



UNIVERSIDADE FEDERAL DA PARAÍBA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM CIÊNCIAS JURÍDICAS

NATÚCIA SANTOS DA SILVA

**O INSTITUTO DA LICITAÇÃO COMO INSTRUMENTO DE ATUAÇÃO ESTATAL
NA ATIVIDADE ECONÔMICA SOB A PERSPECTIVA DA TEORIA DO
PATERNALISMO LIBERTÁRIO**

JOÃO PESSOA – PB

2024

NATÚCIA SANTOS DA SILVA

**O INSTITUTO DA LICITAÇÃO COMO INSTRUMENTO DE ATUAÇÃO ESTATAL
NA ATIVIDADE ECONÔMICA SOB A PERSPECTIVA DA TEORIA DO
PATERNALISMO LIBERTÁRIO**

Dissertação submetida ao Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba como requisito parcial para a obtenção do título de Mestra em Ciências Jurídicas na Área de Concentração: Direito Econômico e Linha de Pesquisa 2: Estado, Mercado e Sujeitos Sociais: juridicidade e economicidade.

Orientador: Prof. Dr. Márcio Flávio Lins de Albuquerque e Souto.

JOÃO PESSOA – PB

2024

Catálogo na publicação
Seção de Catalogação e Classificação

S586i Silva, Natúcia Santos da.

O instituto da licitação como instrumento de atuação estatal na atividade econômica sob a perspectiva da teoria do paternalismo libertário / Natúcia Santos da Silva. - João Pessoa, 2024.

123 f. : il.

Orientação: Márcio Flávio Lins de Albuquerque e Souto.

Dissertação (Mestrado) - UFPB/CCJ.

1. Licitação pública. 2. Compras públicas. 3. Ordem econômica. 4. Atuação estatal. 5. Teoria do paternalismo libertário. I. Souto, Márcio Flávio Lins de Albuquerque e. II. Título.

UFPB/BC

CDU 351.712(043)

NATÚCIA SANTOS DA SILVA

**O INSTITUTO DA LICITAÇÃO COMO INSTRUMENTO DE ATUAÇÃO ESTATAL
NA ATIVIDADE ECONÔMICA SOB A PERSPECTIVA DA TEORIA DO
PATERNALISMO LIBERTÁRIO**

Dissertação submetida ao Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba como requisito parcial para a obtenção do título de Mestra em Ciências Jurídicas na Área de Concentração: Direito Econômico e Linha de Pesquisa 2: Estado, Mercado e Sujeitos Sociais: juridicidade e economicidade.

Banca Examinadora

Prof. Dr. Márcio Flávio Lins de Albuquerque e Souto (Orientador)

CCJ/PPGCJ/UFPB

Prof.^a Dr.^a Marcia Glebyane Maciel Quirino (Examinadora)

CCJ/UFPB

Prof. Dr. Jailton Macena de Araújo (Examinador)

CCJ/PPGCJ/UFPB

AGRADECIMENTOS

Chegando ao fim desta jornada, reflito sobre o percurso e as muitas pessoas que foram essenciais para a realização desta dissertação. É com profundo respeito e gratidão que dedico este espaço para agradecer às pessoas que contribuíram para que este trabalho chegasse a sua forma final.

Primeiramente, sou grata a Deus, que me proporcionou saúde, discernimento e força para superar as adversidades e concluir esta importante etapa da minha vida.

Um agradecimento especial ao meu orientador, Professor Márcio Flávio Lins de Albuquerque e Souto, por dedicar seu tempo e expertise ao meu trabalho, guiando-me com orientações precisas, paciência e compartilhamento de seu conhecimento; às professoras Márcia Glebyane Maciel Quirino e Maria Luiza Pereira de Alencar Mayer Feitosa, agradeço pelas revisões construtivas e pelos conselhos valiosos na banca de qualificação, os quais enriqueceram significativamente minha pesquisa; ao professor Jailton Macena de Araújo, pelo apoio, pelos ensinamentos durante o curso e pela dedicação em avaliar a defesa final deste trabalho; e ao professor João Eduardo Cardoso Lourenço, por me conceder a oportunidade de ministrar aulas em estágio docência na disciplina de Direito Administrativo II, por compartilhar as experiências e atividades do dia a dia da sala aula e, assim, me ajudar a aprofundar ainda mais os estudos no tema de licitações e contratos.

Não posso deixar de expressar minha gratidão à minha família e ao meu namorado, pelo apoio em todas as decisões, mesmo que implique em significativos momentos de ausência. Aos meus pais, Natanael Filho e Maria Lúcia Santos, e aos meus irmãos, agradeço o amor incondicional, o apoio constante, a admiração e a confiança, essenciais em cada etapa deste processo. Ao meu namorado, Fernando Antônio Júnior, meu parceiro de vida, agradeço por sua compreensão, paciência, apoio, dedicação e incentivo, que foram essenciais nos momentos mais desafiadores desta caminhada.

Agradeço aos meus sogros, Tereza Cristina e Fernando Antônio (*in memorian*), e demais familiares do meu companheiro, por todo apoio, admiração e torcida durante essa minha trajetória.

Gostaria de expressar minha profunda gratidão aos meus colegas do mestrado. Durante essa jornada, compartilhamos juntos não apenas o conhecimento acadêmico, mas também uma rica variedade de momentos, que oscilaram entre a

alegria e a apreensão. Foram incontáveis horas dedicadas às aulas, à escrita dos artigos das disciplinas e, finalmente, à elaboração de nossas dissertações ou teses.

O apoio mútuo que encontramos uns nos outros foram essenciais para superar os desafios e celebrar as conquistas ao longo deste percurso. Cada discussão, cada colaboração, cada troca de ideias e cada comemoração enriqueceram não apenas a minha pesquisa, mas também a minha experiência pessoal e profissional.

Por fim, mas não menos importante, agradeço aos sinceros amigos e demais familiares, que entenderam minha ausência em diversos momentos, sempre oferecendo palavras de incentivo, confiança e torcida.

RESUMO

As compras públicas estão ganhando uma relevância cada vez maior no cenário econômico nacional, expandindo-se além de suas funções tradicionais de selecionar a proposta mais vantajosa para suprir necessidades da Administração Pública. Elas estão se transformando em um mecanismo estratégico que o Estado utiliza para fomentar o desenvolvimento econômico e social, além de promover a execução de princípios e fundamentos constitucionais. Nesse contexto, analisar como a legislação de licitações públicas se integra à Ordem Econômica nacional permite entender o papel do Estado não apenas como regulador, mas como facilitador, que possibilita a realização efetiva de políticas públicas estratégicas. O problema que envolve a pesquisa é identificar: quais dispositivos da nova Lei de Licitações, Lei nº 14.133/2021, funcionam como ferramentas de atuação estatal que incentivam boas práticas por parte dos licitantes e em que medida esses dispositivos podem ser enquadrados dentro da teoria do Paternalismo Libertário, proposta pelos economistas comportamentais Richard H. Thaler e Cass R. Sunstein, no livro *“Nudge – Improving decisions about health wealth and happiness”*? A hipótese do estudo diz que a legislação traz dispositivos que, ainda que sejam condicionantes para a participação na licitação, não são considerados normas repressivas ou restritivas, mas de incentivo, visto que os licitantes possuem o livre-arbítrio de participar ou não da licitação. Assim, a teoria do Paternalismo Libertário pode ser utilizada com uma teoria justificante para essa atuação do Estado. No que concerne à relevância da pesquisa, juridicamente, a autora traz reflexões sobre a possível tendência de mudança no papel de Estado Regulador tradicional, considerando sua atuação de horizontalidade com o indivíduo e com as empresas, a fim de atingir seus fundamentos constitucionais. Academicamente, espera-se contribuir para a discussão científica acerca da aplicabilidade dessa forma de atuação e dessa teoria em outros temas e normas. O método de investigação utilizado é o hipotético-dedutivo com abordagem metodológica do tipo descritiva. Quanto ao método de pesquisa para levantamento de dados, utilizou-se a observação indireta, realizada por meio da técnica de pesquisa bibliográfica, com autores nacionais e estrangeiros, sendo eles juristas, filósofos e economistas de referência no campo pesquisado, bem como em legislação pertinente. Os achados confirmam que a nova legislação de licitações incorpora princípios do Paternalismo Libertário ao estabelecer mecanismos que, embora condicionem a participação nas licitações, não impõem restrições de maneira coercitiva, mas incentivam boas práticas.

Palavras-chave: compras públicas; licitações; atuação estatal; ordem econômica; teoria do paternalismo libertário.

ABSTRACT

Public procurement is gaining increasing relevance in the national economic scenario, expanding beyond its traditional functions of selecting the most advantageous proposal to meet the needs of the Public Administration. It is transforming into a strategic mechanism that the State uses to foster economic and social development, in addition to promoting the implementation of constitutional principles and foundations. In this context, analyzing how public procurement legislation integrates with the national Economic Order allows us to understand the role of the State not only as a regulator but as a facilitator, which enables the effective implementation of strategic public policies. The problem involving the research is to identify: which provisions of the new Bidding Law, Law No. 14,133/2021, function as state action tools that encourage good practices on the part of bidders and to what extent these devices can be framed within the theory of Libertarian Paternalism, proposed by behavioral economists Richard H. Thaler and Cass R. Sunstein, in the book "Nudge – Improving decisions about health wealth and happiness"? The hypothesis of the study says that the legislation contains provisions that, although they are conditions for participation in the bidding, are not considered repressive or restrictive norms, but rather incentives, since bidders have the free will to participate or not in the bidding. Thus, the theory of Libertarian Paternalism can be used as a justifying theory for this State action. Regarding the relevance of the research, legally, the author brings reflections on the possible trend of change in the role of the traditional Regulatory State, considering its horizontal action with the individual and with companies, in order to achieve its constitutional foundations. Academically, it is expected to contribute to the scientific discussion about the applicability of this form of action and this theory to other themes and standards. The research method used is hypothetical-deductive with a descriptive methodological approach. As for the research method for data collection, indirect observation was used, carried out through the bibliographical research technique, with national and foreign authors, being jurists, philosophers and economists of reference in the researched field, as well as in pertinent legislation. The findings confirm that the new bidding legislation incorporates principles of Libertarian Paternalism by establishing mechanisms that, although they condition participation in bidding, do not impose restrictions in a coercive manner, but encourage good practices.

Keywords: public procurement; bidding; state action; economic order; libertarian paternalism theory.

LISTA DE FIGURAS

Figura 1: Representação das ferramentas do ecossistema Compras.gov.br	85
Figura 2: Maiores fornecedores vencedores de licitações no ano 2022.....	102
Figura 3: Maiores fornecedores vencedores de licitações no ano 2023.....	103
Figura 4: Maiores fornecedores vencedores de licitações no ano 2024 (referência: até maio/2024)	103

LISTA DE TABELAS

Tabela 1: Montante em reais das compras públicas nos últimos anos	74
---	----

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ART.	Artigo
CADE	Conselho Administrativo de Defesa Econômica
CEPAL	Comissão Econômica para a América Latina e o Caribe
CF	Constituição Federal
CZ\$	Cruzado (moeda brasileira que circulou entre 1986 e 1989)
DFD	Documento de Formalização da Demanda
EPP	Empresa de Pequeno Porte
ETP	Estudo Técnico Preliminar
IBGE	Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística
INC.	Inciso
IPCA-E	Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo Especial
IPEA	Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada
ME	Microempresa
PGC	Sistema de Planejamento e Gerenciamento de Contratações
PIB	Produto Interno Bruto
PNCP	Portal Nacional de Contratações Públicas
RDC	Regime Diferenciado de Contratações Públicas
SIAFI	Sistema Integrado de Administração Financeira do Governo Federal
SIASG	Sistema Integrado de Administração e Serviços Gerais
SICAF	Sistema de Cadastramento Unificado de Fornecedores
SISG	Sistema de Serviços Gerais

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	12
2 O PAPEL DO ESTADO COMO REGULADOR E PROMOTOR NA ORDEM ECONÔMICA E SOCIAL	18
2.1 A ORDEM ECONÔMICA COMBINADA COM A SOCIAL: AS CONSTITUIÇÕES ECONÔMICAS.....	20
2.2 EM QUE MEDIDA O ESTADO INTERFERE NA ORDEM ECONÔMICA E SOCIAL: ATUAÇÃO OU INTERVENÇÃO	27
<i>2.2.1 O Estado Regulador e a função promocional do Ordenamento Jurídico .</i>	<i>29</i>
<i>2.2.2 Formas de atuação do Estado no domínio econômico no contexto brasileiro</i>	<i>32</i>
3 A TEORIA DO PATERNALISMO LIBERTÁRIO	39
3.1 CONCEITOS CENTRAIS DA TEORIA DO PATERNALISMO LIBERTÁRIO	41
<i>3.1.1 O aspecto Paternalista da Teoria</i>	<i>43</i>
<i>3.1.2 O aspecto Libertário da Teoria</i>	<i>44</i>
<i>3.1.3 Arquitetura de escolhas</i>	<i>45</i>
<i>3.1.4 NUDGE: um empurrão para a escolha certa.....</i>	<i>47</i>
3.2 O PATERNALISMO E O LIBERTARIANISMO NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO.....	47
3.3 APLICABILIDADE DO PATERNALISMO LIBERTÁRIO NA ATUAÇÃO ESTATAL	50
4 O INSTITUTO DA LICITAÇÃO PÚBLICA COMO INSTRUMENTO DE ATUAÇÃO ESTATAL NA ORDEM ECONÔMICA	55
4.1 EVOLUÇÃO DO INSTITUTO DA LICITAÇÃO PÚBLICA NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA	56
4.2 A NOVA LEI DE LICITAÇÕES, LEI Nº 14.133/2021	65
<i>4.2.1 Princípios e objetivos reguladores da Licitação Pública conforme a nova Lei de Licitações</i>	<i>67</i>
4.3 ESTADO E MERCADO: O PODER DAS COMPRAS PÚBLICAS PARA A ATUAÇÃO ESTATAL NA ORDEM ECONÔMICA.....	68

4.3.1 Dados das compras públicas: Painel de Compras do Governo (compras.gov.br e SIAFI) e Portal da Transparência do Governo Federal.....	73
5 DISPOSITIVOS LEGAIS DA NOVA LEI DE LICITAÇÕES COMO INSTRUMENTO DE ATUAÇÃO ESTATAL NA ORDEM ECONÔMICA SOB A PERSPECTIVA DA TEORIA DO PATERNALISMO LIBERTÁRIO	76
5.1 A INTERSECÇÃO ENTRE OS DISPOSITIVOS LEGAIS DA NOVA LEI DE LICITAÇÕES COMO UM INSTRUMENTO DE ATUAÇÃO ESTATAL POR INDUÇÃO DE COMPORTAMENTOS E A TEORIA DO PATERNALISMO LIBERTÁRIO	77
5.2 NUDGES DA NOVA LEI DE LICITAÇÕES E CONTRATOS	80
5.2.1 Os princípios que deverão ser observados nas compras públicas	81
5.2.2 Os objetivos do processo licitatório.....	82
5.2.3 Procedimento licitatório na forma eletrônica	83
5.2.4 Previsão de medidas de sustentabilidade ambiental.....	87
5.2.5 Possibilidade de utilização de mão de obra, materiais, tecnologias e matérias-primas existentes no local da execução, conservação e operação do bem, serviço ou obra	91
5.2.6 Ações de equidade entre homens e mulheres no ambiente de trabalho como critério de desempate das propostas no certame licitatório e previsão de contratação de percentual mínimo de mulheres vítimas de violência doméstica	93
5.2.7 Desenvolvimento de programa de integridade como critério de desempate das propostas no certame licitatório e como item a ser considerado na aplicação de sanções.....	96
5.2.8 Empresas que invistam em pesquisa e no desenvolvimento de tecnologia no País como critério de desempate das propostas no certame licitatório.....	98
5.3. POTENCIAIS BENEFÍCIOS E DESAFIOS DA INTEGRAÇÃO DO PATERNALISMO LIBERTÁRIO NAS LICITAÇÕES PÚBLICAS.....	100
6 CONCLUSÕES.....	106
REFERÊNCIAS.....	115

1 INTRODUÇÃO

As compras públicas têm cada vez mais se tornado uma questão de grande relevância no âmbito econômico nacional. O termo “compras públicas”, ou “compras governamentais”, remete às contratações de serviços e obras e às aquisições de bens que o Poder Público, por meio de sua Administração Pública, precisa realizar para o seu funcionamento.

Entretanto, o Estado possui certas responsabilidades e deve seguir determinados princípios básicos constitucionais na hora de realizar essas compras. Dentre esses princípios, destacam-se o da impessoalidade e o da isonomia, os quais exigem do poder público a realização de um procedimento administrativo para garantir uma ampla participação e oportunidades iguais para todos os interessados em fechar negócios com o governo, chamado de licitação pública.

Tal exigência está prevista na Constituição Federal, de 1988, art. 37, inc. XXI, a qual dispõe que ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes.

Nesse sentido, embora as aquisições e as contratações do setor público visem, prioritariamente, ao cumprimento das diversas necessidades e missões governamentais, não se pode negar que uma utilização mais articulada do potencial econômico dessa demanda pode viabilizar diversos outros objetivos também associados à ordem econômica e social.

A título de dimensionamento de sua importância, estima-se que as compras públicas têm movimentado em torno de 10% (dez por cento) a 15% (quinze por cento) do Produto Interno Bruto (PIB) nacional nos últimos anos, o que alcança as cifras de aproximadamente 500 (quinhentos) bilhões de reais/ano, segundo dados do IPEA e da CEPAL (2021). Assim, infere-se que utilizar o poder de compra governamental como fator primordial para exigir e incentivar o mercado ao atingimento dos objetivos e fundamentos constitucionais sociais é, sem dúvida, uma alternativa segura e inteligente.

Nesse contexto, analisar como o Estado tem atuado na ordem econômica através da legislação que versa sobre as compras públicas, bem como os reflexos dessa atuação, tem sido um importante objeto de pesquisa nos últimos anos, tanto pela academia como pela própria Administração pública.

Pesquisas anteriores abordaram temas variados, como o papel do governo nas compras como instrumento de desenvolvimento tecnológico (Squeff, 2014); a função regulatória e de fomento das licitações públicas (Acocella; Rangel, 2013); a análise do mercado de compras governamentais no Brasil entre 2006 e 2017 (Ribeiro; Inácio Júnior, 2019); e a ordem econômica constitucional como promotora da eficácia dos direitos sociais (Amaral; Capelari, 2016).

Dos trabalhos publicados, depreende-se a tendência de uma atuação do Estado na ordem econômica através das compras públicas. Essa atuação sobre os agentes privados é, tradicionalmente, fundada nas ideias do poder de polícia e da primazia dos interesses da coletividade sobre os direitos individuais, em benefício dos mais variados setores da sociedade, incluindo saúde, segurança, defesa do consumidor e meio ambiente.

Não obstante exista essa tendência, a Constituição Federal de 1988 restringiu a possibilidade de interferência do Estado na ordem econômica, não mais se falando em *intervenção*, mas em *atuação*. Essa atuação pode ser de duas formas. Na primeira, o Estado é o agente regulador do sistema econômico, e como tal, cria normas, constitui restrições e faz um diagnóstico social das condições econômicas. Nesse caso, ele age como um fiscal da ordem econômica organizada pelos particulares – Estado Regulador.

Na segunda forma de atuação, que possui caráter especial, o Estado executa atividades econômicas que, prioritariamente, estão destinadas à iniciativa privada. Nesse caso, a atividade estatal pode ser considerada próxima à atuação das empresas privadas, visto que não se limita apenas a fiscalizar, mas também ingressa no plano de execução e explora atividades econômicas – Estado Executor. Vale ressaltar que, nas duas posições, o Estado tem sempre como foco o interesse, direto ou indireto, da coletividade.

É possível observar que a dinâmica evolutiva da economia e do mercado, juntamente com o crescimento societal, impulsionou o Estado a aperfeiçoar sua legislação, particularmente no que tange às licitações públicas. Essa evolução reflete a transição do Estado de uma postura predominantemente reguladora para uma mais facilitadora e promotora de práticas benéficas. Neste contexto, o legislador tem se empenhado na elaboração de normas que transcendem o caráter punitivo, restritivo e coercitivo, adotando uma abordagem que incentiva práticas e políticas públicas que

beneficiam diretamente a sociedade e contribuem para o alcance de objetivos mais amplos de desenvolvimento econômico e social.

A mudança na formulação de políticas e normativas não apenas responde às necessidades imediatas dos cidadãos, mas também prepara o terreno para um desenvolvimento sustentável e inclusivo. Esta abordagem legislativa demonstra um compromisso contínuo com a promoção do bem-estar coletivo, refletindo um entendimento mais profundo das interconexões entre direitos, responsabilidades e o bem comum nas modernas sociedades democráticas.

Nesse sentido, indaga-se se essa atuação estatal é passível de ser explicada pela teoria do paternalismo libertário, proposta pelos economistas comportamentais Richard H. Thaler e Cass R. Sunstein, em 2003, e popularizada em 2008, quando do lançamento da primeira edição do livro *“Nudge – Improving decisions about health wealth and happiness”*.

Conforme os autores explicam, o aspecto libertário de sua estratégia consiste na insistência clara de que, em geral, as pessoas devem ser livres para fazer o que quiserem ou saírem de arranjos indesejáveis, caso prefiram, enquanto o aspecto paternalista está na afirmação de que é legítimo os arquitetos de escolhas tentarem influenciar comportamentos dos indivíduos, a fim de tornar sua vida mais longa, saudável e melhor, visto que esses tendem a fazer escolhas não tão boas para si. Assim, a teoria tem um viés não intrusivo ou coercitivo, posto que não viola o livre-arbítrio nas decisões pessoais e visa atingir outros objetivos primordiais da sociedade.

Algumas pesquisas científicas identificaram a manifestação do paternalismo libertário nas práticas intervencionistas do Estado, particularmente dentro do contexto do Estado Democrático de Direito e na formulação de políticas públicas. Essas pesquisas ilustram como essa teoria se entrelaça com a governança contemporânea, influenciando tanto a atuação estatal quanto as estratégias de formulação de políticas.

Um exemplo significativo é o trabalho de Rocha e Galuppo (2016), intitulado "Paternalismo libertário no Estado Democrático de Direito", que investiga como essa abordagem pode coexistir com os princípios democráticos ao equilibrar a autoridade do Estado e a liberdade individual. Por sua vez, Barbosa (2015), em seu estudo "Paternalismo Libertário: o limite entre a liberdade de escolha e a formulação de políticas públicas", analisa os desafios e as implicações de implementar políticas que respeitem a autonomia individual enquanto orientam as decisões públicas de maneira sutil e não coercitiva.

Outrossim, observa-se no ordenamento jurídico brasileiro que o instituto da licitação pública tem sido um dos instrumentos utilizados pelo Estado para incentivar o comportamento estratégico dos sujeitos e das empresas, tendo em vista o grande poder de compra e a participação econômica que o Estado possui no mercado.

Assim, é possível que o Estado esteja se utilizando dessa importante ferramenta para atuar na economia, priorizando o incentivo ao investimento em inovação e avanço tecnológico, em sustentabilidade ambiental, em programas de integridade para conter a corrupção, em participação de micro e pequenas empresas, em defesa aos direitos do trabalho, entre outros.

É nesse contexto que a nova Lei geral de Licitações e Contratos Administrativos, Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021, que substitui, dentre outras, a Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, traz em seu conteúdo disposições e ações que podem ser compreendidas como incentivos para as empresas e para o mercado econômico em geral.

O problema que permeia a presente dissertação é compreender quais dispositivos da nova Lei de Licitações, Lei nº 14.133/2021, funcionam como ferramentas de atuação estatal que incentivam boas práticas por parte dos licitantes e em que medida esses dispositivos podem ser enquadrados dentro da teoria do Paternalismo Libertário?

Dessa forma, o principal objetivo desta pesquisa é analisar detalhadamente a Lei nº 14.133/2021 para identificar os dispositivos que visam incentivar e motivar os licitantes a adotarem práticas benéficas que alavanquem o desenvolvimento econômico e social do país. Além disso, pretende-se verificar se a teoria do Paternalismo Libertário pode justificar essas estratégias regulatórias.

A hipótese central do estudo é que a legislação inclui dispositivos que, apesar de, em alguns contextos, condicionarem a participação nas licitações, não se caracterizam como normas repressivas ou excessivamente restritivas. Pelo contrário, são dispositivos que incentivam a adoção de boas práticas, proporcionando aos licitantes a liberdade de decidir sobre sua participação no processo e sobre adotar ou não os preceitos dos dispositivos legais. Assim, a teoria do Paternalismo Libertário é postulada como uma fundamentação teórica apropriada para essa modalidade de atuação estatal.

Para a investigação dessa hipótese, adotar-se-á um método hipotético-dedutivo, começando pela análise específica dos dispositivos legais da nova Lei de

Licitações e Contratos para identificar aqueles que primariamente incentivam boas práticas. Será utilizada a observação indireta realizada através de pesquisa bibliográfica e legal. As principais fontes deste estudo incluem a própria legislação de licitações e contratos, a Constituição Federal de 1988, o livro *Nudge: O empurrão para a escolha certa: aprimore suas decisões sobre saúde, riqueza e felicidade* (Thaler; Sunstein, 2019), além de obras relevantes, estudos e artigos de periódicos e bibliotecas eletrônicas. As análises serão descritivas, visando aprofundar a compreensão dos mecanismos legais e teóricos que sustentam a atuação do Estado na ordem econômica através das licitações públicas.

A motivação pessoal da autora para desenvolver esta pesquisa está profundamente enraizada em sua extensa experiência e atuação profissional na área de licitações e contratos. Com uma trajetória que soma dez anos de experiência, a autora iniciou sua carreira como estagiária de direito no setor de Assessoria de Contratos e Licitações da Pró-Reitoria de Administração da Universidade Federal da Paraíba, onde atuou por dois anos. Posteriormente, nomeada como servidora pública federal, dedicou oito anos aos setores de licitações e contratos da mesma instituição, dos quais três anos foram desempenhados na função de ordenadora de despesas.

Este histórico profissional não apenas fornece à autora uma perspectiva única sobre as práticas administrativas e os desafios inerentes ao processo de licitações e contratos, mas também a coloca em uma posição privilegiada para investigar e compreender as nuances de como o Estado exerce seu papel regulador na economia por meio das legislações pertinentes. Tal compreensão é crucial não apenas para o desenvolvimento acadêmico da autora, mas também para contribuir com a sociedade, oferecendo *insights* sobre as interações entre as políticas públicas de licitação e o desenvolvimento econômico e social mais amplo.

Para alcançar os objetivos propostos, este estudo está organizado em quatro capítulos principais, além desta introdução e da conclusão. No primeiro capítulo, a análise se concentra no papel do Estado como regulador e promotor dentro da Ordem Econômica e Social. Inicialmente, investiga-se a evolução da atuação estatal no âmbito econômico, com foco particular nas constituições que integraram as dimensões econômica e social. Posteriormente, é analisado em que medida o Estado interfere na Ordem Econômica e Social, analisando a dicotomia entre atuação e intervenção, passando pela exposição acerca do Estado regulador e da função

promocional do ordenamento jurídico e conclui com uma explanação sobre as formas legítimas de intervenção e atuação estatal na ordem econômica.

O segundo capítulo introduz a teoria do Paternalismo Libertário, concebida por Richard H. Thaler e Cass R. Sunstein. Este segmento aborda os principais conceitos da teoria, investigando como a atuação estatal na Ordem Econômica Brasileira pode ser vista como uma manifestação prática dessa teoria.

No terceiro capítulo, discute-se a legislação de licitações e contratos como um instrumento estratégico do Estado para dirigir a atividade econômica, com o intuito de cumprir fundamentos, objetivos e princípios constitucionais. O capítulo começa com uma análise da evolução do instituto licitatório na legislação brasileira, avançando para a apresentação e discussão da Nova Lei de Licitações e Contratos. Também se detalha o impacto das compras públicas na economia, demonstrando como o poder regulador do Estado pode promover práticas que transcenderiam as necessidades imediatas da administração pública.

O quarto capítulo conclui a pesquisa ao explorar a intersecção entre a Nova Lei de Licitações e a Teoria do Paternalismo Libertário. Analisa-se como os dispositivos legais da nova lei podem ser interpretados como ferramentas de atuação estatal para a indução de comportamentos desejáveis. Este capítulo mostra como determinadas disposições da lei estão alinhadas com os princípios do paternalismo libertário, enfatizando seu potencial para incentivar as práticas dos licitantes e demais participantes nos processos de contratações públicas.

Na conclusão, apresenta-se um breve resumo e aporte crítico dos principais achados e resultados da pesquisa, respondendo às questões, em relação aos objetivos e às hipóteses. Além disso, apresenta-se recomendações e sugestões para trabalhos futuros, reforçando a relevância do estudo no contexto acadêmico e prático.

2 O PAPEL DO ESTADO COMO REGULADOR E PROMOTOR NA ORDEM ECONÔMICA E SOCIAL

O colapso do *laissez-faire*, fundamental ao liberalismo clássico, tornou-se evidente após a Primeira Guerra Mundial, desencadeando um aumento significativo na procura por intervenções estatais para corrigir desequilíbrios e ineficiências de mercado e alcançar metas de desenvolvimento econômico sustentável. Assim, tanto a Ciência Econômica como o pensamento dos estadistas evoluíram no sentido de encontrar fórmulas para as novas estruturas sociais, assim como o direito também sentiu a necessidade de proceder do mesmo modo (Souza, 1976).

Esse contexto histórico foi o catalisador para o surgimento do Direito Econômico, definido pelo seu introdutor, Washington Peluso Albino de Souza, como:

Um conjunto de normas de conteúdo econômico que pelo princípio da economicidade assegura a defesa e a harmonia dos interesses individuais e coletivos, bem como regulamenta a atividade dos respectivos sujeitos na efetivação da política econômica definida na ordem jurídica (Souza, 1976, p. 26).

É uma área do direito que visa a regulamentação das atividades econômicas pelo Estado para assegurar um equilíbrio entre os interesses privados e o coletivo. No Brasil, o Direito Econômico é consolidado na Constituição Federal de 1988, especialmente nos artigos 170 a 179, que estabelecem o arcabouço legal para a atuação estatal na Ordem Econômica. O Estado pode atuar de maneira normativa, como uma intervenção indireta, criando leis e regulamentos que estruturam as atividades econômicas, ou de forma participativa, por meio de uma intervenção direta, atuando como agente econômico no mercado.

A intervenção direta se manifesta quando o Estado atua no domínio econômico assumindo papéis comerciais ou industriais. Tal atuação pode ser exemplificada pela Caixa Econômica Federal, que desempenha um papel significativo em diversas áreas, especialmente no setor financeiro, habitacional e no desenvolvimento urbano. Sua atuação reflete a intervenção do Estado na economia com objetivos de promoção social e econômica.

Alternativamente, a intervenção indireta ocorre quando o Estado estabelece o marco regulatório dentro do qual as entidades privadas operam, assegurando que as atividades econômicas se alinhem com os objetivos de política pública, como a promoção da concorrência, proteção do consumidor e preservação do meio ambiente.

O foco deste trabalho recai sobre a intervenção estatal normativa ou indireta, onde o Estado age como um "arquiteto de escolhas", moldando o ambiente econômico de forma a promover o bem-estar coletivo e a justiça social, ao mesmo tempo em que preserva a liberdade de escolha da iniciativa privada. Essa abordagem destaca a capacidade do Estado de direcionar comportamentos e decisões econômicas através de mecanismos regulatórios, sem necessariamente possuir ou operar os meios de produção.

