

**INSTITUTO BRASILEIRO DE ENSINO, DESENVOLVIMENTO E PESQUISA – IDP
ESCOLA DE DIREITO DO BRASIL – EDIRB
MESTRADO PROFISSIONAL INTERDISCIPLINAR EM DIREITO, JUSTIÇA E
DESENVOLVIMENTO**

**Regulamentação de Compras e Eficiência Administrativa: uma análise sobre
a gestão orçamentária das Universidades Federais**

João André Ferreira Lima

Orientador: Prof. Dr. Felix Garcia Lopez Junior

São Paulo

2022

JOÃO ANDRÉ FERREIRA LIMA

Regulamentação de Compras e Eficiência Administrativa: uma análise sobre a gestão orçamentária das Universidades Federais

Dissertação de Mestrado apresentada ao programa de pós-graduação em Direito, Justiça e Desenvolvimento, como parte do requisito para obtenção do Título de Mestre em Direito, Justiça e Desenvolvimento pelo Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa – IDP.

Orientador: Prof. Dr. Felix Garcia Lopez Junior

São Paulo

2022

JOÃO ANDRÉ FERREIRA LIMA

Regulamentação de Compras e Eficiência Administrativa: uma análise sobre a gestão orçamentária das Universidades Federais

Dissertação de Mestrado apresentada ao programa de pós-graduação em Direito, Justiça e Desenvolvimento, como parte do requisito para obtenção do Título de Mestre em Direito, Justiça e Desenvolvimento pelo Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa – IDP.

Orientador: Prof. Dr. Felix Garcia Lopez Junior

São Paulo-SP, 29 de agosto de 2022.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Felix Garcia Lopez Junior
Orientador

Prof. Dr. Luciano Benetti Timm
Examinador

Prof. Dr. Bernardo Abreu de Medeiros
Examinador

Para Luana, companheira de vida.

AGRADECIMENTOS

A Deus, pelo dom da vida e pelo suporte da alma nesta etapa tão importante da minha caminhada.

Ao Prof. Dr. Felix Garcia Lopez Junior, meu orientador, por ter aceitado a orientação deste trabalho e pela confiança, disponibilidade e paciência na condução da pesquisa, cuja supervisão foi imprescindível para a sua elaboração.

Ao dileto amigo Leonardo Rodrigues Feijão de Lima, sempre solícito, cuja contribuição se fez presente durante todo o correr do trabalho.

Aos gestores de compras das universidades federais que participaram das entrevistas realizadas, pela disposição, apoio acadêmico e testemunho de opiniões e experiências, as quais puderam enriquecer a presente pesquisa.

RESUMO

A presente pesquisa tratou sobre compras públicas, a partir da abordagem entre a relação da normatização orgânica e execução orçamentária na gestão das universidades federais brasileiras. O problema da pesquisa questionou se seriam as regulamentações orgânicas relacionadas às compras públicas fatores que incrementariam a eficiência administrativa na execução orçamentária dessas instituições. O objetivo central foi analisar se as regulamentações orgânicas relacionadas às compras públicas são fatores de aumento de eficiência na execução orçamentária das universidades federais. O objetivo geral foi decomposto em seis objetivos específicos, os quais compuseram os capítulos de desenvolvimento do trabalho: a) conceituar a regulamentação na Administração Pública brasileira e relacioná-la no âmbito das compras públicas; b) conceituar o princípio da eficiência; c) analisar a eficiência administrativa sob a ótica da Análise Econômica do Direito; d) examinar a eficiência nas contratações públicas à luz da Análise Econômica do Direito; e) relacionar a teoria de Richard Posner à Administração Pública brasileira e às compras públicas; e f) avaliar a execução orçamentária das universidades federais, nos anos de 2018 e 2019, considerando as regulamentações de compras dessas instituições. Com o referencial teórico consubstanciado na Análise Econômica do Direito e, em especial, na teoria de Richard Posner, a pesquisa exploratória levantou dados sobre execução orçamentária das universidades federais e cotejou com os protocolos normativos de compras públicas das instituições, chegando ao resultado que tende a comprovar a correlação entre normatização e execução orçamentária, ainda que em bases meramente conceituais. A conclusão apresentada foi a que as regulamentações orgânicas de compras das universidades federais podem incrementar, em tese, a eficiência administrativa na execução orçamentária dessas instituições, a partir das acepções da Análise Econômica do Direito.

Palavras-chave: Compras Públicas. Regulamentação. Execução Orçamentária. Análise Econômica do Direito. Richard Posner.

ABSTRACT

The present research analyzed the public procurement, from the approach between the relationship of organic regulation and the public budget execution in the management of Brazilian federal universities. The research problem questioned whether organic regulations related to public procurement would be factors that would increase administrative efficiency in the public budget execution of these institutions. The main objective was to analyze whether organic regulations related to public procurement are factors that increase the efficiency in the public budget execution of federal universities. The general objective was divided into six specific objectives that composed the chapters of the research: a) conceptualize regulation in the Brazilian Public Administration and relate it in the scope of public procurement; b) conceptualize the principle of efficiency; c) analyze administrative efficiency from the perspective of Law and Economics; d) examine the efficiency of public contracts from the perspective of the Law and Economics; e) relate Richard Posner's theory to Brazilian Public Administration and public procurement; and f) evaluate the public budget execution of federal universities, in the years 2018 and 2019, considering the procurement regulations of these institutions. With the theoretical framework embodied in the Law and Economics and, in specially, the theory of Richard Posner, the exploratory research collected data on the public budget execution of federal universities and compared it with the institutions' regulations protocols for public procurement, finding the result that tend to prove the correlation between regulations and budget execution, even if on a purely conceptual basis. The conclusion presented was that the institutional public procurement regulations of federal universities can, in theory, increase the administrative efficiency in the public budget execution of these institutions, based on the meanings of the Law and Economics.

Keywords: Public Procurement. Regulations. Public Budget Execution. Law and Economics. Richard Posner.

LISTA DE GRÁFICOS

Gráfico 1: Execução Orçamentária das UF nas Faixas Conceituais	102
Gráfico 2: Normatização orgânica das compras das UF nas faixas conceituais	103
Gráfico 3: Análise da hipótese	104

LISTA DE TABELAS

Tabela 1: Faixas de conceituação por percentual de regulamentação das UF	101
Tabela 2: Faixas de conceituação por percentual de execução orçamentária das UF.....	101
Tabela 3: Análise da hipótese.....	104

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

AED	Análise Econômica do Direito
Art.	Artigo
CRFB/88	Constituição da República Federativa do Brasil de 1988
DASP	Departamento Administrativo de Serviço Público
Dec.	Decreto
FURG	Universidade Federal do Rio Grande
IPEA	Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada
Inc.	Inciso
IFES	Instituições Federais de Ensino Superior
PIB	Produto Interno Bruto
OCDE	Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TCU	Tribunal de Contas da União
UF	Universidade Federal
UFABC	Universidade Federal do ABC
UFAC	Universidade Federal do Acre
UFAL	Universidade Federal de Alagoas
UFAM	Universidade Federal do Amazonas
UFAPE	Universidade Federal do Agreste de Pernambuco
UFBA	Universidade Federal da Bahia
UFC	Universidade Federal do Ceará
UFCA	Universidade Federal do Cariri
UFCat	Universidade Federal de Catalão
UFCG	Universidade Federal de Campina Grande
UFCSPA	Universidade Federal de Ciências da Saúde de Porto Alegre
UFDPAr	Universidade Federal do Delta do Parnaíba

UFERSA	Universidade Federal do Semi-Árido
UFES	Universidade Federal do Espírito Santo
UFF	Universidade Federal Fluminense
UFFS	Universidade Federal da Fronteira Sul
UFG	Universidade Federal de Goiás
UFGD	Universidade Federal da Grande Dourados
UFJ	Universidade Federal de jataí
UFJF	Universidade Federal de Juiz de Fora
UFLA	Universidade Federal do Maranhão
UFMG	Universidade Federal de Minas Gerais
UFMS	Universidade Federal de Mato Grosso do Sul
UFMT	Universidade Federal do Mato Grosso
UFNT	Universidade Federal do Norte do Tocantins
UFOB	Universidade Federal do Oeste da Bahia
UFOP	Universidade Federal de Ouro Preto
UFOPA	Universidade Federal do Oeste do Pará
UFPA	Universidade Federal do Pará
UFPB	Universidade Federal da Paraíba
UFPE	Universidade Federal de Pernambuco
UFPe1	Universidade Federal de Pelotas
UFPI	Universidade Federal do Piauí
UFPR	Universidade Federal do Paraná
UFR	Universidade Federal de Rondonópolis
UFRA	Universidade Federal Rural da Amazônia
UFRB	Universidade Federal do Recôncavo da Bahia
UFRGS	Universidade Federal do Rio Grande do Sul
UFRJ	Universidade Federal do Rio de Janeiro
UFRN	Universidade Federal do Rio Grande do Norte
UFRPE	Universidade Federal Rural de Pernambuco

UFRR	Universidade Federal de Roraima
UFRRJ	Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro
UFS	Universidade Federal de Sergipe
UFSB	Universidade Federal do Sul da Bahia
UFSC	Universidade Federal de Santa Catarina
UFSCar	Universidade Federal de São Carlos
UFSJ	Universidade Federal de São João Del-Rei
UFSM	Universidade Federal de Santa Maria
UFT	Universidade Federal do Tocantins
UFTM	Universidade Federal do Triângulo Mineiro
UFU	Universidade Federal de Uberlândia
UFV	Universidade Federal de Viçosa
UFVJM	Universidade Federal dos Vales do Jequitinhonha e Mucuri
UNB	Universidade de Brasília
UNIFAL – MG	Universidade Federal de Alfenas
UNIFAP	Universidade Federal do Amapá
UNIFEI	Universidade Federal de Itajubá
UNIFESP	Universidade Federal de São Paulo
UNIFESSPA	Universidade Federal do Sul e Sudeste do Pará
UNILA	Universidade Federal da Integração Latino-Americana
UNILAB	Universidade Federal da Lusofonia Afro-Brasileira
UNIPAMPA	Universidade Federal do Pampa
UNIR	Universidade Federal de Rondônia
UNIRIO	Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro
UNIVASF	Universidade Federal do Vale do São Francisco
UTFPR	Universidade Tecnológica Federal do Paraná

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	14
2. A REGULAMENTAÇÃO NO ÂMBITO DAS COMPRAS PÚBLICAS	20
2.1. Evolução da Administração Pública no contexto do Estado brasileiro.....	20
2.2. O conceito de regulamento na Administração Pública.....	29
2.3. A opção pela regulamentação como meio de eficiência administrativa: controle de discricionariedade <i>versus</i> autonomia do gestor	32
2.4. A nova Lei de Licitações e seus desafios de implementação: a regulamentação orgânica é uma solução?	37
2.4.1. <i>A regulamentação no âmbito da Lei nº 8.666/93</i>	41
2.4.2. <i>A Lei nº 14.133/21 e os desafios para uma regulamentação orgânica</i>	43
2.4.3. <i>A regulamentação orgânica do procedimento licitatório é uma solução? – Uma conclusão parcial</i>	45
3. O PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	50
3.1. Evolução normativa e conceituação.....	50
3.2. Aplicação prática do princípio da eficiência.....	53
3.2.1. <i>A discricionariedade e o controle da eficiência</i>	58
3.3. O Princípio da Eficiência e sua mensuração na Administração Pública	60
4. TÓPICOS EM ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO: RICHARD POSNER E A EFICIÊNCIA ADMINISTRATIVA	63
4.1. Aspectos introdutórios sobre a análise econômica do Direito.....	63
4.2. Teorias sobre medida de eficiência: Pareto e Kaldor Hicks.....	67
4.3. A teoria de Richard Posner e sua aplicação na Administração Pública	70
4.3.1. <i>Aplicação da Teoria de Posner na Administração Pública</i>	75
5. EFICIÊNCIA NAS CONTRATAÇÕES PÚBLICAS À LUZ DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO	81
5.1. Conceitos de análise econômica do Direito aplicados às compras públicas.....	81
5.1.1. <i>Assimetria de informações</i>	83
5.1.2. <i>Custos de transação</i>	85
5.1.3. <i>Custo de oportunidade</i>	87
5.2. Aplicação da eficiência de Posner nas contratações públicas: normatização orgânica e índice de execução orçamentária.....	89

5.3. O paradoxo da desregulação da Escola de Chicago e a pretensa regulamentação das compras públicas	93
6. ANÁLISE DAS CONTRATAÇÕES PÚBLICAS E DA EXECUÇÃO ORÇAMENTÁRIA DAS UNIVERSIDADES FEDERAIS NOS ANOS DE 2018 E 2019 E DE SUAS REGULAMENTAÇÕES DE COMPRAS	96
6.1. Apresentação do universo a ser analisado	96
6.2. Metodologia utilizada.....	98
6.3. Resultados obtidos.....	102
6.4. Discussão dos resultados.....	104
7. CONCLUSÃO	107
REFERÊNCIAS	110
ANEXO A	121
ANEXO B	122
ANEXO C	123

1. INTRODUÇÃO

A fim de suprir as necessidades para manutenção de sua administração e concretizar políticas públicas, toda estrutura governamental – do menor dos municípios até a União – carece de compras ou das contratações governamentais para atender ao interesse público.

Estampado no art. 37, inc. XXI, da CRFB/88, a regra constitucional de licitar exige que se adote o procedimento licitatório para “as obras, serviços, compras e alienações” (BRASIL, 1988), salvo nos casos especificados na legislação que admitem a dispensa e a inexigibilidade de licitação.

A compra governamental é um dos motores propulsores da economia nacional. No ano de 2020, foram empenhados quase 68 bilhões de reais¹ para fazer face às despesas daquele ano pelo Governo Federal. Esse valor incluiu o custeio necessário à manutenção da vida vegetativa dos órgãos públicos federais, além de recursos para investimento e a execução de políticas públicas que não recaíssem em repasse de recurso diretamente à população.

Dentro de tal monta, quase 55 bilhões de reais² do valor empenhado (ou 81% do total) foram constituídos por meio de licitação ou de contratação direta (dispensa ou inexigibilidade de licitação). Por sua vez, somente o Ministério da Educação contratou pouco mais de 9,6 bilhões de reais³ (ou 17,45% do total empenhado). Desse valor, mais de 4,1 bilhões de reais⁴ referem-se às contratações das 69 (sessenta e nove) universidades federais no mesmo ano de 2020, ou seja, 42,7% das compras do Ministério da Educação ou 7,45% das contratações públicas do Governo Federal.

Ao que se parece relativamente pouco ante um valor de despesa pública em torno de 3,42 trilhões de reais⁵, cumpre esclarecer que, desse valor, 49% foram comprometidos com o serviço da dívida e sua rolagem⁶, e os 51% restantes, ou 1,74 trilhão de reais, para o pagamento da seguridade social, de servidores, do custeio e para investimento. O valor relativo que se requer observação na prática é que o Governo Federal despendeu 42,2 bilhões de reais em

¹ Dados disponíveis em: BRASIL. Painel de compras: empenhos. In: **GOV.BR**. Disponível em: <http://paineldecopras.economia.gov.br/empenhos>. Acesso em 07 ago. 2022.

² Dados disponíveis em BRASIL. Visão geral das licitações com contratação no ano (2020). In: **Portal da Transparência**. Disponível em: <https://transparencia.gov.br/licitacoes?ano=2020>. Acesso em 04 ago. 2022.

³ Dados disponíveis em *ibidem*.

⁴ Dados compilados de cada universidade federal, disponíveis em: BRASIL. Panorama do Governo Federal: visão geral da execução da despesa pública. In: **Portal da Transparência**. Disponível em: <https://www.portaltransparencia.gov.br/orgaos>. Acesso em 05 ago. 2022.

⁵ Dados disponíveis em: BRASIL. Despesa Pública (2020). In: **Portal da Transparência**. Disponível em: <https://portaltransparencia.gov.br/despesas?ano=2020>. Acesso em 05 ago. 2022.

⁶ Dados disponíveis em *ibidem*.

custeio de sua máquina administrativa⁷, e que, destes, 4,1 bilhões de reais pertencem somente às universidades federais, ou 9,71% de todo o custeio da máquina federal. Há que se pontuar que esses são valores referentes a 2020 e que houve um decréscimo de destinação orçamentária em relação ao ano de 2019, em torno de 1,21 bilhão de reais, para as instituições de ensino, fruto do contingenciamento do orçamento público e das medidas necessárias para o combate à pandemia do COVID-19.

Para realizar essa abordagem em torno do orçamento das universidades federais, é necessário reconhecer em que medida esses valores expostos estão sendo aplicados e com qual arrimo procedimental os recursos destinados estão sendo concretizados em bens e serviços para essas instituições e para o interesse público. Diante disso, pensa-se que alguns desses órgãos públicos manejam as finanças públicas ainda sem esteio regulamentar que rife a dubiedade e que encaminhe a gestão orçamentária para ser mais eficiente, com maior zelo e responsabilidade com os recursos do Erário.

A eficiência, desta feita, é um parâmetro que merece uma observação com maior acurácia, tendo em vista ser um conceito que admite várias assimilações, em diversas áreas do conhecimento. A fim de tratar eficiência na Administração Pública, cumpre reconhecê-la, antes de tudo, como um princípio constitucional, insculpido no *caput* do art. 37 da CRFB/88.

Da mesma forma, há a eficiência abordada a partir da visão da Análise Econômica do Direito, cujas percepções são capitaneadas por Pareto e Kaldor-Hicks, esta última sendo a teoria que alicerçou uma outra definição de eficiência, atribuída a Richard Posner, um dos próceres da *Law and Economics*.

Richard Posner é um dos mais assíduos doutrinadores da Análise Econômica do Direito e a sua teoria, em um primeiro momento, reconheceu a maximização da riqueza como medida de eficiência. Este conceito não se coaduna tão somente com a riqueza como valor de mercado dos bens, mas como o valor da soma de todos os bens, tangíveis e intangíveis, a partir da ponderação dos preços de oferta e de procura (SALAMA, 2007).

O segundo momento da teoria de Posner também recai de forma proveitosa para o presente trabalho, tratando-se de sua “virada pragmática”. A partir das críticas à sua tese da maximização da riqueza, coordenadas principalmente por Ronald Dworkin, o professor da Universidade de Chicago adaptou a ideia de eficiência como corolário do Direito a uma visão mais branda desse conceito, em que o valor social das decisões e, principalmente, suas consequências devem ser levadas em conta para decisões judiciais e administrativas.

⁷ Dados disponíveis em: BRASIL. Painel de compras: custeio. In: **GOV.BR**. Disponível em: <https://paineldecusteio.economia.gov.br/custeio.html>. Acesso em 07 ago. 2022.

Nessa senda, entende-se que a regulamentação orgânica das compras públicas por parte das universidades federais é um fator endógeno que tende a estimular uma gestão orçamentária mais eficiente, considerando a concepção deste termo na Análise Econômica do Direito e, sobretudo, a partir da teoria de Richard Posner, referencial teórico da presente pesquisa.

Uma regulamentação que abarque uma procedimentalização, um “quem-faz-o-quê” administrativo e, principalmente, que destaque as responsabilidades dos gestores envolvidos nos processos de aquisições governamentais especializaria as funções próprias atinentes ao processo e devolveria melhor gestão de recursos públicos, principalmente com a edição da Lei nº 14.133/21, a Nova Lei de Licitações e Contratos, que modificou várias ações do procedimento licitatório.

É nessa perspectiva que a problematização da pesquisa se soergue da seguinte forma: seriam as regulamentações orgânicas relacionadas às compras públicas fatores que incrementariam a eficiência administrativa na execução orçamentária das universidades federais?

A hipótese é afirmativa, no sentido de que as regulamentações orgânicas de compras das universidades federais incrementam a eficiência administrativa na execução orçamentária dessas instituições, a partir das acepções da Análise Econômica do Direito.

Partindo da problematização proposta e da hipótese de estudo levantada, cumpre abordar os objetivos aos quais a pesquisa se submeterá. O objetivo geral é analisar se as regulamentações orgânicas relacionadas às compras públicas são fatores de aumento de eficiência na execução orçamentária das universidades federais brasileiras.

Os objetivos específicos, derivados do objetivo geral da pesquisa, dividem-se em: a) conceituar a regulamentação na Administração Pública brasileira e relacioná-la no âmbito das compras públicas; b) conceituar o princípio da eficiência; c) analisar a eficiência administrativa sob a ótica da Análise Econômica do Direito; d) examinar a eficiência nas contratações públicas à luz da Análise Econômica do Direito; e) relacionar a teoria de Richard Posner à Administração Pública brasileira e às compras públicas; e f) avaliar a execução orçamentária das universidades federais, nos anos de 2018 e 2019, considerando as regulamentações de compras dessas instituições.

Visando ao cumprimento dos objetivos específicos, o trabalho se dividiu em cinco capítulos de desenvolvimento, sendo quatro propriamente teóricos e um – o último – com levantamento, análise e demonstração de resultados, de acordo com a problematização proposta.

O primeiro capítulo aborda a regulamentação no âmbito das compras públicas, desde o histórico conciso da Administração Pública brasileira, a conceituação de regulamento, até a verificação da medida em que uma normatização orgânica pode influir na eficiência administrativa, cotejando o controle da discricionariedade e a autonomia do gestor público e concluindo, parcialmente, sobre os benefícios da regulamentação para um órgão governamental.

O segundo segmento traz informações propedêuticas sobre o princípio da eficiência na Administração Pública, buscando sua conceituação, sua aplicação prática e uma pretensa mensuração, ainda em sede meramente teórica e dogmática.

A terceira repartição do desenvolvimento do trabalho adentra em aspectos relativos à Análise Econômica do Direito, em que o conceito de eficiência assume uma preponderância diante de aspectos legais e regulamentares, a partir de uma visão das Ciências Econômicas no âmbito do Direito. A teoria de Richard Posner, neste mister, sobressai-se, uma vez que se busca atrelá-la aos conceitos regulamentares da Administração Pública. Neste aspecto, compôs o capítulo uma imersão na doutrina do autor norte-americano sobre a possibilidade de sua aplicação à realidade burocrática brasileira.

A quarta seção faz a interseção programática, porém ainda teórica, de toda conceituação de eficiência, além das teorias da Análise Econômica do Direito, e as defluem no âmbito das compras governamentais. Propõe-se a utilização dos conceitos próprios da *Law and Economics* que tangenciam esse ramo do Direito Administrativo, captando o que há de possível na aplicação dessa doutrina ao se basear na normatização orgânica e no índice de execução orçamentária dos órgãos públicos, utilizando-se, principalmente, as ideias de Richard Posner. Deste capítulo, extrai-se o cerne da problematização proposta, preparando-o para a filtragem específica da realidade da gestão orçamentária das universidades federais, objeto de análise do capítulo posterior.

Por fim, o último segmento do desenvolvimento adentra as realidades administrativas das universidades federais brasileiras e propõe a análise das contratações públicas e da execução orçamentária dessas instituições, nos anos de 2018 e 2019, e de suas regulamentações de compras – e se as possuem –, a fim de responder se, realmente, uma regulamentação orgânica de compras tem relação causal com a eficiência administrativa, observando os índices de execução orçamentária e considerando as teorias da Análise Econômica do Direito e, em especial, a de Richard Posner.

A título de revisão da literatura, não há trabalho de pesquisa que relacione exclusivamente execução orçamentária e regulamentação nas universidades federais. Em uma

aproximação, Cavedo (2020), ao estudar a eficiência na gestão universitária, tratando sobre o sistema de compras da UNB, apontou o vácuo normativo que deveria estabelecer as diretrizes a serem seguidas nas unidades de compra da Instituição, além da falta de padronização dos procedimentos praticados em sede de licitações, como problemas administrativos que dificultam a eficiência das compras nas instituições. Conclusão parecida também alcançou Faria (2017), que estudou os indicadores de eficiência sobre a utilização do pregão eletrônico na UFSC, propondo um manual institucional como ferramenta de gestão de conhecimento.

Na seara atinente à eficiência na gestão de recursos públicos nas universidades federais, Nuintin *et al.* (2014) faz uma análise técnica, aplicando a metodologia da *Data Envelopment Analysis* em um espaço amostral de doze instituições de ensino, tabulando um ranqueamento entre as universidades mais eficientes na aplicação de recursos. No mesmo prumo, Belloni (2000) apresenta uma metodologia de avaliação da eficiência produtiva das universidades federais, utilizando indicadores próprios e de avaliação institucional, concluindo pela possibilidade de crescimento de produtividade ao se manter ênfase maior na atividade de pesquisa. Damasceno (2021) e Nóbrega (2017) abordaram ações específicas na UFCA e na UFPB, respectivamente, analisando a eficiência administrativa nas compras públicas dessas instituições, pugnando por melhorias procedimentais a fim de melhorar a eficiência.

Em abordagens que primam pela relação entre variáveis típicas de gestão do orçamento por parte das universidades federais, Prado e Teixeira (2019) e Oliveira *et al.* (2020) analisam a execução orçamentária de universidades federais, relacionando-a com o desempenho educacional dessas instituições. Em ambos os resultados, chegou-se à conclusão de que há relação direta entre uma boa execução orçamentária e consequente bom desempenho da instituição de ensino.

A metodologia de pesquisa utilizada recai em uma pesquisa exploratória. A metodologia procedimental é a coleta de dados, tendo em vista o levantamento na base factual da execução orçamentária das universidades federais nos anos de 2018 e 2019, além de suas normatizações tratantes de compras governamentais, o que se protraí, também, em uma pesquisa documental.

Ademais das metodologias supraditas, várias modalidades de pesquisas são utilizadas, especialmente a bibliográfica, a qual produzirá o embasamento teórico necessário para perquirir a pergunta disparadora.

O método adotado é o dedutivo, uma vez que a base teórica apresentada, aliada ao levantamento de dados da gestão orçamentária das instituições de ensino em análise, fundamenta-se em uma concepção sobre regulamentação e eficiência que, analisadas as

hipóteses e verificado os resultados, concluir-se-á a partir de uma diagnóstico geral para uma situação particular, que relacionaria a adoção de normatização de compras por parte das universidades federais e uma pretensa eficiência administrativa, cotejando seus índices de execução orçamentária, considerando os conceitos da Análise Econômica do Direito.

2. A REGULAMENTAÇÃO NO ÂMBITO DAS COMPRAS PÚBLICAS

2.1. Evolução da Administração Pública no contexto do Estado brasileiro

Compreender a dinâmica das compras governamentais perpassa a análise da prática administrativa pública brasileira. É intrínseca à atividade estatal o mecanismo de se abastecer e, propriamente, conduzir políticas públicas que requerem orçamentação e contratações para seus desígnios. Diante disso, cumpre iluminar a evolução da Administração Pública em paralelo à ideologia de economia política adotada pelo Estado brasileiro e no mundo.

Cumpre destacar, antes da apresentação, que não há correlação de forma peremptória entre um modelo esquemático típico de Estado e sua base econômica institucional. Os conceitos a serem apresentados são frutos de observações históricas que, em alguns casos, são consensos, outros nem tanto. A bem da verdade, não há, em absoluto, vocação para o estabelecimento de uma política econômica exclusiva, mas um ordenamento prático e necessário de adequação a cada ciclo econômico que se apresenta, especialmente no Brasil.

O Estado de Direito surgiu a partir da evolução proveniente ainda da Inglaterra do rei João Sem-terra (1199-1216). Durante sua construção e consolidação, passou pelas revoluções seiscentistas e desaguou na Revolução Francesa (1789), diante todas as suas consequências imediatas, como a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789) e pela Constituição Francesa de 1791. Com todos e tantos outros fatos históricos, a submissão à lei por todos erige a limitação do arbítrio como cruzada e lança as bases de uma nova relação de poder entre governantes e governados⁸.

Das bases lançadas pela submissão à lei, um novo Direito Administrativo é sistematizado e, com isso, uma nova estruturação do princípio da legalidade, que imporá as premissas de um Estado doravante liberal (FERREIRA FILHO, 2016, p. 18).

As crises do Estado Liberal, principalmente após as guerras mundiais no Século XX, impuseram um novo dirigismo estatal, voltado agora para a busca de um modelo em que a estrutura governamental seria a pedra angular da satisfação de seus nacionais. Chamado de Estado de Bem-estar Social (*Welfare State*), ou de Estado Social⁹, na expressão emprestada de

⁸ Sundfeld conceitua o Estado de Direito como “um Estado que realiza suas atividades debaixo da ordem jurídica, contrapondo-se ao superado Estado-Polícia, onde o poder político era exercido sem limitações jurídicas, apenas se valendo de normas jurídicas para se impor aos cidadãos” (2009, p. 36).

⁹ Termo que Eros Grau faz uma crítica assaz severa, por entender que essa “(...) noção [de Estado Social] que não resiste nem mesmo à contradição dos vocábulos que integram a expressão que designa – só processo de produção é social; o processo de acumulação capitalista é essencialmente individualista” (2001, p. 27).

Bonavides (2011), essa percepção de ação de governo buscava assegurar e manter o direito e a defesa da propriedade, mas propunha, como assevera Eros Grau (2001), um novo papel: de agente de implementação de políticas públicas¹⁰.

Desse cenário de império da lei, do Estado como condutor de políticas públicas, de que advém o Estado regulador, ora como propriamente agente e indutor da economia nacional, ora como fator de regulação da atividade privada, ou das políticas públicas repassadas ao setor privado como terceirização de suas atividades típicas. Eis, então, a base da gestão pública assentada nos países ocidentais a partir do último quartel do Século XX.

Essa compreensão histórica se faz necessária para entender a evolução da Administração Pública, a qual é encampada pela disposição político-econômica do Estado a qual pertence, máxime em como é regida em sua forma cotidiana. Daí que parte a sua maneira de relacionar com o privado, suas normatizações, suas idiossincrasias e, no limite, seus vícios práticos, notadamente levantados em cada fase que lhe é estudada.

No Brasil, a experimentação prática importou as doutrinas clássicas de Estado, tendo, inicialmente, aportado por aqui as linhas mestras de um Estado forte atrelado a uma burguesia em ascensão, cujo sistema denominou-se “mercantilista”. Tal sistema lançou as bases para a expansão ultramarina portuguesa e espanhola, que legaram sua formação administrativa às colônias.

Com efeito, a origem da Administração Pública brasileira advém de seu período colonial. Embora de forte tradição portuguesa, dadas principalmente a nossa língua oficial e a nossa cultura prevalente, o início de uma incipiente estruturação administrativa no país foi herdado dos sistemas presentes tanto em Portugal como na Espanha, países que compunham a União Ibérica (1580-1640) (ANDREWS; BARIANI, 2010)¹¹.

A burocracia ibérica utilizava o aparato estatal para isolar seus desafetos e angariar apoio político, por isso foi responsável por introduzir plebeus no serviço público, o que de fato foi uma inovação ante o monopólio nobiliárquico de outras monarquias. Esses funcionários eram versados no Direito romano, no rígido respeito à lei posta, o que calhou em uma das

¹⁰ O autor ressalva que nessa transformação do Estado, saindo da inércia e agindo diretamente sobre o domínio econômico, o sistema capitalista não é substituído, pois a adaptação para essa nova feição estatal, quer seja para o socialismo ou para qualquer superação de capitalismo ou de socialismo, serve mesmo para manter o *status quo* e preservar o sistema baseado no capital. Daí, complementa, que as Constituições dos países ocidentais optantes pelo sistema sejam consideradas “progressistas”, pois operacionaliza o poder detido pelas classes dominantes (2001, p. 28-29).

¹¹ ANDREWS, Christina W.; BARIANI, Edison. As marcas de nascença: a Administração Pública da colônia à República Velha. In: ANDREWS, Christina W.; BARIANI, Edison (org.). **Administração pública no brasil: breve história política**. São Paulo: Unifesp, 2010. p. 13-37.

maiores características da Administração Pública brasileira, naquelas quadras e atualmente: o formalismo¹² (ANDREWS; BARIANI, 2010).

Do formalismo exacerbado atrelado ao estamento burocrático, citado por Faoro (2001)¹³, surgiu o clientelismo, que foi a base da manutenção da monarquia portuguesa e de sua estrutura governamental, vez que eram utilizados os recursos do Estado para manter o apoio da burguesia e para sustentar a nobreza adjacente, como relatam Andrews e Bariani (2010).

A cultura clientelista é a base da administração patrimonialista, a qual, segundo Campante (2003), que analisou o conceito contrapondo Faoro a Weber, é a tradução do personalismo no poder e a falta de uma clivagem bem definida entre o público e o privado, e cuja eficiência administrativa remanesce deficitária em sistemas que o praticam¹⁴.

É nessa concepção patrimonialista que a Administração Pública brasileira continua rumando o seu trilha histórico até a Independência, vigorando durante todo o Império¹⁵ e ficando pé durante o início da República, até a primeira tentativa de burocratizar o sistema administrativo por meio do Departamento Administrativo de Serviço Público (DASP), criado em 1938 (BARIANI, 2010)¹⁶.

O DASP era um órgão vinculado diretamente ao Presidente da República e propunha, dentre várias competências, “determinar, do ponto de vista da economia e eficiência, as modificações a serem feitas na organização dos serviços públicos, sua distribuição e agrupamentos, dotações orçamentárias, condições e processos de trabalho” (BRASIL, 1938).

¹² Raymundo Faoro aborda os primórdios do formalismo na coroa portuguesa: “O direito, prolatado pelo rei, torna-se, gradativamente, direito escrito, anulando o direito costumeiro medieval. O ministro do rei, para desempenhar a função em harmonia com o rumo novo, deve ser um letrado, inicialmente o clérigo desligado da nobreza do clero, depois o jurista oriundo da universidade. Desde o século XII, por via do direito romano, próprio a justificar a supremacia, um dia absoluta, do rei, os letrados ou legistas ganham, passo a passo, o primeiro lugar nos conselhos e nos órgãos executivos” (2001, p. 62).

¹³ “A disciplina imposta sobre os particulares não era, desta sorte, economicamente inspirada, mas de conteúdo político. Ela servia não ao comerciante e ao comércio, racional, calculável na sua expressão, mas ao Estado e ao estamento. A lógica das leis e das decisões estava longe da impessoalidade e da igualdade dos valores, senão que sofria ao arbítrio do príncipe, que alterava o regime jurídico de acordo com sua conveniência, sem se prender às resistências dos interessados.” (FAORO, 2001, p. 86).

¹⁴ A observação de Rubens Goyatá Campante merece reprodução integral: “(...) os fundamentos personalistas do poder, a falta de uma esfera pública contraposta à privada, a racionalidade subjetiva e casuística do sistema jurídico, a irracionalidade do sistema fiscal, a não-profissionalização e a tendência intrínseca à corrupção do quadro administrativo, tudo isso contribui para tornar a eficiência governamental altamente problemática no patrimonialismo, especialmente em comparação à eficiência técnica e administrativa que Weber vê em um sistema de poder racional-legal-burocrático.” (2003, p. 161).

¹⁵ Raymundo Faoro expõe que independia a tentativa de se profissionalizar e regulamentar a Administração local, os tentáculos imperiais e dos líderes locais sempre permaneciam como soberanos: “Neste trânsito do agente patrimonial para o funcionário burocrático, apesar dos minudentes regimentos régios, a competência das sombras ou imagens do soberano se alarga nas omissões dos regulamentos e, sobretudo, na intensidade do governo.” (2001, p. 200).

¹⁶ BARIANI, Edison. DASP: entre a norma e o fato. In: ANDREWS, Christina W.; BARIANI, Edison (org.). **Administração pública no Brasil**: breve história política. São Paulo: Unifesp, 2010. p. 39-62.

Era a opção governamental de resistir à força cogente das lideranças locais, que cultuavam o clientelismo, para racionalizar a Administração Pública, criando padrões e regulamentos próprios de atuação¹⁷.

A burocracia, ora inaugurada, “é o tipo de administração caracterizada por uma hierarquia formal de autoridade, na qual existem regras definidas para a classificação e solução de problemas” (MATIAS-PEREIRA, 2018, p. 63), cuja característica mais marcante, sob nossa ótica, além da direção pelas normas e regulamentos, é a impessoalidade¹⁸. Matias-Pereira (2018), e boa parte da doutrina, se utiliza das ideias de Max Weber (1946)¹⁹ sobre o que denominou *Burocracia*²⁰, o que pressupunha um sistema administrativo de dominação, capaz de assegurar alta eficiência administrativa.

A administração burocrática foi se moldando ao regime público brasileiro desde sua pretensa implementação. Contudo, o propalado pressuposto da eficiência não se revelou na realidade, e o patrimonialismo não foi extirpado dos vícios do funcionalismo público. A prestação do serviço público tornou-se lenta, custosa e de baixa qualidade (BRESSER-PEREIRA, 1996).

A virtude do termo “burocrático” virou predicado de ineficiência e ineficácia, o que dialogava com um Estado Paternalista, nova designação de uma administração anabolizada, com vícios ainda do clientelismo e do nepotismo, cuja atuação perpassava os limites de um Estado de Bem-estar clássico. Os altos custos de manutenção de um mecanismo de justiça social, que impunha governos à irresponsabilidade fiscal, aliado às crises do petróleo do último quarto do Século XX, bem como o avanço dos mercados emergentes da Ásia e seus métodos

¹⁷ Bariani assevera que “Os próprios técnicos atuavam institucionalmente orientados por padrões burocráticos e formalistas, que eram instrumentalizados pelo governo Vargas, de modo a forçar a separação entre as ideias abstratas da administração racional-legal e o contexto social.” (*Op. cit.*, p. 56).

¹⁸ Assim como vaticinara Faoro: “A objetividade, a impessoalidade das relações entre súdito e autoridade, com os vínculos racionais de competências limitadas e controles hierárquicos, será obra do futuro; do distante e incerto futuro.” (2001, p. 200).

¹⁹ WEBER, Max. Bureaucracy. In: GERTH, H. H.; MILLS, W. C. (org.). **From Max Weber: essays in sociology**. New York: Oxford University Press, 1946. p. 196-244.

²⁰ Max Weber propunha as seguintes características ao que denominou *Bureaucracy*: “*Modern officialdom functions in the following specific manner: I. There is the principle of fixed and official jurisdictional areas, which are generally ordered by rules, that is, by laws or administrative regulations. (...) II. The principles of office hierarchy and of levels of graded authority, mean a firmly ordered system of super- and subordination in which there is a supervision of the lower offices by the higher ones. (...) III. The management of the modern office is based upon written documents ('the files'), which are preserved in their original or draught form. (...) IV. Office management, at least all specialized office management – and such management is distinctly modern usually presupposes thorough and expert training. (...) V. When the office is fully developed, official activity demands the full working capacity of the official, irrespective of the fact that his obligatory time in the bureau may be firmly delimited. VI. The management of the office follows general rules, which are more or less stable, more or less exhaustive, and which can be learned. (...)*” (1946, p. 196-198).

produtivos sedimentaram o esgotamento da administração burocrática e daquele tipo de Estado²¹ (MATIAS-PEREIRA, 2018).

A solução adveio com a implementação de um Estado que fosse bastante para suprir as necessidades básicas da população, mas que não interviesse a fundo nos assuntos de mercado. Da banda da gestão pública, consolidava-se a administração gerencial, focada nos conceitos da administração privada, na redução de custos, no combate à corrupção e que tem a eficiência como farol de atuação²². Quanto à base da economia política do Estado²³, reergue-se o Liberalismo com uma nova roupagem: o Neoliberalismo, cujos melhores exemplos eram do Reino Unido, de Thatcher (1979-1990), e dos Estados Unidos, de Reagan (1981-1989). Os Estados Neoliberais buscavam (ou buscaram) limitações da atuação do setor público, privatizações, descentralização e desconcentração governamental e o uso de mecanismos típicos de mercado em suas gestões (MATIAS-PEREIRA, 2018).

No Brasil, a adoção da administração gerencial teve início tímido ainda em 1967, com o Decreto-lei nº 200, conhecido como a “Reforma do Estado”. O diploma promoveu uma intensa descentralização administrativa para entidades da administração indireta, como as sociedades de economia mista, as empresas públicas e as autarquias. Propunha-se, a título de princípio, a racionalização como foco do trabalho administrativo, “mediante simplificação de processos e supressão de contrôles [*sic*] que se evidenciarem como puramente formais ou cujo custo seja evidentemente superior ao risco” (BRASIL, 1967).

Leonardo Barbosa e Silva entende que a tal reforma administrativa de 1967 foi uma resposta institucional da tecnocracia às demandas de grupos próximos ao regime militar, em especial o empresariado. Com o condão próprio de racionalização administrativa federal, representou a rejeição ao modelo implementado nos anos 1930, esvaziando o DASP (2010, p. 66)²⁴.

²¹ Matias-Pereira (2018, p. 129) relaciona a democracia como fator de desestabilização do Estado Burocrático: “(...) quando o Estado passa a ser democrático (século XX), e tem como responsabilidade gerar o bem comum, por meio do atendimento adequado das crescentes demandas da população, ocorre significativa ampliação das suas funções nos campos socioeconômico e político. O aumento dessas pressões e a incapacidade do Estado burocrático de atendê-las de maneira satisfatória colocam em xeque o Estado burocrático”.

²² Bresser-Pereira acrescenta mais características à administração gerencial: “(1) do ponto de vista político, transferindo recursos e atribuições para os níveis políticos regionais e locais; (2) descentralização administrativa, através da delegação de autoridade para os administradores públicos transformados em gerentes crescentemente autônomos; (3) organizações com poucos níveis hierárquicos ao invés de piramidal, (4) pressuposto da confiança limitada e não da desconfiança total; (5) controle por resultados, a *posteriori*, ao invés do controle rígido, passo a passo, dos processos administrativos; e (6) administração voltada para o atendimento do cidadão, ao invés de auto referida.” (1996, p. 6).

²³ É como adverte Eros Grau: “Sucede que o novo papel do Estado passou a ser vigorosamente questionado desde os anos oitenta, na afirmação dos discursos da desregulação e do neoliberalismo.” (2001, p. 30).

²⁴ SILVA, Leonardo Barbosa e. A reforma administrativa de 1967. In: ANDREWS, Christina W.; BARIANI, Edison (org.). **Administração pública no Brasil: breve história política**. São Paulo: Unifesp, 2010. p. 63-84.

Bresser-Pereira (1996) compreende que o Decreto-Lei nº 200/67 fracassou em duas consequências inesperadas e indesejáveis: a primeira foi a de manter a contratação de servidores públicos sem o mecanismo de concurso, o que calharia em práticas clientelistas e nepotistas, vícios próprios do patrimonialismo; e, em segundo lugar, a falta de pensamento estratégico ao não realizar concursos e desenvolver carreiras de altos administradores públicos, preferindo o recrutamento dos melhores profissionais por meio das empresas públicas, deixando a administração direta desguarnecida desses líderes.

A reforma administrativa proposta pelo Decreto-Lei nº 200/67 não vingou e a crise do Regime Militar, com o retorno da democracia, acenou para uma volta aos ideais burocráticos dos anos 30, com o acréscimo do populismo dos anos 50, no plano político (BRESSER-PEREIRA, 1996).

