

RAFAEL CARVALHO DE FASSIO

**NOVOS PARÂMETROS PARA O PODER DE
COMPRA DO ESTADO**

DISSERTAÇÃO DE MESTRADO

Orientador: Prof. Titular Dr. Gilberto Bercovici

**UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO
SÃO PAULO (SP)
2017**

RAFAEL CARVALHO DE FASSIO

**NOVOS PARÂMETROS PARA O PODER DE
COMPRA DO ESTADO**

Dissertação apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito, na área de concentração “Direito Econômico”, sob a orientação do Prof. Titular Dr. Gilberto Bercovici.

**UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO
SÃO PAULO (SP)
2017**

Catálogo da Publicação
Serviço de Biblioteca e Documentação
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Fassio, Rafael Carvalho de
Novos parâmetros para o poder de compra do Estado
/ Rafael Carvalho de Fassio ; orientador Gilberto
Bercovici -- São Paulo, 2017.
243

Dissertação (Mestrado - Programa de Pós-Graduação em
Direito Direito Econômico, Financeiro e Tributário) -
Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo,
2017.

1. contratação pública. 2. licitação. 3. objetivos
horizontais. 4. modelagem. 5. corrupção. I.
Bercovici, Gilberto, orient. II. Título.

AGRADECIMENTOS

Umberto Eco, em seu célebre “*Come si fa una tesi di laurea*”, recomenda que não se agradeça demasiadamente ao orientador porquanto a sua ajuda já seria, em grande parte, parte de seu encargo na pesquisa. Contudo, vejo-me obrigado a divergir desse conselho e a inaugurar estas linhas agradecendo imensamente ao meu orientador, Gilberto Bercovici. O Gilberto aceitou-me como orientando pela primeira vez ainda no segundo ano da minha graduação em Direito na USP, quando fui bolsista de Iniciação Científica da Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo – FAPESP. Desde então, passados quase dez anos desde que o abordei de surpresa, ao sair da passarela do segundo andar da Faculdade, o Gilberto nunca deixou de acreditar no meu potencial e influenciou como poucos as minhas decisões acadêmicas e profissionais. Sua trajetória de sucesso é um exemplo para mim.

Agradeço aos Professores Luis Fernando Massonetto e Úrsula Dias Peres, que integraram minha banca de qualificação, por terem contribuído com importantes observações e sugestões. Também sou grato a Alexandre Ribeiro Motta (ESAF) e a Eduardo Pedral Sampaio Fiuza (IPEA) pelos pertinentes comentários sobre os aspectos econômicos da pesquisa, os quais foram incorporados, sempre que possível, na versão final desta Dissertação de Mestrado.

Devo muito à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo por ter viabilizado meu intercâmbio na *Università degli Studi di Roma II “Tor Vergata”*, onde pude entrar em contato com outra realidade acadêmica e com outros materiais de pesquisa, o que produziu reflexos indeléveis para esta investigação.

Não poderia deixar de agradecer à Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, cujos quadros tenho a honra de integrar desde 2013. Aos meus eternos colegas da Consultoria Jurídica da Secretaria da Segurança Pública, onde passei meus três primeiros anos de carreira, sou grato pela amizade e pela troca constante de ideias diante dos vários impasses e perplexidades que os problemas do dia-a-dia da Administração Pública nos apresentam. Agradeço ao Procurador do Estado Chefe, Dr. Valter Farid Antonio Junior, representando toda a equipe de Procuradores do Estado e servidores. Guardo imenso orgulho por termos sido, todos juntos, finalistas da edição de 2015 do “Prêmio Mario Covas” com o nosso projeto de padronização de editais e racionalização de trabalho em licitações e contratos.

À Subprocuradora Geral do Estado da Consultoria, Dra. Cristina M. Wagner Mastrobuono, e a todo o seu valoroso time de assessores, deixo o meu muito obrigado pela harmonia do convívio diário e por terem me concedido a oportunidade, desde março de 2016,

de enfrentar alguns dos diversos desafios que chegam todos os dias ao Gabinete da PGE. Foi nesta escola em que eu aprendi que a missão da Advocacia Pública não está só em dizer o “não” quando necessário, mas sim na árdua tarefa de construir e viabilizar o “sim” que, com respeito à legalidade e ao interesse público, permitirá ao Estado brasileiro desempenhar a multiplicidade de tarefas que a Constituição da República lhe prescreve.

O apoio financeiro do Centro de Estudos da PGE foi imprescindível para a aquisição das obras estrangeiras que integram grande parte da bibliografia desta Dissertação de Mestrado, ante a escassez de literatura nacional sobre o tema. Agradeço à Dra. Mariangela Sarrubbo Fragata por ter me convidado a integrar a Comissão Editorial da Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, na demonstração de que a crítica é o melhor caminho para o aperfeiçoamento acadêmico. Também sou grato aos Professores Haroldo Pereira e Roberto Augusto Castellanos Pfeiffer pelo convite para fazer parte da equipe do Curso de Especialização em “Direito e Economia” na Escola Superior da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo – ESPGE, onde pude refletir sobre muitas das questões abordadas neste trabalho.

Quero demonstrar a minha gratidão, igualmente, a Maria de Fátima Alves Ferreira e a Cristiane Maria Marques Cardoso, da Secretaria de Estado da Fazenda, pela valorosa parceria que já nos tem permitido colocar em prática, no âmbito da Bolsa Eletrônica de Compras do Estado de São Paulo (BEC/SP), algumas das ideias que defendo ao longo deste estudo.

Deixo também o meu muito obrigado a Liliana Picchi Cappuccelli, que passou a partilhar muitas das minhas indignações sobre a rigidez e o formalismo da legislação brasileira de licitações e contratos no período em que estagiou na Consultoria Jurídica da Secretaria da Segurança Pública. Seu interesse no tema e sua valiosa ajuda contribuíram muito para que essa Dissertação de Mestrado viesse a lume, sobretudo com a revisão crítica dos meus resumos e anotações.

Por fim, não preciso de maiores explicações para agradecer aos meus pais, Leonardo e Mariangela, e a todos os meus amigos e familiares. A eles, e a Deus, eu devo o que sou e tudo o que conquistei até aqui.

RESUMO

FASSIO, Rafael Carvalho de. *Novos parâmetros para o poder de compra do Estado*. 243 f. Mestrado – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2017.

Situada na fronteira entre o Direito e a Economia, a contratação pública desempenha um papel fundamental nos países em desenvolvimento. Entretanto, no Brasil, as limitações do marco legal que disciplina as licitações e os contratos têm comprometido a eficiência das contratações de bens e serviços pelo Poder Público. Com efeito, as normas rígidas e inflexíveis estabelecidas pela Lei nº 8.666/1993 preocupam-se sobretudo com o desperdício ativo e com a ocorrência de conluio e práticas de corrupção, gerando fracos incentivos para reduzir custos de transação e melhorar a oferta de qualidade contratável e não contratável. Nessa linha, nem sempre a licitação irá conduzir a Administração Pública à proposta mais vantajosa, notadamente diante de objetos complexos e de fatores como incompletude contratual, assimetrias de informação e concentração de mercado. Existe um *trade off* entre concorrência e complexidade do objeto que não é adequadamente considerado pela legislação brasileira, a qual fixou *ex ante* as minúcias e os detalhes dos procedimentos aplicáveis a cada modalidade. Por isso, acredito que a modelagem da licitação e o *design* do ajuste podem constituir ferramentas de relevo para aumentar a eficiência dos contratos públicos e, concomitantemente, combater de forma mais efetiva o conluio e a corrupção. Além disso, correspondendo a cerca de 15% do PIB brasileiro, as contratações governamentais são um instrumento poderoso para atingir objetivos horizontais, por meio da demanda gerada pelo poder de compra do Estado. Por exemplo, o interesse crescente no emprego das licitações para tutelar o meio ambiente e estimular o desenvolvimento de novas tecnologias é um fator que contribui para questionar o primado do “menor preço” como critério de julgamento e, também, efetivar objetivos e finalidades que transcendem o objeto do contrato.

Palavras chave: contratação pública; poder de compra; objetivos horizontais; concorrência; corrupção; modelagem do procedimento.

ABSTRACT

FASSIO, Rafael Carvalho de. *New guidelines concerning the purchasing power of the State*. 243 f. Master – Faculty of Law, University of São Paulo, São Paulo, 2017.

At the intersection of law and economics, public procurement has a key role to play in developing countries. However, in Brazil, an outdated legal framework serves as a limitation to efficiency regarding public purchase of goods and services. The strict and inflexible rules set forth by Federal Law no. 8.666, enacted in 1993, focused most of their attention in fighting active waste, collusion and corruption, whereas it provides little incentive to minimize transaction costs and increase verifiable and non-verifiable quality. A competitive tendering does not always results in best value of money to the buyer, mostly in complex objects and incomplete contracts, when information is asymmetric and there is a limited number of players in the market. I argue that there is a tradeoff in procurement between competition and complexity that is not regarded by the current legal framework, which *ex ante* sets forth the particular details of applicable tendering procedures. Thus, I aim to outline some procurement design and contracting strategies that could improve efficiency of public contracting while fighting corruption and preventing collusion at the same time. Moreover, accounting for 15% of GDP in Brazil, I argue that public procurement can be a strategic economic policy tool on the demand-side in order to achieve relevant horizontal policies through the purchasing power of the State. For example, a growing interest in green and innovation procurement has recently shed light on non-price attributes as selection criteria, aiming goals and targets that go beyond the object of the contract.

Key words: public procurement, purchasing power; horizontal policies, competition; corruption; procurement design.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	13
1. O “ESTADO DA ARTE” DAS LICITAÇÕES NO BRASIL	23
1.1. DAS FINANÇAS PÚBLICAS AO DIREITO ADMINISTRATIVO: AS QUATRO FASES DAS LICITAÇÕES NO BRASIL	23
1.1.1. Primeira fase: o Código de Contabilidade e a “centralização das compras” das décadas de 1930 e 1940	27
1.1.2. Segunda fase : unificação nacional e simplificação das regras pelo Decreto-Lei nº 200/1967	35
1.1.3. Terceira fase : o Decreto-Lei nº 2.300/1986, a Lei nº 8.666/1993 e o triunfo do maximalismo	41
1.1.4. Quarta fase: a “fuga” das licitações e a erosão do modelo unitário de contratações públicas	51
1.1.4.1. <i>As reformas no regime jurídico das contratações públicas em geral</i>	54
1.1.4.2. <i>As reformas no regime jurídico das contratações públicas específicas</i>	58
1.1.5. A perseverança de um marco legal em crise	74
1.2. DO DIREITO ADMINISTRATIVO AO DIREITO ECONÔMICO: A ECONOMIA DAS LICITAÇÕES E O “CUSTO INVISÍVEL” DO REGIME JURÍDICO ADMINISTRATIVO	77
1.2.1. Custos de transação e oportunismo	85
1.2.2. Complexidade do objeto e incompletude contratual	91
1.2.3. A contratação pública sob as lentes do Direito Econômico	94
2. O PODER PÚBLICO COMO CLIENTE: EQUÍVOCOS ENVOLVENDO O PODER DE COMPRA DO ESTADO NA LEGISLAÇÃO FEDERAL BRASILEIRA	99
2.1. OBJETIVOS “HORIZONTAIS”, “MEDIATOS” OU “EXTRACONTRATUAIS”: FUNÇÃO REGULATÓRIA DAS CONTRATAÇÕES PÚBLICAS?	99
2.1.1. A “economia da discriminação” e os contratos públicos no comércio internacional	104
2.2. UMA PROPOSTA CLASSIFICATÓRIA	108
2.2.1. A classificação de Sue Arrowsmith	108
2.2.2. Objetivos pré-procedimentais, intraprocedimentais, extraprocedimentais e contratuais .	111
2.3. OBJETIVOS “MEDIATOS” EM ESPÉCIE?	118
2.3.1. Incentivo a Microempresas e Empresas de Pequeno Porte	118
2.3.2. Desenvolvimento sustentável, “compras verdes” e contratações públicas ecoeficientes.	125
2.3.3. Objetivos horizontais sociais	129
2.3.4. Public procurement for innovation	132
2.3.5. Desenvolvimento nacional : a “margem de preferência” para produtos e serviços nacionais	138

2.4. O “BLOQUEIO” DOS OBJETIVOS HORIZONTAIS PELA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL	143
2.5. A POSTURA DEFENSIVA DOS GESTORES DE COMPRAS E A INEFETIVIDADE DOS OBJETIVOS MEDIATOS NO BRASIL	148
3. NOVOS PARÂMETROS PARA O PODER DE COMPRA DO ESTADO	153
3.1. A “MODELAGEM” DO PROCEDIMENTO LICITATÓRIO PARA AUMENTAR OU DIMINUIR A CONCORRÊNCIA	153
3.1.1. Licitações e contratos rumo ao Direito da Concorrência	153
3.1.2. A “modelagem” da licitação à luz da teoria dos leilões	157
3.1.3. Impactos concorrenciais de alguns aspectos do procedimento licitatório.....	161
3.1.4. Tipos de contratos e alocação de riscos : contratos de preço fixo, de reembolso e de incentivo.....	167
3.1.5. Qualidade contratável e não contratável. “Implicit contracting” e incentivos à qualidade.....	173
3.1.6. Restringir a concorrência pode ser benéfico? A complexidade do objeto e a escolha entre leilões e negociações.....	181
3.2. A “MODELAGEM” DO PROCEDIMENTO LICITATÓRIO PARA PREVENIR FRAUDES E A CORRUPÇÃO EM LICITAÇÕES	192
3.2.1. <i>Quis custodiet ipsos custodes?</i> A Economia Política da Corrupção aplicada às contratações públicas	192
3.2.2. Coordenação e enforcement: dois desafios para a atuação de cartéis em licitações	199
3.2.3. Fatores pró e anticorrupção em licitações e contratos públicos	204
3.2.3.1. Fatores pró e anticorrupção decorrentes de fatores estruturais.....	204
3.2.3.1.1. <i>Número de competidores e barreiras à entrada</i>	204
3.2.3.1.2. <i>Disponibilidade de informações sobre o certame</i>	206
3.2.3.1.3. <i>Assimetrias e heterogeneidade</i>	207
3.2.3.1.4. <i>Centralização e descentralização das contratações públicas</i>	208
3.2.3.2. Fatores pró e anticorrupção decorrentes da modelagem da licitação e do contrato... 211	
3.2.3.2.1. <i>Formatos de leilão</i>	211
3.2.3.2.2. <i>“It takes time to make friends” : a dimensão temporal da corrupção em licitações</i>	214
3.2.3.2.3. <i>Consórcios e subcontratação</i>	216
3.2.4. O <i>locus</i> da corrupção na contratação pública.....	217
CONCLUSÕES	223
BIBLIOGRAFIA	231
ÍNDICE DE TABELAS, FIGURAS E GRÁFICOS	243

"(...) governments have in the past with few exceptions notoriously failed as purchasers. (...) Dealers complain of red tape which hampers them in bidding, in delivering goods and in securing the payment of bills. Government executives themselves complain of delays between the issue of purchase acquisitions and the availability of goods for use. Citizens generally are prone to assert that graft and political favoritism taint a large part of government purchasing".

THOMAS, Arthur G. *Principles of Government Purchasing*. New York: D. Appleton and Company, 1919, p. 5.

INTRODUÇÃO

Em uma tarde do mês de maio de 2013, chegava à Consultoria Jurídica da Secretaria da Segurança Pública uma consulta *incomum*. Após décadas de prestação irregular por meio de depositários, o Estado de São Paulo pretendia licitar pela primeira vez os serviços de pátios e guinchos para custodiar cerca de noventa mil veículos apreendidos pelas Delegacias de Polícia da capital. À época, a situação dos pátios existentes era absolutamente caótica e, além disso, havia diversas decisões judiciais condenando a Fazenda Pública a remover, sob pena de multa diária, os veículos cujas carcaças já em decomposição se empilhavam aos montes em ruas, parques e áreas de mananciais¹. Algo precisava ser feito urgentemente, mas os técnicos da Secretaria não sabiam como estruturar a contratação que regularizaria as apreensões de veículos na Grande São Paulo e, por isso, formularam uma consulta à Procuradoria Geral do Estado.

Ao ler o processo, logo percebi que o objeto tinha peculiaridades que não encontrei nos livros e manuais de Direito Administrativo, aos quais geralmente recorria para esclarecer as dúvidas do cotidiano. O mercado de pátios era altamente concentrado, pois a demanda era quase que integralmente estatal – tanto que os poucos prestadores, naquela ocasião, já se articulavam nos bastidores com a certeza de que, qualquer que fosse a modalidade eleita pelo Poder Público, se sagrariam vencedores do procedimento licitatório. Some-se a isso uma assimetria informacional avassaladora que tornava extremamente incertos os custos que deveriam ser suportados pelo Erário. Sem parâmetros seguros em que se fiar, as pesquisas de mercado resultaram em valores de referência irrealistas e muito superiores ao orçamento disponível, alçando rapidamente a licitação a patamares multimilionários.

Eu sabia que a contratação pública a ser desenhada deveria dialogar com todos esses fatores para neutralizar na maior medida possível os riscos para o Estado de São Paulo enquanto contratante. Compulsei a legislação, reli os livros, mas eu não conseguia encontrar uma solução que atendesse de uma só vez as necessidades da Secretaria da Segurança Pública. Julguei-me inexperiente, porquanto havia tomado posse no cargo de Procurador do Estado de São Paulo havia apenas alguns meses. Mas minha consulta a tantos outros colegas

¹ A situação chegou inclusive a ser noticiada pela imprensa: ARCOVERDE, Léo. “Veículo apreendido vai para pátio ilegal de ex-PM na Grande SP” *Folha de São Paulo*. São Paulo, 22/10/2012. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/1172966-veiculo-apreendido-vai-para-patio-ilegal-de-ex-pm-na-grande-sp.shtml>. Acesso em 05/01/2017 e LIMA, Bianca Pinto. “À espera de licitações, motoristas sofrem com burocracia de pátios e guinchos”. *O Estado de São Paulo*. 29/01/2015. Disponível em: <http://brasil.estadao.com.br/noticias/geral,a-espera-de-licitacoes-motoristas-sofrem-com-burocracia-de-patios-e-guinchos>. Acesso em 05/01/2017.

mais experimentados e mesmo às instâncias superiores da Procuradoria resultaram todas em um mesmo e único diagnóstico: era a própria *legislação* brasileira de licitações e contratações públicas que não fornecia uma resposta adequada para o problema enfrentado pela Administração.

Ao final, a situação concreta envolvendo os veículos apreendidos em razão de atos de polícia judiciária foi equacionada mediante um arranjo contratual complexo que reuniu dois pregões, um credenciamento e pelo menos de uma dezena de leilões²⁻³. Mas esse impasse, repetido tantas outras vezes em um sem-número de casos semelhantes, despertou a minha atenção para o fato de que o Estado brasileiro tem diante de si um repertório bastante restrito de alternativas para licitar e contratar os bens e os serviços necessários à consecução de suas atividades-meio e atividades-fim⁴. Esse quadro, agravado pela qualidade sofrível dos objetos contratados pelo Poder Público, expõe com clareza uma contradição entre a rigidez e o formalismo da legislação no Brasil e a descoberta, tão frequente quanto vergonhosa, de novas fraudes envolvendo licitações toda a semana nas manchetes dos jornais.

A Lei nº 8.666/1993 ocupa o epicentro de um caloroso debate entre seus defensores – ligados, normalmente, ao discurso de combate à corrupção – e seus opositores, que criticam as dificuldades criadas pela legislação no que se refere à gestão pública⁵. A burocracia, alvo

² “A estrutura dos pátios contratados pela Polícia Civil conta com iluminação, piso pavimentado, sistema de vigilância com câmeras em HD e seguro. Haverá postos do Instituto de Criminalística (IC) nos locais, com o objetivo de acelerar o trabalho de perícia, vistoria e liberação dos veículos que podem retornar aos donos. Como esses veículos podem ser compactados a partir de uma autorização judicial, os grandes estacionamentos terão áreas destinadas a leilões, descontaminação e compactação. Esse procedimento já está sendo realizado no Pátio Santo Amaro, na capital. Até agora, 10.072 veículos foram compactados e cerca de 50 mil carcaças serão limpas e destruídas”. “SP INICIA REMOÇÃO DE VEÍCULOS apreendidos em delegacias para pátios”. *Radar Nacional (R7)*. São Paulo, 14/09/2015. Disponível em: <http://www.radarnacional.com.br/sp-inicia-remocao-de-veiculos-apreendidos-em-delegacias-para-patios/>. Acesso em 05/01/2017.

³ “No pátio de Santo Amaro serão compactados [descontaminados e então compactados] 13.500 veículos, dos quais 62% já estão liberados. ‘Fizemos um leilão para a empresa que fará a compactação de dessas carcaças, e temos uma licitação aberta para mais 32 mil. [Ao todo], chegaremos a 45 mil veículos’, informou o governador Geraldo Alckmin. A medida é o primeiro passo para resolver uma questão de mais de 25 anos, gerada por entraves judiciais que impediam a liberação desses veículos dos pátios. Em maio do ano passado, a Justiça autorizou que fossem realizados leilões dos 45 mil veículos apreendidos em pátios na cidade de São Paulo, atendendo a um pedido da Secretaria da Segurança Pública”. “VEÍCULOS APREENDIDOS NA CAPITAL começam a ser compactados” *SP Notícias - Portal de Notícias do Governo do Estado de São Paulo*. São Paulo, 17/02/2014. Disponível em: <http://www.saopaulo.sp.gov.br/spnoticias/lenoticia.php?id=235801%C3%A0>. Acesso em 05/01/2017.

⁴ Sobre a distinção entre atividades-meio (“*non core*”) e atividades-fim (“*core*”), confira CICOGNA, Cristina. “L’outsourcing delle funzioni strumentali della Pubblica Amministrazione”. In: FIORENTINO, Luigi (org.). *Lo stato compratore. L’acquisto di beni e servizi nelle pubbliche amministrazioni*. Bologna: Il Mulino, 2007, pp. 25-45.

⁵ “(...) argumenta-se que a Lei 8.666/1993 é burocrática demais e que, em função dela, as obras se atrasariam excessivamente. A Lei Geral de Licitações e Contratos, sob a perspectiva da gestão pública, seria um peso e um obstáculo à boa administração”. ROSILHO, André Janjácómo. *Licitação no Brasil*. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 19.

frequente das críticas dos gestores, é comumente vista como um “mal necessário” para coibir desvios e fraudes. Isso, porém, com base na premissa (errada) de que o estrito cumprimento do rito legal já seria, por si só, um remédio eficaz contra o conluio, a captura e a corrupção em certames licitatórios. Por exemplo, um levantamento realizado por Laura CARPINETI, Gustavo PIGA e Matteo ZANZA revelou que o Brasil exige o maior número de requisitos para a participação de fornecedores em licitações entre os 21 países consultados⁶. Todavia, não é possível afirmar que toda essa profusão de requisitos de habilitação tenha alcançado particular êxito para a moralização das contratações públicas realizadas em nosso país. Pelo contrário: o apego burocrático dos órgãos de controle interno e externo não apenas falha em fornecer incentivos adequados para coibir a corrupção como também pode servir, inversamente, para chancelá-la, revestindo práticas escusas com um manto de aparente legalidade⁷.

Por outro lado, o poder de compra do Estado é um componente importante da demanda do setor público. No Brasil, estima-se que as contratações firmadas pela Administração Pública movimentem cerca de 60 bilhões de reais por ano, o que representa 15% do PIB brasileiro⁸. As contratações públicas correspondem, em média, a cerca de 13% do PIB e representam 29% do total de gastos governamentais dos países membros da OCDE⁹, podendo inclusive chegar a 15% do produto mundial¹⁰. Em países em

⁶ CARPINETI, Laura; PIGA, Gustavo; ZANZA, Matteo. “The variety of procurement practice: evidence from public procurement”. In: DIMITRI, N.; PIGA, G.; SPAGNOLO, G. (Ed.). *Handbook of procurement*. Cambridge (UK): Cambridge University Press, 2006. pp. 14-44. cf. pp. 17-19.

⁷ É curioso destacar como as auditorias realizadas pelos órgãos de controle apegam-se normalmente a detalhes menores do procedimento licitatório, tais como a numeração e a rubrica dos servidores nas folhas do processo e a observância dos prazos mínimos para publicação do “aviso” no Diário Oficial e nos jornais de grande circulação, mas pouco falam sobre a pesquisa de preços e a coleta de orçamentos que, não raras vezes, usam valores irrealistas para calcular o valor de referência da licitação.