Nesse sentido, no intuito de fornecer base teórica e contextualizar adequadamente a temática central deste trabalho, a seguir serão explorados os seguintes tópicos:

- a. A Ordem Econômica combinada com a Social: as constituições econômicas: Este tópico abordará o desenvolvimento histórico das constituições que têm incorporado regulamentações detalhadas sobre a ordem econômica e os direitos sociais, destacando como estes documentos evoluíram para regular a atividade econômica sem renunciar ao social.
- b. Em que medida o Estado interfere na Ordem Econômica e Social: atuação ou intervenção: Será discutida a extensão e as maneiras pelas quais o Estado interfere na economia e na esfera social. Este tópico examinará o contraponto entre a atuação e a intervenção estatal, ilustrando diferentes métodos e abordagens de interferência governamental nas atividades econômicas.
- c. O Estado Regulador e a função promocional do ordenamento jurídico: Este ponto destacará o papel normativo e regulador do Estado, explorando como o ordenamento jurídico pode não apenas regular, mas também promover ativamente políticas sociais.
- d. Formas de atuação do Estado no domínio econômico no contexto brasileiro: Aqui, será apresentado um referencial teórico sobre as diferentes formas pelas quais o Estado brasileiro atua no domínio econômico, com particular atenção à "atuação por indução", conforme proposto pelo jurista Eros Grau. Este aspecto é crucial para entender as estratégias específicas utilizadas pelo governo brasileiro para influenciar e direcionar a atividade econômica nacional.

2.1 A ORDEM ECONÔMICA COMBINADA COM A SOCIAL: AS CONSTITUIÇÕES ECONÔMICAS

Durante os séculos XVIII e XIX, os problemas relacionados à ordem econômica e os respectivos problemas sociais eram considerados, prioritariamente, de alçada dos particulares. Dessa forma, as Constituições mantinham, costumeiramente, apenas a função de regular o fenômeno político, definindo, em suma, a organização do Estado, como se ascende aos seus órgãos supremos e a quem cabe o poder (Beltrão, 2009).

A partir do século XX, observou-se um movimento direcionado a inserção de temas como princípios gerais e regras fundamentais referentes à ordem social e econômica nas constituições. Isso ocorreu justamente devido ao momento em que houve uma nova transição de modelo econômico, no qual saímos do modelo liberal, onde o Estado se abstém de qualquer intervenção, para um modelo de intervenção estatal, que passa a regular sistematicamente a vida econômica ao passo em que também se preocupa com a ordem social, ensejando, assim, no surgimento das chamadas Constituições Econômicas (Franco Filho, 2009).

Conforme Moreira (1979), a representação liberal assentava na ideia de que a economia dependia de uma única realidade: a liberdade e autonomia do indivíduo. Nesse contexto, o direito nada tinha a fazer, pois a economia era vista como uma matéria não jurídica e, conseqüentemente, *aconstitucional* – imune à constituição. Por outro lado, na Constituição Econômica esta relação é alterada, haja vista que todas as questões essenciais de política econômica retornam ao Estado.

Para Bercovici (2003, p. 11), as constituições econômicas se fundam em uma tentativa de estabelecer uma democracia social, abarcando disposições sobre a ordem social e econômica. Ademais, as concepções socializantes, bem como a determinação de princípios constitucionais para a intervenção estatal nos domínios econômico e social são consideradas fundamentos do novo “constitucionalismo social”, as quais foram estabelecidas inicialmente em boa parte dos Estados europeus e alguns americanos.

Importante também refletirmos que as Constituições elaboradas a partir do século XX, precisamente após o final da Primeira Guerra Mundial, trouxeram certas características em comum, como os chamados direitos sociais em conjunto com os

tradicionais direitos individuais. Conforme exposto por Bercovici (2003), tais direitos eram ligados ao princípio da igualdade material, os quais dependem de prestações diretas ou indiretas do Estado para serem usufruídos pelos cidadãos.

Para Moreira (1979), a Constituição Econômica é o conjunto de normas e instituições jurídicas que, ao assegurar os elementos essenciais de um específico sistema econômico, estabelecem uma forma particular de organização e funcionamento da economia. Esse conjunto de normas e instituições, portanto, configura uma determinada ordem econômica.

Contudo, convém ressaltar, como aponta Bercovici (2003), que quando falamos de constituição econômica não estamos nos referindo a uma constituição à parte da Constituição Política do Estado. Não há dualidade de constituições, mas sim uma constituição política que possui em seu conteúdo disposições específicas relacionadas à ordem econômica, a qual, por sua vez, não contém significado jurídico, apenas indica a parte do texto constitucional que se concentram os dispositivos que tratam do papel do Estado no domínio Econômico, vejamos:

Em primeiro lugar, a Constituição Econômica não pode ser separada da totalidade da Constituição, ela não é a Constituição da economia, mas a expressão do econômico no plano político. Desta feita, não pode haver dualidade entre Constituição Política e Constituição Econômica. Outro ponto essencial é o fato de a expressão “ordem econômica” não ter significado jurídico algum. A ordem econômica apenas indica em que parte do texto constitucional concentram-se as disposições que tratam do papel do Estado no domínio econômico (e, mesmo assim, não inclui todas) (Bercovici, 2003, p. 25).

Vale dizer que a economia, segundo Moreira (1979, p. 46), “é um conjunto de elementos (pessoais e materiais) e de processos e relações (produção, distribuição, etc.) interligados de modo a constituírem um todo, uma unidade, isto é, um sistema”. Todavia, o autor ressalta que, efetivamente, uma economia concreta não é, geralmente, a realização de um único sistema ou forma econômica, mas é a combinação de vários, em que um deles é dominante, subordinando os outros. É nessa medida que uma economia concreta possui uma estrutura ordenadora, uma ordem econômica.

Conforme Grau (2010), a ordem econômica, ainda que se oponha a ordem jurídica, é usada para referir-se a uma parcela da ordem jurídica, que compõe um sistema de princípios e regras, compreendendo uma ordem pública, uma ordem privada, uma ordem econômica e uma ordem social.

Já com base em Moreira (1979), pode-se descrever a ordem econômica como o conjunto de normas e instituições jurídicas que têm por objeto as relações econômicas, abrangendo necessariamente planos jurídicos diversos (direito público e direito privado) e ramos jurídicos distintos (direito comercial, direito civil, direito do trabalho, direito administrativo, direito ambiental etc.). Assim, trata-se de um complexo multicombinado e multiarticulado de instituições e normas de diversas forças jurídicas, efetividade, influência e relevância econômicas.

Tavares (2006, p. 81), por sua vez, define a ordem econômica como sendo “a expressão de um certo arranjo econômico, dentro de um específico sistema econômico, preordenado juridicamente. É a sua estrutura ordenadora, composta por um conjunto de elementos que confronta um sistema econômico.” Assim, temos a ordem econômica como uma ordem jurídica da economia.

Essa ordem econômica combinada com a social teve como referência inicial a Constituição do México, de 1917, que foi a primeira a atribuir aos direitos trabalhistas a qualidade de direitos fundamentais, juntamente com as liberdades individuais e os direitos políticos (arts. 5º e 123), e a Constituição de Weimar, de 1919. Ambas são consideradas como as principais influências para as constituições elaboradas posteriormente, inclusive a do Brasil de 1934.

A estrutura da Constituição de Weimar era denominada como “constituição de compromisso” ou “constituição diretiva ou programática”. Conforme Moreira (1979, p. 92), isso quer dizer que por meio dessa estrutura se fixam determinados objetivos à economia e se prescrevem certas direções ao processo econômico. São, assim, objetivos e direções a serem executados e almejados através de ação política.

No sentido lecionado por Silva (1998), a “constituição programática” seria a norma que depende de regulamentação posterior, ou seja, não passível de ser imediatamente concretizada. Arremata Bercovici (2003) que, ainda assim, aquelas constituições não detinham definições políticas que permitissem o seu cumprimento em determinadas direções.

A Constituição de Weimar de 1919 trouxe o capítulo “A Vida Econômica” (arts. 151 a 165). Moreira (1979) assinala que, ao passo em que previa os direitos de liberdade econômica, de comércio e indústria, contratual e de trabalho, ela também prescrevia a garantia da propriedade e a liberdade de coalisção, visando a defesa e melhoramento das condições de trabalho e da vida econômica.

A constituição do Reich (Weimar, 1919, art. 151) declarava como princípio fundamental o seguinte: “A ordem econômica deve corresponder aos princípios da justiça tendo por objetivo garantir a todos uma existência conforme a dignidade humana. Só nestes limites fica assegurada a liberdade econômica do indivíduo.” Destarte, esse princípio explicava os limites apostos às liberdades econômicas, como os ditos direitos sociais.

Herrera (2002) defende a existência de 3 (três) níveis na ordem econômica de Weimar. O primeiro nível seria o dos direitos fundamentais sociais e econômicos, como o direito ao trabalho, à assistência social e à sindicalização. O segundo nível seria o do controle da ordem econômica capitalista por meio da função social da propriedade e da possibilidade de socialização. O terceiro nível, por sua vez, seria o do mecanismo de colaboração entre trabalhadores e empregadores por meio de conselhos.

Dessa forma, a Constituição de Weimar estabelecia nova ordem econômica, modificando a existente no momento de sua elaboração. Como assevera Moreira (1979), as constituições econômicas do século XX não buscavam recepcionar a estrutura econômica existente, mas sim alterá-la. Além de dispor sobre conteúdos econômicos, elas almejaram positivar tarefas a serem realizadas pelo Estado e pela sociedade no âmbito econômico e social, visando alcançar objetivos determinados no próprio texto constitucional.

Por fim, convém trazer à baila que Bercovici, ao indagar se a Constituição Econômica é uma novidade do século XX, responde negativamente. Explica o autor que a Constituição Econômica não é uma inovação do “constitucionalismo social” do século XX, pois está presente em todas as Constituições, inclusive nas liberais dos séculos XVIII e XIX, conforme se pode depreender do trecho a seguir:

Durante o liberalismo, a visão predominante era a da existência de uma ordem econômica natural, fora das esferas jurídica e política, que, em tese, não precisaria ser garantida pela Constituição. No entanto, as Constituições liberais também possuíam disposições econômicas em seus textos. A Constituição Econômica liberal existia para sancionar o existente, garantindo os fundamentos do sistema econômico liberal, ao prever dispositivos que preservavam a liberdade de comércio, a liberdade de indústria, a liberdade contratual e, fundamentalmente, o direito de propriedade (Bercovici, 2005, p. 32).

Sendo assim, depreende-se do exposto que embora as constituições anteriores mencionassem sobre a economia, suas disposições possuíam característica de positivar a não intervenção do Estado e garantir a total liberdade

econômica, enquanto as consideradas Constituições Econômicas trazem disposições interventivas na economia, inaugurando uma ordem econômica associada a uma ordem social. Ademais, condicionam a liberdade econômica à garantia de direitos sociais.

Essa análise comparativa das constituições denota evidente processo evolutivo, que reflete na alteração e na criação de novos mecanismos interventivos compatibilizados com as ideias políticas, sociais e econômicas, sempre com a finalidade de adequá-los à ordem social, atrelada à ordem econômica (Carvalho Filho, 2023).

A primeira Constituição brasileira a dispor acerca da ordem econômica foi a de 1934, a qual inseriu um capítulo chamado Ordem Econômica e Social (Título IV, art. 115 a 143). Seu art. 115 previa que a “ordem econômica deve ser organizada conforme os princípios da justiça e as necessidades da vida nacional, de modo que possibilite a todos existência digna. Dentro desses limites, é garantida a liberdade econômica.”

Por outro lado, previa o art. 116 que era permitido à União monopolizar determinada indústria ou atividade econômica. Importante também mencionar a previsão de fomento à economia popular:

A lei promoverá o fomento da economia popular, o desenvolvimento do crédito e a nacionalização progressiva dos bancos de depósito. Igualmente providenciará sobre a nacionalização das empresas de seguros em todas as suas modalidades, devendo constituir-se em sociedades brasileiras as estrangeiras que atualmente operam no País (Brasil, 1934, art. 117).

Ato contínuo, a Constituição de 1934 reconhecia os sindicatos e as associações profissionais (art. 120) e reservava à lei a promoção do amparo da produção e estabelecimento das condições de trabalho na cidade e nos campos, tendo em vista a proteção social do trabalhador e os interesses econômicos do país (art. 121).

Dessa forma, pode-se considerar a Constituição de 1934 como a primeira Constituição econômica do Brasil, introduzindo na ordem constitucional o modelo intervencionista do Estado, mas com garantia de liberdade econômica, de proteção à concorrência entre as empresas e dos direitos sociais dos trabalhadores.

Inclusive, conforme Bercovici (2005) assevera, a inserção dos direitos trabalhistas foi um dos principais enfoques de inovação da Constituição de 1934, haja

vista que buscou solucionar a chamada “questão social”, mais evidente com a Revolução de 1930:

Os direitos trabalhistas, no fundo, foram o principal enfoque de inovações da Constituição de 1934, que buscou solucionar a chamada “Questão Social”. A chamada “Questão Social” não surge em 1930. A Revolução, inclusive, não significa o início da legislação trabalhista no Brasil. No entanto, é só a partir de 1930 que ocorre a aceleração e a sistematicidade das leis trabalhistas, encaradas, desde então como uma política de Estado (Bercovici, 2005, p. 18).

Todas as Constituições brasileiras seguintes passaram a incluir o capítulo sobre a Ordem Econômica, tratando da intervenção do Estado na economia e acerca dos direitos trabalhistas e sociais. A Constituição de 1988 foi a primeira a romper com essa sistemática, passando a incluir os direitos trabalhistas em capítulo diverso ao dos direitos sociais.

Conforme Grau (2010), uma das características da Constituição de 1988 é a preponderância principiológica e programática, pois ela não dispõe apenas regras, mas também princípios. Assim, para que se perceba o modelo interventivo do Estado na seara econômica, é importante mencionar os preceitos contidos nos seus arts. 1º, 3º e 170:

Art. 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

- I - a soberania;
- II - a cidadania;
- III - a dignidade da pessoa humana;
- IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;
- V - o pluralismo político.

[...]

Art. 3º. Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

- I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;
- II - garantir o desenvolvimento nacional;
- III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;
- IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

[...]

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

- I - soberania nacional;
- II - propriedade privada;
- III - função social da propriedade;
- IV - livre concorrência;
- V - defesa do consumidor;
- VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação;
- VII - redução das desigualdades regionais e sociais;
- VIII - busca do pleno emprego;

IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no país.
Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei (Brasil, 1988, arts. 1º, 3º e 170).

Nota-se que a Constituição de 1988 projeta um Estado desenvolvido e forte, o quanto necessário seja para que os fundamentos afirmados no seu art. 1º e os objetivos definidos no seu art. 3º venham a ser plenamente realizados, garantindo-se que a ordem econômica tenha por finalidade assegurar a todos uma existência digna (Grau, 2010).

A ação do intervencionismo estatal faz com que o interesse público prevaleça sobre o sistema econômico capitalista. O Estado assume responsabilidades na distribuição e na alocação de recursos, buscando promover uma distribuição mais equitativa da riqueza e fornecendo elementos de proteção a determinados grupos sociais em face das regras puramente capitalistas.

Assinala Carvalho Filho (2023) que através dessa atuação, o Estado procura assegurar condições de vida dignas para os indivíduos mais vulneráveis, independentemente de seu status no trabalho, além de corrigir o funcionamento cego das forças do mercado, estabelecendo parâmetros para orientar a atividade econômica. De maneira fundamental, ao intervir na economia, o Estado responde aos anseios da sociedade, visando a redução das desigualdades entre os cidadãos e o alcance de seus objetivos, princípios e fundamentos constitucionais.

A Ordem Social, por seu turno, está prevista a partir do art. 193 da Carta Magna de 1988, o qual estabelece que “a ordem social tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais”. Conforme Bandeira de Mello (2013), este preceptivo não é isolado e está intrinsecamente ligado ao artigo 3º da Constituição, onde se proclama explicitamente os objetivos da República Federativa do Brasil, que incluem a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, o desenvolvimento nacional, a erradicação da pobreza e a redução das desigualdades sociais e regionais, além de promover o bem de todos sem qualquer forma de discriminação.

Tal ênfase na justiça social e na promoção do bem-estar ressalta o compromisso do Estado com a melhoria das condições sociais da população e sua harmonização pelo país. Este enfoque é reiterado em várias partes da Constituição, como no Artigo 170, que enfatiza a justiça social tanto como princípio da ordem

econômica quanto da ordem social. A função social da propriedade, como mencionado no Artigo 5º, inciso XXIII, e os princípios da ordem econômica (Artigo 170, inciso III) exemplificam como a Constituição estrutura a ordem econômica para refletir esses objetivos sociais.

Mello (2013), ao refletir sobre essas disposições, evidencia que a Constituição brasileira se configura como uma antítese ao neoliberalismo, rejeitando a ideia de que a organização satisfatória da vida econômica e social possa ser deixada à suposta eficiência do mercado. Ao contrário, ela estabelece que o Estado brasileiro tem compromissos formalmente declarados com os valores promulgados, obrigando que tanto a ordem econômica quanto a social sejam articuladas de modo a concretizar esses objetivos estabelecidos.

2.2 EM QUE MEDIDA O ESTADO INTERFERE NA ORDEM ECONÔMICA E SOCIAL: ATUAÇÃO OU INTERVENÇÃO

A interferência do Estado na ordem econômica pode ser analisada sob as óticas de atuação e intervenção, refletindo uma perspectiva de envolvimento estatal que varia desde uma postura regulatória e facilitadora até uma participação ativa e diretiva na economia. Essa dicotomia destaca a dualidade do papel do Estado em moldar e influenciar as dinâmicas econômicas dentro de um território nacional.

Adam Smith em "A Riqueza das Nações", de 1776, sugere que a atuação do Estado deve limitar-se a criar e manter o quadro legal e institucional no qual as atividades econômicas podem prosperar. Smith defendia um "Estado mínimo", enfatizando a "mão invisível" do mercado para regular a economia de forma eficiente, onde o Estado atua principalmente como um árbitro, garantindo a ordem e protegendo os direitos de propriedade.

Contrastando com essa visão, a intervenção do Estado na economia é amplamente discutida por John Maynard Keynes em "A Teoria Geral do Emprego, do Juro e da Moeda", de 1936. Keynes argumenta que, em certas circunstâncias, especialmente em períodos de recessão ou depressão econômica, a intervenção estatal é crucial para estimular a demanda agregada através de políticas fiscais e monetárias, visando a estabilidade econômica e a geração de emprego.

O autor contesta a ideia de que os mercados competitivos naturalmente resultam em pleno emprego a longo prazo. Ele argumenta que, em uma economia

baseada no dinheiro, o pleno emprego não é um estado de equilíbrio garantido, mas que situações de desemprego e investimento insuficiente são mais comuns e podem persistir a menos que intervenções diretas sejam implementadas (Keynes, 1996). Sendo assim, defende o autor do keynesianismo que a intervenção do Estado na economia pode promover estabilidade.

Karl Marx, propulsor da ideia do governo da sociedade e da eliminação de classes como fator de proteção do proletariado, em sua obra, “O Capital”, cuja primeira edição foi em 1867, aborda a atividade dos agentes privados e, a partir de uma análise dos fatores que determinam o valor das mercadorias, desenvolve uma teoria sobre a distribuição da riqueza da sociedade.

Marx (1996) argumenta que, ao contrário do período de acumulação primitiva, no qual o Estado desempenhava um papel ativo sob a liderança monárquica, promovendo o aumento da produtividade e o desenvolvimento do comércio interno, na dinâmica capitalista, o Estado passa a ter um papel secundário. Nessa visão, o Estado não representa o bem comum, mas sim uma expressão política da classe dominante da época, que era a burguesia. Esta classe controlava não apenas o processo de produção, mas também estendia seu poder sobre o Estado e outras instituições, utilizando-os para promover seus próprios interesses.

Essas novas ideias acabaram por inspirar uma transformação na postura do Estado em relação à sociedade. Ao contrário do que ocorria anteriormente, o Estado deixou de ser indiferente e assumiu um papel ativo, fiscalizador e regulatório. O que se destacou ainda mais foi a adoção de uma postura alinhada com as demandas expressas pela sociedade. O Estado, que antes seguia o modelo liberal, passou a adotar uma abordagem intervencionista.

Maria Luiza Feitosa (2007) ressalta que as consequências da Primeira Guerra Mundial (1914-1918) e a Grande Depressão de 1929 provocaram mudanças significativas na estrutura econômica do sistema capitalista, marcando a transição do capitalismo de concorrência para uma forma de capitalismo monopolista ou organizado pelo Estado. Essa estrutura foi estimulada tanto pela consciência de seu poder organizador e disciplinador em matéria militar e econômica, quanto pela absorção, no sistema político-jurídico, dos novos elementos éticos e sociais ditados pela industrialização operada desde o século XIX e pelos novos padrões de juridicidade.

Essa nova orientação na economia e os ajustes nos critérios de juridicidade reforçaram o papel do Estado administrativo, ampliando suas responsabilidades sociais. Isso levou a uma reformulação na representação política dentro do Estado, resultando na expansão das atribuições do Poder Executivo e em uma maior autonomia do direito. Essas transformações sublinham uma evolução significativa na função e na estrutura do Estado, adaptando-se às novas necessidades e desafios do século XX.

Na atualidade brasileira, inserida no contexto do Estado contemporâneo, há o reflexo da tensão entre as funções intervencionistas e libertárias ou regulatórias e promotoras. A Constituição Econômica de 1988 define o Estado Democrático de Direito no Brasil, comprometendo-se com a justiça social e um desenvolvimento econômico equitativo, indicando uma postura estatal que transcende a simples regulação e engajando-se diretamente na promoção do bem-estar social e econômico.

Isso reflete a complexidade do Estado contemporâneo, conforme discutido por Gustavo Gozzi, em "Um dicionário de política" (Bobbio, 1998, p. 401), haja vista a tensão entre as características do Estado de direito, que protege as liberdades individuais e limita a intervenção estatal, e do Estado social, que promove os direitos sociais e a participação na distribuição da riqueza. Essa dinâmica demonstra o equilíbrio entre garantir a liberdade individual e atender às demandas sociais emergentes, que não podem ser plenamente resolvidas no plano constitucional, mas requerem ação legislativa e administrativa.

Conforme Maria Luiza Feitosa (2007), a noção liberal-clássica do Estado democrático de Direito emerge do contexto histórico no qual as interações entre o sistema político e a sociedade são formalizadas em uma estrutura jurídica constitucional. Esta estrutura se baseia no sistema condicional de "freios e contrapesos" (checks and balances), além de englobar noções de soberania nacional, de poderes públicos, de contrato social e de democracia.

2.2.1 O Estado Regulador e a função promocional do Ordenamento Jurídico

O conceito de Estado Regulador está intimamente ligado à sua função de organizar, controlar e direcionar as atividades econômicas e sociais através do ordenamento jurídico, visando o equilíbrio e a justiça social dentro do mercado e da

sociedade. Este modelo de Estado não apenas estabelece regras para a atividade econômica, mas também promove o desenvolvimento e o bem-estar social.

Feitosa (2007) menciona que com a nova configuração do Estado, foi sendo estruturado um sistema normativo complexo que expandiu suas tarefas, permitindo-lhe assumir um papel preponderante, substituindo o mercado na coordenação da economia e se tornando o centro da distribuição de rendas. O ordenamento jurídico ganhou um caráter interventivo de promoção social. Sob uma nova perspectiva formalista do direito, as leis transcendem seu papel tradicional de diretrizes para a conduta individual e são reconhecidas como instrumentos de organização social, visando a uma finalidade comum.

Norberto Bobbio, em “Da Estrutura à Função: Novos estudos de Teoria do Direito” (2007), ao tratar da função promocional do direito, aborda a evolução nas metodologias de controle social empregadas pelo Estado, marcando uma transição significativa do paradigma do liberalismo clássico para o Estado social contemporâneo. Ele destaca o crescente uso de técnicas de encorajamento, que contrasta com as abordagens tradicionais centradas em métodos de desencorajamento. O autor sugere que essa transformação exige uma reavaliação das teorias jurídicas convencionais, que frequentemente encapsulam o direito dentro de funções protetoras e repressivas.

O pensamento de Bobbio (2007) ilumina a complexidade do direito moderno, que transcende a simples dicotomia entre proibir e permitir, movendo-se em direção a uma abordagem mais proativa e facilitadora. Dialogando com Bobbio, é possível perceber como o Estado contemporâneo adota um papel mais dinâmico e interventivo, utilizando o direito como ferramenta para moldar comportamentos sociais, promovendo ações positivas e desencorajando práticas negativas. Esse movimento reflete uma compreensão mais matizada do direito, que agora é visto como um mecanismo flexível, capaz de se adaptar e responder às necessidades e desafios sociais em constante evolução.

Importante mencionar que Bobbio (2007) esclarece que não se deve confundir a distinção entre normas positivas (comandos) e negativas (proibições) com a distinção entre sanções positivas (prêmios) e negativas (castigos). Essas distinções são independentes e não necessariamente coincidem. Enquanto as normas negativas frequentemente vêm acompanhadas de sanções negativas, e as positivas de sanções

positivas, é possível ter normas positivas com sanções negativas e normas negativas com sanções positivas.

No direito, há casos em que comandos (normas positivas) são reforçados por castigos (sanções negativas) e, embora menos comum, proibições (normas negativas) podem ser incentivadas por prêmios (sanções positivas). Assim, existem quatro combinações possíveis: comandos com prêmios, comandos com castigos, proibições com prêmios e proibições com castigos.

Bobbio (2007) destaca que o crescimento das normas organizacionais no Estado contemporâneo não desafia necessariamente a visão do direito como um sistema protetor-repressivo. Na verdade, a mudança ocorre devido ao aumento do uso de técnicas de encorajamento pelo Estado. Isso leva à necessidade de repensar a concepção tradicional do direito, considerando-o também como um sistema com função promocional. Enquanto as constituições liberais clássicas focavam na proteção e garantia, as constituições pós-liberais incorporam, além da tutela, a função de promoção, indicando um papel mais ativo do Estado na orientação do comportamento social e econômico.

Explica o supracitado autor que a técnica do encorajamento no direito não visa apenas proteger, mas também induzir comportamentos adequados, tornando as ações permitidas mais atraentes e as proibidas mais desagradáveis. Isso marca uma evolução do sistema normativo para um controle social mais ativo, que prioriza a promoção de ações benéficas em detrimento da mera repressão das prejudiciais. Ele diferencia entre o sistema normativo tradicional, focado em prevenir comportamentos indesejados, e um sistema promocional, que busca incentivar comportamentos positivos. O aumento das leis de incentivo em Estados assistenciais exemplifica essa mudança, onde as normas visam promover comportamentos desejáveis, contrastando com o enfoque anterior em sanções negativas para desencorajar ações indesejadas.

Conforme Feitosa (2007), a novidade é que, com as demandas do Estado Social, as normas adquiriram um caráter mais articulado e operacional, produzindo mudanças importantes na ordem jurídica. O modelo social do Estado de direito, em oposição ao Estado de direito liberal individualista, considerando o contínuo crescimento das funções do Estado, provocou uma progressiva publicização do direito, constituindo o planejamento e as políticas públicas nos novos paradigmas do sentido funcional e instrumental das normas jurídicas.

Essa função promocional do ordenamento jurídico está intimamente relacionada com o Estado Regulador, cujo papel é controlar e direcionar atividades econômicas e sociais para garantir o cumprimento de leis, normas e regulamentos. Diferente do Estado interventor, que assume atividades econômicas diretamente, o Estado Regulador estabelece as regras do jogo, assegurando que o mercado funcione de forma eficiente e justa, prevenindo abusos e protegendo os direitos dos cidadãos.

Ele intervém na economia principalmente através da regulação, fiscalização e aplicação de políticas públicas para corrigir falhas de mercado, promover a concorrência, proteger o consumidor e alcançar objetivos de desenvolvimento sustentável e inclusivo. Essa função regulatória do Estado na economia, que visa equilibrar intervenção e autonomia do mercado, também é realizada por meio de incentivos sutis, sem recorrer a comandos diretos, repressivos ou impositivos.

2.2.2 Formas de atuação do Estado no domínio econômico no contexto brasileiro

A Constituição Federal brasileira de 1988, art. 170, dispõe que “a ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social” e traz uma lista de princípios gerais a serem observados: soberania nacional, propriedade privada, função social da propriedade, livre concorrência, defesa do consumidor, defesa do meio ambiente, redução das desigualdades regionais e sociais, busca do pleno emprego e tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no país.

Apesar de tratar-se de princípios que incidem em toda a ordem econômica, o seu concreto cumprimento requer a atuação efetiva do Estado. A atuação estatal no âmbito econômico está, substancialmente, consagrada na Constituição Federal nos arts. 173 e 174. Nesse diapasão, Duciran Van Marsen Farena leciona a seguinte ideia:

O instituto da intervenção, em todas suas modalidades, encontra previsão abstrata nos artigos 173 e 174, da Lei Maior. O primeiro desses dispositivos permite ao Estado explorar diretamente a atividade econômica quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei. O segundo outorga ao Estado, como agente normativo e regulador da atividade econômica, o poder para exercer, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo esse determinante para o setor público e indicativo para o privado (*apud* Gasparini, 2003, p. 628).

A Carta Magna restringiu a possibilidade de interferência do Estado e não mais fala de *intervenção*, mas sim de *atuação* (Meirelles, 2016). Assegura à iniciativa privada a preferência para a exploração da atividade econômica e atribui ao Estado somente as funções de “fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado” (CF/88, art. 174).

A função de fiscalização é conduzida utilizando-se do poder de polícia do Estado para prevenir violações legais. O órgão principal nesta tarefa é o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), responsável por monitorar a dinâmica do poder econômico, além das agências reguladoras, que supervisionam os serviços públicos ofertados pelo setor privado.

O incentivo é visto como uma atividade administrativa para atender às necessidades públicas, promovendo operações de entidades privadas, com ferramentas como benefícios fiscais e medidas econômicas intervencionistas. O planejamento, por sua vez, define objetivos e diretrizes a serem alcançadas pela atividade econômica, sendo determinante para o setor público e indicativo para o privado, permitindo que as entidades privadas escolham se seguem ou não as estratégias estabelecidas pelo poder público (Rocha; Galuppo, 2015).

Nessa ordem de ideias, convém apontar a diferenciação entre intervenção e atuação estatal explicada por Eros Roberto Grau:

Assim, inicialmente, quanto à referência a intervenção e não, meramente, a atuação estatal, desejo insistir em que vocábulo e expressão aparentam ser, à primeira vista, absolutamente intercambiáveis. Toda atuação estatal é expressiva de um ato de intervenção; de outra banda, relembre-se que o debate a propósito da inconveniência ou incorreção do uso dos vocábulos intervenção e intervencionismo é inútil, inócuo. Logo, se o significado a expressar é o mesmo, pouco importa se faça uso seja da expressão — atuação (ou ação) estatal — seja do vocábulo — intervenção. Aludimos, então, a atuação do Estado além da esfera do público, ou seja, na esfera do privado (área de titularidade do setor privado). A intervenção, pois, na medida em que o vocábulo expressa, na sua conotação mais vigorosa, precisamente atuação em área de outrem (Grau, 2010, p. 91).

Depreende-se do exposto que o Estado ao prestar serviço público ou regular a prestação de um serviço público ele está atuando – seria uma *atuação* estatal – haja vista tratar-se da esfera pública, sua área de titularidade. Por outro lado, quando ele atua em área de titularidade do setor privado – atividade econômica – aí sim seria uma intervenção estatal.

Adicionalmente, conforme Grau (2010), atuação estatal expressa um significado mais amplo, pois quando não qualificada significa atuação na esfera pública:

Intervenção indica, em sentido forte (isto é, na sua conotação mais vigorosa), no caso, atuação estatal em área de titularidade do setor privado; atuação estatal, simplesmente, ação do Estado tanto na área de titularidade própria quanto em área de titularidade do setor privado. Em outros termos, teremos que intervenção conota atuação estatal no campo da atividade econômica em sentido estrito; atuação estatal, ação do Estado no campo da atividade econômica em sentido amplo (Grau, 2010, p. 92).