A Nova República, recém-inaugurada, debatia-se em conter o avanço inflacionário sem, contudo, atacar o alicerce da crise: populismo fiscal, que aumentava o gasto público vertiginosamente, a fim de forçar a elevação dos salários reais. Bresser-Pereira, que foi ministro da Fazenda durante o período (1987), tachou esse movimento como uma “versão distorcida do pensamento keynesiano” (1996, p. 8).

A consolidação desse caminho retrógrado na linha evolutiva do avanço da Administração Pública foi, segundo Bresser-Pereira (1996) e Matias-Pereira (2018), a promulgação da Constituição de 1988. O primeiro autor reconhece que o texto constitucional encaminhou uma administração pública hierárquica, altamente centralizada e rígida, cuja prioridade se dava à administração direta ao invés da indireta, lançando, ainda, pesadas críticas aos privilégios criados e consolidados, especialmente para os servidores públicos. O segundo autor, que alega ser a CRFB/88 um “forte retrocesso burocrático do País” (2018, p. 107), articulou sua percepção dos malefícios de seu texto à retirada da autonomia do Poder Executivo para organizar a estruturação dos órgãos públicos, à obrigatoriedade de adoção do regime jurídico único para os servidores federais e ao tolhimento da flexibilidade operacional da administração indireta.

A partir de uma nova Carta Magna, toda a legislação a si interligada muda ou adapta-se, ou mesmo é revogada. Disso decorre que uma nova Administração Pública surge ou se adapta a partir da CRFB/88. Os preceitos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade e, mais tarde, da eficiência são elevados ao *status* de princípios constitucionais e dão uma nova tônica ao serviço público do país (BRASIL, 1988). Ou, ao menos, deveria dar.

Fernando Henrique Cardoso (1995-2002), em seu primeiro governo, busca remodelar uma nova Administração Pública, doravante assumindo de vez o epíteto de “gerencial”,

retomando os princípios do Decreto-Lei nº 200/67, mas com forte inspiração no *New Public Management*²⁵, implementada em países anglo-saxões na década de 80 do século passado (ANDREWS, 2010, p. 89)²⁶.

O ex-presidente da República e a Nova Gestão Pública orientaram-se pela desestatização, flexibilidade, foco no cliente, orientação para os resultados e controle social²⁷. Para implementação desses princípios, foram elaboradas novas políticas que fez surgir o Plano Diretor da Reforma do Estado, o Plano Plurianual de Investimentos e a Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar nº 101/00), mas que devido ao baixo envolvimento político e fragmentação das políticas públicas, prevaleceu a orientação para o arrocho fiscal (MATIAS-PEREIRA, 2018), tendo vingado apenas, como reconhece Andrews (2010), o programa de privatizações.

Como aponta Lopez Junior²⁸ (2013), o governo de Fernando Henrique Cardoso legou uma redefinição das funções estatais, que calhou na redução do papel do Estado como ator central no processo de investimento e desenvolvimento econômico nacional. Essas funções foram repassadas para setores do mercado privado e para a sociedade civil, de modo que implicou em um reordenamento de funções e relações entre governo, sociedade e mercado.

A ascensão do Partido dos Trabalhadores ao poder central, nos governos de Lula (2003-2010) e Dilma Rousseff (2011-2016), acabou adotando como mote, segundo Matias-Pereira (2018, p. 109), a “Revitalização do Estado”, tendo o governo como papel essencial na solução de problemas, como a redução das desigualdades e a promoção do desenvolvimento.

²⁵ Fundamentado na “teoria da escolha pública”, o modelo do *New Public Management* foi desenvolvido por economistas dos EUA no início dos anos 1960, mas só serviu aos governos que as utilizaram no final da década de 1970, sendo, conforme Andrews (2010, p. 89), o “credo da onda reformista” dessas quadras. A melhor definição é a de Dennis Muller: “A [teoria] da escolha pública pode ser definida como o estudo econômico de decisões extramercado no processo de tomada de decisão ou, simplesmente, como a aplicação da economia à Ciência Política. O postulado básico da escolha pública, assim como para economia, é do homem como um maximizador de utilidade, egoísta e racional” (1984 *apud* ANDREWS, 2010, p. 89).

²⁶ ANDREWS, Christina W. Da década perdida à Reforma Gerencial: 1980-1998. In: ANDREWS, Christina W.; BARIANI, Edison (org.). **Administração pública no brasil**: breve história política. São Paulo: Unifesp, 2010. p. 85-118.

²⁷ Os princípios informantes desse novo tipo de gestão pública não condizem com a imposição programática da CRFB/88, consoante compreensão de Eros Grau: “A Constituição do Brasil, de 1988, define, (...), um modelo econômico de bem-estar. Esse modelo, desenhado desde o disposto nos seus arts. 1º e 3º, até o quanto enunciado no seu art. 170, não pode ser ignorado pelo Poder Executivo, cuja vinculação pelas definições constitucionais de caráter conformador e impositivo é óbvia.” (2001, p. 37). Assim também pensa Batista Júnior: “(...) a CRFB/88 define um modelo de Estado Social (...)” (2004, p. 54).

²⁸ LOPEZ JUNIOR, Felix Garcia. Responsabilização e controle social da administração pública federal brasileira. In: CARDOSO JUNIOR, José Celso; BERCOVICI, Gilberto (Org.). **República, democracia e desenvolvimento**. Brasília: IPEA, 2013. p. 345-370.

Os governos de Lula e Dilma mantiveram-se, apesar do forte foco no social, executando o ideário da prática neoliberal²⁹, mas com uma face mais indutora da economia, a partir de novas concepções nas relações entre o Estado e a iniciativa privada, como a edição da Lei das Parceria Público-Privada (Lei nº 11.079/04) e a Lei do Regime Diferenciado de Contratações Públicas (Lei nº 12.462/11).

Novos conceitos são implementados à administração gerencial ainda vigente, como gestão de riscos, transparência e governança³⁰, buscando redesenhar a gestão federal a partir da criação da Controladoria-Geral da União e fortalecendo o Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. Reforçou-se a direção administrativa no sentido de superar as dificuldades encontradas para implantação políticas públicas, baseando-se no histórico de rigidez burocrática e ineficiência da máquina administrativa (MATIAS-PEREIRA, 2018).

Os Planos Plurianuais desses governos também serviram de guia para formatação administrativa buscando o equacionamento de problemas estruturais da administração federal (MATIAS-PEREIRA, 2018). Há, ainda, um forte incremento da participação popular em assuntos outrora ligados exclusivamente à representação legislativa e executiva, como o orçamento participativo, como adverte Souza (2010, p. 119-120)³¹, e a sistematização de conselhos, que alargava um pouco mais o nível consultivo, e mesmo decisório, a segmentos de representação popular.

Na quadra atual, a partir do governo Temer (2016-2018), o Estado entendido como neoliberal se mantém, mas sem a epiderme programática-social que o governo petista projetava, estabelecendo mudanças estruturais no orçamento, com o estabelecimento de um teto de gastos para o orçamento fiscal e da seguridade social (EC nº 95/16) e uma reforma trabalhista (Lei nº 13.467/17).

O governo Bolsonaro (2019-atual) representa a manutenção e consolidação do neoliberalismo, embora seja autorreferido como liberal, aplicando medidas típicas daquele segmento de economia política. Para o simbólico, o número de ministérios foi reduzido de 29 (39, se considerarmos o governo Dilma Rousseff) para vinte e três pastas, e foram criadas

²⁹ Afirmção notadamente polêmica, contudo seguimos autores como Gasparotto, Grossi e Vieira (2014) e Behring e Boschetti (2007), os quais advertem que políticas sociais compensatórias ou o que denominamos *vouchers* de cidadania (Bolsa Família, Auxílio-Gás, FIES, Prouni etc.) são práticas relacionadas ao receituário neoliberal, pois não assumem caráter redistributivo, mas de contenção social e cooptação da população para garantir o interesse do Capital, na busca da convicção de que o crescimento econômico leva ao desenvolvimento social.

³⁰ Segundo Fenili, “governança é o conjunto de ações de monitoramento e de incentivos que visam a assegurar, de forma institucionalizada e em uma relação de agência, que os interesses do principal estão sendo preservados pelo agente” (2018, p. 19).

³¹ SOUZA, Celina. Orçamento Participativo: as análises das experiências em Porto Alegre e Belo Horizonte. In: ANDREWS, Christina W.; BARIANI, Edison (org.). **Administração pública no Brasil: breve história política**. São Paulo: Unifesp, 2010. p. 119-143.

secretarias vinculadas ao Ministério da Economia próprias para o aperfeiçoamento da gestão pública, como a Secretaria Especial de Desburocratização, Gestão e Governo Digital e a Secretaria Especial de Desestatização, Desinvestimento e Mercados³², e o plano de privatizações do governo encontra-se em plena execução.

A Administração Pública vem se aprimorando na relação com o privado a partir de ferramentas de tecnologia da informação. Vários processos são executados de forma totalmente virtual e há um impulsionamento orgânico para revogação de diplomas regulamentares que estão em desuso (v.g Dec. nº 10.179/19 e Dec. nº 10.724/21). Editou-se, também, o Dec. nº 10.139/19 (alterado em partes pelos Dec. nº 10.437/20 e Dec. nº 10.776/20), que flexibiliza a edição de normativos inferiores a decreto, descentralizando e descomprimindo a competência para expedição desses atos e reduzindo sua tipologia a somente três: portarias, resoluções e instruções normativas (BRASIL, 2019).

A realidade administrativa, mantida como gerencial, desenvolve-se ainda mais na gestão de riscos (FENILI, 2018) e na busca pela consolidação da governança como prática a ser aplicada em todo Governo Federal, assim como em outros entes federativos. Inicialmente editada por meio do Dec. nº 9.203/17, posteriormente alterado pelo Dec. nº 9.901/19, a política de governança da Administração Pública federal direta, autárquica e fundacional estabelece os princípios, as diretrizes e os objetivos que nortearão a condução da gestão pública nesse mister, principalmente quando aborda a “melhoria regulatória” (BRASIL, 2017b).

Emergem, ainda, mais dois conceitos aplicados no âmbito público: *accountability* e *compliance*. O primeiro trata de um mecanismo de controle que coage os agentes do governo a justificarem seus atos discricionários e torná-los públicos, com suas respectivas motivações, quando provocados institucional ou socialmente ou, em apertada síntese, o dever de prestar contas. O segundo conceito refere-se à política de integridade, tanto pública como privada, especialmente na relação desta com aquela. A nova Lei Federal de Licitações (Lei nº 14.133/21), inclusive, acompanhando várias leis estaduais nesse sentido, passou a exigir programas de *compliance* para licitantes vencedores de certos tipos de contratos públicos.

Ao que se propôs, o presente tópico fez um panorama geral do reconhecimento do Estado brasileiro ante à realidade administrativa de cada época. Nesta plaga, já se viveu o Estado liberal, intervencionista, regulador, paternalista, adepto do *Welfare State* e, neste último ciclo, neoliberal, aqui e ali com uma coloração mais ou menos apreçoada às causas sociais. A

³² Disponível em: BRASIL. Ministério da Economia. **Organograma**. Disponível em: https://www.gov.br/economia/pt-br/imagens/organograma_ministerio-da-economia_marco.pdf. Acesso em 05 ago. 2022.

Administração Pública formou-se patrimonial, passou a ser burocrática e, atualmente, é reconhecida como gerencial, embora haja vícios herdados dos dois tipos anteriores até hoje.

2.2. O conceito de regulamento na Administração Pública

Feita uma abordagem histórica e situacional sobre a Administração Pública no Brasil, cumpre analisar o conceito de regulamento e os aspectos doutrinários e práticos referente à função regulamentar no Direito Administrativo.

O regulamento é uma espécie do gênero ato administrativo cujo objetivo é estabelecer comandos subordinados e complementares à lei, inserido no exercício da função administrativa do Estado (LEITE, 1986), ou um “instrumento para produção de normas dotadas de maior nível de concretude, fornecendo critérios, soluções e providências indispensáveis à aplicação da norma legal” (JUSTEN FILHO, 2021, p. 25).

As características do regulamento no Brasil, segundo Leite (1986), são a de serem atos administrativos unilaterais, gerais e abstratos, expedidos pelos chefes do Poder Executivo da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, que impõem restrição ao agir das autoridades administrativas, reduzindo as possibilidades previstas em lei e obrigando os agentes a cumpri-los, tendo como finalidade propiciar condições para a fiel execução das leis, na conformidade do interesse público.

Há, contudo, uma acalorada diatribe na doutrina ao discorrer sobre poder regulamentar, especialmente quando se trata de competência (exclusiva ou não do chefe do Poder Executivo) e de seu meio de atuação (exclusiva ou não por meio de decretos).

A acepção de “regulamento” advém do poder regulamentar que, conforme Gasparini (1978), não se trata em si de um Poder da República tal qual Legislativo e Judiciário, tampouco há equiparação com o termo ao mesmo tempo usado em expressões como “poder discricionário”, “poder vinculado”, “poder de polícia” etc., levando-se em conta que a ideia de poder tem conteúdo e sentido ilimitados, e regulamentar guarda compatibilidade com uma lei de fundo.

É nessa concepção que o autor compreende ser a melhor definição tratar como “atribuição regulamentar”, fazendo uma alusão às atribuições do Presidente da República prevista na Constituição³³ (GASPARINI, 1978, p. 42-43). Daí já se prevê que Gasparini

³³ A edição do livro do Prof. Diógenes Gasparini faz menção às atribuições do Presidente da República dispostas na Constituição de 1969 (Emenda Constitucional nº 01/69), em seu art. 81, cujo inciso III (“III - sancionar,

pertence à parte da doutrina que atribui o poder regulamentar único e exclusivamente ao Presidente da República^{34;35}, o que é acompanhado por Leite³⁶ (1986).

Diógenes Gasparini entende que instruções, portarias e outros atos administrativos são considerados apenas “normas infra regulamentares” (1978, p. 203), porém não atribui uma conceituação própria para o ato de emitir normas procedimentais para execução de uma lei. Luciano Ferreira Leite (1986, p. 27-28) apresenta-os como “atos gerais sem caráter regulamentar”, mantendo-se silente quanto a que poder administrativo pertence a ação de produzi-los³⁷.

Fruto dessa clivagem no âmbito dos administrativistas quanto à terminologia e a prática administrativa, Di Pietro prefere tratar como “poder normativo”, o qual “não esgota toda a competência normativa; é apenas uma de suas formas de expressão, coexistindo com outras” (2020, p. 261). A autora defende que as espécies de atos como resoluções, portarias, deliberações e instruções são atribuídas ao poder normativo e que essas têm alcance limitado e campo de atuação restrito ao órgão expedidor, divergindo em abrangência e natureza dos regulamentos baixados pelo chefe do Poder Executivo (2020).

Odete Medauar segue entendimento idêntico ao seccionar o poder regulamentar, destinando este somente aos atos emitidos por chefe de Poder Executivo, do poder normativo, atribuído a outras autoridades administrativas e cuja função seja “emitir normas para disciplinar matérias não privativas de lei” (2015, p. 142).

A literalidade do texto constitucional é combatida por Marcílio da Silva Ferreira Filho, o qual apreende que é necessário haver uma extensão do poder regulamentar para além de uma atribuição exclusiva do Presidente da República. O autor advoga que a “restrição da competência regulamentar no Chefe do Poder Executivo limita demasiadamente o poder

promulgar e fazer publicar as leis, expedir decretos e regulamentos para a sua fiel execução”) é idêntico ao previsto no atual inciso IV, do art. 84, da CRFB/88.

³⁴ Em função dessa percepção que o autor conceitua *regulamento* como “ato administrativo normativo, editado privativamente pelo Presidente da República, segundo uma relação de compatibilidade com a lei, para desenvolvê-la ou para regular matéria a ele reservada constitucionalmente.” (1978, p. 20).

³⁵ A posição de Gasparini é peremptória: “O nosso ordenamento não permite que se estenda a competência regulamentar a outros Poderes ou a outros órgãos do Poder Executivo. A atribuição é privativa do Poder Executivo e para ser exercitada com exclusividade pelo Presidente da República.” (1978, p. 199).

³⁶ “(...) cumpre que se estabeleça, à luz do direito brasileiro, o traço que diferencia o regulamento dos demais atos gerais e abstratos não regulamentares. Essa diferença consiste no fato de ser o regulamento, privativo do Chefe do Poder Executivo Federal, Estadual ou Municipal, conforme o plexo de competências outorgado a cada um deles.” (LEITE, 1986, p. 27-28).

³⁷ Embora não compreendam o ato de expedir normas que não sejam decretos como ação própria do poder regulamentar, o silêncio dos autores quanto a essa faculdade estatal aliado ao estudo do tema específico em suas monografias (*Poder Regulamentar e O Regulamento no Direito Brasileiro*), não há outra interpretação de que ambos consideram que tais atividades sejam, também, fruto do poder regulamentar.

normativo da Administração Pública e não se compatibiliza com a realidade e com as necessidades no cumprimento da função estatal” (2016, p. 166)³⁸.

A posição de Ferreira Filho (2016) é a qual nos perfilamos, mas com ressalvas. O autor defende que há atribuição de poder regulamentar por outras autoridades, órgãos ou entidades, mas não de forma aleatória. Propõe, ainda, que a delegação advenha de expressa ou implícita autorização constitucional ou legal.

Quanto à competência, por exemplo, um caso que suscita o debate e que é mencionado por Ferreira Filho (2016), e que calha com o escopo do presente trabalho, é em relação às universidades públicas, as quais são regidas pelo princípio da autonomia, conforme art. 207, *caput*, da CRFB/88. Haveria, segundo o autor, vedada subordinação dessas instituições de ensino ao chefe do Poder Executivo caso houvesse competência privativa deste em seu poder regulamentar. Faz-se necessário, desta feita, que a autoridade competente – reitores, geralmente – estabeleça, emoldurado pelas leis vigentes, compêndios normativos relacionados às atribuições dos servidores dessas instituições.

Embora trate em sua monografia de uma conjuntura bem mais aplicada ao universo das Agências Reguladoras, cuja criação de deveres e exigências pode ser oponível ao particular, entendemos que o poder regulamentar, quando não contrarie lei e/ou decreto (que se substabelece como determinação do poder hierárquico), quando for meramente procedimental e quando não estabeleça obrigações a particulares, não há que se reconhecer irregular por mera terminologia. Trata-se, sim, de poder regulamentar, não *strictu sensu*, mas de sua derivação, que não se socorre de qualquer outra terminologia que não seja o mesmo *poder regulamentar*.

O Governo Federal obedece à visão mais conservadora sobre o poder regulamentar³⁹, ao reconhecer meramente como “atos normativos” a edição de normas inferiores aos decretos, conforme estabelece o Dec. nº 10.139/19.

O Decreto supra determina que os tais atos normativos, outrora dispostos como portarias, resoluções, instruções normativas, ofícios, avisos, orientações normativas, diretrizes, recomendações, despachos ou qualquer outro ato com conteúdo procedimental, deverão, a partir de 3 de fevereiro de 2020, ser editados somente como portarias, resoluções ou instruções

³⁸ Carvalho Filho também acompanha essa interpretação acerca do Poder Regulamentar mais abrangente: “Há também atos normativos que, editados por outras autoridades administrativas, podem caracterizar-se como inseridos no poder regulamentar. É o caso de instruções normativas, resoluções, portarias etc. (...)” (2015, p. 58).

³⁹ Há de se pontuar que há regulamentos baixados não pelo Presidente da República, tais como: o Regulamento de Administração do Exército, posto em atuação pela Portaria nº 1.555/21, do Comandante do Exército; o Regulamento de Administração da Aeronáutica, baixado pela Portaria nº 726/20, do Comandante da Aeronáutica; ou o Regulamento do Instituto Rio Branco, aprovado pela Portaria nº 344/21, do Ministro das Relações Exteriores, porém todos eles foram autorizados a delegação de aprovação por meio de decretos.

normativas, salvo outras denominações por força legal ou por manutenção de atos editados antes da data em vigor do Decreto (BRASIL, 2019).

Já o Dec. nº 9.191/17 “estabelece as normas e as diretrizes para elaboração, redação, alteração, consolidação e encaminhamento de propostas de atos normativos ao Presidente da República pelos Ministros de Estado” (BRASIL, 2017a).

São basicamente os dois decretos acima que racionalizam a edição de normas regulamentares no âmbito da Administração Pública federal. Partem deles a estruturação, a compilação e as condições de execução do poder regulamentar do Executivo federal. Não há, contudo, incidência sobre a questão da nomenclatura sobre o poder administrativo que exerce, por exemplo, a emissão de uma instrução normativa. Diante disso, reforça-se, conforme tese desta pesquisa, que o poder regulamentar abranja toda forma de normatização no âmbito da Administração Pública. E aqui pontua-se que consideramos como incisão do poder regulamentar, inclusive, a confecção de guias, procedimentos operacionais, manuais dentre outros normativos próprios que busquem estabelecer condições de execução para os gestores públicos, desde que não excedam as imposições aos regulamentos, como criação de obrigações *extra legem* e obstaculização de direitos⁴⁰.

2.3. A opção pela regulamentação como meio de eficiência administrativa: controle de discricionariedade *versus* autonomia do gestor

Uma questão que atravessa debates no âmbito administrativo público é sobre o fato de a regulamentação tolher a autonomia do gestor ao fincar limites à discricionariedade administrativa, certamente necessária em ações específicas no serviço público.

Diferentemente do poder vinculado, que é exercido quando a lei exige uma única solução possível diante de determinado fato, a discricionariedade estabelece a possibilidade de apreciar uma demanda segundo critérios de conveniência e oportunidade, dentre duas ou mais soluções, todas válidas para o Direito (DI PIETRO, 2020).

Gasparini (2012) ressalta que a conveniência se atrela à utilidade do ato e a oportunidade diz respeito ao momento de sua prática. O autor reconhece a amálgama de ambos os conceitos

⁴⁰ Neste sentido, Ferreira Filho: “É necessário ressaltar, no entanto, que a autorização legal para as autoridades, órgãos ou entidades desconcentradas ou descentralizadas deve observar os limites objetivos do poder regulamentar. Não se trata, portanto, de uma delegação legislativa sem parâmetros, mas da competência normativa regulamentar no setor específico de atuação e nos mesmos moldes do poder regulamentar típico da Administração Pública, ou seja, com status inferior à lei.” (2016, p. 167)

na expressão do “mérito” em relação ao ato administrativo. O mérito, desta feita, seria a indagação da conveniência e da oportunidade do ato⁴¹.

O poder discricionário advém da impossibilidade de a lei determinar com exatidão todas as situações de fato que a função pública encontra, além da faculdade que a própria lei impõe. Di Pietro (2020) reconhece três situações em que há o âmbito de aplicação da discricionariedade: i) quando a lei expressamente confere à Administração; ii) quando há omissão na lei; iii) quando estabelece competência para decisão e não proclama a conduta a ser adotada.

O controle do poder discricionário se dá, antes do ato, pela moldura legal aplicada ao caso concreto. Já após o ato, é possível a apreciação judicial, a qual se atém, a *priori*, à legalidade e à forma daquele. Di Pietro (2020) suscita a possibilidade de se rever judicialmente o ato adentrando o mérito, caso haja ferida aos princípios da razoabilidade⁴² e da moralidade⁴³, embora advirta que não se trata de assunto pacífico na doutrina⁴⁴.

A faculdade imposta pela lei nem sempre estará expressa, de forma que o escopo de atuação do administrador, a depender do caso concreto, estará alargado a ponto da decisão, embora não estando acima ou além da lei, possa vir a não cumprir o preceito da eficiência administrativa, cujo mandamento constitucional também é imperioso.

Destarte, algumas estruturas governamentais estabelecem normativos que tolhem em certa medida o poder discricionário atribuído ao gestor⁴⁵, para que este conduza seus atos baseados em uma formatação que, em tese, respeitem os princípios próprios da Administração Pública, dentre os quais o da eficiência.

⁴¹ O autor prossegue na reflexão sobre o que é o mérito na discricionariedade administrativa: “é a zona franca em que a vontade do agente decide sobre as soluções mais adequadas ao interesse público (...)” (2012, p. 149).

⁴² Neste sentido, informa a autora: “alguns autores apelam para o princípio da razoabilidade para daí inferir que a valoração subjetiva tem que ser feita dentro do razoável, ou seja, em consonância com aquilo que, para o senso comum, seria aceitável perante a lei” (DI PIETRO, 2020, p. 503).

⁴³ “Não cabe ao magistrado substituir os valores morais do administrador público pelos seus próprios valores, desde que uns e outros sejam admissíveis como válidos dentro da sociedade; o que ele pode e deve invalidar são os atos que, pelos padrões de homem comum, atentam manifestamente contra a moralidade” (DI PIETRO, 2020, p. 504).

⁴⁴ A autora reconhece ainda que “Começa a surgir no direito brasileiro forte tendência no sentido de limitar-se ainda mais a discricionariedade administrativa, de modo a ampliar-se o controle judicial. Essa tendência verifica-se com relação às noções imprecisas que o legislador usa com frequência para designar o motivo e a finalidade do ato (interesse público, conveniência administrativa, moralidade, ordem pública etc.). Trata-se daquilo que os doutrinadores alemães chamam de ‘conceitos legais indeterminados’” (DI PIETRO, 2020, p. 502).

⁴⁵ É da lavra de Antônio Carlos Cintra do Amaral, citado por Leite (1986, p. 41), as franquias possíveis de um regulamento: “se o regulamento extrapola a moldura legal é inválido. Se espelha fielmente a moldura legal é inútil; se reduz a moldura legal, situa-se dentro dos limites que lhe são estabelecidos pelo ordenamento jurídico. (...) após o regulamento, reduz-se o número das soluções possíveis de aplicação da lei, soluções essas que, reduzidas, não são apenas possíveis, mas também escolhidas pela Administração. Vale dizer, ao produzirem atos administrativos, os órgãos estatais não podem mais optar entre as soluções contidas na moldura legal, mas apenas entre aquelas contidas na moldura regulamentar”.

O poder regulamentar e a discricionariedade, diante disso, caminham juntas, quando Celso Antônio Bandeira de Mello (1981) entende que, a rigor, a matéria do regulamento, ou seu objeto, é a disciplina de situações em que cabe discricionariedade administrativa no cumprimento da lei, da qual resultariam diferentes comportamentos administrativos possíveis do gestor público.

O estabelecimento de normativos institucionais, a depender da matéria a qual se requer regular, é sustentado na doutrina, por exemplo, por Dallari (2003), quando defende que a discricionariedade não pode ser absoluta, ao passo que pode dar azo a arbitrariedades⁴⁶.

Héctor Mairal, ao analisar o *locus* administrativo público na Argentina, adota um posicionamento que reconhece o estabelecimento de regulamentos administrativos como meio de facilitar o labor governamental, contudo requer que sejam normas diretas, sem ambiguidades: “Quando a norma é pouco clara, o funcionário pode interpretá-la de maneira extensiva ou restritiva de modo tal que o particular não sabe com certeza qual conduta é esperada dele”⁴⁷ (2018, p. 59).

Luciano Ferreira Leite, por outro lado, reconhece que o poder discricionário não é exercido à medida em que o regulamento estabelece apenas uma forma de agir, uma vez que

não haverá discricionariedade por parte dos agentes incumbidos da aplicação do regulamento, se este restringir a uma só diretiva, as várias opções admitidas no comando legal. Nessa hipótese, as autoridades somente poderão aplicar o regulamento nesse sentido único, por ele estatuído (1986, p. 33).

A visão contrária à perda de autonomia também é compartilhada por Justen Filho que reconhece que a “imposição de soluções concretas predeterminadas pelo governo central acarreta a neutralização de margens de flexibilidade propiciadas pelas normas legais” (2021, p. 31). O autor recomenda⁴⁸, no que se refere à licitação, que se deve “reconhecer à autoridade

⁴⁶ Da obra do autor citam-se várias passagens nesse sentido como: “Administração Pública é uma função, por isso não comporta o exercício de vontade individual ou psicológica. Todos os atos praticados pela Administração Pública têm um caráter instrumental, devem ter uma razão de ser, devem ter uma finalidade a atingir, e isso precisa ficar claro no processo” (DALLARI, 2003, p. 92); “É perfeitamente sabido que não se pode confundir discricionariedade com arbitrariedade, mas é preciso salientar que não existe ato absolutamente discricionário: primeiro, porque a discricionariedade não é um atributo do ato e sim da competência do agente que o pratica; segundo, porque a discricionariedade nunca é absoluta. Quando se diz que ato é discricionário, na verdade o que se pretende dizer é que o agente pode praticá-lo ou não, compondo específica e concretamente, dentro de uma certa margem, a vontade geral e abstrata da lei (DALLARI, 2003, p. 129); e “Para nós, não existe ato absolutamente discricionário. A discricionariedade pode existir quando a um ou outro dos chamado elementos do ato, mas nunca quanto a todos. Vale dizer que em todo ato discricionário há uma parte regrada, ou seja, vinculada” (DALLARI, 2003, p. 175).

⁴⁷ Acrescenta-se, ainda, ao colóquio de Mairal o rechaço à ambiguidade: “E no âmbito administrativo já que, ao permitir duas leituras, a norma aumenta a discricionariedade do funcionário que o aplica” (2018, p. 62).

⁴⁸ Marçal Justen Filho admite que a padronização de procedimentos e das escolhas administrativas pode propiciar vantagens para a atividade administrativa, mas, tratando especificamente das Instruções Normativas, não concorda com o fato de agentes administrativos tratarem essas normas com “um respeito quase religioso”, quando enfrentam

que conduz a licitação e gerencia contratos administrativos uma margem de autonomia para adotar soluções diferenciadas em face de questões específicas” (2021, p. 31).

Regulamentar ações administrativas, como se viu no primeiro tópico deste capítulo, é prática referente à etapa burocrática da gestão pública, considerando a disposição de Max Weber. Robert King Merton, em contraponto a Weber, estabelece as disfunções práticas da burocracia e da regulamentação discorrendo que

(1) An effective bureaucracy demands reliability of response and strict devotion to regulations. (2) Such devotion to the rules leads to their transformation into absolutes; they are no longer conceived as relative to a set of purposes. (3) This interferes with ready adaptation under special conditions not clearly envisaged by those who drew up the general rules. (4) Thus, the very elements which conduce toward efficiency in general produce inefficiency in specific instances⁴⁹ (1968, p. 254).

Embora essas assimilações carreguem consigo concepções a *priori*, não há pontos de vista na doutrina que reconheçam a melhor aceção entre a imposição de um regulamento, com o balizamento e o respectivo controle da ação do gestor público, ante uma pretensa autonomia que daria a esse mesmo agente, caso não houvesse a normatização, uma liberalidade demarcada somente na moldura legal.

A regra, dada a inércia administrativa, salvo em caso de prescrição legal, é a de permanecerem os comandos legais sem regulamentação, estabelecendo um vácuo entre a lei e o alicerce normativo institucional que sustenta a função pública. A depender da matéria, esse vácuo pode gerar soluções que beiram ilegalidades, quando não suscitam manutenção de uma estrutura apta para a corrupção⁵⁰ ou para ineficiência administrativa, o que traz insegurança jurídica até para o próprio funcionário público, como reconhece Héctor Mairal: “Aqui se volta contra o funcionário a insegurança jurídica que descrevemos acima: sua conduta será analisada à luz de normas obscuras, ambíguas, contraditórias ou de validade duvidosa” (2018, p. 96).

situações que não estejam literalmente previstas, reputando-as como proibidas: “Então, qualquer decisão concreta que deixe de dar aplicação textual, literal e absolutamente ortodoxa ao texto da Instrução Normativa é imediatamente qualificada como irregular. Ou seja, uma interpretação plenamente compatível com a disciplina da Constituição e das Leis é repudiada sob o pressuposto de configurar violação a uma Instrução Normativa.” (2021, p. 31).

⁴⁹ Rodrigo Valga dos Santos elabora uma síntese mais aclarada sobre as disfunções: “i) o apego a regulamentos como fim em si mesmos; ii) excesso de formalismo e adesão a procedimentos; iii) resistência às mudanças; iv) rigidez hierárquica e incapacidade de ajuste; e v) identificação dos burocratas com seu ‘estilo de vida’” (2020, p. X).

⁵⁰ Aqui nos valem da opinião de Luis Moreno Ocampo: “Para evitar corrupção é mais importante detectar sistemas culpados do que pessoas culpadas” (*apud* MAIRAL, 2018, p. 33); e do próprio Héctor Mairal: “enquanto combater as causas econômicas ou políticas da corrupção pode levar a uma discussão insolúvel, pessoas de diferentes correntes de pensamento, mas igualmente motivadas em combater o flagelo, podem coincidir mais facilmente em corrigir as causas jurídicas da corrupção” (2018, p. 29).

Nesse quadro de “quase incompreensibilidade funcional”, na esteira do Direito Administrativo do Medo (SANTOS, 2020) se avizinha uma “crise de ineficiência pelo controle”, na precisa definição de Guimarães (2016), ou o “exercício medroso da função administrativa” (SANTOS, 2020, p. X), em que “os gestores não mais atuam na busca da melhor solução ao interesse administrativo, mas também para se proteger” (GUIMARÃES, 2016). No caso, a autoproteção recai na indecisão, na procrastinação ou na total inibição na execução da atividade pública.

Parte desse medo advém do controle exercido pelos mais diversos atores, desde o interno, na própria Instituição, até o externo, no âmbito federal pelo TCU e, em complemento, pelo Poder Judiciário⁵¹. Há, ainda, o controle social, exercido pela própria população, em seu direito legítimo de fiscalizar a ação administrativa, muitas vezes potencializada pela imprensa.

Esse fenômeno patológico administrativo se deve, ainda, a uma lei de improbidade que previa condutas culposas de agentes públicos e ações genéricas de atos que atentassem contra os princípios da Administração Pública. Esses tipos abertos levavam – ou levam – a Administração Pública “ao medo de decidir, a reagir de modo errático e túbio nas questões jurídicas e administrativas a ela submetidas, sempre delegando responsabilidades a subordinados ou (...) incentivando o cidadão a procurar a via jurisdicional” (SANTOS, 2020, p. RB-2.1)

Esse caminho tortuoso foi parcialmente corrigido com a Lei nº 14.230/21 que espancou os tipos abertos da Lei de Improbidade Administrativa e retificou os termos que provocavam indecisões por interpretações administrativas que os gestores viriam a tomar. De plano, o § 1º do art. 1º⁵² impõe que somente condutas dolosas são consideradas atos de improbidade administrativa. Ademais, a nova lei também rechaça a improbidade no caso de divergência interpretativa de lei baseada em jurisprudência, ainda que não pacificada (BRASIL, 2021c).

A proposta, desta feita, é a de se normatizar para empreender maior eficiência, estabelecendo competências, responsabilidades, padrões de conduta e modelos para esse desiderato⁵³. Para reconhecer se há nexos causal entre a regulamentação orgânica e a eficiência administrativa, esta pesquisa buscará situar premissas atreladas ao gasto público e às

⁵¹ Nesse tema, Justen Filho complementa: “Os diversos órgãos de controle (interno e externo) concorrem para agravar esse cenário [de obediência cega às Instruções Normativas]. Uma solução prática que não seja submissa ao texto literal da Instrução Normativa é invocada como fundamento para a instauração de processos punitivos.” (2021, p. 31).

⁵² “§ 1º Consideram-se atos de improbidade administrativa as condutas dolosas tipificadas nos arts. 9º, 10 e 11 desta Lei, ressalvados tipos previstos em leis especiais.” (BRASIL, 2021c).

⁵³ À guisa de exemplo, ao estudar o Setor de Compras da UNB, Arraes (2017) reconheceu a falta de normas para melhoria dos processos como problema prático para a reestruturação daquele órgão. Como solução, foram propostas normas internas que regulassem, principalmente, a instrução processual e o pedido de compra.

normatizações próprias das universidades federais do Brasil, de forma que, ao menos nos parâmetros estudados, possa-se realmente estabelecer uma relação de causa e efeito.

2.4. A nova Lei de Licitações e seus desafios de implementação: a regulamentação orgânica⁵⁴ é uma solução?

As compras públicas sempre carregaram consigo um elevado peso na economia nacional. Raymundo Faoro, ao abordar o comércio ainda no Brasil colonial expusera que “O exercício do comércio se prende, em termos gerais, a um contrato público, que gera os contratadores, por sua vez desdobrados em subcontratadores, sempre sob o braço cobiçoso da administração pública” (2001, p. 203).

Não por menos, os valores das compras públicas representam, atualmente, 9,4% do PIB nacional, segundo o IPEA⁵⁵, provando serem os entes governamentais grandes compradores e que merecem direcionamento de atenção quanto às suas ações, principalmente à União, responsável por metade dessas compras, ou 4,7% do PIB, ante 1,7% dos estados e 3% dos municípios (BRASIL, 2021a).

A importância das aquisições governamentais nesse contexto determina que a atenção se volte para a forma, o procedimento e a qualidade dessas compras, vez que se trata de recursos do Erário. Neste diapasão, os agentes públicos devem zelar para que todo o procedimento evidencie a melhor e mais correta obtenção para o órgão público, porquanto necessária.

Parte das compras governamentais são realizadas por meio de licitações públicas⁵⁶, as quais são constituídas de uma plêiade de atos administrativos que buscam⁵⁷, grosso modo, instar os possíveis contratados a oferecerem, em igualdade de condições, a proposta mais vantajosa, ou como assevera Comadira: “*La licitación sí es, en cambio, una sucesión de actos orientada teleológicamente a la selección de la oferta más conveniente para el interés público*” (2000, p. 2).

⁵⁴ Os termos “regulamentação orgânica”, “normatização orgânica” e outros correlatos, usados durante todo o trabalho, referem-se aos protocolos próprios de compras estabelecidos por órgãos públicos, por meio do poder regulamentar, conforme interpretação desse poder discorrido no tópico 2.2 supra.

⁵⁵ Dados de 2019, conforme publicação *Cadernos Brasil na OCDE*, de julho de 2021, p. 39, disponível em: https://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/210707_cb_ocde_compras_publicas.pdf.

⁵⁶ Em 2021, 48,8% das compras públicas foram realizadas por alguma modalidade de licitação, conforme o Portal da Transparência (<https://transparencia.gov.br/licitacoes?ano=2021>).

⁵⁷ Cumpre gizar que os procedimentos de dispensa e de inexigibilidade de licitação também são bastante formais e encadeados de forma legal, de modo que estão tão ou mais sujeitos aos controles externo e interno.

A licitação é um dos meios necessários para se alcançar o contrato administrativo, que abastece e dá substrato material para a execução de políticas públicas. Ficamos com a definição de Alcides Greca ao destacar que

La licitación (...) es un acto condición previo, integrante de un acto administrativo complejo, que se resuelve siempre en un contrato administrativo, siendo su finalidad establecer un rigoroso contralor en la disposición de los bienes del Estado, un trato igual para los particulares que comercian con la Administración pública (1941, p. 19).

Esse compêndio de atos formais encadeados revela-se penoso para os gestores da área de compras, como certifica Fenili (2016), o qual reconhece inúmeras falhas nos procedimentos realizados pelas equipes que estudou em sua obra, tais como: morosidade, baixa qualidade da instrução, fracionamento de despesas, multiplicidade de pleitos semelhantes, entre outros.

Ademais, o referido autor reconhece os principais aspectos da cultura organizacional dos agentes que trabalham em setores de compras públicas, como o apego à rotinização⁵⁸, o significativo senso de responsabilidade⁵⁹ e a elevada percepção de controle⁶⁰ (FENILI, 2016).

Essa constatação, principalmente quando se sobreleva o “apego à rotinização” como um marco cultural dos setores de compras, coincide com a visão de Santos e Souza⁶¹ (2016) quando recomendam que um manual de procedimentos que determinasse (i) os procedimentos que deverão ser executados, (ii) os itens que devem ser checados, (iii) os dispositivos legais relacionados à atividade e (iv) a identificação de responsabilidades por cada fase do processo diminuiriam os riscos intrínsecos ao procedimento.

Reconhece-se, pois, que o arcabouço institucional das compras públicas prevê uma lei que rege quase todo o procedimento licitatório, mas é carente de normatização infralegal, o que deveria impingir diretrizes claras de atuação dos gestores no âmbito da própria instituição à qual pertence (FIÚZA; MEDEIROS, 2014).

⁵⁸ O apego à rotinização do trabalho é “decorrente da rígida observância a normas legais. Em consequência, as inovações em termos de práticas do setor são de modo recorrente oriundas de alterações nos marcos legais, e não da revisão dos processos de trabalho em si” (FENILI, 2016, p. 8).

⁵⁹ Fenili reconhece esse senso “por lidar com o dispêndio de recursos públicos” (2016, p. 9).

⁶⁰ O autor considera que essa elevada percepção advém das “diversas instâncias (jurídicas, controle interno e externo, ordenador de despesas etc.) que emitem juízos sobre o processo de trabalho conduzido” (FENILI, 2016, p. 9).

⁶¹ “Elaboração de um manual de normas definindo os procedimentos a serem adotados na execução das principais atividades relacionadas à licitação na Unidade, com especial destaque para: (a) os procedimentos que devem ser executados; (b) os itens que devem ser verificados; (c) a indicação dos dispositivos legais que tratam especificamente sobre a atividade; (d) a previsão de identificação dos responsáveis pela execução, revisão e supervisão dos procedimentos” (SANTOS; SOUZA, 2016, p. 185).

O Tribunal de Contas da União, como observa Fenili (2018), vem ocupando o espaço da gerência normativa nacional no que concerne às compras públicas⁶². Outrora instado apenas a identificar irregularidades, tecer recomendações e punir os responsáveis, a Corte de Contas passou a ditar as regras de governança e estabelecer os instrumentos para tutelar as aquisições governamentais⁶³.

Nesse escopo, a Corte Federal de Contas aplicou questionário em instituições públicas sobre a questão da governança e da gestão das compras e diagnosticou deficiências e falhas nessas estruturas governamentais, evidenciadas principalmente no que se refere à ausência (ou deficiências) de (no) estabelecimento de diretrizes para as aquisições, à ausência (deficiência) de (no) estabelecimento das competências, atribuições e responsabilidades e deficiências na função de auditoria interna (BRASIL, 2016).

Esse papel do TCU de “detentor da tutela da governança nas aquisições” (FENILI, 2018, p. 43) é discutível, mas calhou que o Tribunal, por meio de reiteradas decisões⁶⁴, vem induzindo a regulamentação no âmbito orgânico do processo de compra de instituições públicas, a fim de obrigar a planejarem as compras anuais, definir responsabilidades, gerenciar os riscos etc⁶⁵.

