito e desenvolvimento: os limites do paradigma Rule of Law e a relevância das alternativas institucionais. **Revista direito GV**, São Paulo, p. 213-252, jan.-jun. 2010.

SELIN, Jennifer L. What Makes an Agency Independent? **American Journal of Political Science**, [s.l.], v. 59, n. 4, p. 971-987, 29 jan. 2015. Wiley-Blackwell. <http://dx.doi.org/10.1111/ajps.12161>.

SEN, Amartya Kumar. **Desenvolvimento como liberdade**. Tradução de Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

SILVA, Lúcia Osório. **Terras devolutas e latifúndio**: efeitos da lei de terras de 1850. Campinas: UNICAMP, 1996.

SLOSS, David L.. How International Human Rights Transformed the US Constitution. **Human Rights Quarterly**, [s.l.], v. 38, n. 2, p.426-449, 2016. Johns Hopkins University Press.

SMITH, Jennifer Jo Snider. Competition and Transparency: What Works for Public Procurement Reform. **Public Contract Law Journal**, N.i., v. 38, n. 1, p.85-129, abr. 2008. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/25755700>>. Acesso em: 26 jun. 2018.

SOARES, Laura Tavares Ribeiro. **Ajuste neoliberal e desajuste social na América Latina**. Petrópolis: Vozes, 2001.

SOUZA, Jessé de. **A Tolice da Inteligência Brasileira**: Como o país se deixa manipular pela elite. São Paulo: Leya, 2015.

SOUZA, Rafael Soares de. Justiça Administrativa: O sistema brasileiro. 2014. Dissertação (Mestrado) - Curso de Mestrado em Direito do Estado, Faculdade de Direito, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-09122014-164947/>>. Acesso em: 08 maio 2017.

SOUZANETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito constitucional**: teoria, história e métodos de trabalho. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

ST-HILAIRE, Maxime. **Global Standards of Constitutional Law**: Epistemology and Methodology. Translation by Léonid Sirota. Available at: <https://www.academia.edu/12092140/Global_Standards_of_Constitutional_Law_Epi_stemology_and_Methodology>. Access in: 10 may 2018.

SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. Controle das contratações públicas pelos Tribunais de Contas. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 257, n. 1, p.111-144, ago. 2011. Disponível em:

<<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/viewFile/8589/7325>>. Acesso em: 06 mar. 2018.

SUNDFELD, Carlos Ari. Contratações Públicas e o Princípio da Concorrência. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Org.). **Contratações Públicas e Seu Controle**. São Paulo: Malheiros, 2013.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito Administrativo para Céticos**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 11. ed., São Paulo: Saraiva, 2013.

THALER, Richard H.; SUSTEIN, Cass. Nudge: o empurrão para a escolha certa. Tradução de Marcello Lino. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

UNITED NATIONS GENERAL ASSEMBLY. **Declaration On The Right To Development**. NEW YORK, Seção 97. Disponível em: <<http://www.un.org/documents/ga/res/41/a41r128.htm>>. Acesso em: 10 abr. 2017.

UNITED STATES OF AMERICA. OFFICE OF MANAGEMENT AND BUDGET. . **Budget of the United States Government: Fiscal Year of 2019**. Whashington (DC): U.S. Government Publishing Office, 2018. Disponível em: <<https://www.whitehouse.gov/wp-content/uploads/2018/02/budget-fy2019.pdf>>. Acesso em: 19 maio 2017.

VACCA, Giuseppe. Estado e mercado, público e privado. **Lua Nova: Revista de Cultura e Política**, [s.l.], n. 24, p.151-164, set. 1991. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0102-64451991000200008&script=sci_arttext>. Acesso em: 30 jan. 2018.

VALLE, Vanice Regina Lírio do. Controle judicial de políticas públicas: sobre os riscos da vitória da semântica sobre o normativo. **Revista de Direitos Fundamentais e Democracia**, Curitiba, v. 14, n. 14, p.387-408, 2013.

VALLE, Vanice Regina Lírio do. Governança: nova fronteira do direito regulatório. In: FREITAS, Daniela Bandeira de; VALLE, Vanice Regina Lírio do (Coord.). **Direito administrativo e democracia econômica**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

VALLE, Vivian Cristina Lima López. **Contratos Administrativos e um novo regime jurídico de prerrogativas contratuais na Administração Pública contemporânea**: da unilateralidade ao consenso e do consenso à unilateralidade na relação contratual administrativa. 2017. 265 f. Tese (Doutorado) - Curso de Doutorado em Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2017.

VEIGA, José Eli da. **A emergência socioambiental**. São Paulo: Senac, 2007.

VIEIRA, Evaldo. **A república brasileira 1951-2010**: de Getúlio a Lula. São Paulo: Cortez, 2015.

WALLIS, John Joseph. American government finance in the long run: 1790 to 1990. **The Journal of Economic Perspectives**, Nashville, v. 14, p.61-82, jul. 2000. Disponível em: <<http://proxygw.wrlc.org/login?url=https://search-proquest-com.proxygw.wrlc.org/docview/212105839?accountid=11243>>. Acesso em: 03 mar. 2018.

WEBER, Max. **Economia e sociedade**: fundamentos de uma sociologia compreensiva. Tradução de Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. Brasília: UnB, 2009.

YUKINS, Christopher R.. The U.S. Federal Procurement System: An Introduction. **Procurement Law Journal**, Washington (dc), p.69-93, 2017. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3063559>>. Acesso em: 20 jan. 2018.

ZINN, Howard. **A people's history of the United States**. New York: Harper Perennial, 2003.