⁸ Segundo dados da Secretaria de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça, somando-se as Administrações direta e indireta da União, Estados e Municípios. NOHARA, Irene Patrícia “Poder de compra governamental como fator de indução do desenvolvimento - faceta extracontratual das licitações”. *Revista Fórum de Direito Financeiro e Econômico - RFDFFE*. Belo Horizonte, ano 4, n. 6, set./fev. 2015, p. 164.

⁹ Com base em estatísticas da OCDE, em 2011, “[g]eneral government procurement spending represents 29% of total general government expenditures (13% of GDP)”. Disponível em: <<http://www.oecd.org/gov/ethics/public-procurement.htm>>. Acesso em 12/06/2016. Confirmam-se também os dados constantes do relatório elaborado pelo Banco Mundial sobre as contratações públicas no Brasil. BANCO MUNDIAL. *Brazil - Country procurement assessment report*. Washington (DC): World Bank, 2004. Disponível em: <http://documents.worldbank.org/curated/en/2004/03/3575914/brazil-country-procurement-assessment-report>. Acesso em 12/06/2016.

¹⁰ “Public procurement is said to account for between 15 and 20 percent of the GDP of most countries”. PIGA, Gustavo. “A fighting chance against corruption in public procurement?” In: ACKERMAN, Susan Rose; SOREIDE, Tina (org.). *International Handbook on the Economics of Corruption*. Vol. II, Cheltenham (UK): Edward Elgar, 2011, pp. 141-181. No mesmo sentido: BAJARI, Patrick e LEWIS, Gregory. “Procurement Contracting With Time Incentives: Theory and Evidence”. *The Quarterly Journal of Economics*, Oxford University Press, vol. 126 (3), 2011, pp. 1173-1211.

desenvolvimento, segundo William KOVACIC, a proporção dos contratos públicos em relação ao PIB pode atingir a impressionante cifra de 40%¹¹. Esses números evidenciam que o emprego do potencial gerado pelas contratações públicas pode desempenhar funções relevantes para não apenas para corrigir falhas de mercado – com as funções *alocativa* (alocação ótima dos recursos disponíveis), *distributiva* (redistribuição da renda) e *estabilizadora* (estabilização macroeconômica), na trilogia neoclássica proposta por Richard MUSGRAVE¹² – mas também para efetivar políticas públicas e alcançar objetivos horizontais, indiretos, mediatos ou extracontratuais desejados pelo Estado brasileiro. Entre eles, por exemplo, a inclusão de práticas de sustentabilidade ambiental nas licitações, como especificação técnica do objeto ou obrigação acessória da contratada, nos termos do Decreto nº 7.746, de 05 de junho de 2012; a ampliação do acesso de Microempresas e Empresas de Pequeno Porte ao mercado público, dada pela Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006; e, ainda, a “margem de preferência” estabelecida pela Lei nº 12.349, de 15 de dezembro de 2010, para a aquisição de bens e serviços nacionais, como estímulo à política industrial.

Até aqui, minha pesquisa tem revelado que a pouca efetividade das medidas administrativas e legislativas voltadas a promover o poder de compra do Estado – fato largamente constatado do dia-a-dia da Administração Pública brasileira¹³ – é só *parte* do problema. Sob a perspectiva das ciências econômicas, a modelagem do procedimento licitatório e da contratação pública constituem um instrumento poderoso para canalizar a demanda criada pelo Estado-comprador em prol de objetivos contratuais ou extracontratuais relevantes. O direito comparado é rico em experiências nesse sentido¹⁴. Mas a aplicação

¹¹ KOVACIC, William E. "Competition policy, consumer protection and economic disadvantage". *Washington University Journal of Law & Policy*. Vol 25, 2007, pp. 101-118, p. 101.

¹² A conhecida abordagem de Richard Musgrave sobre as funções econômicas do setor público foi exposta em um artigo intitulado "*Voluntary Exchange Theory of Public Economy*", publicado em 1939 no *Quarterly Journal of Economics*. Enfatizando a importância desses contratos para a função estabilizadora, confira RODRIGUES, Nuno Cunha. *A Contratação Pública como Instrumento de Política Económica*. Coimbra: Almedina, 2013, p. 25, nt. 43.

¹³ Este fato é reconhecido pelo próprio governo federal, que tem realizado sucessivos eventos e iniciativas para divulgar aos órgãos e entidades a adoção de licitações e contratações públicas sustentáveis. Além de ser discutida em seminários e congressos, essa “advocacia” da sustentabilidade enquanto objetivo horizontal das contratações públicas ganhou um portal permanente na página do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, no seguinte endereço: <http://cpsustentaveis.planejamento.gov.br/>

¹⁴ Há uma extensa literatura estrangeira sobre teoria dos leilões que se volta especificamente à sua aplicação pelo Poder Público. Confirmam-se, nesse sentido, ALBANO, G. L.; DIMITIRI, N.; PERRIGNE, I.; PIGA, G.; “Fostering Participation”. In: DIMITIRI, N.; PIGA, G.; SPAGNOLO, G. (Ed.). *Handbook of procurement*. Cambridge (UK): Cambridge University Press, 2006, pp. 267-292; MILGROM, Paul. “Putting auction theory to work: the simultaneous ascending auction”. *Journal of Political Economy*, vol. 108, nº 2, 2000, pp. 245-272; KLEMPERER, Paul. *Auctions: theory and practice*. Princeton (NJ); Oxford (UK): Princeton University Press,

desses mesmos mecanismos no Brasil encontra óbices no formalismo e na rigidez da própria legislação, que fixou, em detalhes, os procedimentos aplicáveis a cada modalidade de licitação.

Este trabalho tem como objetivo questionar os pressupostos sobre os quais se erige a legislação brasileira de licitações e contratos. Para tanto, não se pode olvidar que a expressiva demanda gerada pelo setor público constitui uma dentre várias técnicas jurídicas postas à disposição do Estado para realizar a sua política econômica, amoldando-se com perfeição ao objeto de estudo do Direito Econômico¹⁵. Tenho consciência de que a análise de um instituto tão caro ao Direito Administrativo sob o viés da Economia acarreta desafios adicionais, como a percepção de que as justas preocupações com a eficiência das contratações celebradas pelo Poder Público não podem se sobrepor à legalidade, à moralidade, à impessoalidade e à publicidade consagradas pelo artigo 37, *caput* da Constituição da República. Por isso, reputo importante destacar desde logo que a análise empreendida nestas linhas se situa propositadamente fora do campo da *lege lata*, e não se propõe à aplicação imediata e irrefletida de instrumentos vigentes no estrangeiro ao ordenamento jurídico brasileiro. A incursão analítica que pretendo realizar, sobretudo no que se refere ao *design* dos procedimentos licitatórios e dos contratos, almeja apenas revelar potencialidades que a legislação vigente, preocupada em restringir a discricionariedade do administrador, bloqueia. Ora, se o modelo legal foi elaborado com base em pressupostos incorretos sob o ponto de vista jurídico e econômico é justo que essas mesmas inconsistências sejam reveladas e criticadas com base em argumentos, igualmente, jurídicos e econômicos.

Cabe aqui tecer um breve comentário sobre a nomenclatura a que faremos referência ao longo de todo o presente estudo. Segundo Nuno Cunha RODRIGUES, não há uma terminologia clara e unívoca para denominar o amplo universo das contratações firmadas por órgãos e entidades estatais¹⁶. Nos países de língua inglesa, é bastante difundido

2004, especialmente o cap. 1 “*A survey of auction theory*”, pp. 09-61; e KRISHNA, Vijay. *Auction Theory*. 2nd edition. Oxford (UK): Academic Press/Elsevier, 2010, pp. 01-07, 173-184.

¹⁵ Sobre o tradicional debate que situa o Direito Econômico não como “ramo”, mas como “método” para a análise e (re)compreensão de todo o Direito, veja GRAU, Eros Roberto. *Elementos de Direito Econômico*. São Paulo: RT, 1981; COMPARATO, Fábio Konder. “O indispensável Direito Econômico”. In: *Ensaio e Pareceres de Direito Empresarial*. Rio de Janeiro: Forense, 1978, pp. 453-472. Confira-se, em especial, as pp. 462, 465 e 471; e BERCOVICI, Gilberto e MASSONETTO, Luís Fernando. “Limites da regulação: esboço para uma crítica metodológica do “novo direito público da economia”. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 7, n. 25, pp. 137-147, jan./mar. 2009.

¹⁶ RODRIGUES, Nuno Cunha. *A Contratação Pública como Instrumento de Política Económica*. op.cit., p. 13, nt. 1.

o uso do termo "*public procurement*", bem como "*state acquisitions*" ou "*government purchasing*", para designar o mesmo fenômeno¹⁷. Na Itália, o *Codice dei contratti pubblici* instituído pelo recente Decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, incorporando ao plano interno a normativa comunitária de contratações públicas estabelecida pelas Diretivas 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE, chama genericamente de "*appalti pubblici*" os "(...) *contratti a titolo oneroso, stipulati per iscritto tra una o più stazioni appaltanti e uno o più operatori economici, aventi per oggetto l'esecuzione di lavori, la fornitura di prodotti e la prestazione di servizi*"¹⁸. Na França, é corrente o uso da expressão "*marchés publics*", com o idêntico significado. Em Portugal, a disciplina dada pelo Código de Contratos Públicos ("CCP") igualmente advém do plano comunitário europeu. Por esse motivo, segundo RODRIGUES, o conceito de "contrato público" torna-se mais amplo do que a noção tradicional de "contrato administrativo", porquanto aquele "(...) *abrange todos os contratos celebrados por entes públicos, independentemente de estes serem qualificados como entidades adjudicantes à luz do CCP*"¹⁹.

A mesma ressalva também pode ser aplicada ao caso brasileiro, como reconhece Thiago Lima BREUS²⁰. Neste trabalho, com as expressões "contratações públicas",

¹⁷ Para Jean Tirole e Stéphane Saussier, a expressão "*public procurement*" pode genericamente fazer referência a (i) contratos administrativos tradicionais ("*traditional procurement*"), voltados a compras, serviços e obras ("*works, supplies or services*"), (ii) concessões de serviços públicos, ou seja "(...) *all contracts (primarily leasing and concession contracts) whereby a public legal entity entrusts the management of a public service for which it is responsible to a public or private delegate – the contractor – in return for a payment that depends largely on the results of the service operation*"; e (iii) parcerias público-privadas ("*public-private partnerships*"), com emprego majoritário em projetos de infraestrutura. Esses três tipos são vistos pelos autores como espécies de um mesmo gênero e, em todos eles, a contratação realizada pela Administração Pública é necessariamente precedida por três questões: (i) "*Do it yourself or delegate it?*", i.e., decidir entre a execução direta ou indireta do objeto; (ii) "*how to outsource it?*", ou seja, qual a melhor forma de transferir ao particular o plexo de obrigações relacionado à execução do objeto; e, por fim, (iii) o "*design of the contract*", desde a seleção dos fornecedores - por meio de um procedimento competitivo ou negociado - até o monitoramento, fiscalização e outros aspectos da gestão contratual. "*However, - advertem Saussier e Tirole - it is not so much the decision to outsource as the method of outsourcing – and above all its implementation – that present a problem*". SAUSSIÉ, Stéphane e TIROLE, Jean. "Strengthening the Efficiency of Public Procurement". *Les notes du conseil d'analyse économique*. Conseil d'analyse économique, n° 22, abril.2015. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/275973839_Strengthening_the_Efficiency_of_Public_Procurement. Acesso em 29/06/2015, pp. 2-3.

¹⁸ A semelhança do artigo 3º, 1, "ii" do *Codice* italiano, transcrito acima, com a definição análoga dada pelo artigo 1º, "5" da Diretiva 2014/23/UE é marcante: "*«appalti pubblici»: contratti a titolo oneroso stipulati per iscritto tra uno o più operatori economici e una o più amministrazioni aggiudicatrici aventi per oggetto l'esecuzione di lavori, la fornitura di prodotti o la prestazione di servizi*".

¹⁹ RODRIGUES, Nuno Cunha. *A Contratação Pública como Instrumento de Política Económica*. op.cit., p. 13, nt. 1.

²⁰ "Como a ideia de contratos públicos é mais identificada como gênero e não como espécie, uma vez que abrange as mais diversas modalidades convencionais, desde contratos de fornecimento, passando pelos contratos da Administração, pelos convênios e até as parcerias público-privadas, esta expressão foi escolhida para designar o objeto de estudo do trabalho: o contrato público, em detrimento da noção mais tradicional no direito administrativo brasileiro – contrato administrativo – que embora mais utilizada na teoria e na

“contratos governamentais” ou “contratos públicos” farei referência de modo amplo a todos os contratos firmados por órgãos ou entidades da Administração Pública, direta e indireta, ainda que não se revistam integralmente de todas as prerrogativas e sujeições que caracterizam o regime jurídico administrativo. Em outras palavras, o “contrato público” é gênero do qual os “contratos administrativos” são espécie, equivalendo à acepção ampla que, em sede doutrinária, foi dada por Maria Sylvania Zanella DI PIETRO à expressão “contratos da Administração”²¹.

Essa escolha terminológica também deixa transparecer um primeiro “corte metodológico” deste estudo: o objeto principal da nossa investigação será o regime das contratações públicas *em geral*, ou seja, aquele aplicado quotidianamente à aquisição de bens, prestação de serviços e obras para atender às necessidades de órgãos e entes federais, estaduais e municipais. Portanto, será feita referência às leis que disciplinam o regime jurídico das contratações *específicas*, como as concessões comuns (Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995), as Parcerias Público-Privadas (Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004), o Regime Diferenciado de Contratações (Lei nº 12.462, de 05 de agosto de 2011) e a recente Lei de Responsabilidade das Estatais (Lei nº 13.303, de 30 de junho de 2016), na medida em que essa providência se mostre necessária para compreender as tendências de flexibilização que esses diplomas tem inspirado no âmbito do próprio regime geral.

Em um segundo “corte metodológico”, ressalto que o objeto da pesquisa consiste no poder de compra do Estado no ordenamento jurídico *brasileiro*. Logo, normas e experiências nacionais constituem as fontes primárias do nosso estudo, que ficará restrito ao exame da legislação *federal* sobre o tema. O direito comparado será abordado quando se mostrar útil para o melhor entendimento das possibilidades de uso do poder de compra do Estado no cenário nacional, o qual foi largamente influenciado por experiências estrangeiras – em especial, pelo modelo federal de contratações públicas dos Estados Unidos e pelas diretivas da União Europeia sobre o tema.

prática, tradicionalmente possui escopo mais restrito, voltado, essencialmente, para as avenças nas quais se sobressaem os poderes especiais de autoridade e as cláusulas exorbitantes". BREUS, Thiago Lima. *O governo por contrato(s) e a concretização de políticas públicas horizontais como mecanismo de justiça distributiva*. 263 p. Tese (doutorado). Curitiba: Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, 2015, p. 241.

²¹ “A expressão contratos da administração é utilizada, em sentido amplo, para abranger todos os contratos celebrados pela Administração Pública, seja sob regime de direito público, seja sob regime de direito privado. E a expressão contrato administrativo é reservada para designar tão somente os ajustes que a Administração, nessa qualidade, celebra com pessoas físicas ou jurídicas, públicas ou privadas, para a consecução de fins públicos, segundo regime jurídico de direito público”. Maria Sylvania Zanella DI PIETRO. *Direito Administrativo*. 21ª ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 237.

Por derradeiro, assevero que este é um trabalho *jurídico* e em razão disso, por uma questão de honestidade intelectual, os cálculos e demonstrações matemáticas apresentados em muitos dos estudos econométricos citados (sobretudo aqueles sobre teoria dos leilões) não foram objeto específico da nossa análise. Procuramos compensar essa circunstância buscando cruzar referências já consolidadas na literatura de *public procurement* e artigos escritos por autores de renome internacional, o que minimiza o risco de eventual incompreensão da nossa parte. No mais, destaco que a presente investigação não chamou para si o objetivo de promover uma revisão integral da bibliografia nacional e estrangeira sobre o tema – o que seria absolutamente impraticável na sua circunscrita extensão – mas pretendeu sistematizar as fontes mais relevantes, dentro de recortes específicos, a fim de conduzir o leitor a um panorama abrangente sobre o poder de compra do Estado no Brasil.

Este estudo encontra-se estruturado em três grandes capítulos, além desta introdução e de uma conclusão final.

O primeiro capítulo será dedicado à apresentação e à crítica do que chamamos de “estado da arte” das contratações públicas no Brasil e compõe-se por dois itens.

O primeiro deles busca tecer uma breve reconstrução histórica da legislação brasileira de licitações e contratos, mostrando como se chegou a uma “cultura” aferrada aos ritos, com foco nos processos e pouco compromisso com os resultados das contratações, e que tem como centro gravitacional o formalismo e a rigidez da Lei nº 8.666/1993. A bem da verdade, as fragilidades e defeitos desse marco legal só vem confirmar um diagnóstico que o cotidiano, há muito, já demonstra: não existe uma política estruturada de contratações públicas no Brasil²². Nisto não há novidade alguma – o novo, talvez, esteja em reconhecer o erro nas premissas que dão base ao modelo.

O segundo item investiga mais à fundo a literatura econômica que aponta a complexidade do objeto, as estruturas de mercado, os custos de transação, o oportunismo, as assimetrias informacionais e a incompletude contratual como possíveis desafios àquela premissa, tão cara à legislação brasileira, de que a licitação necessariamente conduz a

²² Ciro Campos Christo Fernandes defende que as contratações públicas sejam vistas também como uma política pública autônoma, e não somente como instrumento para efetivação e consecução de outras políticas. *"As compras públicas tendem a ser encaradas como atividade administrativa que se prestaria a instrumentalizar a consecução de políticas públicas, mas não se problematiza a definição de problemas, o processo decisório e os resultados das mudanças nas políticas"* (p. 4). Isso faz com que as principais mudanças no arcabouço normativo das contratações públicas no Brasil sejam influenciadas por escândalos políticos e/ou pressões macroeconômicas momentâneas, que conferem caráter cíclico e pendular à legislação de compras. FERNANDES, Ciro Campos Christo. “A trajetória da construção do arcabouço legal das compras e contratações na administração pública federal brasileira: processo decisório e oportunidade política”. In: *XIX Congreso Internacional del CLAD sobre la Reforma del Estado y de la Administración Pública*. Quito, 11-14 nov./2014. Disponível em: <http://repositorio.enap.gov.br/1/1716>. Acesso em 06/06/2015.

Administração Pública à proposta mais vantajosa. Acredito que a compreensão dessas variáveis contribui para demonstrar como a “modelagem” do procedimento e o *design* do contrato podem ser importantes para atingir os objetivos desejados pelo Poder Público, aproximando as contratações governamentais do método de análise que caracteriza o Direito Econômico.

O segundo capítulo pretende mapear as iniciativas legislativas voltadas à instrumentalização da demanda gerada pelo Estado para a consecução dos chamados objetivos “horizontais”, “indiretos”, “mediatos” ou “extracontratuais” – não há, como se pode perceber, uma terminologia precisa neste ponto. Interessam-me, de modo especial, as políticas públicas subjacentes às contratações públicas e as formas pelas quais a legislação brasileira cuidou de efetivá-las²³. Após, investigo os motivos pelos quais a sua aplicação, mesmo quando expressamente autorizada em lei, é tão pouco frequente no cotidiano da Administração Pública no Brasil, sobretudo diante da jurisprudência restritiva que o Supremo Tribunal Federal firmou sobre o tema.

Por fim, o terceiro capítulo aborda a “modelagem” das licitações e contratos para atingir, a um só turno, objetivos *contratuais* e *extracontratuais*. Este é o campo, creio, em que devem ser buscados os novos parâmetros para o poder de compra do Estado. Identificamos dois eixos para nossa análise, sendo que cada qual corresponderá a um item diferente na estrutura do trabalho.

O primeiro diz respeito à intensidade com que o procedimento deve ser exposto à concorrência, aspecto que guarda estreita relação, à luz da teoria dos leilões, com as estruturas de mercado e com o grau de complexidade do objeto licitado. Defendo que o *design* das licitações e dos contratos seja explorado pelo Estado como instrumento a fim de canalizar a demanda gerada pelo setor público para aumentar a qualidade dos bens e dos serviços contratados pela Administração Pública, e, ainda, atingir os objetivos horizontais considerados mais relevantes à luz do caso concreto.

O segundo eixo trata dos reflexos dessa “modelagem” para a prevenção do conluio, fraudes e práticas de corrupção em licitações. Aqui, especial ênfase será dada à formação de carteis e à análise dos efeitos pró e anticolusivos decorrentes de fatores estruturais e provenientes do *design* do procedimento licitatório, de outro. Para tanto, a literatura

²³ Para elaborar esse elenco, restringi o objeto de nossa investigação às leis e atos normativos editados pela União, a quem foi atribuída, nos termos do artigo 22, inciso XXVII, da Constituição Federal, a competência privativa para legislar sobre “*normas gerais de licitação e contratação*”. Por conseguinte, iniciativas semelhantes tomadas por Estados, Municípios e pelo Distrito Federal aparecerão apenas por via reflexa na pesquisa jurisprudencial que integra o mesmo capítulo.

econômica será revisitada com o intuito de colher, no direito comparado, alguns exemplos de como o poder de compra do Estado pode ser empregado de modo muito eficaz para combater a corrupção – tema que, como visto, assume posição central na legislação brasileira. Temos ciência de que a implementação prática de grande parte dessas medidas requer alterações no marco legal que, ao que parece, não constituem prioridade na agenda política. Entretanto, esperamos conseguir indicar alguma direção a ser seguida caso se pretenda trilhar o caminho rumo à revalorização das licitações e das contratações públicas no Brasil.

1. O “ ESTADO DA ARTE ” DAS LICITAÇÕES NO BRASIL

1.1. DAS FINANÇAS PÚBLICAS AO DIREITO ADMINISTRATIVO: AS QUATRO FASES DAS LICITAÇÕES NO BRASIL

O objetivo deste item é reconstruir a trajetória da legislação de licitações e contratações públicas no Brasil. Não se pretende, aqui, realizar uma abordagem dogmática, voltada à exposição eminentemente descritiva dos principais institutos jurídicos de cada diploma analisado¹. Na verdade, o que se almeja nestas linhas é mostrar como se chegou a uma cultura de punição a desvios e de apego a formalidades que convive, lado a lado, com certo desinteresse na eficiência e nos resultados dos procedimentos licitatórios. Nesse sentido, percorrer essa trajetória é fundamental para compreender aquilo que ousamos chamar, no título deste primeiro capítulo, de “*estado da arte*” das licitações no Brasil. Neste percurso – ao longo do qual o temário das contratações públicas didaticamente se desloca, de forma gradual, do campo das Finanças Públicas para a seara do Direito Administrativo – foi possível tecer duas grandes conclusões sobre o tema, as quais, por clareza, apresento desde logo.

A **primeira conclusão**, na esteira das considerações expostas por Ciro Campos Christo FERNANDES em tese de doutoramento sobre o tema², é de que as reformas na legislação brasileira de compras e contratações públicas são marcadas por um movimento

¹ O “conteúdo relevante”, analisado por André Rosilho em sua dissertação de mestrado, consiste em um recorte realizado pelo autor que analisa alguns tópicos especiais de cada diploma legal. Para o autor, esse conteúdo relevante pode ser agrupado em quatro grandes eixos de análise: (i) grau de abrangência do dever de licitar (dispensa e inexigibilidade, serviços técnicos especializados, parcelamento de obras, etc.); (ii) tratamento dado aos interessados nas contratações (habilitação e regularidade fiscal, qualificação econômico-financeira, capacitação técnica, garantias, modalidades de licitação, critérios de julgamento); (iii) controle (sanções, controle de condutas, papel dos Tribunais de Contas, destinação de recursos estatais); e (iv) alteração contratual (planejamento prévio, projetos básico e executivo). ROSILHO, André Janjácómo. *Licitação no Brasil*. São Paulo: Malheiros, 2013, pp. 25-28.

² FERNANDES, Ciro Campos Christo. *Política de compras e contratações: trajetória e mudanças na administração pública federal brasileira*. 285 p. Tese (Doutorado). Rio de Janeiro: Escola Brasileira de Administração Pública e de Empresas/FGV, 2010. As ideias principais desenvolvidas pelo autor foram expostas, resumidamente, em dois outros trabalhos: “A trajetória da construção do arcabouço legal das compras e contratações na administração pública federal brasileira: processo decisório e oportunidade política”. In: *XIX Congreso Internacional del CLAD sobre la Reforma del Estado y de la Administración Pública*. Quito, 11-14 nov./2014. Disponível em: <http://repositorio.enap.gov.br/1/1716>. Acesso em 06/06/2015; e, também, “A organização da área de compras e contratações na Administração Pública brasileira: o elo frágil”. In: *VII Congreso CONSAD de Gestión Pública*. Brasília, 25-27 mar./2014. Disponível em: <http://banco.consad.org.br/handle/123456789/1050>. Acesso em 18/01/2016.

pendular no qual “gestão”, de um lado, e “controle”, de outro, se alternam como os dois vetores determinantes em cada influxo de renovação.