Diante desse panorama programático do nosso Tribunal de Contas da União, sustenta-se que, mais por consequência do que como causa, a visão da Corte seja no sentido de que há

⁶² Fiúza e Medeiros reconhecem a ocupação desse vácuo pelo TCU, mas também pela CGU: “outra imensa dificuldade para se extrair um bom desempenho dos funcionários do setor de compras é a falta de uma normatização única para a atividade. Na ausência de um órgão central designado para a função de normatização [como defende o Ipea], o vácuo é ocupado pelos órgãos de auditoria interna (no caso da União, a CGU) e externa (tribunais de contas), os quais, infelizmente, acabam promovendo orientações conflitantes (...)” (FIÚZA; MEDEIROS, 2014, p. 21-22).

⁶³ “[O TCU] Deixou de tratar sintomas, e voltou-se às causas. Rompeu, de fato, as fronteiras dos órgãos e das entidades públicas e passou a ‘legislar’ sobre o processo licitatório, estabelecendo uma superestrutura para a gestão de compras, normatizando o planejamento, a estrutura, direção e o controle processual. Em síntese: ocupou um espaço que estava caótica e casuisticamente preenchido por gestores públicos que, com louváveis exceções, agiam de modo reativo às demandas aos problemas e, logicamente, às emergências. (FENILI, 2018, p. 43).

⁶⁴ À guisa de exemplo, Acórdão nº 1.032/2018 – TCU – Plenário: “(...) determinar (...) à Universidade Federal de Uberlândia que adote providências para: (...) 9.1.3.1 regulamentar ou revisar a política de gestão de riscos da entidade, de forma a considerar, explicitamente, todos os elementos do art. 17, I, II e III da IN/MP/CGU 1/2016; (...) 9.2 Recomendar à Universidade Federal de Uberlândia: 9.2.1. atribua a uma ou mais áreas da organização a responsabilidade por zelar pelo cumprimento das normas de conduta; (...) 9.2.5. execute processo de planejamento das aquisições e contratações de forma integrada entre todas as unidades descentralizadas, contemplando, pelo menos: 9.2.5.1. elaboração, com participação de representantes dos diversos setores da organização, de um documento que materialize o plano de aquisições da Universidade, contemplando, para cada contratação pretendida, informações como: descrição do objeto, quantidade estimada para a contratação, valor estimado, identificação do requisitante, justificativa da necessidade, período estimado para aquisição, programa/ação suportada pela aquisição, e objetivo estratégico apoiado pela aquisição; (...)”. Outras decisões nesse mesmo sentido: Acórdão nº 367/2010 – TCU – Segunda Câmara; Acórdão nº 1.414/2016 – TCU – Plenário, dentre outras.

⁶⁵ Desse contexto que o Governo Federal editou o Decreto nº 9.203/17, que dispõe sobre a política de governança da administração pública federal direta, autárquica e fundacional, o qual previu que são diretrizes da governança pública “editar e revisar atos normativos, pautando-se pelas boas práticas regulatórias e pela legitimidade, estabilidade e coerência do ordenamento jurídico e realizando consultas públicas sempre que conveniente” bem como “definir formalmente as funções, as competências e as responsabilidades das estruturas e dos arranjos institucionais” (BRASIL, 2017b).

inequívoca demanda por regulamentação orgânica para fins de controle procedimental no âmbito das compras governamentais. Noutra giro, encontra-se vozes dissonantes a esse entendimento, como Florencia Ferrer e Marçal Justen Filho.

Ferrer (2015)⁶⁶ chega à minudência de fazer uma abordagem geográfica, ao reconhecer que alguns países da América Latina e a maior parte dos países africanos priorizam a visão legal e normativa para as compras públicas, ao criarem regulamentos procedimentais para tudo, ante pretender garantir maior liberalidade – ou discricionariedade – para o gestor. Dessa forma, entende a autora, a gestão torna-se ineficiente, ao se limitar e restringir a situações contempladas na norma, tornando-se arredo a um ambiente de inovação, o que criaria mais condições de se obter eficiência administrativa⁶⁷.

Justen Filho (2021) discorre que, com a regulamentação do procedimento licitatório por meio de Instruções Normativas, neutralizam-se as margens de flexibilidade ao estabelecer regras simplistas, o que redundando em resultados que nem sempre são favoráveis à Administração Pública⁶⁸.

Há autores, como Lúcia Valle Figueiredo e Adilson Abreu Dallari, que não cravam sua opção peremptoriamente, mas indicam, por meio de sua obra, qual trilha seguiria no caso de estabelecer ou não regulamentação. Dallari (2003) dissera – ainda no contexto de aplicação da Lei nº 8.666/93 – que a lei licitatória vai além da simples fixação de padrões de conduta, estabelecendo rotinas de serviço até em seus mais minuciosos detalhes. O autor é contra o formalismo na medida em que “a regularidade do procedimento é questionada por interpretações literais ou ‘burocráticas’, no pior sentido desse termo. A isso se presta uma legislação detalhista, minuciosa e pretensiosamente completa”. (2003, p. 5). Traduzindo o “pretensiosamente completa”: não há que se apor mais regulamentação nessa prática.

⁶⁶ FERRER, Florencia. Os desafios do setor público para construir um novo modelo de abastecimento e compras: inovação ou estagnação. In: FERRER, Florencia; SANTANA, Jair Eduard (coord.). **Compras Públicas Brasil**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2015. p. 145-161.

⁶⁷ “A discussão legal e do marco normativo ocupam a maior parte dos esforços. O Tempo dos profissionais envolvidos nas compras públicas é focado na revisão e na adequação aos procedimentos. Sendo a visão legal e normativa sua priorização, a gestão se limita e se restringe, em boa parte das vezes, ao cumprimento do estabelecido e da norma, gerando-se conflitos quando se enfrenta uma situação não contemplada nas normas ou no sistema, ou quando se enfrenta alguma necessidade de inovação do que o próprio mercado fornecedor exige com frequência. Este foco excessivo na norma muitas vezes desvia o olhar do que é mais relevante: processos perfeitos podem encobrir processos desnecessários, com total adequação da norma, mas que significam um enorme desperdício de recursos públicos.” (FERRER, 2015, p. 145).

⁶⁸ Trata-se de uma mudança no pensamento do autor. Na 18ª edição de seu *Comentários*, publicado em 2019, ao discorrer sobre o art. 115 da Lei nº 8.666/93, que faculta aos órgãos da Administração Pública a emissão de normativos a fim de dirimir a execução do procedimento licitatório, Justen Filho reconhece que a regra é “solução extremamente útil e relevante para a Administração”, concluindo que esses regulamentos reduzirão “enormemente as disputas, controvérsias e questionamentos relativamente às práticas adotadas no caso concreto.” (2019, p. 1608).

Figueiredo (1994), por seu turno, discorda frontalmente de Dallari e reconhece que o procedimento licitatório não é discricionário, mas vinculado, como forma de atuação de uma função administrativa, motivo pelo qual deve se desenvolver estritamente sob as determinações legais, o que dissolveria a mera vontade do agente público.

Essas são as percepções prefaciais do contexto regulamentar no âmbito das compras governamentais. Há de se verificar, contudo, as leis que tratam das licitações e contratos administrativos e em que medida elas são potencialmente receptivas à regulamentação institucional. Diante disso, serão apresentadas a Lei nº 8.666/93 e a Lei nº 14.133/21 nos tópicos a seguir, com uma breve conclusão parcial sobre o analisado.

2.4.1. A regulamentação no âmbito da Lei nº 8.666/93

A Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, ainda se manterá em vigor após dois anos da publicação da Nova Lei de Licitações, Lei nº 14.133/21, o que deve se dar em 1º de abril de 2023, salvo casos de prorrogação de contratações, o que ainda pode lhe dar uma vida útil de mais cinco anos, ou em caso de locação de imóvel ou em certas dispensas e inexigibilidade de licitação, que cumprirá prazo indeterminado.

O estatuto licitatório de 1993 foi formatado ainda em um forte caráter de administração burocrática, com a discriminação pormenorizada de todos os procedimentos da compra – principalmente na fase externa –, embora, reconhecidamente, quando fora posto em prática, a Administração Pública ensaiava uma adaptação à administração gerencial. Destarte, era uma lei proclamada em desacordo com o rito evolutivo a que pertencia. Maria Tereza Fonseca Dias expõe que o “modelo da Lei nº 8.666/1993 é reconhecidamente mais voltado para o formalismo do processo das contratações públicas do que para discricionariedade dos gestores” (2016, p. 9).

O foco foi, no momento da feitura da lei, em moralizar o procedimento licitatório, ideada como o “heroico remédio contra a falcaturia, o oportunismo criminoso, os delitos negociais, a (...) improbidade administrativa”, como reconhecem Rigolin e Bottino (2008, p. 12-13). No cômputo geral, o “bálsamo miraculoso” resultou, como instrumento de combate à corrupção, em um péssimo erro de terapêutica.

Não obstante, o formalismo burocrático da Lei nº 8.666/93 previu em seu art. 115 a possibilidade de emissão, por parte dos órgãos governamentais, de normativos que tratassem de procedimentos operacionais, no âmbito de sua competência (BRASIL, 1993). Era norma já prevista no Decreto-lei nº 2.300/86, instrumento legal a qual a Lei nº 8.666/93 sucedeu.

Foi uma previsão que franqueou a possibilidade de as instituições governamentais produzirem seus instrumentos próprios para estabelecimento de uma praxe administrativa. Adveio daquele comando legal, por exemplo, as Instruções Gerais para Realização de Licitações e Contratos no Ministério do Exército, publicado por meio da Portaria nº 305 do Ministro do Exército, em 24 de maio de 1995⁶⁹.

Foram essas regulamentações orgânicas que auxiliaram o trabalho dos agentes públicos que executavam (ou executam) as licitações e contratos de seus órgãos. Marçal Justen Filho (2019), em um pensamento diferente do que reproduz atualmente⁷⁰, mostrou-se receptivo a esse tipo de regulamentação, quando aduziu que se tratava de uma disposição útil e relevante para a Administração, vez que as regras estabelecidas visam dar mais concretude às normas abstratas previstas em lei. Ademais, o autor reconheceu que um dispositivo regulamentar poderá delimitar competências, indicar modo de composição de comissões, dentre outras práticas administrativas cujo escopo da Lei nº 8.666/93, por óbvio, não esgotaria.

Como a Lei nº 8.666/93 não cumpriu seu desiderato a contento, uma nova lei de licitações fora pensada a partir de 2013, por meio da criação de uma Comissão Especial Externa para Modernização da Lei de Licitações e Contratos no Senado Federal. Um dos focos da nova legislação seria aumentar a eficiência, constantemente dissipada pelas exigências desnecessárias da Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Instado a se pronunciar sobre a matéria na Comissão supra, o IPEA propôs quatro inovações no âmbito normativo que daria maior eficiência às compras públicas, sendo elas: i) integrar toda a legislação esparsa que trata a matéria⁷¹; ii) criação e regulamentação de uma agência normativa de compras; iii) criação e regulamentação de uma agência executiva federal de compras centralizadas, com o fito de agregar demandas de bens e serviços de uso corrente de toda administração federal direta; iv) criação e regulamentação das carreiras de especialistas e técnico em compras públicas e especialista em regulação pública (FIÚZA; MEDEIROS, 2014).

A nova lei, todavia, não acolheu as argumentações propostas pelo IPEA, salvo o da integração das leis paralelas de licitações que vigiam no momento de sua edição. A regulamentação no âmbito institucional, como será visto adiante, não mereceu sequer menção na Lei nº 14.133/21.

⁶⁹ Convém ressaltar que no estudo realizado visando o escopo do presente Trabalho, presente no capítulo 5, os normativos institucionais, quando existentes, foram baseados ainda na Lei nº 8.666/93.

⁷⁰ v. nota 68.

⁷¹ Naquele momento (2013) havia pelo menos três leis que normatizavam diretamente o procedimento licitatório em paralelo: a Lei nº 8.666/93, a Lei nº 10.520/02 (Lei do Pregão) e a Lei nº 12.462/22 (Lei do Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC).

2.4.2. A Lei nº 14.133/21 e os desafios para uma regulamentação orgânica

Com uma Lei de Licitações que se provou capenga e reconhecidamente ineficiente, a Lei nº 14.133/21 propôs revogá-la e projetar as compras públicas para um contexto de maior eficiência, reunindo a legislação e normas administrativas⁷² esparsas, aplicando conceitos afeiçoados pela OCDE e introduzindo novos elementos de governança.

Anteriormente, a Lei nº 8.666/93 previa que os objetivos da licitação eram garantir a isonomia, selecionar a proposta mais vantajosa e promover o desenvolvimento nacional sustentável (BRASIL, 1993). A Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos foi além, com a previsão de novos objetivos para o processo licitatório, além dos três da lei anterior, como o reconhecimento do ciclo de vida como um dos requisitos para a seleção da proposta mais vantajosa, o incentivo à inovação e a evitação de sobrepreço, superfaturamento e preços inexequíveis nas contratações (BRASIL, 2021b).

Quanto ao procedimento, a Lei nº 14.133/21 introduziu o diálogo competitivo⁷³ como nova modalidade de licitação e extinguiu a tomada de preços e o convite. No julgamento de propostas, a lei criou novos critérios, como o de melhor técnica ou conteúdo artístico, o de maior retorno econômico e reconheceu o critério de maior desconto, previsto anteriormente em decreto e agora sob albergue legal.

Dois inovações importantes, cujos vácuos eram sentidos na legislação anterior, são a da designação do agente de contratação, cuja responsabilidade se faz presente durante todo o

⁷² “A Lei 14.133/2021 incorporou diversas soluções anteriormente contempladas exclusivamente em instruções normativas. Assim se passou, de modo específico, com a figura da repactuação para contratos de serviços contínuos com dedicação exclusiva de mão de obra – objeto de definição no art. 6º, inc. LIX, e disciplinado em diversos dispositivos, que são analisados (...)” (JUSTEN FILHO, 2021, p. 28).

⁷³ Modalidade já utilizada em outros países, como na Espanha, a qual vem aprimorando as aquisições na área de saúde, como observa Telles (2013, p. 36-37): “*We have seen that in the Spanish health sector, competitive dialogue has been used essentially as a means for awarding public-private cooperation contracts. In some of these contracts it can be argued that contracting authorities engaged in the indirect procurement of innovation and a case is still to be found where traditional pre-commercial procurement took place. When paired with public-private cooperation contracts, competitive dialogue has been able to give Spanish health contracting authorities enough flexibility and adaptability for them to be able to get up-to-date technical specifications and also the possibility of having the equipment upgraded with yet to be commercially available new versions. Contracting authorities are organically running the dialogue stage in the crowd-sourced model described above and this model has enabled them to extract up-to-date equipment and better prices. No problems have been identified relating to confidentiality or intellectual property, and although the relevance of the first is questionable if paired with crowd-sourced competitive dialogues, the importance of the second remains to be seen in pre-commercial procurement tenders. It may depend on how contracting authorities draft their descriptive documents and any safeguards there included. Finally, it is obvious that the body of evidence of competitive dialogue use in the health sector for the procurement of innovation in Spain is small at present, especially when compared with the much larger number of contracts tendered through the open procedure, but in the situations analysed by the author, contracting authorities have considered themselves happy with the results it has produced.*” (TELLES, Pedro. Competitive dialogue and innovation: the case of the Spanish health sector. In: PIGA, Gustavo; TREUMER, Steen. **The applied law and economics of public procurement**. Abingdon: Routledge, 2013. p. 28-39)

procedimento licitatório, e o do reconhecimento da segregação de funções. A designação do agente de contratação garante sua competência, indicando suas atribuições e demarcando a sua responsabilidade, o que restava bastante porosa nos procedimentos baseados na Lei nº 8.666/93 e na Lei nº 10.520/02. O reconhecimento da segregação de funções, por seu turno, veda a possibilidade de um mesmo agente atuar simultaneamente em funções mais suscetíveis a riscos, de modo a reduzir erros administrativos e a ocorrências de fraudes nas contratações (BRASIL, 2021b).

Em que pese se reconheça que a nova lei propôs novos comandos legais voltados, *a priori*, para uma compra pública mais eficiente, reconhece-se, em absoluto, que alguns mecanismos aptos a abreviar o processo de compra não compuseram a lei aprovada. Nóbrega e Torres (2020) asseveram que o resultado foi um “regramento analítico que não optou pela simplificação do procedimento e pela mudança procedimental já definida (...), mas pela experiência pretérita, por meio de uma agregação de normas já vigentes”.

O que se imaginou um procedimento simples de compra, focado nas ferramentas de *e-commerce*, mantiveram-se as previsões legais do planejamento (agora rigidamente formatado), da definição da pretensão contratual, da publicação do edital e da sessão pública de apresentação das propostas; sem contar toda a fase necessária à aceitação, à habilitação e à própria contratação (NÓBREGA; TORRES, 2020).

A Lei nº 14.133/21 perdeu a oportunidade de implementar a ferramenta do *marketplace*, opção já adotada em países como Itália, Chile, Índia e Reino Unido (MEDEIROS; ARAÚJO; OLIVEIRA, 2020), em que fornecedores disponibilizam seus produtos e os consumidores adquirem-nos baseado critérios que julgam convenientes, como preço, prazo de entrega, qualidade do produto etc. Caso aberta essa possibilidade, um *marketplace* público traria como vantagens: redução de custos de transação, ampla competitividade, maior rapidez no atendimento da demanda administrativa, melhor conformidade e padronização de compras, maior controle sobre os gastos públicos, menor burocracia e redução de custos processuais repetitivos (NÓBREGA; TORRES, 2020).

Por todo o exposto, subscrevemo-nos a Nóbrega e Torres (2020) que reconhecem que a nova lei “busca regular o ambiente licitatório e contratual da Administração com os olhos voltados para os últimos 20 anos que se passaram, não para os 20 anos que trilharemos após a aprovação”.

No que se refere à normatização orgânica, não há comando legal taxativo que impulsiona as instituições a produzirem, tal qual previsto no art. 115 da Lei nº 8.666/93. Restou, em um esforço vigoroso de interpretação, apenas o parágrafo único do art. 11 da nova lei, o

qual prevê que a alta administração do órgão é responsável pela governança das contratações, devendo implementar processos e estruturas para atingir os objetivos previstos da licitação, com o fito de promover um ambiente íntegro e confiável, assegurar alinhamento das contratações ao planejamento estratégico da instituição e às leis orçamentárias e, ao fim, promover eficiência, eficácia e efetividade para a Administração Pública (BRASIL, 2021b).

A necessidade de regulamentação se faz premente com a nova lei, em face do que reconhece Madeline Rocha Furtado⁷⁴ (2022), porquanto o planejamento é a tônica do novo procedimento – elevado ao *status* de princípio, inclusive. Do planejamento defluem várias alterações na prática administrativa, principalmente na fase interna da licitação, com exigências cada vez maiores de documentos, como plano de contratações anual, estudos técnicos preliminares, plano de gerenciamento de risco, levantamentos acerca do ciclo de vida do objeto, modelo de execução do objeto e do contrato, entre outros.

Alie-se a tudo isso o fato de que várias determinações previstas ainda dependem de normatização para darem concretude ao comando legal. Justen Filho (2021) ressalta que há mais de quarenta e sete previsões na Nova Lei de Licitações quanto à edição de regulamentos. Convém ressaltar que as regulamentações orgânicas devem obediência tanto à lei quanto a esses regulamentos (basicamente Instruções Normativas), motivo pelo qual necessário se faz aguardar a edição desses.

Ademais, some-se a essa miríade de documentos e práticas, as novas formatações referentes às compras sustentáveis, bem como à exigência de programa de integridade (*compliance*) por parte das empresas que transacionam com a Administração Pública⁷⁵. As estruturas governamentais precisam se adaptar a essa nova conjuntura legal por meio da implementação de processos e reconhecimento, por parte da alta administração, de uma política de governança eficaz. O desafio é imenso.

2.4.3. A regulamentação orgânica do procedimento licitatório é uma solução? – Uma conclusão parcial

⁷⁴ A autora debate a exigência de regulamentações para instrumentalizar a nova Lei de Licitações e reconhece a dificuldade de se internalizar tantas regras impostas em tão pouco tempo, especialmente em estados, municípios e em órgãos que não possuem estruturas organizacionais bem instituídas (FURTADO, 2022).

⁷⁵ O que por si só já demandaria várias ações normativas no sentido de sua implementação, consoante Castro e Ziliotto (2020, p. 51): “um programa de integridade consiste no conjunto de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e na aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta, políticas e diretrizes com o objetivo de detectar e sanar desvios, fraudes, irregularidades e atos ilícitos”.

A partir do aqui proposto, embora não se queira adiantar conclusões de toda a pesquisa, que por ora apenas se inicia neste primeiro capítulo, algumas retenções breves já podem ser lançadas à guisa de conclusões parciais.

Verificou-se que a Administração Pública brasileira vem tentando se modernizar, a partir da própria evolução da população e da estrutura de governo, baseando-se no que as novas demandas de atuação exigem do aparato público estatal. Decorre daí a necessidade de se focar em soluções e em resultados, corolário da administração gerencial.

A Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos vem com essa energia normativa cujo desiderato é predispor o cenário nacional das compras públicas a um rito de maior eficiência, focando em ações que rumam para a inovação tecnológica, a desburocratização e imprimindo novas práticas em relação ao planejamento, à sustentabilidade, à gestão dos riscos, à transparência e à governança, embora tenha falhado nas formulações relativas ao *e-commerce* e a um *marketplace* público. Em paralelo, o país busca modernizar suas compras governamentais e aproximar-se das recomendações da OCDE (BRASIL, 2021a).

As recomendações da OCDE quanto às compras públicas enumeram várias ações para aplicação nos governos que desaguam na necessidade de normatização interna dos órgãos para que se desenvolvam e estabeleçam as condições procedimentais próprias, com o objetivo de permitir a adesão àquele organismo internacional, o que daria reconhecimento internacional ao Brasil para a entrada no “Clube dos Países Ricos” e com as pretensas consequências que adviriam tanto para o setor público como para o setor privado nacional.

As ações propostas e que interseccionam diretamente a ideia de normativos institucionais remetem especificamente à integridade⁷⁶, à transparência⁷⁷, à eficiência⁷⁸, à

⁷⁶ A Administração Pública deve prever um “Desenho institucional de instrumentos sobre integridade específicos para cada processo licitatório, levando em consideração as realidades de cada ‘ciclo’”, bem como instituir “Programas de treinamento e educação para a força de trabalho, tanto pública como privada, que vai atuar no ambiente de compras públicas, alertando sobre os riscos e as consequências de corrupção, fraude, colusão e discriminação de licitantes, bem como mecanismos de prevenção.” (BRASIL, 2021a, p. 19)

⁷⁷ “A administração pública deve elaborar normas que disciplinem as alterações nas leis e nos regulamentos que envolvam compras públicas. Essas normas devem incluir sempre mecanismos de participação da sociedade civil, envolvendo consultas e debates públicos.” (BRASIL, 2021a, p. 19).

⁷⁸ “Os países e suas respectivas administrações públicas devem garantir um sistema licitatório que identifiquem conflito de normas, regulações excessivas e ineficientes ou outras fontes de “entulho regulatório”. Isso envolve construir processos dinâmicos sem burocracia e com custos reduzidos.”, “A administração pública deve garantir que, ao contratar bens, serviços e obras, utilizem-se padrões técnicos para garantir a satisfação dos usuários finais, empregando critérios de especificação dos produtos e avaliação de propostas e escolhendo avaliadores com experiência e conhecimento em suas comissões licitatórias.” e “A administração pública deve criar ferramentas que melhorem as licitações, reduzam redundâncias desnecessárias e melhorem a relação custo-benefício dos processos licitatórios. Para tanto, a OCDE sugere ferramentas como compras centralizadas em uma agência, catálogos eletrônicos, leilões eletrônicos, contratos com opções para os contratados, entre outras.” (BRASIL, 2021a, p. 20).

capacitação dos agentes públicos⁷⁹ e à responsabilização dos agentes envolvidos⁸⁰ (BRASIL, 2021a). Os resultados práticos somente da Lei nº 14.133/21 e de suas Instruções Normativas, todavia, ainda não podem sinalizar se o país tende a cumprir essas previsões.

É de bom alvitre que se mude a legislação, buscando arrefecer a praxe administrativa. É necessário, da mesma forma, que essas alterações sejam acompanhadas de melhores condições de trabalho para o servidor público que trabalha com compras governamentais, focando, principalmente, na sua regulamentação para que alcance mais segurança jurídica em suas atividades, pugnando pela correta compartimentação de responsabilidades e melhorando os fluxos processuais, a fim de garantir maior eficiência no trato dos recursos públicos.

Não se quer pôr a regulamentação procedimental como fim, mas no âmbito das compras públicas seria esta um meio necessário para implementação de um ritmo eficiente para o bom manuseio dos recursos públicos. Aventar-se-ia a hipótese de uma regressão à administração burocrática, vez que era esta era mais voltada para normas e procedimentos, mas, embora não se possa refutar peremptoriamente essa “volta”, há atividades administrativas que requerem uma procedimentalização, a fim de se bloquear a dubiedade e encaminhar de exclusiva o interesse público, traduzido por uma boa execução orçamentária e com reconhecida eficiência⁸¹.

Cumprido salientar, todavia, que não se deseja um retorno à fase burocrática da Administração Pública – indaga-se se já saímos dessa –, mas a captura de procedimentos

⁷⁹ “Garantia de que os funcionários públicos envolvidos em processos licitatórios atinjam altos padrões de conhecimento, experiência e integridade em licitações. Os funcionários também devem contar com ferramentas adequadas para a execução do seu trabalho. Para tanto, a OCDE recomenda que o trabalho em compras públicas deve ser entendido como uma profissão específica dentro da carreira; assim, a administração deve garantir treinamento e certificação constantes e uma equipe especializada em avaliar o desempenho dos funcionários na questão das compras públicas.” e “Criação de uma carreira atraente e competitiva baseada em mérito para os funcionários públicos que optem por trabalhar com licitações. Para isso, devem ser criados critérios claros de ascensão e remuneração baseados em boas práticas internacionais.” (BRASIL, 2021a, p. 21).

⁸⁰ “Estabelecimento de um regime de regras que atribua claramente quais são as competências de cada ator e quais são as cadeias de hierarquia e responsabilidade para cada tomada de decisão específica. Quando uma autoridade recorrer a uma dispensa de licitação, deverá ser o mais evidente possível sobre as razões motivadoras do ato, bem como levar em consideração os riscos sobre limitar a competição.” e “Criação de um sistema coordenado e funcional de controles internos, externos e auditorias. Esse sistema deve garantir o monitoramento de desempenho das licitações, *compliance* com leis e regulações e canais claros de comunicação para delatar práticas suspeitas para autoridades, aplicação consistente das leis, regulações e políticas licitatórias, redução de conflitos de competência positivos e negativos do controle e avaliação independente *ex-post* dos processos licitatórios.” (BRASIL, 2021a, p. 22).

⁸¹ Como assim discorre Batista Júnior, que critica o modelo burocrático, tachando-o de disfuncional por ser caracterizado pelo excesso de formalismos e pela sacralização das regras e procedimentos, mas reconhece, ao fim, que “a questão, entretanto, merece temperamentos e não pode ser posta em termos extremados. A própria descentralização ou a desformalização do procedimento, dentre outros aspectos da problemática da eficiência, podem exigir, ao contrário, controles mais específicos, que em última análise acabam por reforçar a intervenção hierárquica. Na verdade, as razões da ineficiência da máquina pública brasileira são múltiplas e de diversas naturezas, e seria por demais ingênuo atribuir às disfunções do modelo burocrático todas as causas pela ineficiência da Administração Pública” (2004, p. 71).

próprios dessa quadra para aplicação no atual turno da gestão pública. Registre-se que a burocratização, em seu teor pejorativo, deve ser permanentemente rechaçada como um fim em si mesmo.

E não é somente a ineficiência a qual deve-se combater com a normatização, mas, outrossim, deve-se repelir a corrupção. Nessa senda, Felix Junior e Alencar⁸² (2011, p. 260) reconhecem que, em certa medida, o relaxamento dos controles burocráticos pode ampliar os níveis de corrupção⁸³.

A mudança legislativa é importante, mas a mudança da cultura administrativa⁸⁴ é tão ou mais importante, a ponto de merecer o reconhecimento por parte da OCDE⁸⁵. O que se quer é a superação da ambientação tantas vezes frequente do servidor que trabalha com compras públicas, a qual Rigolin e Botino tão bem caracterizaram, cuja citação integral merece ser aqui reproduzida:

aquele servidor de modesta escolaridade mas de pesada responsabilidade, designado para compor a comissão e atirado de chofre ao trato de matéria tão complexa e emaranhada quanto à realização das licitações. Vê-se esse servidor, com frequência, desorientado e perdido por completo entre as exigências da legislação – até há bem pouco tempo fragmentária, lacunosa e repleta de imperfeições –, a premência de tempo e de dinheiro da Administração, a oferta abundantíssima de bens e serviços pelo mercado, e outros mais fatores, sem conta, a lhe dificultar o início, a condução e a conclusão acertada de todo o procedimento licitatório.” (RIGOLIN; BOTINO, 2008, p. 4).

Com foco na pergunta que orna o cabeçalho deste tópico, é compreensível, pois necessária, que se estabeleça normatização no âmbito orgânico de uma instituição

⁸² LOPEZ JUNIOR, Felix Garcia; ALENCAR, Joana Luiz Oliveira. É o controle social uma alternativa crível para controlar a burocracia? In: CARDOSO JUNIOR, José Celso; PIRES; Roberto Rocha C. (Org.). **Gestão pública e desenvolvimento: desafios e perspectivas**. vol. 6. Brasília: IPEA, 2011. p. 257-264.

⁸³ A normatização dedica-se, também, a evitar a corrupção, consoante Tátrai e Decarolis (2021, p.115): “*The regulatory environment is stuck at the level of ensuring general transparency, while it stipulates exclusion and irregularity as legal consequences. In the absence of an unambiguous possibility to control, the strategy of transparency in combating corruption can be implemented only to a moderate degree.*” (TÁTRAI, Tünde; DECAROLIS, Francesco. Corruption and probity in public procurement. In: CASTELLI, Annalisa; PUGA, Gustavo; SAUSSIÉ, Stéphane; TÁTRAI, Tünde. **The challenges of public procurement reforms**. Abingdon: Routledge, 2021. p. 113-128)

⁸⁴ Aqui nos filiamos a Filipa Calvão (2010, p. 335): “o princípio da eficiência no plano da decisão administrativa surge ainda desprovido da operacionalidade necessária à sua aplicação. E, portanto, em meu entender é sobretudo no domínio da organização e do procedimento que a eficiência jurídica assume maior relevância e, ainda que vinculando também as autoridades administrativas, mostra-se essencialmente como um princípio dirigido ao legislador”.

⁸⁵ “Devido à sua importância, os países costumam regulamentar o processo licitatório, ou seja, o procedimento administrativo de compras públicas, objetivando garantir transparência, isonomia, eficiência e celeridade. Por esse motivo, a OCDE passou a analisar práticas licitatórias dos seus países-membros, contrastando métodos e resultados com o objetivo de definir quais seriam as melhores práticas regulatórias sobre o tema.” (BRASIL, 2021a, p. 7).

governamental para que se dê concretude, sob os aspectos legais e formais, à barafunda que rondava o procedimento licitatório, quanto mais a partir de uma nova lei, recém sancionada^{86;87}.

Repare-se que a conclusão parcial apenas se atém aos requisitos legais e formais, não adentrando no mérito da eficiência, cujo escopo de estudo tomará os capítulos seguintes, seguindo o itinerário proposto.

⁸⁶ Fiúza (2009, p. 240) reconhece essa situação e caracteriza uma situação assídua na gestão de compras da Administração Pública: “No meio do caminho [do processo licitatório e dos contratos públicos], há pouca normatização infralegal – como *guidelines* para formulação de editais, contratos ou padronização de produtos. O resultado é que os gestores de compras torcem para que algum deles faça um bom trabalho e todos possam sair copiando-o, ou aderindo à sua ata de registro de preços, num típico e ineficiente comportamento caronista (ineficiente porque gera níveis subótimos de esforço de aprimoramento das práticas de compras e contratos.”. (FIÚZA, Eduardo P. S. Licitações e governança de contratos: a visão dos economistas. In: SALGADO, Lucia Helena; FIÚZA, Eduardo (Org.). **Marcos Regulatórios no Brasil: é tempo de rever regras?** Rio de Janeiro: IPEA, 2009. p. 239-274.)

⁸⁷ A solução pela normatização é adotada em países participantes da OCDE, mesmo ainda em níveis regionais, como se observa em Grier (2021, p. 211): “*International agreements detail the transparency and procedural obligations that apply to the procurement process. They are intended to ensure that procurement covered by an agreement is conducted in a transparent, predictable, fair and non-discriminatory manner. They provide key procedural safeguards for each stage of the procurement process from development of procurement requirements through to contract award. They include: publication of procurement laws and regulations; types of tendering (open, selective and limited); conditions for participation; qualification of suppliers; development of specifications and tender documentation; publication of notices of intended procurement; minimum tendering periods; treatment of tenders and contract awards; and domestic review procedures for suppliers to challenge a procurement.*” (GRIER, Jean Heilman. Growing significance of regional trade agreements in opening public procurement. In: CASTELLI, Annalisa; PUGA, Gustavo; SAUSSIÉ, Stéphane; TÁTRAI, Tünde. **The challenges of public procurement reforms.** Abingdon: Routledge, 2021. p. 184-218)

3. O PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

3.1. Evolução normativa e conceituação

No âmbito federal, a eficiência como princípio teve seu encetamento a partir do Decreto-Lei nº 200/67, quando dispôs o pressuposto em uma efêmera racionalização dos processos administrativos⁸⁸, quando buscou assegurar a eficiência à Administração Indireta⁸⁹ e quando implementou a exigência de comprovação de ineficiência por parte do servidor desidioso a fim de lhe instaurar processo administrativo para demissão⁹⁰. Batista Júnior (2004) pondera que houve outros comandos legais que também requeriam ações de eficiência, como os arts. 13 e 25 (inc. V e VII) daquele diploma legislativo⁹¹.

Prosseguindo no aspecto cronológico, anterior, ainda, à Emenda Constitucional nº 19/1998, a CRFB/88 previu em seu art. 70, *caput*, a economicidade como atributo de fiscalização contábil, financeira e orçamentária, a cargo do Congresso Nacional e dos controles internos por parte dos órgãos públicos, o que Batista Júnior (2004) compreende como um recorte indicativo de eficiência. Ademais, o art. 74, inc. II da CRFB/88 também impunha ao sistema de controle interno dos Poderes a exigência de “comprovar a legalidade e avaliar os resultados, quanto à eficácia e eficiência, da gestão orçamentária, financeira e patrimonial nos órgãos e entidades da administração federal, bem como da aplicação de recursos públicos por entidades de direito privado” (BRASIL, 1988).

Cumprindo o que o Prof. Onofre Alves Batista Júnior (2004) já preconizara sobre a economicidade, conforme exposto acima, a Lei nº 8.666/93, Lei de Licitações e Contratos Administrativos, também previra em seu bojo o mandamento da economicidade, por meio da proposta mais vantajosa para a administração, como um reconhecimento à eficiência.

⁸⁸ “Art. 14. O trabalho administrativo será racionalizado mediante simplificação de processos e supressão de controles que se evidenciarem como puramente formais ou cujo custo seja evidentemente superior ao risco.” (BRASIL, 1967).

⁸⁹ “Art. 26. No que se refere à Administração Indireta, a supervisão ministerial visará a assegurar, essencialmente: I - A realização dos objetivos fixados nos atos de constituição da entidade. II - A harmonia com a política e a programação do Governo no setor de atuação da entidade. III - A eficiência administrativa. IV - A autonomia administrativa, operacional e financeira da entidade.” (BRASIL, 1967).

⁹⁰ “Art. 100. Instaurar-se-á processo administrativo para a demissão ou dispensa de servidor efetivo ou estável, comprovadamente ineficiente no desempenho dos encargos que lhe competem ou desidioso no cumprimento de seus deveres.” (BRASIL, 1967).

⁹¹ Ponderação idêntica a de Di Pietro (2020, p. 250) que reconhece o controle do resultado e o fortalecimento do sistema de mérito como reconhecimento de atributos próprio da eficiência administrativa, previstos nos arts. 13, 25 (incs. V e VII) do Decreto-lei nº 200/67.

Em 1998, adveio a Reforma Administrativa, que daí enxertou textualmente na CRFB/88 a eficiência como um dos princípios da Administração Pública, passando a ombrear com a legalidade, a impessoalidade, a moralidade e a publicidade o rol dos mandamentos máximos da atuação administrativa brasileira⁹². Batista Júnior (2004) assimila, com base na Carta Magna de 1988, que os princípios⁹³ reitores da Administração Pública são bem mais amplos dos que os previstos no *caput* do art. 37, citando os princípios da legalidade, da eficiência, da prossecução e supremacia do bem comum, da proteção e da confiança dos administrados, da razoabilidade e da imparcialidade.

Ricardo Lobo Torres⁹⁴ (2006) destaca três delimitações da eficiência, enquanto princípio da Administração Pública: i) como princípio para legitimação de valores e princípios constitucionais vinculados a valores, ou, no aspecto prático, como postulado aplicativo; ii) como princípio vazio, não havendo limites materiais, mas limites formais, procedimentais e argumentativos; e iii) de observância obrigatória nos três Poderes da República, cuja eficácia seja meramente instrumental.

A Professora portuguesa Filipa Calvão (2010) entende que a eficiência atribui ao agente público o poder-dever de escolher o instrumento de atuação ou a consequência jurídica que, de modo mais intenso e imediato e juridicamente menos custoso, satisfaça o interesse público⁹⁵.

O Prof. Ives Gandra Martins⁹⁶ conceitua o princípio da eficiência como “a obrigação da Administração Pública de utilizar os recursos públicos do Estado com a maior pertinência e adequação possível em prol da sociedade” (2006, p. 31) e assevera ser o mandamento um princípio implícito ou mesmo decorrencial dos demais princípios⁹⁷.

⁹² Os princípios constitucionais não se destinam apenas aos legisladores, mas a toda sorte de gestor público, administradores e administrados (BATISTA JÚNIOR, 2004).

⁹³ “Os princípios constitucionais, cada qual dotado de um conteúdo próprio que o individualiza, apresentam características próprias que denotam a sua natureza. Dentre essas características, ressaltamos a da generalidade, que nos permite verificar que os princípios constitucionais, diferentemente das regras, contemplam uma série indefinida de aplicações, não se destinando a regular uma situação jurídica determinada, nem mesmo um número indeterminado de atos ou fatos relativos a situações determinadas.” (BATISTA JÚNIOR, 2004, p. 104-105).

⁹⁴ TORRES, Ricardo Lobo. Princípio da eficiência em matéria tributária. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.). **Princípio da eficiência em matéria tributária**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 69-82.

⁹⁵ A autora acompanha a doutrina a nível internacional ao entender que o princípio da eficiência deve subsumir-se no dever da boa administração, ou de bom andamento da administração (CALVÃO, 2010).

⁹⁶ MARTINS, Ives Gandra da Silva. Princípio da eficiência em matéria tributária. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.). **Princípio da eficiência em matéria tributária**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 29-49.

⁹⁷ “Por esta razão, os princípios consagrados no direito administrativo, da moralidade, legalidade, publicidade e impessoalidade, objetivam tornar o Estado eficiente. Sem moralidade pública, o Estado vê suas instituições fragilizadas, pois os representantes do povo terminam mais se autoprestando serviços do que servindo a nação. Se não estiverem sujeitos, rigorosamente, ao império da lei, o Estado não será um Estado de Direito. Sem publicidade, os cidadãos desconhecerão o que ocorre na Administração Pública e acabarão por não ter instrumentos para controlá-lo. E, sem a impessoalidade, corre, o Estado, o risco de beneficiar os amigos do rei e perseguir os inimigos, tornando-se, o Estado Democrático de Direito, um arremedo idealizado pelo constituinte.” (MARTINS, 2006, p. 31).

Fernando Leal (2006) levanta termos em que suas aparições compunham o núcleo semântico da eficiência, como presteza, precisão, perfeição, rendimento funcional, idoneidade, economicidade, qualidade, otimização, busca do melhor, priorização, integração, funcionalidade e desempenho. O autor admite que a eficiência não basta mirar nos custos, mas há de considerar sempre as finalidades e o atendimento de certos requisitos materiais mínimos para que o dever de eficiência se concretize⁹⁸. “A eficiência pressupõe a economicidade, mas vai além dela”, arremata (2006, p. 5).

Calvão entende que a noção jurídica de eficiência

envolveria um juízo valorativo sobre as actuações jurídico-públicas quanto à relação entre os efeitos destas e os objectivos pré-definidos que as mesmas visam alcançar, mas agora para ponderar mais estritamente as consequências das actuações sobre bens jurídicos e interesses juridicamente protegidos (2010, p. 330).

Antônio Carlos Cintra do Amaral faz uma análise apartando-se do que juristas resolvem tomar como profissão de fé: a “vontade do legislador”, ou a “vontade da lei” ao se estudar uma norma jurídica, ainda mais as de raízes principiológicas, como o princípio da eficiência. Amaral se atém ao “significado objetivo” do conceito. E esse, segundo o autor, refere-se a uma obrigação de meios e, citando Trabucchi, deve o agente administrativo agir com a “diligência do bom pai de família” (2006).

Batista Júnior teoriza a eficiência, no aspecto jurídico⁹⁹, como um mandamento de otimização, pela Administração Pública, “da satisfação das necessidades e interesse sociais, econômicos e culturais da coletividade”. Nessa toada, conclui que o princípio da eficiência “Entremeia o sistema jurídico com o valor da igualdade material, juridicizando, para a Administração Pública, a necessidade de otimização da aplicação dos meios e recursos para o melhor alcance e satisfação possível do bem comum”^{100;101} (BATISTA JÚNIOR, 2004).

⁹⁸ O que vai ao encontro de Batista Júnior: O “dever ínsito no exercício da função [pública] não se reduz a uma obrigatoriedade de mero cumprimento, mas acarreta, antes de mais nada, um dever de bom cumprimento, de melhor satisfação da função, isto é, o interesse público que constitui o fim da atuação administrativa, deve ser sempre buscado, do modo que melhor atenda ao bem comum.” (BATISTA JÚNIOR, 2004, p. 88).

⁹⁹ No âmbito da Ciência da Administração, assim esclarece o autor: “A eficiência [na ciência da Administração] representa a relação entre os recursos aplicados e o produto final obtido, ou seja, a razão entre o esforço e o resultado, entre o custo e o benefício resultante (relação entre meios e fins). (...) Verifica-se, pois, que a eficiência preocupa-se com os meios, com os métodos e procedimentos mais indicados que precisam ser devidamente planejados e organizados, a fim de assegurar a otimização da utilização dos recursos disponíveis.” (BATISTA JÚNIOR, 2004, p. 112).

¹⁰⁰ “As exigências da ideia de eficiência em países pobres, antes de mais nada, à sombra da cruel realidade, estão associadas à necessidade premente de atendimento dos ‘mínimos sociais’, de solução para questões como desemprego, fome, indigência, epidemias, etc., para que a pessoa humana possa ter uma existência pelo menos digna” (BATISTA JÚNIOR, 2004, p. 65).