Assim, a distinção entre intervenção e atuação estatal frequentemente remete à intensidade e ao propósito com que o Estado se envolve na economia ou na sociedade. Intervenção é comumente percebida como uma ação mais direta e incisiva do Estado na regulamentação, controle ou mesmo na participação em mercados específicos, enquanto atuação pode ser vista como um papel mais amplo e menos intrusivo de governança e de estabelecimento de condições para o funcionamento dos sistemas econômico e social.

A argumentação de Grau, supracitada, sugere que, mais do que se ater à terminologia, é importante considerar o contexto e os efeitos da ação estatal. A relevância prática, segundo ele, reside no impacto que tais ações têm sobre a ordem econômica e social, independente da nomenclatura utilizada para descrevê-las.

No que concerne a expressão “ordem econômica”, assinala Eros Grau:

[...] como a expressão “ordem econômica”, no contexto do art. 170 do texto constitucional, é conversível nas expressões “relações econômicas” ou “atividade econômica”, cumpre-nos precisar, também, *que atividade econômica* é esta, que deve ser fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tendo por fim (fim dela, *atividade econômica*) assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios [...] (Grau, 2010, p. 100).

Não obstante, Grau (2010) arremata que não encontra oposição entre atividade econômica e serviço público, estando o segundo subsumido no primeiro. A prestação de serviço público está voltada à satisfação de necessidades e envolve a utilização de serviços e bens, logo, é um tipo de atividade econômica. Isto posto, afirmada a adequação do uso do vocábulo intervenção, para referir atuação estatal no campo da atividade econômica em sentido estrito (“domínio econômico”), tem-se que só é admissível a atuação supletiva do Estado, não mais a interventiva, como era antes da atual Constituição.

Segundo Meirelles (2016, p. 771), “atuar é interferir na iniciativa privada. Por isso mesmo, a atuação só se justifica como exceção à liberdade individual nos casos

expressamente permitidos pela Constituição e na forma que a lei estabelecer”. Ademais, a interferência precisa ser feita com respeito aos princípios da ordem econômica (art. 170, CF/1988).

Por sua vez, Gasparini (2003) leciona que a interferência no domínio econômico possui dois fundamentos, o político e o jurídico. O fundamento político é a proteção dos interesses da comunidade contra qualquer conduta antissocial da iniciativa particular. Já o fundamento jurídico é a disposição consignada na Constituição ou na legislação infraconstitucional.

Bandeira de Mello destaca que a interferência do Estado na ordem econômica pode ocorrer de três maneiras, a saber:

(a) ora dar-se-á através de seu “poder de polícia”, isto é, mediante leis e atos administrativos expedidos para executá-las como “agente normativo e regulador da atividade econômica” - caso no qual exercerá funções de “fiscalização” e em que o “planejamento” que conceber será meramente “*indicativo* para o setor privado” e “determinante para o setor público”, tudo conforme prevê o art. 174; (b) ora ele próprio, em casos excepcionais, como foi dito atuará empresarialmente, mediante pessoas que cria com tal objetivo; e (c) ora o fará mediante incentivos à iniciativa privada (também supostos no art. 174), estimulando-a com favores fiscais ou financiamentos, até mesmo a fundo perdido (Mello, 2013, p. 810).

Sendo assim, o Estado (i) atua como ente ativo, pois pode desempenhar o papel de produtor ou fornecedor de serviços públicos, engajando-se diretamente nas operações econômicas; (ii) atua como agente regulador, orientando as ações dos indivíduos e das empresas por meio do exercício de seu poder de polícia; (iii) atua como promotor e fomentador, facilitando o desenvolvimento da esfera privada, oferecendo estímulos, incentivos e benefícios.

Segundo Carvalho Filho (2023), o Estado pode atuar de 2 (duas) formas. Na primeira, ele é o agente regulador do sistema econômico e, como tal, cria normas, constitui restrições e faz um diagnóstico social das condições econômicas. Nesse caso, ele age como um fiscal da ordem econômica organizada pelos particulares – Estado Regulador.

Na segunda forma de atuação, de caráter especial, o Estado executa atividades econômicas que, a priori, estão destinadas à iniciativa privada. Aqui a atividade estatal pode ser considerada próxima à atuação das empresas privadas, haja vista não se limitar apenas a fiscalizar, mas ingressa no plano de execução e explora atividades econômicas – Estado Executor. Vale ressaltar que nas duas posições o Estado tem sempre em foco o interesse, direto ou indireto, da coletividade.

No papel de Estado Regulador, a interferência do Estado sobre os agentes privados para o atingimento de seus objetivos era, comumente, justificada pelo poder de polícia, de império e da primazia do interesse público sobre o privado. Dessa forma, era mais usual a expedição de normas que restringia o exercício de determinados direitos, regulava determinadas liberdades individuais e induzia a adoção de determinados comportamentos de forma coercitiva.

Todavia, essa concepção vem sendo gradativamente superada e substituída por outras noções mais modernas voltadas à cooperação, à solidariedade e a uma relação horizontal entre Estado e sociedade, sem a imposição de instrumentos jurídicos que possuam em sua essência apenas o caráter punitivo, restritivo e coercitivo.

Essa forma de normatizar aplica o disposto no já citado art. 174 da Constituição – o qual dispõe que “como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento” – e traz dispositivos que possuem aspecto incentivador de práticas ou políticas públicas importantes para o usuário e que estão sendo utilizadas com o intuito de concretização tanto dos princípios gerais da atividade econômica como de outros objetivos de desenvolvimento social.,

Nesse sentido, é importante mencionar as classificações para as modalidades e intervenção, das quais Grau (2010) se tem valido: intervenção por absorção ou participação, intervenção por direção e intervenção por indução. A esse respeito, o autor assim descreve:

No primeiro caso, o Estado intervém no domínio econômico, isto é, no campo da atividade econômica em sentido estrito. Desenvolve ação, então, como agente (sujeito) econômico. Intervirá, então, por absorção ou participação. Quando o faz por absorção, o Estado assume integralmente o controle dos meios de produção e/ou troca em determinado setor da atividade econômica em sentido estrito; atua em regime de monopólio. Quando o faz por participação, o Estado assume o controle de parcela dos meios de produção e/ou troca em determinado setor da atividade econômica em sentido estrito; atua em regime de competição com empresas privadas que permanecem a exercer suas atividades nesse mesmo setor (Grau, 2010, p. 146).

O autor explica que o Estado, ao intervir por absorção, assume o controle total de setores da economia, operando em regime de monopólio. Aqui, o Estado não apenas regula, mas se torna o único agente econômico dentro de um setor específico, eliminando a concorrência. Essa forma de intervenção pode ser vista em setores considerados estratégicos ou essenciais para a nação, onde o interesse público

prevalece sobre o mercado. É possível supor que esse tipo de intervenção, apesar de garantir a realização de objetivos de política pública, também pode reduzir a eficiência e a inovação, comuns em ambientes competitivos.

Quanto à intervenção por participação, Grau aponta que o Estado atua juntamente com entidades privadas, mantendo uma presença significativa em determinado setor, mas sem eliminá-las. Essa coexistência pode fomentar uma competição saudável e assegurar que os serviços essenciais sejam prestados de forma eficiente e equitativa. Neste aspecto, é interessante refletir sobre como essa participação estatal pode equilibrar os objetivos sociais com a dinâmica do mercado, promovendo inovação e eficiência enquanto se atentam às necessidades sociais.

Continua o autor:

No segundo e no terceiro casos, o Estado intervirá sobre o domínio econômico, isto, sobre o campo da atividade econômica em sentido estrito. Desenvolve ação, então, como regulador dessa atividade. Intervirá, no caso, por direção ou por indução. Quando o faz por direção, o Estado exerce pressão sobre a economia, estabelecendo mecanismos e normas de comportamento compulsório para os sujeitos da atividade econômica em sentido estrito. Quando o faz, por indução, o Estado manipula os instrumentos de intervenção em consonância e na conformidade das leis que regem o funcionamento dos mercados (Grau, 2010, p. 146).

Sendo assim, extrai-se que os comandos imperativos, dotados de imposição de certos comportamentos a serem necessariamente cumpridos pelos agentes que atuam no campo da atividade econômica, são aplicação da intervenção por direção. Por outro lado, na intervenção por indução, os preceitos, embora prescritivos (deônticos), não são dotados da mesma carga de cogência que afeta as normas de intervenção por direção, pois trata-se de normas dispositivas.

Essa distinção é crucial, pois, ao intervir por direção, o Estado define as regras que direcionam o comportamento econômico, podendo impor limitações e obrigações para assegurar o bem-estar coletivo. Em contrapartida, na intervenção por indução, o Estado utiliza instrumentos, como políticas fiscais e monetárias, para motivar o mercado a se mover em uma direção desejável sem comandos diretos.

Observa-se que ambas as abordagens regulatórias têm seu valor, dependendo do contexto econômico e dos objetivos políticos. A direção pode ser necessária em situações críticas que exigem ação imediata e firme do Estado, enquanto a indução pode ser mais apropriada em circunstâncias que requerem uma abordagem sutil e flexível para orientar a atividade econômica.

Entretanto, tais preceitos não possuem o sentido de suprir a vontade dos seus destinatários, mas, conforme o que Modesto Carvalhosa (1971, p. 304) explica, o de “levá-lo a uma opção econômica de interesse coletivo e social que transcende os limites do querer individual”. Assim, como Washington de Souza (1980, p. 122) averba, eles compreendem “incitações, dos estímulos, dos incentivos, de toda ordem, oferecidos, pela lei, a quem participe de determinada atividade de interesse geral e patrocinada, ou não, pelo Estado”.

Dessa forma, Grau (2010) arremata que, ao destinatário da norma, resta aberta a alternativa de não se deixar por ela seduzir, deixando de aderir à prescrição nela veiculada. Todavia, se manifestar adesão a ela, resultará juridicamente vinculado por prescrições que correspondem aos benefícios usufruídos em decorrência dessa adesão.

A intervenção por indução discutida por Eros Grau enquadra-se no âmbito do Direito promocional, seguindo a perspectiva de Bobbio, o qual defende que o Direito tem evoluído para priorizar sua função de promoção, em detrimento da tradicional estrutura normativa clássica de imposição. Este paradigma emergente do Direito enfatiza a adoção de “sanções positivas” ou “incentivos”, que não se concentram em proibir comportamentos negativos, mas em fomentar ações socialmente benéficas.

Este estudo se insere no contexto de explorar a atuação indireta do Estado através de sua função normativa promocional e de incentivo. O foco não é analisar as interações da atividade econômica e as licitações em sentido técnico-procedimental, mas examinar como o Estado, com seu papel regulador e por meio de ações normativas, pode influenciar o domínio econômico das contratações públicas no cenário global contemporâneo. Busca-se avaliar os dispositivos da nova Lei de Licitações e Contratos que permitem ao Estado atuar como um “arquiteto de escolhas”, que encoraja práticas benéficas para a sociedade, mantendo a liberdade individual.

3 A TEORIA DO PATERNALISMO LIBERTÁRIO

A teoria do "Paternalismo Libertário" foi inaugurada por dois autores, Richard H. Thaler e Cass R. Sunstein, em 2003, e se tornou popular em 2008, por meio da primeira edição do livro *"Nudge – Improving decisions about health wealth and happiness"*, cuja versão em português é: *"Nudge: o empurrão para a escolha certa – aprimore suas decisões sobre saúde, riqueza e felicidade"*. A intenção original dos autores era usar o paternalismo libertário como o título do livro, contudo, a escolha final recaiu sobre *"nudge"*, palavra que, embora não possua uma tradução direta para o português, transmite a ideia de um "empurrãozinho", um "cutucão" leve e sutil (Thaler; Sunstein, 2019).

Os autores Richard H. Thaler e Cass R. Sunstein contribuíram significativamente para as áreas da economia comportamental e do direito, respectivamente, fornecendo *insights* valiosos sobre como as políticas públicas podem ser desenhadas para melhorar as decisões individuais sem comprometer a liberdade de escolha.

Richard H. Thaler é um economista americano, amplamente reconhecido como um dos fundadores da economia comportamental. Conforme sua biografia enquanto corpo docente da Booth School of Business da Universidade de Chicago (2024), Thaler recebeu o Prêmio Nobel Memorial de Ciências Econômicas em 2017 por suas contribuições à economia comportamental.

Além disso, o autor estuda economia e finanças comportamentais, bem como a psicologia da tomada de decisões, que se encontra na lacuna entre a economia e a psicologia. Ele investiga as implicações de relaxar a suposição econômica padrão de que todos na economia são racionais e egoístas, em vez de cogitar a possibilidade de que alguns dos agentes na economia sejam por vezes humanos.

Cass R. Sunstein é um jurista e acadêmico americano com uma vasta carreira dedicada ao direito e à política pública. De acordo com a biografia divulgada na página de docentes da universidade de Robert Walmsley, em Harvard (2024), Sunstein é autor de uma extensa obra sobre regulação, direito constitucional e política pública, com um interesse particular em como a lei pode ser utilizada para promover a saúde, a segurança e o bem-estar da população. Ele é o fundador e o diretor do Programa de Economia Comportamental e Políticas Públicas da Harvard Law School e uma das

suas conquistas, em 2018, foi o Prêmio Holberg do governo da Noruega, por vezes descrito como o equivalente ao Prêmio Nobel do Direito e das Humanidades.

A teoria do paternalismo libertário combina aspectos do libertarianismo e do paternalismo, propondo uma abordagem única para a formulação de políticas e tomadas de decisão, as quais podem ser implementadas tanto em instituições públicas como no setor privado.

O que interessa, primordialmente, no presente trabalho, é a atuação do Estado como arquiteto de escolhas, especialmente em sua função de regulador e de promotor de políticas públicas e de desenvolvimento econômico e social, visando uma análise justa da teoria proposta pelos autores em relação à realidade atual das licitações públicas no Brasil.

Nessa esteira, será aprofundada a compreensão sobre a teoria do paternalismo libertário através da exploração detalhada dos seguintes tópicos:

- a. Conceitos centrais da Teoria do Paternalismo Libertário: Este tópico introduzirá os conceitos fundamentais necessários para entender a essência da teoria do paternalismo libertário, estabelecendo a base teórica para discussões subsequentes.
- b. O aspecto Paternalista da Teoria: Aqui, será explorado porque a abordagem sugerida pelos proponentes dessa teoria é considerada paternalista, analisando as implicações de tal caracterização e como ela se manifesta na prática.
- c. O aspecto Libertário da Teoria: Este tópico discutirá o componente libertário da teoria, elucidando como as estratégias propostas promovem a liberdade individual enquanto orientam as escolhas das pessoas de maneira sutil e não coercitiva.
- d. Arquitetura de Escolhas: Serão examinados os conceitos de “arquitetura de escolhas” e de “arquitetos de escolhas” dentro do contexto do paternalismo libertário, destacando quem são esses arquitetos e como eles moldam o ambiente de decisão para influenciar comportamentos.
- e. *NUDGE*: um empurrão para a escolha certa: Este tópico descreverá o conceito de “*nudge*”, ou empurrão, detalhando como essas intervenções sutis são projetadas para incentivar comportamentos específicos sem restringir a liberdade de escolha dos indivíduos.

- f. O Paternalismo e o Libertarianismo no Estado Democrático de Direito: Será abordado o debate sobre o papel do paternalismo e do libertarianismo dentro de um Estado Democrático de Direito, enfatizando como essas teorias podem coexistir e equilibrar a promoção do bem-estar social com o respeito pelas liberdades individuais.
- g. Aplicabilidade do Paternalismo Libertário na Atuação Estatal: Finalmente, será discutido como os princípios do paternalismo libertário podem ser aplicados não apenas no setor privado, mas também na esfera pública, mostrando exemplos de sua implementação e os impactos potenciais em políticas públicas.

3.1 CONCEITOS CENTRAIS DA TEORIA DO PATERNALISMO LIBERTÁRIO

O conceito de "paternalismo libertário" pode parecer contraditório à primeira vista, pois combina dois termos que, tradicionalmente, sugerem ideias opostas. Além disso, os próprios autores assumem que a carga negativa criada pelos estereótipos da cultura popular e da política as tornaram pouco atraentes para a maioria da população. Todavia, Thaler e Sunstein (2019) acreditam que, se entendidos corretamente, esses termos juntos refletem bom senso e são muito mais atrativos do que separados.

A ideia central do paternalismo libertário é que, através da configuração cuidadosa das escolhas disponíveis para as pessoas, é possível encorajá-las a tomar decisões que sejam melhores para elas, sem coagir ou restringir suas opções, estimulando-as, por meio do exercício de alguma forma de influência sob seus comportamentos.

De acordo com os autores, a ênfase está na percepção de que, em muitos casos, as pessoas não possuem preferências claras, estáveis ou ordenadas. Assim, as decisões que tomam são significativamente moldadas por elementos específicos do contexto em que a escolha é feita, incluindo regras estabelecidas, os impactos da forma como as opções são contextualizadas (ou seja, a maneira como as alternativas são verbalmente descritas) e os pontos de partida (Sunstein; Thaler, 2015).

Assim, conforme Sunstein e Thaler (2015, p. 1), "a ideia de um paternalismo libertário pode parecer um oxímoro, mas é tanto possível quanto desejável que as

instituições públicas e privadas influenciem comportamentos sem deixar de respeitar as liberdades de escolha.” Tal teoria representa uma abordagem inovadora que busca equilibrar a autonomia individual com intervenções sutis projetadas para melhorar os resultados dessas escolhas. Ou seja, enquanto o paternalismo tradicional impõe escolhas pelo bem do indivíduo (frequentemente restringindo a liberdade), o paternalismo libertário encoraja certas escolhas sem eliminar a liberdade de escolher.

Portanto, Thaler e Sunstein (2019) sustentam a viabilidade de implementar um tipo de paternalismo que se alinha ao libertarianismo. Isso porque formas de paternalismo que não limitam a liberdade de escolha, mas que guiam suavemente as decisões, não constituem uma infração aos direitos individuais, sendo assim compatíveis com os princípios libertários.

Essa abordagem é fundamentada na economia comportamental, a qual é direcionada principalmente aos indivíduos, considerando suas inclinações comportamentais inatas. No entanto, como destacam Felipe Ferreira e Eduardo Pottumati (2014), não é possível inferir, de imediato, que essa teoria se aplica às pessoas jurídicas apenas pelo fato de elas serem compostas por pessoas naturais e não possuírem vontade própria, ao passo que são representadas por pessoas que, geralmente, baseiam suas decisões em lógica racional e objetivos (em regra) econômicos.

Entretanto, os próprios autores reconheceram a aplicabilidade de sua teoria em contextos específicos no âmbito de pessoas jurídicas. Eles observam que empresas privadas com objetivos lucrativos e altruístas podem se beneficiar de “*nudges*” ambientais: “empresas privadas que têm o objetivo de lucrar e fazer o bem podem se beneficiar de ‘*nudges*’ ambientais, ajudando a reduzir a poluição (e a emissão de gases que causem o efeito estufa)” (Thaler; Sunstein, 2019, p. 14).

Os autores apontam que os mercados são constituídos por pessoas comuns, sujeitas a erros e decisões equivocadas. Portanto, a promoção do bem-estar não passa necessariamente por restringir atividades prejudiciais ou exploratórias, mas sim por estimular comportamentos positivos. Sendo assim, torna-se possível pensar o paternalismo libertário como uma teoria justificante para a formulação de normas que concretize políticas públicas, de atividade de fomento e de incentivo estatal.

3.1.1 O aspecto Paternalista da Teoria

Conforme os autores da teoria, o aspecto paternalista está na afirmação de que é legítimo aos arquitetos de escolhas tentarem influenciar comportamentos dos indivíduos a fim de tornar sua vida mais longa, saudável e melhor, visto que esses tendem a fazer escolhas não tão boas para si (Thaler; Sunstein, 2019). Assim, a teoria tem um viés não intrusivo ou coercitivo, posto que não viola o livre-arbítrio nas decisões pessoais e visa atingir outros objetivos primordiais da sociedade.

Afirmam Sunstein e Thaler:

O aspecto paternalista consiste na afirmação de que é legítimo que as instituições privadas e públicas tentem influenciar o comportamento das pessoas, mesmo quando não haja efeitos para terceiros. Em outras palavras, nós argumentamos em prol de um esforço autoconsciente, por parte de instituições públicas e privadas, para guiar as escolhas das pessoas em direções que irão melhorar o seu próprio bem-estar. Em nosso entendimento, uma política conta como “paternalista”, portanto, se tentar influenciar as escolhas das partes afetadas de forma que vise melhorar a situação dos optantes (Sunstein; Thaler, 2015, p. 4).

Assim, o paternalismo proposto pelos autores se funda no fato de que os indivíduos tomam decisões ruins para seu próprio bem-estar. Decisões essas que poderiam mudar se tivessem mais informações, habilidades cognitivas ilimitadas e vontade. Sunstein e Thaler (2015, P. 4) complementam a noção da teoria com a “benevolência libertária”, da qual “as regras padronizadas, os efeitos contextuais e os pontos de partida serão direcionados ao melhor interesse dos terceiros vulneráveis.”

Convém ressaltar, que o paternalismo libertário é um tipo de paternalismo relativamente fraco, brando e não intrusivo, porque as escolhas não são bloqueadas, obstruídas ou significativamente sobrecarregadas. Por exemplo, se as pessoas quiserem fumar, comer muitos alimentos doces, não escolher um plano de saúde ou gastar todo o seu dinheiro antes de se aposentar, os paternalistas libertários não vão forçá-los a fazer o contrário.

Ademais, conforme Thaler e Sunstein (2019), a estratégia proposta pelos autores é considerada paternalista porque, mais do que apenas rastrear e prever as escolhas das pessoas, os arquitetos de escolhas, tanto no setor público quanto no privado, buscam ativamente direcionar as pessoas para caminhos que possam melhorar suas vidas.

Algumas das preocupações e críticas ao paternalismo libertário giram em torno da possibilidade de abuso governamental, da subjetividade na determinação do

que constitui o "bem", e os limites da influência estatal sobre as decisões privadas. No entanto, o paternalismo proposto na presente teoria não pode ser confundido com o paternalismo intrusivo de regimes não libertários. Ademais, também não se considera plausível compreender a aplicação da teoria em paternalismos coercitivos e com interesses escusos ou diferentes da finalidade do bem-estar do indivíduo ou da população.

3.1.2 O aspecto Libertário da Teoria

Conforme Richard H. Thaler e Cass R. Sunstein (2019), o aspecto libertário de sua estratégia consiste na insistência clara de que, em geral, as pessoas devem ter liberdade para fazer o que quiserem, inclusive saírem de arranjos indesejáveis ou recusarem acordos desvantajosos, caso queiram. Os autores asseveram o seguinte:

Citando uma expressão do falecido economista Milton Friedman, os paternalistas libertários prezam a “liberdade de escolha”. Procuramos criar políticas que mantenham ou aumentem a liberdade de escolha. Quando usamos o adjetivo “libertário” para modificar o substantivo “paternalismo”, é apenas no sentido de preservar a liberdade. E estamos falando sério em preservar a liberdade. (Thaler; Sunstein, 2019, p. 13).

Dessa forma, não há a pretensão de defender uma abordagem de paternalismo que exclua a liberdade de escolha dos envolvidos. Presumir que as escolhas dos indivíduos devem ser respeitadas normalmente baseia-se na alegação de que as pessoas fazem um bom trabalho ao escolherem ou que fazem muito melhor do que um terceiro poderia fazer por elas. Todavia, ao exemplificar a questão da obesidade nos Estados Unidos, os autores evidenciam que as taxas de obesidade estão se aproximando de 20%, e mais de 60% dos americanos são considerados obesos ou acima do peso (Sunstein; Thaler, 2015, p. 10).

Há evidências claras de que a obesidade representa sérios riscos à saúde e frequentemente leva à morte prematura. Portanto, é difícil sustentar que as pessoas estejam adotando uma dieta mais adequada do que aquela que poderiam ter com a orientação de um terceiro. Segundo os autores, estudos realizados por economistas e psicólogos nas últimas três décadas questionam a racionalidade das escolhas e decisões das pessoas.

Os indivíduos costumam usar heurísticas que os fazem cometer tolices sistemáticas, bem como exibem inversões em suas preferências. Por exemplo, geralmente, a decisão de se contratar um seguro para catástrofes naturais advém de

percepção ou da vivência de algum evento recente e não de uma investigação sistemática que pese os custos e benefícios. Ademais, é bem verdade que as pessoas respondem às suas limitações de conhecimento contratando especialistas ou delegando as decisões a outras pessoas.

Dessa forma, os autores argumentam que as estratégias de delegação e aprendizado são insuficientes para assegurar que as escolhas individuais sempre maximizem o bem-estar ou que sejam superiores às que seriam feitas por terceiros. Com isso, eles enfatizam:

Em qualquer caso, a nossa ênfase aqui não é em impedir as escolhas, mas nas estratégias que podem mover as pessoas na direção da promoção do bem-estar, enquanto ainda permitindo a liberdade de escolha. Evidências de racionalidade limitada e de problemas de autocontrole são suficientes para sugerir que vale a pena explorar tais estratégias. É claro que muitas pessoas valorizam a liberdade de escolha como um fim em si próprio, mas elas não devem opor-se a abordagens que preservem a liberdade enquanto prometendo melhorar as vidas das pessoas (Sunstein; Thaler, 2015, p. 13).

Sendo assim, os paternalistas libertários querem cada vez mais que as pessoas sigam seu próprio caminho, e não impor obstáculos.

3.1.3 Arquitetura de escolhas

No âmbito do paternalismo libertário, entidades tanto públicas quanto privadas estruturam ambientes nos quais os indivíduos são sutilmente incentivados (ou "*nudged*") a fazer escolhas que lhes sejam mais vantajosas, mantendo, contudo, intacta a sua liberdade de escolher. Segundo os autores Thaler e Sunstein (2019), tais ambientes são caracterizados pela "arquitetura da escolha", a qual refere-se ao contexto social dentro do qual as pessoas tomam decisões.

Esses contextos são permeados por vetores axiológicos que têm o potencial de influenciar as escolhas de maneira significativa. Por exemplo, a forma como os cadernos são organizados em uma loja pode incentivar a compra de um item mais caro, simplesmente pela maneira como são apresentados. Da mesma forma, imagens gráficas impactantes em embalagens de cigarros podem desencorajar fumantes de adquirir um novo pacote. Ou até mesmo a disposição de alimentos mais saudáveis de forma mais visível nas prateleiras de uma cantina pode influenciar o consumo destes em detrimento de outros não saudáveis que estejam mais escondidos. Estes casos exemplificam conceitos explorados com mais detalhe na economia comportamental.

O responsável por organizar esse contexto ao qual as pessoas tomam decisões é o que os autores chamam de “arquiteto de escolhas” (Thaler; Sunstein, 2019). Conforme menciona Luiza Barbosa (2015) a figura dele é fundamental, devido à compreensão de que a organização das opções e o contexto em que são apresentadas inevitavelmente afetam o processo decisório de um indivíduo. O arquiteto de escolhas é, portanto, aquele que molda este contexto, estabelecendo uma arquitetura de escolhas com uma influência significativa sobre a decisão final do indivíduo.

Enquanto um arquiteto de escolhas tem a capacidade de criar um ambiente que pode melhorar a qualidade de vida de uma pessoa, incentivando-a a adotar hábitos alimentares mais saudáveis, por exemplo, outro arquiteto com o mesmo conhecimento pode usar essa habilidade para vantagem própria.

Os autores do paternalismo libertário argumentam que, quando aplicada com o objetivo de promover interesses públicos e melhorar o bem-estar humano, a arquitetura de escolhas, juntamente com os arquitetos que a elaboram, possui um potencial significativo de interesse para o campo da formulação de políticas públicas. É importante destacar também que a arquitetura de escolhas nos permite definir o princípio normativo e ético a ser seguido na orientação das decisões dos cidadãos, salientando a distinção crucial entre o princípio que um agente efetivamente pratica e aquele que deveria adotar, conforme princípios éticos.

Assim, conforme explica Barbosa (2015), é importante destacar a diferença entre um arquiteto de escolhas no contexto comercial, como um vendedor de loja, e um agente em um contexto governamental, cuja responsabilidade é promover o bem público. O vendedor tem conhecimento há longo tempo sobre sua capacidade de influenciar as escolhas do consumidor, visando maximizar lucros através do aumento das vendas. Esta realidade é bem conhecida e estudada, com estratégias desenvolvidas e ensinadas para conquistar clientes.

Por outro lado, o papel de um agente governamental atuando como arquiteto de escolhas é menos óbvio em termos de influenciar diretamente as escolhas dos cidadãos. No entanto, segundo a teoria normativa do “*nudge*”, este agente tem a missão (e a necessidade) de orientar as decisões dos indivíduos de maneira que melhore suas vidas, embora essa função não seja tão imediatamente aparente como a do vendedor.

Sendo assim, no âmbito do poder público, sugere-se ser importante que o paternalismo libertário tenha como finalidade a consecução de fins e princípios públicos que alcance o bem-estar individual ou coletivo. No contexto do presente trabalho, o que interessa é a atuação estatal enquanto arquiteto de escolhas no contexto das normas de licitações públicas (arquitetura de escolhas).

3.1.4 **NUDGE: um empurrão para a escolha certa**

No que concerne ao termo “*nudge*”, os autores afirmam o seguinte:

Esse *nudge*, na nossa concepção, é um estímulo, um empurrãozinho, um cutucão; é qualquer aspecto da arquitetura de escolhas capaz de mudar o comportamento das pessoas de forma previsível sem vetar qualquer opção e sem nenhuma mudança significativa em seus incentivos econômicos. [...] Colocar as frutas em posição bem visível é um exemplo de *nudge*. Simplesmente proibir as guloseimas, não. (Thaler; Sunstein, 2019, p.14).

Portanto, o conceito de *Nudge* refere-se a intervenções realizadas por entidades tanto públicas quanto privadas, visando influenciar o processo de tomada de decisão dos indivíduos de forma a melhorar suas escolhas. Thaler e Sunstein (2019) destacam situações em que tais intervenções se fazem necessárias para simplificar, promover a saúde e aprimorar a qualidade de vida das pessoas. Conforme discutido, os impactos da arquitetura de escolhas são inevitáveis.

Nesse contexto, os autores propõem o que denominam de regra de ouro do paternalismo libertário, a qual seria: fornecer norteamentos que tenham mais probabilidade de ajudar e menos probabilidade de causar danos (Thaler; Sunstein, 2019).

Um “*nudge*” consiste em implementar uma estratégia específica com o objetivo de incentivar uma pessoa a se comportar de determinada maneira, porém, sem recorrer à coerção e mantendo a disponibilidade de opções alternativas. Assim, você seria encorajado, mas não forçado, a tomar uma certa atitude.

3.2 O PATERNALISMO E O LIBERTARIANISMO NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

O debate sobre o papel do paternalismo e do libertarianismo dentro do Estado Democrático de Direito é profundamente enriquecido pela teoria do paternalismo libertário, desenvolvida por Richard H. Thaler e Cass R. Sunstein.

O paternalismo, em sua concepção tradicional, refere-se à prática de limitar a liberdade ou a autonomia de alguém para seu próprio bem. Essa abordagem, embora possa ter intenções benevolentes, frequentemente colide com os princípios do libertarianismo, que enfatiza a liberdade individual e a minimização da intervenção do Estado na vida das pessoas. No entanto, o paternalismo libertário tenta conciliar essas duas noções de uma maneira que promova a liberdade individual, ao mesmo tempo em que orienta as escolhas das pessoas em direção a resultados que aumentem seu bem-estar.

Essa abordagem é significativa no contexto do Estado Democrático de Direito, pois equilibra a necessidade de promover o bem-estar social com o respeito pela liberdade individual. Em um sistema democrático, onde a legitimação das ações governamentais é fundamental, o paternalismo libertário oferece uma maneira de realizar intervenções sociais sem comprometer os valores democráticos de autonomia e escolha individual.