Note-se que, com isso, não se está aqui a afirmar que “gestão” e “controle” tenham influenciado separadamente as reformas legislativas apresentadas neste capítulo. A história, como se sabe, não é hermética. Em nossa análise, a identificação de um vetor ou de outro como prevacente em determinado período presta-se sobretudo a contextualizar a mudança e a identificar qual o escopo pretendido em cada alteração. Nesse sentido, para FERNANDES, é “(...) notório que as reformas de 1940 e 1967 e a mudança de Procedimentos em 2000 se orientavam pela busca da flexibilização de regras e procedimentos” – ao passo que “(...) a reforma de 1986 e a mudança do estatuto de licitações em 1993 se alinham pelo enrijecimento, acompanhado da uniformização da sua aplicação, fazendo tabula rasa das diferenças entre setores, funções e tipos de entidades da administração pública”³.

Sob o prisma do “controle”, é curioso notar como a reforma da legislação de licitações foi concebida, em diversas oportunidades, como uma medida estabilizadora da economia, voltada à redução de despesas – notadamente as de custeio – e ao controle dos gastos públicos. Essa assertiva é especialmente verdadeira no que se refere às reformas de 1930 (após a crise de 1929), de 1967 (com o enfrentamento, pelo PAEG, das altas taxas de inflação⁴), e de 2000 (para a redução do déficit público em paralelo à adoção, em 1999, do câmbio flutuante e do sistema de metas de inflação, após as crises da Ásia e da Rússia). Por outro lado, sob o prisma da “gestão”, foi possível perceber uma vinculação forte entre as alterações nas normas que regem as contratações públicas e as tentativas de uma reforma mais abrangente da Administração Pública como um todo⁵. Foi o que aconteceu, por

³ FERNANDES, Ciro Campos Christo. “A trajetória da construção do arcabouço legal das compras e contratações na administração pública federal brasileira: processo decisório e oportunidade política”. op. cit. p. 24 (ambos os trechos).

⁴ O Programa de Ação Econômica do Governo – PAEG não era, segundo Fabio Giambiagi e Ana Cláudia Além, só um plano de estabilização. Pretendia-se controlar a inflação, mas sem comprometer o crescimento da economia. O PAEG, por isso, veio acompanhado de várias reformas de impacto na Administração Pública – consubstanciadas, no que se refere às contratações públicas, no Decreto-Lei nº 200/1967 -, no sistema tributário, bancário e financeiro, com vistas à redução do déficit fiscal, à retomada dos investimentos e à consolidação da dívida externa para restaurar o crédito do Brasil no exterior. ALÉM, Ana Cláudia e GIAMBIAGI, Fábio. *Finanças Públicas: teoria e prática no Brasil*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011. pp. 83-103.

⁵ Essa vinculação entre “reforma das licitações públicas”, de um lado, e “reforma da Administração como um todo”, de outro, também foi percebida na Itália por Luigi Fiorentino: “*La proposta muove dal presupposto che il public procurement rappresenti una occasione fondamentale per rinnovare le amministrazioni. Si propone così di attuare un Piano strategico finalizzato alla revisione dei meccanismi di acquisto per reingegnerizzare l'intera filiera organizzativa e manageriale delle amministrazioni*”. p. 355. FIORENTINO, Luigi. “Conclusioni e Proposte”. In: FIORENTINO, Luigi (org.). *Lo stato compratore. L'acquisto di beni e servizi nelle pubbliche amministrazioni*. Bologna: Il Mulino, 2007, pp. 325-342.

exemplo, em 1967, pela “reforma gerencial” empreendida pelo Decreto-Lei nº 200, e em 1986, com edição do Decreto-Lei nº 2.300 como parte de uma tentativa frustrada de reestruturação do aparelho estatal pretendida pelo governo Sarney. Nestes casos, todavia, FERNANDES afirma que muitas das mudanças pretendidas não chegaram a ser implementadas, seja pela não realização das reformas administrativas tidas como ancilares ao redesenho das contratações públicas, seja por conta da resistência dos próprios órgãos e entidades da Administração à intensificação dos controles e à centralização, com redução de sua autonomia⁶.

A **segunda conclusão** a que cheguei ao estudar a trajetória da legislação de licitações e contratações públicas no Brasil é que existe uma transição lenta e gradativa de um modelo legal “minimalista”, corporificado no Código de Contabilidade da União, de 1922, para um modelo legal “maximalista”, o qual atinge o seu ápice – ou, talvez, apogeu – com a edição da Lei nº 8.666/1993. Os termos “maximalismo” e “minimalismo” são aqui empregados na acepção dada por André ROSILHO em sua dissertação de mestrado⁷ e dizem respeito à intensidade da regulação estatal sobre a política de contratações públicas, reduzindo ou ampliando a margem de liberdade de que gozam gestores e administradores públicos para decidir, no caso concreto, a melhor maneira de licitar e contratar. De certa forma, “maximalismo” e “minimalismo” são tipos ideais⁸ que, simplificando a realidade, permitem compreender – ainda que de forma limitada – como a existência de regras detalhadas, minuciosas e abrangentes sobre licitações e contratos podem influenciar a discricionariedade dos agentes públicos e, conseqüentemente, o sucesso ou fracasso das contratações públicas no Brasil⁹.

⁶ O autor, comentando as reformas, afirma que o “(...) traço marcante da trajetória brasileira parece ser a fragilidade institucional, instabilidade do arcabouço regulatório e vulnerabilidade ao processo político: a questão remete para a dificuldade de obtenção de consenso em torno das mudanças”. FERNANDES, Ciro Campos Christo. “A trajetória da construção do arcabouço legal das compras e contratações na administração pública federal brasileira: processo decisório e oportunidade política”. op. cit., p. 24.

⁷ ROSILHO, André Janjácómo. *Licitação no Brasil*. op. cit. pp. 29-31, 138-139 e 163,

⁸ O tipo ideal é um instrumento metodológico da sociologia weberiana que consiste na formulação de um modelo teórico cujas características, embora só muito raramente sejam integralmente encontradas na realidade, podem auxiliar na compreensão dos fatos e ações sociais empiricamente verificáveis. Nesse sentido, “(...) a construção de uma ação orientada pelo fim de maneira estritamente racional serve, nesses casos, à *Sociologia como tipo* (*‘tipo ideal*’) – o qual, segundo Weber – [p]ermite compreender a ação real, influenciada por irracionalidades de toda espécie (afetos, erros), como *‘desvio’* do desenrolar a ser esperado no caso de um comportamento puramente racional” WEBER, Max. *Economia e Sociedade*. Revisão técnica de Gabriel Cohn. São Paulo: UNB, 2004, p. 5.

⁹ O maximalismo encontra fundamento no “(...) receio de que a Administração goze de qualquer tipo de liberdade para decidir, nos casos concretos, a melhor forma de licitar”. ROSILHO, André Janjácómo. *Licitação no Brasil*. op. cit., p. 163.

No caso brasileiro, acredito que a marcha da legislação de compras governamentais rumo ao maximalismo legal é acompanhada *pari passu* pelo deslocamento gradual do mesmo tema das Finanças Públicas ao Direito Administrativo. Essa relação, que não se firma por acaso, ficará clara a partir da exposição das reformas da legislação de licitações e contratos no Brasil, a qual será dividida, neste trabalho, em quatro grandes fases.

“Gestão” e “controle” nas quatro fases das licitações no Brasil

	1ª FASE	2ª FASE	3ª FASE	4ª FASE
Características principais	Centralização e padronização das compras públicas, reações ao “registro prévio” e ao regime do Código de Contabilidade.	Unificação nacional e simplificação das regras de licitações em meio ao PAEG e à Reforma Administrativa.	Consolidação de um modelo legal maximalista de contratações públicas.	“Fuga” das licitações, erosão do modelo unitário de contratações públicas e proliferação de exceções ao regime geral.
Dimensão prevalecente	CONTROLE	GESTÃO	CONTROLE	GESTÃO
Principais atos normativos	- Decreto nº 4536, de 28.01.1922 (Código de Contabilidade da União); - Decreto nº 15.783, de 8.11.1922 (Regulamento Geral de Contabilidade Pública); - Decreto nº 19.549, de 30.12.1930 (suspende a aplicação do Código de Contabilidade); - Decreto nº 19.587, de 14.01.1931 (instituiu a CCC) - Decreto-Lei nº 579, de 30.07.1938 (criação do DASP); - Decreto-Lei nº 2.206, de 20.5.1940 (institui o DFC e a “coleta de preços”) Decreto-lei nº 2.416, de 17.07.1940 (uso da concorrência e do “pedido de pregos” por Estados e Municípios);	- Decreto-Lei nº 199, de 25.02.1967 (Lei Orgânica do TCU- fim do “registro prévio”) - Decreto-Lei nº 200, de 25.02.1967; - Lei nº 5.456, de 20.08.1968 (estendeu a Estados e Municípios as normas do DL 200/1967 sobre contratações públicas); - Decreto nº 75.657, de 24.04.1975 (instituição do SISG);	- Decreto-Lei 2.300, de 21.11.1986; - Constituição de 1988; - Lei nº 8.666, de 21.6.1993;	- Lei nº 8.666, de 21.6.1993; - Decreto nº 1094, de 23.03.1994 (criação do SIASG) - Lei nº 8.958, de 20.12.1994 (Fundações de apoio) - Lei nº 8.987, de 13.02.1995 (concessões comuns); - Lei nº 9.637, de 15.05.1998 (“OS”); - Lei nº 9.790, de 23.03.1999 (OSCIP); - Lei nº 10.520, de 17.07.2002 (Pregão) - Lei nº 11.079, de 30.12.2004 (concessão administrativa e patrocinada); - Lei nº 12.232, de 29.04.2010 (serviços de publicidade); - Lei nº 12.462, de 05.08.2011 (RDC) - Lei nº 13.019, de 31.07.2014 (OSC) - Lei nº 13.303, de 30.06.2016 (Lei de Responsabilidade das Estatais)

Tabela 1. Elaborada pelo autor com base nos estudos de ACCORSI (1996), ALESSIO (1998), FERNANDES (2010), FERNANDES (2014) e ROSILHO (2013).

1.1.1. Primeira fase: o Código de Contabilidade e a “centralização das compras” das décadas de 1930 e 1940

A primeira fase toma como ponto de partida o Código de Contabilidade da União e as primeiras tentativas de alteração da disciplina por ele imposta às contratações celebradas pelo Poder Público. O Código de Contabilidade foi instituído ainda na República Velha, durante o Governo Epitácio Pessoa (1919-1922), pelo Decreto nº 4.536, de 28 de janeiro de 1922, tendo sido posteriormente detalhado pelo “Regulamento Geral de Contabilidade Pública”, aprovado pelo Decreto nº 15.783, de 08 de novembro de 1922.

Mas o Código não foi o primeiro diploma legal a reger as contratações públicas no Brasil. Quase um século antes da sua edição, por intermédio da Lei de 20 de outubro de 1823, a Assembleia Constituinte do Império mantinha em vigor as Ordenações Filipinas¹⁰ que, desde 1603, estabeleciam que “(...) não se fará obra alguma sem primeiro andar em pregão, para se dar de empreitada a quem houver de fazer melhor e por menos preço: porém as que não passarem de mil réis, se poderão mandar fazer per jornaes, e humas e outras se lançarão em livro, em que se declare a forma de cada huma, lugar em que ha de fazer, preço e condições do contracto (...)”¹¹. Poucos anos depois, a Lei de 29 de agosto de 1828 previu que a “(...) a construção das obras publicas, que tiverem por objecto a navegação de rios, abertura de canaes, edificação de estradas, pontes, calçadas ou aqueductos” deveria ser oferecida em editais públicos, dando-se preferência àquele que oferecesse as maiores vantagens à Coroa¹². Já no Segundo Reinado (1840-1889), o Decreto nº 2.926, de 14 de maio de 1862, aprovou o “Regulamento para as arrematações dos serviços a cargo do Ministerio da Agricultura, Commercio e Obras Publicas”, que, de forma mais analítica, disciplinou em

¹⁰ Artigo 1º da Lei de 20 de outubro de 1823: “Art. 1º As Ordenações, Leis, Regimentos, Alvarás, Decretos, e Resoluções promulgadas pelos Reis de Portugal, e pelas quaes o Brazil se governava até o dia 25 de Abril de 1821, em que Sua Magestade Fidelissima, actual Rei de Portugal, e Algarves, se ausentou desta Côrte; e todas as que foram promulgadas daquella data em diante pelo Senhor D. Pedro de Alcantara, como Regente do Brazil, em quanto Reino, e como Imperador Constitucional delle, desde que se erigiu em Imperio, ficam em inteiro vigor na pare, em que não tiverem sido revogadas, para por ellas se regularem os negocios do interior deste Imperio, emquanto se não organizar um novo Codigo, ou não forem especialmente alteradas.”

¹¹ A transcrição pode ser encontrada no Livro Primeiro das Ordenações Filipinas, no item 39 do Título LXVI. As Ordenações foram sancionadas em 1595 por Felipe I (de Portugal, II da Espanha), durante a União Ibérica, mas só se tornou impositiva após sua ratificação e impressão, em 1603, já no reinado do imperador Felipe II (de Portugal, III da Espanha).

¹² Artigo 5º da Lei de 29 de agosto de 1828. “Art. 5º Approvado o plano de alguma das referidas obras, immediatamente será a sua construção offerecida a emprezarios por via de editaes publicos; e havendo concurrentes, se dará a preferencia a quem offerecer maiores vantagens”.

39 artigos o “*processo das arrematações*”¹³ e as “*clausulas geraes*” aplicáveis às obras conduzidas no âmbito do Ministério¹⁴. Entretanto, o caráter setorial desses diplomas fez com que o advento do Código de Contabilidade da União marcasse época como o primeiro diploma a estabelecer normas gerais para contratações que, até então, eram reguladas de forma esparsa e heterogênea pela legislação imperial.

À época, licitações e contratos administrativos eram tema afeto às Finanças Públicas¹⁵. Tanto que o Título VII do Regulamento do Código de Contabilidade, ao disciplinar as “*concurrências*” dispõe sobre as “*normas administrativas que devem preceder o empenho das despesas*” – o termo “*licitação*”, como gênero indicativo de todas as modalidades de procedimento, só surgiria no plano normativo quatro décadas depois, com a Lei nº 4.401, de 10 de setembro de 1964.

Nessas normas, muito pouco era dito sobre o procedimento, sobre a *forma* de licitar. É verdade que o Código de Contabilidade e o seu Regulamento diferenciavam as “*concurrências públicas*” das “*concurrências administrativas ou permanentes*”. Contudo, o principal critério distintivo entre uma e outra não era o valor da contratação – tal como ocorre hoje nas modalidades “concorrência”, “tomada de preços” e “convite” da Lei nº 8.666/1993 –, mas sim a natureza do objeto licitado, assim como na modalidade “pregão”, aplicável a “*bens e serviços comuns*”¹⁶. De certo modo, as concorrências permanentes assemelhavam-se a um registro de preços contínuo para o fornecimento de artigos de consumo habitual às

¹³ Segundo o Regulamento, entre 15 dias e 6 meses contados da publicação dos *annuncios* (art. 1º), cada *concurrente* deveria apresentar sua proposta oralmente, em ordem definida por sorteio na data da seção pública, e por documentos (art. 5º). A junta daria um parecer sobre as propostas “(...) *indicando a que julgar mais vantajosa*” (art. 7º), a qual seria submetido ao Ministro de Estado para decisão, em 8 dias, sobre a adjudicação (art. 9º)

¹⁴ As “*clausulas geraes*” do Regulamento de 1862, embora de aplicação limitada às obras promovidas pelo Ministério da Agricultura, Comércio e Obras Públicas do Império, provavelmente constituem um dos primeiros exemplos de prerrogativas do Poder Público e da “*exorbitância*” do regime jurídico-administrativo sobre o direito comum – embora, certamente, sem partilhar dessa fundamentação e do referencial teórico do *Droit Administratif* francês, que, à época, ainda estava em formação. Assim, o Regulamento, embora pouco estudado, já trazia disposições importantes sobre diversos temas: garantias de proposta (art. 3º) e de execução contratual (art. 12 e 36), forma de comprovação da capacidade técnica (art. 11), subcontratação e transferência do objeto do contrato (art. 14), alterações e acréscimos contratuais (arts. 18 e 37), recebimento provisório e definitivo (arts. 29 e 30), além de multas e sanções contratuais (art. 32).

¹⁵ Prova disso é que regras relacionadas a licitações e contratos eram tratados com frequência em leis orçamentárias. Por exemplo, a Lei nº 2.221, de 30 de dezembro de 1909, que “*fixa a despeza geral da Republica dos Estados Unidos do Brazil para o exercicio de 1910, e dá outras providencias*”, estabeleceu uma série de regras para licitações em seu artigo 54, consagrando, na alínea “f”, a regra de que “*a concorrência cabe de direito ao autor da proposta mais barata, por mínima que seja a diferença entre ella e qualquer outra*”.

¹⁶ Artigo 1º da Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002. “*Art. 1º. Para aquisição de bens e serviços comuns, poderá ser adotada a licitação na modalidade de pregão, que será regida por esta Lei. Parágrafo único. Consideram-se bens e serviços comuns, para os fins e efeitos deste artigo, aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais no mercado*”

repartições públicas pelo qual cada fornecedor, ao requerer sua inscrição, se comprometia a honrar as quantidades, preços e demais condições ofertadas à Administração¹⁷. Já as concorrências públicas regiam-se basicamente pelos artigos 745 a 756 do Regulamento do Código e pelas condições estipuladas em cada edital, o qual se converteu no grande instrumento para a regulação das licitações à época. Por esse motivo, o Código de Contabilidade da União era exemplo de um diploma minimalista, resultado da opção "(...) *por uma regulação branda, pouco invasiva, permitindo que a Administração Pública decidisse ad hoc como melhor licitar*"¹⁸. Na prática, segundo *Ciro Campos Christo FERNANDES*, o regime do Código de Contabilidade permitia uma grande descentralização das contratações públicas, com autonomia dos órgãos para as decisões, trâmites e pagamentos, o que era visto como um problema para o controle dos gastos públicos¹⁹.

Uma característica importante desse período – e que irá suscitar grande parte dos futuros desejos de reforma – era a necessidade de registro prévio, nos Tribunais de Contas, dos contratos firmados pelo Poder Público. Este ponto foi abordado sob o prisma jurídico por *Francisco CAMPOS* em um interessante parecer publicado na *Revista de Direito Administrativo*, que lhe foi solicitado pela autarquia “Estrada de Ferro Santos a Jundiáhy”²⁰. Com base no Código de Contabilidade e nas disposições do seu Regulamento, *CAMPOS* concluiu que a “(...) *concorrência pública, quando não dispensada de modo expresso na lei geral ou especial, é elemento formador do contrato administrativo, que não poderá, sem a satisfação daquela exigência, considerar-se perfeito e acabado*” e que o “(...) *o registro pelo Tribunal de Contas é o último elo da cadeia de atos que concorrem para a formação do contrato administrativo*”²¹. Note-se que esse registro prévio não era apenas mais um

¹⁷ Artigo 52, *caput* e §4º do Código de Contabilidade da União (Decreto nº 4.536, de 28 de janeiro de 1922): “Art. 52. Para os fornecimentos ordinários às repartições públicas, poderá o Governo estabelecer o regime de concorrências permanentes, inscrevendo-se, nas contabilidades dos Ministerios e nas repartições interessadas nos fornecimentos, os nomes dos negociantes que se propuzerem a fornecer os artigos de consumo habitual, com a indicação dos preços oferecidos, qualidade e mais esclarecimentos reputados necessários. (...) § 4º O fornecimento de qualquer artigo caberá ao proponente que houver oferecido preço mais barato, não podendo, em caso algum, o negociante inscripto recusar-se a satisfazer a encomenda, sob pena de ser excluído o seu nome ou firma do registro ou inscrição e de correr por conta delle a diferença”.

¹⁸ ROSILHO, André Janjácómo. *Licitação no Brasil*. op. cit., p. 36.

¹⁹ FERNANDES, *Ciro Campos Christo*. “A organização da área de compras e contratações na Administração Pública brasileira: o elo frágil”. op. cit., p. 7.

²⁰ CAMPOS, *Francisco*. “Concorrência pública - Contrato administrativo - Registro no Tribunal de Contas - Autarquia - E.F. Santos a Jundiáhy”. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 63, p. 338-344, jan. 1961.

²¹ CAMPOS, *Francisco*. “Concorrência pública - Contrato administrativo - Registro no Tribunal de Contas - Autarquia - E.F. Santos a Jundiáhy”. op.cit. pp. 341 e 343, respectivamente.

requisito para a validade dos contratos públicos²². Na verdade, sua realização era também condição inafastável para que pudessem ser empenhadas despesas e efetivados os pagamentos decorrentes dos empenhos. “*O encaminhamento prático do controle prévio – afirma Bruno Wilhelm SPECK – é condicionar as ordens de despesas ao registro pelo Tribunal de Contas, envolvendo essa instituição no próprio processo administrativo*”²³. Daí a sua importância para o dia-a-dia da Administração Pública.

O Tribunal de Contas da União foi criado por decreto do Marechal Deodoro da Fonseca (1889-1891) em 1890, ainda no governo provisório, após proposta encaminhada por Rui Barbosa (à época, Ministro das Finanças²⁴) tendo sido posteriormente incorporado ao texto da Constituição de 1891²⁵. Segundo SPECK, a instituição do registro prévio por lei, em 1892, está ligada ao controle limitado que, desde a época do Império, o Ministro das Finanças tinha sobre a gestão financeira dos administradores²⁶. O controle posterior era visto como ineficiente, porque despesas já realizadas muito dificilmente seriam restituídas ao Erário. É por esse motivo que, no Brasil, a proposta de criação da Corte de Contas não surge do Poder Legislativo, ao qual o Tribunal administrativamente se vincula²⁷, mas decorre de

²² Artigo 54 do Código de Contabilidade da União (Decreto nº 4.536, de 28 de janeiro de 1922): “*Art. 54. Para a validade dos contractos, serão necessarias as seguintes formalidades: (...) i) que sejam registrados pelo Tribunal de Contas*”.

²³ SPECK, Bruno Wilhelm. *Inovação e rotina no Tribunal de Contas da União: o papel da instituição superior de controle financeiro no sistema político-administrativo do Brasil*. São Paulo: Fundação Konrad Adenauer, 2000, p. 53.

²⁴ Rui Barbosa redigiu o Decreto 966-A, de 7 de novembro de 1890, que cria o Tribunal de Contas da União, bem como a respectiva Exposição de Motivos. A surpreendente estabilidade da Corte de Contas face a tantas mudanças políticas e institucionais ao longo do século XX é aspecto ressaltado no trabalho de Bruno Wilhelm SPECK: “*Após a sua fundação, o Tribunal de Contas, de uma maneira geral, se adaptou sem grandes modificações internas a um sistema político caracterizado por mudanças profundas, como a passagem do Estado liberal para o Estado desenvolvimentista, a partir dos anos 30, e o abandono desse modelo, desde os anos 80. Ele igualmente sobrevive, com poucas alterações, às seis transições políticas entre sistemas autoritários e regimes democráticos*”. SPECK, Bruno Wilhelm. *Inovação e rotina no Tribunal de Contas da União: o papel da instituição superior de controle financeiro no sistema político-administrativo do Brasil*. op. cit., p. 40.

²⁵ Artigo 89 da Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 24 de fevereiro de 1891: “*Art. 89 - É instituído um Tribunal de Contas para liquidar as contas da receita e despesa e verificar a sua legalidade, antes de serem prestadas ao Congresso. Os membros deste Tribunal serão nomeados pelo Presidente da República com aprovação do Senado, e somente perderão os seus lugares por sentença*”.

²⁶ SPECK, Bruno Wilhelm. *Inovação e rotina no Tribunal de Contas da União: o papel da instituição superior de controle financeiro no sistema político-administrativo do Brasil*. op. cit., p. 38.