¹⁰¹ Em complemento: “podemos firmar nosso entendimento de que a eficiência é um princípio jurídico que provoca, para a AP [Administração Pública], um dever positivo de atuação otimizada, considerando-se os

Embora textualmente disposto como um princípio, há aclarada discussão doutrinária sobre se a eficiência possui característica própria de um princípio ou se é tão somente um dever ou mesmo um derivado prático de outros princípios.

Batista Júnior (2004) reconhece que há uma corrente que distingue o princípio da eficiência como um princípio basilar da Administração Pública e há outros que o consideram como decorrente do princípio da moralidade. O próprio autor afirma que o princípio da eficiência é corolário do princípio da supremacia do interesse público, alcançando este, inclusive, o princípio da dignidade da pessoa humana¹⁰².

Curiosa observação, no entanto, é a de Leal (2006), ao construir tese argumentativa que há possibilidade de a eficiência não poder ser reconhecida como um princípio, ao passo que considera fins internos e externos. Da banda que cumpre também à moralidade, a eficiência não teria o mesmo condão dos princípios finalísticos como a legalidade e a publicidade, por exemplo. Questionamento idêntico é levantado por Gabardo (2017) ao categorizar a eficiência como princípio ou postulado, concluindo que se trata, sim, de um princípio¹⁰³.

De nossa parte, a mera candura ou mesmo o estabelecimento de uma norma programática não se faz válida caso não se aplique de forma prática ou mesmo pragmática. Fazemos coro, em partes, ao que Batista Júnior¹⁰⁴ reconhece como o princípio da eficiência e apresentamos a seguir, colorações práticas de aplicação do princípio da eficiência, ainda no aspecto dogmático ou, no limite, no seu reconhecimento por parte da Justiça brasileira.

3.2. Aplicação prática do princípio da eficiência

resultados da atividade exercida, bem como a adequação da relação entre os meios e os fins que se pretende alcançar.” (BATISTA JÚNIOR, 2004, p. 119-120).

¹⁰² Não se trata necessariamente de um princípio presente em democracias avançadas, mas se faz menção – como levantou Batista Júnior (2004) – de vetor presente nas constituições de países que reformularam sua Administração Pública. Em países devastados pela II Guerra Mundial, como Itália e Alemanha, os direitos sociais, atrelados a uma social democracia, impunham uma contrapartida eficiente do estado, nas acepções do *buon andamento* italiano e da *wirtschaftlichkeit* alemã.

¹⁰³ GABARDO, Emerson. Princípio da Eficiência. In: NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano *et. al.* (Coord.). **Enciclopédia Jurídica da PUC-SP**. Tomo II. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. p. 2-22.

¹⁰⁴ “A ideia de eficiência não se limita a assentar um dever de boa administração, mas juridiciza um princípio, isto é, um critério diretivo da atuação de toda a Administração Pública., que é dotado de substância jurídica, conteúdo próprio e identidade, exprimindo sua determinabilidade em face das situações concretamente caracterizadas, sendo, pois, determinável, sem perder, entretanto, sua carga de abstração e generalidade. Não traduz tão-só um dever de conteúdo determinado e preciso, mas uma abstração determinável, que se obtém do afastamento das peculiaridades das funções singulares, a partir daquilo que a estas é comum. Funciona como veio iluminador do trabalho hermenêutico, orientando a leitura dos dispositivos administrativos e, da mesma forma, pode, em sua função negativa, afastar situações incompatíveis com seu conteúdo nuclear, isto é, admite a identificação e afastamento da patente ineficiência.” (BATISTA JÚNIOR, 2004, p. 110).

O presente tópico busca a raiz empírica do princípio da eficiência na Administração Pública. Admitir tal princípio apenas como mandamento periférico das ações administrativas não lhe impõe a real necessidade de a gestão pública desenvolver meios e métodos mais eficientes de atuação visando à consecução de políticas públicas.

O princípio da eficiência é norma genérica que objetiva contemplar uma série indefinida de aplicações, permitindo-lhe adaptabilidade de seu aproveitamento imposta na realidade da vida administrativa de uma organização (BATISTA JÚNIOR, 2004). Ou como reconhece Hugo de Brito Machado¹⁰⁵ (2006, p. 51), trata-se de “um princípio [que] pode ser instrumento da segurança, e que uma regra pode ser instrumento da justiça, diremos que se trata de instrumentos complementares, indispensáveis na construção do direito (...)”.

Consoante Batista Júnior (2004), dentre os aspectos da eficiência *lato sensu* tem-se a eficácia como o efeito da coordenação dos interesses envolvidos que conduzem à maximização da satisfação do bem comum. Já a eficiência *stricto sensu* deve ser compreendida sob o prisma da produtividade¹⁰⁶, da economicidade¹⁰⁷, da qualidade¹⁰⁸, da celeridade e presteza¹⁰⁹, da continuidade na prestação dos serviços públicos¹¹⁰ e da desburocratização¹¹¹. Ressalta o autor que a eficiência, de *per se*, é cânone de valor em si, não apenas um parâmetro de aferição, cuja medição seja *a posteriori*, mas, também, *a priori*¹¹².

Fernando Leal (2006) aborda que a jurisprudência dos tribunais superiores atribui ao termo eficiência uma série de noções distintas e independentes. O autor faz a decomposição

¹⁰⁵ MACHADO, Hugo de Brito. Princípio da eficiência em matéria tributária. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.). **Princípio da eficiência em matéria tributária**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 50-68.

¹⁰⁶ “Trata-se da otimização da relação entre alcance dos fins e emprego dos meios, o que se dá por dois caminhos: pela minimização do emprego de recursos escassos para determinados benefícios preestabelecidos; pela maximização dos resultados, cuja meta está tendencialmente fixada, mediante a utilização de determinados meios dados.” (BATISTA JÚNIOR, 2004, p. 225).

¹⁰⁷ Diz-se “exatamente respeito à otimização na articulação dos meios financeiros.” (BATISTA JÚNIOR, 2004, p. 228).

¹⁰⁸ Batista Júnior referencia a qualidade à dignidade da pessoa humana, cujas condições de vida social devem ser favorecidas, por meio de melhores serviços públicos e pelo atendimento igualitário das necessidades e interesses de todos (BATISTA JÚNIOR, 2004, p. 238).

¹⁰⁹ “o Princípio da Eficiência projeta-se no âmbito da atividade administrativa, impondo regras de celeridade, informalismo, simplicidade e economia processual (BATISTA JÚNIOR, 2004, p. 242-243).

¹¹⁰ “Não basta um bom resultado isolado e esporádico; a eficiência exige que o bem comum seja buscado de forma permanente e contínua.” (BATISTA JÚNIOR, 2004, p. 243).

¹¹¹ “Quanto aos procedimentos administrativos, a eficiência, em sua faceta desburocratização, impõe o abandono a procedimentos administrativos demasiadamente longos e lentos, que não possibilitam a obtenção de decisões céleres.” (BATISTA JÚNIOR, 2004, p. 245).

¹¹² “Se tal distinção não é feita, da mesma forma, corre-se o risco de confundir eficiência substancial com o resultado eficiente, e daí, poder-se-á chegar à equivocada conclusão de que a eficiência é apenas um critério de controle, de fiscalização, e não um valor si. Se a eficiência é um valor em si e não um mero parâmetro de confrontação, deve ser possível aferi-la não somente *a posteriori* (ou seja, em decorrência do resultado obtido), mas também *a priori* (BATISTA JÚNIOR, 2004, p. 405).

analítica das dimensões da eficiência em: i) relação de meios para o alcance de um resultado¹¹³; ii) análise do resultado¹¹⁴; iii) atendimento satisfatório dos resultados¹¹⁵; e iv) dever de atingir o fim máximo¹¹⁶.

Ainda no aspecto prático, Batista Júnior (2004) reflete sobre a consideração da eficiência administrativa em relação a interesses secundários, que deve ser analisada em cada caso concreto. O exemplo que o autor traz à tona é sobre uma empresa idônea que possui elevada dívida tributária. Há de se considerar que a execução tributária por meio do leilão da empresa não seria o meio mais eficiente para se ressarcir o Estado; leva-se em conta que a empresa emprega centenas de famílias e que o parcelamento dessa dívida seria o método mais eficiente para a Administração Pública¹¹⁷.

Uma outra abordagem interessante que Batista Júnior (2004) trata em sua monografia recai na liberdade legislativa dos parlamentares, cuja orientação para propositura e aprovação de leis também está direcionada para a aplicação prática do princípio da eficiência. Dentre as soluções para elaboração de leis, pode-se atribuir margens discricionárias para o gestor público buscar evidenciar a eficiência em suas ações.

Para além desse reconhecimento, a extensão da aplicação prática da eficiência requer que todos os Poderes e em todas as ações típicas ou não-típicas a tenham como vetor de atuação. Batista Júnior (2004) questiona se, sem adentrar ao mérito da lavra exclusiva do administrador, o controle judicial do ato administrativo não mereceria também o sopesamento de um escrutínio de ineficiência. Destaca, ainda, que o vício da ineficiência não merece prosperar, enquanto ato, por medidas notadamente ineficientes ou contrária, desmotivadamente, aos referenciais de eficiência¹¹⁸.

Nesse diapasão, julga-se que a melhor medida para o reconhecimento prático da eficiência administrativa está, ainda sob o aspecto dogmático, no reconhecimento do princípio nos juízos das atividades burocráticas, por parte do Tribunal de Contas da União e das decisões

¹¹³ “(...) a presente perspectiva identifica eficiência com economicidade, que impõe ao administrador o dever indeclinável de buscar a melhor combinação de *inputs* a menor custo” (LEAL, 2006, p. 4)

¹¹⁴ “Sem embargo, o certo é que, analisando com rigor, o presente conteúdo não se refere especificamente à eficiência, mas ao conceito econômico fundamental da maximização (...)” (LEAL, 2006, p. 4-5)

¹¹⁵ “Eficiente, assim, é o produto que está além de determinado ponto na direção do fim objetivado.” (LEAL, 2006, p. 5)

¹¹⁶ O autor mantém adstrito à eficiência a ideia de função social do instituto (LEAL, 2006, p. 5).

¹¹⁷ “O enclausuramento das considerações a uma visão puramente ‘fiscalista’ poderia ser danosa ao bem comum, (...) poderia ser de ineficiência comprovada até a receita de impostos do Estado, a longo prazo.” (BATISTA JÚNIOR, 2004, p. 279).

¹¹⁸ Assim também pensam Ferraz e Dallari (2002, p. 78): “Em termos práticos, deve-se considerar que, quando mera formalidade burocrática for um empecilho à realização do interesse público, o formalismo deve ceder diante da eficiência”.

da alta magistratura nacional, quer seja pelo Superior Tribunal de Justiça, quer pelo Supremo Tribunal Federal.

Em decisões relativamente recentes, o Tribunal de Contas da União reconheceu a desnecessária formalização de termo de contrato e a força cogente somente da nota de empenho para entrega de material de forma imediata e integral, e que não resulte em obrigações futuras, desconhecendo, portanto, imposição de lei em que certas modalidades licitatórias cujo termo de contrato seja expressamente obrigatório¹¹⁹.

No cortejo ainda da temática licitatória ante à eficiência administrativa, o TCU dispensou a obrigatoriedade de apresentação de cópia de livro diário de contabilidade como requisito de habilitação em edital que o previra¹²⁰.

No que se refere à inexigibilidade de licitação, por exemplo, o TCU impõe a necessidade fazer a especificação correta do produto, a justificação do preço e as condições de execução do contrato, exatamente em homenagem ao princípio da eficiência, e não admitindo a errada percepção de que a eficiência requer ligeireza desprovida de legalidade e moralidade¹²¹.

Em outra decisão, a Corte Nacional de Contas entendeu que a “ausência de estudos técnicos comparativos que demonstrem as vantagens financeiras e operacionais da terceirização de serviços de saúde, em relação à contratação de profissionais da área de saúde por concurso público, afronta o princípio constitucional da eficiência na Administração Pública.” (TCU, Acórdão 1991/2015-Plenário, Relator: Benjamin Zymler).

No Superior Tribunal de Justiça, o princípio da eficiência caminha em consonância com a Análise Econômica do Direito, quando a corte decide que, não obstante obrigação editalícia de exigência de diploma de técnico em química para concorrer a vaga equiparável a essa

¹¹⁹ “É possível a formalização de contratação de fornecimento de bens para entrega imediata e integral, da qual não resulte obrigações futuras, por meio de nota de empenho, independentemente do valor ou da modalidade licitatória adotada, nos termos do art. 62, § 4º, da Lei 8.666/1993 e à luz dos princípios da eficiência e da racionalidade administrativa. Entende-se por ‘entrega imediata’ aquela que ocorrer em até trinta dias a partir do pedido formal de fornecimento feito pela Administração, que deve ocorrer por meio da emissão da nota de empenho, desde que a proposta esteja válida na ocasião da solicitação.” (TCU, Acórdão 1234/2018-Plenário, Relator: José Múcio Monteiro).

¹²⁰ “A exigência de fotocópia integral do livro diário, como requisito de habilitação em licitação, contraria o princípio da eficiência administrativa, pelo fato de o livro conter elevado número de páginas, decorrentes dos registros contábeis das operações realizadas diariamente pela empresa, sendo suficiente para a análise da qualificação econômico-financeira apenas cópia das páginas referentes ao balanço patrimonial, às demonstrações contábeis e aos termos de abertura e de encerramento.” (TCU, Acórdão 2962/2015-Plenário, Relator: Benjamim Zymler).

¹²¹ “A celebração de contrato por inexigibilidade de licitação não dispensa a necessidade de especificação precisa do produto a ser adquirido, incluindo os prazos de execução de cada etapa do objeto, e deve ser precedida de justificativa de preços, a partir de orçamento detalhado que contenha demonstração de que os valores apresentados sejam razoáveis e atendam aos princípios da eficiência e economicidade.” (TCU, Acórdão 10057/2011-Primeira Câmara, Relator: José Múcio Monteiro).

formação, nada impediria que bacharel, mestre ou mesmo doutor assuma a exigência prevista¹²².

Ainda no viés prático da eficiência administrativa, o STJ também impôs ao administrador público a obrigação de decidir *incontinenti* sobre processo administrativo que exigia deliberação urgente, o qual, por meras razões burocráticas, dormitava em escaninhos não previstos, independente de culpa ou razões para tal desídia¹²³.

No Supremo Tribunal Federal, o princípio da eficiência administrativa já foi reconhecido como cláusula de impessoalidade para avaliação física de portador de necessidade em prova de aptidão em concurso público¹²⁴ e na situação de servidor que recebia subsídio – impossibilitando qualquer forma de acréscimo salarial, portanto – cumulado com gratificação de dedicação exclusiva, uma vez que buscou equacionar a alocação de recursos humanos disponíveis para melhor atender à necessidade de serviços legalmente especificados¹²⁵.

¹²² “4. Sob um prisma da análise econômica do Direito, e considerando as consequências práticas da decisão nos termos do art. 20 do Decreto-Lei nº 4.657/1942 (acrescentado pela Lei nº 13.655/2018, que deu nova configuração à Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro - LINDB), não se pode deixar de registrar que a aceitação de titulação superior à exigida traz efeitos benéficos para o serviço público e, conseqüentemente, para a sociedade brasileira. Destaco os seguintes: 1) o leque de candidatos postulantes ao cargo é ampliado, permitindo uma seleção mais abrangente e mais competitiva no certame; 2) a própria prestação do serviço público é aperfeiçoada com a investidura de servidores mais qualificados e aptos para o exercício da função pública. 5. Tal postura se coaduna com a previsão do art. 37 da Constituição Federal, que erige o princípio da eficiência dentre os vetores da administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. (...)”. (STJ, REsp 1888049/CE, Rel. Ministro Og Fernandes, Primeira Seção, julgado em 22/09/2021, DJe 28/09/2021).

¹²³ “(...)Diante do longo lapso temporal, é irrelevante averiguar culpa de terceiros ou complexidade da matéria no trâmite, já que a razoável duração do processo, garantia individual desrespeitada na hipótese, impõe à Administração, como um todo, resposta à tutela pleiteada em tempo adequado, situação não constatada na hipótese. 3. O direito de petição aos Poderes Públicos, assegurado no art. 5º, XXXIV, 'a', da Constituição Federal, traduz-se em preceito fundamental a que se deve conferir a máxima eficácia, impondo-se à Administração, como contrapartida lógica e necessária ao pleno exercício desse direito pelo Administrado, o dever de apresentar tempestiva resposta. (...) A demora excessiva e injustificada da Administração para cumprir obrigação que a própria Constituição lhe impõe é omissão violadora do princípio da eficiência, na medida em que denuncia a incapacidade do Poder Público em desempenhar, num prazo razoável, as atribuições que lhe foram conferidas pelo ordenamento (nesse sentido, o comando do art. 5º, LXXVIII, da CF). Fere, também, a moralidade administrativa, por colocar em xeque a legítima confiança que o cidadão comum deposita, e deve depositar, na Administração. Por isso que semelhante conduta se revela ilegal e abusiva, podendo ser coibida pela via mandamental, consoante previsto no art. 1º, caput, da Lei n. 12.016, de 7 de agosto de 2009” (MS 19.132/DF, Rel. Ministro Sérgio Kukina, Primeira Seção, DJe 27.3.2017). 4. A autoridade impetrada deve, no prazo do art. 49 da Lei 9.784/1999, decidir o requerimento administrativo. 5. Mandado de Segurança concedido.” (STJ, MS 24.745/DF, Rel. Ministro Herman Benjamin, Primeira Seção, julgado em 14/08/2019, DJe 06/09/2019).

¹²⁴ “(...) 4. A regulação editalícia que apregoa que, na aplicação da prova de aptidão física, não haverá tratamento diferenciado ao concorrente portador de necessidade especial se afina com o princípio da eficiência administrativa, pois, conquanto deva merecer tratamento particularizado, não pode a administração abdicar da necessidade de provimento do cargo por concorrente que esteja apto a desenvolver as atribuições que lhe são inerentes (CF, art. 37), resultando que, sendo a aptidão física indispensável ao exercício das atribuições inerentes ao cargo de perito criminal, a aprovação no teste aplicado para apreensão desse atributo deve ser genérico e sem qualquer ressalva, pois o cargo deve ser provido por quem está apto a desenvolver as atribuições que lhe são inerentes de conformidade com os parâmetros estabelecidos, sob critérios de oportunidade e conveniência, pela administração.” (STF, ARE 964523/DF, Rel. Ministra Cármen Lúcia, julgado em 29/04/2016, DJe 06/05/2016).

¹²⁵ “AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI ESTADUAL. IMPUGNAÇÃO GENÉRICA E ABSTRATA DE PARTE DA PRETENSÃO. QUESTIONAMENTO ESPECÍFICO DA REMUNERAÇÃO DOS

3.2.1. *A discricionariedade e o controle da eficiência*

Feito um breve panorama sobre a aplicação prática da eficiência administrativa, ainda no aspecto dogmático e no contexto de seu aproveitamento por meio do Tribunal de Contas da União e pelas cortes superiores de Justiça brasileira, calha reconhecer um aspecto fundante em que o princípio se impõe na atividade pública: a discricionariedade.

Já abordado conceitualmente nas linhas acima, a discricionariedade é o vetor próprio de aplicação do princípio da eficiência. As balizas da legislação impõem um escrutínio de atuação do gestor público, o qual deverá evidenciar o princípio concretamente.

Compreende Batista Júnior (2004) que a discricionariedade também é elemento cuja eficiência requeira imposição. A margem de ponderação aberta com a discricionariedade não pode dar azo à ilegalidade, mas, da mesma forma, não permite decisões ineficientes¹²⁶. A eficiência, dessa forma, também é uma limitadora da flexibilidade advinda da discricionariedade administrativa. Nesse trilha, o autor entende que o modelo burocrático “forjou uma tendência que pedia por leis de disciplina minuciosa, que supervalorizava o procedimento enrijecido como fórmula mágica e caminho para atingir a eficiência, justiça e liberdade” (2004, p. 302), cujo resultado foi a falência do modelo e uma maior abertura da flexibilidade na gestão da coisa pública¹²⁷.

SERVIDORES REMUNERADOS POR SUBSÍDIO. CONHECIMENTO PARCIAL. SERVIDOR PÚBLICO. FUNÇÕES EXTRAORDINÁRIAS OU EM CONDIÇÕES DIFERENCIADAS. GRATIFICAÇÃO DE DEDICAÇÃO EXCLUSIVA (GDE). POSSIBILIDADE DE PAGAMENTO. COMPATIBILIDADE COM O ARTIGO 39, §§ 4º e 8º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. IMPROCEDÊNCIA DA ADI. 1. É hipótese de conhecimento parcial da ação declaratória de inconstitucionalidade, por ausente impugnação minuciosada de todos os dispositivos da legislação estadual objeto de controle. 2. Questionamento do pagamento de gratificação de dedicação exclusiva (GDE) específico quanto aos agentes remunerados por subsídio. 3. Conhecimento da ação apenas quanto à expressão “ou subsídio”, constante dos §§ 1º, 3º e 5º do artigo 1º da Lei 6.975/2008. 4. O servidor público que exerce funções extraordinárias ou labora em condições diferenciadas pode receber parcela remuneratória além do subsídio. 5. A interpretação sistemática do artigo 39, §§ 3º, 4º e 8º, da CRFB, permitem o pagamento dos direitos elencados no primeiro parágrafo citado. 6. O artigo 39, § 4º, da Constituição Federal, não constitui vedação absoluta de pagamento de outras verbas além do subsídio. 7. A gratificação prevista na norma impugnada é compatível com o princípio da eficiência administrativa (artigo 37, caput, da CRFB), uma vez que busca equacionar a alocação de recursos humanos disponíveis para melhor atender à necessidade de serviços legalmente especificados. 8. *In casu*, a gratificação de dedicação exclusiva trata de situações em que o servidor público desempenha atividade diferenciada a justificar o seu pagamento em paralelo ao subsídio. 9. Improcedência da ação declaratória de inconstitucionalidade.” (STF, ADI 4941, Rel. Ministro Teori Zavascki, Relator p/ Acórdão: Luiz Fux, Tribunal Pleno, julgado em 14/08/2019, DJe- 07/02/2020).

¹²⁶ “A discricionariedade não pode ser vista, nunca, como a liberdade de atuar do administrador sempre que a lei não proibir, mas é, à luz das imposições de eficiência, perante os interesses intervenientes, no caso concreto, a margem de ponderação aberta para a Administração Pública, nos limites e na medida da lei, que, entretanto, não está isolada no ordenamento, mas que interage com as demais normas deste, e que, daí, não se abre exclusivamente ao interesse primário posto, mas, antes de tudo, ao bem comum.” (BATISTA JÚNIOR, 2004, p. 301).

¹²⁷ Prossegue Batista Júnior: “As necessidades do Estado Social (eficiente) ultrapassam as possibilidades do modelo burocrático tradicional, exigindo a valorização, ao contrário, da adaptabilidade à mudança. Exatamente

O Prof. Batista Júnior entende¹²⁸, assim como esta pesquisa, que uma maneira de apregoar eficiência ao labor público é limitando a discricionariedade a um trilho de boas práticas, ou mesmo em referências de eficiência¹²⁹ próprias do órgão público em que exerce suas funções. O meio poderia advir de uma regulamentação orgânica, as quais, segundo o autor, decorrem do poder hierárquico¹³⁰ (2004).

A ideia de delimitação de discricionariedade não se trata de tolhimento de ação do administrador, mas, como se pondera neste trabalho, uma justa homenagem ao princípio da eficiência. A ação pública requer engendramentos práticos e fáceis de atuação. Os gestores públicos possuem qualificação para seu cargo, mas nem sempre possui a vivência da praxe administrativa. E, cada vez mais, como visto, o Direito Administrativo do Medo impõe o silêncio de gestores como atuação sibilina e de menor exposição, reafirmando a crise de ineficiência pelo controle, na sensata expressão de Guimarães (2016).

Dessa forma, mais uma vez concordamos com Batista Júnior, o qual reconhece que mesmo a discricionariedade há de ser delimitada, para que prevaleça as soluções eficientes e menos gravosas ao particular¹³¹. Todavia, o autor distingue que há situações em que a omissão regulamentar é proveniente de lei “pensada”, como forma de constranger o gestor público a uma discricionariedade mitigada, em casos típicos de solução que não se imponha de fácil análise, o que não obstará decidir sob o manto dos princípios próprios da Administração Pública, com a eficiência dentre eles¹³².

por isso, na busca do aprimoramento da qualidade dos serviços públicos, calcada em uma filosofia de melhoria contínua, em países como Austrália e Suécia, os reformadores do Estado descobriram a necessidade de deixar o gerente gerenciar, ou, como se firmou na Nova Zelândia e Reino Unido, fazer o gerente administrar. Trata-se de dotar a Administração Pública de capacidade de dar respostas adequadas às contingências. Não se trata de entregar a Administração Pública à improvisação, mas de se retirar consequências de um modelo estratégico mais flexível.” (2004, p. 306-307).

¹²⁸ “O princípio de eficiência não estabelece nenhum espaço de liberdade para a atuação administrativa sobre o complexo normativo, mas pode, sim, colocar-se como poderoso instrumento de adequação finalística, no que diz respeito ao resultado da interpretação.” (BATISTA JÚNIOR, 2004, p. 626).

¹²⁹ Referenciais de eficiência são parâmetros ou regras de boa administração, as quais mantêm zonas discricionárias abertas para disciplina jurídico-normativa e fornecem guias para a busca da melhor solução no exercício administrativo, tanto na preparação como na execução (BATISTA JÚNIOR, 2004, p. 407).

¹³⁰ O que, conforme esposado no primeiro capítulo, não necessariamente se trata de poder hierárquico, mas de poder regulamentar, cuja aplicação também se concretiza dessa forma.

¹³¹ “Se a Administração Pública precisa de margem discricionária de atuação para poder tomar decisões mais eficientes perante os casos concretos, essa mesma margem necessita ser delimitada.” (BATISTA JÚNIOR, 2004, p. 620).

¹³² “A inexistência da regulamentação em causa pode corresponder a um plano da própria lei ou do legislador, que pretenderam afastar da esfera de possibilidades de atuação do administrador aquela conduta, ou seja, podemos estar diante não de uma deficiência, mas de uma inexistência planejada de certa regulamentação, ou de uma ausência pensada de atribuição de poder-dever legal para a Administração Pública” (BATISTA JÚNIOR, 2004, p. 629).

3.3. O Princípio da Eficiência e sua mensuração na Administração Pública

Ainda dentro do aspecto dogmático, vez que a pretensa mensuração de eficiência será mais bem analisada sob o viés da Análise Econômica do Direito nos capítulos posteriores, o presente tópico pretende discutir maneiras, mesmo que prosaicas, de mensuração de eficiência no âmbito da Administração Pública.

A ideia de eficiência advém do meio privado, como observa Batista Júnior (2004, p. 199), que estabelece ideia do utilitarismo de racionalizar os meios com o objetivo de maximizar os fins. O estado neoliberal, como fiador das práticas privadas em meio à Administração Pública, adotou a eficiência como mantra, porém não sendo seu exclusivo patrono, porquanto outras formas de Estado também a tem em prestígio, até em países reconhecidamente socialistas, em que o vetor custo-benefício seja mais contemporizado (v.g Cuba¹³³).

Batista Júnior (2004) discorre que a CRFB/88 juridicizou o princípio da eficiência, de claros contornos jurídicos, e não as regras técnicas da Ciência da Administração¹³⁴: os referenciais de eficiência, desta feita, não foram apostos no texto constitucional como uma ciência da organização, mas como um critério generalista (ou “genérico”, nas exatas palavras do autor) de eficiência¹³⁵.

O citado autor chega a tratar do “melhor interesse público possível” (2004, p. 202). A mensuração, desta feita, recai nas medições e levantamentos já realizados, por meio geração de emprego, mapeamento de crimes, mortalidade infantil, dentre outros índices tão fartamente estudados. No limite, o poder político se submete à percepção dos nacionais sobre o governo, por meio de seus índices. Não deixa de fazer sentido a ideia de que o grau de eficiência de um governo é escrutinado por meio de eleições diretas¹³⁶.

¹³³ Trecho da Constituição de Cuba que trata de eficiência administrativa: “Artículo 137. Corresponde al Consejo de Ministros: (...) c) proponer los objetivos generales y metas para la elaboración de los planes a corto, mediano y largo plazos en función del desarrollo económico y social del Estado, y una vez aprobados por la Asamblea Nacional del Poder Popular, organizar, dirigir y controlar su ejecución; (...) j) dirigir la administración del Estado, así como unificar, coordinar y fiscalizar la actividad de los organismos de la Administración Central del Estado, de las entidades nacionales y de las administraciones locales; k) evaluar y adoptar decisiones sobre los informes de rendición de cuenta que le presenten los gobernadores provinciales; l) crear, modificar o extinguir entidades subordinadas o adscriptas al Consejo de Ministros y, en lo que le corresponda, a los organismos de la Administración Central del Estado; m) orientar y controlar la gestión de los gobernadores provinciales; (...)” (CUBA, 2019).

¹³⁴ “A compreensão da eficiência pública a partir de uma ótica privada pode propiciar contradições insolúveis, que podem resultar na colocação em primeiro plano daquilo que é secundário, em detrimento do que é essencial.” (BATISTA JÚNIOR, 2004, p. 204).

¹³⁵ “Apenas podemos concluir que o princípio da eficiência nos traz um critério geral de eficiência que pode ser, inclusive, utilizado para a correta interpretação das normas jurídicas, além de firmar, para a atuação da Administração Pública, um dever genérico de eficiência (BATISTA JÚNIOR, 2004, p. 417).

¹³⁶ O autor (2004, p. 213), que cita Cabral de Moncada, afirma que a ideia de eficiência não se expressa de forma homogênea em toda a Administração Pública. Não há níveis de exigência homogêneos que abarquem toda a

Consoante Batista Júnior¹³⁷ (2004), a atividade do setor público no Estado Social de Direito deve, inarredavelmente, buscar a melhor prossecução do bem comum, sob forte coação da eficiência administrativa. Segundo o autor, “o critério, pois, para a verificação da eficiência pública é a medida de satisfação dada ao bem comum, ou seja, o nível de atendimento dos objetivos postos pelo ordenamento jurídico para a Administração Pública” (2004, p. 201).

Há, ainda, no escólio de Leal (2008), uma abordagem metodológica que reconhece a eficiência na Administração Pública por meio do fator custo. Porém, o próprio autor faz ressalvas quando, por exemplo, para aquisição de veículos para a Polícia Rodoviária Federal não se pode adquirir o modelo de menor valor financeiro, mas os que desempenhem plenamente a tarefa de um órgão voltado à segurança das rodovias federais.

Continua o tirocínio do autor encaminhando a ponderação como fator de eficiência diretamente na ação de órgãos públicos. Assinala-se as vantagens e as restrições de certas medidas, ponderando meios e fins, para se reconhecer qual medida seria a mais eficiência para a gestão. A sua conclusão é a de que (i) não há possibilidade de afirmar a existência de uma preferência *prima facie* em favor de meios menos custosos e (ii) a escolha do meio menos custoso só pode se dar por *caeteris paribus*, isto é, quando as demais variáveis incidentes se mantiverem sempre constantes (LEAL, 2008).

A outra abordagem que faz Leal (2008), ainda na concepção jurídica, enquanto mensuração prática do princípio, é entre a eficiência e a proporcionalidade. Nem um nem outro, o autor advoga ser a necessidade o meio ótimo de avaliação de eficiência, cotejando (i) a intensidade de interferência entre os princípios imbricados, (ii) o peso abstrato de cada variável e (iii) a confiabilidade das premissas fáticas que amparam a promoção/restrrição de cada princípio.

Para Fiúza¹³⁸ (2009), aumentar a eficiência da máquina pública significa fazer com que os recursos arrecadados por meio dos tributos sejam revertidos para o provimento de serviços públicos ao menor custo possível. E o caminho para que esse desiderato seja cumprido passaria pela aquisição dos insumos necessários e suas funções de produção. Daí, o autor conclui pela

atividade administrativa. Cada setor é merecedor de uma análise detalhada, quer o seja os referentes à polícia, ao fiscal, ao de prestação direta de atividade pública, ou no caráter econômico, sendo todos, ao menos, representativo em sua forma de utilizar os recursos a si manejados.

¹³⁷ “Exatamente por esse matiz cambiante, devemos ter presente que eficiência é um conceito que não admite uma quantificação ou qualificação rigorosa. Trata-se de um conceito jurídico indeterminado que permite sua precisão apenas no momento de sua aplicação aos casos concretos.” (BATISTA JÚNIOR, 2004, p. 214).

¹³⁸ FIÚZA, Eduardo P. S. Licitações e governança de contratos: a visão dos economistas. In: SALGADO, LUCIA HELENA; FIÚZA, Eduardo (Org.). **Marcos Regulatórios no Brasil: é tempo de rever regras?** Rio de Janeiro: IPEA, 2009. p. 239-274.

necessidade de uma especial atenção ao arcabouço institucional das compras públicas, como forma de se mensurar a eficiência administrativa.

Diante desse breve levantamento, ainda de contornos meramente semânticos, foram apresentados o conceito de eficiência e a sua evolução normativa, a sua aplicação prática e a forma de mensuração, ainda de maneira dogmática. O princípio da eficiência, não obstante, merece ser analisado sob a ótica da Análise Econômica do Direito, ramo de estudo que aplica os conceitos econométricos à abordagem jurídica. O que será iniciado no capítulo posterior.

4. TÓPICOS EM ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO: RICHARD POSNER E A EFICIÊNCIA ADMINISTRATIVA

4.1. Aspectos introdutórios sobre a análise econômica do Direito

A temática relacionada ao Direito e à Economia teve início ainda nos estudos de Maquiavel, Hobbes e Locke. Todavia, a Análise Econômica do Direito a qual conhecemos atualmente tem origem nos Estados Unidos, a partir de 1957, tendo sido o movimento mais influente no mundo jurídico daquele país nos últimos cinquenta anos (MACKAAY; ROUSSEAU, 2020).

Mackaay e Rousseau (2020) ordenam o desenvolvimento da AED em quatro fases distintas nos Estados Unidos, sendo uma primeira, denominada “lançamento”, que foi de 1957 a 1972; uma segunda fase, nominada de “aceitação do paradigma”, que abrangeu os anos de 1972 a 1980; a terceira fase, classificada como “debate sobre os fundamentos”, que iniciou em 1980 e perdurou até 1982; e, por fim, uma última fase, batizada de “movimento ampliado”, que vige desde 1982.

A primeira fase (“lançamento”) é caracterizada pela franca participação de economistas na tentativa de formular teorias econômicas que deem supedâneo à ação política, como uma teoria econômica para a democracia¹³⁹, abrangendo a forma de tomada de decisão por um parlamento¹⁴⁰ e sobre a lógica da ação coletiva¹⁴¹.

Contudo, o avanço mais importante, de acordo com Mackaay e Rousseau (2020), provém da Universidade de Chicago. O *Journal of Law and Economics*, lançado em 1958, foi o veículo que introduziu matérias de economia na análise do direito. É nesse periódico que Ronald Coase, em 1960, escreveu sobre o custo social. Em retrospecto, o “lançamento”, embora conduzido quase que na totalidade por economistas, provocou uma ruptura no estudo do direito, pregando-lhe conceitos econômicos, cujo pragmatismo suceder-se-ia na solução de contendas judiciais até os dias atuais.

¹³⁹ “*An Economic Theory of Democracy*”, de Anthony Downs, escrito em 1957 é o primeiro estudo considerado por Mackaay e Rousseau como inaugural da Análise Econômica do Direito (2020).

¹⁴⁰ Escrito por James Buchanan e Gordon Tullock, “*The Calculus of Consent – Logical foundations of Constitutional Democracy*”, de 1962, o estudo põe em evidência como se votam os programas que favorecem apenas uma minoria da população (MACKAAY; ROUSSEAU, 2020).

¹⁴¹ “Existe problema de ação coletiva sempre que um resultado não possa ser alcançado senão mediante a participação de quase todos os interessados, mas que, uma vez atingido serve a todos, mesmo àqueles que não participaram.” (MACKAAY; ROUSSEAU, 2020, p. 9).

A “aceitação do paradigma”, segunda fase da *Law and Economics*, segundo Mackaay e Rousseau (2020), veio a consolidar a AED como teoria proeminente no Direito. Surgem, durante esse período, estudos atrelados à microeconomia, concentrando as atenções em Guido Calabresi e Richard Posner, os quais buscam espargir essas teorias a todos os ramos do Direito. Doravante, as faculdades de direito norte-americanas oferecem cursos sobre a AED e, para além do meio universitário, governos já organizam políticas públicas e os tribunais começam a julgar levando em conta os argumentos de natureza econômica.

O terceiro momento da AED no cenário jurídico americano, que tratou sobre “debate sobre os fundamentos”, e que durou apenas dois anos, na divisão prevista por Mackaay e Rousseau (2020), centra-se também em Richard Posner. Na verdade, tratou essa fase da crítica à teoria de Posner por, principalmente, Dworkin, que censurou o simplismo da teoria do professor de Chicago. A atribuição de eficiência nas transações deve esbarrar na fixação prévia dos direitos fundamentais, principalmente porque grande parte das transações não são voluntárias, daí Ronald Dworkin debater a necessidade de se manter o direito subjetivo fundamental ante a qualquer outro interesse.

Em arremate, o “movimento ampliado” se dá pela atual situação em que a AED se encontra, com a aglutinação de conhecimentos provenientes de outras escolas, como pontuam Mackaay e Rousseau (2020), em especial a Escola Austríaca, os institucionalistas (ou neoinstitucionalistas) e as escolas ligadas às normas sociais. Imaginou-se que a pluralidade levasse à fragmentação e ao desaparecimento da doutrina, mas o movimento aproveitou-se dessa variedade e fez a integração das diversas correntes de pensamento¹⁴², sendo, até os dias atuais, importante capítulo na teoria do Direito, especialmente em países adeptos da *Common Law*.

Mackaay e Rousseau (2020) reconhecem que as teorias da AED também se apresentaram simultaneamente em outros países, como na França, na Austrália, no Canadá, na Inglaterra, na Suécia, na Alemanha, na Itália e com algum aprofundamento na Áustria, a qual recebeu o epíteto de “Escola Austríaca”, cuja tese prevalente é a do mercado como a melhor forma de transmissão das preferências individuais.

Diante desse brevíário histórico, tem-se, naturalmente, que a AED se desenvolveu sob o escólio da doutrina econômica, cuja aplicação no Direito se amoldou à medida que a natureza dos conflitos se dispunha a se resolver de forma satisfatória, isto é, equitativamente “econômica” entre as partes sinalagmáticas do processo.

¹⁴² “Durante o primeiro decênio do novo milênio, nota-se progressiva integração, na corrente principal, daquilo que pareceriam correntes dissidentes.” (MACKAAY; ROUSSEAU, 2020, p. 15).

Diante disso, Salama (2007) trata a AED em duas amplas e proveitosas versões: primeiro, da forma como a Economia consiga explicar a estrutura das normas jurídicas¹⁴³; e em segundo, que a AED consiga ser utilizada para prever consequências das regras e interpretações jurídicas¹⁴⁴. Divisão parecida também foi proposta por Gico Júnior¹⁴⁵ e Timm e Guarisse¹⁴⁶, os quais repartem a AED em análise positiva e análise normativa. Para Gico Júnior (2012), a análise positiva investiga um fato; já a análise normativa perquire um valor¹⁴⁷. Timm e Guarisse sintetizam:

A análise econômica envolve uma análise positiva e uma análise normativa. A análise positiva visa descrever e avaliar a eficiência de um determinado instituto, inquirindo sobre as consequências econômicas de diferentes arranjos normativos existentes. Em outras palavras, a análise positiva adota a perspectiva de um cientista, avaliando fenômenos sem propor alterações. Já a análise normativa permite determinar a melhor forma de reger comportamentos e interpretar princípios e normas, adotando a perspectiva de um formulador de políticas públicas, com o objetivo de determinar como o sistema pode ser reformado para atingir fins predeterminados (2012, p. 159-160).

Antes de tratar do corolário da AED a que se atém a presente pesquisa, isto é, o pressuposto da eficiência, mister considerar, ainda que de forma perfunctória, os próprios fundamentos da AED, associados aos conceitos econômicos básicos de microeconomia, dentre os quais destacamos, na esteira de Salama (2007): i) escassez; ii) maximização racional; iii) equilíbrio; iv) incentivos; e v) eficiência.

A escassez é representada pela finitude dos recursos. Como os recursos são finitos, é necessário que haja um equacionamento de suas alocações, oportunidade em que os indivíduos fazem suas escolhas. Para o Direito, segundo Salama (2007), há duas implicações quanto ao pressuposto da escassez: a primeira, em que a provisão e a proteção de direitos pelo Estado são custosas, daí se falar que “não existe almoço grátis”; a segunda, advinda da necessidade de se

¹⁴³ “Assim, os sistemas jurídicos poderiam ser compreendidos como sendo a resultante das decisões de maximização de preferências das pessoas em um ambiente de escassez. Essa ideia é comumente tratada de forma bastante abstrata. Por exemplo, os contratos surgem para facilitar a coordenação humana e permitir fixar o preço, a propriedade privada evita o excesso de consumo ou descaso com bens públicos, e assim por diante.” (SALAMA, 2007).

¹⁴⁴ “(...) trata-se, então, de tentar identificar os prováveis efeitos de diferentes posturas jurídicas sobre o comportamento dos atores sociais relevantes em cada caso. Essa ideia é bastante contenciosa, porque se a previsão de consequências nos mercados organizados já é bastante difícil, que dirá fora deles.” (SALAMA, 2007).

¹⁴⁵ GICO JÚNIOR, Ivo. Introdução ao Direito e Economia. In: TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direito e Economia no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2012. p. 1-33.

¹⁴⁶ TIMM, Luciano Benetti; GUARISSE, João Francisco Menegol. Análise Econômica dos Contratos. In: TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direito e Economia no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2012. p. 158-179.

¹⁴⁷ A explicação se dá em sua conclusão: “Em resumo, a AED positiva nos auxiliará a compreender o que é a norma jurídica, qual a sua racionalidade e as diferentes consequências prováveis decorrentes da adoção dessa ou daquela regra, ou seja, a abordagem é eminentemente descritiva/explicativa com resultados preditivos. Já a AED normativa nos auxiliará a escolher entre as alternativas possíveis mais eficiente, isto é, escolher o melhor arranjo institucional dado um valor (vetor normativo) previamente definido.” (GICO JÚNIOR, 2012, p. 18).

escolher e tomar decisões, as quais, em absoluto, implicam em um ganho, mas também em uma perda, denominada *trade off*.