No entanto, há um debate nos países que adotam um sistema de governo democrático acerca da validade do paternalismo e de seus limites frente aos princípios da liberdade individual. Thaler e Sunstein, em "*nudge*" (2019), observam que os críticos do paternalismo institucional frequentemente argumentam que a abordagem mais adequada é oferecer ao indivíduo uma ampla gama de opções, deixando-o livre para fazer suas próprias escolhas conforme seus interesses pessoais (com o mínimo possível de intervenção ou influência estatal).

Um aspecto enfatizado pelos autores para rebater críticas libertárias e justificar a parcela de paternalismo em sua teoria é a inevitabilidade da influência nas escolhas individuais. Mesmo na ausência de intervenção estatal, as pessoas continuam sujeitas a diversas formas de influência que podem limitar sua liberdade individual, afetando assim o exercício do livre arbítrio. Conforme os autores:

Em muitas situações, uma organização ou um agente precisa fazer uma escolha que afetará o comportamento de outras pessoas. Nesses casos, de forma intencional ou não, é impossível não orientá-las em alguma direção e essa influência afetará a escolha delas. (Thaler; Sustein, 2019, p.19).

Ademais, há as críticas referentes ao paternalismo ter um conceito inerentemente coercitivo. Entretanto, contrariando essa visão, o paternalismo libertário busca demonstrar o contrário, propondo táticas que respeitam os princípios libertários. Neste contexto, a economia comportamental desempenha um papel crucial, fornecendo *insights* que possibilitam o entendimento das respostas humanas

a diferentes estímulos. Compreender os mecanismos que levam a variadas respostas comportamentais capacita os formuladores de políticas públicas paternalistas libertárias a influenciar sutilmente as pessoas em direção a um bem-estar aprimorado.

Domingues e Ribeiro (2021) mencionam que o conceito de Paternalismo Governamental está associado a regulamentações do Direito Público e caracteriza-se por ser uma ação promovida pelo Estado regulador, fundamentada na execução de políticas públicas. Sua principal característica é a capacidade de estabelecer normas jurídicas. Assim, o Estado é autorizado a incentivar ou restringir certos comportamentos sociais, independentemente de serem considerados reprováveis.

Thaler e Sunstein (2019) apresentam a teoria do paternalismo libertário como uma alternativa inovadora às dicotomias tradicionais entre intervenção estatal direta e liberdade individual irrestrita. Eles propõem que esta teoria representa a "verdadeira terceira via", uma abordagem que equilibra a autonomia individual com orientações sutis destinadas a promover decisões que melhoram o bem-estar das pessoas.

Ao posicionar sua teoria como uma terceira via, Thaler e Sunstein destacam sua capacidade de superar a polarização entre intervenção estatal pesada e liberdade de mercado sem restrições. Eles veem o paternalismo libertário como um meio de utilizar *insights* da economia comportamental para projetar intervenções governamentais que respeitam a liberdade individual enquanto orientam as pessoas para escolhas que melhoram suas vidas. Nesse sentido, Thaler e Sunstein asseveram:

No que diz respeito ao Estado, esperamos que nossa abordagem funcione como um terreno neutro e viável nessa sociedade desnecessariamente polarizada em que vivemos. O século XX foi impregnado por uma conversa artificial sobre a possibilidade de uma "terceira via". Nossa ideia é que o paternalismo libertário sirva como uma terceira via real, capaz de abrir caminho por entre alguns dos debates mais complicados das democracias atuais (Thaler; Sunstein, 2019, p. 260-261).

A realidade utilizada como parâmetro para os autores é a realidade americana, onde desde a criação do New Deal, o Partido Democrata dos EUA tem apoiado políticas nacionais estritas e de comando e controle, frequentemente limitando a liberdade de escolha para solucionar problemas no setor privado. Em resposta, os republicanos criticam essas abordagens por ignorarem a diversidade e complexidade dos contextos ou por serem contraproducentes, defendendo o *laissez-faire* e a liberdade de escolha.

Entretanto, esses debates políticos têm se tornado exaustivos e pouco produtivos para muitos, com reconhecimento de ambos os lados sobre as limitações de suas abordagens tradicionais. Alguns democratas sensatos admitem que soluções uniformes podem ser ineficazes diante da diversidade e falibilidade do governo, por outro lado, alguns republicanos pragmáticos e sensatos também reconhecem a necessidade de alguma intervenção estatal, apesar da crença nos mercados livres.

No contexto brasileiro, a Constituição Federal de 1988, fundamentada no Estado Democrático de Direito, frequentemente confere ao Estado um papel proativo, que vai além de uma justiça puramente reparadora, visando direcionar o sistema conforme os objetivos estabelecidos pela política econômica. Conforme visto anteriormente, o artigo 174 da CF/1988 estabelece que o Estado deve desempenhar um papel normativo e regulador da atividade econômica, cabendo-lhe funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo o planejamento obrigatório para o setor público e indicativo para o privado.

Nessa esteira, conforme ressalta Rocha e Galuppo (2015), essas responsabilidades de regulação, incentivo e planejamento introduzem uma participação estatal mais assertiva na liberdade individual, o que, à primeira vista, pode parecer contraditório aos princípios libertários de justiça, contudo, essa contradição pode ser apenas aparente.

Sendo assim, no Estado Democrático de Direito estabelecido pela Constituição Federal de 1988, é incumbência do poder público intervir na esfera econômica com o intuito de alcançar seus objetivos de política econômica, assim como os objetivos fundamentais da República, previstos no art. 3º da CF/1988, respeitando os princípios constitucionais. Dessa forma, noção de paternalismo libertário encontra espaço na legislação brasileira, refletindo a essência do Estado Democrático de Direito.

3.3 APLICABILIDADE DO PATERNALISMO LIBERTÁRIO NA ATUAÇÃO ESTATAL

A aplicabilidade do paternalismo libertário na atuação estatal representa um campo fértil de estudo e debate, especialmente à luz das contribuições de Richard H. Thaler e Cass R. Sunstein. Considerando que a base do Paternalismo Libertário reside na observação de que, frequentemente, as pessoas não têm preferências

definidas, consistentes ou bem estruturadas, justifica-se uma intervenção estatal para aprimorar as decisões individuais.

Conforme exposto por Domingues e Ribeiro (2021), em essência, o Paternalismo Libertário pode ser visto como uma forma de regulação destinada a minimizar erros de julgamento e autoilusões, ajudando o indivíduo a fazer escolhas que se alinhem melhor com seus interesses legítimos. A intervenção ou assistência governamental, então, expande a visão de benefícios marginais que, em circunstâncias normais — caracterizadas pela propensão do indivíduo a falhas e imprecisões nas decisões econômicas —, não estariam ao alcance do indivíduo.

Assim, ao contrário das metodologias convencionais de regulação social, que se baseiam na construção de modelos abstratos para prescrever comportamentos desejados dos agentes econômicos, o Paternalismo Libertário emprega estratégias que visam elucidar, recomendar, orientar ou influenciar diretamente as escolhas através do uso de intervenções neurocognitivas, oferecendo alternativas às políticas públicas tradicionalmente estabelecidas por normativas. Nesse sentido, Domingues e Ribeiro asseveram:

O pano de fundo é o incremento do bem-estar social, promovido pelo próprio indivíduo que, em um ambiente de incertezas (assimetria de informações, vieses e heurísticas) não teria condições de tomar a melhor decisão para si próprio. Por essa razão, o Estado regulador busca eliminar vieses da escolha e condicionar as alternativas aos padrões previamente estabelecidos (Domingues; Ribeiro, 2021, p.107).

Sendo assim, o paternalismo libertário introduz uma metodologia revolucionária na criação de políticas públicas, visando harmonizar a liberdade de escolha dos indivíduos com direcionamentos governamentais discretos nas decisões. Tal estratégia tem despertado um interesse significativo devido à sua possível implementação em ações governamentais, notadamente em setores como saúde pública, economia, educação e sustentabilidade ambiental.

Comumente, escritores, economistas, acadêmicos e o público em geral expressam certa resistência inicial ao termo "paternalismo libertário", especialmente aqueles que valorizam profundamente a liberdade. Gabriel Wilhelms (2023) enfatiza que é crucial reconhecer que o cenário atual não é isento de paternalismo. Governos de diversos países, influenciados por variados formuladores de políticas, implementam medidas paternalistas em graus variados, frequentemente recorrendo a táticas explicitamente coercitivas.

Não é raro que políticos discutam estratégias para desestimular atitudes consideradas nocivas, como fumar ou consumir drogas, o que muitas vezes leva a proibições e a intervenções indevidas na esfera privada dos indivíduos. Nesse contexto, Wilhelms (2023) argumenta que os *nudges* emergem como uma opção não só menos coercitiva, mas como uma abordagem completamente desprovida de coerção.

A abordagem da economia comportamental, conforme delineada por Thaler e Sunstein (2019), revela que a influência do ordenamento jurídico nas decisões individuais é uma realidade incontornável. Evidências sugerem que as pessoas tendem a seguir as regras padrão propostas por este sistema, inclusive na presença de alternativas. Esse ordenamento também define valores que direcionam as interações sociais e servem como marcos iniciais para a interpretação de situações. Frequentemente, na falta de informação completa, esses padrões normativos fornecem a base para julgamentos e análises.

Rocha e Galuppo (2015) reiteram a necessidade de um mínimo conjunto de normas para a estruturação das relações sociais. O mercado, como exemplo, depende de fundamentos jurídicos essenciais, como direitos de propriedade e obrigações, essenciais para sua operacionalidade efetiva. Assim, a imposição de regras padrão e pontos de referência iniciais pelo ordenamento jurídico é crucial para a definição e interpretação de fatos juridicamente relevantes. Tal configuração, argumentam os autores, permite que o Estado exerça uma influência sutil nas decisões individuais, agindo de maneira indireta e não coercitiva.

Resta evidenciado que o Estado não precisa sempre recorrer à coerção para cumprir suas funções. Sendo assim, asseveram Rocha e Galuppo (2016) que a forma de atuação estatal classificada como intervenção por indução, conforme ministrada por Eros Grau (2010) e conceituada no tópico 2.2.2 do presente trabalho, alinha-se aos princípios do paternalismo libertário, haja vista que pretende atingir metas de política econômica e fomentar o desenvolvimento socioeconômico, que estão diretamente relacionados ao bem-estar individual e social, sem necessariamente restringir a liberdade das pessoas. Nesse sentido, argumentam Rocha e Galuppo:

Não há incompatibilidade entre paternalismo libertário e intervenção por indução, pautada na ideia de Direito promocional. É verdade que Sunstein e Thaler não partem dos mesmos pressupostos que Eros Grau e Bobbio. Porém, se por um lado a ideia expressa pela palavra *nudge*, cuja tradução pode ser *incitar*, está ligada a conduções comportamentais não coercitivas, por outro, a intervenção por indução também inclui mecanismos de incitação,

a fim de conduzir o comportamento das pessoas de forma não coercitiva (Rocha; Galuppo, 2016, 144).

Essa compatibilidade pode ser evidenciada quando Eros Grau (2010) menciona acerca das normas de intervenção por indução, ressaltando que são preceitos que, apesar de prescritivas (deônticas), não possuem a mesma força coercitiva das normas de intervenção por direção. São normas que funcionam de maneira a não substituir a vontade dos destinatários.

Assim, Grau (2010) conclui que fica a critério do destinatário da norma escolher não ser influenciado por ela, optando por não seguir o que é proposto. Porém, se manifestar adesão a ela, resultará juridicamente vinculado por prescrições que correspondem aos benefícios usufruídos em decorrência dessa adesão.

Nessa mesma linha de raciocínio, ao discutir a distinção entre estratégias diretas e indiretas empregadas pelo sistema jurídico para assegurar a adesão às normas, Bobbio destaca:

[Medidas indiretas] visam atingir o objetivo (tanto aquele próprio da função repressiva quanto aquele próprio da função promocional) não agindo diretamente sobre o comportamento não desejado ou desejado, mas buscando influenciar por meios psíquicos o agente do qual se deseja ou não um determinado comportamento (Bobbio, 2007, p. 16).

Assim, conforme sugere Rocha e Galuppo (2015), a intervenção por indução pode ser realizada, por exemplo, por meio da instituição de normas-padrão acompanhadas de limitações processuais, projetadas para garantir que todo desvio (das normas-padrão) seja feito de forma inteiramente voluntária e plenamente racional. É importante, no entanto, destacar que o emprego da economia comportamental e da arquitetura de escolhas não deve ser confundido com os mecanismos de coerção estatal, como, por exemplo, multas periódicas.

Além disso, é importante pensar no paternalismo libertário quando se trata de atividades de fomento, visto que elas se assemelham com a indução de comportamentos. Conforme ressalta Ferreira e Pottumati (2014), induzir comportamentos parece estar intimamente ligado à atividade de fomento do Estado, que, ao invés de empregar seu poder coercitivo para impor certas ações ou restringir atividades, opta por incentivar práticas benéficas alinhadas aos seus objetivos e ao interesse público.

Nesse contexto, a atividade administrativa de fomento emerge como um meio de engajar o setor empresarial – incentivando uma conduta que poderia persistir mesmo na ausência de acordos diretos com o governo – para alcançar os objetivos

constitucionais, notadamente a promoção do desenvolvimento nacional de forma sustentável.

Considerando o exposto acima, a função promocional do direito, conforme discutida por Bobbio (2007), juntamente com a concepção de atuação estatal por indução de Grau (2010), fornecem uma fundamentação teórica essencial para entender a interação entre a atuação do Estado na ordem econômica e o conceito da teoria do paternalismo libertário.

4 O INSTITUTO DA LICITAÇÃO PÚBLICA COMO INSTRUMENTO DE ATUAÇÃO ESTATAL NA ORDEM ECONÔMICA

O instituto da licitação pública está expresso na Constituição Federal, art. 37, inciso XXI, o qual prevê que, ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública na qual assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos lei.

Pode-se conceituar a licitação como o procedimento administrativo vinculado por meio do qual os entes da Administração Pública e aqueles por ela controlados selecionam a melhor proposta entre as oferecidas pelos vários interessados, com dois objetivos: a celebração de contrato, ou a obtenção do melhor trabalho técnico, artístico ou científico (Carvalho Filho, 2023).

Nesse interim, conforme descrito por Marçal Justen Filho (2014), a licitação visa garantir a observância do princípio constitucional da isonomia e a selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração, em um processo caracterizado pela competição entre os interessados.

Essa vinculação do processo licitatório à garantia da moralidade, da isonomia e da eficiente e melhor utilização dos recursos públicos faz com que as licitações alcancem uma importância ímpar nos debates e estudos relacionados ao Direito Administrativo. Essa relevância atribuída ao instituto jurídico foi impulsionada pela sucessão de normativos regulamentando o seu regime geral, os quais foram aprofundando o nível de detalhamento procedimental, visando uma adequada seleção dos pretendidos contratados (Savioli, 2018).

Nessa senda, neste capítulo será explorado os seguintes temas essenciais para compreender a evolução e o impacto das licitações públicas no Brasil:

- a. Evolução do instituto da Licitação Pública na legislação brasileira: Este tópico abordará o desenvolvimento histórico do ordenamento jurídico sobre licitação pública no Brasil, traçando sua trajetória desde um contexto de transparência, isonomia e eficiência limitadas até uma regulamentação mais robusta que, apesar de seu caráter burocrático, visa assegurar o cumprimento dos principais princípios constitucionais.

- b. A Nova Lei de Licitações: Será apresentada a inauguração da nova lei de licitações no ordenamento jurídico brasileiro, destacando as circunstâncias e as motivações por trás de sua promulgação.
- c. Princípios e objetivos reguladores da Licitação Pública conforme a nova lei: Este ponto destacará as principais mudanças e inovações nos princípios e nos objetivos das licitações públicas, conforme estabelecidos pela Lei nº 14.133/2021.
- d. Estado e Mercado: O poder das compras públicas para a atuação estatal na Ordem Econômica: Será examinado o papel estratégico das compras públicas como ferramenta para a atuação estatal na economia, destacando como o governo utiliza esse instrumento para fomentar investimentos em inovação, avanço tecnológico, sustentabilidade ambiental, integridade corporativa e suporte a micro e pequenas empresas.
- e. Dados das Compras Públicas: Painel de Compras (compras.gov.br e SIAFI) e Portal da Transparência do Governo Federal: Por fim, será apresentado um levantamento do montante gasto nas compras públicas, utilizando dados do Painel de Compras e do Portal da Transparência. Este tópico visa ilustrar não apenas a magnitude financeira das compras públicas, mas chamar atenção para sua relevância para a administração pública e para o desenvolvimento econômico e social do país.

4.1 EVOLUÇÃO DO INSTITUTO DA LICITAÇÃO PÚBLICA NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

A evolução histórica das licitações públicas no Brasil demonstra um desenvolvimento progressivo em busca de maior transparência, isonomia, moralidade e eficiência nos processos de contratação e na alocação dos recursos públicos.

A primeira norma que tratou acerca das contratações públicas foi o Decreto nº 2.926/1862, editado na vigência da primeira Constituição brasileira, a de 1824. Datado de 14 de maio de 1862, o Decreto nº 2.926/1862 perdurou até 1922, já na vigência da segunda Constituição brasileira, a de 1981. Regulamentava as “arrematações de serviços no âmbito do então Ministério da Agricultura, Comércio e

Obras Públicas, a pasta mais abrangente da época. Possuía 39 artigos e foi assinado pelo ministro Manoel Felizardo de Souza e Mello e rubricado pelo imperador D. Pedro II.

O procedimento de seleção para contratações era chamado de “*concurrentia*”¹, e não de “licitação” (Lima, 2014). A respeito do Decreto supracitado, Pinho afirma:

Com a derrocada do absolutismo, surge uma Administração verdadeiramente pública. Embora a independência não tenha apagado a monarquia do país, e ressaltada a centralidade do Poder Moderador, iniciou-se um governo para o bem da nação, e não para o interesse real. Fala-se em Administração exógena – que administra para outrem – e não mais endógena – administra para si mesma. O termo administrar passa, ao menos, a expressar o sentido pelo qual hoje é conhecido: quem administra, administra algo alheio (Pinho, 2014, p. 1).

Os dispositivos do Decreto nº 2.926/1862 previam os prazos para apresentação de propostas, bem como definia que o governo deveria expor amostras de objetos e bens que pretendia comprar. Em se tratando de contratação de serviço de obras, dispunha que o governo forneceria plantas do projeto a ser executado para consulta pelos interessados. Nesses casos, os contratos eram apenas para executar a obra, ficando o trabalho de engenharia a cargo do governo.

Da análise do Decreto, infere-se que ele se restringia à disposição de normas relacionadas à publicidade do chamamento dos licitantes para participar do certame, às regras para participação e às exigências relacionadas à execução contratual.

Entretanto, ele é considerado um marco na história das licitações, haja vista que iniciou o desenvolvimento de uma gestão pública eficiente e aspirante a transparente e isonômica. A sociedade se beneficiou porque diversas empresas passaram a participar do processo, tornando-o financeiramente mais vantajoso (Alves, 2020, p. 4).

Ademais, alguns institutos tratados no Decreto nº 2.926/1862 foram aproveitados nas legislações de licitações seguintes. Conforme Silva (2020) ressalta, é interessante perceber como, apesar do texto ainda bem reduzido e simples, principalmente no que tange ao procedimento licitatório, as principais disposições desse decreto foram mantidas, embora com ajustes, até hoje.

¹ O termo “*concurrentia*” era escrito conforme a língua portuguesa da época do império.

Por conseguinte, após a instituição do procedimento de concorrência pública para arrematação de bens e serviços pelo Decreto nº 2.926/1862, a matéria passou a ser consolidada em âmbito federal com o Decreto nº 4.536/1922, datado de 28 de janeiro de 1922.

Aprovado pelo Congresso Nacional e sancionado pelo então Presidente da República Epitácio Pessoa, o Decreto nº 4.536/1922 substituiu o Decreto anterior e iniciou sua vigência ainda durante a segunda Constituição, no Brasil República. Passou também pela terceira, de 1934, na Segunda República, pela quarta, de 1937, no Estado Novo, e pela quinta, de 1946, na quarta República.

O citado Decreto instituiu o Código de Contabilidade da União, o qual previa a organização das normas contábeis da União Federal e a criação de procedimentos relacionados à realização da despesa pública, estabelecendo como condição para o empenho da despesa a assinatura de contrato e a realização de concorrência. Dos 108 artigos do Decreto, apenas 20 artigos diziam respeito a licitações, haja vista que o tema principal da norma era a contabilidade pública.

Ato contínuo, já na vigência do Governo Militar, como resultado de um processo de reforma administrativa, o então presidente Castello Branco baixou o Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967. O normativo passou a dispor sobre a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa e outras providências.

Em seu art. 6º, o Decreto-Lei nº 200/1967 prevê que as atividades da Administração Federal obedecerão aos seguintes princípios fundamentais: I – Planejamento; II – Coordenação; III – Descentralização; IV - Delegação de Competência; e V – Controle. Já no que concerne às normas relativas a licitações para compras, obras, serviços e alienações, essas estavam previstas no Título XII – arts. 125 a 144.

Convém apontar que o citado Decreto-Lei inovou ao instituir modalidades de licitação como procedimento prévio à contratação de serviços e à compra de bens e produtos. As modalidades eram a concorrência, a tomada de preços e o convite (Lima, 2014). A escolha de uma delas no processo era realizada a partir do objeto a ser licitado e no valor estimado, sendo a concorrência a modalidade mais burocrática e destinada às contratações de maior vulto e o convite a menos burocrática e destinada às contratações de menor vulto.

Por exemplo, conforme o art. 127, a concorrência deveria ser aplicada em caso de compras ou serviços de vulto igual ou superior a 10 (dez) mil vezes o valor do maior salário-mínimo mensal e, em caso de obras, se o seu vulto fosse igual ou superior a 15 (quinze) mil vezes o valor do maior salário-mínimo mensal.

Apesar da novidade legislativa e da preocupação em estabelecer os procedimentos de compras e contratações públicas mais e menos burocráticos, de acordo com o vulto da licitação, o instituto licitatório continuava sendo previsto em legislações que tratavam de outros temas.

Apenas em 21 de novembro de 1986 foi publicado o Decreto-Lei nº 2.300, o qual dispôs acerca de normas gerais sobre licitações e contratos pertinentes a obras, serviços, compras e alienações no âmbito da Administração Federal centralizada e autárquica. Revogou os artigos referentes à matéria de licitações no Decreto-Lei nº 200/1967, o qual, convém ressaltar, ainda continua com os demais dispositivos vigentes.

Nesse momento, tem-se o advento de uma legislação específica para o procedimento licitatório, a qual, inclusive, em seu art. 3º institui princípios básicos a serem seguidos para seleção da proposta:

A licitação destina-se a selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhe são correlatos (Brasil, 1986, art. 3º).

O Decreto-Lei nº 2.300/1986 dispunha de 90 artigos, dividido em seis capítulos, os quais previam, em suma, sobre os princípios básicos da licitação; as definições; as especificações relacionadas às obras, aos serviços, às compras e às alienações; as modalidades de licitação e os limites para dispensá-la; as regras para habilitação dos licitantes; a instituição de registro cadastrais para os licitantes; os procedimentos para julgamento da licitação; as regras relacionadas à formalização, às alterações, à execução e à rescisão dos contratos; as penalidades as quais estavam sujeitos os contratados; e os possíveis recursos em face dos atos da Administração.

Além das modalidades previstas no Decreto-Lei nº 200/1967 – concorrência, tomada de preços e convite – foram acrescentados o concurso e o leilão. A escolha do procedimento a ser adotado no processo licitatório passou a considerar o objeto e,

para as modalidades concorrência, tomada de preços e convite, considerava-se também o valor estimado do objeto.

Por exemplo, conforme o art. 21, a modalidade a ser adotada em caso de obras e serviços de engenharia cujo valor estimado da contratação fosse até CZ\$²1.500.000,00, poderia ser o Convite; até CZ\$15.000.000,00, a tomada de preços; e acima de CZ\$15.000.000,00, a concorrência. O Concurso era destinado à escolha de trabalho técnico ou artístico, mediante a instituição de prêmios aos vencedores, enquanto o Leilão era a modalidade de licitação entre quaisquer interessados para a venda de bens móveis e semoventes inservíveis para a Administração, ou de produtos legalmente apreendidos, devolvidos a quem de direito ou utilizados no serviço público.

Ademais, o Decreto-Lei nº 2.300/1986 estabeleceu, sobretudo, procedimentos para seleção do fornecedor, exigências para habilitação dos interessados e as disposições contratuais.

Seguidamente, com a promulgação da Constituição Federal de 1988, temos o instituto da licitação pública pela primeira vez previsto no texto constitucional:

Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:

[...]

XXVII – normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecido o disposto no art. 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, § 1º, III;

[...]

Art. 37 A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

[...]

XXI – ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações. (Brasil, 1988, arts. 22 e 37).

Por consequência, em 21 de junho de 1993, foi sancionada a Lei nº 8.666/1993, a qual regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal e institui normas gerais sobre licitações e contratos administrativos pertinentes a obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações e locações no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

² CZ\$ é o símbolo da moeda cruzados. Foi a moeda do Brasil vigente de 1986 a 1989 (Murça, 2020).

Ela teve como ponto de partida o Decreto nº 2.300/1986, que já representava um avanço significativo, mas ainda possuía lacunas. Nesse cenário se inseriu a então nova Lei Geral de Licitações, que se mostrou mais rigorosa e abrangente que sua antecessora, abarcando 126 (cento e vinte e seis) artigos em sua estrutura.

Em seu art. 3º dispõe acerca dos princípios básicos aos quais a licitação deverá observar:

Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos. (Redação dada pela Lei nº 12.349, de 2010) (Brasil, 1993, art. 3º).

Ademais, a Lei nº 8.666/1993 mantém as cinco modalidades de licitação outrora previstas no Decreto-Lei nº 2.300/1986: concorrência, tomada de preços, convite, concurso e leilão. As modalidades concorrência, tomada de preços, convite eram destinadas a obras, serviços de engenharia, compras e outros serviços, sendo definida a modalidade conforme o valor estimado da aquisição ou contratação (Brasil, 1993, art. 23).

A modalidade concurso era destinada à escolha de trabalho técnico, científico ou artístico, mediante a instituição de prêmios ou remuneração aos vencedores, conforme critérios constantes de edital publicado na imprensa oficial (Brasil, 1993, art. 22, § 4º). O leilão, por seu turno, era destinado à venda de bens móveis inservíveis para a administração ou de produtos legalmente apreendidos ou penhorados, ou para a alienação de bens imóveis, a quem oferecer o maior lance, igual ou superior ao valor da avaliação (Brasil, 1993, art. 22, § 5º).

Convém ressaltar, conforme apontado por Alves (2020), que a Lei nº 8.666/1993 nasceu com uma perspectiva de ser um instrumento sólido na luta contra os problemas de corrupção que haviam afligido a Administração Pública brasileira até aquele momento, haja vista ter sido elaborada logo após o primeiro processo de impeachment vivenciado por um Presidente da República no Brasil, o Presidente Fernando Collor de Mello. Alice Borges esclarece o seguinte:

Patenteou-se, então, na consciência de todos uma conclusão evidente: o Estatuto das Licitações e Contratos Administrativos [Decreto-lei nº 2.300/86] não aparelhava suficientemente a Administração. Ante o embate com tanta sem-cerimônia com o trato da coisa pública, esse Decreto-lei, com suas frestas, suas permissividades, até convidava os licitantes e contratados a burlarem seus salutares princípios.

Foi nesse clima que se elaborou a nova Lei, cuja tônica principal ante tão dramáticas circunstâncias, foi apertar o cerco da moralidade administrativa e confiá-lo à permanente vigilância do cidadão comum (Borges, 1993, p. 98).

Dessa forma, tem-se que a pressão pela lisura nas contratações públicas ensejou uma nova legislação que buscou prever e normatizar todo o processo de seleção dos fornecedores. Conforme apresenta Savioli (2018), a lei 8.666/93 buscou antecipar o máximo de decisões administrativas, a fim de conceder maior uniformidade e objetividade nos certames licitatórios, não deixando margem para subjetivismos.

Por outro lado, percebe-se que a lei restou demasiadamente burocrática, prolixa e metódica, o que dificulta a interpretação e aplicação em realidades de estruturas administrativas defasadas, como em pequenos órgãos e em prefeituras de pequenos municípios, por exemplo. Sendo assim, conforme bem complementa Borges (1993, p. 98-99), “se dificulta seu entendimento, presta-se a equívocos e desvirtuamentos, bem ou mal-intencionados”.

Além disso, a Lei 8.666/93 preocupou-se mais com a fase de seleção do fornecedor, com as exigências de habilitação e com as regras contratuais, ficando aquém quanto ao assunto relacionado ao planejamento e à fase inicial do procedimento licitatório.

Por conseguinte, buscando suprir essas dificuldades apresentadas a partir da utilização da lei geral de licitações, surgem no ordenamento jurídico procedimentos alternativos para contratação pública, como a lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002, que instituiu uma nova modalidade de licitação, o pregão. A exposição de motivos da Medida Provisória 2.182-18/2001, a qual foi convertida na supracitada Lei, assim dispôs:

O projeto em questão objetiva aperfeiçoar o regime de licitações, com a inclusão de uma nova modalidade, denominada pregão, que possibilitará o incremento da competitividade e a de despesas indispensável ao cumprimento das metas de ajuste fiscal. A pronta implementação dessa nova modalidade ensejará economias imediatas nas aquisições de bens e serviços compreendidas nas despesas de custeio da máquina administrativa federal. Além disso, o pregão resultará em maior agilidade nas aquisições, ao desburocratizar os procedimentos para a habilitação e o cumprimento da sequência de etapas da licitação (Brasil, 2001).

Sendo assim, o art. 1º da lei nº 10.520/2002 dispõe como será adotada a modalidade de licitação pregão: “Art. 1º Para aquisição de bens e serviços comuns, poderá ser adotada a licitação na modalidade de pregão, que será regida por esta Lei.” Conforme o parágrafo único do supracitado artigo, consideram-se bens e

serviços comuns aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais no mercado.

Tendo em vista que todos os objetos a serem licitados devem ser previstos objetivamente no edital, Meirelles (2016, p. 398) assevera a seguinte ideia:

O que caracteriza os bens e serviços comuns é sua padronização, ou seja, a possibilidade de substituição de uns por outros com o mesmo padrão de qualidade e eficiência. Isto afasta desde logo os serviços de Engenharia que não sejam comuns, os quais permitem o pregão, bem como todos aqueles que devam ser objeto de licitação nas modalidades de melhor técnica ou de técnica e preço.

Destarte, tem-se que o procedimento instituído para a modalidade pregão possui um rito mais célere, pois além de contar com o critério de julgamento mais objetivo – sempre pelo menor preço ou maior desconto – também é previsto na legislação a possibilidade da utilização de recursos de tecnologia da informação para a realização do certame licitatório de forma eletrônica (Brasil, 2002, art. 2º, §1º).

Similarmente, no intuito de tornar mais eficiente e célere as licitações para contratação de obras de engenharia, a Lei nº 12.462, de 4 de agosto de 2011, instituiu o Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC), uma nova modalidade de licitação. Foi inicialmente constituída para as obras e serviços demandados pelos eventos esportivos internacionais que o Brasil sediaria entre 2013 e 2016 – Copa das Confederações, Copa do Mundo e Jogos Olímpicos e Paraolímpicos – haja vista o tempo exíguo para finalização das contratações, realização dos serviços e início dos eventos.

Os objetivos do RDC estão expressos no art. 1º, § 1º, transcrito abaixo:

§ 1º O RDC tem por objetivos:

- I - ampliar a eficiência nas contratações públicas e a competitividade entre os licitantes;
- II - promover a troca de experiências e tecnologias em busca da melhor relação entre custos e benefícios para o setor público;
- III - incentivar a inovação tecnológica; e
- IV - assegurar tratamento isonômico entre os licitantes e a seleção da proposta mais vantajosa para a administração pública.