²⁷ A doutrina hoje dominante entende que o Tribunal de Contas, embora constitucionalmente vocacionado a “auxiliar” o Poder Legislativo nas suas atribuições de fiscalização e controle, a ele não se subordina. Veja: “*Criado por iniciativa de Ruy Barbosa, em 1890, o Tribunal de Contas é instituição estatal independente, pois seus integrantes têm as mesmas garantias atribuídas ao Poder Judiciário (CF, art. 73, § 3º). Daí ser impossível considerá-lo subordinado ou inserido na estrutura do Legislativo. Se a sua função é atuar em auxílio ao Legislativo, sua natureza, em razão das próprias normas constitucionais, é a de órgão independente, desvinculado da estrutura de qualquer dos três poderes*”. MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 7ª ed. São Paulo: RT, 2003, p. 421.

iniciativa do próprio Poder Executivo, motivado pela necessidade de obter um controle *a priori* da aplicação dos recursos públicos²⁸. Dessa maneira, por meio do registro prévio, o Tribunal de Contas acompanhava *pari passu* a execução financeira, assumindo funções quase-administrativas e tornando-se um importante aliado do Poder Executivo para a contenção de despesas e o controle dos gastos públicos²⁹.

Com a Revolução de 1930, a turbulência política que culminou com a instalação do governo provisório de Getúlio Vargas (1930-1934) robusteceu os anseios de reforma da sistemática prevista no Código de Contabilidade. Com efeito, as compras públicas ingressaram na agenda decisória do governo como elemento da política de estabilização econômica promovida pelo então Ministro da Fazenda, José Maria Whitaker, para o enfrentamento da crise de 1929³⁰. Reformar a legislação de licitações e contratos era, nesse momento, medida essencial à retomada do controle da economia.

Segundo Ciro FERNANDES, a proposta inicial de Whitaker era promover, a um só tempo, uma centralização profunda das contratações públicas, tendo como modelo o “*bureau*” de compras da experiência norte-americana, e a padronização dos bens adquiridos pela Administração Pública federal³¹. Como medida preparatória desse “novo regime de fornecimentos”, o governo provisório suspendeu, por meio do Decreto nº 19.549, de 30 de dezembro de 1930, a aplicação das regras previstas no Código de Contabilidade de 1922³². Em seu lugar, o mesmo diploma instituiu um procedimento simplificado de “pedido de

²⁸ O veto do TCU à realização da despesa poderia, em algumas situações, ser derrubado. “*Em algumas situações, a recusa do Tribunal em registrar a despesa poderia ser superada por uma decisão do Executivo. Caso o ministro insistisse na execução de determinada despesa, ele poderia recorrer ao chefe de Estado. Se este aprovasse as despesas, o Tribunal teria que registrá-las sob protesto*”. SPECK, Bruno Wilhelm. *Inovação e rotina no Tribunal de Contas da União: o papel da instituição superior de controle financeiro no sistema político-administrativo do Brasil*. op. cit., p. 64.

²⁹ “*Na prática, o Tribunal tinha que autorizar as despesas de antemão. Essa tentativa em impedir o dano, antes que ele se efetue em última instância, é uma preocupação gerencial. De fato, os Tribunais que adquiriram o poder de vetar despesas antecipadamente tiveram que estruturar sua organização em estreita ligação com a administração, tornando-se instâncias independentes, mas de caráter administrativo*”. SPECK, Bruno Wilhelm. *Inovação e rotina no Tribunal de Contas da União: o papel da instituição superior de controle financeiro no sistema político-administrativo do Brasil*. op. cit., p. 37.

³⁰ FERNANDES, Ciro Campos Christo. “A organização da área de compras e contratações na Administração Pública brasileira: o elo frágil”. op. cit., pp. 06-08.

³¹ Os “(...) *modelos internacionais de compra centralizada e de padronização de produtos aplicando princípios e instrumentos de engenharia e administração foram adotados como referência por uma elite de técnicos e empresários que se contrapunha à visão processualística do direito administrativo e da contabilidade, reputada como obsoleta*”. FERNANDES, Ciro Campos Christo. “A trajetória da construção do arcabouço legal das compras e contratações na administração pública federal brasileira: processo decisório e oportunidade política”. op. cit., p. 5.

³² Artigo 1º do Decreto nº 19.549, de 30 de dezembro de 1930: “*Art. 1º Ficam suspensas, até ulterior deliberação do Governo, as exigências dos arts. 244, 736, 738 e 764, do Código de Contabilidade da União, relativamente à celebração de concorrências e contratos para a aquisição de material ou execução de serviços em proveito das dependências da União*”.

preços" a fornecedores previamente cadastrados e, para evitar o controle prévio pelo Tribunal de Contas, estabeleceu que o registro seria automático ainda que a Corte reputasse a despesa excessiva, sem prejuízo da responsabilização do servidor responsável³³.

Posteriormente, o Decreto nº 19.587, de 14 de janeiro de 1931, criou a Comissão Central de Compras ("CCC"), inspirada no modelo do *bureau* norte-americano, para centralizar e padronizar as aquisições das repartições públicas federais. Reforçando a tendência de "fuga" do Código e do seu Regulamento, ficou estabelecido que a Comissão atuaria "(...) *por meio das coletas de preços abertas a qualquer fornecedor, em lugar do procedimento da "concorrência" consagrado no Código de Contabilidade*"³⁴. Mas as tentativas de centralização e padronização empreendidos pela equipe de Whitaker não tiveram o sucesso esperado³⁵. De um lado, a CCC não recebeu estrutura adequada para realizar as "coletas prévias" de forma centralizada e, também, enfrentou a resistência de órgãos e entidades da Administração Pública federal, ressentidos com a perda da flexibilidade que detinham, à época do Código de Contabilidade, para realizar compras e pagamentos. De outro, os esforços de padronização não encontraram receptividade no mercado fornecedor, que resistiu em atender às especificações técnicas adotadas pela CCC. Não obstante, e mesmo com todas essas dificuldades, os certames passaram a ser orientados pelos procedimentos e regras estabelecidos pela própria Comissão, ao invés das normas do Código de 1922, até 1938.

A essa altura, já havia se consolidado no cenário político o Estado Novo de Vargas (1937-1945), lançando as bases para uma profunda reforma administrativa que levou à criação, pelo Decreto-Lei nº 579, de 30 de julho de 1938, do Departamento Administrativo

³³ Artigo 2º, §8º do Decreto nº 19.549, de 30 de dezembro de 1930: "*§ 8º Se o Tribunal de Contas julgar excessivo o valor global de qualquer desses fornecimentos, nem por isso deixará de registrar a despesa, se outros motivos não determinarem a recusa de registro. Mas levará o caso ao conhecimento do ministério competente para que este promova a responsabilidade do funcionário que tiver autorizado o fornecimento, obrigando-o a entrar para os cofres públicos com a importância do excesso que, de fato, for apurado. Da investigação procedida sobre o assunto e do resultado a que ela conduzir, o ministro respectivo fará ciência ao tribunal.*"

³⁴ FERNANDES, Ciro Campos Christo. "A trajetória da construção do arcabouço legal das compras e contratações na administração pública federal brasileira: processo decisório e oportunidade política". op. cit., p. 7.

³⁵ "*Um regime de compras factível se delineou somente depois da introdução de duas adaptações ao modelo: a primeira redundou no abandono da padronização como medida imediata e sua substituição pela constituição de um catálogo, a partir da coleta de preços junto aos fornecedores, à qual se seguiria a simplificação e redução do portfólio de bens de aquisição rotineira. A segunda adaptação surgiu com a constatação da inviabilidade de uma coleta de preços abrangente, levando à sua substituição pela realização das compras conforme as requisições dos órgãos à Comissão, porém regidas por um procedimento simplificado, operado de forma centralizada e divulgado junto ao mercado fornecedor*". FERNANDES, Ciro Campos Christo. "A organização da área de compras e contratações na Administração Pública brasileira: o elo frágil". op. cit., p. 8.

do Serviço Público (“DASP”). O DASP tinha como referência o *Bureau of General Administration*, de William F. WILLOUGHBY³⁶, e era subordinado diretamente ao Presidente da República³⁷. Estruturadas segundo um modelo weberiano, as reformas de Vargas buscaram a profissionalização da Administração Pública como um todo, com a estruturação dos cargos em carreiras e a edição de estatutos estabelecendo os direitos e deveres dos servidores públicos.

No âmbito do DASP foi criada uma Divisão de Materiais com o objetivo de reestruturar a gestão das compras e fornecimentos na Administração Pública. Note-se, como salienta Ciro FERNANDES, que a “(...) *organização da administração de materiais era item da agenda de trabalho do DASP, desde sua criação, compondo uma das vertentes da reforma administrativa, ao lado das áreas de pessoal, organização e métodos e orçamento*”. Novamente, a reforma das contratações públicas foi vista como tema inserido e compreendido, sob um aspecto mais amplo, pela reforma administrativa. Sob o comando de Rafael Xavier entre 1938 e 1942, e partindo de um diagnóstico de completo esgotamento do regime organizado em torno da Comissão Central de Compras de Whitaker, a Divisão de Material do DASP propôs uma nova legislação mais simples e menos formalista para substituir o Código de Contabilidade de 1922, com foco na “(...) *centralização dos procedimentos de compra e pagamentos num departamento central, sucessor da CCC*”, o que “(...) *se contrapunha ao controle orçamentário realizado pelo TCU, por meio do registro prévio das despesas, interferindo diretamente sobre os pagamentos dos fornecimentos contratados*”³⁸, o que colocaria fim ao controle *a priori* exercido pelo Tribunal de Contas.

Entretanto, as resistências da Administração Pública e dos órgãos de controle (notadamente, o TCU) à centralização dos procedimentos de contratação e de pagamento em um só órgão fizeram com que a proposta inicial de substituição do Código de Contabilidade desse lugar a uma revisão pontual da legislação, criando “válvulas de escape” às disposições do Código³⁹. Nessa linha, o Decreto-lei nº 2.206, de 20 de maio de 1940, transformou a

³⁶ WILLOUGHBY, William F., *Principles of public administration*, Washington: Brookings, 1927.

³⁷ Sobre o “*congestionamento da Presidência da República*” – com a subordinação direta de órgãos, entidades – confira a obra de DRAIBE, Sonia Miriam. *Rumos e Metamorfoses – Estado e Industrialização no Brasil: 1930/1980*. 2. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1985. v. 1. pp. 102-116.

³⁸ FERNANDES, Ciro Campos Christo. “A trajetória da construção do arcabouço legal das compras e contratações na administração pública federal brasileira: processo decisório e oportunidade política”. op. cit., p. 9, ambos os trechos.

³⁹ FERNANDES, Ciro Campos Christo. “A organização da área de compras e contratações na Administração Pública brasileira: o elo frágil”. op. cit., pp. 09-10.

antiga Comissão no Departamento Federal de Compras (“DFC”), reforçando a tendência de centralização que já havia em torno da CCC⁴⁰. O decreto limitou-se a ser a legislação possível para o momento, mantendo em vigor o Código de Contabilidade, o controle *ex ante* da despesa por meio do registro prévio e, também, a possibilidade de suspensão de pagamentos a fornecedores quando determinada pelo Tribunal⁴¹. Além disso, instituiu a “coleta de preços”, um procedimento simplificado para os casos de dispensa de licitação que convivia com as concorrências públicas e administrativas do Código de 1922⁴². No mesmo ano, o Decreto-lei nº 2.416, de 17 de julho de 1940, estendeu a reforma dos serviços de material aos Estados e Municípios, estabelecendo que suas contratações também deveriam ser processadas, sempre que possível, por órgãos centrais, mediante concorrência ou “pedido de pregos”⁴³. Contudo, e tal como ocorreu com a CCC, o Departamento Federal de Compras continuou a enfrentar grande resistência por parte dos órgãos da Administração Pública, o que contribuiu para o insucesso dos novos esforços de centralização.

Na correta visão de Beatriz WAHRLICH, as reformas das décadas de 1930 e 1940 foram uma “reforma de meios” e não de “fins” por conta da ênfase maior nas atividades da administração em geral (“*non core*”) do que nas atividades substantivas (“*core*”) do aparelho do Estado⁴⁴. A respeito, vale lembrar que a criação do DASP foi acompanhada não

⁴⁰ Artigos 13 e 14 do Decreto-lei nº 2.206, de 20 de maio de 1940: “*Art. 13. A comissão Central de Compras, criada pelo decreto nº 19.587, de 14 de janeiro de 1931, fica transformada no Departamento Federal de Compras (D. F. C.), subordinado ao Ministro de Estado dos Negócios da Fazenda*” e “*Art. 14. Compete ao Departamento Federal de Compras adquirir todo o material permanente e de consumo necessário aos serviços públicos civis. Parágrafo único. O Departamento Federal de Compras poderá delegar competência às repartições e serviços para a compra direta de materiais, comprovada a conveniência de sua aquisição em determinados locais*”.

⁴¹ Por exemplo, o artigo 22 do Decreto-lei nº 2.206, de 20 de maio de 1940 criou uma Delegação do Tribunal de Contas junto ao DFC, a quem cabia examinar (inciso II) e registrar (inciso III) as ordens de pagamento expedidas pelo Departamento. Contudo, nos termos do artigo 23, o ato deveria ser registrado “*(...) no prazo improrrogável de oito (8) dias uteis, contados da data da entrada do Processo no protocolo da Delegação do Tribunal de Contas, considerando-se registado uma vez excedido esse prazo*”, o que inviabilizava uma fiscalização efetiva pelo órgão de controle externo.

⁴² Artigo 38 do Decreto-lei nº 2.206, de 20 de maio de 1940: “*Art. 38. Poderá ser dispensada a concorrência pública ou administrativa, fazendo-se a aquisição por meio de coleta de preços: (...)*”. As várias hipóteses ali elencadas correspondem, grosso modo, aos casos de dispensa de licitação tratados na legislação posterior.

⁴³ Artigo 46 do Decreto-lei nº 2.416, de 17 de julho de 1940: “*Art. 46 As compras de material efetuadas pelo Estado ou pelo Município, serão processadas e julgadas, sempre que possível, por órgãos centrais, constituídos de acordo com as conveniências da administração. (...) § 2º Salvo os casos do § 5º, a aquisição de material far-se-á obrigatoriamente por meio de concorrência pública ou administrativa (...) § 5º Poderá ser dispensada a concorrência, fazendo-se, nesse caso, apenas o pedido de pregos: 1º, para aquisições em que o interesse público não permitir a publicidade, ou em que, por circunstâncias imprevistas, não for admissível a demora exigida pelos prazos de concorrência, a juízo da autoridade competente; 2º, para a aquisição de materiais ou gêneros que constituam objeto de privilégio ou que só possam ser adquiridos do produtor ou de seus representantes; 3º, para as compras à União, aos Estados ou aos Municípios*”.

⁴⁴ WAHRLICH, Beatriz M. de Sousa. “Reforma administrativa federal brasileira: passado e presente”. *Revista de Administração Pública*, Rio de Janeiro, v. 8, nº 2, p. 28, 1974.

apenas de reformas na administração de materiais e de pessoal, mas também de mudanças no processo de elaboração e execução do orçamento e, também, por diversos esforços voltados à eficiência e à racionalização de métodos de trabalho na Administração Pública.

Outras tentativas de reforma administrativa foram empreendidas no mesmo período, mas sem sucesso. Um ponto de convergência entre todas elas, porém, era a crescente insatisfação com o controle prévio exercido pelos Tribunais de Contas e com os procedimentos previstos no Código de Contabilidade, o que ficou bastante nítido no texto da exposição de motivos que acompanhava o anteprojeto de reforma elaborado em 1952, já no último governo Vargas (1951-1954). Veja⁴⁵:

O famoso Código de Contabilidade e o seu Regulamento, velhos de mais de trinta anos, continuam a disciplinar a vida administrativa brasileira em seus menores detalhes. A rígida execução desses estatutos e a interpretação restritiva que lhes foram dando milhares de burocratas zelosos, nas três últimas décadas, fizeram das disposições do Código e do seu Regulamento mais um instrumento de tortura do que um mecanismo de controle dos atos administrativos (...).

O projeto de reforma administrativa de 1952 não prosperou, mas, segundo WAHRLICH, as suas ideias centrais restaram consubstanciadas nas tentativas posteriores e, finalmente, vingaram no texto do Decreto-lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967, que inaugura uma nova fase na evolução da legislação brasileira de licitações e contratos.

1.1.2. Segunda fase: unificação nacional e simplificação das regras pelo Decreto-Lei nº 200/1967

Na segunda fase, a reforma das contratações públicas novamente foi inserida em uma agenda mais ampla de reforma do Estado promovida pelo Plano de Ação Econômica do Governo (“PAEG”), elaborado por Roberto Campos e Octavio Gouveia de Bulhões durante o governo Castello Branco, entre 1964 e 1967⁴⁶. Com efeito, o PAEG lançou as bases para a atual configuração do sistema monetário, com a criação do Banco Central do Brasil e do Conselho Monetário Nacional (Lei nº 4.595, de 31 de dezembro de 1964); o

⁴⁵ Segundo Wahrlich, essa exposição de motivos pode ser encontrada no volume “A Reforma Administrativa do Governo Federal” (pareceres para estudo). Objetivos, princípios e problemas. *Revista do Serviço Público*. Rio de Janeiro, DASP, p. 83, out./dez., 1956. *apud* WAHRLICH, Beatriz M. de Sousa. “Reforma administrativa federal brasileira: passado e presente”. op. cit., p. 31.

⁴⁶ “(...) reforma jurídica foi vista apenas como um passo necessário para se atingir algo maior e mais amplo: a reforma da gestão pública”. ROSILHO, André Janjácomo. *Licitação no Brasil*. op. cit., p. 59.

regramento do Sistema Financeiro da Habitação (Lei nº 4.380, de 21 de agosto de 1964) e do mercado de capitais (Lei nº 4.728, de 14 de julho de 1965); o sistema tributário nacional, pela Emenda Constitucional nº 18/1965 e a edição do Código Tributário Nacional (Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966); e, por fim, a vigente estrutura administrativa, que ainda segue, em sua organização, as linhas mestras estabelecidas pelo Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967⁴⁷.

A reforma foi idealizada no âmbito da Comissão Especial de Estudos da Reforma Administrativa (“COMESTRA”). A COMESTRA foi criada pelo Decreto nº 54.401, de 9 de outubro de 1964, e foi responsável pela elaboração do anteprojeto de reforma que, por sua vez, veio a ser transformado nos Decretos-Lei nº 199 e nº 200, ambos firmados na mesma data, em 25 de fevereiro de 1967. O principal objetivo era desburocratizar o Estado brasileiro, fazendo com que a atuação estatal fosse pautada por uma lógica empresarial, com eficiência comparável àquela experimentada na iniciativa privada. Para FERNANDES, a “(...) reforma administrativa assimilou as diretrizes de descentralização, controles ex post e integração da gestão ao planejamento e programação orçamentária, descartando o modelo do ‘grande DASP’ como departamento centralizador”⁴⁸. Com isso, favoreceu as entidades da Administração Indireta com o fim do chamado “congestionamento da Presidência da República” e restringiu as competências do DASP, já em declínio, à administração de pessoal, alterando seu nome para “Departamento Administrativo do Pessoal Civil”⁴⁹.

Paralelamente à instituição de um novo regime para as licitações públicas, e sob fortes críticas, o registro prévio chegou ao fim com a edição do Decreto-Lei nº 199/1967,

⁴⁷ Até hoje, e a despeito da Constituição de 1988 e das novas funções que a nova Lei Maior imprimiu ao Estado brasileiro, a Administração Pública continua estruturada sob as bases da ditadura militar. A respeito, confira BERCOVICI, Gilberto. “O Direito Constitucional Passa, o Direito Administrativo Permanece”: A Persistência da Estrutura Administrativa de 1967. In: TELES, E.; SAFATLE, V. (Org.). *O Que Resta da Ditadura: A Exceção Brasileira*. São Paulo: Boitempo Editorial, 2010. pp. 77-90. Essa “rigidez” e aparente insensibilidade do Direito Administrativo face às alterações no campo do Direito Constitucional também foi percebida na Itália após o advento da Constituição de 1946, como afirmam Lorenzo MINGANTI e Stefania ZUCCOLOTTO: “L’amministrazione nel dopoguerra rimase pressoché immobile, soprattutto a livello centrale. La nascente Costituzione non influi molto in questo ambito: essa infatti si limitò semplicemente a registrare l’esistente”. “Evoluzione storica del processo d’acquisto della pubblica amministrazione”. In: FIORENTINO, Luigi (org.). *Lo stato compratore. L’acquisto di beni e servizi nelle pubbliche amministrazioni*. op. cit., pp. 53-53.

⁴⁸ FERNANDES, Ciro Campos Christo. “A trajetória da construção do arcabouço legal das compras e contratações na administração pública federal brasileira: processo decisório e oportunidade política”. op. cit., p. 11.

⁴⁹ Posteriormente, pela Lei nº 6.228, de 15 de julho de 1975, o DASP voltou a chamar-se “Departamento Administrativo do Serviço Público”, mas sem recobrar as competências que detinha antes do Decreto-Lei nº 200/1967. O DASP só foi extinto pelo Decreto nº 93.211, de 3 de setembro de 1986, sendo substituído, em definitivo, pela Secretaria da Administração Pública da Presidência da República (“SEDAP”).

que instituiu uma nova Lei Orgânica para o Tribunal de Contas da União: "*O processo de registro, de um lado, – afirma Bruno Wilhelm SPECK – emperrava a administração, porque atrasava a execução orçamentária. De outro lado, os prazos exíguos dados ao Tribunal para manifestação não permitiam uma efetiva verificação da legalidade e da regularidade dos atos, como previsto*"⁵⁰. Com o fim do controle *a priori*, o registro prévio foi substituído por inspeções e auditorias *in loco*, realizadas pelo corpo técnico do Tribunal, com vistas a aferir *a posteriori* a higidez dos gastos públicos, bem como pela instituição de um sistema de controle interno do Poder Executivo – o que, em meio ao regime militar, feria de morte a independência do controle⁵¹. Por esse motivo, "(...)foi difícil consagrar na Reforma de 67 a limitação da atuação do Tribunal de Contas ao controle externo da Administração, ficando o controle interno sob sua própria responsabilidade", afirma Beatriz WAHRLICH. "Somente com a explicitação dessa divisão de trabalho na nova Constituição de 1967 – os controles externo e interno foram previstos, respectivamente, nos artigos 71⁵² e 72⁵³ da Carta, cuja redação foi em grande parte mantida pela Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969 – pôde essa última dificuldade ser removida"⁵⁴.

A reforma das contratações públicas realizada pelo Decreto-Lei nº 200/1967 tinha como tônica a descentralização das compras – na contramão, como se nota, das tentativas de centralização empreendidas pela CCC, na década de 1930, e pelo DFC, na década de 1940 – e a aproximação dos procedimentos da Administração Pública com práticas empresariais. Com efeito, segundo Nelson Luiz Nouvel ALESSIO, "(...) as novas normas sobre licitação

⁵⁰ SPECK, Bruno Wilhelm. *Inovação e rotina no Tribunal de Contas da União: o papel da instituição superior de controle financeiro no sistema político-administrativo do Brasil*. op. cit., p. 68.

⁵¹ "As principais mudanças da reforma administrativa foram a abolição do sistema de registro prévio das despesas, a introdução de uma nova modalidade de controle através de fiscalizações e a adoção de um sistema de controle interno, desvinculado tanto da administração como do Tribunal de Contas. A mudança do sistema de registro prévio para a fiscalização posterior não era uma modificação secundária. Ela alteraria profundamente o caráter da fiscalização, que até então era quase-administrativa". SPECK, Bruno Wilhelm. *Inovação e rotina no Tribunal de Contas da União: o papel da instituição superior de controle financeiro no sistema político-administrativo do Brasil*. op. cit., p. 68.

⁵² Artigo 71, §1º da Constituição de 1967: "Art. 71 - A fiscalização financeira e orçamentária da União será exercida pelo Congresso Nacional através de **controle externo**, e dos sistemas de controle interno do Poder Executivo, instituídos por lei. § 1º - O controle externo do Congresso Nacional será exercido com o auxílio do **Tribunal de Contas** e compreenderá a apreciação das contas do Presidente da República, o desempenho das funções de auditoria financeira e orçamentária, e o julgamento das contas dos administradores e demais responsáveis por bens e valores públicos", grifos meus.

⁵³ Artigo 72 da Constituição de 1967: "Art. 72 - O Poder Executivo manterá sistema de **controle interno**, visando a: I - criar condições indispensáveis para eficácia do controle externo e para assegurar regularidade à realização da receita e da despesa; II - acompanhar a execução de programas de trabalho e do orçamento; III - avaliar os resultados alcançados pelos administradores e verificar a execução dos contratos", grifos meus.

⁵⁴ WAHRLICH, Beatriz M. de Sousa. "Reforma administrativa federal brasileira: passado e presente". op. cit., p. 45, ambos os trechos.

*inserir-se no contexto da reforma do Estado, cuja linha condutora era no sentido de contratar o setor privado para executar as políticas públicas, cabendo aos órgãos administrativos preferencialmente as funções normativas e de supervisão*⁵⁵. O resultado foi uma lei enxuta no que se refere ao tema: o Título XII do extenso Decreto-Lei, o qual dispõe especificamente sobre as “*normas relativas a licitações para compras, obras, serviços e alienações*”, é composto por apenas 20 artigos.