A maximização racional é proveniente da premissa que os indivíduos tendem, salvo limitação cognitiva ou circunstancial – as quais são protegidas pelo Direito –, a tomar decisões racionais. Nesse sentido, Salama (2007) pondera que a maximização racional leva ao processo de “decisão marginalista”, em que os indivíduos só farão uma atividade se, e somente se, os benefícios superarem seus custos. Dessa suposição, faz-se necessário que haja segurança jurídica para que os agentes se sintam menos incentivados a trapacear nos negócios e realizar acordos.

Quanto ao equilíbrio, Salama (2007) explica que “é o padrão comportamental interativo que se atinge quando todos os atores estão maximizando seus próprios interesses simultaneamente”. Para além dessa concepção, a aplicação prática do pressuposto ocorre quando em contratos, por exemplo, a execução se torna inviável (por decisão judicial, p. ex.) e o custo do serviço cuja contraprestação se propôs tenderá a ser aumentado, buscando o equilíbrio, proveniente agora do risco de não receber pelo produzido.

Os incentivos são, segundo Salama (2007), preços implícitos, os quais atuam conforme a dinâmica do próprio mercado¹⁴⁸. O padrão de conduta relacionada ao sopesamento do custo e do benefício calham no Direito, ao prever que certas ações são suscetíveis às cláusulas penais, exatamente para se desincentivar suas execuções.

Dessa forma, analisar a AED apenas sob os aspectos normativo ou positivo, em que pese a riqueza valorativa, em nada supriria uma lacuna de um Direito já forte no aspecto dogmático. Assim sendo, Gico Júnior¹⁴⁹ (2012) reconhece as contribuições da AED (i) quanto a identificação do que é injusto – distinguindo que toda regra que gera desperdício é injusta, pois ineficiente –, e (ii) pelo necessário exercício de ponderação para a compreensão das consequências reais de qualquer regra submetida ao plano concreto.

Isto posto, a eficiência admite várias acepções conforme exposto no capítulo anterior. Contudo, no âmbito da AED, a ideia de maximização de ganhos (riqueza, ganhos sociais, bem-estar etc.) e de minimização de custos (de transação) é a mais aproximada do conceito em tela.

¹⁴⁸ O autor cita o exemplo da dinâmica dos preços ante a curva de oferta e demanda: “Assim, consumidores geralmente irão consumir menor quantidade de um bem quando o preço subir, e maior quantidade quando o preço cair. Já os produtores geralmente seguirão o caminho inverso, e produzirão maior quantidade quando o preço subir e menor quantidade quando o preço cair.” (SALAMA, 2007).

¹⁴⁹ GICO JÚNIOR, Ivo. Introdução ao Direito e Economia. In: TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direito e Economia no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2012. p. 1-33.

Não obstante, essa dinâmica pode se dar de várias formas, especialmente quanto às externalidades¹⁵⁰, o que merecerá mais destaque nos tópicos posteriores.

4.2. Teorias sobre medida de eficiência: Pareto e Kaldor Hicks

Um princípio constitucional orientado a dispor a Administração Pública para executar suas servidões de forma a alcançar o máximo proveito com o menor custo. Esse foi o conceito de eficiência feito de forma simplória e considerando apenas os signos semânticos no aspecto jurídico-normativo do termo, conforme estudado ainda no Capítulo 2.

Todavia, a ideia de eficiência vai muito além da mera relação de meios e fins, de custos e benefícios e de partidas e contrapartidas presente ainda no estudo do Direito meramente dogmático. Nesse viés, sobrepõe-se a microeconomia e fundamenta-se a *Law and Economics* assentada basicamente em três teorias do estudo da eficiência: Pareto, Kaldor-Hicks e Posner.

O engenheiro, advogado e economista Vilfredo Pareto apresentou sua metodologia de eficiência a partir de uma percepção de alocação – daí ser reconhecida como eficiência alocativa – em que, basicamente, reconhece uma situação eficiente, ou ótima (“ótimo de Pareto” ou “Pareto-eficiente”¹⁵¹) se for verdade não ser possível melhorar a utilidade de um agente sem degradar a utilidade de qualquer outro agente econômico (OLIVEIRA, 2016).

O autor, em seu *Manual de Economia Política*, introduz o termo “ofelimidade” para explicar sua noção de eficiência, ainda como uma propriedade do equilíbrio. O termo, que pode ser traduzido como um valor associado ao uso de uma mercadoria em satisfazer as necessidades humanas, é a grandeza na sua ideia de equilíbrio:

Diremos que os membros de uma coletividade gozam, em determinada posição, do máximo de ofelimidade, quando se torna impossível encontrar um meio de afastar-se muito pouco dessa posição, de tal maneira que a ofelimidade de que goza cada indivíduo dessa coletividade aumente ou diminua. Isso significa que todo pequeno

¹⁵⁰ “Ação de um produtor ou consumidor que afeta outros consumidores, mas que não é considerada no preço de mercado” (PYNDICK; RUBINFELD, 2006, p. 556). Ao aduzir as externalidades em relação aos contratos, Timm e Guarisse reconhecem que são efeitos gerados em terceiros e podem ser divididas em positivas e negativas. Orientadas para uma repercussão original de um contrato entre terceiros, os autores explicam que as vacinas, por exemplo, poderiam ser reconhecidas como externalidade positiva, pois o a compra e o subsequente uso de tal meio profilático tendem a evitar a transmissão de doenças. Já a compra de combustível para automóvel cumpre o papel de externalidade negativa, pois causa poluição do ar, sendo um estorvo para outras pessoas. (TIMM; GUARISSE, 2012, p. 166. In: TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direito e Economia no Brasil*. São Paulo: Atlas, 2012. p. 158-179.)

¹⁵¹ Há, também, o conceito de “melhoria de Pareto”: “O ótimo de Pareto é uma forma de descrever uma situação de equilíbrio de mercado. Partindo desta definição de eficiência, um outro conceito correlato pode ser delineado de forma relativa. Quando identificamos uma situação em que a utilidade de um agente econômico pode ser aumentada sem que isto tenha efeito negativo sobre nenhum outro, dizemos que esta é uma *melhoria de Pareto*. Por via de consequência, um ótimo de Pareto é atingido quando não há mais melhorias de Pareto possíveis em uma determinada situação.” (OLIVEIRA, 2016, p. 44).

deslocamento a partir dessa posição tem, necessariamente, como efeito aumentar a ofelividade de que gozam certos indivíduos e diminuir a de que outros gozam: ser agradável a uns e desagradável a outros (PARETO, 1996, p. 274-275)

Para Aragón (2014), uma situação ótima ou eficiente, em Pareto, ocorre quando não é possível encontrar outra situação em que alguém possa melhorar sua posição, sem que ao menos outra pessoa tenha a sua posição piorada. Na esteira, de forma mais didática, Bullard¹⁵² sugere que “*una situación em más eficiente [conforme abordagem de Pareto] que la anterior cuando una persona mejora sin empeorar la situación de ninguna otra*” (2019, p. 28)

Santos Filho, citando Rachel Szatajn¹⁵³, entende a eficiência de Pareto “quando não houver outra alternativa preferível por todos os envolvidos, considerando-se suas preferências individuais” (2016, p. 220), e que tal compreensão implicaria em um ótimo social, na situação em que os bens transferidos para aqueles que os mais valorizam seria a maior possível.

Para além do pensamento de Oliveira (v. nota 151), o Ótimo de Pareto “ocorre quando se atinge o grau máximo de eficiência, não podendo ser realizado mais nenhum ajuste distributivo para benefício de um indivíduo sem que se prejudique o outro”¹⁵⁴ (OLIVEIRA; LOBÃO, 2019, p. 104).

O modelo de Kaldor-Hicks, por sua vez, foi introduzido com o objetivo de sanar algumas imprecisões do modelo de Pareto. Os economistas Nicholas Kaldor e John Hicks propuseram a ideia de compensação, o que permite transacionar perdas e ganhos em uma devida situação, em contraponto à ideia de eficiência de Pareto.

Para Kaldor, a compensação pode ser realizada pelo próprio Governo, por meio de uma otimização tributária:

But it is Always possible for the Government to ensure that the previous income-distribution should be maintained intact: by compensating the “landlords” for any

¹⁵² De forma bem pedagógica, Bullard explica o caso de distribuição entre máquinas de barbear e batons entre quarenta homens e mulheres distribuídos igualmente em uma sala: “*Aún muchos hombres y mujeres tienen em su poder bienes que les sn inútiles (según su preferencia), pero están em capacidad de mejorar. Imaginemos entonces que todos los que tienen bienes no deseados comienzan a negociar transacciones de intercambio (permutas) entre ellos, de manera que em um corto período vários de los hombres tienen una máquina de afeitar y várias de las mujeres tienen um lápiz de lábios. (...) Nótese que no todos tienen lo que hubieran deseado. No todos están contentos. Algunos hombres se quedaron com lápices de lábios o algunas mujeres com máquinas de afeitar. Si se hubieran habido treinta lápices de lábio y diez máquinas de afeitar, si se hubieran alcanzado todos los intercambios posibles dadas las preferencias, hay um grupo de diez hombres que se habría quedado com lápices de lábios.*” (2019, p. 29).

¹⁵³ SZATAJN, Rachel. Law & economics. In: SZATAJN, Rachel; ZYMBERSTAJN, Décio (Org.) **Direito e economia**: análise econômica do direito e das obrigações. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

¹⁵⁴ Curiosa observação também nesse sentido vem de Stringari (2012, p. 98): “segundo o critério de Pareto, a concentração de todos os recursos da sociedade numa única pessoa seria eficiente e qualquer mudança neste cenário, ou seja, qualquer redistribuição, seria ineficiente, pois deixaria aquele sumo – possuidor em situação pior àquela em que anteriormente se encontrava.”

loss of income and by providing the funds for such compensation by an extra tax on those incomes have been augmented (1939, p. 550).

Já John Hicks expandiu o conceito de compensação estabelecendo as premissas de aplicabilidade em outras situações, especialmente no contexto privado (em contraponto à seara pública, estudada por Kaldor):

(...) Nevertheless, this does not prevent us from applying our criteria to the case of private enterprise, because we can always suppose that special measures are taken through the public revenue to compensate those people who are damaged. A “permitted reorganisation” must thus be taken from now on to mean which will allow of compensation being paid, and which will yet show a net advantage. The position is not optimum so long as such reorganization is possible (1939, p. 706).

Santos Filho esclarece que o critério de Kaldor-Hicks oferece situações eficientes “mesmo com a presença de alguns prejuízos para alguns envolvidos, desde que o indivíduo cujo bem-estar sofreu redução possa ser compensado para manter seu nível de satisfação” (2016, p. 220).

Aragón compreende a eficiência de Kaldor-Hicks “*cuando los beneficios totales (sociales) netos son máximos*”, concluindo pela possibilidade de “*‘comprar’ la aquiescencia de los perdedores con lo que obtienen los ganadores*” (2014, p. 18).

Como o Direito é coercitivo pela sua própria natureza, o modelo de Kaldor-Hicks, com sua compensação hipotética, é a que mais se adapta ao tratado de eficiência na AED, pelo que Richard Posner o adota em sua concepção particular de eficiência, a ser estudada mais adiante. Contudo, há críticas ao modelo Kaldor-Hicks, consoante abordagem de Oliveira (2016), que assinala: i) a dificuldade em estabelecer o *quantum* de tal compensação; ii) a existência de situações extremamente injustas, que poderiam ser consideradas eficientes; iii) um certo tom “coletivista” aplicada à teoria, vez que não se leva em conta as mudanças (provavelmente não desejadas) que as minorias deverão se submeter às maiorias; iv) a falta de garantia que haverá aumento da utilidade social; e v) as desvantagens da ausência de consenso entre quem ganha e quem perde.

Embora nos detenhamos especificamente em Pareto e Kaldor-Hicks, há ainda autores pertencentes à AED que invocam definições de eficiência em seus estudos, como Rawls, que traz uma nova abordagem que transmuta a Análise Econômica do Direito, partindo do prisma da eficiência como a própria equidade na justiça.

Ricardo Lobo Torres (2006, p. 71) reconhece que é na obra *Uma Teoria da Justiça*, de John Rawls que a “eficiência abandona as premissas utilitaristas e passa a ser examinada sob a

perspectiva dos princípios jurídicos”¹⁵⁵. Nessa abordagem, Torres (2006) reconhece que o autor americano vê a eficiência não somente como uma concepção de justiça, mas em um balanceamento entre a equidade e um tratado de igualdade liberal¹⁵⁶.

Apresentada essas poucas linhas acerca das doutrinas mais importantes sobre o conceito de eficiência na AED, passamos, no tópico posterior, a explorar a teoria de eficiência de Richard Posner, buscando tocar-lhe na Administração Pública brasileira, cumprindo um dos objetivos da presente pesquisa.

4.3. A teoria de Richard Posner e sua aplicação na Administração Pública

Richard Allen Posner é um jurista norte-americano formado em Letras, por Yale, e em Direito, por Harvard, tendo exercido, de 1981 a 2017, a função de juiz na *United States Court of Appeals for the Seventh Circuit*, bem como a função de assistente do *Justice William J. Brennan Jr.* durante o período de 1962-1963¹⁵⁷. Contudo, vem da sua carreira acadêmica o seu maior reconhecimento.

Seu magistério iniciou em Stanford, tendo lá permanecido até 1969, quando ingressou na *The University of Chicago Law School* e lá se estabeleceu até alcançar o honroso título de *Senior Lecturer*, o qual ostenta até o presente momento.

Foi na Universidade de Chicago que Posner publicou seu primeiro livro, em 1973, *Economic Analysis of Law*, no qual o autor buscou a sistematização do direito norte-americano a partir da análise microeconômica. Salama (2008) entende que Posner admitiu três forças motrizes da *Common Law*: i) direito da propriedade; ii) direito contratual/obrigacional; e iii) direito da responsabilização civil.

Com efeito, levando em conta sua experiência na magistratura, a teoria de Posner se baseia na *Common Law*, em que reconhece o “direito produzido por juízes” (OLIVEIRA, 2016, p. 18) como uma tendência a mover-se em direção à eficiência econômica, ao contrário daquele produzido pela forma civilista no Brasil, de tradição romano-germânica. A “*Common Law*

¹⁵⁵ TORRES, Ricardo Lobo. Princípio da eficiência em matéria tributária. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.). **Princípio da eficiência em matéria tributária**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 69-82.

¹⁵⁶ Neste sentido, importa buscar a própria abordagem de eficiência por John Rawls, em seu *Uma Teoria da Justiça*: “o princípio da eficiência pode ser aplicado à estrutura básica por referência às expectativas dos sujeitos representativos. Poderemos dizer que uma distribuição de direitos e deveres na estrutura básica é eficiente se, e só se, for impossível modificar as regras, redefinindo o sistema de direitos e deveres por forma a elevar as expectativas de, pelo menos, um sujeito representativo sem ao mesmo tempo reduzir as expectativas de, pelo menos, um dos outros sujeitos representativos.” (1993, p. 74).

¹⁵⁷ Informações disponíveis em: UNIVERSITY of Chicago. Richard A. Posner. Disponível em: <https://www.law.uchicago.edu/faculty/posner-r>. Acesso em 07 ago. 2022.

norte-americana refletiria um arcabouço jurídico que permitiria que o sistema econômico fosse cada vez mais próximo dos resultados que um mercado com competição perfeita proporcionaria” (SALAMA, 2008).

Posner introduz o conceito de maximização de riqueza superando o utilitarismo de Bentham por julgá-lo (i) um domínio indefinido¹⁵⁸, (ii) sem um método claro em relação aos cálculos dos efeitos da felicidade sobre determinada decisão¹⁵⁹, (iii) sem considerar os perigos de instrumentalizar o pretense direito à felicidade das pessoas¹⁶⁰ e (iv) por não reconhecer a “monstruosidade moral”¹⁶¹ como consequência prática desse instituto (POSNER, 2010).

Da mesma forma que Posner busca se distanciar de Bentham, também o faz em relação a Kant. O autor admite que o perigo do utilitarismo seria as aberrações morais; já na teoria kantiana, seria o preciosismo moral e o extremismo. No limite, as teorias desenvolvidas por Bentham e Kant beberiam da mesma fonte (POSNER, 2010).

Dessa forma, a ideia de eficiência em Posner se resume a partir do conceito de maximização da riqueza. Essa teoria “eficientista”, como apregoa Salama (2008), estabelece que as regras jurídicas e as individualmente tomadas, bem como as instituições jurídico-políticas, devem ser avaliadas em função da maximização da riqueza¹⁶².

Richard Posner propõe, então, o conceito de maximização de riqueza como critério de eficiência: “O cálculo de riqueza da sociedade inclui o valor de mercado, no sentido de preço, multiplicado pela totalidade das mercadorias e dos serviços que ela produz; e também a soma de todos os superávits dos consumidores e produtores, gerados por essas mercadorias e esses bens.” (POSNER, 2010, p. 73).

O “valor” em Posner é um conceito que provém daquilo que as pessoas estariam dispostas a pagar por uma mercadoria, não somente da felicidade que extrairão de sua aquisição

¹⁵⁸ “Uma das principais críticas enfrentadas pelo utilitarismo é a mesma de que sei campo de ação é incerto. Quem deverá ter sua felicidade incluída na elaboração de políticas que maximizem felicidade?” (POSNER, 2010, p. 63).

¹⁵⁹ “Em suma, a lógica do utilitarismo parece favorecer a escolha da maximização da quantidade total de felicidade no universo, como objetivo ético. E, uma vez que, aparentemente, esse objetivo só pode ser atingido mediante a infelicidade de um grande número de pessoas (...), os utilitaristas estão sempre procurando novas formas de restringir sua teoria. Mas, para fazê-lo, precisam transcendê-la.” (POSNER, 2010, p. 65-66).

¹⁶⁰ “Mesmo que nos detenhamos apenas na população humana, não há nenhuma técnica confiável para medir mudanças no grau de satisfação de um indivíduo com base no grau de satisfação de um outro indivíduo.” (POSNER, 2010, p. 66).

¹⁶¹ Também conhecida como “monstruosidade utilitarista”, em que se leva o utilitarismo às últimas consequências e perde-se o sentido de justiça. Alan Donagan, citado por Posner, ilustra um exemplo, em que uma pessoa decide assassinar seu avô, de forma indolor e que mais ninguém saiba que tenha ocorrido. O assassinato livra o avô de sua vida miserável e infeliz e o neto tem a alegria de dividir uma grande herança. Não se crê que, de forma alguma, esse assassinato seja justificável, daí a tal “monstruosidade”. (DONAGAN, Alan. *Is There a Credible Form of Utilitarianism?*, *Contemporary Utilitarianism*, 187, 188 *apud* POSNER, Richard. *A economia da justiça*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010, p. 69)

¹⁶² “Regras jurídicas e interpretações do direito que promovam a maximização da riqueza (i.e. eficiência) seriam justas; regras que não a promovessem, injustas.” (SALAMA, 2008).

– daí as críticas ao utilitarismo. E “a riqueza da sociedade é a totalidade da satisfação das preferências (as únicas moralmente relevantes em um sistema de maximização da riqueza) financeiramente sustentadas, isto é, que se manifestam em um mercado” (POSNER, 2010, p. 73).

Não obstante as críticas tanto ao utilitarismo de Bentham quanto à deontologia de Kant, Salama (2008) põe Posner em um meio-termo, em que entende a maximização da riqueza nessa mistura das tradições filosóficas rivais. Da tradição utilitarista, o autor reconhece que Posner pinçou dois aspectos: o primeiro, o qual mantém uma concepção consequencialista de moralidade e justiça; e o segundo, que retém o cálculo individual para a percepção do exame das relações em sociedade¹⁶³. Já da tradição kantiana, o professor americano capta a autonomia e o consenso kantianos¹⁶⁴.

Posner (2010) acredita que a eficiência advinda da justiça perpassa o seu conceito aristotélico de justiça corretiva, embora reconheça que o autor grego não tenha abordado a eficiência em suas divagações. Por isso, caso um ato ilícito resulte em dano, é necessária uma retificação para que a eficiência no uso dos recursos não seja prejudicada¹⁶⁵.

Em alusão ao seu *The Economics of Justice*, Thais Nunes de Arruda (2013) assinala que Posner compreende a eficiência como a exploração de recursos econômicos da forma que seu valor, admitido como a satisfação humana medida pela vontade do consumidor de pagar por bens e serviços, seja maximizado. “De modo equivalente, a riqueza da sociedade é a satisfação agregada das preferências humanas (as únicas que tem peso ético num sistema de maximização de riqueza) que são transformadas em dinheiro, isto é, que podem ser registradas em mercado.” (ARRUDA, 2013).

Gico Júnior¹⁶⁶ (2012) lembra que Richard Posner chegou a propor que, na ausência de teoria de valor operacionalizável e consensual, esse vácuo poderia ser suprido utilizando-se do critério normativo da maximização da riqueza social, por ser uma justificativa ética de aproximação da busca pela eficiência.

¹⁶³ A ressalva também vem logo depois: “A riqueza é um aspecto importante das preferências dos indivíduos, e a maximização da riqueza lembra, portanto, o utilitarismo por dar força significativa às preferências; mas não representa a soma total destas.” (POSNER, 2010, p. 77).

¹⁶⁴ O próprio autor reconhece que a maximização de riqueza permite a conciliação de três princípios éticos usualmente concorrentes: a utilidade, a liberdade e a igualdade (POSNER, 2010).

¹⁶⁵ “O conceito aristotélico de justiça corretiva é coerente com a abordagem fundada na maximização da riqueza e até necessário a esta. Se um ato ilícito resulta em dano, alguma forma de retificação se faz necessária para a eficiência no uso dos recursos não ser prejudicada” (POSNER, 2010, p. 88).

¹⁶⁶ GICO JÚNIOR, Ivo. Introdução ao Direito e Economia. In: TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direito e Economia no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2012. p. 1-33.

A concepção de eficiência em Posner não está dissociada das teorias de Pareto nem de Kaldor-Hicks. A maximização de riqueza não se atrela à Pareto por esta teoria não estabelecer efeitos a terceiros, e o que aquele conceito faz é exatamente propor uma forma de equilíbrio baseada na ideia de reposição¹⁶⁷. Para o restabelecimento do equilíbrio, Posner (2010) entende que a defesa da autonomia deve se sobrelevar em um “mercado” da justiça¹⁶⁸.

Por entender que “a pressuposição da inexistência de efeitos sobre terceiros é demasiado rígida” (POSNER, 2010, p. 107), a teoria de eficiência que mais se amolda ao conceito de maximização de riqueza seria a de Kaldor-Hicks. Neste, em vez de exigir que ninguém saia prejudicado por uma alteração na alocação de recursos, estabelece apenas que o aumento no valor seja suficiente para compensar plenamente os prejudicados (POSNER, 2010).

Nesse diapasão, a teoria emprestada de Kaldor-Hicks sobre eficiência é tratada como uma conveniência analítica que permite discutir separadamente as questões de alocação e distribuição. Eis a chave da maximização da riqueza: a recomposição de danos, com autonomia entre as partes para decidirem¹⁶⁹ (POSNER, 2010).

Todavia, Posner (2010) compreende que não há necessidade de se dissociar totalmente Pareto de sua teoria. Para o professor norte-americano, caso haja consentimento *ex ante* é possível que a teoria de eficiência de Pareto se subjaza à maximização da riqueza.

Embora tratasse de forma afável a teoria de Posner, a academia teceu duras críticas sobre a ideia de maximização da riqueza aduzida pelo professor norte-americano. Seu maior crítico (ao menos considerado pela doutrina da AED) foi Ronald Dworkin, que entendia que a maximização de riqueza não possui o condão de produzir mais bem-estar que outras estruturas econômicas e políticas mais concessivas (POSNER, 2010).

Segundo Posner, em réplica a Dworkin, a maximização de riqueza não maximiza as transferências ou a proteção de direitos ou felicidade, mas apenas traria uma dessas coisas.

¹⁶⁷ “É verdade que, em um mercado onde inexistam efeitos sobre terceiros, a proibição de transações reduziria a riqueza da sociedade e, ao mesmo tempo, reduziria a liberdade ou a autonomia. Logo, a meta de maximização da riqueza coincidiria com a defesa da autonomia.” (POSNER, 2010, p. 107)

¹⁶⁸ “Por que não deveria o princípio normativo da sociedade ser, em vez da maximização da riqueza, a proteção e o aprimoramento da autonomia pessoal, valor que subjaz ao princípio do consentimento? A resposta é que a mera adesão literal ao critério da superioridade de Pareto seria paralisante. Assim, a ética da autonomia pessoal, interpretada e aplicada sem preocupação com suas consequências para o bem-estar humano, produziria uma infelicidade considerável, como admitem os seguidores de Kant.” (POSNER, 2010, p. 117-118).

¹⁶⁹ Por esse motivo, entende Gonçalves (1997) que o critério de Kaldor-Hicks deve ser aplicado em uma relação de análise de custo-utilidade ao se prescrever uma política jurídica, na medida em que a utilidade total a ser valorada em dinheiro seja superior aos custos totais, também valorados em dinheiro, de sua implementação.

Diante disso, Posner (2010) crê que a maximização da riqueza faz, automaticamente, as concessões mútuas entre esses fatores expostos¹⁷⁰.

Dworkin redarguiu Posner, alargando a crítica a toda corrente da AED, pois censurava a pretensa “riqueza social” ser considerada um objetivo digno para a análise econômica. O parâmetro da riqueza social, segundo o autor, é falho a partir da percepção de que isso implicaria em considerar uma sociedade melhor que a outra. Por tal razão, Ronald Dworkin (2005) condena a indeterminabilidade associada à análise econômica e seu contraponto à moral.

Desde que surgiu esse embate acadêmico *Posner vs. Dworkin*, o expoente da AED veio moderando sua doutrina. A partir da década de 1980, Posner foi acometido pela sua “virada pragmática”, que Leite e Dias tacharam-na de uma combinação de “pragmatismo clássico, realismo jurídico, neo pragmatismo e análise econômica do direito” (2016).

A teoria sobre a maximização da riqueza foi paulatinamente moderada e modulada. Salama (2008) sugere que há uma franca participação de Dworkin nessa virada, dada as severas críticas que sofrera, especialmente quando defendeu o argumento que a maximização da riqueza não pode ser um guia para a justiça, porque a eficiência não é um valor, e a justiça se guia por valores.

Posner passa, então, ao pragmatismo, que julga ser um “termo curinga para diversas tendências do pensamento filosófico” (2009, p. 410). Ao passo que critica o formalismo¹⁷¹, o professor entende que os decisores precisam “idealizar fins e desenvolver uma percepção de como as transformações sociais afetam os meios apropriados a alcançá-los.”, destacando, por fim, que “Precisam ter a sensibilidade instrumental, essencial ao pragmatismo.”¹⁷² (2009, p. 425).

Em que pese não tenha abandonado totalmente a sua teoria eficientista da maximização de riqueza, Posner recalcula sua rota no que se refere à medida de eficiência, tal qual se vem estudando nesta pesquisa. A sua “virada pragmática” exsurge como um conceito mais voltado

¹⁷⁰ Aqui, vale a reprodução do original *The Economics of Justice*: [Em contraponto a Dworkin]. “*But I do not argue that wealth maximization would maximize transfers (or protection of rights, or happiness), only that it would give us some of all of these things. Dworkin thinks we could get more of all three by aiming directly at each. But because there is no common protection of rights, it is unclear how to make the necessary trade-offs among these things in the design of a social system. Wealth maximization makes the trade-offs automatically. If there is a better approach, it is not obvious and Dworkin has not described it.*” (POSNER, 1983, p. 112).

¹⁷¹ “O pragmatismo mantém-se como antídoto para o formalismo. A ideia de que as questões jurídicas podem ser respondidas mediante a investigação da relação entre conceitos e, portanto, sem necessidade de mais que um exame superficial da relação destes com o mundo dos fatos, é tão antipragmática quanto antiempírica.” (POSNER, 2009, p. 421).

¹⁷² Neste sentido, Stringari: “Nesta etapa, percebe-se uma preocupação maior do autor pela fundamentação filosófica de temas afetos à teoria que defende. Isso deixa transparecer, curiosamente (apesar de todo seu enfoque pragmático), uma maior fundamentação teórica do que aquela empregada na fase anterior, onde se verifica uma abordagem essencialmente prático-econômica.” (2012, p. 107).

para uma abordagem semântica, embora focada, como o próprio nome diz, em um pragmatismo. O que quer o autor, em nossa visão, é diminuir o mote econômico no Direito e partir para o que chamou de “navegação harmoniosa” (2009, p. 428), a fim de criar uma metodologia atrelada à teoria pragmática do Direito. Um pouco de tudo (utilitarismo, kantismo, maximização da riqueza, formalismo e pragmatismo) é o necessário para se aplicar o direito ao caso concreto, motivo pelo qual não há necessidade de se fixar em apenas uma doutrina¹⁷³.

4.3.1. Aplicação da Teoria de Posner na Administração Pública

No presente subtópico cumpre verificar como a teoria de Posner, em especial a sua maximização de riqueza, pode ser implementada no âmbito da Administração Pública brasileira.

Da teoria à análise prática, um dos objetivos da presente pesquisa é de exatamente assenhorar-se de uma escola, que é quase que totalmente assentada na *Common Law*, poder ter o condão de ser aplicada na Administração Pública nacional¹⁷⁴. Ainda: quais seriam os conceitos de eficiência em Posner que podem ser trazidos para a realidade burocrática nacional?

Aqui servimo-nos da própria porta aberta por Richard Posner, o qual reconheceu a possibilidade de sua doutrina se estabelecer em outras matérias do Direito, ou mesmo nas várias concepções de aplicação prática¹⁷⁵. Ainda nesse sentido, ao abordar a aplicação na Administração Pública brasileira, leva-se em conta que a teoria de Posner, segundo seu próprio autor, embute que os critérios econômicos podem ter natureza de elementos fundantes da ética pública e do direito, pelo menos nos Estados Unidos (SALAMA, 2008).

Nesse diapasão, temos estudos produzidos por Everton Gonçalves e Amana Kauling Stringari, os quais teorizaram, em minúcias, a aplicação da teoria de Posner no âmbito publicista

¹⁷³ Laconicamente – em termos de Posner –, parece que o autor bem definiu a conduta dos juízes para atuar de forma eficiente: “(...) os juízes, ao tomar decisões, exerçam sua ampla discricionariedade de modo que se produzam resultados eficientes, entendidos no sentido de resultados que evitem o desperdício social (...)” (POSNER, 2010, p. XIV).

¹⁷⁴ O autor aborda essa possibilidade no prefácio da edição brasileira de *The Economics of Justice* (A Economia da Justiça) em que discorre que “O Brasil, à semelhança de outros países cujo sistema jurídico é derivado da *civil law* da Europa continental, tradicionalmente adotou uma concepção rigorosamente positivista do papel do judiciário. O direito é feito (positivado) pelo poder legislativo; os juízes se limitam a identificar e aplicar as normas legisladas. Nos últimos anos, porém, seguindo a tendência dos tribunais constitucionais da Europa Ocidental depoi da Segunda Guerra Mundial, os constitucionalistas brasileiros começaram a adotar uma concepção não positivista da interpretação constitucional, orientando-se por teorias constitucionais com as da ponderação de valores ou interesses, da proporcionalidade e do direito como moral (direito natural). Além disso, cada vez mais se reconhece a textura aberta dos textos legislativos, o que permite e até mesmo impõe o exercício da discricionariedade judicial.” (POSNER, 2010, p. XI).

¹⁷⁵ “A maximização da riqueza lança bases não apenas para uma teoria dos direitos e dos remédios judiciais, mas para o próprio conceito de direito.” (POSNER, 2010, p. 89).

nacional, cada qual em uma direção. Em complemento, importante artigo publicado por Alberto Barella Netto, Hérica Cristina Paes Nascimento e Vithor Assunção Sousa fizeram prestimoso alento de trazer conceitos caros de AED, com algum espreque em Posner, para a Administração Pública brasileira, embora voltado para as novas tecnologias.

Netto, Nascimento e Sousa creditam à AED a possibilidade de reverter uma certa ineficiência de políticas públicas por meio de novas tecnologias, cujas aplicações derivariam dos aproveitamentos práticos de *Law and Economics*, tais como: a Teoria dos Custos de Transação, a Teoria do Agente, a Teoria da Escolha Pública e a Teoria dos Jogos. Especificamente sobre a teoria de Posner, em atenção à segunda fase, que transmuta a maximização de riqueza com uma análise racional – pragmática, portanto –, os autores esclarecem que “a maximização dos resultados por meio de uma análise racional fundamentada em incentivos é utilizar a AED visando benefícios que vão desde a melhoria na prestação dos serviços públicos à economia de custos com implementação de políticas públicas mais assertivas” (2021).

Gonçalves (1997) reflete que se for adotado uma corrente economicista para a estruturação do Direito Pátrio, as máximas principiológicas constitucionais, assim como os direitos e garantias fundamentais, são compatíveis com a maximização da riqueza de Posner, o que implica em sua aplicabilidade na Administração Pública brasileira.

Entende o autor que a CRFB/88 é assentada na livre iniciativa e na valorização do trabalho humano, valores esses que são próprios de um sistema liberal-capitalista. Tal indicativo exige que o Sistema Constitucional Pátrio deve possuir um nível interpretativo-analítico capaz de alcançar um ideal de justiça que também considere o viés econômico como fundamento para apuração de justiça – ou injustiça (GONÇALVES, 1997).

Destarte, Gonçalves arremata sua proposta estabelecendo uma opinião no sentido de que “A apreciação da Princiologia Constitucional de 1988, segundo a LaE [*Law and Economics*] se faz segundo a premissa da flexibilização de direitos de forma a ser obtida precedência no uso alternativo dos escassos recursos que se apresentem mais eficientes.”¹⁷⁶ (GONÇALVES, 1997, p. 358).

Stringari, por seu turno, depreende a Teoria de Posner de forma inversa, conforme raciocínio a ser exposto nas letras abaixo.

¹⁷⁶ De modo bem honesto, o autor ainda conclui que “Não há espaço para um Direito romântico e desconectado com a realidade em busca de uma utopia inalcançável no momento questionado, assim como também não o há para um realismo cego e intolerante.” (GONÇALVES, 1997, p. 359).

Inicialmente, é mister compreender que a Administração Pública, como visto no primeiro capítulo, não possui um fim em si mesma, como até pode se inferir de certas Instituições, mas é voltada para a satisfação do bem geral, por meio de políticas públicas. Dentro da assentada dos direitos fundamentais e sociais previstos na CRFB/88, Stringari (2012) suscita que a pretensa imposição dessas prestações de deveres do Estado não dialoga em consonância com a AED.

A eficiência econômica esbarra, portanto, na impossibilidade de se proteger todos os direitos. Guido Calabresi denominou de “escolhas trágicas” a situação diante da escassez de recursos e as necessidades ilimitadas de suprimento à população¹⁷⁷.

Aprender a teoria de Posner à Administração Pública requer um pouco de abstração, uma vez que demanda que o conceito de maximização de riqueza seja associado à realização de políticas públicas cujos direitos também são máximos, embora com prestações reais mínimas. Ademais, requer-se também que se aborde o “pragmatismo cotidiano” do autor norte-americano a uma realidade burocrática cujas bases são aprofundadas em idiosincrasias diversas e de fundo jurídico profundamente civilista.

Nesse sentido, Stringari (2012) conclui que a ideia de que a maximização de riqueza é incompatível com a CRFB/88, pois o texto constitucional não garante em absoluto os direitos de propriedade. Além disso, a autora entende que a cultura capitalista, alicerce da teoria de Posner, sequer é enraizada no Brasil¹⁷⁸.

Dessa forma, a autora é peremptória ao assinalar que “Não há qualquer possibilidade de a atuação estatal baseada na busca pela maximização da riqueza, ainda que pautada em valores morais (à moda do que propôs Posner mais recentemente), alinhar-se aos ditames constitucionais.”¹⁷⁹ (STRINGARI, 2012, p. 157).

Ousamos discordar de Stringari e afirmar que é possível aplicar a teoria de Richard Posner (primeira e segunda fases) na Administração Pública brasileira. A base de tal

¹⁷⁷ “Certamente, definir quais direitos serão atendidos, e, principalmente, quais serão preteridos, com o uso de qualquer método que seja, é uma trágica missão.” (STRINGARI, 2012, p. 125).

¹⁷⁸ “No Brasil sequer existe uma cultura enraizadamente capitalista, a qual, segundo Posner, informa os valores fundamentais da cultura estadunidense, e que permitiu a coerência lógica com os valores da AED. No Brasil, os cidadãos não estão acostumados à proteção irrestrita dos contratos, nem à ampla liberdade contratual. Aqui, costuma-se imputar ao Estado a responsabilidade pelo provimento, a tutela e a garantia de toda sorte de direitos.” (STRINGARI, 2012, p. 156-157).

¹⁷⁹ Stringari, contudo, abre a possibilidade de a AED ser absorvida pela Administração Pública brasileira em seu aspecto normativo: “O Poder Público, compreendido como Poder Legislativo no exercício de suas funções primárias, bem como o Executivo, na edição de Medidas Provisórias, além dos três poderes quando da normatização de suas próprias questões administrativas, devem observar os possíveis impactos econômicos de suas medidas. Isso não significa que a lógica econômica passe a ser o escopo da ação, mas que conste como elemento integrante e uma das razões a serem consideradas por ocasião da deliberação administrativa.” (2012, p. 158).

empreendimento é alicerçada sobre (i) o conceito de riqueza quando se trata da maximização de riqueza do autor e (ii) o “pragmatismo cotidiano” na atuação estatal, conquanto o autor estipule suas teses sob o escólio da franca autonomia e do *Common Law*.

O conceito de riqueza em Posner advém do que prescrevia ainda Adam Smith sobre “valor”, referindo-se ao valor de troca. Desse conceito de valor, deriva o conceito de riqueza, tratado como a soma de todos os bens e serviços no interior de uma sociedade, calculados pelo valor que possuem (POSNER, 2010).

O conceito de valor, entretanto, não se equipara ao conceito de preço. “O preço de uma mercadoria é o valor desta para o consumidor marginal, e os consumidores intramarginais a valorizarão mais, no sentido que estariam dispostos a pagar um preço mais alto por ela.” (POSNER, 2010, p. 73).

O cálculo da riqueza de uma sociedade, portanto, seria o “valor de mercado, no sentido de preço, multiplicado pela totalidade das mercadorias e dos serviços que ela produz; e também a soma de todos os *superávits* dos consumidores e produtores, gerados por essas mercadorias e esses bens” (POSNER, 2010, p. 73).

Ainda sobre a riqueza da sociedade, assim como dito no início deste capítulo, Posner entende que essa é “a totalidade da satisfação das preferências [desde que moralmente aceitas] (...) financeiramente sustentadas, isto é, que se manifestam em um mercado” (POSNER, 2010, p. 73).

Ao aplicar sua tese sobre a questão de um mercado hipotético¹⁸⁰, entendemos que Posner amoldaria a aplicação da maximização de riqueza também na Administração Pública. Pensando então como uma “ética de produtividade e cooperação social” (POSNER, 2007, p. 526) o que seria o conceito de *wealth maximization* senão uma substancialização prática de realização de políticas públicas, ou mesmo uma idealização de uma Administração Pública eficiente, especialmente em um estado de bem-estar social (o que se pretendeu com a CRFB/88)?

Ao prescrever que a Administração Pública seja regida pelo princípio da eficiência, o constituinte derivado previu que houvesse o encadeamento de ações para buscar a

¹⁸⁰ Posner se utiliza do exemplo do saco de laranja para instigar o entendimento de sua teoria da maximização da riqueza: “Comparemos duas situações. Em uma delas, eu lhe ofereço \$5 por um saco de laranjas, você aceita e a transação se efetua. A sociedade deve ter ficado mais rica. Antes da transação, você tinha um saco de laranjas que julgava valer menos que \$5, enquanto eu tinha \$5. Agora, você tem \$5 e eu tenho um saco de laranjas que julgo valer mais que \$5. Mas suponha que que, em vez de comprar as laranjas de você, eu as tivesse esmagado acidentalmente. Um juiz, aplicando a fórmula da responsabilidade civil dependente de culpa de *Learned Hand*, perguntaria se, para você, o custo estimado do acidente é maior ou menor que o ganho estimado, para mim, da atividade que o gerou como sub-produto. Para obter a resposta, o juiz teria de fazer um julgamento de quão valiosas eram essas laranjas para você, de quão valiosa era para mim a ação e andar rápido e assim por diante. (...) Mas acredito que, em muitos casos, um juiz é capaz de estipular com razoável precisão a forma de alocação de recursos que maximizaria a riqueza.” (2010, p. 74-75).

produtividade, e que esta perseguisse a cooperação social. O Estado, atuando de forma inerte, em nada maximizaria a riqueza caso aplicasse o seu trabalho somente em si. Por outro lado, mais riqueza produziria se agisse em prol da sociedade (genericamente falando) com suas políticas públicas, cuja riqueza seria aumentada nesse sentido, ao se levar em conta o conceito de Posner de valor, especialmente para aqueles que mais necessitam do ente estatal. É por esse motivo que o autor advoga a tese que a maximização da riqueza seja um princípio moral mais defensável por, exatamente, fornecer as bases para teoria de justiça distributiva e corretiva (POSNER, 2010).

Dessa forma, ainda sob o aspecto de maximização de riqueza de Posner, assimila-se a possibilidade, sim, de se aplicar na Administração Pública brasileira, uma vez que o princípio da eficiência tem previsão constitucional e o conceito se associa à produtividade e à cooperação social. A recepção da teoria, por sua vez, determina valores de bens e serviços diferenciados tanto na prestação do Estado para a sociedade quanto para o reconhecimento de uma classe de cidadãos mais necessitados que outros, fornecendo as bases para uma justiça social.

Sobre o “pragmatismo cotidiano”, presente na segunda fase da teoria de Posner, resguardamo-nos na ideia de que esse conceito busca “idealizar fins e desenvolver uma percepção de como as transformações sociais afetam os meios apropriados a alcançá-los.” (2009, p. 425).

Essa proposição também é aplicável à Administração Pública brasileira, vez que ao se implementar políticas públicas, o gestor deve entender que a riqueza será elevada para que se tenha a sua maximização como um instrumento de avaliação permanente da atuação estatal¹⁸¹, “mais sintonizado com as necessidades reais de pessoas reais” (POSNER, 2009, p. 20).

Dessa forma, consideramos a possibilidade de a eficiência de Posner poder ser aplicada à Administração Pública brasileira também em sua fase pragmática, esta como instrumento de avaliação da atuação estatal em prol da sociedade.