Tais objetivos demonstram a tendência legislativa de ir além da estrita normatização procedimental e burocrática que caracterizava as legislações anteriores.

A Lei nº 12.462/2011 foi alterada por outras leis durante a sua vigência, as quais incluíram mais hipóteses em que ela poderia ser aplicada. Desse modo, a modalidade RDC passou a ser bastante utilizada pela Administração Pública, sobretudo pelas Instituições públicas de Ensino, haja vista que o § 3º, do art. 1º

(Incluído pela Lei nº 12.722, de 2012), previu a possibilidade de aplicação do RDC às licitações e contratos necessários à realização de obras e serviços de engenharia no âmbito dos sistemas públicos de ensino.

Após isso, essa modalidade de licitação mais célere, que inclusive deveria ser realizada preferencialmente sob a forma eletrônica (Lei nº 12.462/2011, art. 13), passou a ser priorizada pela maioria dos órgãos públicos, em detrimento das demais modalidades previstas na Lei nº 8.666/1993.

O instituto das licitações públicas expandiu-se e passou a abranger novas formas contratuais – além das tradicionais, destinadas a contratações de bens, serviços e obras – oriundas da mudança do perfil público, de modo que, atualmente, quando se trata de “licitações” incluem-se diferentes procedimentos de seleção, de acordo com o setor ou órgão ao qual são direcionados (Savioli, 2018).

É o caso das Leis nº 8.987/1995, a qual dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal/1988, nº 11.079/2004, que institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública, e nº 13.019/2014, que institui normas gerais para as parcerias entre a administração pública e organizações da sociedade civil.

Constata-se, assim, uma continuidade da evolução legislativa e do seu amoldamento à evolução tanto da sociedade como das necessidades públicas. Outrossim, após 20 anos de vigência da Lei nº 8.666/1993, com iniciativa da Comissão Temporária de Modernização da Lei de Licitações e Contratos, foi elaborado o Projeto de Lei do Senado nº 559, de 2013, posteriormente substituído pelo Projeto de Lei nº 4.253, de 2020. A ementa do Projeto versava a seguinte diretriz:

Ementa:

Estabelece normas gerais de licitação e contratação para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios; altera as Leis nºs 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil), 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, e 11.079, de 30 de dezembro de 2004, e o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); e revoga dispositivos da Lei nº 12.462, de 4 de agosto de 2011, e as Leis nºs 8.666, de 21 de junho de 1993, e 10.520, de 17 de julho de 2002.

Explicação da Ementa:

Estabelece normas gerais de licitações e contratos administrativos para a União, Estados e Municípios, e suas autarquias e fundações. Disciplina prerrogativas, alocação de riscos, arbitragem, impugnações, recursos, fiscalização e prevê crimes. Cria o Portal Nacional de Contratações Públicas (PNCP) e centrais de compras (Senado Federal, 2023, p. 1).

Após o Projeto de Lei cumprir os trâmites constitucionais de aprovação e revisão pelas Casas do Congresso Nacional, em 1º de abril de 2021, foi sancionada a nova Lei de Licitações e Contratos Administrativo, nº 14.133.

4.2 A NOVA LEI DE LICITAÇÕES, LEI Nº 14.133/2021

A nova Lei de Licitações e contratos, nº 14.133/2021, substitui e revoga a Lei geral de licitação e contratos, nº 8.666/1993, a Lei do Pregão, nº 10.520/2002, e os arts. 1º a 47-A da lei nº 12.462/2011, referentes à modalidade de licitação Regime Diferenciado de Contratações Públicas - RDC. A nova lei entrou em vigor na data de sua assinatura, no entanto, houve concomitância de vigência com as legislações revogadas até o dia 31 de dezembro de 2023, conforme seu art. 193, inciso II.

Nesse sentido, ela entrou em vigor com o objetivo de modernizar e unificar as normas que regem as licitações e os contratos no Brasil. A nova lei propõe diversas mudanças significativas com o intuito de trazer mais eficiência, transparência e agilidade aos processos de licitação e contratação no setor público.

Apesar de revogar as principais normas de licitações, a nova lei é considerada como uma compilação de todas as legislações esparsas, inclusive as infralegais, acerca da matéria. Entretanto, tratou de preencher algumas lacunas existentes na antiga lei geral e ampliar o rol de princípios e objetivos que deverão ser observados na aplicação da lei.

Dentre as inovações trazidas pela Lei nº 14.133/2021, destaca-se o rol de modalidades de Licitação. Além das modalidades já conhecidas, como concorrência, concurso e leilão, a nova lei introduz o "diálogo competitivo", destinado a contratações mais complexas, permitindo que a Administração converse com os interessados antes de definir as especificações do objeto do contrato. Ademais, incorporou a modalidade pregão e excluiu as modalidades de tomada de preços e convite da lei geral anterior.

A criação do Portal Nacional de Contratações Públicas (PNCP), um portal único para todas as licitações públicas, foi mais uma das novidades. Visa aumentar a transparência e facilitar o acesso às informações por todos os interessados, centralizando os processos e documentações em um só lugar.

A nova lei também introduz novos critérios de julgamento, tais como: maior retorno econômico, melhor técnica ou técnica e preço, permitindo uma escolha mais alinhada aos interesses públicos específicos de cada contratação. Além disso, prevê

que, para grandes contratos, as empresas apresentem um seguro-garantia de execução, e, em contratos de alto valor, que desenvolvam programas de integridade (*compliance*), aumentando a segurança nas contratações e incentivando práticas empresariais éticas.

Na lei do RDC havia a previsão da possibilidade do regime de execução contratação integrada. A nova lei incorporou os regimes de contratação semi-integrada e integrada, permitindo que a Administração contrate uma empresa para realizar desde o projeto básico até a entrega final do objeto, buscando agilizar e integrar todo o processo de execução.

No que concerne às fases do Processo Licitatório, a nova lei dispôs que o processo é dividido em preparação, divulgação do edital, apresentação de propostas, julgamento, habilitação, recursos e homologação, visando maior organização e clareza. Além disso, diferente da norma anterior, trouxe direcionamentos e regras para todas essas fases.

Quanto aos limites dos valores em que a licitação é dispensável, a lei aumentou limites financeiros para obras e serviços que podem ser contratados sem licitação, visando agilizar processos para contratações de menor vulto. Inclusive, houve a previsão de ajuste anual dos valores envolvidos, a ser realizado pela União. Este ajuste será baseado no Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo Especial (IPCA-E), uma medida que não estava contemplada nas legislações anteriores. Esta inovação visa garantir a adequação dos valores à realidade econômica e inflacionária, promovendo maior eficiência e eficácia nas licitações e contratos administrativos.

A implementação da Lei nº 14.133/2021 representa uma revisão significativa das práticas de licitação e contratação pública no Brasil. A nova legislação busca simplificar e modernizar o processo e possui potencial de tornar as contratações públicas mais eficientes e menos susceptíveis à corrupção, através da utilização de tecnologia e desburocratização, além de critérios de julgamento mais objetivos que priorizam não apenas o custo, mas também a qualidade e a sustentabilidade.

Entretanto, convém apontar que embora a nova lei estabeleça um marco legal promissor para a modernização das licitações públicas no Brasil, sua eficácia dependerá em grande parte de uma implementação rigorosa e da capacidade dos órgãos envolvidos em adaptar-se e aderir ao novo sistema.

4.2.1 Princípios e objetivos reguladores da Licitação Pública conforme a nova Lei de Licitações

No que tange aos princípios, diferente das legislações revogadas, a lei nº 14.133/2021 ampliou o rol, prevendo-os em seu art. 5º:

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

A maioria dos novos princípios já eram evocados nos procedimentos licitatórios, com base em legislações esparsas e em jurisprudências dos órgãos controladores. No entanto, observa-se uma clara preocupação e intenção do legislador em positivar tais princípios na lei geral de licitações e contratos, a fim de assegurar que todos os processos serão conduzidos observando essas diretrizes fundamentais.

Mais adiante, de forma mais ampla que na lei geral anterior, o art. 11 prevê os objetivos do processo licitatório:

- I - assegurar a seleção da proposta apta a gerar o resultado de contratação mais vantajoso para a Administração Pública, inclusive no que se refere ao ciclo de vida do objeto;
- II - assegurar tratamento isonômico entre os licitantes, bem como a justa competição;
- III - evitar contratações com sobrepreço ou com preços manifestamente inexequíveis e superfaturamento na execução dos contratos;
- IV - incentivar a inovação e o desenvolvimento nacional sustentável (Brasil, 2021, art. 11).

A nova Lei de Licitações busca alinhar-se não apenas com objetivos específicos aos contratos públicos, mas também com os princípios fundamentais e estratégicos estabelecidos pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Este alinhamento é evidente na conformidade da lei com o artigo 3º, inciso II, que enfatiza a garantia do desenvolvimento nacional, e com os princípios da ordem econômica no artigo 170, incisos IV e VI, que destacam a livre concorrência e a defesa do meio ambiente.

Quanto ao desenvolvimento nacional sustentável, é importante trazer à baila que se trata de um conceito que transcende a mera expansão econômica para incluir aspectos sociais e ambientais do desenvolvimento. Este conceito é crucial para

assegurar que as necessidades da população atual sejam atendidas de forma responsável, sem comprometer a capacidade das futuras gerações de satisfazerem suas próprias necessidades. A sustentabilidade se tornou um tema ainda mais relevante diante das mudanças políticas globais, do aumento das tensões sociais e da contínua degradação ambiental.

Ignacy Sachs (2008), um proeminente pensador em desenvolvimento sustentável, propõe que em meio a esses desafios globais, o desenvolvimento sustentável surge como uma alternativa viável e necessária. Assevera o autor que o desenvolvimento sustentável deve ser fundamentado em três pilares: a sustentabilidade ambiental, social e econômica. Esses pilares são interdependentes e essenciais para promover o bem-estar econômico, a inclusão social e a preservação dos recursos naturais.

Assim, embora a industrialização, o progresso tecnológico e a modernização social sejam fatores que podem impulsionar significativamente o desenvolvimento, ele vai além desses elementos e engloba uma gama mais ampla de influências. Dentro desse quadro, a licitação pública, conforme regulamentada pela nova lei, deve promover práticas que respeitem esses três pilares de sustentabilidade.

Isso implica em adotar critérios de seleção que priorizem não apenas o custo, mas também a eficiência energética, a minimização de impactos ambientais e a responsabilidade social das empresas participantes, bem como em incentivar a inovação, mediante o encorajamento de soluções inovadoras que contribuam para o desenvolvimento sustentável, como novas tecnologias que reduzam a pegada ecológica das atividades humanas e promovam a inclusão social.

4.3 ESTADO E MERCADO: O PODER DAS COMPRAS PÚBLICAS PARA A ATUAÇÃO ESTATAL NA ORDEM ECONÔMICA

No modelo econômico atual, conforme visto, o Estado participa e atua na Ordem Econômica com o objetivo de eliminar as distorções alocativas e distributivas, bem como tentar promover a melhoria do padrão de vida da coletividade. Conforme Silva (2016), uma das formas como isso pode se dar é por meio da “compra de bens e serviços do setor privado (o governo é, isoladamente, o maior comprador do sistema)”.

Isso ocorre devido ao Estado, geralmente, não se utilizar da sua máquina administrativa para produção de bens e execução de serviços meios necessários à execução da atividade-fim dos seus órgãos, ele os adquire e terceiriza do setor privado. Dessa forma, ao adquirir bens e serviços do setor privado o Estado também atua diretamente na economia. Sendo assim, ele, isoladamente, já movimenta a atividade econômica.

Estima-se que as compras públicas no Brasil representam, em média, 12% (doze por cento) do Produto Interno Bruto (PIB) nacional (IPEA; CEPAL, 2021), o que faz do Poder Público o maior comprador do país. Assim, percebe-se uma tendência de o Estado se utilizar dessa importante ferramenta para atuar na economia, priorizando o incentivo ao investimento em inovação e avanço tecnológico, em sustentabilidade ambiental, em programas de integridade para conter a corrupção, em participação de micro e pequenas empresas, em defesa aos direitos do trabalho, entre outros.

É importante ressaltar que a licitação pública desempenha uma função social crítica, que transcende a simples seleção da proposta mais vantajosa para o governo. Essa função é determinada tanto pelo objeto específico da licitação quanto pelo conteúdo do contrato administrativo resultante. Fundamentalmente, o objetivo da licitação é garantir a isonomia entre todos os participantes e selecionar a oferta que melhor atenda ao interesse público.

Por sua vez, o contrato administrativo originado do processo licitatório visa concretizar a execução da proposta vencedora, assegurando que o serviço ou produto adquirido seja entregue conforme estipulado. Este contrato não apenas materializa as obrigações entre as partes, mas também serve como um veículo para a realização de políticas públicas, abrangendo impactos mais amplos que os imediatamente vinculados ao objeto contratado.

Nesse sentido, Daniel Ferreira, no livro “A licitação pública no Brasil e sua finalidade legal: a promoção do desenvolvimento nacional sustentável” (2012), defende que as licitações e os contratos administrativos podem ter finalidades adicionais e extraordinárias que se alinham com objetivos mais amplos do Direito. Essas finalidades incluem a promoção de políticas sociais e econômicas mais abrangentes, como o apoio ao micro empreendedorismo e a preservação ambiental para gerações futuras. Segundo Ferreira, mesmo que esses objetivos não estejam diretamente relacionados com o objeto principal da licitação ou do contrato, eles são

igualmente significativos, refletindo uma compreensão mais holística da função social da licitação.

Essa visão ampliada da função da licitação destaca seu papel como um instrumento de política pública, capaz de influenciar positivamente várias áreas além daquelas imediatamente ligadas ao escopo do contrato. Ao incorporar tais objetivos nas licitações e contratações, o Estado pode efetivamente fomentar o bem-estar social, impulsionar o desenvolvimento econômico sustentável e contribuir para a preservação ambiental, demonstrando assim a capacidade das compras públicas de atuar na ordem econômica ao mesmo tempo que serve como uma alavanca para mudanças sociais significativas e duradouras.

A própria ordem jurídica é um produto de múltiplas influências e, por essa razão, precisa estar em constante adaptação à realidade social. Corroborando essa afirmativa, é importante mencionar o entendimento de Cavalieri Filho acerca do econômico ser um dos fatores que concorrem para a evolução do direito:

A estrutura econômica de uma sociedade reflete-se diretamente no seu ordenamento jurídico. O sistema de propriedade, as formas de produção (indústria, agricultura etc.), as relações entre empregados e patrões - tudo isso se reflete na ordem jurídica, influenciando-a.

A organização social tem o seu ponto básico de articulação no modo pelo qual os homens produzem, possuem e comerciam. Assim sendo, podemos afirmar, sem possibilidade de erro, que o Direito vai se modificando à medida que vai se alterando a estrutura econômica da sociedade.

Tão marcante é a influência da economia sobre o Direito que alguns autores chegam a se posicionar no sentido de conceber o Direito como reflexo, exclusivamente, da constituição econômica, como por exemplo K. Marx e F. Engels, criadores do materialismo histórico. Para eles, o fator econômico era a mola mestra da história, os demais fenômenos culturais não passando de simples reflexos superestruturais das forças genéticas armazenadas pelas relações econômicas de produção (Cavalieri Filho, 2007, p. 31-32).

O autor discute a ideia de que a estrutura econômica de uma sociedade é um espelho que se reflete em seu sistema jurídico. Esta interconexão entre economia e direito se manifesta na maneira pela qual as leis são formuladas, adaptadas e interpretadas para atender às necessidades econômicas e às dinâmicas de poder dentro de uma sociedade. O Direito evolui em resposta às mudanças na economia. As transformações nas formas de produção, comércio e propriedade impulsionam mudanças nas estruturas jurídicas, refletindo novas realidades econômicas.

Assim, considerando que a licitação tem um cunho extremamente econômico, a sua regulamentação deve evoluir à medida que a ordem econômica e a sociedade evoluem. Conforme Acocella e Rangel (2013) ressaltam, partindo-se do pressuposto de que a norma jurídica incide, ao menos de modo indireto, nas escolhas estratégicas

formuladas pelos agentes privados (os quais adotarão aquelas que lhes forem financeira e economicamente mais vantajosas), se faz importante analisar em que medida o sistema jurídico atual incentiva os indivíduos a reagirem conforme as preferências estatais.

Nesse sentido, as compras públicas possuem um grande potencial de mobilização de diversos setores da economia, haja vista o seu alcance nacional e os vultos de suas contratações. Esse grande volume faz com que as licitações tenham um considerável poder de influência, visto que impõe ao mercado afetado a sua conformação às novas exigências balizadoras dos processos seletivos da Administração.

É nesse contexto que, no exercício do poder regulador, as legislações de Licitações e Contratos Administrativos, sobretudo a nova Lei, nº 14.133 de 1º de abril de 2021, trazem em seu conteúdo disposições e ações que podem ser compreendidas como incentivos para as empresas e para o mercado econômico em geral. Tais incentivos são passíveis de serem considerados como ações de boas práticas para os licitantes e podem possuir objetivos que vão além da necessidade do objeto licitado.

Retomando as ideias discutidas anteriormente no subtópico 2.2.2, é importante enfatizar que as normas resultantes de uma intervenção por indução, que emanam do poder regulador do Estado, não têm como objetivo principal substituir a vontade dos destinatários. Pelo contrário, essas normas visam direcionar os indivíduos para uma escolha econômica que beneficie o coletivo e social, ultrapassando os limites dos desejos individuais. Essas normas induzem comportamentos que, embora não coajam diretamente os indivíduos a agirem de certa maneira, criam um cenário onde a adesão torna-se atraente por meio de incentivos e estímulos variados.

As normas de indução compreendem uma variedade de incitações e estímulos, sejam eles econômicos, fiscais ou de outra natureza, todos propostos pela legislação para encorajar a participação em atividades que são de interesse geral, independentemente de serem patrocinadas pelo Estado ou não. Estes incentivos podem incluir benefícios fiscais, subsídios, ou outras vantagens econômicas que buscam promover atividades consideradas benéficas para a sociedade como um todo.

Grau (2010) complementa essa análise ao destacar que, embora a norma ofereça esses incentivos, ela deixa ao destinatário a liberdade de escolha para aderir

ou não às prescrições propostas. Se o destinatário optar por não seguir a norma, ele simplesmente não receberá os benefícios ou incentivos que ela proporciona. Por outro lado, se decidir aderir à norma, tornar-se-á juridicamente vinculado a ela, e deverá cumprir com todas as suas exigências e condições para usufruir dos benefícios prometidos.

Essa estrutura regulatória é fundamental para entender como o Estado pode moldar comportamentos e práticas econômicas sem impor diretivas de forma coercitiva, mas por meio de um sistema que recompensa comportamentos alinhados com objetivos sociais mais amplos. É uma forma sofisticada e eficaz de governança, que alinha interesses individuais com metas coletivas, incentivando práticas que, embora voluntárias, são claramente direcionadas pela visão estratégica do Estado.

Neste contexto, é importante clarificar que as empresas e fornecedores em geral não são obrigados pela legislação a fornecer produtos ou serviços, nem mesmo a participar de processos licitatórios promovidos pela Administração Pública. Isso significa que a participação em licitações é uma decisão estratégica que cabe às empresas, baseada em sua análise das condições e dos benefícios potenciais associados à contratação pública.

Portanto, quando uma empresa toma conhecimento das disposições legais que regulam as licitações, ela possui total autonomia para decidir se deseja ou não se engajar no processo. Esta decisão deve ser informada e considerar tanto as exigências legais quanto as oportunidades comerciais que um contrato com o governo pode oferecer. Incluir-se em uma licitação implica uma avaliação cuidadosa dos custos, dos benefícios e dos riscos envolvidos.

Uma vez que uma empresa decide participar de uma licitação, ela se torna juridicamente vinculada aos termos da legislação que rege o procedimento licitatório e, se logrando vencedora do certame, das disposições do contrato. Isso inclui o cumprimento de todas as obrigações contratuais e legais especificadas no edital e no acordo subsequente. Além disso, a empresa passa a ter um compromisso não apenas com os objetivos pessoais de lucro e sustentabilidade de seu negócio, mas também com objetivos mais amplos que envolvem o atendimento das necessidades da Administração Pública e, por extensão, da coletividade.

Este aspecto da relação contratual destaca a importância de um alinhamento estratégico entre os interesses comerciais da empresa e os objetivos de política pública que a licitação visa atender. Ao decidir participar de uma licitação, as

empresas devem estar cientes de que estão contribuindo para a execução de políticas públicas e, portanto, para o desenvolvimento social e econômico mais amplo. Essa consciência deve orientar sua abordagem ao cumprimento contratual, assegurando que além de atender às suas metas empresariais, contribuem de forma significativa para os objetivos coletivos da sociedade.

4.3.1 Dados das compras públicas: Painel de Compras do Governo (compras.gov.br e SIAFI) e Portal da Transparência do Governo Federal

Conforme vem sendo exposto até aqui, a relevância das compras públicas no panorama econômico e social do Brasil é inegável, dada a movimentação de expressivos volumes financeiros e o impacto em diversos níveis da gestão tanto pública quanto privada. Para uma melhor compreensão da magnitude e complexidade destas operações, é crucial analisar dados financeiros concretos que ilustram como os recursos públicos são distribuídos através das contratações governamentais. Este tópico visa elucidar o escopo das contratações públicas com base em informações oriundas de ferramentas oficiais de transparência e monitoramento do governo brasileiro.

Entre essas ferramentas, destaca-se o Painel de Compras do Governo Federal, acessível por meio do portal Compras.gov.br, e o Sistema Integrado de Administração Financeira do Governo Federal (SIAFI). O Painel de Compras é uma plataforma essencial projetada para promover a transparência das aquisições públicas, compilando e exibindo informações extraídas diretamente dos sistemas de compras do governo, abrangendo dados atualizados do ano corrente e dos quatro anos anteriores.

As informações no Painel de Compras são providas pelos usuários do sistema Comprasnet, uma plataforma digital onde unidades de compras do governo divulgam detalhes sobre licitações, emitem empenhos, registram contratos, catalogam materiais e serviços, e cadastram fornecedores. O sistema Comprasnet é utilizado por órgãos da Administração Pública Federal direta, autárquica, fundacional, e por Administrações Estaduais e Municipais que optem por aderir ao sistema.

Assim, os dados que serão apresentados refletem as aquisições realizadas pela Administração Pública Federal e por uma parte das Administrações Estaduais e Municipais, ou seja, não reflete o montante total de compras públicas nacionais, haja

vista que alguns Órgãos utilizam sistemas diversos para operacionalizar seus procedimentos. A tabela apresentará uma visão detalhada da evolução dos valores associados às compras públicas realizadas ao longo dos anos 2022, 2023 e do primeiro semestre de 2024, com as seguintes informações:

- I. Valor Estimado das Compras Públicas: Valores projetados para as licitações, com base em pesquisas de preços realizadas no planejamento da contratação dos processos licitatórios;
- II. Valor Estimado para Compras com Microempresa e Empresa de Pequeno Porte (ME/EPP): Valores projetados na licitação para itens que possuem preferência ou exclusividade de participação de fornecedores ME e EPP, conforme legislação vigente;
- III. Valor Homologado dos Processos de Compras Públicas: Valores finais adjudicados e homologados após a sessão pública de seleção do fornecedor, representando os montantes que poderão ser efetivamente contratados;
- IV. Valor Homologado para Compras com ME/EPP: Valores finais adjudicados e homologados, após a sessão pública de seleção do fornecedor, representando os montantes que poderão ser efetivamente contratados dos itens que possuem preferência ou exclusividade de participação de fornecedores ME e EPP, conforme legislação vigente;
- V. Valor das Compras na Administração Pública Federal: Valores licitados especificamente na Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional, extraídos do Portal da Transparência do Governo Federal.

Tabela 1: Montante em reais das compras públicas nos últimos anos
(continua)

VALORES DAS COMPRAS PÚBLICAS	ANOS		
	2022	2023	1º semestre/2024
Valor estimado das compras públicas	R\$ 255.018.570.269,54	R\$ 257.385.809.000,41	R\$ 68.039.231.262,43

Tabela 2: Montante em reais das compras públicas nos últimos anos
(conclusão)

VALORES DAS COMPRAS PÚBLICAS	ANOS		
	2022	2023	1º semestre/2024
Valor estimado para compras com ME/EPP	R\$ 139.347.685.395,23	R\$ 127.885.122.615,92	R\$ 28.765.403.938,08
Valor homologado das compras públicas	R\$ 165.482.158.765,78	R\$ 172.518.147.018,36	R\$ 38.806.937.366,04
Valor homologado para compras com ME/EPP	R\$ 39.711.563.463,11	R\$ 42.717.955.901,27	R\$ 11.828.419.532,17
Valor das compras da Administração Pública Federal	R\$ 76.589.578.429,59	R\$ 61.564.097.194,77	R\$ 19.694.169.070,75

Fonte: Elaboração própria. Dados do Painel de Compras e do Portal da Transparência do Governo Federal

Conforme se verifica, os valores chegam a bilhões de reais. Além disso, esses dados não apenas refletem o volume e a natureza das transações realizadas, mas são indicativos das políticas de incentivo à participação de pequenas empresas no processo de licitação pública, resultando em uma inclusão econômica.

5 DISPOSITIVOS LEGAIS DA NOVA LEI DE LICITAÇÕES COMO INSTRUMENTO DE ATUAÇÃO ESTATAL NA ORDEM ECONÔMICA SOB A PERSPECTIVA DA TEORIA DO PATERNALISMO LIBERTÁRIO

Conforme demonstrado, considerando a atuação enquanto Estado Regulador, verifica-se que tem sido uma prática do legislador a criação de normas que não possuam em sua essência o caráter punitivo, restritivo e coercitivo, mas sim fomentador de práticas ou políticas públicas importantes para o usuário e que tenham o intuito de alcançar outros princípios e objetivos de desenvolvimento econômico e social da coletividade. Esses objetivos sociais são dos mais variados setores, tais como: segurança, moral, saúde, meio ambiente, defesa do consumidor, patrimônio cultural, propriedade (Di Pietro, 2024).

Valendo-se das modalidades classificadas por Grau (2010, p. 146), trata-se de normas em que o Poder Regulador do Estado realizou a intervenção por indução. Ademais, conforme exposto, tal atuação estatal é passível de ser interpretada como aplicação da teoria do paternalismo libertário.

Nessa linha de raciocínio, observa-se no ordenamento jurídico que o instituto da licitação pública tem sido um dos instrumentos utilizados pelo Estado para influenciar o comportamento estratégico dos sujeitos e das empresas. Tais dispositivos legais priorizam o incentivo ao investimento em inovação e avanço tecnológico, em sustentabilidade ambiental, em programas de integridade para conter a corrupção, em participação de micro e pequenas empresas, em defesa aos direitos do trabalho, entre outros.

Sendo assim, comparar o instituto das licitações públicas com a adoção da teoria do paternalismo libertário envolve analisar como o processo de licitação pode ser utilizado como um mecanismo para promover comportamentos e escolhas que alinhem os interesses privados dos licitantes com objetivos sociais mais amplos, sem restringir a liberdade de escolha.

Nessa senda, para materializar e concretizar a pesquisa do presente trabalho, a seguir serão explorados os seguintes tópicos:

- a. A intersecção entre a Nova Lei de Licitações e a Teoria do Paternalismo Libertário: Será explorado como os dispositivos legais da nova lei de licitações podem ser vistos como ferramentas de atuação estatal por indução de comportamentos. Demonstrar-se-á como certas

disposições da lei estão alinhadas com a teoria do paternalismo libertário, proposta por Richard H. Thaler e Cass R. Sunstein, evidenciando seu potencial para moldar as ações dos licitantes e outros envolvidos nos processos de contratações públicas.

- b. *Nudges* na Nova Lei de Licitações e Contratos: Neste tópico serão identificados quais dispositivos da nova lei podem ser interpretados como “*nudges*”. Ou seja, quais são os dispositivos legais que direcionam as escolhas dos participantes do processo de licitação de maneira a incentivar práticas desejáveis, enquanto preservam a liberdade de escolha. A análise focará em como a legislação promove comportamentos éticos e sustentáveis sem impor restrições diretas.
- c. Potenciais benefícios e desafios da Integração do Paternalismo Libertário nas Licitações Públicas: Neste segmento serão expostos os impactos positivos e os desafios dessa abordagem nas licitações públicas. Será considerado como as práticas incentivadas nas licitações podem reverberar na sociedade em geral, influenciando tanto o setor público como o mercado privado. Além disso, será apresentada uma lista de empresas que mais fornecem para o poder público federal, destacando aquelas que são bem conhecidas no mercado privado e como elas podem representar uma possível transferência de práticas entre os setores público e privado.

5.1 A INTERSECÇÃO ENTRE OS DISPOSITIVOS LEGAIS DA NOVA LEI DE LICITAÇÕES COMO UM INSTRUMENTO DE ATUAÇÃO ESTATAL POR INDUÇÃO DE COMPORTAMENTOS E A TEORIA DO PATERNALISMO LIBERTÁRIO

A intersecção entre as licitações como instrumento de atuação estatal e o paternalismo libertário revela uma abordagem inovadora na condução das políticas públicas, especialmente no que tange ao uso estratégico das compras governamentais para promover objetivos sociais e econômicos mais amplos. Nesse contexto, as licitações não são vistas apenas como meios para adquirir bens e serviços pela proposta mais vantajosa ou menor preço, mas como ferramentas para

incentivar comportamentos e práticas alinhadas com valores econômicos e sociais de interesse público e coletivo.

O conceito de interesse público é central para o Direito Administrativo, referindo-se, resumidamente, às necessidades e objetivos considerados essenciais para o bem-estar coletivo da sociedade. Ele engloba uma variedade de valores e prioridades que o Estado deve perseguir e proteger, incluindo a segurança, a liberdade, a igualdade, a justiça e o desenvolvimento econômico e social.

Celso Antônio Bandeira de Mello (2013), define interesse público como o conjunto de condições necessárias ao bem-estar dos cidadãos, que deve ser assegurado pelo Estado. O autor enfatiza que o interesse público deve ser o principal orientador da atuação administrativa, prevalecendo sobre interesses particulares quando estes estiverem em conflito. Ao defender essa supremacia do interesse público sobre o privado, ele argumenta o seguinte:

Trata-se de verdadeiro axioma reconhecível no moderno Direito Público. Proclama a superioridade do interesse da coletividade, firmando a prevalência dele sobre o do particular, como condição, até mesmo, da sobrevivência e asseguramento deste último. É pressuposto de uma ordem social estável, em que todos e cada um possam sentir-se garantidos ou resguardados (Mello, 2013, p. 70).

Mediante essa compreensão do princípio da supremacia do interesse público, entende-se que a Administração Pública ocupa uma posição de destaque, uma vez que seu objetivo principal é atingir o interesse da coletividade, o qual frequentemente é definido pela própria Administração, prevalecendo sobre os interesses individuais. Isso estabelece uma clara superioridade da Administração em relação aos cidadãos.

Entretanto, essa visão tradicional do interesse público, que historicamente justificou intervenções significativas sobre os direitos individuais, está sendo gradualmente substituída por abordagens mais contemporâneas. Essas novas perspectivas favorecem o desenvolvimento de uma dinâmica cooperativa entre o Estado e os indivíduos, promovendo uma interação menos autoritária e mais horizontal. Esse novo paradigma enfatiza a colaboração, distanciando-se dos métodos jurídicos autoritários e coercitivos tradicionais, como os mecanismos de comando e controle típicos da gestão estatal.

Nesse contexto, tendo em vista a exigência de a Administração Pública cumprir fielmente com as demandas coletivas e sociais, reconhecidas como direitos fundamentais dos cidadãos pela Constituição Federal de 1988 e cuja efetivação é de responsabilidade do Estado, percebeu-se a necessidade de participação ativa da

sociedade civil para a realização plena desses direitos. A sociedade civil é destinatária das políticas públicas e, como tal, tem um papel crucial na complementação dos esforços estatais, haja vista que sem sua colaboração, seria inviável satisfazer completamente as obrigações constitucionais de atendimento ao interesse público.