O Decreto-Lei nº 200/1967 previu três modalidades de licitação⁵⁶ – “concorrência”, “tomada de preços” e “convite” – definidas em função do valor da contratação e não mais, como outrora, em função da natureza do objeto. Além disso, não estabeleceu *ex ante* um critério preferencial para o julgamento das licitações: caberia ao edital estipular, em cada caso concreto, qual combinação entre os critérios de “preço” e “técnica” que tornaria vitoriosa a proposta, sendo necessária a apresentação de justificativa pela autoridade competente quando não fosse escolhida, ao final, a proposta de menor preço⁵⁷. Com isso, assim “(...) *como as normas de licitação de 1922, – o Código de Contabilidade e o seu Regulamento – o decreto-lei deu à Administração boa margem de discricionariedade para decidir a melhor maneira de efetuar as compras governamentais nos casos concretos*”⁵⁸, privilegiando o edital como o principal instrumento para a regulação das licitações públicas à época.

⁵⁵ ALESSIO, Nelson Luiz Nouvel. *A Política Pública de Licitações no Município de São Paulo entre 1991 e 1994: mecanismo de facilitação ou de restrição da competição entre potenciais fornecedores do poder público municipal?*, 143 p., Dissertação (Mestrado). São Paulo: EAESP/FGV, 1998. p. 36.

⁵⁶ A Lei nº 4.401, de 10 de setembro de 1964, nos primeiros meses do regime militar, trouxe um corpo de regras novo para disciplinar as contratações públicas no âmbito da União. Ao que parece, o diploma foi o primeiro ato normativo a referir-se ao termo “licitação” como gênero a abranger diversas espécies de procedimento. Esse significado foi incorporado ao Decreto-Lei nº 200/1967 e passou a fazer parte do direito positivo – e, em consequência, da doutrina e da jurisprudência – desde então. Nelson Luiz Nouvel Alessio identifica no artigo 5º dessa Lei nº 4.401/1964 uma superação do “liberalismo clássico” – associado ao menor preço – pelo “intervencionismo estatal”, consubstanciado, segundo o autor, pela possibilidade de que a comissão julgadora decidisse, com base em “*motivos técnicos, considerar outra proposta como mais conveniente*” (art. 5º, parte final). Cf. ALESSIO, Nelson Luiz Nouvel. *A Política Pública de Licitações no Município de São Paulo entre 1991 e 1994: mecanismo de facilitação ou de restrição da competição entre potenciais fornecedores do poder público municipal?*, op. cit., p. 39. Respeitosamente, não partilhamos dessa visão. A uma, porque o critério do menor preço não foi superado em 1964, reinando absoluto no ideário da cultura de compras no Brasil. A duas, porque praticamente não se faz referência à Lei nº 4.401/1964 – de aplicação restrita à União e logo suplantada pelo advento do Decreto-Lei nº 200, de 1967 – nas obras sobre contratações públicas no Brasil, o que, a nosso ver, sugere que a regra do artigo 5º teve uma importância menor do que a sugerida pelo autor.

⁵⁷ Artigo 133 do Decreto-lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967: “*Art. 133. Na fixação de critérios para julgamento das licitações levar-se-ão em conta, no interesse do serviço público, as condições de qualidade, rendimento, preços, condições de pagamento, prazos e outras pertinentes estabelecidas no edital. Parágrafo único. Será obrigatória a justificação escrita da autoridade competente, sempre que não fôr escolhida a proposta de menor preço*”.

⁵⁸ ROSILHO, André Janjácómo. *Licitação no Brasil*. op. cit., p. 51.

Mas essa discricionariedade não é imune a críticas. Antonio Carlos ACCORSI, estudando a evolução do setor de transportes no Brasil, afirma que esse laconismo do Decreto-Lei nº 200/1967 ao disciplinar as contratações públicas foi essencial para permitir que um enorme fluxo de recursos públicos gerenciados pelo Ministério dos Transportes e pelo Departamento Nacional de Estradas de Rodagem ("DNER") fosse concentrado em algumas grandes e privilegiadas empreiteiras ao longo da ditadura militar. Desvirtuada para servir ao dirigismo e do direcionamento de licitações, a discricionariedade era usada para garantir uma “reserva de mercado” no setor, impedindo o acesso das empresas de pequeno e médio porte ao já restrito mercado da construção pesada⁵⁹.

Segundo ACCORSI, isso era particularmente sensível na definição dos requisitos de habilitação, sobretudo na forma de comprovação das exigências de capacidade técnica e financeira – as quais, ante o silêncio da lei, eram estabelecidas na prática pelos servidores incumbidos da elaboração dos editais em cada entidade contratante⁶⁰. De um lado, a captura e o acesso privilegiado das empresas a esses agentes públicos possibilitava que o rol de exigências no caso concreto fosse tão estrito quanto conviesse à empreiteira interessada, eliminando potenciais concorrentes. De outro, mesmo na ausência de captura, existe uma "(...) *tendência inercial dos agentes públicos (até mesmo por zelo funcional) de exigir das empresas interessadas em concorrer que demonstrassem já ter realizado no passado objeto semelhante ao licitado*", como salienta ALESSIO⁶¹, a qual favorece os atuais fornecedores em futuros certames licitatórios promovidos pelo Poder Público – o que se chama, na literatura de contratações públicas, de “efeito incumbente”⁶². Como resultado, afirma ACCORSI,

⁵⁹ “Tendo em vista os objetivos do setor governamental para com o setor privado da construção – quais sejam, os de assegurar um mercado de obras e, portanto de um fluxo de recursos, seguro, programado e contínuo, assim como de privilegiar o aprimoramento técnico e executivo das empresas atuantes no setor para que as mesmas viessem a alcançar um nível de atividade e organização de tipo industrial – era natural que os critérios de habilitação e julgamento dos processos licitatórios fossem dirigidos para a consecução de tais objetivos” ACCORSI, Antonio Carlos. *Estado e grupos econômicos. A política de expansão rodoviária no Brasil a partir de 1930*. 171 p. Dissertação (Mestrado). São Paulo: EAESP/FGV, 1996. p. 105.

⁶⁰ “A fase da habilitação ou da pré-qualificação para obras que exigiam a modalidade de concorrência pública transformou-se num instrumento deliberado de segmentação do mercado e num primeiro filtro à participação das empresas de pequeno e médio porte do setor da construção pesada, no que se refere a seu acesso a obras de grande faturamento. Definia-se assim, previamente, um pequeno, seletivo e invariável rol de empreiteiras que, do ponto de vista dos órgãos contratantes, seriam as únicas capacitadas para a execução das obras de grande porte”. ACCORSI, Antonio Carlos. *Estado e grupos econômicos. A política de expansão rodoviária no Brasil a partir de 1930*. op. cit., p. 106.

⁶¹ ALESSIO, Nelson Luiz Nouvel. *A Política Pública de Licitações no Município de São Paulo entre 1991 e 1994: mecanismo de facilitação ou de restrição da competição entre potenciais fornecedores do poder público municipal?*, op. cit., p. 39.

⁶² Sobre o efeito incumbente (“*incumbent effect*”), que atribui aos atuais fornecedores do setor público vantagens competitivas bastante significativas em relação aos demais concorrentes – sobretudo em razão de assimetrias informacionais e do acesso privilegiado a dados sobre os custos efetivos do objeto ao longo da

intensificou-se a concentração econômica no segmento de construção pesada: em 1992, 71% do faturamento global do setor estava sob a responsabilidade das oito maiores empreiteiras do país, sendo que as 92 empresas subsequentes no ranking das 100 maiores, somadas, correspondiam aos 29% restantes⁶³.

Por fim, o Decreto-Lei nº 200/1967 deixou clara a "(...) *intenção do legislador de unificar, em escala nacional, os procedimentos de compras governamentais*"⁶⁴, impondo um conteúdo mínimo a ser observado por toda a Administração Pública⁶⁵. Mas, até então, o dever geral de licitar só era aplicável à Administração Direta da União e às autarquias federais, deixando de fora fundações públicas e empresas estatais, às quais foi assegurada autonomia para estabelecerem regulamentos próprios de licitação e contratos⁶⁶. Posteriormente, a Lei nº 5.456, de 20 de junho de 1968, estendeu a Estados e Municípios a aplicação das normas previstas no Título XII do Decreto-Lei nº 200/1967, com sensível ampliação das faixas de valor a fim de que as modalidades mais simples pudessem ser usadas em maior escala⁶⁷. Por fim, o Decreto nº 75.657, de 24 de abril de 1975, instituiu o Sistema de Serviços Gerais ("SISG") no âmbito da União, o que consagra, na visão de Ciro

execução contratual, confira SPAGNOLO, Giancarlo. "Reputation, Competition and Entry in Procurement", *International Journal of Industrial Organization*, vol. 30, nº 3, 2012, pp. 291-296; e ALBANO, G. L.; DIMITRI, N.; PERRIGNE, I.; PIGA, G.; "Fostering Participation". In: DIMITRI, N.; PIGA, G.; SPAGNOLO, G. (Ed.). *Handbook of procurement*. Cambridge (UK): Cambridge University Press, 2006, pp. 267-292, bem como RODRIGUES, Nuno Cunha. *A Contratação Pública como Instrumento de Política Económica*. Coimbra: Almedina, 2013 pp. 319-336.

⁶³ Segundo informações da Revista "Dirigente Construtor", nº 9, de setembro de 1992, *apud* ACCORSI, Antonio Carlos. *Estado e grupos econômicos. A política de expansão rodoviária no Brasil a partir de 1930*. op. cit., p. 109.

⁶⁴ ROSILHO, André Janjácómo. *Licitação no Brasil*. op. cit., p. 48.

⁶⁵ O Decreto-lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967, foi o primeiro regulamento de âmbito nacional sobre licitações para compras, obras e serviços e alienações, abrangendo os órgãos da Administração Direta e suas autarquias. "*De fato, veio a se constituir na única iniciativa de regulamentação da relação contratual entre setor público e privado no país desde 1922, quando da promulgação do Código de Contabilidade Pública, e, certamente, a primeira no sentido de disciplinar-se sob a ótica específica do direito administrativo*". ALESSIO, Nelson Luiz Nouvel. *A Política Pública de Licitações no Município de São Paulo entre 1991 e 1994: mecanismo de facilitação ou de restrição da competição entre potenciais fornecedores do poder público municipal?* op. cit., pp. 102-103.

⁶⁶ Artigo 27, parágrafo único, do Decreto-lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967: "*Art. 27. (...) Parágrafo único. Assegurar-se-á às empresas públicas e às sociedades de economia mista condições de funcionamento idênticas às do setor privado cabendo a essas entidades, sob a supervisão ministerial, ajustar-se ao plano geral do Governo*".

⁶⁷ Os limites de valores do Decreto-lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967, foram atualizados pela Lei nº 6.946, de 17 de setembro de 1981, ampliando-os. Ademais, o diploma trouxe diversas medidas de simplificação em certames licitatórios, simplificando a comprovação de requisitos de capacidade técnica, jurídica, idoneidade financeira e regularidade fiscal dos licitantes.

FERNANDES, além de uma nova e acentuada descentralização, a perda de centralidade do temário das contratações públicas no seio da Administração federal⁶⁸.

1.1.3. Terceira fase: o Decreto-Lei nº 2.300/1986, a Lei nº 8.666/1993 e o triunfo do maximalismo

Nos últimos dias da Nova República, e em meio à implantação do Plano Cruzado, em 1986, o governo José Sarney (1985-1989) buscou realizar uma ampla reforma administrativa com o objetivo de aumentar o controle exercido pela União sobre as entidades da Administração Indireta – em especial, sobre as empresas estatais e seu elevado grau de endividamento.

Segundo Paulo Roberto Davidoff Chagas CRUZ, a instabilidade macroeconômica originada da crise da dívida, na década de 1980, agravou a recessão e interrompeu o fluxo voluntário de capitais estrangeiros para o Brasil⁶⁹. Com isso, bloqueou-se uma importante fonte de recursos para investimentos em um país com acesso já restrito a instituições de financiamento de longo prazo⁷⁰. O convívio simultâneo de pelo menos três peças orçamentárias distintas⁷¹ e o uso irrestrito da famigerada conta-movimento do Banco do

⁶⁸ FERNANDES, Ciro Campos Christo. “A organização da área de compras e contratações na Administração Pública brasileira: o elo frágil”. op. cit., pp. 16-19.

⁶⁹ No setor público, o autofinanciamento foi dificultado pela postura do governo, que direcionou a política de preços e tarifas das empresas estatais para o fornecimento de bens intermediários a preços subsidiados à indústria e para a contenção do processo inflacionário. Com isso, as estatais passaram a depender de fontes externas para financiar as suas inversões financeiras, agravando a crise da dívida. CRUZ, Paulo Roberto Davidoff Chagas. “Capitais externos e o financiamento de longo prazo no Brasil”. In: SUZIGAN, Wilson e SZMRECSÁNYI, Tamás (Orgs.) *História Econômica do Brasil Contemporâneo*. São Paulo: Ed. HUCITEC, 1997. pp. 183-189.

⁷⁰ Para Cruz, os bancos públicos prestaram uma contribuição importante para o financiamento no Brasil: “o BNDE desempenhou uma função essencial no boom expansivo do Plano de Metas mediante a oferta de créditos de longo prazo em moeda local e o aval, direto ou em nome do Tesouro, em empréstimos em moeda estrangeira”. Desde a sua fundação, em 1952, até o golpe militar de 1964, o BNDE atua como um banco para o setor público. Após, o BNDE passa cada vez mais a destinar seus recursos para o setor privado. “(...) basta lembrar que, até o golpe militar, o setor público havia absorvido cerca de 90% dos recursos liberados pelo BNDE, enquanto que por volta da época do II Plano Nacional de Desenvolvimento (II PND) esse percentual estava reduzido menos de 20%”. CRUZ, Paulo Roberto Davidoff Chagas. “Capitais externos e o financiamento de longo prazo no Brasil”. op. cit., pp. 189-190. Segundo Giambiagi e Além, o papel do Estado brasileiro como financiador fez-se cumprir principalmente por meio de três instituições financeiras estatais: a Caixa Econômica Federal (CEF), com forte atuação no Sistema Financeiro da Habitação (SFH), o Banco do Brasil, que até hoje tem papel fundamental na concessão de crédito agrícola e no financiamento de exportações; e o BNDE, atual Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES). ALÉM, Ana Cláudia. GIAMBIAGI, Fábio. *Finanças Públicas: teoria e prática no Brasil*. op. cit., pp. 76-79.

⁷¹ Segundo Cruz, ao longo da década de 1980, conviveram o orçamento fiscal, o orçamento monetário e o orçamento das estatais, de forma independente e nem sempre coordenados com o Orçamento Geral da União (“OGU”). Nesse sentido, o OGU era mera peça retórica já que o governo poderia facilmente empregar a conta-movimento para obter recursos do Tesouro a qualquer momento e sem necessidade de alterar o orçamento,

Brasil⁷², na condição de agente financeiro do Tesouro Nacional, tornava as contas públicas confusas, além de dificultar o seu controle. Nesse contexto, o acompanhamento *pari passu* das licitações e contratos firmados pelo Poder Público novamente foi visto como medida ancilar, porém necessária, à estabilização dos níveis de preços e à recuperação das Finanças Públicas no Brasil. Tema prioritário de uma nova reforma administrativa – coordenada, não por acaso, pelos Ministérios da área econômica⁷³ – as contratações públicas foram abordadas pelo grupo de trabalho incumbido da reestruturação dos "serviços gerais".

A atuação da Advocacia-Geral da União (“AGU”) – em especial da Consultoria-Geral da República, então chefiada por Saulo Pereira Ramos – foi decisiva para a elaboração do anteprojeto que deu base ao Decreto-Lei nº 2.300, de 21 de novembro de 1986. O texto proposto pela Consultoria-Geral "(...) atendia às demandas pela uniformização da defesa da União no contencioso dos contratos públicos junto ao Judiciário"⁷⁴, consolidando a doutrina e a jurisprudência dos Tribunais de Contas e do Poder Judiciário em um único estatuto, organizado de forma sistemática e analítica. A uniformização também vinha ao encontro das preocupações da AGU com a defesa do Estado em juízo, tarefa especialmente dificultada pela acentuada descentralização e pela heterogeneidade dos contratos firmados pelos órgãos e entidades federais.

Diante da concisão do Decreto-Lei nº 200/1967, a doutrina do Direito Administrativo foi aos poucos reforçando a verticalidade jurídica do Estado-contratante sobre o particular-contratado. Nessa linha, Caio TÁCITO, em parecer solicitado pela TELERJ⁷⁵, entendeu pela possibilidade de que a estatal revogasse uma licitação voltada à

consagrando um regime de fracas restrições orçamentárias (“*soft budget constraints*”). A Constituição de 1988 submeteu as empresas estatais às regras gerais da Administração Pública (artigo 37, incisos XIX e XX) e ao controle pelos Tribunais de Contas (artigos 70 e 71), bem como previu que o orçamento de investimento das sociedades controladas pelo Poder Público deve integrar a Lei Orçamentária Anual dos respectivos entes federados, consagrando o princípio da unidade orçamentária (artigo 165, §5º, inciso II).

⁷² “A conta era um mecanismo pelo qual, diariamente, o Banco do Brasil nivelava suas aplicações e recursos. Se tivesse déficit – o que era mais frequente – ou superávit, essa conta era automaticamente creditada ou debitava. (...) Na prática, portanto, isso representava um 'direito de saque' do Banco do Brasil contra o Banco Central”. ALÉM, Ana Cláudia. GIAMBIAGI, Fábio. *Finanças Públicas: teoria e prática no Brasil*. op. cit., p. 90.

⁷³ “O novo arranjo foi formalizado com a criação do Grupo Executivo de Reforma da Administração Pública – GERAP, em setembro de 1986, envolvendo os ministros responsáveis pelas áreas de administração, planejamento, fazenda e trabalho, além da Presidência da República”. FERNANDES, Ciro Campos Christo. “A trajetória da construção do arcabouço legal das compras e contratações na administração pública federal brasileira: processo decisório e oportunidade política”. op. cit., p. 13

⁷⁴ FERNANDES, Ciro Campos Christo. “A trajetória da construção do arcabouço legal das compras e contratações na administração pública federal brasileira: processo decisório e oportunidade política”. op. cit., p. 13.

⁷⁵ TÁCITO, Caio. “Licitação – Carta-convite – Lista Telefônica”. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 167, pp. 299-326, jan./mar. 1987.

confeção de listas telefônicas no Estado do Rio de Janeiro mesmo após a adjudicação e, ainda, sem a obrigação de indenizar o vencedor do certame⁷⁶. Segundo Ciro FERNANDES, o texto final do Decreto-Lei nº 2.300 "(...) incorporou a doutrina e a jurisprudência construídas a partir dos procedimentos do Decreto-lei n. 200 e um conjunto de dispositivos voltados para fortalecer a posição da administração pública na relação contratual com seus fornecedores"⁷⁷. Entre eles, o reconhecimento expresso das chamadas “cláusulas exorbitantes” como nota ínsita ao regime jurídico-administrativo⁷⁸, a possibilidade de anulação do certame pela própria Administração, bem como a exigência de formalização dos contratos e a publicação de seu extrato na imprensa oficial, a fim de preservar o Poder Público da incidência de efeitos financeiros retroativos.

Cabe destacar, outrossim, que o Decreto-Lei nº 2.300 foi editado pelo Presidente da República com amparo na natureza de “*finanças públicas*” das normas sobre licitações – matéria que, nos termos do artigo 55, inciso II, da Carta Política de 1967, com a redação da Emenda Constitucional nº 1/1969⁷⁹, permitia a expedição de Decretos-Leis pelo Chefe do Poder Executivo. Sob essa ótica, portanto, licitação e contratos ainda seriam temas afetos à seara do Direito Financeiro⁸⁰. Isso fica claro a partir da leitura da Exposição de Motivos subscrita por Saulo Ramos, que transcrevo a seguir:

Saliente-se, por necessário, Senhor Presidente, que o caráter financeiro das normas licitatórias justifica, plenamente, a edição do proposto decreto-lei, com fundamento no artigo 55, n. II, da Carta Federal.

⁷⁶ “Os licitantes não ignoravam, desde a abertura do procedimento, que, em todas as fases (inclusive, portanto, na adjudicação), estava resguardada a faculdade de que, no todo ou em parte, a entidade poderia alterar o resultado da licitação sem obrigação de indenizar. Os licitantes assumiram livremente o risco decorrente dessa previsão, aceitando as regras do negócio jurídico em formação, tal como proposto no edital, que não fez mais do que acolher a ressalva geral prevista na legislação própria”. TÁCITO, Caio. “Licitação – Carta-convite – Lista Telefônica”. op. cit., p. 305.

⁷⁷ FERNANDES, Ciro Campos Christo. “A trajetória da construção do arcabouço legal das compras e contratações na administração pública federal brasileira: processo decisório e oportunidade política”. op. cit., p. 14.

⁷⁸ Artigo 48 do Decreto-Lei nº 2.300, de 21 de novembro de 1986: “Art 48. O regime jurídico dos contratos administrativos, instituído por este decreto-lei, confere à Administração, em relação a eles, a prerrogativa de: I - modificá-los unilateralmente para melhor adequação às finalidades de interesse público; II - extingui-los, unilateralmente, nos casos especificados no inciso I do art. 69; III - fiscalizar-lhes a execução; IV - aplicar sanções motivadas pela inexecução, total ou parcial, do ajuste”.

⁷⁹ Artigo 55, caput e inciso II, da Constituição de 1967: “Art. 55. O Presidente da República, em casos de urgência ou de interesse público relevante, e desde que não haja aumento de despesa, poderá expedir decretos-leis sobre as seguintes matérias: (...) II - finanças públicas, inclusive normas tributárias”.

⁸⁰ Esta tese foi defendida por Eros Roberto Grau em parecer versando sobre a possibilidade de dispensar a licitação, ainda sob a égide do Decreto-Lei nº 200/1967, para serviços de notória especialização. Veja: “(...) as disposições inscritas no Título XII do Decreto-Lei nº 200/67 (arts. 125 e 144) consubstanciam tipo de normas gerais de direito financeiro ou de despesa e gestão patrimonial e financeira de natureza pública, a que refere o art. 89, XVII, c, do vigente texto constitucional”. GRAU, Eros Roberto. “Licitação - Dispensa - Notória especialização”. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 150, p. 216-226, jan. 2015, p. 216.

A licitação e a celebração dos contratos pela Administração Pública participam, na lição autorizada do ilustre tributarista brasileiro, Professor RUI BARBOSA NOGUEIRA, "dos meios de realização da despesa e receita pública, integrando-se, necessariamente, na execução orçamentária, objeto por excelência do Direito Financeiro" (v. Revista de Direito Administrativo, vol. 85, p. 186).

O eminente Ministro MOREIRA ALVES, Presidente do Egrégio Supremo Tribunal Federal, perfilha idêntica orientação, como se deduz da seguinte passagem do voto que proferiu no julgamento da Representação nº 1057-DF: "... Com efeito, sou dos que entendem que as normas atinentes à licitação se situam no campo do direito financeiro, e não no do direito administrativo" (v. Revista Trimestral de Jurisprudência, vol. 104, p. 65).

O douto HELY LOPES MEIRELLES assinala que as normas regedoras da licitação e dos contratos da Administração Pública são de direito financeiro, posto que se trata de matérias que "acarretam despesas para a Administração e alteração patrimonial de seus bens e valores" (v. "Licitação e Contrato Administrativo", p. 18, 6ª ed., 1985).

Essa posição doutrinária, que preponderantemente inclui os institutos da licitação e dos contratos da Pública Administração no campo de incidência do direito financeiro, também encontra suporte nos ensinamentos de CARLOS S. DE BARROS JÚNIOR, "Contratos Administrativos", p. 30, item n. 21, 1986; J. NASCIMENTO FRANCO e NISSKE GONDO, "Concorrência Pública", p. 12, item n. 2; FRANCESCO DI RENZO, "I Contratti della Pubblica Amministrazione", p. 1/2 e 12, 1969.