Temos, portanto, uma primeira fase que ostenta o reconhecimento de valor de políticas públicas (logo, riquezas) ser maximizado, se aplicado ao conjunto da sociedade, e uma valoração ainda maior se aproveitada para uma classe social mais necessitada, atuando sob o pálio de uma justiça distributiva e corretiva. E temos, ainda, uma segunda fase de Posner, em complemento, a qual seria o encaminhamento prático das ações estatais, de forma a avaliar se

¹⁸¹ Nesse sentido, proposto pelo próprio Posner: “O fato de que, pragmaticamente interpretada, a maximização da riqueza é mais instrumental do que basilar não constitui objeção ao seu uso como guia do direito e de políticas públicas. Pode ser o princípio certo para o fim em questão, ainda que só seja certo em virtude de fins que não são exclusivamente econômicos. Pelo menos pode ser o princípio geral, deixando ao proponente dos desvios da maximização da riqueza o ônus da demonstração de sua conveniência.” (2007, p. 520).

estão corretas e sendo aproveitadas de forma a maximizar, ainda mais, a riqueza de uma sociedade¹⁸².

¹⁸² Aliamo-nos ao discurso de Gonçalves e Stelzer, em que reconhecem que a “prática jurídico-econômica de mercado, como discurso vigente, deve fazer refletir fenômeno jurídico-social conforme realidade inevitável e inarredável da previsão legal segundo critérios racional-normativos de maximização de lucros – riqueza – e de eficiência econômica que ocorram dentro de uma dialética social-econômico-normativa construtiva” (2012, p. 87).

5. EFICIÊNCIA NAS CONTRATAÇÕES PÚBLICAS À LUZ DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

5.1. Conceitos de análise econômica do Direito aplicados às compras públicas

No atual capítulo pretende-se abordar a eficiência nas contratações públicas sob a ótica da AED, que é o referencial teórico desta pesquisa. Neste segmento, portanto, busca-se levantar os conceitos próprios dessa matéria que podem ser aplicados nos procedimentos atinentes às compras públicas.

Nesta clivagem, busca-se sedimentar a ideia de eficiência praticada na AED para que o conceito se alargue e seja, realmente, escrutinado de forma que estabeleça o elo entre a Administração Pública e o movimento da *Law and Economics*. O viço das compras públicas pode indicar uma percepção prática da AED, quer seja por meio do seu glossário próprio aplicado (“assimetria de informações”, “custos de transação”, “custo de oportunidade” etc.), quer pelo entendimento de que a execução orçamentária de órgãos públicos (v.g. universidades federais) indicariam a ideia estabelecida por Richard Posner de maximização de riqueza, da forma como se entende nesta pesquisa, consoante interpretação realizada no capítulo anterior. Não de somenos, Dias (2016) acredita que o estudo da AED no âmbito das compras públicas contribui para o aprimoramento da gestão pública e de sua normatividade.

Inicialmente, tem-se uma ideia geral de eficiência nas compras públicas quando, por exemplo, Joel de Menezes Niebhur entende sê-la atribuída a três aspectos fundamentais: “preço, qualidade e celeridade” (2015, p. 58). Já Rabelo e Rodrigues (2019) consideram critérios centrais para o exame objetivo da eficiência na licitação: (i) a análise dos recursos envolvidos, que pode ser decomposto em tempo, recursos financeiros e recursos humanos, sendo, ainda, considerados a desburocratização, o aumento de produtividade, a celeridade e a economicidade; e (ii) a análise da obtenção da proposta mais vantajosa, arguindo, também, a análise da qualidade do bem ou serviço licitado.

No contexto europeu, a eficiência nas compras públicas perpassa a proteção ao meio ambiente e uma melhor utilização de recursos e energias no combate direto às mudanças

climáticas, com o fito de promover inovação e inclusão social, o que garantirá melhores condições de prestação do serviço público¹⁸³ (TREUMER; UYARRA, 2013)¹⁸⁴.

É evidente que os conceitos acima são pertinentes a uma ideia de eficiência idealizadamente posta, contudo, o objetivo do presente tópico é transpor a teoria da *Law and Economics*, ainda que exposta de forma sucinta no capítulo anterior, para o estudo das compras públicas, mormente o aplicável ao procedimento licitatório¹⁸⁵.

Nesse prumo, os conceitos atinentes à AED surgem para se buscar um novo significado de eficiência administrativa adaptado para as licitações. Como observam Oliveira e Lobão (2019, p. 105), “a eficiência de um certame não está vinculada apenas a contratação do menor preço, já que a observação exclusiva do valor pode ocasionar no decorrer do contrato prejuízos em razão da falta de qualidade ou da demora na entrega do objeto pactuado.”. Diante desse contexto, acreditam os autores que a maximização de eficiência adviria da otimização do orçamento, diminuição de desperdício de dinheiro e redução de custos de transação dos procedimentos (2019).

Há de se ponderar, contudo, que os objetivos da licitação, tanto na Lei nº 8.666/93 como na Lei nº 14.133/21, não se fundam na maximização da riqueza, tampouco na explícita eficiência, mas buscam outros fins, como a garantia da isonomia ou no desenvolvimento nacional sustentável. Partilhamos do pensamento de Dias (2016), que entende haver uma confluência entre os objetivos da licitação e dos princípios que a regem no sentido de se aproximar aos diversos conceitos de eficiência presentes no pensamento da AED, com foco¹⁸⁶ no critério de bem-estar social¹⁸⁷.

¹⁸³ “(...) *A recent Green Paper by the European Commission states that existing procurement tools and methods should be modernized in order to make them better suited to deal with the evolving political, social and economic context. This includes increasing efficiency of public spending and support of common societal goals such as protection of the environment, higher resource and energy efficiency and combating climate change, promoting innovation and social inclusion, and ensuring the best possible conditions for the provision of high quality public services.*” (TREUMER; UYARRA, 2013, p. 16)

¹⁸⁴ TREUMER, Steen; UYARRA, Elvira. Dialogue. In: PIGA, Gustavo; TREUMER, Steen. **The applied law and economics of public procurement**. Abingdon: Routledge, 2013. p. 13-27.

¹⁸⁵ Como aborda Dias: “A AED utiliza-se da aplicação de teorias econômicas para examinar as leis, instituições legais e políticas públicas e, nesse sentido, pode ser utilizada como ferramenta para o estudo de instrumentos jurídicos como mecanismos de desenvolvimento econômico” (2016, p. 4).

¹⁸⁶ Insta ressaltar que a autora tratava da Lei de Licitações anterior, a Lei nº 8.666/93.

¹⁸⁷ “Os contratos administrativos não se fundam apenas nos aspectos da maximização de riqueza ou eficiência econômica na obtenção da proposta mais vantajosa de contratação, mas destinam-se a outros fins, como a garantia da isonomia – que se refere aos aspectos republicanos do processo de contratação – e do desenvolvimento nacional sustentável, além de estar sujeita a diversos princípios jurídicos que encerram valores distintos das questões afetas a eficiência e economicidade, tais como impessoalidade moralidade, igualdade, publicidade, proibidade administrativa, vinculação ao instrumento convocatório e julgamento objetivo das propostas, além de outros que lhe são correlatos. Aproximando-se esses objetivos aos diversos conceitos de eficiência no desenvolvimento das correntes de pensamento da Análise Econômica do Direito, eles aproximam-se mais da ideia do critério do bem-estar social.” (DIAS, 2016, p. 6).

Dias (2016) adverte que o processo histórico de formação da legislação da contratação pública brasileira foi proveniente de certos fatores políticos e contingenciais, os quais resultaram em processos cíclicos de surgimento de leis que conferem maior campo de discricionariedade ao gestor, e outras, que se apegam mais ao formalismo que, por vezes, torna-se exagerado e mesmo prejudicial ao processo de compra pública.

Destacamos, em subtópicos posteriores, apenas três conceitos relacionando a AED às compras públicas. O objetivo não será esgotar a oportunidade de se analisar a pertinência temática de ambos os assuntos em sintonia, compreendendo-se que há vários outros, como os citados por Dias (2016) e Nóbrega¹⁸⁸ (2012), que apontam a seleção adversa¹⁸⁹, o risco moral¹⁹⁰ e a administração refém (*hold up*)¹⁹¹, por exemplo.

5.1.1. Assimetria de informações

As regras licitatórias são determinadas por meio de lei. A Lei nº 8.666/93 estabelece vários documentos que comprovem, entre outras exigências, a habilitação jurídica, a qualificação técnica, a qualificação econômico-financeira e a regularidade fiscal e trabalhista. A Lei nº 14.133/21 mantém os mesmos requisitos de habilitação, dispensando alguns procedimentos outrora previstos e franqueando a possibilidade de as demonstrações serem realizadas por meio digital.

¹⁸⁸ NÓBREGA, Marcos. Análise Econômica do Direito Administrativo. In: TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direito e Economia no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2012. p. 404-416.

¹⁸⁹ “Assim, além de decorrente da assimetria das informações entre os contratantes, a seleção adversa decorre, na maioria dos casos, em virtude de: imprecisão na descrição do objeto e de projetos básico e executivos mal elaborados, sobretudo quando se tratam de obras públicas.” (DIAS, 2016, p. 13). “Esse fenômeno [seleção adversa] ocorre em muitas licitações, sobretudo quando o objeto é bastante complexo. Como dissemos, a administração não tem de antemão condições de saber as reais possibilidades do contratante de executar o objeto do contrato. Os critérios de qualificação técnica e econômica restam insuficientes para revelar informações seguras para o poder concedente das reais capacidades e/ou interesse em executar adequadamente o objeto. Na licitação, a situação seria mais complexa porque não há a possibilidade da oferta de um menu de contratos que forçaria o contratante a espontaneamente revelar seu tipo, sua informação.” (NÓBREGA, 2012, p. 408-409. In: TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direito e Economia no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2012. p. 404-416).

¹⁹⁰ “Ocorre a *moral hazard* quando o contratado passa a agir de modo não apropriado ou não aprovado pelo contratante, como empregando material de baixa qualidade ou acumulando custos de transação.” (DIAS, 2016, p. 14).

¹⁹¹ “Considerando o fato de que os contratos administrativos envolvem alocações específicas de ativos, com valores consideráveis, serviços essenciais, objetos complexos e podendo ainda ser de longa duração (notadamente nos contratos de concessão de serviços públicos, entre os quais os de parcerias público privadas, voltada para contratações de elevados valores), problemas como os já relatados de incompletude contratual, assimetria de informações e ausência ou ineficiência da fiscalização, podem gerar a distorção contratual da *hold up*, em que uma das partes é tomada como refém.” (DIAS, 2016, p. 15). “a situação de incompletude contratual e assimetria informacional trona-se mais evidente e conduz ao uso de produtos aquém da especificação, má execução e constantes renegociações contratuais, impondo absurdos custos de transação nas licitações de obras pública no Brasil” (NÓBREGA, 2012, p. 416. In: TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direito e Economia no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2012. p. 404-416).

Os critérios de habilitação manifestam interessante objetivo do legislador em privilegiar a isonomia e a impessoalidade e garantir que as empresas contratadas tenham condições de executar o contrato em sua integralidade. As prerrogativas contratuais da Administração Pública deveriam garantir a posição de superioridade dessa para com os particulares participante do certame, porém ocorre um desequilíbrio em razão do déficit de informações nas duas relações (Administração-fornecedor e fornecedor-Administração)¹⁹² (OLIVEIRA; LOBÃO, 2019).

As causas dessa assimetria decorrem de (i) falhas de descrição dos objetos a serem contratados, (ii) ausência de informações adequadas, por parte do setor público, da capacidade operacional das empresas no mercado e (iii) da estrutura de custos da empresa vencedora do certame¹⁹³ (DIAS, 2016; NÓBREGA; JURUBEBA, 2020). Segundo Timm e Guarisse¹⁹⁴, a assimetria de informações dá azo à seleção adversa e ao risco moral (*moral hazard*) (v. notas 189 e 190).

Essa assimetria pune, da mesma forma, a Administração Pública de países que buscam reduzir os custos e melhorar a eficiência alocativa nas compras públicas. Spagnolo e Glas¹⁹⁵ reconhecem que

Public buyers can compare price and cost information ex ante the award of contract on the basis of proposals, forecasts, or benchmarks, but ex post there is a strong bilateral monopoly situation in which the buyer can hardly use new or additional management instruments to incentivize cost savings (2021, p. 75).

O desafio do procedimento licitatório, conforme pontuam Nóbrega e Jurubeba (2020), é, exatamente, delinear incentivos para diminuir a assimetria de informações. A nova lei de licitações buscou mitigar tal assimetria a partir dos instrumentos da pré-qualificação¹⁹⁶ e da

¹⁹² “Informações a respeito da estabilidade da empresa no mercado, condições econômicas de arcar com a proposta no decorrer do contrato ou até mesmo sobre a qualidade do trabalho desenvolvido pelo licitante são desconhecidas pela Administração Pública” (OLIVEIRA; LOBÃO, 2019, p. 109). Aqui acrescemos a essa assimetria a visão do fornecedor ao transacionar com o setor público, uma vez que desconhece, principalmente, as condições financeiras da Administração Pública, que darão sustentação à manutenção do contrato.

¹⁹³ A autora conclui que “A assimetria de informações entre o setor público e o privado gera o efeito da seleção adversa, ou seja, o escolhido para executar o contrato nem sempre é o que possui a proposta ‘mais vantajosa’” (DIAS, 2016, p. 12).

¹⁹⁴ TIMM, Luciano Benetti; GUARISSE, João Francisco Menegol. Análise Econômica dos Contratos. In: TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direito e Economia no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2012. p. 158-179.

¹⁹⁵ SPAGNOLO, Giancarlo; GLAS, Andreas H. Calculating the costs and savings of public procurement. In: CASTELLI, Annalisa; PUGA, Gustavo; SAUSSIÉ, Stéphane; TÁTRAI, Tünde. **The challenges of public procurement reforms**. Abingdon: Routledge, 2021. p. 69-82.

¹⁹⁶ “Procedimento seletivo prévio à licitação, convocado por meio de edital, destinado à análise das condições de habilitação, total ou parcial, dos interessados ou do objeto.” (BRASIL, 2021b).

prova de qualidade¹⁹⁷, que demonstram um avanço legislativo na busca por mais eficiência na compra pública.

Diante dessa análise, verifica-se que a posição de inferioridade na assimetria de informações resulta em prejuízos orçamentários e sociais tanto para o setor público, como para o particular, em função de contratos descumpridos ou mal executados, obras paralisadas, péssima qualidade dos produtos entregues ou na prestação de serviços e falta de comprometimento da empresa com qualidade e eficiência¹⁹⁸ (OLIVEIRA; LOBÃO, 2019). Para o particular, esses óbices resultam em prejuízos na operação, desqualificação da empresa e desinteresse futuro em participação de certames, o que limitará bastante suas transações.

5.1.2. Custos de transação

Mackaay e Rousseau conceituam os custos de transação como “os encargos que impedem que uma troca (no sentido econômico) aparentemente desejável, seja feita” (2020, p. 672), incluindo nesse cálculo as despesas de organização, de pesquisa, de negociação, de fiscalização, bem como da incerteza de precauções contra o potencial oportunismo da outra parte contratante, que aparece sob a forma de desperdício e risco moral.

Na definição de Dias (2016), os custos de transação são custos para a realização de negócios para a transação e para fazer valer o que foi negociado. Já Marcato (2016) defende que os custos de transação seriam os custos relacionados à configuração de contratos que buscam melhorar a estrutura da transação de forma a minimizar os riscos e consubstanciar a transação da forma mais eficiente. A observação de Timm e Guarisse¹⁹⁹ (2012, p. 167) é de que “eles [os custos de transação] saem do bolso de uma das partes, mas não entram no bolso da outra”.

Dias (2016) considera que os custos de transação são pouco avaliados ante uma contratação pública. A autora ressalta, inclusive, que, notadamente na fase interna do procedimento licitatório, não há a praxe administrativa de promover estudos e pesquisas que

¹⁹⁷ “Art. 42. A prova de qualidade de produto apresentado pelos proponentes como similar ao das marcas eventualmente indicadas no edital será admitida por qualquer um dos seguintes meios: I - comprovação de que o produto está de acordo com as normas técnicas determinadas pelos órgãos oficiais competentes, pela Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT) ou por outra entidade credenciada pelo Inmetro; II - declaração de atendimento satisfatório emitida por outro órgão ou entidade de nível federativo equivalente ou superior que tenha adquirido o produto; III - certificação, certificado, laudo laboratorial ou documento similar que possibilite a aferição da qualidade e da conformidade do produto ou do processo de fabricação, inclusive sob o aspecto ambiental, emitido por instituição oficial competente ou por entidade credenciada. (...)” (BRASIL, 2021b).

¹⁹⁸ De outra banda, há assimetria também no vetor fornecedor-Administração (v. nota 192).

¹⁹⁹ TIMM, Luciano Benetti; GUARISSE, João Francisco Menegol. *Análise Econômica dos Contratos*. In: TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direito e Economia no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2012. p. 158-179.

visam a correta descrição dos objetos de contratação e elaboração do edital em conformidade com a legislação de referência²⁰⁰. Some-se a isso o fato de que a legislação brasileira estabelece ritos procedimentais na licitação que não levam em conta os custos de transação (NÓBREGA; TORRES, 2020).

Não obstante o alerta de Dias (2016), a Nova Lei de Licitações confere ao planejamento, doravante, um dos processos mais sensíveis da licitação, atribuindo-lhe *status* de princípio²⁰¹ e exigindo documentos que deem concretude ao comando legal, como a elaboração de um Plano de Contratações Anual e a confecção dos estudos técnicos preliminares, criando, inclusive, a nível federal, o Sistema de Planejamento e Gerenciamento de Contratações (BRASIL, 2022).

Dias (2016) aborda, ainda, um elemento que se destaca como representativo custo de transação no setor público, que é a manutenção de um aparato administrativo capacitado para o acompanhamento do processo integral da compra pública, incluindo aí servidores, bens, treinamentos, riscos políticos e judiciais, os quais são atrelados a um processo extremamente formal e que poderiam ser substituídos por processos mais simples e eficientes.

Fiúza²⁰² (2009) também aborda os custos de transação em sede de licitações e suscita levantamentos que englobam todos os custos econômicos diretos (incluindo o custo de oportunidade – detalhado no tópico posterior) e indiretos, que incluem recursos materiais (papéis, computadores, meios de comunicação, serviços gráficos etc.), alocação de pessoas-horas envolvidas no procedimento e o somatório dos preços de aquisição, taxas, seguros e fretes direto dos bens e serviços transacionados²⁰³.

Araújo e Jesus (2018) realizaram uma pesquisa acerca dos custos de transação em relação às licitações do tipo menor preço. Considerando os custos relacionados a (i) atrasos na entrega, (ii) alteração do fornecedor após a assinatura do contrato, (iii) desconformidade do bem com as especificações e (iv) necessidade de assistência técnica no prazo de garantia,

²⁰⁰ Houve alteração legislativa (anteriormente normativa) que buscou mitigar esse óbice, dentre as quais cita-se os estudos técnicos preliminares, agora previsto no art. 18, inc. I da Lei nº 14.133/21.

²⁰¹ “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.” (BRASIL, 2021b).

²⁰² FIÚZA, Eduardo P. S. Licitações e governança de contratos: a visão dos economistas. In: SALGADO, Lucia Helena; FIÚZA, Eduardo (Org.). **Marcos Regulatórios no Brasil: é tempo de rever regras?** Rio de Janeiro: IPEA, 2009. p. 239-274.

²⁰³ Embora desatualizado, o autor traz um estudo realizado pelo Ministério do Planejamento Orçamento e Gestão que fez uma estimativa em 2006 que levou em conta os gastos com pessoal (incluindo encargos e aposentadoria), passagens, uso do espaço físico, conservação do prédio, material de consumo, equipamentos, recursos de informática e capacitação, chegando ao resultado de que esses custos representam de 0,12% a 73,49% do valor final de compra (2009, p. 241).

concluiu-se que, mesmo conseguindo economizar por meio do critério do menor preço, os custos de transação foram negligenciados pela Administração Pública, o que pode indicar que nem sempre esse tipo de licitação – definida legalmente – é, realmente, mais econômica.

O dispêndio financeiro pode vir a tornar-se ainda mais vultoso quando se levam em conta os efeitos marginais relacionados ao local de elaboração e realização do pregão, o porte da empresa a que se contratou, a opção pelo uso de Sistema de Registro de Preços e o agrupamento de muitos itens em uma única licitação (ARAÚJO; JESUS, 2018).

Consoante os fatos atinentes à praxe administrativa aqui apresentados, cumpre destacar que os custos de transação são bastante negligenciados na feitura do procedimento licitatório. Por esse motivo, nem sempre a licitação, embora assentada em bases legais e de percepção, ainda que tímida, eficiente – ainda mais com uma nova lei recém editada –, cumpre um de seus misteres, que é de “assegurar a seleção da proposta apta a gerar o resultado de contratação mais vantajoso para a Administração Pública” (BRASIL, 2021b).

5.1.3. *Custo de oportunidade*

Custo de oportunidade é um conceito que carrega consigo abrangência nos campos econômico, financeiro e contábil, tocando-lhes, em comum, o fato de se fundamentar na questão da escolha entre alternativas para a utilização de recursos, desde que as opções sejam mensuradas e elencadas (PEREIRA *et al.*, 1990). Trata-se, uma vez mais, de conceitos de governança corporativa que ingressam no ambiente público, como forma de transformar o princípio da eficiência em normas de efeitos concretos (SANTOS, 2021).

No tirocínio de Gico Júnior²⁰⁴ (2012), custo de oportunidade é um custo associado à preterição de uma segunda alocação factível mais interessante para um recurso. Para Vasconcellos (2002), é o grau de sacrifício que um agente faz ao optar pela produção de um bem, em termos da produção alternativa sacrificada. Trata-se de um custo implícito, vez que não implica em dispêndio monetário direto. Em síntese, custo de oportunidade é uma maneira de se mensurar o custo de uma determinada escolha que se faz.

A aplicação prática do custo de oportunidade perpassa as mais diversas ciências, como observado acima. A apresentação desse tipo de custo é abrangida de forma categórica, prática e metódica, mensurada a partir da análise de dados e dos cálculos de projeção, sob o aspecto do sacrifício a partir de uma escolha (SILVA, 2016).

²⁰⁴ GICO JUNIOR, Ivo. Introdução ao Direito e Economia. In: TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direito e Economia no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2012. p. 1-33.

E nesta senda, o conceito de custo de oportunidade também pode ser aplicado no âmbito das compras governamentais, mormente quando se pensa no manejo do orçamento público. Ao se decidir por uma compra ou uma contratação de serviço, parte de um orçamento está sendo destinado exclusivamente para aquela ação, o que implica, necessariamente, que outras áreas ficarão carentes desse mesmo recurso, vez que a fonte, *a priori*, é única. Basta que se diga que a realização de um procedimento licitatório com certo objeto é a escolha em detrimento de outros possíveis e, até mesmo, mais necessários.

Nesse cenário, um importante aliado para observação do custo de oportunidade ainda não muito levando em conta nas instituições públicas é o planejamento. Ao se focar no planejamento estratégico do órgão, todos os envolvidos com compras públicas podem entender o rumo que deve seguir a organização, evitando procedimentos licitatórios desnecessários, inutilizando os recursos e diminuindo a maximização da riqueza.

Do estratégico para o micro, importante custo de oportunidade também é feito na opção da forma da compra que o gestor público pode fazer. Há pontos de congruência legais em que o gestor pode decidir por licitar ou dispensar a licitação, cada qual com um procedimento específico. Há situações, ainda, que a Administração Pública pode decidir por permitir que cada órgão realize sua licitação ou usar dos mecanismos disponíveis na normatização das compras, como centralizar as licitações e descentralizar a execução contratual²⁰⁵. Estudos como o de Fiúza *et al.* (2020b) evidenciam a centralização de compras como um destacado ganho de economia, além de outras qualidades intrínsecas a essa opção²⁰⁶, mesmo em situação de emergência sanitária.

Desta feita, compreende-se o custo de oportunidade como um levantamento necessário atrelado ao planejamento, motivo pelo qual deve-se dispensar atenção para envolver todos os gestores responsáveis na elaboração de certames licitatórios. Importante inovação nesse sentido, destacada por Laércio Santos (2021), veio com a Nova Lei de Licitações, ao prever o

²⁰⁵ Essa decisão, inclusive, deve ser encarada de forma estratégica pelo órgão, pois, consoante Fiúza *et al.* (2020a, p. 11), “a falta de um dispositivo que coordene as compras de produtos semelhantes dá origem a atas que concorrem entre si, frustrando, ainda que em parte, o objetivo de agregar compras e ganhar escala para o governo”. Ainda discorrendo sobre o assunto, tratam da situação do “carona”: “A própria figura do carona é sinal de mau planejamento e também mina o poder de compra do governo, pois a quantidade licitada é menor do que a real. Ao mesmo tempo, o comportamento caronista cria conflitos derivados do fato de que não se reconhecem todos os custos de transação e o ônus administrativo e jurídico incorrido na atividade de gestão de atas.” (2020a, p. 11)

²⁰⁶ “A coordenação das compras permitiria ao Estado gerenciar e balancear melhor seus objetivos, tais como o desenvolvimento regional, o atendimento a emergências e a promoção de pequenos negócios, além de viabilizar a extração de ganhos de escala, com incorporação de novas tecnologias nas suas operações e tendo ao seu dispor produtos mais atualizados do mercado.” (FIÚZA *et al.*, 2020b, p. 68).

custo de oportunidade como aspecto necessário para avaliação em uma possível nulidade de contrato, mesmo com irregularidade, desde que não seja possível seu saneamento²⁰⁷.

5.2. Aplicação da eficiência de Posner nas contratações públicas: normatização orgânica e índice de execução orçamentária

No capítulo anterior, defendemos a possibilidade de aplicação da eficiência de Posner no âmbito da Administração Pública. Tanto em sua primeira fase, de exacerbação prática da maximização da riqueza, como em sua segunda fase, do pragmatismo responsável, entendemos que a teoria de Posner é cabida para outras vertentes do Direito Administrativo, em especial na seara específica das compras públicas.

Ao defendermos que a maximização da riqueza – levando em conta o que Posner trata como riqueza – na Administração Pública seja possível, pela necessidade de se executar políticas públicas voltadas para a sociedade, cuja valoração é diferente para cada grupo diretamente assistido, a consecução prática é a da necessidade de o Estado se mover, por meio das compras públicas, salvo nos casos em que a ação se resume a transferência de recursos diretamente aos cidadãos.

Para que essas compras se realizem, cumpre exigir que os órgãos públicos estejam aptos a concretizar os procedimentos próprios para aquisição governamental, nem tão simples quanto se deve imaginar. Para que não se caia na armadilha de não se levar em conta a assimetria de informações, os custos de transação e o custo de oportunidade, a solução que se propõe é a normatização orgânica, que pode distribuir responsabilidades, fixar as ações, minimizar os riscos e criar um esteio de legalidade para que os gestores públicos consigam, realmente, produzir políticas públicas.

Fonseca (2007) opina que a norma jurídica deve tomar como ponto de partida a realidade econômica. O autor reconhece que a realidade econômica passou a ter influência fundamental na elaboração e na aplicação das normas. Entende, ainda, que o normatizador deve entender a realidade econômica a que se passa, buscando sempre a eficiência alocativa, produtiva, dinâmica e distributiva²⁰⁸.

²⁰⁷ “Art. 147. Constatada irregularidade no procedimento licitatório ou na execução contratual, caso não seja possível o saneamento, a decisão sobre a suspensão da execução ou sobre a declaração de nulidade do contrato somente será adotada na hipótese em que se revelar medida de interesse público, com avaliação, entre outros, dos seguintes aspectos: (...) XI - custo de oportunidade do capital durante o período de paralisação.” (BRASIL, 2021b).

²⁰⁸ “Dentro do contexto da vertiginosa evolução do mundo, os governos têm que repensar continuamente seu papel para enfrentar desafios colocados por forças tais como a globalização, a descentralização, o surgimento de novas tecnologias, as cambiantes necessidades, expectativas e exigência dos cidadãos. Os princípios da boa governança

Levando-se em conta que a AED está fundada na premissa de que as normas jurídicas (e, por extensão, as regulamentares) devem ser julgadas à luz das estruturas de estímulos, acreditamos, consoante Mackaay e Rousseau (2020), na ideia de que esse ramo do direito se insere na veia filosófica do consequencialismo.

Nesse contexto, Dias (2016) considera que, para a legislação brasileira, os elementos de AED que levem em conta a maximização de riqueza podem contribuir para a descrição do fenômeno, todavia são insuficientes para compreensão do sistema de compras públicas nacional²⁰⁹. Daí pondera-se a possibilidade de regulamentações orgânicas suplementem a lei, de forma a cumprir seu desiderato²¹⁰, o que encontra respaldo na AED normativa.

A disposição de normativos no âmbito de uma organização governamental vai ao encontro do que Gonçalves e Stelzer preconizam, no sentido de que as soluções jurídicas ou legais devem ter o menor caráter político possível, pois com menor possibilidade de serem arbitrárias; devem ser, com efeito, técnico-rationais e baseadas em critérios predeterminados e “que levem a maximizar a obtenção de resultados satisfatórios para as diversas necessidades prementes que estão na pauta de um legislador ou *sub judice*”²¹¹ (2012, p. 89).

Prosseguem os autores, ponderando que os diplomas legais devem guardar em si relação estreita com os pressupostos das leis econômicas de forma a facilitar a fluidez das relações de produção, a maximização dos lucros e a otimização da produção de riquezas no meio social em que se criam tais diplomas, isto é, no mercado²¹² (2012).

transformam não somente as relações entre o legislativo, o judiciário e a administração, mas o bom funcionamento da máquina governamental como um todo. Estes princípios se traduzem no respeito pela norma jurídica, pela abertura, pela transparência, pela lealdade e pela equidade no relacionamento com os cidadãos, em que se incluem mecanismos para consulta e participação, serviços públicos eficientes e efetivos, leis e regulações claras, transparentes e aplicáveis, consistência e coerência na formação administrativa e elevados padrões de comportamento ético” (FONSECA, 2007, p. 67).

²⁰⁹ Prossegue a autora em sua opinião: “A complexa e intrincada legislação brasileira dos contratos públicos determina a escolha da proposta mais vantajosa para a Administração Pública e a isonomia dos participantes. Ao mesmo tempo determina alguns fins sociais da contratação, tais como o combate ao trabalho infantil, a proteção social do trabalho e a quitação dos encargos sociais das empresas contratadas” (DIAS, 2016, p. 16), que são valores, *prima facie*, que não dialogariam com o conceito de maximização de riqueza de Posner, ao menos em sua primeira fase.

²¹⁰ Em *The Economics of Justice*, Posner considera que “a pedra de toque para a avaliação das regras jurídicas deveria ser a sua capacidade de contribuir (ou não) para a maximização da riqueza na sociedade” (SALAMA, 2008).

²¹¹ Pensamento parecido com que expôs Rauen: “O Estado não possui apenas o poder de compra a ser potencializado e direcionado. Existe ainda o monopólio na criação de regramentos legais e infralegais, que podem ser usados de forma a estimular, também, a demanda por inovações” (2017, p. 9)

²¹² Nesse sentido, os autores defendem o Princípio da Eficiência Econômico-Social (PEES): “Trata-se da elaboração e aplicação da norma de forma economicamente eficiente, maximizando-se resultados esperados quando da adjudicação de direitos ou da determinação de obrigações, conforme caráter recíproco das ações, porém, considerando o reflexo social e o custo externo imposto à sociedade presente, ou mesmo futura, de forma a serem compensados, na totalidade, os prejuízos impostos pelo ganho presente das partes envolvidas. Assim, evita-se que, em futuro não remoto, pelo emprego ineficiente de recursos, pela onerosidade causada ao processo produtivo doméstico, pelo desvio de recursos e pela criação de indicadores mercadológicos falsos verifique-se o caos

Ainda sobre regulamentação orgânica, Fiúza *et al.* (2020b) reconhece que há instrumentos legais que são permissivos, contudo, no esteio da responsabilização, não há recorte normativo que determine um coordenador ou mesmo um protagonista para realização de uma ação no âmbito da compra pública – no caso específico, no da compra centralizada²¹³.

A fim de concretizar a aplicação da AED no respeitante a uma normatização orgânica, Mackaay e Rousseau (2020) oferecem três níveis de análise de uma norma: i) a verificação dos efeitos da norma²¹⁴; ii) o fundamento da norma²¹⁵; e iii) a regra desejável²¹⁶. Após a verificação dos níveis de análise, os autores sugerem realizar etapas de análise, confrontando (i) a estrutura de incentivos²¹⁷, (ii) os objetivos subjacentes²¹⁸, (iii) o aumento do realismo, considerados os custos de transação²¹⁹ e (iv) os estudos empíricos²²⁰.

Dessa forma, conclui-se, parcialmente, que a normatização orgânica, imposta pela administração do órgão, caso cumpra requisitos mínimos de regulação, estabelece concatenação lógica com a eficiência de Posner, ao induzir o gestor público a otimizar a execução orçamentária de sua instituição. Ao se reduzirem a assimetria de informações, os custos de transação e o custo de oportunidade, o orçamento disponibilizado pode ser integralmente

econômico a partir da constatação da carência de recursos em outras atividades, do alto custo para satisfazer a demanda interna, do maior desemprego ocasionado em outros setores em virtude do manutenção de empregos em atividades ineficientes, e de tantos outros problemas reflexos gerados a partir da equivocada tomada de decisão.” (2012, p. 98).

²¹³ “Todavia, apesar de haver instrumentos legais que definem competências dos atores nos diferentes níveis e esferas governamentais e que colocam à sua disposição instrumentos de colaboração e unificação de esforços, deve-se reconhecer a ausência de uma atuação coordenada e de um protagonista que se ocupe de orquestrar os envolvidos, lacuna cujo preenchimento, além de fundamental para a implementação seja das propostas apresentadas neste texto, seja de outras iniciativas correlatas, vem sendo demandado pelos agentes públicos locais.” (FIÚZA *et al.*, 2020b, p. 68).

²¹⁴ “No primeiro nível, a análise econômica auxilia o jurista a determinar os principais efeitos da mudança da regra e, por ricochete, os efeitos da regra que não foi modificada.” (MACKAAY; ROUSSEAU, 2020, p. 666-667).

²¹⁵ “Num segundo nível, a análise econômica do direito visa a esclarecer um fundamento das regras que são observadas nos sistemas existentes. Em toda análise consequencialista, as regras são julgadas pelos seus efeitos, podendo-se, portanto, afirmar que a análise aponta na direção de balanço positivo dos efeitos produzidos segundo o primeiro tipo de análise.” (MACKAAY; ROUSSEAU, 2020, p. 668).

²¹⁶ “Por fim, há um terceiro nível de análise normativa, aquele que visa a se manifestar sobre as regras existentes ou que poderiam ser adotadas. Trata-se de missão sempre assumida pela doutrina nos países civilistas.” (MACKAAY; ROUSSEAU, 2020, p. 669).

²¹⁷ “Na primeira etapa, pretende-se atualizar a estrutura de incentivos da norma. (...) Na medida em que se os [*sic*] trabalha em conjunto com economistas, eles poderão fazer a modelagem de forma explícita, com o auxílio do vocabulário matemático apropriado, que tem vantagens na medida em que a complexidade das relações aumenta.” (MACKAAY; ROUSSEAU, 2020, p. 670).

²¹⁸ “A comparação dos resultados a que se chega, na primeira etapa, ao contrastar as diferentes regras, permite avaliar qual delas atinge, no total, os custos mais baixos.” (MACKAAY; ROUSSEAU, 2020, p. 670).

²¹⁹ “A questão essencial nesta etapa é determinar se a regra que visa a controlar uma forma de custo de transação consegue, globalmente, reduzir os custos, dado o custo que ela mesmo cria.” (MACKAAY; ROUSSEAU, 2020, p. 672).

²²⁰ “A questão essencial nesta etapa é determinar se a regra que visa a controlar uma forma de custo de transação consegue, globalmente, reduzir os custos, dado o custo que ela mesmo cria.” (MACKAAY; ROUSSEAU, 2020, p. 672).

aplicado em políticas públicas que valorizem os direitos sociais para a sociedade, maximizando-os, ainda mais, para aqueles que mais necessitam do Estado.

De outra banda, o pragmatismo cotidiano de Posner é eficiente na Administração Pública a partir da avaliação da riqueza pretensamente maximizada por meio de políticas públicas, conforme raciocínio desenvolvido no capítulo anterior. Tratando de compras públicas, o índice de execução orçamentária seria um dos indicadores que se levaria em análise para o estudo da eficiência de políticas públicas, a partir da teoria do autor norte-americano.

Em sua fase “pragmática”, um dos objetivos de Posner é o de discorrer sobre um certo embate entre o formalismo e o pragmatismo, tese última a qual se rende. Para o autor, o formalismo “força as práticas dos homens de negócios e das pessoas em geral a encaixarem-se no molde dos conceitos jurídicos existentes, vistos como imutáveis, tais como o de ‘contrato’.” (2021, p. 422). Já para o pragmático, destaca que esse “considera que os conceitos devem servir às necessidades humanas e (...) deseja que sempre se considere a possibilidade de ajustar as categorias do direito, para que se adaptem às práticas das outras comunidades que não a jurídica” (2021, p. 422).

Ao se vencer o desafio de se realizar uma aquisição governamental, a instituição pública garante sua manutenção e seu desiderato legal, devidamente estabelecido como atividade-fim. As políticas públicas dela decorrentes merecem uma avaliação apartada, as quais também podem ser “medidas” por meio dos instrumentos próprios da AED normativa. Contudo, há um trilha interessante para se averiguar, que é a percentagem do orçamento realizado pela instituição, isto é, a relação entre o orçamento atualizado e o realizado, o que indicaria, em tese, o comprometimento da instituição com os valores a si destinados pela sociedade, por meio do orçamento público. Dessa relação, chamamos índice de execução orçamentária.

Embora a eficiência de Posner, em seu segundo momento, busque “idealizar fins e desenvolver uma percepção de como as transformações sociais afetam os meios apropriados a alcançá-los.” (2009, p. 425), o que se amoldaria à qualidade do que se realmente está gastando, pensamos que o índice de execução orçamentária de uma instituição evidenciaria a maximização de riqueza conforme aduzira o autor norte-americano. Cumpre rememorar que o autor, em sua segunda fase, não abandona o conceito de maximização de riqueza, apenas o remodela, tornando-o mais “suave”.

A compreensão do índice de execução orçamentária em universidades públicas, universo a ser analisado na presente pesquisa, é relacionado diretamente com a qualidade da instituição, máxime sua prestação educacional, por meio da graduação, da pós-graduação, da

pesquisa e da extensão, de acordo com Prado e Teixeira²²¹ (2019) e Oliveira *et al.* (2020). Assim como observou Posner, adaptado a esta pesquisa, decorre de uma avaliação pragmática o reconhecimento da maximização da riqueza nas políticas públicas, e uma instituição deve, com os recursos a si destinados, executá-las da forma mais maximizadora possível.

5.3. O paradoxo da desregulação da Escola de Chicago e a pretensa regulamentação das compras públicas

Com o advento da *Law and Economics*, uma nova forma de pensar a Teoria do Direito e de descrever o fenômeno jurídico surgiu, a partir de mecanismos fornecidos pela economia neoclássica (HEINEN, 2014). Nesse passo, a Escola de Chicago seguiu adequando posturas e influenciando em normas, alargando sua aplicabilidade não somente na Teoria do Direito, mas também no Direito Penal, no Direito de Família e na Responsabilização Civil (GONÇALVES, 1997).

A ideia de desregulação atrelada à Escola de Chicago advém de uma concepção que o próprio Posner sugere tanto em *Para Além do Direito*²²² como em *Fronteiras da Teoria do Direito*²²³, quando entende que a profissão jurídica deveria ser mais desregulamentada e que o judiciário deveria se especializar em compreender melhor as questões a partir da perspectiva da economia ao avaliar adequadamente as consequências de uma decisão (HEINEN, 2014).

De acordo com Gonçalves (1997), a Escola de Chicago acredita poderem ser resolvidos os temas e problemas político-jurídico-econômicos por meio do parâmetro da eficiência, o qual

²²¹ “Outro fator que corrobora esse entendimento [bons desempenhos de alunos de universidades federais], é o fato de que, ao verificar o impacto das despesas por natureza das despesas, as Despesas Correntes e Ação de Custeio, discricionárias, demonstram impacto positivo e estatisticamente significativo para o desempenho dos cursos (CPC) e dos alunos (IDD).” (PRADO; TEIXEIRA, 2019).

²²² “Creio que, conforme os profissionais do direito se abram a pontos de vista e referenciais diferentes; conforme os práticos profissionais sejam autorizados (acredito e espero que um dia venham a ser) a formar os próprios empreendimentos jurídicos e competir com os advogados ‘de verdade’; (...) conforme a educação jurídica torne-se mais opcional e, conseqüentemente, mais prática e sem firulas; conforme o judiciário se amplie e se especialize; e conforme o direito, como as demais esferas da vida social, torne-se mais e mais quantitativo e computadorizado, as preocupações tradicionalmente relacionadas à teoria do direito parecerão e serão cada vez mais irrelevantes. Um acerta categoria de indivíduos acabará parecendo tão irrelevante para a teoria e prática do direito quanto os canonistas menores da Idade Média, aos quais se assemelham.” (POSNER, 2009, p. 84-85)

²²³ “Percebe-se, assim, e este é o ponto central da discussão, que a fixação de preços de revenda dos remédios patenteados e a desregulamentação do setor aéreo suscitam a mesma constatação econômica, a saber, que há uma relação entre a concorrência de preços e a concorrência não relacionada aos preços, ainda que uma envolva mercadorias e a outra serviços, que uma seja antiga e a outra recente, ou que uma envolva a interpretação do direito antitruste pelos juízes e a outra, a reforma das leis que regulamentam o transporte de cargas. Esta é uma experiência recorrente na análise econômica do direito. Práticas, instituições e corpos de leis que não apresentam nenhuma relação entre si quando vistos sob as lentes da análise jurídica ortodoxa terminam por demonstrar-se relacionados à mesma questão econômica. A ótica econômica revela relações recíprocas entre campos inteiros do direito.” (POSNER, 2011, p. 16).

passa a ser o critério dominante para reestruturar a sociedade e suas instituições políticas e jurídicas, especialmente segundo os critérios paretianos e as variações denominadas “economia do bem-estar”. De toda sorte, a Escola é assaz criticada em função da análise estrita sob o escrutínio da eficiência econômica, assim como pelo fato de aderir ao imperialismo econômico do Direito.

Em que pese creia-se que a Escola de Chicago prime pela desregulação, Gonçalves (1997) pondera que a normatização é exatamente o seu objeto de estudo. Não há falta ou imposição de vácuo normativo, mas, ao contrário, a regulamentação é justamente o guia que estabelecerá um sistema de restrições e recompensas²²⁴, o que se dá, em partes, pela AED normativa. Nessa toada, o autor destaca as principais características dessa Escola: a generalização, o rigorismo e o uso de técnicas analíticas para buscar a eficiência.

Em verdade, o conceito fulcral que compreende essa Escola de *Law and Economics* é a autonomia das partes para buscar uma autocomposição, desde que em igualdade de condições. O excesso de formalismo não dialoga com uma justiça formal, excessivamente técnica. Daí Gonçalves (1997, p. 118) julgar que a *Law and Economics* “deve servir a um aparelho judicial cada vez menor e que atue também de forma mínima deixando à própria sociedade a solução de suas desavenças em mercado segundo seus interesses”.