Corroborando com o entendimento, Di Pietro (2024) ressalta que é reconhecido que o Estado de Bem-estar Social tem o papel de garantir direitos fundamentais que necessitam de salvaguarda, sendo as políticas públicas o meio efetivo para sua implementação. Isso implica que, devido às limitações em capacidade e expertise do setor público para executar todas as suas responsabilidades constitucionais isoladamente, torna-se fundamental buscar apoio no setor privado para alcançar esses objetivos.

Nesse contexto, as contratações públicas emergem como uma ferramenta vital através da qual a Administração Pública materializa seus compromissos constitucionais. Ao selecionar fornecedores e parceiros que alinham suas operações e valores com os princípios de sustentabilidade, equidade e inovação, o governo fomenta uma economia que reflete esses mesmos ideais. Assim, as licitações públicas e contratos administrativos tornam-se mais do que meios para adquirir bens e serviços, eles são instrumentos estratégicos para promover o bem-estar social e o desenvolvimento sustentável.

Assim, conclui Eduardo Schiefler (2021), que é fato que as contratações realizadas pela Administração Pública, a qual frequentemente recorre ao setor privado para obter os recursos necessários para cumprir suas funções constitucionais, possuem uma capacidade significativa de moldar, estimular e direcionar as práticas e comportamentos tanto na gestão administrativa quanto nas operações dos agentes econômicos a fim de alcançar objetivos sociais para além da necessidade precípua do processo licitatório.

Da mesma forma, no âmbito do paternalismo libertário, a ideia é que o Estado possa orientar as decisões dos agentes econômicos de maneira sutil, promovendo o bem-estar coletivo sem comprometer a liberdade de escolha. Assim, depreende-se que as licitações podem ser desenhadas para "empurrar" as empresas e a própria Administração Pública para adotarem práticas mais sustentáveis, inovadoras e socialmente responsáveis. Isso pode ser feito por meio de critérios de seleção que valorizem tais práticas, ou pela definição de requisitos mínimos relacionados à

sustentabilidade, inovação ou inclusão social nas especificações dos editais de licitação.

Ao estruturar as licitações e contratações de forma a incentivar práticas responsáveis e inovadoras, o Estado além de atuar para satisfazer suas necessidades imediatas promove um modelo de desenvolvimento que é sustentável e inclusivo a longo prazo. Por exemplo, ao priorizar empresas que demonstram comprometimento com a responsabilidade social ou ambiental, o Estado "empurra" o mercado em uma direção que beneficia a sociedade como um todo.

Na teoria do paternalismo libertário, desenvolvida por Richard H. Thaler e Cass Sunstein, o conceito de "arquiteto de escolhas" refere-se à ideia de que os formuladores de políticas públicas podem estruturar o ambiente de decisão de modo a "empurrar" as pessoas para fazerem escolhas que melhoram seu bem-estar e o da sociedade, mantendo a liberdade de escolha. No âmbito da nova Lei de Licitações, a Lei nº 14.133/2021, o Estado, atuando como legislador, incorpora esse papel ao desenhar o processo licitatório de forma que orienta e incentiva comportamentos e decisões tanto das entidades públicas quanto dos participantes do mercado.

Assim, sugere-se que alguns artigos podem ser interpretados como exemplos de "*nudges*", na medida em que direcionam comportamentos de forma sutil, buscando promover, além de outros benefícios, a eficiência, a transparência e a sustentabilidade em contratações públicas. Embora a lei não tenha sido explicitamente desenhada sob os princípios do paternalismo libertário, ela incorpora elementos que se alinham a essa ideia, conforme será exposto a seguir.

5.2 NUDGES DA NOVA LEI DE LICITAÇÕES E CONTRATOS

Conforme a compreensão demonstrada no presente trabalho, a nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos, possui alguns artigos que são passíveis de serem interpretados como exemplos de "*nudges*" conforme a teoria do paternalismo libertário, pois direcionam as escolhas dos participantes do processo de licitação de forma a promover práticas desejáveis sem restringir a liberdade de escolha.

Para identificar e concluir acerca da característica de influência dos textos normativos, foram consideradas, sobretudo, as expressões "poderá" e "preferencialmente", pois indicam que existe uma margem de escolha para os envolvidos. Nesse sentido, serão expostos alguns dispositivos que, pelas

características, podem ser vistos sob a perspectiva do paternalismo libertário na ordem econômica.

5.2.1 Os princípios que deverão ser observados nas compras públicas

O artigo 5º, da Lei nº 14.133/2021, pode ser considerado uma aplicação da teoria do paternalismo libertário, na medida em que estabelece os princípios aos quais as licitações públicas devem obedecer, visando guiar o comportamento dos participantes do processo licitatório:

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

Conforme José Cretella Júnior (1988, p. 7), “princípios de uma ciência são as proposições básicas, fundamentais, típicas que condicionam todas as estruturas subsequentes. Princípios, neste sentido, são os alicerces da ciência.” Assim, os princípios na ordem jurídica são fundamentos que orientam a criação, interpretação e aplicação das leis, funcionando como verdadeiros alicerces do sistema legal. Eles expressam valores fundamentais da sociedade e ajudam a garantir a coerência, a justiça e a eficiência do direito.

Na área de compras públicas, os princípios são particularmente importantes para assegurar que o processo de aquisição de bens e serviços pelo setor público seja conduzido de forma ética, transparente e eficiente, promovendo a igualdade, a competição justa e o uso responsável dos recursos públicos.

Quando se considera a teoria do paternalismo libertário, a importância dos princípios nas compras públicas adquire uma dimensão adicional. Nesse contexto, os princípios podem ser vistos como mecanismos que, ao passo que regulam a conduta, orientam as decisões de forma a promover o bem-estar geral, sem restringir a liberdade de escolha.

Dessa forma, os princípios expressos no art. 5º da Lei nº 14.133/2021 define, em suma, que as licitações devem ser conduzidas de forma a: a) Promover o desenvolvimento nacional sustentável; b) Assegurar tratamento justo, igualitário,

eficiente e com segurança jurídica a todos os participantes; c) Selecionar a proposta mais vantajosa para a administração pública, garantindo a competitividade;

Esses dispositivos refletem o conceito de “*nudge*”, pois direcionam as entidades públicas e os licitantes para adotar práticas que contribuam para a lisura do procedimento licitatório. Portanto, o artigo 5º da Lei de Licitações pode ser visto como uma aplicação da teoria do paternalismo libertário, na medida em que orienta os processos de licitação para alcançar objetivos sociais desejáveis, incentivando comportamentos benéficos de maneira não coercitiva e mantendo a liberdade de escolha dos agentes envolvidos.

5.2.2 Os objetivos do processo licitatório

O artigo 11 da nova Lei de Licitações delinea os objetivos do processo licitatório, focando em isonomia, prevenção de práticas abusivas e incentivo à inovação e ao desenvolvimento nacional sustentável. Analisando os objetivos, é possível observar que eles podem ser interpretados à luz da teoria do paternalismo libertário, na medida em que estruturam o ambiente de licitação de uma maneira que orienta tanto a Administração Pública quanto os licitantes para resultados que maximizam o bem-estar coletivo.

No contexto do art. 11, isso se manifesta de várias formas:

- I. Seleção da proposta mais vantajosa (Inciso I): Incentiva a busca por soluções que ofereçam o melhor custo-benefício ao longo do ciclo de vida do objeto da licitação. Isso reflete um “*nudge*” no sentido de que encoraja as empresas a considerarem não apenas o custo imediato, mas também a eficiência e a sustentabilidade do objeto contratado a longo prazo, promovendo assim uma visão mais holística e responsável nas contratações públicas. Além disso, pode subsidiar a concretização do princípio da ordem econômica, a livre concorrência, previsto no art. 170, inc. IV, da CF/88.
- II. Tratamento isonômico e justa competição (Inciso II): Reforça os princípios de igualdade e transparência, fundamentais para um mercado competitivo justo. Ao assegurar esses princípios, o processo licitatório “empurra” as entidades para práticas que reforçam a confiança no sistema, melhorando assim a qualidade das participações

e dos resultados das licitações, ao passo em que também auxilia na concretização do princípio da livre concorrência.

- III. Prevenção de sobrepreço e superfaturamento (Inciso III): Visa evitar a alocação ineficiente de recursos e o desperdício de fundos públicos. Isso pode ser visto como um “*nudge*” para promover a integridade e a responsabilidade fiscal, dissuadindo práticas prejudiciais e encorajando uma abordagem mais criteriosa e honesta nas ofertas.
- IV. Incentivo à inovação e ao desenvolvimento sustentável (Inciso IV): Este objetivo funciona como um “*nudge*” ao estimular as empresas a adotarem práticas inovadoras e sustentáveis. Ao priorizar esses valores, a lei incentiva as empresas a investirem em novas tecnologias e soluções criativas que sejam não apenas economicamente viáveis, mas também benéficas para a sociedade a longo prazo. Isso é consistente com a teoria do paternalismo libertário, que advoga por políticas que orientem os indivíduos e organizações para a tomada de decisões que sejam benéficas tanto para eles quanto para a sociedade como um todo, sem impor limitações à liberdade de escolha.

Assim, embora o Artigo 11 não implemente o paternalismo libertário no sentido clássico de influenciar as escolhas individuais através de mecanismos sutis, ele cria um quadro que orienta a tomada de decisão para resultados que alinham os interesses privados com o bem-estar público, o que é um aspecto central do paternalismo libertário. Ao definir claramente os objetivos do processo licitatório, a lei incentiva comportamentos que são benéficos para a sociedade, promovendo assim os ideais de eficiência, justiça, transparência e sustentabilidade.

5.2.3 Procedimento licitatório na forma eletrônica

A nova Lei de Licitações em seu art. 17, §2º, prevê o seguinte:

Art. 17. O processo de licitação observará as seguintes fases, em sequência:
[...]
§ 2º As licitações serão realizadas preferencialmente sob a forma eletrônica, admitida a utilização da forma presencial, desde que motivada, devendo a sessão pública ser registrada em ata e gravada em áudio e vídeo.

A previsão da preferência pela realização de licitações na forma eletrônica pode ser considerado uma aplicação da teoria do paternalismo libertário ao contexto

da nova lei de licitações. Essa preferência alinha-se com os princípios da teoria na medida em que “empurra” as instituições e os participantes do processo licitatório a adotarem práticas mais modernas, transparentes e eficientes, sem, contudo, eliminar completamente a opção pela modalidade presencial.

É importante ressaltar que a modalidade pregão na forma eletrônica, regida pela Lei nº 10.520/2002, já era utilizada no âmbito do governo federal, em detrimento do presencial, haja vista que o decreto nº 10.024, de 20 de setembro de 2019, editado pelo Governo Federal, previu que a “utilização da modalidade de pregão, na forma eletrônica, pelos órgãos da administração pública federal direta, pelas autarquias, pelas fundações e pelos fundos especiais seria obrigatória” (art. 1º, § 1º).

Todavia, a nova lei de licitações traz uma forma mais orgânica e institucionalizada do meio digital, na medida em que prevê a preferência dos atos do processo licitatório serem produzidos em meio digital. Na vigência das legislações anteriores apenas a fase de seleção de fornecedor era realizada eletronicamente por meio do sistema, enquanto na atual é possível a elaboração dos artefatos de forma digital em um sistema integrado, garantindo a transparência, a publicidade e a colaboração entre os órgãos.

O Sistema Integrado de Administração de Serviços Gerais (SIASG), criado pelo artigo 7º do Decreto nº 1.094 de 23 de março de 1994, serve como uma plataforma de suporte informatizado para as operações do Sistema de Serviços Gerais (SISG). O propósito do SIASG é unificar as entidades da Administração Pública Federal, incluindo órgãos diretos, autarquias e fundações. Com a reestruturação do SISG, o SIASG foi atualizado para incorporar o sistema de aquisições do governo federal, conhecido como Compras.gov.br.

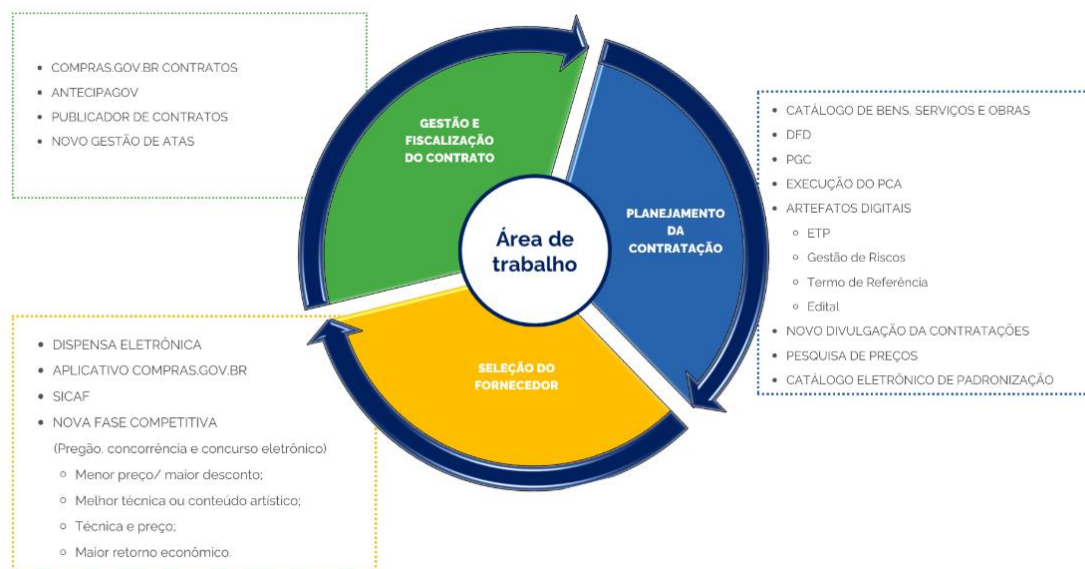
Este renovado Compras.gov.br abrange múltiplos módulos que gerenciam as diversas fases do processo de contratação pública, incluindo o Sistema de Cadastramento Unificado de Fornecedores (Sicaf), o Planejamento e Gerenciamento das Contratações (PGC), o Estudo Técnico Preliminar (ETP) Digital, Matriz de risco Digital, Termo de Referência Digital; Edital; Catálogo, Divulgação de compras, Sala de disputa, Contratos, dentre outras funcionalidades.

O Compras.gov.br visa ser uma plataforma unificada e integrada, facilitando o gerenciamento e monitoramento das várias fases do processo de aquisição pública. Este sistema permitirá que servidores, administradores governamentais,

fornecedores, entidades fiscalizadoras e cidadãos interajam uns com os outros e com o sistema, alcançando assim seu propósito essencial.

A figura abaixo, extraída da página do Portal de Compras do Governo Federal retrata as ferramentas disponíveis no sistema Compras.gov.br:

Figura 1: Representação das ferramentas do ecossistema Compras.gov.br



Fonte: Portal de Compras do Governo Federal (2024)³

Assim é possível compreender que diante da informatização crescente dos procedimentos da administração pública, as empresas são impulsionadas a se adaptarem ao novo contexto de processos de contratação eletrônicos, atualizando suas infraestruturas e contratando pessoal qualificado ou qualificando seu quadro atual para responder às demandas do setor público.

Nesse sentido, considerando que a teoria do paternalismo libertário, conforme proposta por Thaler e Sunstein, argumenta a favor de estruturar escolhas de forma que as pessoas sejam naturalmente encorajadas a fazer decisões benéficas, mantendo a liberdade de escolha, depreende-se que o artigo em apreço incentiva as seguintes práticas:

- I. **Transparência e acessibilidade:** A realização de licitações de forma eletrônica aumenta a transparência do processo, pois permite um

³ Vide mais detalhes em: <https://www.gov.br/compras/pt-br/sistemas/conheca-o-compras/conheca-o-compras>. Acesso em: 15 mai. 2024.

acesso mais amplo às informações e aos procedimentos, tornando-os acessíveis a um número maior de participantes, independentemente de sua localização geográfica, possibilitando a concretização do princípio da livre concorrência.

- II. Eficiência e redução de custos: A modalidade eletrônica torna os processos licitatórios mais eficientes, reduzindo tempo e custos tanto para a Administração Pública quanto para os licitantes. Isso está em consonância com o princípio do paternalismo libertário de facilitar escolhas que levam a resultados melhores e mais eficientes.
- III. Menor risco de corrupção e maior competitividade: A licitação eletrônica pode reduzir o risco de corrupção, haja vista que os órgãos controladores e fiscalizadores podem fazer as auditorias remotas e enquanto os processos estão em andamento. Ademais pode tornar o processo mais transparente e menos suscetível a influências indevidas, promovendo assim uma justa e maior competição.
- IV. Registro e controle: A exigência de que as sessões públicas presenciais sejam registradas em ata e gravadas em áudio e vídeo fortalece a responsabilidade e a possibilidade de auditoria dos processos licitatórios, garantindo maior integridade e possibilidade de revisão e controle.

Assim, denota-se que embora a lei não force a adoção exclusiva do formato eletrônico, ao estabelecer uma preferência clara por ele e exigir motivação para a realização de licitações presenciais, ela "empurra" as entidades para a adoção da forma eletrônica ao passo que também "empurra" as empresas que desejem vender para o público na direção de se modernizarem e de implantarem procedimentos informatizados e eficientes, em linha com os princípios do paternalismo libertário.

Dessa forma, o §2º do artigo 17 da Lei nº 14.133/2021 pode ser visto como um exemplo de como as políticas públicas podem ser desenhadas para encorajar comportamentos e práticas que são considerados mais eficientes e benéficos para o interesse público, ao mesmo tempo em que mantém a liberdade de escolha dos participantes.

5.2.4 Previsão de medidas de sustentabilidade ambiental

Os critérios de sustentabilidade ambiental a serem adotados nas compras públicas incluem aspectos relacionados à eficiência energética, ao uso de recursos naturais, à geração de resíduos, à emissão de gases poluentes, entre outros. Essas medidas visam incentivar a aquisição de bens e serviços sustentáveis, contribuindo para a preservação ambiental e para a redução dos impactos negativos das operações governamentais no ecossistema. Adicionalmente, a nova lei prevê a inclusão de cláusulas socioambientais nos contratos administrativos, de forma a garantir o cumprimento dos compromissos assumidos pelas empresas vencedoras das licitações.

Na fase preparatória do processo licitatório – na realização do estudo técnico preliminar – deve-se observar e descrever a existência de possíveis impactos ambientais e respectivas medidas mitigadoras, bem como incluir requisitos de baixo consumo de energia e de outros recursos, além da logística reversa para desfazimento e reciclagem de bens e refugos, quando aplicável, conforme o art. 18, I, § 1º transcrito abaixo:

Art. 18. A fase preparatória do processo licitatório é caracterizada pelo planejamento e deve compatibilizar-se com o plano de contratações anual de que trata o inciso VII do caput do art. 12 desta Lei, sempre que elaborado, e com as leis orçamentárias, bem como abordar todas as considerações técnicas, mercadológicas e de gestão que podem interferir na contratação, compreendidos:

[...]

§ 1º O estudo técnico preliminar a que se refere o inciso I do caput deste artigo deverá evidenciar o problema a ser resolvido e a sua melhor solução, de modo a permitir a avaliação da viabilidade técnica e econômica da contratação, e conterá os seguintes elementos:

[...]

XII - descrição de possíveis impactos ambientais e respectivas medidas mitigadoras, incluídos requisitos de baixo consumo de energia e de outros recursos, bem como logística reversa para desfazimento e reciclagem de bens e refugos, quando aplicável. (grifo nosso)

O anteprojeto (art. 6º, XXIV) e o projeto básico (art. 6º, XXV) devem prever parâmetros de impacto ambiental da obra ou serviço e o seu adequado tratamento, bem como realizar os respectivos estudos socioambientais:

Art. 6º Para os fins desta Lei, consideram-se:

[...]

XXIV - anteprojeto: peça técnica com todos os subsídios necessários à elaboração do projeto básico, que deve conter, no mínimo, os seguintes elementos:

[...]

e) parâmetros de adequação ao interesse público, de economia na utilização, de facilidade na execução, **de impacto ambiental e de acessibilidade**;

[...]

XXV - projeto básico: conjunto de elementos necessários e suficientes, com nível de precisão adequado para definir e dimensionar a obra ou o serviço, ou o complexo de obras ou de serviços objeto da licitação, elaborado com base nas indicações dos estudos técnicos preliminares, **que assegure a viabilidade técnica e o adequado tratamento do impacto ambiental do empreendimento** e que possibilite a avaliação do custo da obra e a definição dos métodos e do prazo de execução, devendo conter os seguintes elementos:

[...]

a) levantamentos topográficos e cadastrais, sondagens e ensaios geotécnicos, ensaios e análises laboratoriais, **estudos socioambientais** e demais dados e levantamentos necessários para execução da solução escolhida; (grifo nosso)

Uma outra inovação foi a consideração dos custos indiretos relacionados com as despesas de manutenção, utilização, reposição, depreciação e impacto ambiental do objeto licitado, entre outros fatores vinculados ao seu ciclo de vida, no cômputo de menor dispêndio para a administração nas hipóteses de julgamento por menor preço ou maior desconto e, quando couber, por técnica e preço (art. 34, § 1º):

Art. 34. O julgamento por menor preço ou maior desconto e, quando couber, por técnica e preço considerará o menor dispêndio para a Administração, atendidos os parâmetros mínimos de qualidade definidos no edital de licitação.

§ 1º **Os custos indiretos, relacionados com as despesas de** manutenção, utilização, reposição, depreciação e **impacto ambiental** do objeto licitado, entre outros fatores vinculados ao seu ciclo de vida, poderão ser considerados para a definição do menor dispêndio, sempre que objetivamente mensuráveis, conforme disposto em regulamento.

Desta forma, o maior ou menor impacto ambiental de uma proposta, quando economicamente quantificado, poderá ser determinante para o resultado de um certame licitatório.

Outro dispositivo é a possibilidade de previsão de margem de preferência no processo de licitação para bens que contribuem para a redução do consumo de recursos naturais e minimizam a produção de resíduos e poluição, conforme disposto no art. 26 da nova lei:

Art. 26. No processo de licitação, poderá ser estabelecida margem de preferência para:

- I - bens manufaturados e serviços nacionais que atendam a normas técnicas brasileiras;
- II - bens reciclados, recicláveis ou biodegradáveis, conforme regulamento.

Mais à frente a legislação, no art. 60, §1º, inc. IV, previu como um dos critérios de desempate de propostas no certame licitatório a comprovação de prática de mitigação, nos termos da Lei nº 12.187, de 29 de dezembro de 2009:

Art. 60. Em caso de empate entre duas ou mais propostas, serão utilizados os seguintes critérios de desempate, nesta ordem:

[...]

§ 1º Em igualdade de condições, se não houver desempate, será assegurada preferência, sucessivamente, aos bens e serviços produzidos ou prestados por:

[...]

IV - empresas que comprovem a prática de mitigação, nos termos da Lei nº 12.187, de 29 de dezembro de 2009.

A descrição das práticas de mitigação está definida a Lei nº 12.187/2009, a qual institui a Política Nacional sobre Mudança do Clima – PNMC. Conforme o art. 2º, inc. VII, práticas de mitigação são:

VII - mitigação: mudanças e substituições tecnológicas que reduzam o uso de recursos e as emissões por unidade de produção, bem como a implementação de medidas que reduzam as emissões de gases de efeito estufa e aumentem os sumidouros;

[...]

IX - sumidouro: processo, atividade ou mecanismo que remova da atmosfera gás de efeito estufa, aerossol ou precursor de gás de efeito estufa.

Depreende-se que a prática de mitigação é crucial para a sustentabilidade ambiental porque aborda diretamente a redução do impacto das atividades humanas sobre o meio ambiente, ajudando a preservar os recursos naturais e a reduzir a poluição e as emissões de gases de efeito estufa.

Adicionalmente, vale ressaltar também o teor do art. 144, da nova lei de licitações, o qual prevê a possibilidade de estabelecimento de remuneração variável com base em critérios de sustentabilidade ambiental na contratação de obras, fornecimentos e serviços, abaixo transcrito:

Artigo 144. Na contratação de obras, fornecimentos e serviços, inclusive de engenharia, poderá ser estabelecida remuneração variável vinculada ao desempenho do contratado, com base em metas, padrões de qualidade, **critérios de sustentabilidade ambiental** e prazos de entrega definidos no edital de licitação e no contrato. (grifo nosso)

Tais dispositivos citados são passíveis de serem interpretados como uma aplicação da teoria do paternalismo libertário no contexto da nova lei de licitações na medida em que incentiva a consideração de práticas sustentáveis e ambientalmente responsáveis no processo de licitação, orientando as decisões de contratação pública de maneira a favorecer soluções que minimizem danos ambientais e promovam o uso eficiente de recursos.

Portanto, durante o início de um processo de aquisição, o administrador público deve avaliar quais produtos ou serviços têm o menor impacto ambiental,

considerando aspectos como o uso reduzido de matérias-primas e energia, além da capacidade de reciclagem, reutilização e descarte adequado dos materiais.

Assumir uma abordagem socio e ambientalmente responsável pode, então, proporcionar ao empresário uma posição de vantagem competitiva no mercado público. O Estado, incentivando práticas sustentáveis e éticas no ambiente empresarial, não força essa adoção, mas sim amplia o leque de opções, encorajando a escolha de práticas que alinhem com o bem-estar social e contribuam para um desenvolvimento nacional sustentável.

Nesse sentido os artigos supracitados funcionam como "*nudges*" para que os órgãos públicos e as empresas:

- I. Considerem o impacto ambiental: Ao exigir a descrição dos impactos ambientais e das medidas mitigadoras, o dispositivo encoraja os órgãos públicos a considerarem e priorizarem opções que tenham menor impacto negativo sobre o ambiente.
- II. Adotem práticas sustentáveis: Incluir requisitos como baixo consumo de energia, uso eficiente de recursos e logística reversa promove a adoção de práticas sustentáveis, incentivando as organizações a desenvolverem projetos e soluções que sejam ambientalmente responsáveis.
- III. Facilitem decisões conscientes: Ao estabelecer a necessidade de avaliar e descrever os impactos ambientais e as medidas mitigadoras, a lei facilita um processo de tomada de decisão mais informado e consciente por parte dos gestores públicos, que podem avaliar melhor a viabilidade e sustentabilidade das contratações.
- IV. Promovam a responsabilidade social e ambiental: Este requisito pode também incentivar as empresas que desejam participar de licitações a adotar medidas sustentáveis em suas operações e produtos, visando atender às demandas da legislação e se tornarem mais competitivas nos processos licitatórios.

Embora a imposição de considerar impactos ambientais e medidas mitigadoras no processo licitatório não seja um *nudge* no sentido tradicional de oferecer uma escolha fácil e natural, ela configura uma estrutura que privilegia escolhas responsáveis e sustentáveis. Assim, alinha-se à ideia de paternalismo libertário ao promover um direcionamento que beneficia a sociedade e o meio

ambiente, mantendo a liberdade de como essas medidas serão implementadas pelas entidades e empresas envolvidas.

Destarte, o Estado atua como um consumidor influente ao preferir adquirir produtos de alta qualidade, cujos processos de produção favoreçam o desenvolvimento socioambiental. Essa prática governamental pode ser vista como uma manifestação de paternalismo libertário, na medida em que estabelece critérios que a entidade contratante deve seguir para se alinhar às políticas públicas ambientais e sociais, embutidas no contexto das licitações e contratos.

Essa estratégia não impõe uma obrigação direta às empresas para adotar comportamentos específicos, mas vincula a possibilidade de contratar com o setor público à adesão a essas práticas responsáveis. Assim, as companhias não são forçadas a mudar suas práticas, mas se veem incentivadas a fazê-lo se desejarem acessar as oportunidades de negócios que o poder de compra governamental oferece, excluindo aquelas que mantêm condutas socioambientalmente negativas.

Nessa esteira, o Estado, através dessas previsões legislativas, não impõe diretamente ao mercado a adoção de critérios de sustentabilidade ambiental em seus processos produtivos e rotinas de trabalho. No entanto, ao estabelecer a possibilidade de dar preferência a fornecedores sustentáveis nas licitações públicas, cria um estímulo significativo para que as empresas adotem práticas ambientalmente responsáveis.

Esse mecanismo de incentivo é projetado para que os fornecedores, visando aumentar suas chances de sucesso em processos licitatórios com o poder público, se sintam motivados a integrar a sustentabilidade em suas operações comerciais. Nesse sentido, a legislação de contratações públicas funciona como um catalisador para a promoção de práticas sustentáveis no setor privado, alinhando os interesses empresariais com os objetivos ambientais e sociais mais amplos.

5.2.5 Possibilidade de utilização de mão de obra, materiais, tecnologias e matérias-primas existentes no local da execução, conservação e operação do bem, serviço ou obra

O artigo 25, §2º, da nova Lei de Licitações, permite a utilização de mão de obra, materiais, tecnologias e matérias-primas locais na execução de obras, serviços

ou conservação, desde que isso não prejudique a competitividade e a eficiência do contrato, *in verbis*:

Art. 25. O edital deverá conter o objeto da licitação e as regras relativas à convocação, ao julgamento, à habilitação, aos recursos e às penalidades da licitação, à fiscalização e à gestão do contrato, à entrega do objeto e às condições de pagamento.

[...]

§ 2º Desde que, conforme demonstrado em estudo técnico preliminar, não sejam causados prejuízos à competitividade do processo licitatório e à eficiência do respectivo contrato, **o edital poderá prever a utilização de mão de obra, materiais, tecnologias e matérias-primas existentes no local da execução, conservação e operação do bem, serviço ou obra. (grifo nosso)**

Esta disposição pode ser vista como uma aplicação da teoria do paternalismo libertário na medida em que incentiva, de forma não coercitiva, o aproveitamento de recursos locais, promovendo o desenvolvimento econômico regional e a sustentabilidade, sem eliminar a liberdade de escolha ou a justa competição no processo licitatório.

Neste contexto, o artigo em questão promove práticas que podem ser benéficas tanto para o meio ambiente quanto para a economia local, encorajando as seguintes ações:

- I. Desenvolvimento econômico local: Ao permitir que o edital preveja a utilização de recursos locais, a lei incentiva o investimento na economia da região onde a obra ou serviço será executado, podendo estimular o desenvolvimento de negócios locais e a geração de empregos.
- II. Sustentabilidade: O uso de materiais e mão de obra locais pode reduzir o impacto ambiental associado ao transporte de recursos de lugares distantes, além de promover práticas de produção mais sustentáveis e adaptadas às características e necessidades locais.
- III. Eficiência e adaptabilidade: Considerar recursos locais no planejamento e execução de obras e serviços pode levar a soluções mais eficientes e adaptadas às condições locais, contribuindo para a melhoria da qualidade e da sustentabilidade dos projetos.
- IV. Promoção da competitividade justa: O dispositivo legal estabelece que a utilização de recursos locais não deve causar prejuízos à competitividade, garantindo que essa preferência não elimine a igualdade de condições entre os participantes do processo licitatório.

É importante sustentar que o dispositivo em apreço ao promover um desenvolvimento social e econômico local e/ou regional também coopera para a concretização de um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais (CF/88, art. 3º, III), assim como está de acordo com um dos princípios da Ordem Econômica: redução das desigualdades regionais e sociais (CF/88, art. 170, VII).

Nessa esteira, infere-se que o supracitado §2º do artigo 25 da Lei de Licitações alinha-se aos princípios do paternalismo libertário ao estruturar o ambiente de decisão de uma forma que favorece escolhas social e ambientalmente responsáveis, mantendo, ao mesmo tempo, a integridade do processo licitatório e a eficiência contratual. Assim, este artigo pode ser considerado uma aplicação da teoria do paternalismo libertário, pois cria condições favoráveis para que decisões mais sustentáveis e socialmente responsáveis sejam tomadas, sem impor essas escolhas de maneira coercitiva.