O Decreto-Lei nº 2.300/1986 unificou as regras e os procedimentos aplicáveis a licitações e contratos, revogando expressamente as disposições do Código de Contabilidade da União que versavam sobre o tema⁸¹. Estendeu o dever de licitar às estatais, fundações e demais entidades controladas direta ou indiretamente pelo Poder Público⁸² e passou a especificar, *a priori*, a forma pela qual os requisitos de habilitação deveriam ser comprovados perante a Administração, reduzindo a ampla margem de liberdade que se permitia aos editais sob a égide do Decreto-Lei nº 200/1967. Além disso, o novo diploma criou as modalidades “concurso” e “leilão”, incorporou pela primeira vez a distinção

⁸¹ Artigo 90 do Decreto-Lei nº 2.300, de 21 de novembro de 1986: “Art 90. Revogam-se as disposições em contrário, especialmente as do Código da Contabilidade Pública da União referentes a licitação e contratos; o artigo 1º do Decreto-lei nº 185, de 23 de fevereiro de 1967; os artigos 125 a 144 do Decreto-lei nº 200, de 27 de fevereiro de 1967; a Lei nº 5.456, de 20 de junho de 1968; o artigo 1º da Lei nº 5.721, de 26 de outubro de 1971; e a Lei nº 6.946, de 17 de setembro de 1981”, grifos meus.

⁸² Artigo 86, *caput*, do Decreto-Lei nº 2.300, de 21 de novembro de 1986: “Art. 86. As sociedades de economia mista, empresas e fundações públicas, e demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, e pelas entidades referidas no artigo anterior, até que editem regulamentos próprios, devidamente publicados, com procedimentos seletivos simplificados e observância dos princípios básicos da licitação, inclusive as vedações contidas no parágrafo único do artigo 85, ficarão sujeitas às disposições deste decreto-lei. (Redação dada pelo Decreto-Lei nº 2.360, de 1987)”.

doutrinária entre “dispensa” e “inexigibilidade” ao direito positivo, e, por fim, fixou limites distintos de valor para o emprego do “convite”, da “tomada de preços” e da “concorrência”.

Contudo, o novo diploma não foi acompanhado da reforma administrativa mais ampla pretendida pelo governo Sarney. A não implementação das demais reformas almejadas pela Presidência da República "(...) gerou impactos não previstos de enrijecimento e redução de autonomia da administração descentralizada. Assim – afirma Ciro FERNANDES – as implicações uniformizadoras que se possam atribuir ao Decreto-lei n. 2.300 se explicam muito mais pela incompletude das mudanças que se pretendia promover do que por suas características intrínsecas"⁸³.

Mas todo esse enrijecimento não foi obstáculo suficiente para impedir corrupção e fraudes em procedimentos licitatórios – e, no nosso entender, sequer poderia sê-lo. Com efeito, antes mesmo do Decreto-Lei nº 2.300/1986 completar o seu quinto ano de vigência, o Deputado Federal Luís Roberto Ponte (PMDB/RS) apresentou à Câmara dos Deputados o Projeto de Lei nº 1.491/1991, o qual tramitou em meio ao escândalo da Comissão de Orçamento do Congresso Nacional (conhecido como “*anões do orçamento*”) e às acusações de compras superfaturadas durante a administração do então Presidente Fernando Collor de Mello. Tal fato, amplamente noticiado pela imprensa, à época, levou à instauração de um processo de *impeachment* e, por fim, à renúncia do Presidente, em 29 de dezembro de 1992.

Nesse contexto, politicamente conturbado, a aprovação de uma nova lei de licitações e contratos tinha o objetivo declarado de impedir a corrupção e moralizar a Administração Pública brasileira. Daí o desejo de substituir o Decreto-Lei nº 2.300/1986 – diploma legal que "(...) permitiu o alastramento de práticas ilícitas"⁸⁴ e que, por isso, (...) passou a ser encarado como vulnerável à corrupção"⁸⁵ – por outro com regras mais detalhadas, minuciosas e abrangentes, com vistas a reduzir ao máximo a discricionariedade dos agentes públicos⁸⁶. Este é apogeu do maximalismo que, na dicção de André ROSILHO, se embasa no “(...) receio de que a Administração goze de qualquer tipo de liberdade para

⁸³ FERNANDES, Ciro Campos Christo. “A trajetória da construção do arcabouço legal das compras e contratações na administração pública federal brasileira: processo decisório e oportunidade política”. op. cit., p. 15.

⁸⁴ ROSILHO, André Janjácómo. *Licitação no Brasil*. op. cit., p. 102.

⁸⁵ FERNANDES, Ciro Campos Christo. “A trajetória da construção do arcabouço legal das compras e contratações na administração pública federal brasileira: processo decisório e oportunidade política”. op. cit., p. 15.

⁸⁶ Para uma discussão abrangente acerca do papel que a discricionariedade representa em matéria de contratações públicas confira a obra de KELMAN, Steven. *Procurement and Public Management: The Fear of Discretion and the Quality of Government Performance*. Washington: The AEI Press, 1990.

*decidir, nos casos concretos, a melhor forma de licitar*⁸⁷. Nessa linha, anota FERNANDES, a proposta que daria origem à Lei nº 8.666/1993 “(...) era uma versão expandida do Decreto[-Lei nº 2.300/1986], com inúmeros detalhamentos dos seus dispositivos para ‘fechar as brechas’”, compondo “(...) uma legislação mais detalhada, com disposições redigidas com precisão, que tornassem inequívocas as interpretações da lei”⁸⁸.

Esse intento de vincular os gestores restou claro desde os primeiros debates parlamentares, como se lê na transcrição do discurso proferido pelo Deputado Tidei de Lima (PMDB/SP), na Comissão de Trabalho, de Administração e Serviço Público da Câmara dos Deputados⁸⁹:

O que se pretende, Sr. Presidente, é evitar editais dirigidos, concorrências fraudulentas, preocupações que não orgulham a história da Administração Pública brasileira. Procuramos cercar, de uma forma ou de outra, a ocorrência de corrupção. Estamos conscientes de que é impossível, por decreto, acabar com a corrupção, mas temos a obrigação de evitá-la, de cercá-la, de criar dificuldades, para que ela não aconteça. Propõe-se, através de um projeto de lei desta magnitude - e ele precisa ser detalhado para se evitar casos de corrupção - a seguinte estratégia (...).

Contudo, o projeto de lei maximalista foi capturado já no Congresso Nacional pelos interesses setoriais de grupos capazes de influir sobre o processo legislativo – em especial, as “empreiteiras emergentes”, construtoras de médio porte que tinham condições de comprovar experiência prévia e nutriam particular interesse em aumentar a sua participação no mercado público⁹⁰. No setor da construção civil, as empreiteiras de porte médio eram via de regra subcontratadas pelas grandes empresas que venciam as concorrências deflagradas pelo Poder Público. Segundo Cláudio ABRAMO e Eduardo CAPOBIANCO, cerca de 70% do faturamento das 150 maiores empreiteiras do Brasil estava, à época, sob a responsabilidade de apenas 7 empresas, demonstrando a significativa concentração de mercado no

⁸⁷ ROSILHO, André Janjácómo. *Licitação no Brasil*. op. cit., p. 163.

⁸⁸ FERNANDES, Ciro Campos Christo. “A trajetória da construção do arcabouço legal das compras e contratações na administração pública federal brasileira: processo decisório e oportunidade política”. op. cit., p. 16.

⁸⁹ O discurso foi publicado no DCN, Seção I, 21.5.1992, p. 9.958, *apud* ROSILHO, André Janjácómo. *Licitação no Brasil*. op. cit., pp. 106-107.

⁹⁰ “O Congresso Nacional, capturado pelas médias empreiteiras emergentes num momento em que o Governo Federal estava nitidamente fragilizado, valeu-se da lógica maximalista do Decreto-lei 2.300/1986, que então vigia, e do discurso de combate à discricionariedade do administrador - o suposto foco da corrupção - para viciar o jogo das contratações públicas; para amarrar a Administração a regras que lhes garantissem mais espaço no mercado público”. ROSILHO, André Janjácómo. *Licitação no Brasil*. op. cit., p. 230.

segmento⁹¹. “O setor público foi a mina de ouro das empreiteiras pelo menos até 1992”, uma vez que, de acordo com estudo elaborado pela Secretaria Nacional de Direito Econômico do Ministério da Justiça, “(...) mais de 90% do faturamento das grandes empreiteiras, entre 89 e 92, veio do setor público - federal, estadual e municipal”⁹². O Deputado Luís Roberto Ponte era um importante líder empresarial da construção civil e, por isso, esses interesses fizeram-se sentir, de algum modo, no texto de sua autoria⁹³.

Após a primeira aprovação pela Câmara dos Deputados⁹⁴, o projeto foi remetido ao Senado Federal. Já nesse âmbito, o novo relator da matéria, o Senador Pedro Simon (PMDB/RS), reuniu todos os projetos que propunham a revisão do Decreto-Lei nº 2.300/1986 – tais como os apresentados pelo TCU, pela Comissão Parlamentar de Inquérito do Senado que discutiu a corrupção em obras públicas, pelo então Senador Fernando Henrique Cardoso (PSDB-SP) e, ainda, as sugestões do Senador Humberto Lucena (PMDB-PB) – e apresentou um substitutivo ao texto de Luís Roberto Ponte⁹⁵. O novo projeto, mais rígido, reforçava os instrumentos de controle e, inclusive, previa disposições que

⁹¹ ABRAMO, Cláudio W. e CAPOBIANCO, Eduardo R. “Licitaciones y contratos públicos. El caso de Brasil”. *Nueva sociedad*, v. 194, p. 69-90, 2004, p. 75.

⁹² BONASSA, Elvis Cesar. “Empreiteiras crescem com as verbas do setor público”. *Folha de São Paulo*, São Paulo, 22/12/1993 *apud* ALESSIO, Nelson Luiz Nouvel. *A Política Pública de Licitações no Município de São Paulo entre 1991 e 1994: mecanismo de facilitação ou de restrição da competição entre potenciais fornecedores do poder público municipal?* op. cit., p. 40.

⁹³ Segundo o autor, são vários os exemplos que comprovam a prevalência dos interesses desses grupos no texto final da Lei nº 8.666/1993: (i) na definição dos percentuais de seguro-garantia, p.e. - se fossem mais elevados, afastariam as médias empresas e criariam uma "reserva de mercado" para grandes empreiteiras; (ii) no parcelamento de obras, que passou a ser incentivado, desde que mantida a modalidade licitatória; (iii) exigência, como qualificação técnica, de desempenho prévio de quantitativos mínimos das “parcelas de maior relevância” da obra; (iv) habilitação antes do julgamento das propostas, excluindo de plano empresas que não atendessem aos requisitos de capacitação técnica e econômico-financeira; (v) imutabilidade da proposta, freando competições acirradas de preços (como se dá no pregão, p.e.); (vi) desclassificação de propostas manifestamente inexecutableis, impedindo que licitantes "mergulhem" e derrubem os preços. ROSILHO, André Janjácómo. *Licitação no Brasil*. op. cit., pp. 133-139.

⁹⁴ “Ao mesmo tempo em que na Câmara dos Deputados se discutia projeto de autoria do deputado Luís Roberto Ponte, o então senador Fernando Henrique Cardoso apresentava outro projeto ao Senado. Diante da apresentação deste projeto ao Senado, a Câmara dos Deputados concedeu "urgência urgentíssima" para a votação do projeto do deputado Roberto Ponte, porta-voz do lobby das pequenas e médias empresas do setor da construção”. ALESSIO, Nelson Luiz Nouvel. *A Política Pública de Licitações no Município de São Paulo entre 1991 e 1994: mecanismo de facilitação ou de restrição da competição entre potenciais fornecedores do poder público municipal?* op. cit., p. 42.

⁹⁵ ALESSIO, Nelson Luiz Nouvel. *A Política Pública de Licitações no Município de São Paulo entre 1991 e 1994: mecanismo de facilitação ou de restrição da competição entre potenciais fornecedores do poder público municipal?*. op. cit., p. 43.

penalizavam criminalmente os empresários beneficiados pela corrupção em licitações⁹⁶. O rigor do substitutivo foi destacado à época pela imprensa⁹⁷:

‘É um projeto tão duro que as penalidades imprescritíveis e inafiançáveis se igualam às previstas para crimes hediondos’, disse o senador Júlio Campos (PFL-MT). Simon argumentou que só uma legislação rígida poderá impedir a corrupção nas transações públicas. ‘Nós sempre tivemos projetos moles, com saídas irregulares para todos os lados’, disse. ‘Agora vamos votar um projeto duro para ver se dá certo’.

E também por parte da doutrina, merecendo a crítica de Arnaldo WALD em artigo específico sobre o substitutivo do Senado⁹⁸:

O projeto, em relação à própria lei vigente, é uma espécie de camisa de força, pretendendo impor soluções padronizadas, em matérias nas quais o legislador só deve preferencialmente incentivar e encaminhar formas alternativas de atuação administrativa e reconhecer as várias opções dos contratantes para que possam atender, mais adequadamente, ao interesse do serviço público.

Dando a impressão que elabora um projeto contra os empreiteiros, na realidade, o legislador, com o seu Substitutivo, acabou estruturando uma lei que, se aplicada, prejudicará as licitações, ou seja, o próprio andamento jurídico-ético do funcionamento dos serviços públicos, aluando, assim, em detrimento da sociedade. Esqueceu-se o autor do Substitutivo que, na medida em que tenta eliminar o interesse do particular em contratar com a administração, esta não mais encontrará contratantes sérios.

De volta à Câmara dos Deputados, a mobilização contrária das empreiteiras foi essencial para a rejeição do substitutivo Simon e a apresentação de um novo substitutivo pelo

⁹⁶ “As divergências entre os dois empreendedores políticos que emergiram no processo – Ponte e Simon - refletiam diferenças de ênfase em relação ao tratamento das questões de controle e punição, com reflexos sobre a formulação dos projetos, nos dois momentos. Simon elaborou seu Substitutivo apoiando o reforço do papel do TCU na fiscalização das licitações. Abordou o problema das licitações na perspectiva da moralidade, do combate à corrupção e da abertura do mercado para as pequenas empresas. Ponte era sensível aos aspectos que atemorizavam os empresários e às questões relacionadas com a capacidade técnica e as garantias de execução dos contratos”. FERNANDES, Ciro Campos Christo. “A trajetória da construção do arcabouço legal das compras e contratações na administração pública federal brasileira: processo decisório e oportunidade política”. op. cit., p. 16.

⁹⁷ O excerto transcrito foi retirado do Estado de São Paulo, edição de 22/1/1993, intitulada “Governo adia votação sobre licitações” apud ALESSIO, Nelson Luiz Nouvel. *A Política Pública de Licitações no Município de São Paulo entre 1991 e 1994: mecanismo de facilitação ou de restrição da competição entre potenciais fornecedores do poder público municipal?* op. cit., p. 43.

⁹⁸ WALD, Arnaldo. “Algumas considerações sobre o novo projeto de lei de licitações (PL 59/92)”. *Revista Tributária e de Finanças Públicas*, vol. 4, jul/set/1993, pp. 198 - 220. Disponível em <http://www.revistadotribunais.com.br/maf/app/widgethomepage/search/subsearch>. Acesso em 09/12/2016, § nº 16 e 17, p. 3.

Deputado Walter Bernardes Nory (PMDB/SP). Nory havia sido eleito homem do ano pela revista "*O Empreiteiro*", em 1989, e era ligado à Associação Paulista dos Empreiteiros de Obras Públicas – APEOP⁹⁹. Segundo Ciro FERNANDES, o Deputado acolheu as sugestões das empreiteiras e introduziu várias alterações ao texto aprovado pelo Senado, buscando uma solução de composição para reestabelecer, ao menos em parte, as linhas gerais do projeto original de Luiz Roberto Ponte. Nesse sentido, por exemplo, a “(...) *retirada do capítulo que previa sanções e penalidades que alcançavam os fornecedores foi mudança decisiva para a aceitação do projeto*”¹⁰⁰, o qual recebeu a aprovação final da Câmara em abril de 1993.

Mais um novo *round* dessa disputa seria iniciado com o veto parcial exercido pela Presidência da República. Grupos ligados ao Senador Pedro Simon conseguiram influenciar a cúpula do governo e o Presidente Itamar Franco a vetar alguns dispositivos do substitutivo Nory que contemplavam, por exemplo, a necessidade de comprovação de experiência prévia como requisito de habilitação; o regime de administração contratada, pelo qual a Administração reembolsa o contratado pelas despesas incorridas para a execução do objeto e o remunera mediante uma taxa de administração; e, ainda, a exigência de seguro-garantia no valor total da proposta, um tipo de “*performance bond*” para contratações de grande vulto.

A Lei nº 8.666 entrou em vigor em 22 de junho de 1993 sob forte resistência. Tanto que, logo em seguida, foram editadas diversas Medidas Provisórias – MP nº 351, de 16/09/1993; a MP nº 360, de 18/10/1993; a MP nº 372, de 17/11/1993; a MP nº 388, de 16/12/1993; a MP nº 412, de 14/1/1994; a MP nº 429, de 16/2/1994; a MP nº 450, de 17/3/1994, e a MP nº 472, de 15/4/1994 – alterando o texto da lei recém-aprovada. Menos de um ano mais tarde, o Presidente Itamar Franco já sancionava a Lei nº 8.883, de 8 de junho de 1994, alterando nada menos que 46 artigos (pouco mais de um terço) da Lei nº 8.666/1993. O projeto deste novo diploma foi resultado do esforço de um grupo de parlamentares, liderados pelo Deputado Walter Nory, interessados na reintrodução do seguro-garantia e da exigência de capacidade técnico-operacional no marco legal de licitações e contratos¹⁰¹. Em

⁹⁹ ALESSIO, Nelson Luiz Nouvel. *A Política Pública de Licitações no Município de São Paulo entre 1991 e 1994: mecanismo de facilitação ou de restrição da competição entre potenciais fornecedores do poder público municipal?*. op. cit., p. 44.

¹⁰⁰ FERNANDES, Ciro Campos Christo. “A trajetória da construção do arcabouço legal das compras e contratações na administração pública federal brasileira: processo decisório e oportunidade política”. op. cit., p. 17.

¹⁰¹ ALESSIO, Nelson Luiz Nouvel. *A Política Pública de Licitações no Município de São Paulo entre 1991 e 1994: mecanismo de facilitação ou de restrição da competição entre potenciais fornecedores do poder público municipal?*. op. cit., p. 47, inclusive o excerto transcrito em seguida.

outras palavras, “(...) seria uma forma de revanche dos setores que se sentiram prejudicados com o texto legal sancionado pelo Presidente da República”¹⁰².

Segundo ALESSIO, os dispositivos da Lei nº 8.883/1994 que foram vetados pela Presidência da República suscitaram novas controvérsias no setor da construção civil, reafirmando a derrota que as grandes empreiteiras sofreram no ano anterior, com os vetos opostos à Lei nº 8.666/1993:

O novo veto presidencial à exigência de capacidade técnico-operacional foi classificado como ‘uma tragédia’ pelo deputado Luís Roberto Ponte, ao mesmo tempo em que era rotulado de ‘lamentável’ por um alto assessor de uma das maiores empreiteiras do país, segundo matéria assinada por Cláudia Safatle do jornal Gazeta Mercantil, edição de 10, 11 e 12/06/94. O embate político fica evidente quando, na mesma matéria jornalística, há o registro de que o SINDUSCON - Sindicato da Indústria da Construção Civil elogiava o veto, já que - de acordo com o então presidente da entidade (Eduardo Ribeiro Capobianco) - a disposição vetada manteria a tradicional reserva de mercado, com a continuidade do domínio das sete grandes empreiteiras de obras públicas.

O texto que ao final resultou na Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, incorporou ao *corpus* do Decreto-Lei nº 2.300/1986 um conjunto de regras rigorosas, detalhistas e exaustivas com o objetivo de prevenir a corrupção e o direcionamento das licitações. “A nova lei – afirma ALESSIO – tem cento e vinte e seis artigos, que procuram deixar pequeno grau de liberdade ao agente público”¹⁰³. Mais do que nunca, o foco do sistema brasileiro de contratações públicas passou a ser “*corruptocêntrico*”, na expressão de Alexandre Ribeiro MOTTA¹⁰⁴, reforçando sobremaneira a dimensão “controle” sobre os aspectos ligados à “gestão”. Para ROSILHO, as normas rígidas e detalhistas da Lei nº 8.666/1993 deram azo a uma equivocada superlegalização que, sob o pretexto de combater a corrupção e eliminar a discricionariedade do administrador público, criaram um “jogo de dados marcados” para favorecer as empreiteiras emergentes, de pequeno e médio porte¹⁰⁵. Entretanto, segundo

¹⁰² ROSILHO, André Janjácómo. *Licitação no Brasil*. op. cit., pp.155-156.

¹⁰³ ALESSIO, Nelson Luiz Nouvel. *A Política Pública de Licitações no Município de São Paulo entre 1991 e 1994: mecanismo de facilitação ou de restrição da competição entre potenciais fornecedores do poder público municipal?* op. cit., p. 41.

¹⁰⁴ MOTTA, Alexandre Ribeiro. “Public Procurement in Brazil Federal Government: a perspective from the agents responsible for its regulation and operation”. In: *International Public Procurement Conference*, Seoul National University, 2010. Disponível em: <http://www.ipppa.org/IPPC4/Proceedings/01ComparativeProcurement/Paper1-4.pdf>. Acesso em 04/02/2015. p. 176.

¹⁰⁵ “Valendo-se do discurso de combate à corrupção - cujo núcleo estaria na capacidade de a Administração dirigir contratos - e de promoção da competição nas contratações públicas, criou-se, na verdade, um jogo de aparências. Amarrou-se a Administração a um conjunto de rígidas regras que, sob o pretexto de promoverem a competição e a moralização, levaram, em verdade, ao fechamento do mercado público em benefício,

Eduardo Pedral Sampaio FIUZA, essa normatização detalhista do processo licitatório e dos contratos administrativos contrasta com uma acentuada discricionariedade do administrador nos pontos em que a legislação é omissa¹⁰⁶. Por exemplo, é no mínimo curioso perceber como a Lei nº 8.666/1993 regula com minúcias os prazos mínimos para divulgação dos editais no diário oficial e em jornais de grande circulação¹⁰⁷, mas não traz regras que disciplinem como devem ser feitas as consultas de preços e as pesquisas de mercado necessárias para a aferição dos valores referenciais na licitação.

O novo estatuto passou a abranger todos os órgãos e entidades da Administração Pública sem exceções, nas esferas federal, estadual e municipal, incluindo as empresas públicas e as sociedades de economia mista. Assim, e não obstante o artigo 22, inciso XXVII, da Constituição tenha reservado à União competência para legislar apenas sobre “*normas gerais*” de licitações e contratos, “(...) *pouco restou para regulamentação pelos estados e municípios ou para atender às peculiaridades das entidades da administração descentralizada*”¹⁰⁸. A nova lei ainda “(...) *radicalizou o critério do menor preço para a escolha do licitante, com o escopo de tornar o processo de seleção de fornecedores para a Administração Pública ainda mais objetivo*”¹⁰⁹ e previu expressamente que o controle externo das despesas decorrentes de contratos, convênios e demais instrumentos seria feito pelos Tribunais de Contas, sem prejuízo da atuação dos sistemas de controle interno¹¹⁰.

1.1.4. Quarta fase: a “fuga” das licitações e a erosão do modelo unitário de contratações públicas

A quarta fase das licitações no Brasil ainda está em curso. Entretanto, e muito embora esta etapa ainda esteja pendente de conclusão, o exame das tentativas de reforma

principalmente, das empreiteiras de médio porte que tivessem como demonstrar experiência anterior. Em outras palavras: a Lei 8.666/1993 trabalha primordialmente em favor das empreiteiras emergentes”. ROSILHO, André Janjácómo. *Licitação no Brasil*. op. cit., p. 21.

¹⁰⁶ FIUZA, Eduardo Pedral Sampaio. “Licitações e contratos no Brasil: a visão dos economistas.” In: SALGADO, L. H.; FIUZA, E. P. S. (Ed.). *Marcos regulatórios no Brasil: é tempo de rever regras?* Rio de Janeiro: Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), 2009, p. 240.

¹⁰⁷ Confira-se, a respeito, o artigo 21, *caput* e §2º, da Lei nº 8.666/1993

¹⁰⁸ FERNANDES, Ciro Campos Christo. “A trajetória da construção do arcabouço legal das compras e contratações na administração pública federal brasileira: processo decisório e oportunidade política”. op. cit., p. 18.

¹⁰⁹ ROSILHO, André Janjácómo. *Licitação no Brasil*. op. cit., p. 126.

¹¹⁰ Artigo 113, *caput*, da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993: “*Art. 113. O controle das despesas decorrentes dos contratos e demais instrumentos regidos por esta Lei será feito pelo Tribunal de Contas competente, na forma da legislação pertinente, ficando os órgãos interessados da Administração responsáveis pela demonstração da legalidade e regularidade da despesa e execução, nos termos da Constituição e sem prejuízo do sistema de controle interno nela previsto*”.

empreendidas ao longo de mais de duas décadas indica um prognóstico de “fuga” da Lei nº 8.666/1993, marcado pelo surgimento de regimes paralelos e de alternativas ao rigor da legislação que rege, atualmente, a maior parte das contratações públicas no país. À lenta construção de um modelo legal maximalista parece seguir-se uma erosão gradual do regime jurídico unitário de contratações que já vinha sendo esboçado, com traços e riscas cada vez mais fortes e intensas, ao longo das fases anteriores. Em síntese, o contexto atual parece ser marcado pelo abrandamento e pela flexibilização da rigidez imposta pelo marco legal em vigor.