Deveras, o próprio Posner defende a intervenção administrativa do governo em situações cuja eficiência (maximização da riqueza) é solapada, como forma de coibir abusos de monopólios e cartéis, evitando distorções. As ações corretivas passam pelo controle de lucros, controle de entrada de firmas no mercado e controle sobre a estrutura de preços, tudo isso, frise-se, sob o albergue da *Common Law*²²⁵ (GONÇALVES, 1997).

Deve-se compreender, antes de mais nada, que, no âmbito da AED e da Escola de Chicago, mesmo nas ideias mais radicais, não se defende a adoção de modelos e critérios exclusivamente econômicos em substituição ao Direito. Não se impõe a racionalidade econômica por sobre a racionalidade jurídica (MÂNICA, 2008)

²²⁴ “(...) identificam-se, os fenômenos, como acontecimentos sistemáticos e passíveis de generalização teórica para sua ocorrência; os agentes passam a agir em função de maximização de seus próprios interesses – análise custo/benefício; verifica-se a análise marginal e total das ações humanas em resposta à lei; os bens e serviços se apresentam multidimensionais em relação aos fenômenos verificáveis e sujeitos à lei.” (GONÇALVES, 1997, p. 115).

²²⁵ “Na realidade, a questão básica é a consecução de normas de Direito eficientes; e deve ser assumida como real escolha entre políticas normativo-jurídicas que ora atentem para o caráter público de controle administrativo direto, ora para os direitos privados assegurados pelo próprio Direito. As falhas de mercado, neste sentido, podem ser vistas mais como formas de desvio das próprias leis de mercado do que por falha de mecanismos regulativos que devem acompanhar as normas sociais” (GONÇALVES, 1997, p. 198).

A AED desenvolvida na Universidade de Chicago deseja o “dever ser” jurídico por meio da descrição e da normatização de forma a obter resultados adaptáveis à prescrição de eficiência como critério jurídico-legal (GONÇALVES, 1997). E o que uma Instituição faz ao regulamentar suas compras públicas, senão intentar buscar o máximo de eficiência no dispêndio dos recursos postos à disposição, por meio da redução da assimetria de informações, dos custos de transação e do custo de oportunidade, quando não falar de evitar a seleção adversa, o risco moral e a administração refém?

Sendo assim, não há, como se imagina, um paradoxo entre a Escola de Chicago, que prezaria pela desregulação e desregulamentação do conjunto normativo, para alcançar o máximo da autonomia da vontade entre as partes. Para Posner, as doutrinas jurídicas e princípios econômicos é que deveriam convergir em fórmulas institucionais simétricas, balizadas e normatizadas para alcançar a maximização da riqueza²²⁶ (GODOY, 2014).

²²⁶ Godoy (2014), inclusive, cita que “Posner recorda que quando iniciou seus estudos de direito este último mais lembrava um conjunto de regras completamente sem relação, de procedimentos e de instituições – a economia poderia revelar uma coerência considerável nas estruturas do direito”.

6. ANÁLISE DAS CONTRATAÇÕES PÚBLICAS E DA EXECUÇÃO ORÇAMENTÁRIA DAS UNIVERSIDADES FEDERAIS NOS ANOS DE 2018 E 2019 E DE SUAS REGULAMENTAÇÕES DE COMPRAS

6.1. Apresentação do universo a ser analisado

As universidades federais são pessoas jurídicas de direito público, compreendidas como autarquias de regime especial vinculadas ao Ministério da Educação e com autonomia didático-científica, administrativa, disciplinar e de gestão financeira e patrimonial, regidas pela legislação federal, por seu estatuto, pelo regimento próprio, resoluções e normas internas (NUINTIN *et al.*, 2014; BRASIL, 1988).

Essas instituições federais de ensino superior (IFES) representam um colosso educacional que abrigam mais um milhão de estudantes em seus cursos de graduação²²⁷ (BRASIL, 2022), número que ainda pode ser devidamente complementado com alunos de pós-graduação, pesquisadores, docentes e funcionários técnicos-administrativos, efetivo que participa ativamente de uma comunidade acadêmica.

Para que se dê sustentação a essa quantidade de pessoas, nas suas mais diversas atribuições, além do suporte necessário às atividades fim e meio das instituições, também são necessárias ações para que se estabeleça uma máquina administrativa eficiente e que possa corresponder às demandas orgânicas dessas instituições.

No país existem, atualmente, 69 (sessenta e nove) universidades federais, distribuídas por todos os estados da federação, contando com vinte instituições sediadas na região nordeste, onze na região norte, dezenove na região sudeste, oito na região centro-oeste e onze na região sul. Com exceção da Universidade Federal do Norte do Tocantins, criada em 2019, mas ainda em implementação, todas as universidades federais possuem autonomia administrativa, capazes, portanto, de realizar gestões orçamentária, financeira e patrimonial.

As fontes de recursos das instituições de ensino provêm, principalmente, do Tesouro Nacional, dos convênios firmados e de recursos próprios (CORBUCCI; MARQUES, 2003). A fonte do Tesouro é a prevista no orçamento público, conforme estabelece o art. 212 da CRFB/88, o qual destina 18%, no mínimo, da receita resultante de impostos, na manutenção e desenvolvimento do ensino, incluído aí o ensino superior federal (BRASIL, 1988). Em 2021,

²²⁷ 1.030.513 alunos matriculados em universidades federais, de acordo com o último censo disponível, referente ao ano de 2020. Dados disponíveis em <https://www.gov.br/inep/pt-br/areas-de-atuacao/pesquisas-estatisticas-e-indicadores/censo-da-educacao-superior/resultados>.

do valor destinado ao Ministério da Educação, 30% foram destinados para as instituições de ensino superior, perfazendo um total de quase 29 bilhões de reais, sendo 82% desse valor destinado somente para pagamento de pessoal e encargos sociais²²⁸.

Os convênios firmados pelas universidades vão desde pactuações com outros entes federativos, como secretarias estaduais e municipais, até entidades sem fins lucrativos e indústrias. Como exemplo, a Universidade Federal do Rio de Janeiro, em 2021, recebeu mais de 437 milhões de reais a título de convênios, sendo 98,8% desse valor oriundo de entidade sem fins lucrativos e 1,2% proveniente de Administração Pública municipal²²⁹. Em média, os valores referentes à convênios representam 7,4% do total das fontes de receita das universidades (SOARES *et al.*, 2009).

Os recursos próprios são as receitas provenientes de taxas, aluguéis, arrendamentos, cessões de uso, dentre outras. Segundo Soares *et al.* (2009), esses recursos são, em média, 4,5% das receitas das universidades federais.

As universidades federais dispõem do instrumento previsto na Lei nº 8.958/94, que preveem a possibilidade de celebrar convênios e contratos com fundações de apoio. Essas fundações de apoio, vinculadas às próprias universidades, consoante Dec. nº 7.423/10, visam a dar suporte a projetos de pesquisa, ensino e extensão e de desenvolvimento institucional, científico e tecnológico de interesses da instituição apoiada, bem como ao desenvolvimento da inovação e da pesquisa científica e tecnológica.

Há expressa vedação do Dec. nº 7.423/10 no escopo de atuação dessas fundações de apoio, as quais não podem executar atividades de manutenção predial ou infraestrutural, conservação, limpeza, vigilância e reparos, assim como serviços administrativos e atividades administrativas de rotina (copeiragem, recepção, secretariado etc.) ou realização de tarefas que não estejam objetivamente definidas no Plano de Desenvolvimento Institucional da instituição apoiada (BRASIL, 2010).

Por meio das fundações de apoio, as universidades conseguem dispor de mais instrumentos para fomento educacional à instituição. Essa simbiose facilita a captação de recursos e desburocratiza a realização de gastos e execução de projetos, em comparação aos procedimentos adotados normalmente no setor público (CORBUCCI; MARQUES, 2003).

²²⁸ Dados obtidos em BRASIL. Despesa pública (2021). In: **Portal da Transparência**. Disponível em: <<https://transparencia.gov.br/despesas?ano=2021>>. Acesso em 07 ago. 2022.

²²⁹ Dados obtidos em BRASIL. Universidade Federal do Rio de Janeiro - UFRJ (2021). In: **Portal da transparência**. Disponível em: <<https://www.portaltransparencia.gov.br/orgaos/26245?ano=2021>>. Acesso em 07 ago. 2022.

Ocorre, todavia, conforme pontuam Corbucci e Marques (2003), que há um certo desvirtuamento na destinação dos recursos auferidos por meio dessas fundações de apoio. Quanto ao pessoal, por exemplo, os autores citam que alguns servidores realizam exercício remunerado de funções estranhas ao tripé universitário (ensino, pesquisa e extensão). Ademais, os autores criticam a falta de transparência por parte da aplicação de recursos e mesmo a relativa perda de controle por parte das instituições a ela vinculadas, bem como o possível descomprometimento de docentes e servidores técnicos-administrativos em relação ao desempenho das funções e ao cumprimento da missão universitária.

As possíveis burlas, tanto ao Estatuto do Servidor como às leis de licitações e contratos, remanescem como efeitos colaterais de uma legislação que buscou facilitar o acesso das universidades brasileiras na elite acadêmica de suas congêneres mundiais. A proposta de ser um apoio ou um mero suporte à “instituição-mãe” calhou em meio de dar coloração privada a uma instituição pública, sem, contudo, haver lei que abrigue essa contradição²³⁰.

Cumpra observar, ainda, que algumas IFES só respondem como unidades gestoras na condição de fundações. São os casos, por exemplo, da Universidade de Brasília (Fundação Universidade de Brasília) e da Universidade Federal do Piauí (Fundação Universidade Federal do Piauí). Trata-se de uma opção da universidade em se desvincular de unidade gestora estabelecida como autarquia especial para uma fundação pública o que, em que pese a nomenclatura, na gestão orçamentária se submete aos mesmos controles. Ressalta-se que tais fundações não são as previstas na Lei nº 8.958/94 e nada tem a ver com essas. As fundações de apoio vinculadas às IFES não se confundem com as universidades instituidoras, as quais nem sempre fazem, sequer, menção àquelas, como, por exemplo, a Fundação Cultural e de Fomento à Pesquisa, Ensino, Extensão e Inovação (FADEX)²³¹, vinculada à UFPI, ou a Fundação Gorceix, vinculada à UFOP.

6.2. Metodologia utilizada

²³⁰ Nesse sentido Grazioli: (...) deve ser amplamente compreendido o relacionamento público-privado entre as fundações de apoio e a sua respectiva instituição, quando esta for pessoa jurídica de direito público, para afastar eventuais críticas de que essas fundações se pautam pela ilegalidade ao pretenderem a privatização do ensino público, especialmente a obrigatoriedade de concurso público e de licitação, ao enriquecimento ilícito de seus professores e a gerar conflitos de interesses com a Universidade, à medida que alguns dirigentes da entidade fundacional também tem assento nos cargos de direção da Academia.” (2009, p. 61).

²³¹ Conforme disponível em: UFPI. Pró-Reitoria de Planejamento. **FADEX**. 24 mar. 2019. Disponível em: <https://www.ufpi.br/ultimas-noticias-proplan/20768-fadex-proplan>. Acesso em 05 ago. 2022.

A hipótese apresentada na presente pesquisa é a de que as regulamentações orgânicas de compras das universidades federais incrementam a eficiência administrativa na execução orçamentária dessas instituições, a partir das acepções da Análise Econômica do Direito. Com o intuito de verificar se a hipótese é verdadeira, propôs-se o objetivo geral do trabalho, que é o de analisar se as regulamentações orgânicas relacionadas às compras públicas são fatores de aumento de eficiência na execução orçamentária das universidades federais brasileiras.

A fim de se buscar a comprovação ou refutação da hipótese aventada, a metodologia proposta recaiu no levantamento da execução orçamentária por parte das universidades federais, por meio de consulta ao orçamento atualizado e ao orçamento realizado²³² no Portal da Transparência, nos anos de 2018 e 2019, anos pré-pandemia do COVID-19, período em que o combate à doença poderia influir diretamente na disponibilidade orçamentária e, conseqüentemente, na análise dos dados.

Para fazer a mensuração correta do que foi realmente despendido por meio de compras públicas, necessário se faz apresentar algumas definições. Apoiado na Lei nº 4.320/64, que “Estatui Normas Gerais de Direito Financeiro para elaboração e controle [sic] dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal.” (BRASIL, 1964), as despesas orçamentárias devem ser divididas em despesas correntes e despesas de capital. Os grupos de despesa das despesas correntes são subdivididos em (i) pessoal, (ii) juros e encargos da dívida, e (iii) outras despesas correntes; já as despesas de capital são subdivididas em (i) investimentos, (ii) inversões financeiras e (iii) amortizações de dívidas. Seguindo metodologia já utilizada por Ribeiro e Inácio Júnior (2019), as despesas que são realizadas com base no procedimento licitatório, ou na dispensa e na inexigibilidade, são as previstas como “outras despesas correntes”, do lado das despesas correntes, e “investimentos”, no que tange às despesas de capital.

Mas nem todas as “outras despesas correntes” ou “investimentos” são propriamente realizados com o aparato das compras públicas, daí a necessidade de se ligar com os elementos de despesa²³³ desses grupos de despesa precitados. No caso desta pesquisa, seguimos o mesmo raciocínio de Ribeiro e Inácio Júnior (2019) quanto aos elementos de despesa escolhidos. Os dados foram retirados a partir de fontes abertas e cotejou-se o orçamento atualizado (previsto) e o realizado das universidades federais em relação aos elementos de despesas cuja fruição fosse

²³² Disponível no Portal da Transparência, em: BRASIL. Orçamento da Despesa Pública (2018-2019). In: **Portal Transparência**. Disponível em: <https://transparencia.gov.br/orcamento/despesas?de=2018&ate=2019&ordenarPor=ano&direcao=desc>. Acesso em 05 ago. 2022.

²³³ O elemento de despesa tem por objetivo identificar os objetos de gasto que a administração pública se serve para a consecução de seus fins (BRASIL, 2001).

obtida a partir de compras públicas, sendo esses: i) material de consumo, ii) material ou bem para distribuição gratuita, iii) passagens e despesas com locomoção, iv) serviços de consultoria, v) serviços de pessoa física, vi) serviços de pessoa jurídica, vii) locação de mão de obra, viii) arrendamento mercantil, ix) obras e instalações e x) equipamentos e materiais permanentes.

Feita essa análise meramente quantitativa, passou-se ao estudo dos regulamentos procedimentais disponíveis pelas universidades. Nesse contexto, foram analisados minuciosamente os protocolos de compras das 69 (sessenta e nove) universidades federais em cinco pontos: i) existência de regulamentação, ii) definição de competências e/ou responsabilidades, iii) apresentação de um passo-a-passo prático do procedimento a se realizar para a compra pública, iii) disponibilidade de extratos legais para amparo da ação no âmbito regulamentar, iv) presença de modelos para adoção nos trabalhos correntes. Com exceção do primeiro requisito, que foi eliminatório para a análise, o restante foi mensurado em partes iguais para a confrontação com a execução orçamentária da instituição, após análise de presença no regulamento (“sim” ou “não”), a fim de proclamar um resultado em que acusasse uma pretensa eficiência. A adoção desses requisitos segue cartilha de recomendações da OCDE adaptado às melhores práticas da gestão pública, sendo-os reconhecidos apenas como requisitos mínimos necessários.

Para a análise da correlação entre regulamentação e execução orçamentária, buscou-se a análise por meio de regressão linear e de regressão fracionada, contudo, levando-se em conta somente essas duas variáveis, não ficou evidente nenhum efeito significativo nos resultados que desse substância para a confirmação da hipótese. Há possibilidade de haver variável relevante omitida, todavia, para o problema proposto, não há que se evadir das únicas e exclusivas variáveis impostas. Reconhecemos, porém, que uma gama de outras variáveis estariam suscetíveis à análise para se buscar um resultado mais próximo da realidade nesse segmento da Administração Pública, como: i) permanência dos gestores do corpo administrativo nas funções; ii) capacitação de pessoal; iii) periodicidade e eventualidade da disponibilização de recursos; iv) idade da instituição; v) recursos destinados às obras (com previsão de recursos que ultrapassam o ano orçamentário); vi) quantidade de recursos disponibilizados; vii) modificação de gestão (incorporação ou segregação de outras UF); entre outros. Além disso, em que pese tenha se buscado em todas as UF, a consulta pela regulamentação foi realizada somente em fontes abertas, *v. g. sites* das instituições, as quais nem sempre disponibilizam os seus protocolos na *internet*.

Desta feita, optamos por realizar uma análise meramente conceitual dos resultados a serem obtidos. Foram estabelecidas faixas de conceito arbitrárias, tanto de regulamentação como de execução orçamentária, conforme tabelas abaixo:

Tabela 1: Faixas de conceituação por percentual de regulamentação das UF

Percentual de Regulamentação	Conceituação
Superior ou igual a 80%	ÓTIMO
Entre 60% (inclusive) e 80%	BOM
Entre 50% (inclusive) e 60%	REGULAR
Entre 20% (inclusive) e 50%	RUIM
Inferior a 20%	PÉSSIMO

Fonte: o autor.

Tabela 2: Faixas de conceituação por percentual de execução orçamentária das UF

Percentual de Execução Orçamentária	Conceituação
Superior ou igual a 80%	ÓTIMO
Entre 60% (inclusive) e 80%	BOM
Entre 50% (inclusive) e 60%	REGULAR
Entre 20% (inclusive) e 50%	RUIM
Inferior a 20%	PÉSSIMO

Fonte: o autor.

A proposta, conforme problematização e hipóteses impostas, foi a de correlacionar a regulamentação orgânica das instituições e a execução orçamentária, nos anos de 2018 e 2019. Sendo assim, a quantidade de resultados obtidos que correlacionaram conceitos próximos, isto é, (i) ÓTIMO-ÓTIMO, (ii) ÓTIMO-BOM, (iii) BOM-ÓTIMO, (iv) BOM-BOM, (v) RUIM-RUIM, (vi) RUIM-PÉSSIMO, (vii) PÉSSIMO-RUIM e (viii) PÉSSIMO-PÉSSIMO, em tese, comprovariam a hipótese. De outra banda, os resultados que sinalizam conceitos distantes, quais sejam, (ix) ÓTIMO-RUIM, (x) ÓTIMO-PÉSSIMO, (xi) BOM-RUIM, (xii) BOM-PÉSSIMO, (xiii) RUIM-ÓTIMO, (xiv) RUIM-BOM, (xv) PÉSSIMO-ÓTIMO e (xvi) PÉSSIMO-BOM, em princípio, refutariam a hipótese. Os resultados que contiveram o conceito “REGULAR”, em qualquer resultado da análise, foram considerados neutros, não servindo para a observação da hipótese.

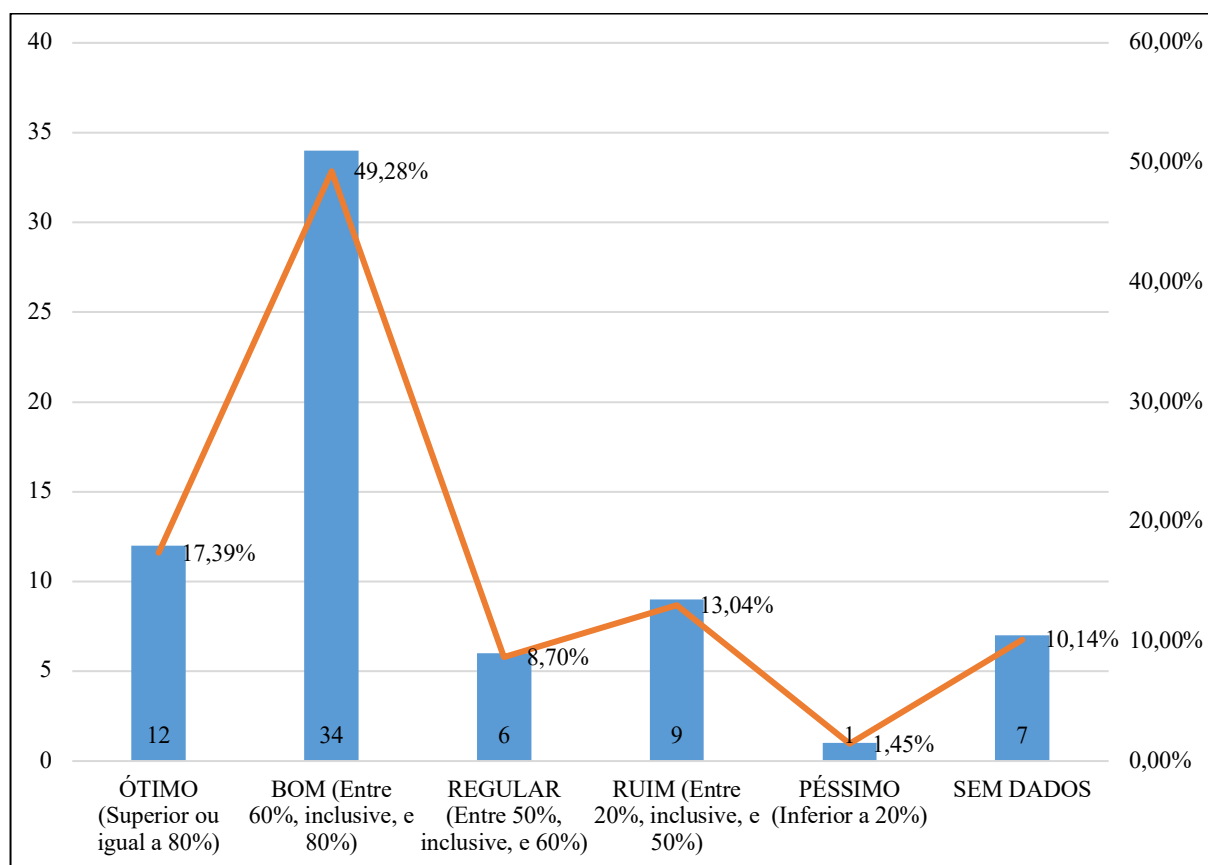
6.3. Resultados obtidos

Os resultados obtidos estão disponíveis em dados brutos nos Anexos A e B desta pesquisa. As menções referentes à UFCat, UFJ, UFR, UFMA, UFAPE, UFDPAr e UFNT não puderam ser tabuladas, por inexistência de dados referentes à execução orçamentária no período de análise.

A média total da execução orçamentária das UF, durante o período de observação, ficou em 67,04%, com destaque para a FURG, que executou o orçamento consolidado em 89,71%, e para a UNIFAP, que realizou apenas 13,40% do orçamento previsto.

O gráfico abaixo demonstra a disposição dos resultados quanto à execução orçamentária, utilizando a faixa conceitual proposta na metodologia:

Gráfico 1: Execução Orçamentária das UF nas Faixas Conceituais



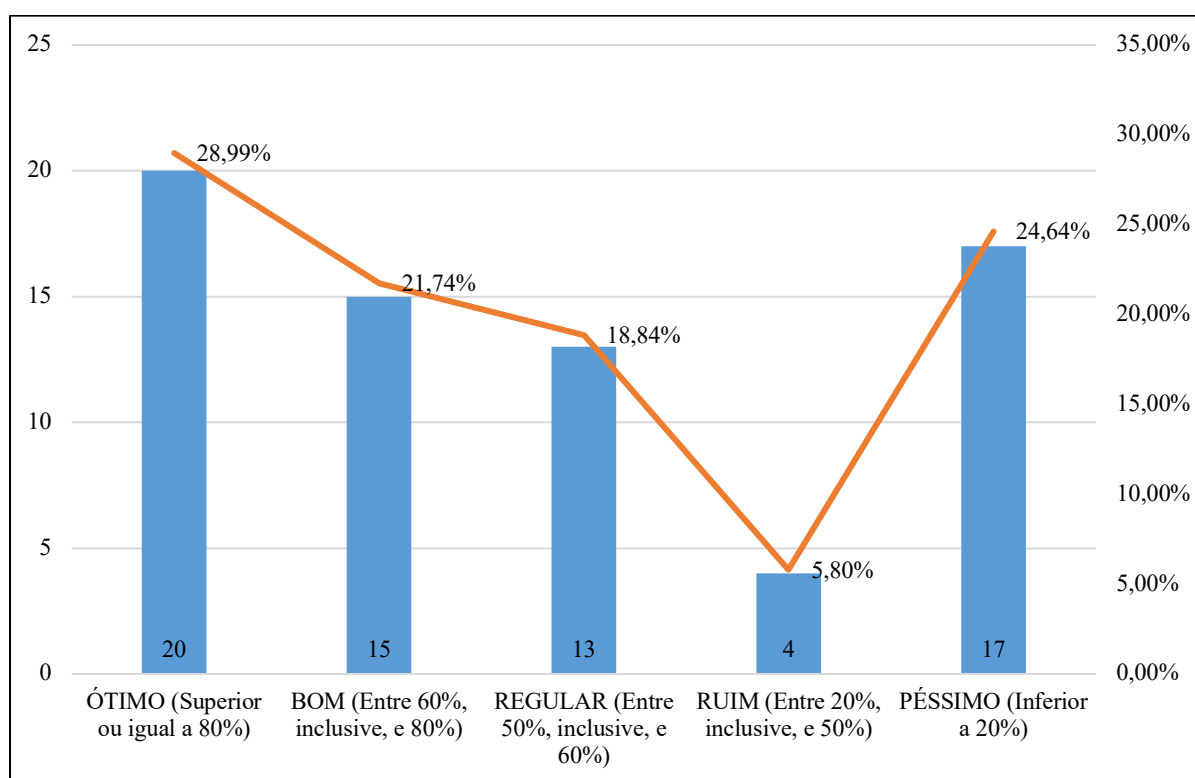
Fonte: o autor; Portal da Transparência.

No que se refere aos protocolos de regulamentação, levou-se em conta as instituições que não disponibilizaram as normatizações na *internet* como inexistente, ou o número “0” na abordagem quantitativa dos quesitos. A média do aspecto regulamentar nas UF ficou em

56,16%, o que demonstra que mais de três quartos das instituições possuem regulamentação orgânica, e que a maior parte delas apresentam, no mínimo, dois quesitos em sua formulação. Destaca-se que vinte UF apresentam a normatização completa nos quesitos estudados, enquanto dezesseis não dispõem de regulamentação de compra, ao menos para acesso por meio da rede mundial de computadores.

No gráfico abaixo, os resultados contemplados são apresentados conforme faixa conceitual disponível na Tabela 1:

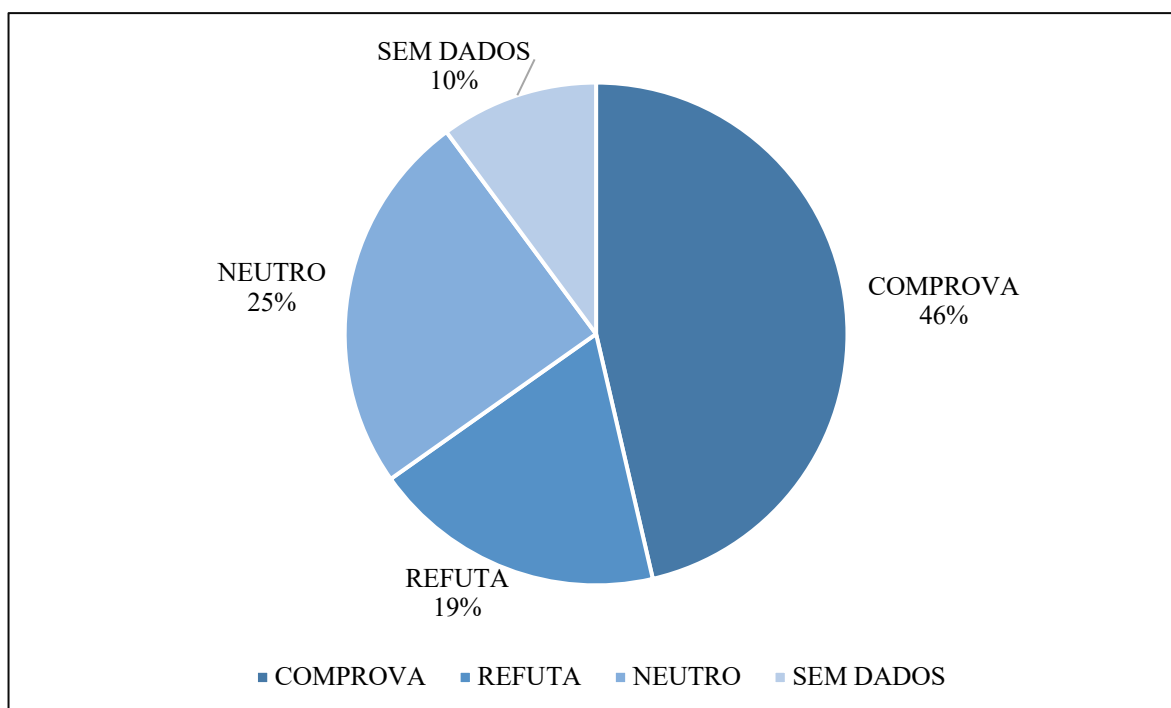
Gráfico 2: Normatização orgânica das compras das UF nas faixas conceituais



Fonte: o autor.

O Anexo C põe em perspectiva o cotejamento entre a regulação e a execução orçamentária das universidades federais. Conforme aduzido na metodologia, esse será o encaminhamento para a análise da hipótese, a partir da percepção das faixas conceituais de cada variável. O gráfico e a tabela abaixo representam a sinalização das confrontações dos conceitos, informando que as combinações mais próximas, consideradas como “COMPROVA”, comprovam a hipótese, e as mais remotas, nominadas como “REFUTA”, refutam a hipótese, e as “NEUTRAS” não são analisadas, pois possuem conceitos definidos como “REGULAR”, o que, para a análise da hipótese, são imprecisas:

Gráfico 3: Análise da hipótese



Fonte: o autor.

Tabela 3: Análise da hipótese

Indicação	Quantidade UF
COMPROVA	32
REFUTA	13
NEUTRO	17
SEM DADOS	7

Fonte: o autor.

6.4. Discussão dos resultados

Prefacialmente, cumpre repisar que a pesquisa aqui exposta não estabeleceu alicerce estatístico capaz de cravar resultados que importem taxativamente na análise das variáveis propostas, quais sejam, a correlação entre a regulamentação de compras de uma universidade federal e sua execução orçamentária.

Como dito, ao se analisar somente as variáveis apostas na hipótese, não se evidencia envergadura específica para fazer uma análise regressiva que comporte os resultados obtidos,

porquanto há variáveis ocultas no estudo global da matéria, conforme apontado no tópico referente à metodologia.

Assim sendo, o referencial teórico proposto estabeleceu a conexão entre a doutrina da AED e as compras públicas, especialmente quanto à teoria de Richard Posner. Ser eficiente, para Posner, é maximizar a riqueza, conforme a acepção de riqueza indicada pelo autor. Deste modo, ao se estabelecer protocolos de compras públicas nas instituições governamentais, reduzindo a assimetria de informações, os custos de transação e o custo de oportunidade, incrementar-se-ia a maximização da riqueza em seu primeiro momento.

De igual maneira, ao se verificar o índice de execução orçamentária de uma instituição, reconhecer-se-ia o comprometimento da instituição com os valores a si destinados pela sociedade, por meio do orçamento público, o que toca o pragmatismo responsável, segunda fase da maximização da riqueza de Posner.

Os resultados obtidos envergam que as IFES, em sua maioria, estabelecem regulamentos institucionais de compras, a fim de padronizar procedimentos e compartimentar responsabilidades no procedimento de compra pública. Os requisitos objetivos propostos (existência de regulamentação, definição de competências e/ou responsabilidades, apresentação de um passo-a-passo prático, disponibilidade de extratos legais para amparo da ação no âmbito regulamentar e presença de modelos para adoção nos trabalhos correntes) cumprem seus objetivos ao serem confrontados com os resultados orçamentários da instituição. O contrário também ocorre: instituições sem ou com parca normatização implicam em baixo resultado orçamentário nos anos estudados.

Os índices de execução orçamentária das universidades, da mesma forma, comprovam que o esteio regulamentar está em concatenação lógica com os resultados. Insta salientar, todavia, que nem sempre executar o orçamento público a si destinado induz a uma percepção de eficiência. Há que se ponderar a qualidade do gasto público, variável a qual merece ser cotejada por outros instrumentos de pesquisa, os quais não foram aqui dispostos na metodologia da pesquisa.

É sempre necessário recordar que, na atual quadra, os gestores públicos vivem a transição da Lei nº 8.666/93 para a Lei nº 14.133/21, em que uma nova lei que rege as compras públicas alterou vários procedimentos que compõem o processo. Adite-se a isso, o fato que a Nova Lei de Licitações ainda depende de regulamentação por parte do Governo Federal, e que, somente depois de baixar tais normativos, é que as instituições poderão adaptar seus procedimentos, buscando executá-los de forma eficiente.

Isso posto, a solução proposta foi a de se fazer uma correlação meramente conceitual entre os dados obtidos pela pesquisa, atrelando percentagens à faixas conceituais anteriormente propostas, as quais, em confrontação, tendem a indicar uma comprovação da hipótese, qual seja, a de que as regulamentações orgânicas de compras das universidades federais incrementam a eficiência administrativa na execução orçamentária dessas instituições, a partir das acepções da Análise Econômica do Direito, em sua vertente de análise normativa.

7. CONCLUSÃO

Finda a pesquisa, convém lembrar o objetivo geral ao qual se propôs o presente trabalho, qual seja, o de analisar se as regulamentações orgânicas relacionadas às compras públicas são fatores de aumento de eficiência na execução orçamentária das universidades federais brasileiras.

O objetivo geral foi dissecado em seis objetivos específicos, os quais serviram para fasear a intenção geral da pesquisa e propor um encaminhamento à hipótese aventada. O primeiro objetivo específico, ao qual se dispunha a conceituar a regulamentação na Administração Pública brasileira e relacioná-la no âmbito das compras públicas, foi cumprido no primeiro capítulo, o qual tratou da evolução da Administração Pública no contexto da evolução do Estado brasileiro, do conceito de regulamento no Direito Administrativo brasileiros, da opção pela regulamentação como meio de eficiência administrativa e discorreu sobre a Nova Lei de Licitações. Ao fim, rematamos sobre a necessidade de se estabelecer regulamentação interna para que se dê concretude aos aspectos legais e formais das compras públicas.

Conceituar o princípio da eficiência foi o objetivo proposto como o segundo objetivo específico da presente pesquisa, o qual foi devidamente instruído no segundo capítulo. Neste, a fim de fazermos uma abordagem holística do mandamento, abordamos a evolução normativa do princípio, a sua aplicação prática e uma incipiente mensuração no contexto da Administração Pública brasileira, ainda em base dogmática.

O terceiro objetivo específico, descrito para analisar a eficiência administrativa sob a ótica da Análise Econômica do Direito, foi enfrentado no terceiro capítulo. Nesse segmento, tratamos de aspectos históricos e conceituais da Análise Econômica do Direito e dos preceitos sobre medida de eficiência, priorizando o estudo sobre as teorias Pareto, Kaldor-Hicks e Richard Posner.

O quarto objetivo, o qual buscou examinar a eficiência nas contratações públicas à luz da Análise Econômica do Direito, foi satisfeito ao reconhecer conceitos da Análise Econômica do Direito em aspectos próprios das licitações, conforme exposto no quarto capítulo. Outrossim, ao se abordar sistematicamente a teoria de Posner no âmbito das compras públicas, estabelecendo o liame entre seus conceitos, o índice de execução orçamentária e a normatização orgânica, restou determinado o escólio necessário para o assentamento do referencial teórico na pesquisa.

Relacionar a teoria de Richard Posner à Administração Pública brasileira e às compras públicas, o quinto objetivo específico do trabalho, foi apresentado no terceiro e quarto capítulos. A relação entre a teoria de Posner e a Administração Pública brasileira sedimentou o caminho para que se pudesse relacionar essa mesma doutrina em relação às compras públicas, o que consolidou a apreciação do referencial teórico da pesquisa, pugnando pela possibilidade da aplicação da teoria do autor norte-americano em aspectos dramaticamente ligados à gestão pública nacional.

O sexto e último objetivo específico, que buscou avaliar a execução orçamentária das universidades federais brasileiras, nos anos de 2018 e 2019, considerando as regulamentações de compras dessas instituições, encaminhou o estudo específico do universo da pesquisa, propondo o cotejamento entre o protocolo de compras dessas instituições e as suas execuções orçamentárias.

A metodologia proposta, desta feita, buscou preencher todas as lacunas de conhecimento disponíveis para incidir sobre o problema levantado. Os instrumentos de pesquisa direcionaram e puderam encaminhar uma melhor digressão sobre a hipótese em estudo.

Em que pese a confrontação dos dados obtidos em consulta às regulamentações das instituições e a execução orçamentária não tenha sido possível ser analisada por meio de regressão estatística, uma vez que há variáveis ocultas que vão além da mera relação entre normatização orgânica e gestão orçamentária, o diagnóstico por meio de faixas conceituais pôde reproduzir resultados coerentes.

Da análise dos resultados obtidos, a conclusão a que se chega, ainda que em base meramente teórica e conceitual, é que o nível de regulamentação de compras por parte de uma universidade federal pode indicar o grau de execução orçamentária da instituição. Sendo assim, a resposta ao problema proposto é no sentido de que, em tese, as regulamentações orgânicas de compras das universidades federais incrementam a eficiência administrativa na execução orçamentária dessas instituições, a partir das acepções da Análise Econômica do Direito, em sua vertente estabelecida na análise normativa.

A gestão pública nacional encontra-se, neste momento, em transição de um modelo de compras baseado na Lei nº 8.666/93 para um novo modelo instituído pela Lei nº 14.133/21. A nova lei exige regulamentações a serem baixadas por órgãos do Governo Federal, as quais merecerão uma readaptação normativa e procedimental por parte das IFES. O reconhecimento de um protocolo procedimental, de âmbito institucional, será mais ainda recomendado, a fim de se contemplar a maximização de riqueza na execução orçamentária dessas instituições.

Um regulamento orgânico que (i) situe a definição de competências e responsabilidades, (ii) estabeleça um protocolo procedimental, (iii) informe o amparo legal de atuação do gestor e (iv) disponibilize modelos padronizados de documentação relativa às compras públicas, tende a cumprir o objetivo de maximização de riqueza preconizado por Richard Posner, por meio da redução da assimetria de informações (que arrefecem a seleção adversa, a *moral hazard* e a administração refém), dos custos de transação e do custo de oportunidade, impondo uma execução orçamentária bem consolidada e se revelando eficiente administrativamente.

REFERÊNCIAS

- AMARAL, Antonio Carlos Cintra do. O princípio da eficiência no direito administrativo. **Revista Eletrônica Sobre A Reforma do Estado**, Salvador, n. 5, p. 1-6, mar./abr./maio 2006. Trimestral. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/codrevista.asp?cod=97>>. Acesso em: 22 nov. 2021.
- ANDREWS, Christina W.; BARIANI, Edison (org.). **Administração pública no brasil: breve história política**. São Paulo: Unifesp, 2010.
- ARAGÓN, Nuria Querol. **Análisis económico del derecho**. Madrid: Dykinson, S. L. 2014.
- ARAUJO, Paula Mara Costa de; JESUS, Renata Gomes de. Processo licitatório tipo menor preço e eficiência em compras públicas: um estudo de caso. **Principia: divulgação científica e tecnológica do IFPB**, João Pessoa, n. 41, p. 24-38, jun. 2018. Disponível em: <https://www.researchgate.net/publication/326077158_Processo_licitatorio_tipo_menor_preco_e_eficiencia_em_compras_publicas_um_estudo_de_caso>. Acesso em: 16 jun. 2022.
- ARRAES, Jeremias Pereira da Silva. A Reestruturação do Setor de Compras da Universidade de Brasília: a Implantação de uma Nova Estrutura de Compras, Visando à Melhoria dos Processos, à Redução das Compras Diretas e à Otimização dos Recursos Públicos. **Future Studies Research Journal: Trends and Strategies**, São Paulo, v. 9, n. 2, p. 167-187, maio/ago. 2017.
- ARRUDA, Thais Nunes de. Maximização de riqueza como princípio normativo – a primeira rodada do debate entre Richard Posner e Ronald Dworkin. In: **Filosofia do direito II (Congresso)**, organização CONPEDI/UNINOVE, pp. 158-157. Florianópolis: FUNJAB, 2013. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/publicacao/uninove/livro.php?gt=140>> . Acesso em: 16 set. 2021.
- BEHRING, Elaine Rossetti; BOSCHETTI, Ivanete. **Política Social: fundamentos e história**. São Paulo: Cortez, 2007.
- BELLONI, José Angelo. **Uma metodologia de avaliação da eficiência produtiva de universidades federais brasileiras**. 2000. 246 f. Tese (Doutorado) - Curso de Programa de Pós-Graduação em Engenharia de Produção, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2020.
- BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. **Princípio constitucional da eficiência administrativa**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.
- BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, 1988.
- BRASIL. **Decreto nº 7.423**, de 31 de dezembro de 2010. Regulamenta a Lei no 8.958, de 20 de dezembro de 1994, que dispõe sobre as relações entre as instituições federais de ensino superior e de pesquisa científica e tecnológica e as fundações de apoio, e revoga o Decreto no 5.205, de 14 de setembro de 2004. Brasília, 2004.

BRASIL. **Decreto nº 9.191**, de 1º de novembro de 2017. Estabelece as normas e as diretrizes para elaboração, redação, alteração, consolidação e encaminhamento de propostas de atos normativos ao Presidente da República pelos Ministros de Estado. Brasília, 2017a.

BRASIL. **Decreto nº 9.203**, de 22 de novembro de 2017. Dispõe sobre a política de governança da administração pública federal direta, autárquica e fundacional. Brasília, 2017b.

BRASIL. **Decreto nº 10.139**, de 28 de novembro de 2019. Dispõe sobre a revisão e a consolidação dos atos normativos inferiores a decreto. Brasília, 2019.

BRASIL. **Decreto nº 10.947**, de 25 de janeiro de 2022. Regulamenta o inciso VII do caput do art. 12 da Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021, para dispor sobre o plano de contratações anual e instituir o Sistema de Planejamento e Gerenciamento de Contratações no âmbito da administração pública federal direta, autárquica e fundacional. Brasília, 2022.

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. Brasília, 1967.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 579**, de 30 de julho de 1938. Organiza o Departamento Administrativo do Serviço Público, reorganiza as Comissões de Eficiência dos Ministérios e dá outras providências. Rio de Janeiro, 1938.

BRASIL. Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira. **Sinopse Estatística da Educação Superior 2020**. Brasília: Inep, 2022. Disponível em: <<https://www.gov.br/inep/pt-br/areas-de-atuacao/pesquisas-estatisticas-e-indicadores/censo-da-educacao-superior/resultados>>. Acesso em: 7 jul. 2022.