5.2.6 Ações de equidade entre homens e mulheres no ambiente de trabalho como critério de desempate das propostas no certame licitatório e previsão de contratação de percentual mínimo de mulheres vítimas de violência doméstica

A Lei nº 14.133/2021 inclui entre seus critérios inovadores de desempate a promoção da equidade de gênero no ambiente de trabalho, além de estabelecer a contratação preferencial de mulheres vítimas de violência doméstica. Essas disposições alinham-se intimamente com o objetivo constitucional de promover o bem-estar de todos, erradicando preconceitos e discriminação de qualquer natureza, incluindo gênero.

O artigo 60, inciso III, prevê a promoção de ações de equidade entre homens e mulheres pelo licitante como um dos critérios para desempate de proposta no processo licitatório, conforme transcrição abaixo:

Art. 60. Em caso de empate entre duas ou mais propostas, serão utilizados os seguintes critérios de desempate, nesta ordem:

[...]

III - desenvolvimento pelo licitante de ações de equidade entre homens e mulheres no ambiente de trabalho, conforme regulamento;

Adicionalmente, a lei 14.133/2021, em seu artigo 25, § 9º, inc. I, versou acerca da possibilidade de exigência de percentual mínimo de mão de obra constituída por mulheres vítimas de violência doméstica:

§ 9º O edital poderá, na forma disposta em regulamento, exigir que percentual mínimo da mão de obra responsável pela execução do objeto da contratação seja constituído por:

I - mulheres vítimas de violência doméstica;

A regulamentação desses dispositivos foi realizada pelo Decreto nº 11.430, de 8 de março de 2023, o qual dispõe sobre a exigência, em contratações públicas, de percentual mínimo de mão de obra constituída por mulheres vítimas de violência doméstica e sobre a utilização do desenvolvimento, pelo licitante, de ações de equidade entre mulheres e homens no ambiente de trabalho como critério de desempate em licitações, no âmbito da administração pública federal direta, autárquica e fundacional.

No que concerna às ações de equidade, o art. 5º do Decreto nº 11.430/2023 reforça que o desenvolvimento, pelo licitante, de ações de equidade entre mulheres e homens no ambiente de trabalho será critério de desempate em processos licitatórios e traz o rol de ações que poderão ser realizadas pela empresa:

§ 1º Para fins do disposto no caput, serão consideradas ações de equidade, respeitada a seguinte ordem:

I - medidas de inserção, de participação e de ascensão profissional igualitária entre mulheres e homens, incluída a proporção de mulheres em cargos de direção do licitante;

II - ações de promoção da igualdade de oportunidades e de tratamento entre mulheres e homens em matéria de emprego e ocupação;

III - igualdade de remuneração e paridade salarial entre mulheres e homens;

IV - práticas de prevenção e de enfrentamento do assédio moral e sexual;

V - programas destinados à equidade de gênero e de raça; e

VI - ações em saúde e segurança do trabalho que considerem as diferenças entre os gêneros.

No tocante ao percentual mínimo de mulheres na execução do objeto contratado, o art. 3º do Decreto nº 11.430/2023 dispõe que os editais de licitação e os avisos de contratação direta para a contratação de serviços contínuos com regime de dedicação exclusiva de mão de obra preverão o emprego de mão de obra constituída por mulheres vítimas de violência doméstica, em percentual mínimo de oito por cento das vagas, conforme o seguinte:

§ 1º O disposto no caput aplica-se a contratos com quantitativos mínimos de vinte e cinco colaboradores.

§ 2º O percentual mínimo de mão de obra estabelecido no caput deverá ser mantido durante toda a execução contratual.

§ 3º As vagas de que trata o caput:

I - incluem mulheres trans, travestis e outras possibilidades do gênero feminino, nos termos do disposto no art. 5º da Lei nº 11.340, de 2006; e

II - serão destinadas prioritariamente a mulheres pretas e pardas, observada a proporção de pessoas pretas e pardas na unidade da federação onde ocorrer a prestação do serviço, de acordo com o último censo demográfico do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE.

§ 4º A indisponibilidade de mão de obra com a qualificação necessária para atendimento do objeto contratual não caracteriza descumprimento do disposto no caput.

Conforme se verifica, o regulamento inclui todas as possibilidades de gênero feminino e ainda prioriza as mulheres pretas e pardas, conforme a proporção do censo demográfico do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE.

Incorporar ações de equidade de gênero como critério de desempate em licitações públicas reflete uma estratégia consciente do Estado para fomentar um mercado de trabalho mais inclusivo e justo. Ao valorizar empresas que demonstram comprometimento com a igualdade de gênero, o Estado não só promove um ambiente corporativo mais equitativo, mas também estimula outras empresas a adotarem políticas similares para se tornarem mais competitivas em licitações públicas. Isso contribui para a gradual transformação das normas sociais e empresariais, alavancando o progresso em direção à igualdade de gênero no ambiente de trabalho.

A previsão de contratação de um percentual mínimo de mulheres vítimas de violência doméstica nas licitações públicas vai além da promoção da igualdade de gênero, abordando diretamente as questões de justiça social e reparação. Esta medida não apenas oferece oportunidades de emprego para um grupo vulnerável, mas também integra essas mulheres ao mercado de trabalho, contribuindo para sua autonomia e recuperação socioeconômica.

Relacionando essas iniciativas à teoria do paternalismo libertário, observa-se que o Estado, atuando como arquiteto de escolhas, cria um ambiente que "empurra" as organizações para adotar práticas mais éticas e socialmente responsáveis. Sem impor diretamente, mas por meio de incentivos no processo licitatório e oferecendo um benefício tangível (um critério de desempate favorável), o Estado encoraja as empresas a aderirem a práticas que não só beneficiam um segmento vulnerável da população, mas que também promovem um objetivo social mais amplo de igualdade e justiça.

Sendo assim, o artigo 60, inc. III e o artigo 25, § 9º, inc. I da Lei nº 14.133/2021 refletem o conceito da teoria do paternalismo libertário ao:

- I. Incentivar comportamentos positivos: Ao tornar a equidade de gênero no ambiente de trabalho um critério de desempate, a lei incentiva as empresas a adotarem e desenvolverem políticas de igualdade de gênero, reconhecendo e recompensando aquelas que já implementam tais práticas.
- II. Promover mudanças sociais: Este critério pode levar a uma mudança gradual na cultura corporativa, incentivando mais empresas a se envolverem ativamente na promoção da equidade de gênero, contribuindo assim para o combate à discriminação e ao fortalecimento da igualdade no ambiente de trabalho.
- III. Manter a liberdade de escolha: As empresas retêm a liberdade de escolher se querem ou não implementar políticas de equidade de gênero. No entanto, aquelas que o fazem podem obter uma vantagem competitiva em licitações, o que serve como um incentivo positivo.
- IV. Benefícios de longo prazo: A promoção da equidade de gênero pode resultar em benefícios de longo prazo, não apenas para as mulheres no ambiente de trabalho, mas também para as empresas, através da melhoria da satisfação dos funcionários, do aumento da diversidade de ideias e da melhoria da imagem corporativa.

5.2.7 Desenvolvimento de programa de integridade como critério de desempate das propostas no certame licitatório e como item a ser considerado na aplicação de sanções

A nova Lei de Licitações introduz a consideração do desenvolvimento de programas de integridade como um critério de desempate em certames licitatórios e como um fator relevante na aplicação de sanções. Essa inovação legislativa reflete uma evolução no pensamento sobre a Administração Pública e sua interação com o setor privado, visando aprimorar a moralidade, a ética e a responsabilidade corporativa nas relações contratuais com o Estado.

O desenvolvimento de programa de integridade pelo licitante como um dos critérios de desempate no certame licitatório, está previsto no artigo 60, inciso IV, citado abaixo:

Art. 60. Em caso de empate entre duas ou mais propostas, serão utilizados os seguintes critérios de desempate, nesta ordem:

[...]

IV - desenvolvimento pelo licitante de programa de integridade, conforme orientações dos órgãos de controle.

A inclusão do programa de integridade como um critério na aplicação de sanções está estipulada no artigo 156, §1º, inciso V:

Art. 156. Serão aplicadas ao responsável pelas infrações administrativas previstas nesta Lei as seguintes sanções:

[...]

§ 1º Na aplicação das sanções serão considerados:

[...]

V - a implantação ou o aperfeiçoamento de programa de integridade, conforme normas e orientações dos órgãos de controle.

Tais medidas estão em consonância com os objetivos constitucionais, especialmente o princípio da moralidade administrativa e o zelo pela eficiência e probidade na gestão pública. Ao valorizar as empresas que demonstram compromisso com a integridade, o Estado promove um ambiente de negócios mais transparente e ético, o que, por sua vez, reforça a confiança pública nas instituições e processos governamentais.

Do ponto de vista do paternalismo libertário, essa disposição legal pode ser vista como um "*nudge*" ou "empurrão" para que as empresas adotem e aprimorem suas práticas de *compliance* e governança corporativa. Embora não seja uma imposição direta, essa norma incentiva as empresas a desenvolverem programas de integridade robustos para aumentarem suas chances de sucesso em licitações públicas, mitigarem riscos de sanções ou reduzirem a dosimetria de sua sanção.

Isso representa uma forma de o Estado moldar o mercado não apenas através de regras e regulamentos, mas também por meio de incentivos que promovem comportamentos empresariais alinhados com os valores sociais e éticos. Neste contexto, o artigo 60, inciso IV, e o artigo 156, §1º, inciso V, funcionam como um "*nudge*" ao:

- I. Promover práticas éticas: Ao fazer do programa de integridade um critério de desempate, a lei incentiva as empresas a desenvolverem e manter sistemas de *compliance*. Isso fomenta uma cultura organizacional baseada na ética, na transparência e na conformidade com a legislação.
- II. Estimular a conformidade legal: Empresas com programas de integridade robustos são mais propensas a cumprir regulamentos e

leis, reduzindo riscos de infrações legais e fortalecendo a confiança nas relações comerciais e institucionais.

- III. Manter a competitividade: A implementação de um programa de integridade pode se tornar um diferencial competitivo em licitações, incentivando as empresas a adotarem melhores práticas de governança para obter vantagens em processos licitatórios.
- IV. Beneficiar a Administração Pública e a sociedade: A preferência por empresas com práticas de integridade reforça a prevenção da corrupção e do desvio de conduta, contribuindo para o uso eficiente dos recursos públicos e para a melhoria da qualidade dos serviços e produtos adquiridos pelo setor público.
- V. Liberdade de escolha: As empresas têm a liberdade de decidir se implementam ou não um programa de integridade. No entanto, aquelas que optam por fazê-lo podem se beneficiar em situações de desempate em licitações ou reduzir a dosimetria da sua sanção em caso de infração, o que representa um incentivo positivo para a adoção dessas práticas.

Dessa forma, o incorporar o programa de integridade como critério de desempate e fator na aplicação de sanções, a nova Lei de Licitações alavanca a capacidade regulatória do Estado para influenciar positivamente o comportamento das empresas. Isso se alinha aos objetivos constitucionais de promover uma administração pública eficiente, transparente e ética, e está em harmonia com a teoria do paternalismo libertário, que defende a configuração das escolhas de forma a promover o bem-estar coletivo, mantendo a liberdade de escolha individual.

Assim, a lei serve como um instrumento para fomentar uma cultura de integridade e responsabilidade no setor privado, contribuindo para o fortalecimento da governança corporativa e para a realização dos princípios constitucionais.

5.2.8 Empresas que invistam em pesquisa e no desenvolvimento de tecnologia no País como critério de desempate das propostas no certame licitatório

A Lei nº 14.133/2021 estabelece que empresas que investem em pesquisa e desenvolvimento de tecnologia no país podem ser favorecidas em critérios de desempate em licitações, conforme dispõe o seu art. 60, § 1º, inciso III:

Art. 60. Em caso de empate entre duas ou mais propostas, serão utilizados os seguintes critérios de desempate, nesta ordem:

[...]

§ 1º Em igualdade de condições, se não houver desempate, será assegurada preferência, sucessivamente, aos bens e serviços produzidos ou prestados por:

[...]

III - empresas que invistam em pesquisa e no desenvolvimento de tecnologia no País;

Essa disposição legislativa está alinhada com os objetivos constitucionais de fomentar o desenvolvimento científico, a pesquisa, a capacitação tecnológica e a inovação, conforme preconiza a Constituição Federal, no artigo 218: “o Estado promoverá e incentivará o desenvolvimento científico, a pesquisa, a capacitação científica e tecnológica e a inovação”. Ao incentivar as empresas a investirem em pesquisa e desenvolvimento, a lei promove a evolução tecnológica e a competitividade nacional, os quais são elementos fundamentais para o crescimento econômico sustentável e a soberania nacional.

Do ponto de vista do paternalismo libertário, essa medida pode ser interpretada como um “*nudge*”, para que as empresas tomem a decisão de investir mais em inovação tecnológica. Ao utilizar o critério de desempate como incentivo, o Estado não obriga as empresas a seguir uma determinada conduta, mas cria um ambiente favorável para que elas optem por investir em tecnologia e pesquisa. Isso reflete a essência do paternalismo libertário, que é influenciar as decisões de forma a promover comportamentos benéficos, sem restringir a liberdade de escolha.

Nesse sentido, o inciso III, do artigo 60, reflete a teoria na seguinte medida:

- I. Incentivo à inovação: Priorizar empresas que investem em pesquisa e desenvolvimento estimula a inovação dentro do setor privado, incentivando as empresas a alocarem recursos para o desenvolvimento de novas tecnologias e soluções inovadoras.
- II. Desenvolvimento econômico e tecnológico: O investimento em pesquisa e desenvolvimento tecnológico contribui para o crescimento econômico e para o avanço da base tecnológica do país, alinhando os interesses empresariais com os objetivos de desenvolvimento nacional.

- III. Competitividade e qualidade: Este critério pode melhorar a qualidade e a competitividade das empresas nacionais, tanto no mercado interno quanto no externo, ao encorajá-las a se tornarem mais inovadoras e tecnologicamente avançadas.
- IV. Escolha voluntária: As empresas têm a liberdade de decidir se investem ou não em pesquisa e desenvolvimento. A possibilidade de ter uma vantagem em processos licitatórios atua como um incentivo para que elas façam tais investimentos, mas não as obriga a isso.
- V. Benefício a longo prazo: Empresas que investem em pesquisa e desenvolvimento podem contribuir para soluções sustentáveis e inovadoras que beneficiam a sociedade como um todo, além de fortalecer o ecossistema de inovação do país.

Essa previsão estimula o desenvolvimento tecnológico dentro das empresas e contribui para a concretização de objetivos maiores, como o aumento da competitividade da economia nacional, a criação de empregos qualificados e o fomento à inovação. Isso demonstra uma ação estratégica do Estado em moldar o mercado de forma a alcançar metas de desenvolvimento econômico e social, em harmonia com os princípios constitucionais de promover o bem-estar de todos e garantir o desenvolvimento nacional.

Portanto, ao incluir o investimento em pesquisa e desenvolvimento como critério de desempate, a nova Lei de Licitações efetivamente vincula as metas de desenvolvimento tecnológico e inovação com as ações práticas do mercado, mediante um mecanismo que respeita a autonomia empresarial, ao passo em que direciona o setor privado para contribuir com objetivos nacionais de desenvolvimento sustentável.

5.3. POTENCIAIS BENEFÍCIOS E DESAFIOS DA INTEGRAÇÃO DO PATERNALISMO LIBERTÁRIO NAS LICITAÇÕES PÚBLICAS

Conforme visto, o conceito de "paternalismo libertário" propõe a ideia de que os governos podem incentivar decisões mais saudáveis e racionais por parte dos cidadãos sem exercer coação sob sua liberdade de escolha. Este conceito, aplicado às licitações públicas, sugere que o Estado pode orientar as empresas para práticas mais éticas e sustentáveis por meio de regulamentações e critérios que, embora não restritivos, incentivam comportamentos específicos.

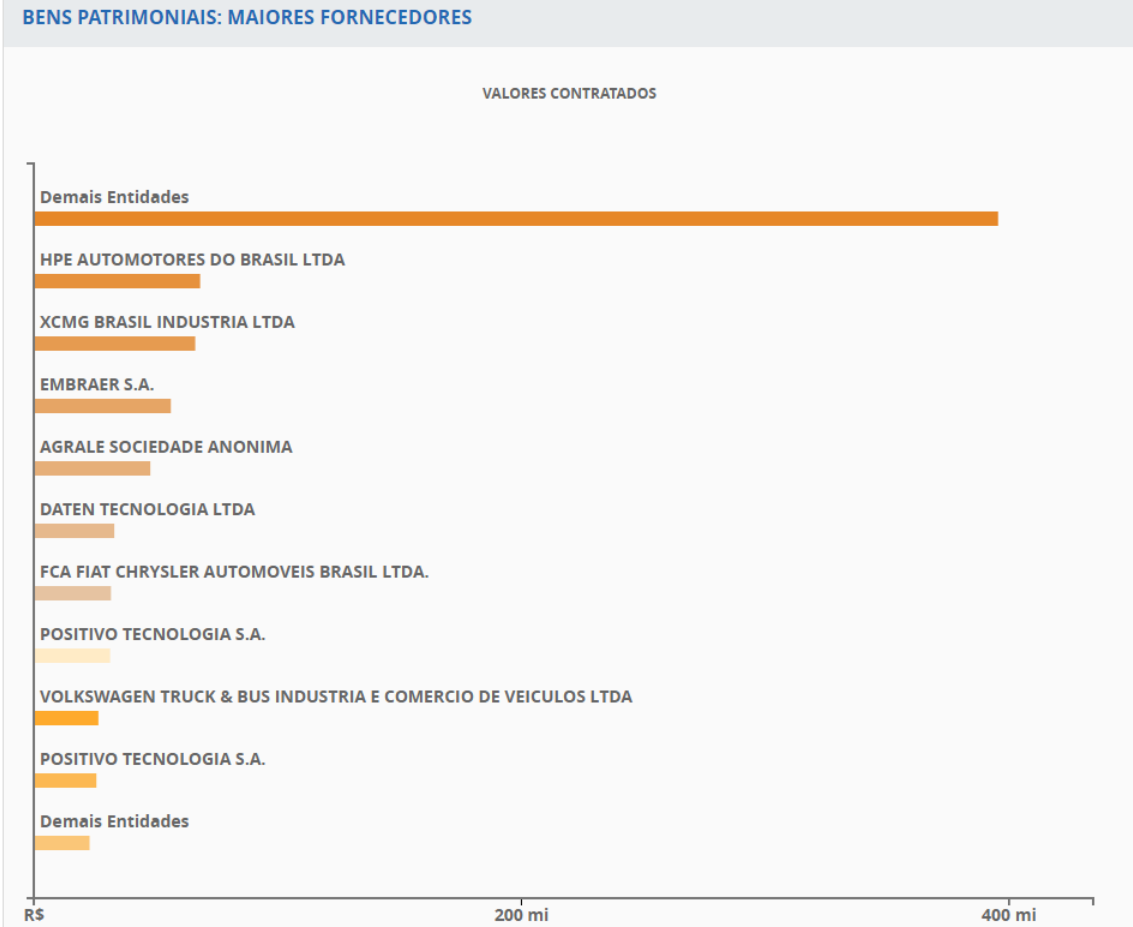
No contexto das licitações públicas, as leis e regulamentos, além moldarem as operações das empresas dentro do escopo desses certames, podem influenciar suas práticas no mercado privado. Empresas que participam de licitações públicas e operam no setor privado frequentemente transportam os comportamentos, padrões e práticas adotados para cumprir com os requisitos governamentais para suas atividades comerciais regulares. Essa transferência de práticas é particularmente evidente em áreas como sustentabilidade ambiental e integridade corporativa.

A teoria do paternalismo libertário, particularmente a ideia de "*nudges*" ou empurrões sutis como descrito por Thaler e Sunstein, sugere que pequenas orientações ou incentivos podem efetivamente alterar o comportamento sem imposições agressivas de regras. Na esfera das compras públicas, quando o governo estabelece certos padrões como pré-requisitos para participar de licitações, tais como: eficiência energética, baixo impacto ambiental, ou altos padrões éticos, essas exigências incentivam as empresas a adotarem práticas que atendem a esses critérios e que são vantajosas em termos de imagem e competitividade no mercado geral.

Essas práticas, uma vez integradas ao modo de operação de uma empresa, tendem a se enraizar na cultura organizacional. Por exemplo, uma empresa que invista em tecnologias limpas para atender a uma licitação pública pode encontrar vantagens econômicas em utilizar essas mesmas tecnologias em suas operações comerciais privadas. Similarmente, a adoção de programas de *compliance* e integridade para cumprir com os requisitos de uma licitação pode ajudar a empresa a mitigar riscos e melhorar sua governança corporativa de maneira mais ampla.

Para ilustrar o impacto das licitações públicas no mercado privado, é importante analisar dados do Portal da Transparência do Governo Federal, lançado pela Controladoria-Geral da União, referentes aos principais fornecedores que venceram licitações nos anos de 2022, 2023 e 2024 na Administração Pública Federal, especificamente no fornecimento de bens patrimoniais:

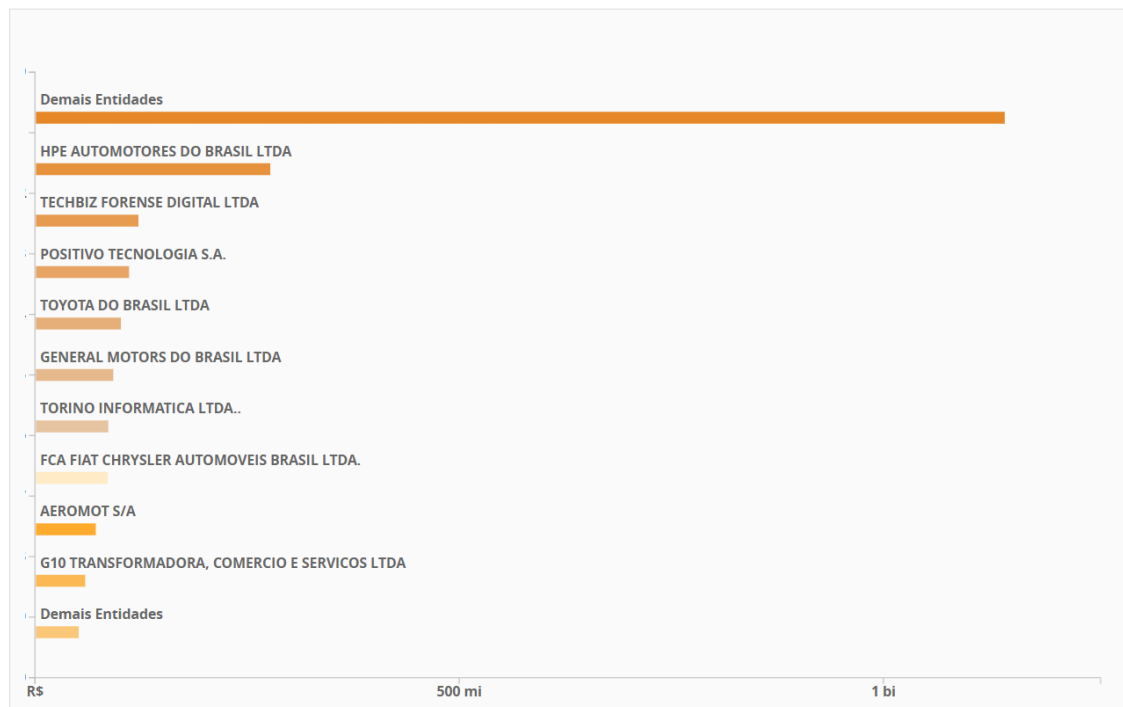
Figura 2: Maiores fornecedores vencedores de licitações no ano 2022



Fonte: Portal da Transparência (2024)

Figura 3: Maiores fornecedores vencedores de licitações no ano 2023

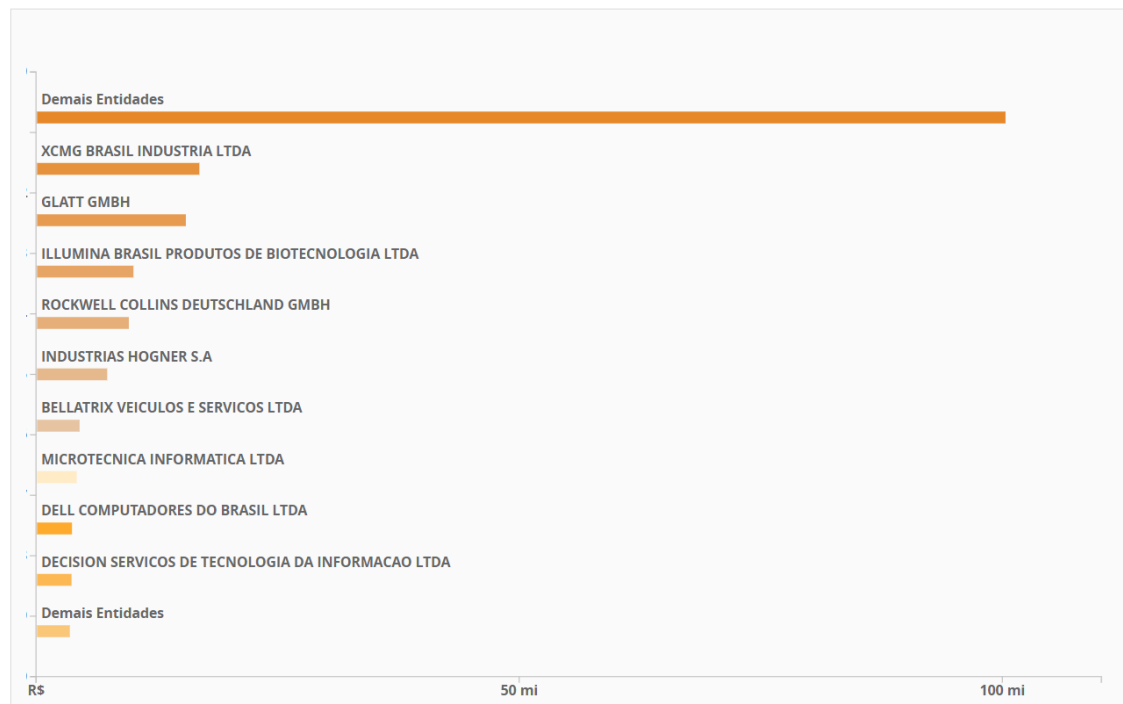
Bens Patrimoniais: Maiores Fornecedores



Fonte: Portal da Transparência (2024)

Figura 4: Maiores fornecedores vencedores de licitações no ano 2024 (referência: até maio/2024)

Bens Patrimoniais: Maiores Fornecedores



Fonte: Portal da Transparência (2024)

Entre os vencedores, destacam-se empresas notavelmente ativas tanto no setor público quanto no comércio privado, cujos produtos são amplamente disponíveis tanto em lojas físicas quanto em plataformas de *e-commerce*. Os exemplos incluem:

- I. GENERAL MOTORS DO BRASIL LTDA
- II. POSITIVO TECNOLOGIA S.A.
- III. TOYOTA DO BRASIL LTDA
- IV. DELL COMPUTADORES DO BRASIL LTDA
- V. DATEN TECNOLOGIA LTDA

Essas empresas são, predominante, dos setores de automóveis e de tecnologia da informação. Tais indústrias são particularmente relevantes quando se considera a implementação de práticas sustentáveis e o desenvolvimento de tecnologias mais limpas. Além disso, são setores onde a ética e a integridade corporativa são cruciais, especialmente dado o grande impacto ambiental e a alta visibilidade dessas empresas.

As práticas adotadas por esses grandes fornecedores em resposta aos critérios de licitação pública têm potencial para influenciar significativamente suas operações comerciais privadas. Por exemplo, se uma empresa como a Toyota do Brasil se compromete com a sustentabilidade ambiental para atender às exigências de uma licitação pública, é provável que essa prática permeie todas as suas atividades de negócios, desde a produção até o pós-venda. Isso não apenas melhora a imagem da empresa diante dos consumidores conscientes sobre questões ambientais, mas também pode resultar em reduções de custos a longo prazo através de eficiências energéticas e redução no uso de recursos.

Além disso, ao adotarem programas robustos de integridade e *compliance* para se qualificarem em licitações, essas empresas reforçam sua governança corporativa, o que é benéfico para mitigar riscos e fortalecer a confiança do consumidor e dos investidores. Este compromisso com a ética, impulsionado inicialmente por requisitos de licitação, pode se tornar um componente central da cultura corporativa da empresa, influenciando todas as suas interações de mercado.

Similarmente, se essas empresas implementarem critérios de equidade de gênero para participar das licitações públicas, considerando a extensão e o número de suas filiais em todo o Brasil, o impacto potencial dessa ação na sociedade é considerável. Ao implementar esses critérios, essas empresas não apenas promovem a igualdade de gênero internamente, mas também estabelecem um modelo para

outras organizações seguirem, potencializando a justiça social e contribuindo para a reparação econômica no país.

No entanto, enquanto os "*nudges*" oferecem um meio eficaz de incentivar boas práticas, eles também levantam questões sobre a extensão da influência do governo nas operações privadas. É fundamental que esses incentivos sejam projetados de maneira que promovam não apenas a conformidade, mas também a inovação e a competitividade. Além disso, deve haver uma avaliação constante sobre como essas práticas influenciam a eficiência operacional e a satisfação do cliente no setor privado.

Por fim, a aplicação de "*nudges*" nas licitações públicas, ao encorajar práticas desejáveis, demonstra como as políticas públicas podem ter um efeito cascata no comportamento empresarial em geral. Isso reflete uma oportunidade para o governo atuar não só como regulador, mas também como catalisador de mudanças positivas no comportamento das empresas, estendendo os benefícios das práticas sustentáveis e éticas além do domínio público e alcançando uma transformação mais ampla no ambiente de negócios global e na sociedade.

6 CONCLUSÕES

A pesquisa desenvolvida na presente dissertação abordou a intersecção entre a legislação de licitações e a teoria do Paternalismo Libertário, com foco particular na Nova Lei de Licitações e Contratos (Lei nº 14.133/2021), explorando como o Estado brasileiro atua na ordem econômica utilizando dispositivos legais como ferramentas para induzir comportamentos e promover práticas desejáveis, as quais alinhem desenvolvimento econômico e social de forma sustentável.

O problema que permeou o trabalho foi compreender como certos dispositivos da nova Lei de Licitações, Lei nº 14.133/2021, funcionam como ferramentas de atuação estatal que incentivam boas práticas por parte dos licitantes e em que medida esses dispositivos podem ser enquadrados dentro da teoria do Paternalismo Libertário, proposta pelos autores, Richard H. Thaler e Cass R. Sunstein, em 2003, a qual se tornou popular em 2008, por meio da primeira edição do livro *“Nudge – Improving decisions about health wealth and happiness”*, cuja tradução para o português é: *“Nudge: o empurrão para a escolha certa – aprimore suas decisões sobre saúde, riqueza e felicidade”*.

Dessa forma, o principal objetivo da pesquisa foi analisar detalhadamente a Lei nº 14.133/2021 para identificar os dispositivos que visam incentivar e motivar os licitantes a adotarem práticas benéficas que alavanquem o desenvolvimento econômico e social do país. Além disso, pretendeu-se verificar se a teoria do Paternalismo Libertário pode justificar essas estratégias regulatórias.

Durante a realização da pesquisa e a escrita deste trabalho, algumas conclusões importantes foram alcançadas, sobretudo ao final de cada capítulo, conforme será exposto a seguir.