Dessa maneira, de baluarte para o combate da corrupção em licitações, a “(...) *Lei 8.666/1993 paulatinamente passou a ser vista como um peso, um ônus a ser evitado*”¹¹¹, com efeitos negativos sob o prisma da gestão pública. Afinal, ao vincular o administrador a fim de impedir o conluio e a fraude, o diploma também limitou severamente a sua discricionariedade para decidir qual a melhor forma de licitar e contratar em cada caso concreto. Segundo Arnoldo WALD, o rigor excessivo que lhe foi aplicado ao longo do processo legislativo transformou a lei brasileira de licitações em “(...) *uma camisa de força, tanto para o administrador, como para o próprio empresário, e ensejando mais um nó de estrangulamento no desenvolvimento da nossa Economia*”¹¹². Dessa maneira, anota Vera MONTEIRO, “*a rigidez a Lei 8.666 – antes elogiada, pela moralização procedida nos processos licitatórios – passou a ser considerada um fator de engessamento das contratações governamentais, ao tratar com rigor demasiado um universo de situações que demandavam tratamento legislativo diferenciado*”¹¹³.

Igualmente, reconhecendo esse “engessamento”, Marcos Juruena Villela SOUTO realça as deficiências gerenciais da legislação brasileira ao estruturar em quatro eixos principais as suas críticas à Lei nº 8.666/1993: **generalidade**, “(...) *já que a mesma lei se destinava tanto à compra de clipes como para a construção de uma usina nuclear*”; **burocracia**, pautada em um rigoroso exame de documentos que convertia as licitações em “(...) *um ‘campeonato de papelada’ — vencida quem sabia melhor cumprir a burocracia*”; **morosidade**, pois o processo “(...) *se tornava demasiado lento, sem o necessário proveito em termos de qualidade ou de preço*”; e, por fim, **onerosidade**, tanto para o Poder Público como

¹¹¹ ROSILHO, André Janjácomo. *Licitação no Brasil*. op. cit., p. 199.

¹¹² WALD, Arnoldo. “Algumas considerações sobre o novo projeto de lei de licitações (PL 59/92)”. op. cit. § nº 140, p. 19.

¹¹³ MONTEIRO, Vera Cristina Caspari. *Licitação na Modalidade de Pregão*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 22

para o particular¹¹⁴. “Assim, corretamente anota Carlos Ari SUNDFELD, *iniciou-se uma tendência legislativa em sentido contrário à que até então prevalecia. Algo como se, de repente, se tivesse percebido que a licitação apresentava sérios problemas e que era preciso encontrar instrumentos com o objetivo de afastá-la*”¹¹⁵.

As iniciativas de reforma da legislação de licitações e contratos no período que se segue à edição da Lei nº 8.666/1993 podem ser agrupadas em dois setores: de um lado, as reformas no regime jurídico das contratações públicas em geral; de outro, as reformas no regime jurídico das contratações específicas. Essa distinção, cunhada por André ROSILHO em sua dissertação de mestrado, corresponde bem ao recorte que pretendemos realizar neste estudo, embora com enfoque ligeiramente diverso do que foi dado pelo autor. O denominador comum entre ambos os setores consiste na “(...) *vontade de se afastar do regime jurídico da Lei Geral de Licitações e contratos*”, ou seja, em poucas palavras, de “(...) *'fugir' das licitações*”¹¹⁶. É como se a dimensão “controle”, exacerbada no regime geral, cedesse em parte diante dos reclamos por uma “gestão” mais eficiente¹¹⁷. A respeito, Luiz Felipe Hadlich MIGUEL chama a atenção para o fato de que a própria Lei nº 12.462, de 05 de agosto de 2011, que instituiu o Regime Diferenciado de Contratações (“RDC”) “(...) *aponta ser um dos objetivos deste regime diferenciado a ampliação da eficiência nas contratações públicas, dando a entender que o regime anterior (leia-se 8.666) carece desse intento*”¹¹⁸. Em todo caso, é curioso notar como a criação de novos procedimentos licitatórios – tais como o pregão e o próprio RDC – e o advento de novos modelos contratuais – como as concessões comuns, as Parcerias Público-Privadas (“PPP”) e a “contratação integrada”, do RDC – não substituíram a Lei nº 8.666/1993, convivendo em paralelo com a centralidade que o diploma, indiscutivelmente, ainda ocupa em meio ao marco legal que rege as licitações e os contratos públicos no Brasil.

¹¹⁴ SOUTO, Marcos Juruena Villela. “Licitações e controle de eficiência: repensando o princípio do procedimento formal à luz do ‘placar eletrônico!’”. *Fórum de Contratação e Gestão Pública - FCGP*, Belo Horizonte, ano 8, n. 93, set. 2009. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=62589>. Acesso em: 15/05/2015.

¹¹⁵ SUNDFELD, Carlos Ari. “Como reformar licitações?”, *Interesse Público – Revista Bimestral de Direito Público*, Belo Horizonte: Fórum, ano 11, n. 54, mar./abr. 2009. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=62589>. Acesso em: 17/06/2016.

¹¹⁶ ROSILHO, André Janjácómo. *Licitação no Brasil*. op. cit., p. 145.

¹¹⁷ O intento de aumentar a eficiência das contratações restou evidente, segundo Luiz Felipe Hadlich Miguel, em debate realizado pela Comissão de Finanças e Tributação da Câmara Federal, no qual “(...) *o Ministro do Tribunal de Contas da União, Benjamim Zymler, citou exemplo prático acompanhado pelo TCU: a Infraero, realizando licitações de obras e serviços de engenharia utilizando o RDC, reduziu o tempo de contratação de 278 dias, em média, para 78 dias!*”. MIGUEL, Luiz Felipe Hadlich. “Licitação – Passado, presente e futuro”. *Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP*, Belo Horizonte, ano 14, n. 158, p. 41-49, fev. 2015, p. 47.

¹¹⁸ MIGUEL, Luiz Felipe Hadlich. “Licitação – Passado, presente e futuro”. op.cit, p. 46.

1.1.4.1. As reformas no regime jurídico das contratações públicas em geral

Inicialmente, merece destaque a notável **proliferação de exceções ao dever de licitar**¹¹⁹. Originalmente, o artigo 24 previa 15 hipóteses de dispensa. Hoje, já são 34: mais que o dobro. "*A impressão que se tem ao observar a evolução do artigo 24 é que após a edição da Lei 8.666/1993 houve uma espécie de corrida generalizada ao Congresso Nacional com o escopo de nela abrir pequenas válvulas de escape*"¹²⁰. O casuísmo das novas dispensas de licitação – que tratam de hipóteses bastante específicas como, por exemplo, a impressão de diários oficiais (inciso XVI¹²¹) e o abastecimento de navios e aeronaves (inciso XVIII¹²²) – denota uma necessidade pragmática de abrandamento daquela pretensão generalista e uniformizadora de disciplinar, em um mesmo e único diploma legal, todo o universo heterogêneo das contratações firmadas pelo Poder Público. Além disso, o fato de que os incisos acrescidos ao artigo 24 tenham como destinatários primordiais entes, órgãos ou políticas públicas federais – tais como empresas estatais (inciso VIII¹²³) e as Forças Armadas (inciso XIX¹²⁴), por exemplo – denota certa assimetria no pacto federativo, a qual favoreceu a União em detrimento de Estados, Municípios e Distrito Federal para a introdução de

¹¹⁹ A importância das exceções ao dever de licitar logo se fez sentir no plano legislativo. André Rosilho elaborou um levantamento das propostas apresentadas ao Congresso Nacional para a alteração do texto da Lei nº 8.666/1993. Segundo o autor, "(...) cerca de 20% das alterações legislativas - ou seja, 49 do total de 198 - versaram sobre o tema das dispensas ou inexigibilidades de licitação". ROSILHO, André Janjácómo. *Licitação no Brasil*. op. cit., p. 154.

¹²⁰ ROSILHO, André Janjácómo. *Licitação no Brasil*. op. cit., p. 172.

¹²¹ Artigo 24, inciso XVI, da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993: "Art. 24. É dispensável a licitação: (...) XVI - para a impressão dos diários oficiais, de formulários padronizados de uso da administração, e de edições técnicas oficiais, bem como para prestação de serviços de informática a pessoa jurídica de direito público interno, por órgãos ou entidades que integrem a Administração Pública, criados para esse fim específico".

¹²² Artigo 24, inciso XVIII, da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993: "Art. 24. É dispensável a licitação: (...) XVIII - nas compras ou contratações de serviços para o abastecimento de navios, embarcações, unidades aéreas ou tropas e seus meios de deslocamento quando em estada eventual de curta duração em portos, aeroportos ou localidades diferentes de suas sedes, por motivo de movimentação operacional ou de adestramento, quando a exiguidade dos prazos legais puder comprometer a normalidade e os propósitos das operações e desde que seu valor não exceda ao limite previsto na alínea "a" do inciso II do art. 23 desta Lei:".

¹²³ Artigo 24, inciso VIII, da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993: "Art. 24. É dispensável a licitação: (...) VIII - para a aquisição, por pessoa jurídica de direito público interno, de bens produzidos ou serviços prestados por órgão ou entidade que integre a Administração Pública e que tenha sido criado para esse fim específico em data anterior à vigência desta Lei, desde que o preço contratado seja compatível com o praticado no mercado".

¹²⁴ Artigo 24, inciso XIX, da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993: "Art. 24. É dispensável a licitação: (...) XIX - para as compras de material de uso pelas Forças Armadas, com exceção de materiais de uso pessoal e administrativo, quando houver necessidade de manter a padronização requerida pela estrutura de apoio logístico dos meios navais, aéreos e terrestres, mediante parecer de comissão instituída por decreto".

"válvulas de escape" que atendessem a seus interesses particulares¹²⁵. Este ponto suscita um questionamento importante: será que o modelo brasileiro de contratações públicas é tão formalista, ineficiente e moroso ao ponto de que próprio Estado, para favorecer um setor ou uma política pública, decida isentá-lo do dever de licitar? A resposta positiva, confirmada pela praxe administrativa, indica uma distorção do marco legal que se explica, em nossa opinião, pela ausência de flexibilidade deferida ao Poder Público para a escolha dos procedimentos licitatórios e do *design* contratual mais adequados a cada necessidade.

Um segundo aspecto que merece destaque dentro da reforma das contratações públicas em geral foi a **criação do pregão**, uma modalidade licitatória paralela àquelas previstas na Lei nº 8.666/1993 que encontrou ampla receptividade no dia-a-dia da Administração Pública. O pregão foi introduzido no ordenamento jurídico brasileiro a partir do regulamento da Agência Nacional de Telecomunicações ("ANATEL"), nos termos da autorização dada pelos artigos 54 e 55 da Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997, a Lei Geral de Telecomunicações ("LGT"), para contratar "*bens e serviços comuns*" – conceito que, em linhas gerais, abrange praticamente tudo que não fossem "*obras e serviços de engenharia*"¹²⁶. Esse recorte específico para o objeto do pregão justifica-se pelo interesse em manter intacto o "nicho de mercado" das empreiteiras, o qual continua a ser regido pela Lei nº 8.666/1993¹²⁷. Após uma experiência exitosa no âmbito da agência, o pregão foi estendido à União pela Medida Provisória nº 2.026, de 04 de maio de 2000. Os Estados, os Municípios e o Distrito Federal só puderam usar a nova modalidade cerca de dois anos depois, com a conversão da referida MP na vigente Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002.

Visto como revolucionário sob a perspectiva da gestão pública, o pregão "(...) *ampliava a autonomia do administrador público responsável pelo procedimento (o pregoeiro), abreviava prazos processuais e estimulava uma competição intensa pela redução*

¹²⁵ "É possível, portanto, que o fato de a disciplina normativa das licitações estar concentrada em lei federal contribua para que a União – se seus entes – tenha vantagens comparativas em relação às demais esferas federativas que, aparentemente, têm tido mais dificuldade para fazer seus interesses ecoarem no Congresso Nacional" ROSILHO, André Janjácómo. *Licitação no Brasil*. op. cit., p. 174.

¹²⁶ Artigo 54 da Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997: "Art. 54. A contratação de obras e serviços de engenharia civil está sujeita ao procedimento das licitações previsto em lei geral para a Administração Pública. Parágrafo único. Para os casos não previstos no caput, a Agência poderá utilizar procedimentos próprios de contratação, nas modalidades de consulta e pregão."

¹²⁷ "A Lei nº 8.666/93 resiste ainda bravamente a ataques, pois suas disposições resguardam interesses (às vezes escusos) de muitos de seus operadores". MIGUEL, Luiz Felipe Hadlich. "Licitação – Passado, presente e futuro". op. cit., p. 48.

de preços"¹²⁸, alinhando-se com as diretrizes de redução de despesas e obtenção de efeitos financeiros de curto prazo preconizadas pelo governo do Presidente Fernando Henrique Cardoso (1995-2002), em um contexto de crise econômica internacional¹²⁹. Também aqui – tal como na década de 1930, quando José Maria Whitaker defendeu a centralização das compras para estabilizar a economia e enfrentar a crise de 1929 – o pregão foi compreendido como uma medida necessária para o controle das compras públicas e o ajustamento fiscal do Estado brasileiro.

Não foi por outro motivo que a Medida Provisória nº 2.026, que ampliou o uso do pregão para a União, foi editada em 04 de maio de 2000 – exatamente no mesmo dia em que foi sancionada, pela Presidência da República, a Lei de Responsabilidade Fiscal (“LRF”). Como é cediço, a Lei Complementar nº 101, de 04 de maio de 2000, fixa tetos de despesas de pessoal, condiciona a realização de despesas de caráter continuado e estabelece diversas diretrizes para a transparência na administração das finanças públicas¹³⁰. Neste cenário, a “(...) *redução de despesas com licitações que se esperava com a aplicação do pregão apoiaria o ajustamento dos governos aos requisitos de responsabilidade fiscal, que incluíam a limitação do crescimento das despesas correntes*”¹³¹. Segundo FERNANDES, o governo pretendia usar o pregão para conter gastos no curto prazo. Daí a opção por criar uma

¹²⁸ FERNANDES, Ciro Campos Christo. “A trajetória da construção do arcabouço legal das compras e contratações na administração pública federal brasileira: processo decisório e oportunidade política”. op. cit., p. 20.

¹²⁹ No plano econômico, o ano de 1999 caracterizou-se por três características: austeridade fiscal, flexibilização do câmbio e estabelecimento de metas de inflação. Apesar da estabilização conquistada pelo Plano Real, a dívida pública continuava preocupante e as crises da Ásia e da Rússia motivaram o governo FHC a abandonar o regime de câmbio fixo, substituindo-o pelo de câmbio flutuante, e a celebrar dois acordos (em 1998 e 1999) com o Fundo Monetário Internacional (“FMI”), com vistas a evitar o cenário de uma “moratória”. Os acordos impunham a redução do déficit público e da relação dívida/PIB, bem como a elevação da taxa de juros, a geração de superávits primários, a adoção do sistema de metas inflacionárias e, por fim, a realização de reformas estruturais. ALÉM, Ana Cláudia e GIAMBIAGI, Fábio. *Finanças Públicas: teoria e prática no Brasil*. op. cit., pp. 159-215.

¹³⁰ Gilberto Bercovici e Luis Fernando Massonetto entendem que o paradigma neoliberal provocou uma alteração no papel do Direito Financeiro, que substituiu o Direito Econômico como o principal arcabouço jurídico na organização do modo de produção capitalista. Segundo os autores, a edição da Lei de Responsabilidade Fiscal, no ano 2000, consolida a “blindagem” e da constituição financeira e a “agonia” da constituição econômica, cujas normas “meramente programáticas” são consideradas as culpadas pela não governabilidade. “*A Constituição financeira passou a ser interpretada e aplicada como se fosse 'neutra', meramente processual, com diretrizes e lógica próprias, separada totalmente da ordem econômica e social, esterilizando, assim, a capacidade de intervenção do Estado na economia. Separada da constituição financeira, a constituição econômica de 1988 foi transformada em mera 'norma programática'*” BERCOVICI, Gilberto e MASSONETTO, Luís Fernando. “A Constituição Dirigente Invertida: A Blindagem da Constituição Financeira e a Agonia da Constituição Econômica”. *Separata do Boletim de Ciências Econômicas - Universidade de Coimbra*, Coimbra, Portugal, v. XLIX, 2006, p. 13.

¹³¹ FERNANDES, Ciro Campos Christo. “A trajetória da construção do arcabouço legal das compras e contratações na administração pública federal brasileira: processo decisório e oportunidade política”. op. cit., p. 20.

modalidade alternativa ao regime geral, sem a "(...) *necessidade de revisar todo o arcabouço legal construído em torno da Lei n. 8.666, para focalizar o redesenho dos procedimentos de compra e contratação, visando a obtenção de resultados imediatos de redução de custos e de agilização e simplificação das licitações*"¹³².

Além da inversão das fases de habilitação e julgamento das propostas¹³³, o uso intensivo de ferramentas de Tecnologia da Informação ("TI") foi essencial para potencializar os resultados econômicos do pregão. Em especial, isso deveu-se ao desenvolvimento de um sistema eletrônico pela Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação ("SLTI"), no âmbito do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão ("MPOG"), o qual herdara a agenda de reforma do extinto Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado ("MARE"). Segundo FERNANDES, a introdução da TI no setor de compras contribuiu para trazer o tema, novamente, ao centro do debate sobre gestão pública. Coincidentemente ou não, a estrutura organizacional do governo federal facilitou essa empreitada, combinando as secretarias responsáveis por logística e TI em um único órgão do MPOG. A criação do SIASG – Sistema Integrado de Serviços Gerais teve início no governo Collor, como sistema homólogo ao SIAFI – Sistema Integrado de Administração Financeira, desenvolvido pela SERPRO para informatizar a arrecadação tributária e a gestão do Tesouro¹³⁴. Inicialmente, o SIASG reunia um catálogo de fornecedores, um repositório de preços registrados e uma funcionalidade de emissão de ordem de pagamento eletrônica. Após, foi criado o

¹³² FERNANDES, Ciro Campos Christo. "A trajetória da construção do arcabouço legal das compras e contratações na administração pública federal brasileira: processo decisório e oportunidade política". op. cit., p. 19.

¹³³ Vários Estados e Municípios já editaram leis invertendo as fases do processo licitatório, tais como os Estados de São Paulo (Lei Estadual nº 13.121/2008) e Bahia (Lei Estadual nº 9.433/2005) e os Municípios de São Paulo (Lei Municipal nº 14.145/2006) e Curitiba (Lei Municipal nº 13.831/2011), entre outros. Tecnicamente, inverter as fases de habilitação e julgamento não configura uma nova modalidade de licitação. Mas alguns entes federados que editaram leis semelhantes encontraram obstáculo na interpretação, dada por alguns tribunais, ao artigo 22, §8º da Lei nº 8.666/1993, que veda a criação de novas modalidades. Por exemplo, a 5ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, nos autos da Apelação 9075203-68.2007.8.26.0000, entendeu que "*Tal inversão afronta a Lei nº 8.666/93, que no artigo 43 e seus incisos dispõe que primeiramente devem ser abertos os envelopes que contém a documentação pertinente a habilitação dos concorrentes e após procede-se a abertura das propostas*". No mesmo sentido, o Plenário do Tribunal de Contas da União, no TC 009.325/2008-2, em que foi Relator o Ministro Augusto Nardes, entendeu que "(...) *independentemente da opinião que se possa ter acerca da conveniência dessas alterações promovidas com o objetivo de alcançar a desejável eficiência e eficácia procedimental nas licitações, a inversão das fases não pode ser validamente introduzida na legislação estadual sem modificação da lei federal, o que configuraria verdadeira invasão da competência privativa da União*". A matéria viria a ser analisada pelo Supremo Tribunal Federal na ADI nº 4.116, mas a ação direta foi extinta sem julgamento do seu mérito em razão do acolhimento, pela Corte, da preliminar de ilegitimidade ativa do requerente.

¹³⁴ O SIASG foi instituído formalmente pelo Decreto nº 1.094, de 23 de março de 1994, já durante o governo do Presidente Itamar Franco.

Comprasnet, portal que divulga editais e permite a realização de pregões na forma eletrônica¹³⁵.

O terceiro e último aspecto a ser destacado em meio às tentativas de reforma das contratações públicas em geral consiste na incorporação, ainda tímida, de tendências de **flexibilização do critério do menor preço e de emprego do poder de compra do Estado para atingir finalidades mediatas e objetivos paralelos à contratação em si**. Ao contrário dos dois aspectos, que destacamos acima – a proliferação de exceções ao dever de licitar e a criação do pregão – não acredito que este terceiro movimento possa ser lido como uma “reação” ao excessivo rigor da Lei nº 8.666/1993. Até porque uma das primeiras experiências neste sentido, inclusive, é anterior à sua vigência: refiro-me, aqui, ao artigo 3º da Lei nº 8.248, de 23 de outubro de 1991, que estabeleceu uma preferência em licitações para a aquisição de bens e serviços de informática e automação ofertados por “empresas brasileiras de capital nacional”, aplicando o controverso conceito que estava previsto no artigo 171, §2º da Constituição, revogado em 1995. Deixo de prosseguir nesta abordagem, por ora, porquanto a discussão relativa à introdução de “objetivos horizontais” em contratações públicas será objeto do próximo capítulo deste trabalho, ao qual, desde logo, remeto o leitor.

1.1.4.2. As reformas no regime jurídico das contratações públicas específicas

A “*reforma gerencial*” da década de 1990 provocou alterações na estrutura organizacional da Administração Pública que contribuíram para a erosão do modelo unitário de contratações públicas, dando origem a regimes licitatórios e contratuais de aplicação circunscrita a determinados setores ou destinados a atender necessidades específicas do Poder Público. Essa nova reforma administrativa foi conduzida por Luiz Carlos BRESSER-PEREIRA no âmbito do Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado (“MARE”), do qual foi titular entre 1995 e 1998, durante o primeiro mandato do Presidente Fernando Henrique Cardoso¹³⁶. Após o sucesso obtido pelo Plano Real na estabilização econômica¹³⁷, o “Plano

¹³⁵ FERNANDES, Ciro Campos Christo. “A organização da área de compras e contratações na Administração Pública brasileira: o elo frágil”. op. cit., pp. 20-23.

¹³⁶ BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. “A reforma gerencial do Estado de 1995”. Revista de Administração Pública, n. 34, 4, julho/2000, pp. 55-72. O mesmo texto, embora em outra diagramação, encontra-se disponível em: <http://bresserpereira.org.br/papers/2000/81RefGerenc1995-INA.pdf>. Acesso em: 28/09/2016. Veja também a interessante análise de NÓBREGA, Marcos. *Direito da Infraestrutura*. São Paulo: Quartier Latin, 2011, pp. 30-35.

¹³⁷ O Plano Real obteve sucesso por uma série de fatores: previsão de uma fase de transição, que permitiu a acomodação dos preços à URV; abertura da economia ao mercado internacional, que ampliou a concorrência

Diretor de Reforma do Aparelho do Estado” procurou operar a transição de um Estado intervencionista para um Estado regulador, na conhecida expressão de Vital MOREIRA¹³⁸. Nesse contexto, a reforma gerencial buscou reordenar o papel do Estado na economia, concentrando seus esforços em algumas atividades e transferindo outras, mediante delegação, à iniciativa privada¹³⁹. Para tanto, previu-se um *regime burocrático* para o núcleo estratégico, incumbido das atividades exclusivas de Estado, um *regime gerencial* para as empresas estatais e as entidades da Administração indireta, e *regimes de parceria* com o terceiro setor¹⁴⁰.

A nova organização administrativa do Estado brasileiro tornou necessário prever novos arranjos contratuais que permitissem formalizar esse novo plexo de relações jurídicas sob moldes diversos do modelo previsto na Lei nº 8.666/1993. Nesse contexto, em meio à legislação esparsa editada para disciplinar o regime jurídico das contratações públicas específicas, André ROSILHO identifica **seis grandes tendências** que, em maior ou menor grau, explicam os rumos que a legislação brasileira de licitações e contratos tem tomado nos

com produtos importados e desestimulou o reajuste de preços; uma forte âncora cambial, sustentada por elevadas reservas internacionais; e, também, a manutenção de altas taxas de juros até o final da década de 1990. O plano também se caracterizou pela criação de fontes temporárias de contenção fiscal, de curto prazo, tais como as receitas de privatizações e concessões, a criação do IPMF (posteriormente, a CPMF), e o aumento da carga tributária por meio da instituição de contribuições sociais. ALÉM, Ana Cláudia. GIAMBIAGI, Fábio. *Finanças Públicas: teoria e prática no Brasil*. op. cit., nt. 2, pp. 83-103; 121-124; 134-144.