BRASIL. Instituto de Pesquisas Econômicas Aplicadas. Vera Thorstensen; Luís Felipe Giesteira (coord.). **Cadernos Brasil na OCDE: compras públicas**. Brasília: IPEA, 2021a. Disponível em: <https://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/210707_cb_ocde_compras_publicas.pdf>. Acesso em: 14 jan. 2022.

BRASIL. **Lei nº 4.320**, de 17 de março de 1964. Estatui Normas Gerais de Direito Financeiro para elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal.. Brasília, 1964.

BRASIL. **Lei nº 8.666**, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Brasília, 1993.

BRASIL. **Lei nº 8.958**, de 20 de dezembro de 1994. Dispõe sobre as relações entre as instituições federais de ensino superior e de pesquisa científica e tecnológica e as fundações de apoio e dá outras providências. Brasília, 1994.

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. Brasília, 2004.

BRASIL. **Lei nº 12.462**, de 4 de agosto de 2011. Institui o Regime Diferenciado de Contratações Públicas - RDC. Brasília, 2011.

BRASIL. **Lei nº 14.133**, de 1º de abril de 2021. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Brasília, 2021b.

BRASIL. **Lei nº 14.230**, de 25 de outubro de 2021. Altera a Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, que dispõe sobre improbidade administrativa. Brasília, 2021c.

BRASIL. Ministério da Fazenda. Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. **Portaria Interministerial nº 163**, de 4 de maio de 2001. Dispõe sobre as normas gerais de consolidação da Contas Públicas no âmbito da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.orcamentofederal.gov.br/orcamentos-aneais/orcamento-2015-2/arquivos%20portarias-sof/portaria-interm_163_2001_atualizada_2015_02set2015.pdf>. Acesso em: 19 out. 2021.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **FOC 2014**: governança e gestão das aquisições. Brasília: TCU, 2016.

BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. Da administração pública burocrática à gerencial. **Revista do Interesse Público**, v. 47, n. 1, jan. 1996. Disponível em: <<http://bresserpereira.org.br/papers/1996/95.AdmPublicaBurocraticaAGerencial.pdf>>. Acesso em: 12 set. 2021.

BONAVIDES, Paulo. **Do estado liberal ao estado social**. São Paulo: Malheiros, 2011.

BULLARD, Alfredo. **Análisis económico del derecho**. Lima: Tarea Asociación Gráfica Educativa, 2019.

CALVÃO, Filipa Urbano. Princípio da eficiência. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Porto**, Porto, v. 7, p. 329-341, jul. 2010. Disponível em: <https://sigarra.up.pt/flup/pt/pub_geral.pub_view?pi_pub_base_id=49810>. Acesso em: 24 dez. 2021.

CAMPANTE, Rubens Goyatá. O patrimonialismo em Faoro e Weber e a sociologia brasileira. **DADOS – Revista de Ciências Sociais**, Rio de Janeiro, vol. 46, n. 1, p. 153-193, 2003. Disponível em: <<https://www.scielo.br/j/dados/a/Kg8PPsPjsvMMPg5zBZWrsmk/?lang=pt&format=pdf>>. Acesso em: 1º nov. 2021.

CARDOSO JUNIOR, José Celso; BERCOVICI, Gilberto (Org.). **República, democracia e desenvolvimento**. Brasília: IPEA, 2013.

CARDOSO JUNIOR, José Celso; PIRES; Roberto Rocha C. (Org.). **Gestão pública e desenvolvimento: desafios e perspectivas**. vol. 6. Brasília: IPEA, 2011.

CASTELLI, Annalisa; PUGA, Gustavo; SAUSSIÉ, Stéphane; TÁTRAI, Tünde. **The challenges of public procurement reforms**. Abingdon: Routledge, 2021.

CAVEDO, Thiago da Silva. **Eficiência na gestão universitária**: contribuições do sistema de compras na Universidade de Brasília. 2020. 135 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Mestrado Profissional em Economia, Universidade de Brasília, Brasília, 2020.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. São Paulo: Atlas, 2015.

CASTRO, Rodrigo Pironti Aguirre de; ZILLOTTO, Mirela Miró. **Compliance nas contratações públicas**: exigência e critérios normativos. Belo Horizonte: Fórum, 2020.

CUBA. Constituição (2019). **Constitución de La República**. Disponível em: <https://www.gacetaoficial.gob.cu/sites/default/files/goc-2019-ex5_0.pdf>. Acesso em: 15 abr. 2022.

COMADIRA, Julio Rodolfo. **La licitación pública**. Buenos Aires: Depalma, 2000.

CORBUCCI, Paulo Roberto; MARQUES, Paulo Marcello Fonseca. Fontes de financiamento das instituições federais de ensino superior: um estudo sobre a Universidade de Brasília. **Textos para discussão**, Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. Brasília: IPEA, 2003. Disponível em: <https://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/TDs/td_0999.pdf> Acesso em: 7 jul. 2022.

DALLARI, Adilson Abreu. **Aspectos jurídicos da licitação**. São Paulo: Saraiva, 2003.

DAMASCENO, Rafael Alves. **Melhoria da eficiência de compras públicas na Universidade Federal do Cariri**: plano de ação para implementação de estratégias mediante o caminho metodológico do design science research. 2021. 157 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Mestrado em Gestão Pública, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2021.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

DIAS, Maria Tereza Fonseca. Análise Econômica do Direito nas contratações públicas: estudo de casos da legislação e experiência brasileira. In: **II Congresso Internacional de Compras Públicas**: para um crescimento da economia assente na contratação pública sustentável, inteligente e inovadora, 2016, Luanda. Brasília: Enap, 2016. Disponível em: <<https://exposicao.enap.gov.br/items/show/748>>. Acesso em: 15 set. 2021.

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2005.

FAORO, Raymundo. **Os donos do poder**: formação do patronato político brasileiro. Rio de Janeiro: Globo, 2001.

FARIA, Graice de. **Indicadores de eficiência do pregão eletrônico**: um estudo em uma universidade pública federal. 2017. 190 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Mestrado em Administração Universitária, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2017.

FURTADO, Madeline Rocha. Uma nova Lei de Licitações e Contratos e um velho mundo novo. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 10 jan. 2022. Disponível em:

<<https://www.conjur.com.br/2022-jan-10/furtado-lei-licitacoes-velho-mundo>>. Acesso em: 12 jan. 2022.

FERREIRA FILHO, Marcílio da Silva. **Poder regulamentar**: aspectos controvertidos no contexto da função regulatória. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

FENILI, Renato. **Boas práticas administrativas em compras e contratações públicas**. Niterói: Impetus, 2016.

FENILI, Renato. **Governança em aquisições públicas**: teoria e prática à luz da realidade sociológica. Niterói: Impetus, 2018.

FERRAZ, Sérgio; DALLARI, Adilson Abreu. **Processo administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2002.

FERRER, Florencia; SANTANA, Jair Eduard (coord.). **Compras Públicas Brasil**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2015.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Direito dos licitantes**. São Paulo: Malheiros, 1994.

FIÚZA, Eduardo Pedral Sampaio; MEDEIROS, Bernardo Abreu de. A agenda perdida das compras públicas: rumo a uma reforma abrangente da lei de licitações e do arcabouço institucional. **Texto para discussão**, Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. Brasília: Ipea, 2014. 162 p. Disponível em: <http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/3362/1/td_1990.pdf>. Acesso em: 06 out. 2021.

FIÚZA, Eduardo Pedral Sampaio; SANTOS, Felipe Vilaça Loureiro; LOPES, Virgínia Bracarense; MEDEIROS, Bernardo Abreu de; SANTOS, Franklin Brasil. NT nº 68 – Revisão de arranjo das compras públicas a partir de um contexto de crise. **Nota técnica**, Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. Brasília, 2020a. Disponível em: <<http://repositorio.ipea.gov.br/handle/11058/10088>>. Acesso em: 2 jul. 2022.

FIÚZA, Eduardo Pedral Sampaio; SANTOS, Felipe Vilaça Loureiro; LOPES, Virgínia Bracarense; MEDEIROS, Bernardo Abreu de; SANTOS, Franklin Brasil. TD 2575 - Compras Públicas Centralizadas em Situações de Emergência e Calamidade Pública. **Texto Para Discussão**, Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. Brasília, 2020b. Disponível em: <https://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/TDs/td_2575.pdf>. Acesso em: 2 jul. 2022.

FONSECA, João Bosco Leopoldino da. **Direito Econômico**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2012.

GASPARINI, Diógenes. **Poder regulamentar**. São Paulo: Bushatsky, 1978.

GASPAROTTO, Geovana Prante; GROSSI, Patrícia Krieger; VIEIRA, Monique Soares. O Ideário Neoliberal: a submissão das políticas sociais aos interesses econômicos. In: **Anais do XI Seminário Internacional de Demandas Sociais e Políticas Públicas**, 2014, Brasil.

Disponível em: <https://repositorio.pucrs.br/dspace/bitstream/10923/8153/2/evento_006%20-%20Patr%C3%ADcia%20Krieger%20Grossi.pdf>. Acesso em: 10 nov 2021.

GERTH, H. H.; MILLS, W. C. (org.). **From Max Weber: essays in sociology**. New York: Oxford University Press, 1946.

GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. Richard Posner e a tradição da análise econômica do Direito. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 28 set. 2014. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2014-set-28/embargos-culturais-richard-posner-tradicao-analise-economica-direito#_ftn23>. Acesso em: 03 jul. 2022.

GONÇALVES, Everton das Neves. **A teoria de Posner e sua aplicabilidade à ordem constitucional econômica brasileira de 1988**. 1997. 390 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Curso de Pós-Graduação em Direito, Universidad Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 1997. Disponível em: <<https://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/106450>>. Acesso em: 18 set. 2021.

GONÇALVES, Everton das Neves; STELZER, Joana. Eficiência e direito: pecado ou virtude; uma incursão pela análise econômica do direito. **Revista Jurídica - Unicuritiba**, Curitiba, v. 1, n. 28, p. 77-122, 2012. Disponível em: <<http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/412>>. Acesso em: 14 set. 2021.

GRAU, Eros. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2001.

GRAZZIOLI, Airton. **Fundações privadas: doutrina e prática**. São Paulo: Atlas, 2009.

GRECA, Alcides. **La licitacion y el privilegio em los contratos administrativos**. Santa Fé: Universidad Nacional del Litoral, 1941.

GUIMARÃES, Fernando Vernalha. O direito administrativo do medo: a crise da ineficiência pelo controle. **Direito do Estado**. Salvador, n. 71, 2016. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/fernando-vernalha-guimaraes/o-direito-administrativo-do-medo-a-crise-da-ineficiencia-pelo-controle>>. Acesso em: 13 jul. 2022.

HEINEN, Luana Renostro. A análise econômica do direito de Richard Posner e os pressupostos irrealistas da economia neoclássica. In: **Direito e Economia I**: Encontro Nacional do CONPEDI, 23, 2014, Florianópolis. Anais Eletrônicos... Florianópolis: UFSC, 2014. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/publicacao/ufsc/livro.php?gt=207>>. Acesso em: 30 maio. 2022.

HICKS, John R. The foundations of welfare economics. **The Economic Journal**, Oxford, v. 49, n. 196, p. 696-712, dec. 1939. Disponível em: <<https://www.jstor.org/stable/2225023?origin=JSTOR-pdf>>. Acesso em 2 ago. 2022.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos: Lei 8.666/1993**. 18. ed. rev., atual., e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos: Lei 14.133/2021**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

KALDOR, Nicholas. Welfare propositions of economics and interpersonal comparisons of utility. **The Economic Journal**, Oxford, v. 49, n. 195, p. 549-552, set. 1939. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/2224835?read-now=1&oauth_data=eyJlbWFpbCI6ImZlcl9saW1hODZAeWFob28uY29tLmJyIiwiaW5zdGl0dXRpb25JZHMlOltfdQ&seq=2###metadata_info_tab_contents>. Acesso em: 2 ago. 2022.

LEAL, Fernando. Propostas para uma abordagem teórico-metodológica do dever constitucional de eficiência. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**. Salvador, n. 15, p. 1-24, ago./set./out. 2008. Trimestral. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/24278/Propostas_para_uma_abordagem_teorico-met.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 30 nov. 2021.

LEITE, Luciano Ferreira. **O regulamento no direito brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986.

LEITE, Geraldo Neves; DIAS, Jean Carlos. A Decisão Judicial Nos Casos Difíceis: uma análise a partir do debate entre dworkin e posner. **Teorias do Direito e Realismo Jurídico**, [S.L.], v. 2, n. 2, p. 149, 1 dez. 2016. Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito - CONPEDI. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.26668/indexlawjournals/2525-9601/2016.v2i2.1586>>. Acesso em: 01 jun. 2022.

MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. **Análise econômica do direito**. Tradução de Rachel Sztajn. São Paulo: Atlas, 2020.

MAIRAL, Héctor. **As raízes legais da corrupção**: ou como o direito público fomenta a corrupção em vez de combatê-la. Tradução: Susan Behrends Kraemer. São Paulo: Contracorrente, 2018.

MÂNICA, Fernando Borges. Racionalidade econômica e racionalidade jurídica na Constituição de 1988. **A&C - Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, [S.L.], v. 8, n. 32, p. 121, 1 abr. 2008. Revista de Direito Administrativo and constitucional. Disponível em: <<http://www.revistaaec.com/index.php/revistaec/article/view/509>>. Acesso em: 13 jul. 2022.

MARCATO, Marília Bassetti. Eficiência econômica e inovação: considerações acerca da análise antitruste. **Revista Administração em Diálogo**. São Paulo, vol. 18, n. 1, p. 87-111, 2016. Disponível em: <<https://revistas.pucsp.br/index.php/rad/article/view/rad.v18i1.15142>>. Acesso em: 19 jun. 2022.

MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.). **Princípio da eficiência em matéria tributária**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MATIAS-PEREIRA, José. **Administração pública**: foco nas instituições e ações governamentais. São Paulo: Atlas, 2018.

MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MEDEIROS, Bernardo Abreu; ARAÚJO, Thiago C.; OLIVEIRA, Rafael Sérgio de. **Marketplace à brasileira**: entre o R\$ 1,99 e ‘Adeus, Lênin’?. Disponível em: <<https://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/222207>>. Acesso em: 13 jul. 2022.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Ato administrativo e direito dos administrados**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981.

MERTON, Robert King. **Social theory and social structure**. New York: The Free Press, 1968.

NETTO, Alberto Barella; NASCIMENTO, Hérica Cristina Paes; SOUSA, Vithor Assunção. A análise econômica do direito na administração pública e o investimento nas novas tecnologias. **Cadernos de Direito Actual**, Santiago de Compostela, n. 15, p. 366-380, 2021. Disponível em: <<http://www.cadernosdedereitoactual.es/ojs/index.php/cadernos/article/view/684>>. Acesso em: 17 set. 2021.

NIEBUHR, Joel de Menezes. **Licitação pública e contrato administrativo**. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

NÓBREGA, Marcelo Moura. **Análise comparativa da eficiência das compras de hortifrúteis da Universidade Federal da Paraíba**. 2017. 149 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Programa de Pós-Graduação em Políticas Públicas, Gestão e Avaliação da Educação Superior, Universidade Federal da Paraíba, João Pessoa, 2017.

NÓBREGA, Marcos; JURUBEBA, Diego Franco de Araújo. Assimetrias de informação na nova lei de licitações e o problema da seleção adversa. **Revista Brasileira de Direito Público** – RBDP, Belo Horizonte, ano 18, n. 69, p. 9-32, abr./jun. 2020. Disponível em: <<https://irbcontas.org.br/wp-content/uploads/2021/09/Artigo-MN-e-PD-Direito-e-Desenv.-GP.pdf>> Acesso em: 13 jul. 2022.

NÓBREGA, Marcos; TORRES, Ronny Charles L de. **A nova lei de licitações, credenciamento e e-marketplace**: o turning point da inovação nas compras públicas. 2020. Disponível em: <<https://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/221843>>. Acesso em 13 jul. 2022.

NUINTIN, Adriano Antonio; BENEDICTO, Gideon Carvalho; CALEGÁRIO, Cristina Leis Leal; CURTI, Maria Aparecida; NOGUEIRA, Leandro Rivelli Teixeira. Eficiência da aplicação de Recursos Públicos nas Universidades Federais. In: **XXI Congresso Brasileiro de Custos**, 2014, Natal. Artigo. Natal, 2014. Disponível em: <<https://anaiscbc.emnuvens.com.br/anais/article/view/3783>>. Acesso em 7 jul. 2022.

NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano; ZOCKUN, Mauricio; ZANCANER ZOCKUN, Carolina; FREIRE, André Luiz (Coord.). **Enciclopédia Jurídica da PUC-SP**. Tomo II. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017.

OLIVEIRA, Erickson Araújo Santana de. **Eficiência e direito**: o papel da maximização da riqueza na análise econômica do direito a partir da obra de Richard Posner. 2016. 127 f. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2016. Disponível em: <<https://repositorio.ufpe.br/handle/123456789/259>>

47>. Acesso em: 12 set. 2021.

OLIVEIRA, Túlio Felix Silva; FREITAS, Maurício Assuero Lima de; SOUZA, Fernando Gentil de; MARTINS, Lucas Candeia. A Execução Orçamentária da Despesa nas Universidades Federais de Ensino Superior afeta o Índice Geral dos Cursos? In: **XX USP International Conference in Accounting**, 2020, São Paulo. Artigo. São Paulo, 2020. Disponível em: <<https://congressousp.fipecafi.org/anais/20UspInternational/ArtigosDownload/2247.pdf>>. Acesso em: 03 jul. 2022.

OLIVEIRA, Fernando Peixoto Fernandes de; LOBÃO, Jaqueline do Socorro Neri Rodrigues. A utilização da análise econômica do direito como ferramenta para o aperfeiçoamento do regime de contratações públicas brasileiro. In: **Direito, Economia e Desenvolvimento Econômico Sustentável (Congresso)**, organização CONPEDI/CESUPA, p. 100-116. Florianópolis: CONPEDI, 2019. Disponível em: <<http://site.conpedi.org.br/publicacoes/048p2018/2mw150xu/T5XIxo24qKaW5ty6.pdf>>. Acesso em: 18 set. 2021.

PARETO, Vilfredo. **Manual de Economia Política**. Tradução: João Guilherme Vargas Netto. São Paulo: Nova Cultural, 1996.

PEREIRA, Anísio Cândido; SOUZA, Benedito Felipe de; REDAELLI, Dauro Rodrigues; IMONIANA, Joshua Onome. **Custo de oportunidade**: conceitos e contabilização. Caderno de Estudos [online]. n. 2, p. 01-24, 1990. Disponível em: <<https://doi.org/10.1590/S1413-92511990000100002>>. Acesso em: 1 jun. 2022.

PIGA, Gustavo; TREUMER, Steen. **The applied law and economics of public procurement**. Abingdon: Routledge, 2013.

PINDYCK, Robert; RUBINFELD, Daniel. **Microeconomia**. São Paulo: Makron Books, 2006.

POSNER, Richard Allen. **A economia da justiça**. Tradução: Evandro Ferreira e Silva, Jefferson Luiz Camargo, Paulo Salles e Pedro Sette-Câmara. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011.

POSNER, Richard Allen. **Fronteiras da teoria do direito**. Tradução: Evandro Ferreira e Silva. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

POSNER, Richard Allen. **Para além do direito**. Tradução: Evandro Ferreira e Silva. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

POSNER, Richard Allen. **Problemas de filosofia do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

POSNER, Richard Allen. **The economics of justice**. Cambridge: Harvard University Press, 1983.

PRADO, Cendyi Aparecida Paes de Barros do; TEIXEIRA, Arilda Magna Campagnaro. CPT89-Gastos públicos e desempenho das universidades públicas federais brasileiras. In: **XIII Congresso ANPCONT**, 2019, São Paulo. São Paulo, 2019. Disponível em: <https://anpcont.org.br/pdf/2019_CPT89.pdf>. Acesso em: 03 jul. 2022.

RABELLO, Camila Chagas; RODRIGUES, Maria Isabel Araújo. **Eficiência e combate à corrupção nas compras públicas**. Belo Horizonte: Del Rey, 2019.

RAUEN, André Tortato. Mercados para inovação: compras públicas e regulação/normatização no Brasil. **Radar: Tecnologia, produção e comércio exterior**, Brasília, n. 52, p. 7-10, ago. 2017. Bimestral. Disponível em: <http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/8017/1/Radar_n52_mercados.pdf> Acesso em: 07 out. 2021

RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. Tradução: Carlos Pinto Correia. Lisboa: Presença, 1993.

RIBEIRO, Cássio Garcia; INÁCIO JÚNIOR, Edmundo. TD – 2476 - O mercado de compras governamentais brasileiro (2006-2017): mensuração e análise. **Texto Para Discussão**, Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. Brasília, 2019. Disponível em: <http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/9315/1/td_2476.pdf>. Acesso em: 16 jan. 2022.

RIGOLIN, Ivan Barbosa; BOTTINO, Marco Tulio. **Manual prático das licitações**. São Paulo: Saraiva, 2008.

SALAMA, Bruno Meyerhof. Direito, justiça e eficiência: a perspectiva de Richard Posner. Formalismo, dogmática jurídica e estado de direito: um debate sobre o direito contemporâneo a partir da obra de Tércio Sampaio Ferraz Jr. **Fundação Getúlio Vargas**, São Paulo, 2008. Disponível em: < https://works.bepress.com/bruno_meyerhof_salama/30/>. Acesso em: 30 maio. 2022.

SALAMA, Bruno Meyerhof. O que é direito e economia? Uma introdução à epistemologia da disciplina para o estudante, o profissional e o pesquisador em direito. **Artigos Direito GV**, São Paulo, 2007. Disponível em: <<https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/2773/WP3.pdf>>. Acesso em: 15 set. 2021.

SALAMA, Bruno Meyerhof. Análise econômica do direito. **Enciclopédia jurídica da PUC-SP**. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Teoria Geral e Filosofia do Direito. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga, André Luiz Freire (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <<https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/41/edicao-1/analise-economica-do-direito>>. Acesso em: 29 abr. 2022.

SALGADO, Lucia Helena; FIÚZA, Eduardo (Org.). **Marcos Regulatórios no Brasil: é tempo de rever regras?** Rio de Janeiro: IPEA, 2009.

SANTOS, Laércio José Loureiro dos. **Nova Lei de Licitações: a superação da súmula 473 do STF e o custo de oportunidade**. a superação da súmula 473 do STF e o custo de oportunidade. 2021. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/351021/lei-de-licitacoes-superacao-da-sumula-473-e-o-custo-de-oportunidade>>. Acesso em: 28 jun. 2022.

SANTOS, Rodrigo Valgas dos. **Direito administrativo do medo**: risco e fuga da responsabilização dos agentes públicos [livro eletrônico]. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

SANTOS FILHO, Sirio Vieira dos. A eficiência sob a perspectiva da análise econômica do direito. **Justiça do Direito**, Passo Fundo, v. 30, n. 2, p. 210-226, maio/ago. 2016. Disponível em: <<http://seer.upf.br/index.php/rjd/article/view/6040>>. Acesso em: 14 set. 2021.

SANTOS, Franklin Brasil; SOUZA, Kleberon Roberto de. **Como combater a corrupção em licitações**: detecção e prevenção de fraudes. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

SILVA, Maria Valesca Damásio de Carvalho. **Introdução às teorias econômicas**. Salvador: UFBA, 2016.

SOARES, Thiago Coelho; SERRA, Fernando Antonio Ribeiro; PEREIRA, Mauricio Fernandes; MAZON, Gisele. REUNI e as fontes de financiamento das universidades federais brasileiras. In: **IX Colóquio Internacional sobre Gestão Universitária na América do Sul**, 2009, Florianópolis. Artigo. Florianópolis, 2009. Disponível em: <<https://core.ac.uk/download/pdf/30355526.pdf>>. Acesso em 9 jul. 2022.

STRINGARI, Amana Kauling. **Eficiência na administração pública brasileira**: uma proposta de aplicação pelo estudo crítico da análise econômica do direito. 2012. 179 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2012. Disponível em: <<https://repositorio.ufsc.br/xmlui/handle/123456789/96200>>. Acesso em: 18 set. 2021.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de direito público**. Malheiros: São Paulo, 2009.

SZTAJN, Rachel; ZYMBERSTAJN, Décio (Org.) **Direito e economia**: análise econômica do direito e das obrigações. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direito e Economia no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2012.

UNIVERSITY of Chicago. **Richard A. Posner**. Disponível em: <<https://www.law.uchicago.edu/faculty/posner-r>>. Acesso em 07 ago. 2022.

VASCONCELLOS, Marco Antonio Sandoval de. **Economia**: micro e macro. São Paulo: Atlas, 2002.

ANEXO B – ANÁLISE DAS REGULAMENTAÇÕES DE COMPRAS DAS UNIVERSIDADES FEDERAIS

ORDEN	INSTITUIÇÃO	POSSUI	TIPO	RESP	PAE	EXTRATO	MODELO	% REGULAMENTADO	CONCEITUAÇÃO	FONTE
1	UNB	Sim	Guia	Sim	Sim	Sim	Não	75,00%	BOM	https://pfp.umb.br/images/Guia_DE_COMPRAS_-_DCO.pdf
2	POP	Sim	POP	Sim	Sim	Sim	Sim	100,00%	ÓTIMO	https://portal.ufgd.edu.br/coordenadoriacompras/documentos-baixa
3	UFG	Sim	Manual	Sim	Sim	Sim	Sim	100,00%	ÓTIMO	https://drive.google.com/file/d/13x860KmMwV12ZHPQhLjT27v0u8v8fHfH/view
4	UFMT	Sim	Manual	Sim	Sim	Não	Não	50,00%	REGULAR	https://www.ufmt.br/pro-reitoria/proad/pagina-manual-1629319934/4383
5	UFMS	Sim	Resolução	Sim	Sim	Sim	Sim	75,00%	BOM	https://proad.ufms.br/files/2020/01/Manual-de-Compras-Resolucao-201-de-19-10-2017.pdf
6	UFAC	Sim	Site	Não	Não	Sim	Sim	25,00%	RUIM	https://epi.catalogo.ufg.br/5901-formularios
7	UFJ	Sim	Site/Manual	Não	Não	Sim	Não	0,00%	PÉSSIMO	https://compras.ufjf.br/7414-manuais-e-links-depesquisa
8	UFRR	Sim	Ofício	Sim	Sim	Sim	Não	50,00%	REGULAR	https://ufr.edu.br/propriad/ficticaocompras/procedimentos-de-compras/
9	UFBA	Sim	Site	Não	Não	Sim	Sim	25,00%	RUIM	https://proad.ufba.br/cmp
10	UFERSB	Sim	Manual	Sim	Sim	Sim	Sim	100,00%	ÓTIMO	https://www.ufb.edu.br/de/orientacao-paas-acquisicoes
11	UFRRB	Sim	Site/Tutorial	Sim	Sim	Sim	Sim	100,00%	ÓTIMO	https://www.ufb.edu.br/de/orientacao-paas-acquisicoes
12	UNILAB	Sim	Processo	Sim	Sim	Sim	Não	50,00%	REGULAR	https://anilab.edu.br/wp-content/uploads/2021/02/relatorio-GT-pac.pdf
13	UPPB	Sim	Orientação	Sim	Sim	Sim	Sim	100,00%	ÓTIMO	https://www.ppp.ufpb.br/ppg/contenidos/downloads/manual_de_procedimentos_-_aquisicoes_de_materiais.pdf
14	UFCA	Sim	Manual	Sim	Sim	Sim	Sim	100,00%	ÓTIMO	https://documentos.ufca.edu.br/wp-folier/wp-content/uploads/2020/02/Manual-de-Compras-UFCA-Versão-2-FEV.2020.pdf
15	UFAL	Sim	Site	Não	Sim	Sim	Sim	75,00%	BOM	https://ufal.br/servidor/gestao-do-enhecimento/aquisicoes/compras
16	UFCG	Não	-	-	-	-	-	0,00%	PÉSSIMO	-
17	UFPE	Sim	Manual	Sim	Sim	Não	Não	50,00%	REGULAR	https://www.ufpe.br/controladoria/escritorio-de-processos/portofolio/oproio/compras-licitacao
18	UFS	Sim	Cartilha	Sim	Sim	Sim	Sim	100,00%	ÓTIMO	https://daily.ufr.br/user/newsite/images/arquivos/compras_contratos/2017/manualcompras.pdf
19	UFC	Sim	Manual	Sim	Sim	Sim	Sim	100,00%	ÓTIMO	https://proad.ufc.br/wp-content/uploads/2021/02/manual-de-compras-e-compras-25-01-2021.pdf
20	UFMA	Sim	Manual	Não	Sim	Sim	Não	50,00%	REGULAR	https://www.ufma.br/portal/UFMA/arquivos/QR5GMDZ9HnCsWWR.pdf
21	UFOD	Não	-	-	-	-	-	0,00%	PÉSSIMO	-
22	UFPI	Sim	Manual	Sim	Sim	Sim	Sim	100,00%	ÓTIMO	https://ufpi.br/arquivos_download/arquivos/ppg/files/MANUAL_DE_PROCEDIMENTOS_DE_COMPRAS_-_UFPI_1.pdf
23	UFRN	Não	-	-	-	-	-	0,00%	PÉSSIMO	-
24	UNIVASF	Sim	Cartilha	Sim	Não	Sim	Não	50,00%	REGULAR	https://www.univasf.edu.br/acesso/informacao/arquivos/cartilha_compras_publicas.pdf
25	UFRRPE	Sim	Manual	Sim	Sim	Sim	Sim	100,00%	ÓTIMO	https://www4.ufrrpe.br/user/newsite/images/arquivos/compras_contratos/2017/manualcompras.pdf
26	UFERSA	Sim	Portaria	Sim	Sim	Sim	Não	100,00%	ÓTIMO	https://documentos.ufersa.edu.br/wp-content/uploads/sites/79/19/03/Portaria-25-2019.pdf
27	UNIR	Sim	Manual	Sim	Sim	Sim	Sim	100,00%	ÓTIMO	https://tech.unir.br/portal/uploads/79318217/arquivos/Manual_2020_atualizado_em_Julho_329307275_1_1230081152.pdf
28	UFR	Não	-	-	-	-	-	0,00%	PÉSSIMO	-
29	UFAC	Não	-	-	-	-	-	0,00%	PÉSSIMO	-
30	UNIFAP	Sim	Cartilha	Sim	Sim	Não	Sim	75,00%	BOM	https://www2.unifap.br/depgp/files/2020/05/Cartilha-Orientativa-paas-Aquisicoes-5.0.pdf
31	UFAM	Não	-	-	-	-	-	0,00%	PÉSSIMO	-
32	UFOPA	Sim	Manual	Sim	Sim	Sim	Sim	100,00%	ÓTIMO	https://www2.ufopa.edu.br/ufopa/arquivos/compras/compras-manual-2018-2
33	UFPA	Sim	Orientação	Sim	Sim	Não	Não	50,00%	REGULAR	https://proad.ufpa.br/documentos/des/ORIENTACOES_PAC_2022_ATUAL.pdf
34	UFT	Sim	Manual	Sim	Sim	Sim	Não	75,00%	BOM	https://download.ufu.edu.br/91-87993134-8186-4978-8634-0963e7266c;1.0/Manual%20de%20Aquisicao%20de%20Bens%20e%20Servicos
35	UFRA	Não	-	-	-	-	-	0,00%	PÉSSIMO	-
36	UNFESSPA	Não	-	-	-	-	-	0,00%	PÉSSIMO	-
37	UNIFAL	Sim	Portaria	Sim	Sim	Sim	Não	50,00%	REGULAR	https://www.unifal-mg.edu.br/wp-content/uploads/sites/134/2020/09/Portaria-n-1.382-que-regulamenta-as-rotinas-internas-de-compras-e-contratacoes-desta-instituicao.pdf
38	UNIFEI	Sim	Regulamento	Sim	Sim	Não	Não	50,00%	REGULAR	https://drive.google.com/file/d/1Fx_Vw0SdyBLvT2Z4HPG1WyeiJFtQ/view
39	UFJF	Sim	Manual	Sim	Sim	Sim	Sim	100,00%	ÓTIMO	https://www.ufjf.br/planejamento/files/2017/03/MANUAL-DE-REGULAMENTO-DE-PROCEDIMENTOS-DE-PROCEDIMENTO%20DE-PROCEDIMENTO%20ANALOGO.doc
40	UFPA	Sim	Manual	Sim	Sim	Sim	Não	50,00%	REGULAR	https://www.ufjf.br/planejamento/files/2017/03/MANUAL-DE-REGULAMENTO-DE-PROCEDIMENTOS-DE-PROCEDIMENTO%20DE-PROCEDIMENTO%20ANALOGO.doc
41	UFMG	Não	-	-	-	-	-	0,00%	PÉSSIMO	-
42	UFOP	Sim	Manual	Sim	Sim	Sim	Não	75,00%	BOM	https://esu.dof.ufop.br/sites/default/files/esu/files/manual_de_compras_-_versao_final_1.pdf
43	UFSCar	Sim	Site	Não	Sim	Sim	Sim	75,00%	BOM	https://www.proad.ufscar.br/br/servicos/compras/licitacoes-iten-autotec-1
44	UFES	Sim	Regulamento	Não	Sim	Não	Não	25,00%	RUIM	https://www.ufes.br/portal2depositorio/File/finalDiversos_Menu_Raziz/REGULAMENTO%20COMPAS%20FAUF_PROCEDIMENTO%20ANALOGO.doc
45	UNIFESP	Sim	Manual	Sim	Não	Sim	Sim	75,00%	BOM	https://www.fapunitesp.edu.br/wp-content/uploads/2017/02/Manual-de-Compras-FapUnitesp-2017-7.pdf
46	UFU	Sim	Plano	Sim	Sim	Sim	Sim	100,00%	ÓTIMO	https://www.proad.ufu.br/sites/propriad/ufu.br/files/media/arquivo/manual_de_compras_2019_-_06_02_2019.docx_-_revisao.pdf
47	UFV	Sim	Manual	Não	Sim	Não	Sim	50,00%	BOM	https://www.semat.ufv.br/wp-content/uploads/2017/12/Manual-de-Normas-e-Procedurementos-paas-compras-e-contratacao-de-servicos-1.pdf
48	UFABC	Sim	Site	Não	Sim	Sim	Sim	75,00%	BOM	https://proad.ufabc.edu.br/index.php/compras-nacionais/procedimentos-compras
49	UFES	Sim	Site	Sim	Sim	Não	Sim	75,00%	BOM	https://compras.ufes.br/compras
50	UNIRIO	Sim	Manual	Sim	Sim	Sim	Sim	100,00%	ÓTIMO	https://www.unirio.br/dia/dvmat/MANUAL%20DE%20COMPAS%20-20%20UNIRIO.pdf
51	UFRR	Sim	Site	Não	Sim	Sim	Não	50,00%	REGULAR	https://gestao.ufrr.br/index.php/21-orientacoes-e-manuais
52	UFTM	Não	-	-	-	-	-	0,00%	PÉSSIMO	-
53	UFVJM	Sim	IN	Sim	Sim	Não	Sim	75,00%	BOM	https://www.ufvjm.edu.br/licitacoes/home/doc_download/5700.html
54	UFF	Sim	Manual	Sim	Sim	Não	Sim	75,00%	BOM	https://www.ufv.br/sites/default/files/paginas-internas-orgaos/manual_siacompras_-_maio_2021_3.pdf
55	UFRRJ	Sim	Manual	Sim	Sim	Sim	Sim	100,00%	ÓTIMO	https://institucional.ufrr.br/docs/files/2016/08/PREVIA-DO-MANUAL-DE-COMPRAS-E-SERVICOS-2016.pdf
56	UFRR	Sim	Resolução	Sim	Não	Não	Não	25,00%	RUIM	https://www.ufrr.br/ppp/uploads/sites/368/2018/06/Manual-Compras.pdf
57	UFFS	Sim	Manual	Sim	Sim	Não	Sim	75,00%	BOM	https://pra.ufrr.br/licitacoes/files/2019/08/MC_2019.pdf
58	UNILA	Não	-	-	-	-	-	0,00%	PÉSSIMO	https://www.fiang.fiang.br/docs/manual_compras.pdf
59	UFCSA	Não	-	-	-	-	-	0,00%	PÉSSIMO	https://www.ufcsa.edu.br/ufcsa/dvmat/MANUAL%20DE%20COMPAS%20-20%20UNIRIO.pdf
60	UFPEL	Sim	Orientação	Não	Sim	Sim	Sim	75,00%	BOM	https://wp.ufpel.edu.br/numat/files/2019/07/ORIENTAÇÕES-PARA-AQUISIÇÕES-CONTRATAÇÕES.pdf
61	UFSC	Sim	Site	Sim	Sim	Sim	Sim	100,00%	ÓTIMO	https://compras.wiki.ufsc.br/index.php?title=PROCEDIMENTOS_PARA_A_AQUISIÇÃO_DE_MATERIAIS
62	UFMS	Sim	Manual	Sim	Sim	Não	Não	50,00%	REGULAR	https://www.ufsm.br/ppp/uploads/sites/368/2018/06/Manual-Compras.pdf
63	UNIPAMP	Sim	Manual	Sim	Sim	Sim	Sim	100,00%	ÓTIMO	https://sites.unipampa.edu.br/proad/files/2016/04/manual-de-compras-2017-versao-1.pdf
64	UPRR	Sim	Manual	Sim	Sim	Sim	Sim	100,00%	ÓTIMO	https://pra.ufrr.br/licitacoes/files/2019/08/MC_2019.pdf
65	FURG	Sim	Manual	Sim	Sim	Sim	Não	75,00%	BOM	https://www.fiang.fiang.br/docs/manual_compras.pdf
66	UFRRS	Não	-	-	-	-	-	0,00%	PÉSSIMO	-
67	UFAP	Não	-	-	-	-	-	0,00%	PÉSSIMO	-
68	UFDF	Não	-	-	-	-	-	0,00%	PÉSSIMO	-
69	UFNT	Não	-	-	-	-	-	0,00%	PÉSSIMO	-

**ANEXO C – CONFRONTAÇÃO ENTRE A REGULAMENTAÇÃO E A EXECUÇÃO
ORÇAMENTÁRIA DAS UNIVERSIDADES FEDERAIS, NOS ANOS DE 2018 E 2019
(ANÁLISE DA HIPÓTESE)**

ORDEM	INSTITUIÇÃO	REGULAMENTAÇÃO	EXECUÇÃO	HIPÓTESE
1	UNB	BOM	BOM	COMPROVA
2	UFGD	ÓTIMO	RUIM	REFUTA
3	UFG	ÓTIMO	BOM	COMPROVA
4	UFMT	REGULAR	BOM	NEUTRO
5	UFMS	BOM	BOM	COMPROVA
6	UFCat	RUIM	SEM DADOS	SEM DADOS
7	UFJ	PÉSSIMO	SEM DADOS	SEM DADOS
8	UFR	REGULAR	SEM DADOS	SEM DADOS
9	UFBA	RUIM	ÓTIMO	REFUTA
10	UFSB	ÓTIMO	BOM	COMPROVA
11	UFRB	ÓTIMO	BOM	COMPROVA
12	UNILAB	REGULAR	BOM	NEUTRO
13	UFPB	ÓTIMO	REGULAR	NEUTRO
14	UFCA	ÓTIMO	BOM	COMPROVA
15	UFAL	BOM	BOM	COMPROVA
16	UFCG	PÉSSIMO	RUIM	COMPROVA
17	UFPE	REGULAR	BOM	NEUTRO
18	UFS	ÓTIMO	RUIM	REFUTA
19	UFC	ÓTIMO	BOM	COMPROVA
20	UFMA	REGULAR	SEM DADOS	SEM DADOS
21	UFOB	PÉSSIMO	ÓTIMO	REFUTA
22	UFPI	ÓTIMO	BOM	COMPROVA
23	UFRN	PÉSSIMO	BOM	REFUTA
24	UNIVASF	REGULAR	ÓTIMO	NEUTRO
25	UFRPE	ÓTIMO	BOM	COMPROVA
26	UFERSA	ÓTIMO	BOM	COMPROVA
27	UNIR	ÓTIMO	BOM	COMPROVA
28	UFRR	PÉSSIMO	RUIM	COMPROVA
29	UFAC	PÉSSIMO	REGULAR	NEUTRO
30	UNIFAP	BOM	PÉSSIMO	REFUTA
31	UFAM	PÉSSIMO	BOM	REFUTA
32	UFOPA	ÓTIMO	BOM	COMPROVA
33	UFPA	REGULAR	BOM	NEUTRO
34	UFT	BOM	BOM	COMPROVA
35	UFRA	PÉSSIMO	BOM	REFUTA

36	UNIFESSPA	PÉSSIMO	BOM	REFUTA
37	UNIFAL	REGULAR	BOM	NEUTRO
38	UNIFEI	REGULAR	RUIM	NEUTRO
39	UFJF	ÓTIMO	BOM	COMPROVA
40	UFLA	REGULAR	BOM	NEUTRO
41	UFMG	PÉSSIMO	ÓTIMO	REFUTA
42	UFOP	BOM	ÓTIMO	COMPROVA
43	UFSCar	BOM	ÓTIMO	COMPROVA
44	UFSJ	RUIM	RUIM	COMPROVA
45	UNIFESP	BOM	BOM	COMPROVA
46	UFU	ÓTIMO	ÓTIMO	COMPROVA
47	UFV	REGULAR	ÓTIMO	NEUTRO
48	UFABC	BOM	REGULAR	NEUTRO
49	UFES	BOM	REGULAR	NEUTRO
50	UNIRIO	ÓTIMO	BOM	COMPROVA
51	UFRJ	REGULAR	BOM	NEUTRO
52	UFTM	PÉSSIMO	BOM	REFUTA
53	UFVJM	BOM	ÓTIMO	COMPROVA
54	UFF	BOM	BOM	COMPROVA
55	UFRRJ	ÓTIMO	BOM	COMPROVA
56	UTFPR	RUIM	RUIM	COMPROVA
57	UFFS	BOM	RUIM	REFUTA
58	UNILA	PÉSSIMO	REGULAR	NEUTRO
59	UFCSPA	PÉSSIMO	RUIM	COMPROVA
60	UFPeI	BOM	ÓTIMO	COMPROVA
61	UFSC	ÓTIMO	BOM	COMPROVA
62	UFSM	REGULAR	BOM	NEUTRO
63	UNIPAMPA	ÓTIMO	REGULAR	NEUTRO
64	UFPR	ÓTIMO	BOM	COMPROVA
65	FURG	BOM	ÓTIMO	COMPROVA
66	UFRGS	PÉSSIMO	ÓTIMO	REFUTA
67	UFAPE	PÉSSIMO	SEM DADOS	SEM DADOS
68	UFDPAr	PÉSSIMO	SEM DADOS	SEM DADOS
69	UFNT	PÉSSIMO	SEM DADOS	SEM DADOS

Fonte: o autor