No primeiro capítulo, buscou-se fornecer base teórica acerca do papel do Estado como regulador e promotor na Ordem Econômica e Social. A atual Constituição Federal brasileira, de 1988, é considerada constituição econômica, com disposições interventivas e prevendo a ordem econômica associada a ordem social. Uma de suas características é a preponderância principiológica e programática, pois ela não dispõe apenas regras, mas também princípios e objetivos, buscando garantir que a ordem econômica tenha por finalidade assegurar a todos uma existência digna.

Conforme demonstrado, a interferência do Estado na ordem econômica pode ser analisada sob as óticas de atuação e intervenção, refletindo uma visão de

envolvimento estatal que varia desde uma postura regulatória e facilitadora até uma participação ativa e diretiva na economia. Essa dicotomia destaca a dualidade do papel do Estado em moldar e influenciar as dinâmicas econômicas dentro de um território nacional.

O conceito de Estado Regulador está intimamente ligado à sua função de organizar, controlar e direcionar as atividades econômicas e sociais através do ordenamento jurídico, visando o equilíbrio e a justiça social dentro do mercado e da sociedade. Este modelo de Estado não apenas estabelece regras para a atividade econômica, mas também promove o desenvolvimento e o bem-estar social.

Norberto Bobbio (2007), ao tratar da função promocional do direito, aborda a evolução nas metodologias de controle social empregadas pelo Estado, marcando uma transição significativa do paradigma do liberalismo clássico para o Estado social contemporâneo. Ele destaca o crescente uso de técnicas de encorajamento pelo Estado, que contrasta com as abordagens tradicionais centradas em métodos de desencorajamento.

A técnica do encorajamento no direito não visa apenas proteger, mas também induzir comportamentos adequados, tornando as ações permitidas mais atraentes e as proibidas mais desagradáveis. Isso marca uma evolução do sistema normativo para um controle social mais ativo, que prioriza a promoção de ações benéficas em detrimento da mera repressão das prejudiciais.

Assim, a função promocional do ordenamento jurídico está intimamente relacionada com o Estado Regulador, cujo papel é controlar e direcionar atividades econômicas e sociais para garantir o cumprimento de leis, normas e regulamentos. Diferente do Estado interventor, que assume atividades econômicas diretamente, o Estado Regulador estabelece as regras do jogo, assegurando que o mercado funcione de forma eficiente e justa, prevenindo abusos e protegendo os direitos dos cidadãos.

Nesse sentido, foi posto em apreço as classificações para as modalidades e intervenção, das quais Eros Grau (2010) se tem valido: intervenção por absorção ou participação, intervenção por direção e intervenção por indução. Conforme discutido, a intervenção por indução enquadra-se no âmbito do Direito promocional, seguindo a perspectiva de Bobbio, o qual defende que o Direito tem evoluído para priorizar sua função de promoção, em detrimento da tradicional estrutura normativa clássica de imposição. Este paradigma emergente do Direito enfatiza a adoção de "sanções

positivas" ou "incentivos", que não se concentram em proibir comportamentos negativos, mas em fomentar ações socialmente benéficas.

Sendo assim, concluiu-se que o presente estudo se insere no contexto teórico de atuação indireta do Estado através de sua função reguladora, de atuação por indução e normativa promocional.

O segundo capítulo apresentou a teoria do "Paternalismo Libertário", inaugurada pelos autores, Richard H. Thaler e Cass R. Sunstein, em 2003, e popularizada em 2008, por meio da primeira edição do livro "*Nudge – Improving decisions about health wealth and happiness*", cuja versão em português é: "*Nudge: o empurrão para a escolha certa – aprimore suas decisões sobre saúde, riqueza e felicidade*".

A ideia central do paternalismo libertário é que, através da configuração cuidadosa das escolhas disponíveis para as pessoas (arquitetura de escolhas), é possível encorajá-las a tomar decisões que sejam melhores para elas, sem coagir ou restringir suas opções, estimulando-as, por meio do exercício de alguma forma de influência sob seus comportamentos.

Os próprios autores reconheceram a aplicabilidade de sua teoria em contextos específicos no âmbito de pessoas jurídicas. Os autores apontam que os mercados são constituídos por pessoas comuns, sujeitas a erros e decisões equivocadas. Portanto, a promoção do bem-estar não passa necessariamente por restringir atividades prejudiciais ou exploratórias, mas sim por estimular comportamentos positivos. Sendo assim, torna-se possível pensar o paternalismo libertário como uma teoria justificante para a formulação de normas que concretize políticas públicas, de atividade de fomento e de incentivo estatal.

Os "*nudges*", referem-se às intervenções realizadas por entidades tanto públicas quanto privadas, visando influenciar o processo de tomada de decisão dos indivíduos de forma a melhorar suas escolhas. No contexto do presente trabalho, analisou-se a atuação estatal enquanto arquiteto de escolhas, mormente na atividade de incentivo à consecução de princípios da ordem econômica constitucional e de desenvolvimento econômico e social sustentável, para a justa comparação da teoria proposta pelos autores à realidade atual da licitação pública brasileira.

Verificou-se que essa abordagem é significativa no contexto do Estado Democrático de Direito, pois equilibra a necessidade de promover o bem-estar social com o respeito pela liberdade individual. Essa compatibilidade pode ser evidenciada

quando Eros Grau menciona acerca das normas de intervenção por indução, ressaltando que são preceitos que, apesar de prescritivas (deônticas), não possuem a mesma força coercitiva das normas de intervenção por direção. São normas que funcionam de maneira a não substituir a vontade dos destinatários.

Considerando o exposto, conclui-se que a função promocional do direito, conforme discutida por Bobbio, juntamente com a concepção de atuação por indução de Grau, fornecem uma fundamentação teórica essencial para entender a interação entre a atuação do Estado na ordem econômica e o conceito da teoria do paternalismo libertário.

O terceiro capítulo, por sua vez, analisou o instituto da Licitação Pública como instrumento de atuação estatal na Ordem Econômica. A evolução histórica das licitações públicas no Brasil demonstra um desenvolvimento progressivo em busca de maior transparência, isonomia, moralidade e eficiência nos processos de contratação e na alocação dos recursos públicos. Assim, durante a pesquisa, observou-se a importância de apresentar uma retrospectiva das legislações que trataram sobre licitações e contratos no Brasil, a fim de demonstrar de onde partiu para como está sendo regulamentado atualmente.

Dentre as normas apresentadas, estão a primeira norma que tratou acerca das contratações públicas, o Decreto nº 2.926/1862, editado na vigência da primeira Constituição brasileira, a de 1824; e a Lei nº 8.666/1993, a qual regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal e institui normas gerais sobre licitações e contratos administrativos pertinentes a obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações e locações no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

Conforme exposto no presente trabalho, percebeu-se que a Lei 8.666/93 preocupou-se mais com a fase de seleção do fornecedor, com as exigências de habilitação e com as regras contratuais, ficando aquém quanto ao assunto relacionado ao planejamento e à fase inicial do procedimento. Por conseguinte, a nova Lei de Licitações e contratos, nº 14.133/2021, substitui e revoga a Lei geral de licitação e contratos, nº 8.666/1993, a Lei do Pregão, nº 10.520/2002, e os arts. 1º a 47-A da lei nº 12.462/2011, referentes à modalidade de licitação Regime Diferenciado de Contratações Públicas - RDC.

Nesse sentido, ela entrou em vigor com o objetivo de modernizar e unificar as normas que regem as licitações e os contratos no Brasil. A nova lei propõe diversas

mudanças significativas com o intuito de trazer mais eficiência, transparência e agilidade aos processos de licitação e contratação no setor público. Ademais, busca alinhar-se com objetivos específicos aos contratos públicos e com os princípios fundamentais e estratégicos estabelecidos pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Este alinhamento é evidente na conformidade da lei com o artigo 3º, inciso II, que enfatiza a garantia do desenvolvimento nacional, e com os princípios da ordem econômica no artigo 170, incisos IV e VI, que destacam a livre concorrência e a defesa do meio ambiente.

No modelo econômico atual, conforme visto, o Estado participa e atua na Ordem Econômica com o objetivo de eliminar as distorções alocativas e distributivas, bem como tentar promover a melhoria do padrão de vida da coletividade. Assim, a pesquisa chegou à conclusão de que uma das formas que isso pode se dar é por meio da compra de bens e serviços do setor privado, tendo em vista que o governo é, isoladamente, o maior comprador do sistema.

Essa visão ampliada da função da licitação destaca seu papel como um instrumento de política pública, capaz de influenciar positivamente várias áreas além daquelas imediatamente ligadas ao escopo do contrato. Alinha-se às diretrizes das chamadas normas de indução, as quais compreendem uma variedade de incitações e estímulos, sejam eles econômicos, fiscais ou de outra natureza, todos propostos pela legislação para encorajar a participação em atividades que são de interesse geral, independentemente de serem patrocinadas pelo Estado ou não.

No entanto, embora a norma ofereça esses incentivos, ela deixa ao destinatário a liberdade de escolha para aderir ou não às prescrições propostas. Se o destinatário optar por não seguir a norma, ele simplesmente não receberá os benefícios ou incentivos que ela proporciona. Neste contexto, é importante esclarecer que as empresas e fornecedores em geral não são obrigados pela legislação a fornecer produtos ou serviços, nem mesmo a participar de processos licitatórios promovidos pela Administração Pública. Isso significa que a participação em licitações é uma decisão estratégica que cabe às empresas, baseada em sua análise das condições e dos benefícios potenciais associados à contratação pública.

Portanto, quando uma empresa toma conhecimento das disposições legais que regulam as licitações, ela possui total autonomia para decidir se deseja ou não se engajar no processo. Esta decisão deve ser informada e considerar tanto as

exigências legais quanto as oportunidades comerciais que um contrato com o governo pode oferecer.

Uma vez que uma empresa decide participar de uma licitação, ela se torna juridicamente vinculada aos termos da legislação que rege o procedimento licitatório e, se logrando vencedora do certame, das disposições do contrato. Além disso, a empresa passa a ter um compromisso não apenas com os objetivos pessoais de lucro e sustentabilidade de seu negócio, mas também com objetivos mais amplos que envolvem o atendimento das necessidades da Administração Pública e, por extensão, da coletividade.

Com o intuito de demonstrar o volume de recursos que a Administração Pública movimenta, foram apresentados alguns dados referentes aos valores licitados nos anos de 2022, 2023 e no primeiro semestre de 2024. Conforme se verificou, os valores chegam a bilhões de reais. Além disso, os dados não apenas refletem o volume e a natureza das transações realizadas, mas também são indicativos das políticas de incentivo à participação de pequenas empresas no processo de licitação pública, resultando em uma inclusão econômica.

Finalmente, o quarto capítulo tratou dos dispositivos legais da Nova Lei de Licitações como instrumentos de atuação estatal na ordem econômica sob a perspectiva da teoria do Paternalismo Libertário. Na pesquisa, observou-se que, no ordenamento jurídico, o instituto da licitação pública tem sido um dos instrumentos utilizados pelo Estado para influenciar o comportamento estratégico dos sujeitos e das empresas. Tais dispositivos legais priorizam o incentivo ao investimento em inovação e avanço tecnológico, em sustentabilidade ambiental, em programas de integridade para conter a corrupção, em participação de micro e pequenas empresas, em defesa aos direitos do trabalho, entre outros.

No âmbito da nova Lei de Licitações, o Estado, atuando como legislador, incorpora esse papel ao desenhar o processo licitatório de forma que orienta e incentiva comportamentos e decisões tanto das entidades públicas quanto dos participantes do mercado. Assim, conclui-se que alguns artigos podem ser interpretados como exemplos de “*nudges*”, na medida em que direcionam comportamentos de forma sutil. Embora a lei não tenha sido explicitamente desenhada sob os princípios do paternalismo libertário, ela incorpora elementos que se alinham a essa ideia.

Para identificar e concluir acerca da característica de influência dos textos normativos, foram consideradas, sobretudo, as expressões “poderá” e “preferencialmente”, pois indicam que existe uma margem de escolha para os envolvidos.

Os dispositivos que, pelas características, foram considerados como uma aplicação do paternalismo libertário na ordem econômica pela lei nº 14.133/2021 são os seguintes:

- a. o artigo 5º, na medida em que estabelece os princípios aos quais as licitações públicas devem obedecer, guia o comportamento dos participantes do processo licitatório;
- b. o artigo 11, visto que ao delinear os objetivos do processo licitatório, focando em eficiência, equidade, prevenção de práticas abusivas e promoção da inovação e sustentabilidade, estruturam o ambiente de licitação de uma maneira que orienta tanto a Administração Pública quanto os licitantes para resultados que maximizam o bem-estar coletivo;
- c. o artigo 17, §2º prevê que as licitações serão realizadas preferencialmente sob a forma eletrônica. Tal previsão da preferência pela realização de licitações na forma eletrônica incentiva as instituições e os participantes do processo licitatório a adotarem práticas mais modernas, transparentes e eficientes, sem, contudo, eliminar completamente a opção pela modalidade presencial;
- d. o art. 18, I, § 1º, o art. 6º, XXIV e XXV, o art. 34, § 1º, o art. 26, o art. 60, §1º, inc. IV e o art. 144 preveem critérios e práticas de sustentabilidade ambiental nos processos de compras e contratações, que incluem aspectos relacionados à eficiência energética, ao uso de recursos naturais, à geração de resíduos, à emissão de gases poluentes, entre outros. Essas medidas visam incentivar a aquisição de bens e serviços sustentáveis, contribuindo para a preservação ambiental e para a redução dos impactos negativos das operações governamentais no ecossistema.
- e. o art. 25, §2º, permite a utilização de mão de obra, materiais, tecnologias e matérias-primas locais na execução de obras, serviços ou conservação, desde que isso não prejudique a competitividade e a

eficiência do contrato. Esta disposição pode ser vista como uma aplicação da teoria do paternalismo libertário na medida em que incentiva, de forma não coercitiva, o aproveitamento de recursos locais, promovendo o desenvolvimento econômico regional e a sustentabilidade, sem eliminar a liberdade de escolha ou a justa competição no processo licitatório.

- f. o art. 60, III, inclui, entre seus critérios de desempate na competição da licitação, a promoção da equidade de gênero no ambiente de trabalho, além de estabelecer a contratação preferencial de mulheres vítimas de violência doméstica. Essas disposições alinham-se intimamente com o objetivo constitucional de promover o bem-estar de todos, erradicando preconceitos e discriminação de qualquer natureza, incluindo gênero.
- g. o art. 60, IV, introduz a consideração do desenvolvimento de programas de integridade como um critério de desempate em certames licitatórios e como um fator relevante na aplicação de sanções. Essa inovação legislativa reflete uma evolução no pensamento sobre a administração pública e sua interação com o setor privado, visando aprimorar a moralidade, a ética e a responsabilidade corporativa nas relações contratuais com o Estado.
- h. o art. 60, §1º, III, estabelece que empresas que investem em pesquisa e desenvolvimento de tecnologia no país podem ser favorecidas em critérios de desempate em licitações. Essa disposição legislativa está alinhada com os objetivos constitucionais de fomentar o desenvolvimento científico, a pesquisa, a capacitação tecnológica e a inovação, conforme preconiza a Constituição Federal, no artigo 218: “o Estado promoverá e incentivará o desenvolvimento científico, a pesquisa, a capacitação científica e tecnológica e a inovação”.

Diante do exposto, depreende-se que no contexto das licitações públicas, as leis e regulamentos não apenas moldam as operações das empresas dentro do escopo desses certames, mas também podem influenciar suas práticas no mercado privado. Empresas que participam de licitações públicas e operam no setor privado frequentemente transportam os comportamentos, padrões e práticas adotados para cumprir com os requisitos governamentais para suas atividades comerciais regulares.

Essa transferência de práticas é particularmente evidente em áreas como sustentabilidade ambiental e integridade corporativa.

Essas práticas, uma vez integradas ao modo de operação de uma empresa, tendem a se enraizar na cultura organizacional. Para ilustrar o impacto das licitações públicas no mercado privado, foi apresentado uma lista com os principais fornecedores que venceram licitações nos anos de 2022, 2023 e 2024, especificamente no fornecimento de bens patrimoniais. Dentre eles, destacam-se empresas notavelmente ativas tanto no setor público quanto no comércio privado.

Diante do exposto, os achados confirmam que a nova legislação de licitações incorpora princípios do Paternalismo Libertário ao estabelecer mecanismos que, embora condicionem a participação nas licitações, não impõem restrições de maneira coercitiva, mas incentivam boas práticas. Isso foi evidenciado na maneira como os dispositivos legais estão desenhados para influenciar a conduta dos licitantes, promovendo a transparência, a eficiência e a equidade, sem comprometer a liberdade de escolha.

No entanto, a pesquisa também reconhece limitações, particularmente em relação à profundidade da análise empírica, que poderia ser expandida em estudos futuros para incluir mais casos práticos e dados quantitativos. Além disso, seria benéfico explorar mais a fundo como essas práticas são percebidas e implementadas pelos próprios licitantes envolvidos.

Sugere-se para pesquisas futuras um estudo comparativo com outros regimes jurídicos internacionais em licitações públicas para identificar práticas inovadoras que possam ser adaptadas ao contexto brasileiro. Isso poderia ajudar a refinar ainda mais as políticas de licitação e a maximizar seus benefícios econômicos e sociais.

Em suma, esta dissertação contribui para a compreensão de como a legislação de licitações pode ser utilizada como um instrumento para o desenvolvimento socioeconômico sustentável, destacando o papel estratégico do Estado na modelagem de um mercado mais ético e responsável. Espera-se que os *insights* gerados por este estudo possam servir como base para o aprimoramento contínuo das práticas de licitação e para a formulação de políticas públicas mais eficazes e justas.

REFERÊNCIAS

ACOCELLA, Jéssica; RANGEL, Juliana Cabral Coelho. O papel regulatório e de fomento das licitações públicas. **Revista do BNDES**, Rio de Janeiro, n. 40, p. 269-312, dez. 2013. Disponível em: https://web.bndes.gov.br/bib/jspui/handle/1408/2432?&locale=pt_BR. Acesso em: 5 nov. 2023.

ALVES, Ana Paula Gross. **A Evolução História das Licitações e o Atual Processo de Compras Públicas em Situação de Emergência no Brasil**. Brasília: Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa, 2020.

AMARAL, Antonio José Mattos do; CAPELARI, Rogerio Sato. **A Ordem Econômica Constitucional como proporcionadora da máxima eficácia dos direitos sociais: o desenvolvimento da cidadania possibilitado pelos deveres fundamentais**. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/revistadspp/article/view/1561/pdf>. Acesso em: 8 nov. 2023.

BARBOSA, Luiza Kodja. **Paternalismo Libertário: o limite entre a liberdade de escolha e a formulação de políticas públicas**. Relatório Parcial apresentado à Escola de Administração de Empresas de São Paulo da Fundação Getulio Vargas como requisito para PIBIC ciclo 2014/2015. São Paulo: Fundação Getulio Vargas, 2015. Disponível em: https://pesquisa-eaesp.fgv.br/sites/gvpesquisa.fgv.br/files/publicacoes/luiza_barbosa_-_paternalismo_libertario.pdf. Acesso em: 9 nov. 2023.

BELTRÃO, Demétrius Amaral. Da Ordem Econômica e Social: uma abordagem histórica e principiológica. **Rev. Fac. Dir. Sul de Minas**, Pouso Alegre, v. 25, n. 2, p. 43-78, jul.-dez. 2009. Disponível em: <https://www.fdsu.edu.br/adm/artigos/932104320c0809b277c579244364260c.pdf>. Acesso em: 9 nov. 2023.

BERCOVICI, Gilberto. **Constituição Econômica e Desenvolvimento: uma leitura a partir da Constituição de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2005.

BERCOVICI, Gilberto. Entre o Estado Total e o Estado Social: atualidade do debate sobre direito, Estado e economia na República de Weimar. **Diário Oficial do Estado de São Paulo**, São Paulo, 2003. Disponível em: <https://www.scribd.com/document/235111958/Gilberto-Bercovici-TeseLD>. Acesso em: 13 out. 2023.

BOBBIO, Norberto. Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito. Tradução: Daniela Beccaccia Versiani. Barueri, SP: Manole, 2007.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Um dicionário de política**. Tradução de Carmen C. Varriale et al. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 11. ed. 1998.

BORGES, Alice Gonzales. **Aplicabilidade de normas gerais de lei federal dos Estados**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro. n. 194, out./dez. 1993, p. 98.

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 Públicas. **Coleção de Leis do Império do Brasil**, Rio de Janeiro-RJ, v. 1, pt. II, p. 126, 1862. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-2926-14-maio-1862-555553-publicacaooriginal-74857-pe.html>. Acesso em: 9 nov. 2023.

BRASIL. Decreto nº 4.536, de 28 de janeiro de 1922. Organiza o Codigo de Contabilidade da União. **Diário Oficial da União**: seção 1, Rio de Janeiro-RJ, p. 2397, 1 fev. 1922. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2300-86.htm. Acesso em: 9 nov. 2023.

BRASIL. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1934. **Diário Oficial da União**: seção 1, Rio de Janeiro-RJ, Suplemento, p. 1, 16 jul. 1934. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm. Acesso em: 9 nov. 2023.

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 União**: seção 1, Brasília-DF, Suplemento, p. 4, 27 fev. 1967. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del0200.htm. Acesso em: 9 nov. 2023.

BRASIL. Decreto-Lei nº 2.300, de 21 de novembro de 1986. Dispõe sobre licitações e contratos da Administração Federal e dá outras providências. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília-DF, p. 17673, 25 nov. 1986. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2300-86.htm. Acesso em: 9 nov. 2023.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm. Acesso em: 9 nov. 2023.

BRASIL. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. [Lei geral de Licitações e Contratos]. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília-DF, p. 8269, 22 jun. 1993. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/l8666cons.htm. Acesso em: 9 nov. 2023.

BRASIL. Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília-DF, 13 fev. 1995. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8987cons.htm. Acesso em: 9 mar. 2024.

BRASIL. Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002. [Lei do pregão]. 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. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília-DF, p. 1, 18 jul. 2002. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10520.htm. Acesso em: 9 nov. 2023.

BRASIL. Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004. Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília-DF, 11 dez. 2004. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/l11079.htm. Acesso em: 9 nov. 2023.

BRASIL. Lei nº 12.462, de 4 de agosto de 2011. Institui o Regime Diferenciado de Contratações - RDC; [...]. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília-DF, Edição Extra, p. 1, 5 ago. 2011. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12462.htm. Acesso em: 9 nov. 2023.

BRASIL. Lei nº 13.019, de 31 de julho de 2014. Estabelece o regime jurídico das parcerias entre a administração pública e as organizações da sociedade civil, em regime de mútua cooperação, para a consecução de finalidades de interesse público e recíproco, mediante a execução de atividades ou de projetos previamente estabelecidos em planos de trabalho inseridos em termos de colaboração, em termos de fomento ou em acordos de cooperação; define diretrizes para a política de fomento, de colaboração e de cooperação com organizações da sociedade civil; e altera as Leis nºs 8.429, de 2 de junho de 1992, e 9.790, de 23 de março de 1999. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília-DF, 1 ago. 2014. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l13019.htm. Acesso em: 9 nov. 2023.

BRASIL. Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília-DF, Edição Extra - F, p. 1, 1 abr. 2021. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14133.htm. Acesso em: 9 nov. 2023.

CAMARA DOS DEPUTADOS. **Exposição de Motivos da MEDIDA PROVISÓRIA Nº 2.182-18, DE 23 DE AGOSTO DE 2001**. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/medpro/2001/medidaprovisoria-2182-18-23-agosto-2001-389644-norma-pe.html>. Acesso em: 13 mar. 2024.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 37. ed. rev., atual. e ampl. até 02-01-2023. São Paulo: Atlas, 2023.

CARVALHOSA, Modesto. **Considerações sobre Direito Econômico**. Tese, São Paulo: Unidas, 1971.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Sociologia Jurídica**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

CEPAL, Comissão Econômica para a América Latina e o Caribe; IPEA, Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. **Cadernos Brasil na OCDE: Compras Públicas**. Disponível em: https://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/210707_cb_ocde_compras_publicas.pdf. Acesso em: 10 nov. 2023.

CRETELLA JUNIOR, José. **Canones do direito administrativo**. Revista de Informação Legislativa, v. 25, n. ja/mar. 1988, p. 5-52, 1988. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/181819>. Acesso em: 14 mar. 2024.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 36. ed. 2. reimp. Rio de Janeiro: Forense, 2024.

DOMINGUES, Victor Hugo; RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. **Paternalismo libertário e políticas públicas: intervenção e transparência**. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/350623340_Paternalismo_libertario_e_politicas_publicas_intervencao_e_transparencia. Acesso em: 10 nov. 2023.

FEITOSA, Maria Luiza Pereira de Alencar Mayer. **Paradigmas inconclusos: os contratos entre a autonomia privada, a regulação estatal e a globalização dos mercados**. 1. ed. Coimbra: Coimbra, 2007.

FERREIRA, Felipe Furtado; POTTUMATI, Eduardo Carlos. **A licitação pública como instrumento de desenvolvimento na perspectiva do paternalismo libertário**. Revista Brasileira de Políticas Públicas, Brasília, v. 4, n. 1, 2014 p. 201-213. Disponível em: https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/2668/pdf_1. Acesso em: 20 mai. 2024.

FERREIRA, Daniel. **A licitação pública no Brasil e sua nova finalidade legal: a promoção do desenvolvimento nacional sustentável**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

FRANCO FILHO, Alberto de Magalhães. **Breve análise da Ordem Econômica Constitucional brasileira**. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-constitucional/breve-analise-da-ordem-economica-constitucional-brasileira/>. Acesso em: 10 nov. 2023.

GALUPPO, Marcelo Campos; ROCHA, Bruno Anunciação. **Paternalismo libertário no Estado Democrático de Direito**. **RIL**, Brasília, a. 53, n. 210, p. 135-148, abr.-jun. 2016. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/53/210/ril_v53_n210_p135. Acesso em: 10 nov. 2023.

GASPARINI, Diogenes. **Direito administrativo**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. 14. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2010.

HERRERA, Carlos Miguel. **Constitution et social-Démocratie à Weimar: Pour une Périodisation** in Carlos Miguel Herrera (org.) *Les Juristes de Gauche sous la République de Weimar* ct., Paris, Éditions Kimé, p. 34-35, 2002

INÁCIO JUNIOR, Edmundo; RIBEIRO, Cássio Garcia. **O mercado de compras governamentais brasileiro (2006-2017): mensuração e análise**. Disponível em: https://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/9315/1/td_2476.pdf. Acesso em: 10 nov. 2023.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 41.

KEYNES, John Maynard. **A Teoria Geral do Emprego, do Juro e da Moeda**. São Paulo: Nova Cultural, 1996.

LIMA, Djalba. Primeira norma de licitações foi editada no Império. **Agência Senado**, Brasília-DF, 10 jul. 2014. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2014/07/10/primeira-norma-de-licitacoes-foi-editada-no-imperio>. Acesso em: 14 nov. 2023.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 42. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

MOREIRA, Vital. **Economia e Constituição**: para o conceito de constituição econômica. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora Limitada, 1979.

MURÇA, Giovana. **Dos réis ao real**: quantas moedas o Brasil já teve? Disponível em: <https://querobolsa.com.br/revista/dos-reis-ao-real-quantas-moedas-o-brasil-ja-teve>. Acesso em: 9 nov. 2023.

PINHO, Guilherme Rosa. **Um breve percurso sobre a evolução histórica da administração pública brasileira**. 28 de novembro de 2014. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/34343/um-breve-percurso-sobre-a-evolucao-historica-da-administracao-publica-brasileira>. Acesso em: 14 maio 2022.

SACHS, Ignacy. “Desenvolvimento e ética - para onde ir na América Latina? Estratégias de desenvolvimento nacional na era da globalização”. In: **Desenvolvimento: incluyente, sustentável, sustentado**. Rio de Janeiro: Garamond, 2008.

SAVIOLI, Anna Beatriz. **Licitações como instrumento de fomento estatal**. Dissertação (Mestrado – Programa de Pós-Graduação em Direito do Estado). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2018. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-25092020-155205/pt-br.php>. Acesso em: 10 jan. 2024

SCHIEFLER, Eduardo André Carvalho. **Controle das compras públicas, inovação tecnológica e inteligência artificial: o paradigma da administração pública digital e os sistemas inteligentes na nova lei de licitações e contratos administrativos**. Dissertação (Mestrado em Direito) — Universidade de Brasília, Brasília, 2021. Disponível em: <http://repositorio2.unb.br/jspui/handle/10482/43103>. Acesso em: 10 mai. 2024.

SENADO FEDERAL. **Projeto de Lei nº 4253, de 2020** (Substitutivo da Câmara dos Deputados ao Projeto de Lei do Senado nº 559, de 2013). Atividade Legislativa, Senado Federal, Brasília-DF, 2020. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/145636>. Acesso em: 9 nov. 2023.

SILVA, Arthur Alexandre Leite e. **História das Licitações no Brasil: do Império à Nova República e atuais perspectivas**, 2020. Disponível em: <https://arthuradv23.jusbrasil.com.br/artigos/851311012/historia-das-licitacoes-no-brasil>. Acesso em: 14 maio 2022.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

SILVA, Maria Valesca Damásio de C. **Introdução às teorias econômicas**. Salvador: UFBA, 2016. ISBN: 978-85-8292-096-1.

SMITH, Adam. **A riqueza das nações**: investigação sobre sua natureza e suas causas. Tradução de Luiz João Baraúna, v. I e II. São Paulo: Nova Cultural, 1996.

SOUZA, Washington Peluso Albino de. **Direito Econômico**. São Paulo: Saraiva, 1980.

SOUZA, Washington Peluso Albino de. **Conceito e objeto do Direito Econômico. Rev. Fac. Direito UFMG**. v. 24. n. 16. P. 7-260. Belo Horizonte, 1976. Disponível em: <https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/1445>. Acesso em: 3 mai. 2024.

SUNSTEIN, Cass S.; THALER, Richard H. **Nudge**: o empurrão para a escolha certa: aprimore suas decisões sobre saúde, riqueza e felicidade. Tradução de Ângelo Lessa. 1. ed. Rio de Janeiro: Objetiva, 2019.

SUNSTEIN, Cass S.; THALER, Richard H. **O paternalismo libertário não é uma contradição em termos**. civilistica.com, [S. l.], v. 4, n. 2, p. 1–43, 2015. Disponível em: <https://civilistica.emnuvens.com.br/redc/article/view/600>. Acesso em: 2 mar. 2024.

SUNSTEIN, Cass S. Cass R. Sunstein. Professor da Universidade Robert Walmsley. Harvard Law School. Disponível em: <https://hls.harvard.edu/faculty/cass-r-sunstein/>. Acesso em: 18 fev. 2024.

THALER, Richard H. Biografia. Chigago Booth. Disponível em: <https://www.chicagobooth.edu/faculty/directory/t/richard-h-thaler>. Acesso em: 17 fev. 2024.

SQUEFF, Flávia Holanda Schmidt. **O poder de compras governamental como instrumento de desenvolvimento tecnológico**: análise do caso brasileiro. Brasília: Rio de Janeiro: Ipea, 1990. Disponível em: https://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/2421/1/TD_1922.pdf. Acesso em: 9 nov. 2023.

TAVARES, André Ramos. **Direito Constitucional Econômico**. 2. ed. São Paulo: Método, 2006.

WEIMAR. Die Verfassung des Deutschen Reiches ("Weimarer Reichsverfassung"), 11. August 1919 [**Constituição do Império Alemão, de 11 de agosto de 1919**]. Schwarzburg, 11 de agosto de 1919. Disponível em: <https://www.verfassungen.de/de19-33/verf19-i.htm>. Acesso em: 10 nov. 2023.

WILHELMS, Gabriel. Instituto Liberal. **Interações Econômicas e Paternalismo Libertário**. 2023. Disponível em: <https://www.institutoliberal.org.br/blog/economia/interacoes-economicas-e-paternalismo-libertario/>. Acesso em: 12 fev. 2024.