¹³⁸ Segundo Vital Martins Moreira, Professor Catedrático da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, o conceito de regulação pode assumir três vertentes: “(...) (a) em sentido amplo, é toda forma de intervenção do Estado na economia, independentemente dos seus instrumentos e fins; (b) num sentido menos abrangente, é a intervenção estadual na economia por outras formas que não a participação directa na actividade económica, equivalendo portanto ao condicionamento, coordenação e disciplina da actividade económica privada; (c) num sentido restrito, é somente o condicionamento normativo da actividade económica privada (por via de lei ou outro instrumento normativo”. MOREIRA, Vital Martins. *Auto-regulamentação profissional e Administração Pública*. Coimbra: Almedina, 1997, p. 34.

¹³⁹ Segundo Gilberto Bercovici, o modelo de Estado agora em voga é o “Estado Garantidor”, o *Gewährleistungsstaat* do debate europeu, que assegura a concorrência livre e o funcionamento do mercado abstendo-se, ao mesmo tempo, de políticas públicas de caráter social. A regulação é vista como o novo Direito Público da Economia, em substituição ao dirigismo e intervencionismo que caracterizam o Direito Econômico. BERCOVICI, Gilberto. “A Atuação do Estado Brasileiro no Domínio Econômico”. In: COSTA PINTO, E.; CARDOSO JR, J. C.; LINHARES, P. de T.. (Org.). *Estado, Instituições e Democracia: Desenvolvimento*. Brasília: IPEA, 2010, v. 3, pp. 473-494.

¹⁴⁰ O Plano Diretor da Reforma dividiu o aparelho do Estado em quatro setores: o *núcleo estratégico*, formado pelos Poderes Executivo, Legislativo, Judiciário, e pelo Ministério Público, todos incumbidos da formulação das políticas públicas; as *atividades exclusivas*, setor formado por atividades que só o Estado pode realizar, tais como fiscalização, controle e regulamentação, e composto principalmente por agências reguladoras e executivas; *serviços não exclusivos*, onde o Estado deve atuar fomentando as organizações do terceiro setor, sem fins lucrativos, para agir na chamada “esfera pública não estatal”; e a *produção de bens e serviços para o mercado*, que corresponde ao setor empresarial do Estado, nos setores produtivo (sobretudo infraestrutura) ou do mercado financeiro. BRASIL. Ministério da Administração federal e da Reforma do Estado (MARE). *Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado*. Brasília: Presidência da República, Imprensa Oficial, nov./1995. Disponível em: [http://www.bresserpereira.org.br/Documents/MARE/PlanoDiretor/plano diretor.pdf](http://www.bresserpereira.org.br/Documents/MARE/PlanoDiretor/plano%20diretor.pdf). Acesso em 15/10/2015.

últimos anos. São elas: desestatização, flexibilização dos modelos contratuais, flexibilização dos critérios de julgamento, deslegalização das licitações, tratamento especial conferido às empresas estatais e tratamento especial conferido a entes não estatais. Desde logo, ressalto que não pretendo realizar um estudo aprofundado das leis que introduziram cada uma dessas tendências. Nosso objetivo neste estudo, bem mais singelo, cinge-se a destacar alguns dos seus pontos relevantes apenas na medida necessária para compreender as evoluções irradiadas por essa legislação no regime jurídico das contratações específicas.

A **desestatização** está ligada ao surgimento de mecanismos de cooperação e colaboração entre o Estado e a sociedade para o desempenho de atividades passíveis de delegação, sobretudo nas áreas da saúde, educação e cultura. Para BRESSER-PEREIRA, a reforma administrativa deveria compreender a chamada publicização do “setor público não-estatal”, formalizando-se um vínculo contratual entre o núcleo estratégico do Estado e as entidades do terceiro setor ¹⁴¹⁻¹⁴². Em nome da eficiência, foram editadas várias leis que excluíram essas parcerias *lato sensu* das limitações próprias do regime jurídico administrativo – principalmente, do dever de licitar. É o caso, por exemplo, das Fundações de Apoio, entes dotados de personalidade jurídica de direito privado que, nos termos do artigo 1º da Lei nº 8.958, de 20 de dezembro de 1994, poderiam ser contratadas diretamente, por dispensa de licitação, pelas instituições federais de ensino superior e pesquisa científica e tecnológica para “*dar apoio a projetos de pesquisa, ensino e extensão e de desenvolvimento institucional, científico e tecnológico de interesse das instituições federais contratantes*”¹⁴³. Alguns anos

¹⁴¹ A possibilidade de competição entre os setores público e privado no desempenho de uma mesma atividade recebe o nome de “*competitive sourcing*”. Promove-se uma competição entre os setores público e privado, visando definir qual dos dois consegue prover o serviço em questão ao menor custo, dada uma especificação de qualidade previamente estabelecida. Em alguma medida, é possível traçar um paralelo entre o *competitive sourcing* e a atuação das OS na gestão de equipamentos públicos do SUS, em concorrência com a gestão estatal, como forma de estimular uma “competição” entre prestadores públicos e privados na área da saúde. “(...) *competitive sourcing assumes that competition between the two providers leads to improved quality at lower cost – regardless of which sector is the winner*”. MOTTA, Alexandre Ribeiro. *O combate ao desperdício no gasto público: uma reflexão baseada na comparação entre os sistemas de compra privado, público federal norte-americano e brasileiro*. 2010. 189 p. Dissertação (Mestrado) - Instituto de Economia (IE), Universidade Estadual de Campinas, Campinas, 2010. pp. 80-84.

¹⁴² Para Bercovici, Andrade e Massonetto, a reforma gerencial não logrou êxito em promover uma “republicação do Estado”, mas sim, pela criação das agências reguladoras e executivas, significou uma nova forma de “captura” dos fundos públicos por agentes privados, em uma versão atualizada do velho patrimonialismo. BERCOVICI, Gilberto; ANDRADE, José Maria Arruda de; MASSONETTO, Luís F. “Reforma do Estado, Prestação de Serviços Públicos, Contribuições Especiais e Federalismo”. *Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos*, Bauru, v. 45, 2006. pp.173-179.

¹⁴³ Quanto ao dever de licitar, o artigo 3º da Lei nº 8.958, de 20 de dezembro de 1994, em sua redação original, determinava que as Fundações de Apoio observassem a legislação federal de licitações e contratos para contratar obras, compras e serviços na execução de convênios, contratos e outros acordos envolvendo a aplicação de recursos públicos. Hoje, na redação dada pela Lei nº 13.243/2016, o dispositivo legal abrandou o dever de licitar ao determinar a adoção, pelas Fundações de Apoio, de “(...) *regulamento específico de*

depois, já em meio à reforma gerencial de BRESSER-PEREIRA, foram editadas a Lei nº 9.637, de 15 de maio de 1998, que dispõe sobre as Organizações Sociais (“OS”), e a Lei nº 9.790, de 23 de março de 1999, que regulamenta as Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (“OSCIP”)¹⁴⁴. O vínculo com o Estado é formalizado por contrato de gestão, para as OS, ou por termo de parceria, para as OSCIP, a fim de submetê-las a controles finalísticos e de desempenho¹⁴⁵. Note-se que, em ambos os casos, as contratações realizadas por essas organizações com os recursos repassados pelo Estado não ficam sujeitas à Lei nº 8.666/1993, mas sim aos regulamentos próprios de cada entidade para compras, obras, serviços e alienações de que trata o artigo 4º, inciso VIII da Lei nº 9.637/1998, para as OS¹⁴⁶, e o artigo 14 da Lei nº 9.790/1999, para as OSCIP¹⁴⁷.

Mais recentemente, foi editada a Lei nº 13.019, de 31 de julho de 2014, que disciplina as parcerias com Organizações da Sociedade Civil (“OSC”). À diferença das OS e OSCIP, as OSC não precisam ser pré-qualificadas por nenhum órgão estatal para celebrar *termos de colaboração, termos de fomento ou acordos de cooperação*, as três espécies do gênero “*parceria*” que foram criadas pela nova legislação¹⁴⁸. Muito embora a Lei nº 13.019/2014 afaste expressamente a incidência da Lei nº 8.666/1993 às parcerias¹⁴⁹, a

aquisições e contratações de obras e serviços, a ser editado por meio de ato do Poder Executivo de cada nível de governo”, de forma assemelhada ao que já se prevê para OS e OSCIP.

¹⁴⁴ Sobre o tema, confira-se MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. “Público e privado no setor de saúde”. *Revista de Direito Público da Economia*, Belo Horizonte: Fórum, n. 9, jan./mar., 2005, pp. 105-154

¹⁴⁵ “*O instrumento que o núcleo estratégico usará para controlar as atividades exclusivas e as não-exclusivas será o contrato de gestão. As agências executivas, nas atividades exclusivas, e as organizações sociais, nos serviços não-exclusivos, serão descentralizadas. (...) Os contratos de gestão deverão prover os recursos de pessoal, materiais e financeiros com os quais poderão contar as agências ou as organizações sociais, e definirão claramente - quantitativa e qualitativamente - as metas e respectivos indicadores de desempenho: os resultados a serem alcançados, acordados pelas partes*”. BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. *A reforma gerencial do Estado de 1995*. op. cit., pp. 55-72.

¹⁴⁶ Artigo 4º, inciso VIII da Lei nº 9.637, de 15 de maio de 1998: “*Art. 4º Para os fins de atendimento dos requisitos de qualificação, devem ser atribuições privativas do Conselho de Administração, dentre outras: (...) VIII - aprovar por maioria, no mínimo, de dois terços de seus membros, o regulamento próprio contendo os procedimentos que deve adotar para a contratação de obras, serviços, compras e alienações e o plano de cargos, salários e benefícios dos empregados da entidade*”

¹⁴⁷ Artigo 14 da Lei nº 9.790, de 23 de março de 1999: “*Art. 14. A organização parceira fará publicar, no prazo máximo de trinta dias, contado da assinatura do Termo de Parceria, regulamento próprio contendo os procedimentos que adotará para a contratação de obras e serviços, bem como para compras com emprego de recursos provenientes do Poder Público, observados os princípios estabelecidos no inciso I do art. 4º desta Lei*”

¹⁴⁸ Os *termos de colaboração* e os *termos de fomento* envolvem repasse de recursos e por isso são precedidos, em regra, por chamamento público, que pode ser dispensado ou declarado inexigível (art. 2º, VII e VIII). Como não há diferença ontológica entre um e outro, a nomenclatura varia em razão da iniciativa para a parceria partir da Administração Pública, no primeiro caso, ou da própria OSC, no segundo. Os *acordos de cooperação* não envolvem repasse de recursos e, por isso, prescindem de prévio chamamento público (art. 2º, VIII-A).

¹⁴⁹ Artigo 84 da Lei nº 13.019, de 31 de julho de 2014, com redação dada pela Lei nº 13.204, de 14 de dezembro de 2015: “*Art. 84. Não se aplica às parcerias regidas por esta Lei o disposto na Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Parágrafo único. São regidos pelo art. 116 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, convênios: I -*

semelhança entre os diplomas legais é notável – tanto que, informalmente, a Lei nº 13.019 já foi apelidada de Lei nº 8.666 do terceiro setor. Por exemplo: tal como a licitação, o chamamento público também pode ser dispensado (artigo 29), dispensável (artigo 30) ou declarado inexigível pela Administração, mediante prévia justificativa (artigo 31). Existe um rol de disposições obrigatórias para o chamamento (artigo 24) e de cláusulas essenciais para o instrumento que formaliza a parceria (artigo 42), analogamente ao disposto nos artigos 40 e 55 da Lei nº 8.666/1993, respectivamente, para as cláusulas obrigatórias do edital e do contrato que o acompanha como anexo. Por fim, as sanções administrativas previstas para as OSC, tais como advertência, suspensão temporária e declaração de inidoneidade (artigo 73), seguem a mesma lógica e os mesmos parâmetros daquelas aplicáveis aos licitantes e contratados, nos termos dos artigos 86, 87 e 88 da Lei de Licitações.

Muito mais do que uma mera semelhança na *linguagem* legislativa, acredito que ambas as leis partilham de um mesmo *paradigma*. A meu ver, o projeto de lei que resultou na redação original da Lei nº 13.019/2014 buscou sua inspiração no mesmo modelo maximalista que tem na Lei nº 8.666/1993 a sua maior expressão, partindo do pressuposto de que uma regulação estatal mais intensa, com normas mais abrangentes, minuciosas e detalhistas, seja capaz de produzir resultados melhores para o Poder Público. Fato é que esse maximalismo não teve vida longa no regime jurídico das parcerias, tendo sido atenuado pelo Poder Legislativo antes mesmo da sua entrada em vigor. Com efeito, e atendendo à pressão exercida principalmente por Municípios e por entidades do terceiro setor, a Lei nº 13.019/2014 foi objeto de uma ampla reforma ainda durante a sua *vacatio legis* por intermédio da Lei nº 13.204, de 14 de dezembro de 2015. Foram realizadas diversas alterações que, em poucas palavras, promoveram o abrandamento dos controles, a diminuição da abrangência do chamamento público e a instituição de várias benesses às OSC.

Um dos pontos que sofreu mudanças substanciais foi justamente a disciplina das contratações realizadas pelas OSC com recursos transferidos em razão da parceria. Originalmente, a Lei nº 13.019/2014 previa que compras e serviços fossem contratados pelas OSC com observância dos princípios da Administração Pública (artigo 43) e em conformidade com o regulamento de compras e contratações aprovado pela Administração

entre entes federados ou pessoas jurídicas a eles vinculadas; II - decorrentes da aplicação do disposto no inciso IV do art. 3º. A segunda exceção diz respeito aos convênios firmados no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS), com esteio no art. 199, §1º, da Constituição Federal. Confira-se também o artigo 84-A: “Art. 84-A. A partir da vigência desta Lei, somente serão celebrados convênios nas hipóteses do parágrafo único do art. 84”.

Pública (artigo 35, V, “i”), o qual deveria constituir anexo obrigatório do termo de colaboração ou de fomento (artigo 42, parágrafo único, II). Mas essa solução – semelhante àquela aplicável, atualmente, às OS e às OSCIP– foi revogada pela Lei nº 13.204/2015, a qual se limitou a disponibilizar às OSC, e ainda em caráter facultativo, o uso do portal de compras do governo federal, o *Comprasnet*, para suas contratações¹⁵⁰.

Ainda é cedo para prever os impactos que a vigente redação da Lei nº 13.019/2014 produzirá sobre as contratações públicas realizadas pelas OSC – afinal, embora já esteja em vigor para a União, os Estados e o Distrito Federal, a lei terá aplicabilidade aos Municípios apenas a partir de 1º de janeiro de 2017¹⁵¹. De todo modo, o que fica claro com a desestatização e com o surgimento da legislação que rege Fundações de Apoio, OS, OSCIP e OSC é o intento claro de fugir da Lei nº 8.666/1993 e, também, de outras normas que caracterizam o regime jurídico administrativo, tais como o teto remuneratório e as regras de pessoal, criando “(...) *ambientes jurídicos bem delimitados, relativamente imunes ao regime jurídico de direito público e, portanto, à burocracia e aos controles que carrega consigo*”¹⁵², por meio da formalização de vínculos de cooperação e de colaboração entre o Estado e essas entidades do terceiro setor.

A **flexibilização dos modelos contratuais** e a **flexibilização dos critérios de julgamento** são tendências que decorrem de dois fatores conexos e intimamente relacionados. Derivam, de um lado, da insuficiência de um modelo contratual único para regular todo o universo diversificado e heterogêneo das contratações públicas no Brasil. De outro, do reconhecimento de que o julgamento pelo menor preço– critério privilegiado pela legislação, consagrado pela praxe administrativa e radicalizado pelos órgãos de controle – efetivamente limita a discricionariedade do gestor, mas nem sempre é capaz de conduzir a Administração Pública à melhor proposta. Examinando as fases anteriores da legislação brasileira, verifica-se que o menor preço nem sempre foi o critério de julgamento

¹⁵⁰ Artigo 80 da Lei nº 13.019, de 31 de julho de 2014, com redação dada pela Lei nº 13.204, de 14 de dezembro de 2015: “Art. 80. O processamento das compras e contratações que envolvam recursos financeiros provenientes de parceria poderá ser efetuado por meio de sistema eletrônico disponibilizado pela administração pública às organizações da sociedade civil, aberto ao público via internet, que permita aos interessados formular propostas. Parágrafo único. O Sistema de Cadastramento Unificado de Fornecedores - SICAF, mantido pela União, fica disponibilizado aos demais entes federados, para fins do disposto no caput, sem prejuízo do uso de seus próprios sistemas”

¹⁵¹ Artigo 88 da Lei nº 13.019, de 31 de julho de 2014, com redação dada pela Lei nº 13.204, de 14 de dezembro de 2015: “Art. 88. Esta Lei entra em vigor após decorridos quinhentos e quarenta dias de sua publicação oficial, observado o disposto nos §§ 1o e 2o deste artigo. § 1o Para os Municípios, esta Lei entra em vigor a partir de 1o de janeiro de 2017. § 2o Por ato administrativo local, o disposto nesta Lei poderá ser implantado nos Municípios a partir da data decorrente do disposto no caput”.

¹⁵² ROSILHO, André Janjácómo. *Licitação no Brasil*. op. cit., p. 200.

predominante. “Como num movimento pendular, ora optou-se por selecionar propostas exclusivamente com base no menor preço – como no Regulamento Geral de Contabilidade Pública da União de 1922 e na Lei 8.666/1993 –, ora por selecionar as propostas que representassem o melhor negócio para a Administração Pública, que poderia ou não ser o mais barato – como no Decreto-lei 2.300/1986”¹⁵³. Em outras palavras, as reformas legislativas voltadas à flexibilização equivalem ao reconhecimento, por parte do próprio Poder Público, de que alguns casos específicos devem submeter-se a procedimentos licitatórios distintos, bem como resultar em arranjos contratuais com características que fogem à regra geral.

Um primeiro marco nesse sentido deu-se com a edição da Lei nº 8.987/1995, que disciplina as concessões comuns, e aprofundou-se com o advento da Lei nº 11.079/2004, a Lei das Parcerias Público-Privadas (“PPP”), que introduziu no ordenamento jurídico brasileiro as concessões administrativa e patrocinada¹⁵⁴. Nas três espécies de concessão, em linhas gerais, o contrato administrativo é o instrumento pelo qual se operacionaliza a delegação de um serviço público ao privado, para que o preste por sua conta e risco e mediante a cobrança de tarifas, no caso das concessões comuns, ou com financiamento total ou parcial por meio de recursos públicos, nas modalidades administrativa e patrocinada¹⁵⁵. Nos três casos, frequentemente associados a projetos de infraestrutura e obras de construção pesada, o objeto contratual está ligado a investimentos de vulto¹⁵⁶, os quais necessitam de

¹⁵³ ROSILHO, André Janjácómo. *Licitação no Brasil*. op. cit., p. 211.

¹⁵⁴ É certo que já havia concessões no Brasil antes do advento da Lei nº 8.987/1995. Tanto que o artigo 43 do mesmo diploma extinguiu “todas as concessões de serviços públicos outorgadas sem licitação na vigência da Constituição de 1988”, bem como “todas as concessões outorgadas sem licitação anteriormente à Constituição de 1988, cujas obras ou serviços não tenham sido iniciados ou que se encontrem paralisados quando da entrada em vigor desta Lei”. Entretanto, o advento da Lei nº 8.987/1995, editada para disciplinar o disposto no artigo 175 da Constituição, conferiu maior uniformidade ao regime jurídico das concessões, substituindo regulamentos que tinham aplicação circunscrita a setores determinados.

¹⁵⁵ Segundo Mario Engler Pinto Júnior, as concessões comuns já admitiam que a tarifa fosse complementada com receitas alternativas, acessórias, ou complementares, advindas do Poder Concedente ou de projetos associados, em prol da modicidade tarifária (art. 11 da Lei nº 8.987/1995). Assim, sob essa ótica, concordo com o autor quando afirma que a real inovação da Lei nº 11.079/2004 para o ordenamento jurídico brasileiro não seria a concessão patrocinada, mas sim a concessão administrativa que, ao prescindir por completo da cobrança de tarifa, coloca-se como uma evolução dos contratos tradicionais da Lei nº 8.666/1993. Veja: PINTO JÚNIOR, Mário Engler. “Parceria Público-Privada. Antigas e novas modalidades contratuais”. *Revista Digital de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte: Fórum, ano 6, n. 13, jan. 2006.

¹⁵⁶ Para Fiuza, o uso de contratos mais longos reduz a incerteza do contratado, facilita a amortização do investimento e permite maiores ganhos de escala, além de reduzir custos relacionados à participação do licitante e de realização da própria licitação pela Administração Pública. FIUZA, Eduardo Pedral Sampaio. “Licitações e contratos no Brasil: a visão dos economistas” op. cit., pp. 256-257.

prazos para amortização bem maiores que os 60 (sessenta) meses previstos no artigo 57, inciso II, da Lei nº 8.666/1993 para a contratação de serviços contínuos¹⁵⁷.

Para Vera Cristina Caspari MONTEIRO, “(...) a Lei 11.079/2004 positivou tendência já notada nos modelos pactuados com base na Lei 8.987/1995, qual seja, (a) de ter o particular um papel ativo na concepção e gestão do contrato; (b) de buscar estruturas contratuais com mecanismos capazes de atribuir maior segurança aos financiadores do projeto; e (c) da importância de se manufaturar, projeto a projeto, o compartilhamento de riscos e a responsabilidade dos contratantes, a partir de detalhado estudo prévio e planejamento da relação contratual”¹⁵⁸. Trata-se, como se poderia supor, de um cenário bem diferente dos fornecimentos, serviços e obras regidos pela Lei nº 8.666/1993, que em regra apresentam complexidade significativamente inferior¹⁵⁹. Daí a necessidade de prever-se, para as concessões, procedimento licitatório diferenciado e arranjos contratuais distintos daqueles aplicáveis às contratações em geral, dando aplicabilidade prática à antiga distinção doutrinária que diferencia contratos administrativos de *colaboração* e de *atribuição*¹⁶⁰

A Lei nº 8.987/1995 inovou ao permitir a arbitragem para a resolução dos conflitos decorrentes do contrato; ao não exigir a prévia elaboração de projeto básico para a licitação e, também, ao possibilitar a adoção de diversos outros critérios de julgamento que permitam ao Poder Concedente, na licitação, superar a cultura do menor preço para selecionar a proposta mais vantajosa à Administração Pública¹⁶¹. A Lei nº 11.079/2004 foi além ao prever expressamente a repartição contratual de riscos entre as partes, a vinculação da remuneração do parceiro privado a critérios objetivos de desempenho, e, também, a possibilidade de

¹⁵⁷ Segundo o artigo 2º, §4º, inciso I, da Lei nº 11.079/2004, o valor mínimo dos contratos de parceria público-privada é de 20 milhões de reais, motivo pelo qual se permite, no artigo 5º, I do mesmo diploma legal, que a vigência contratual seja de até 35 anos, incluindo eventuais prorrogações.

¹⁵⁸ MONTEIRO, Vera Cristina Caspari. *Concessão*. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 181.

¹⁵⁹ O *trade off* entre concorrência e complexidade do objeto, bem como seus reflexos nos tipos de leilão e modelos contratuais mais adequados, serão abordados posteriormente neste estudo.

¹⁶⁰ Hely Lopes Meirelles diferencia os contratos administrativos de *colaboração* e de *atribuição*. Nos contratos de *colaboração*, o contratado obriga-se a prestar ou entregar algo à Administração, tal como ocorre nas compras, serviços e obras. Nos contratos de *atribuição*, o Poder Público confere vantagens ou direitos ao particular, tal como ocorre nas concessões e no uso especial de bem público. MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro* 32ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 212.

¹⁶¹ Respectivamente, artigos 18-A, 23-A e 15 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995. Transcrevo o último, em sua redação original, a qual foi posteriormente modificada pela Lei nº 9.648/1998: “Art. 15. No julgamento da licitação será considerado um dos seguintes critérios: I - o menor valor da tarifa do serviço público a ser prestado; II - a maior oferta, nos casos de pagamento ao poder concedente pela outorga de concessão; III - a combinação dos critérios referidos nos incisos I e II deste artigo. § 1º A aplicação do critério previsto no inciso III só será admitida quando previamente estabelecida no edital de licitação, inclusive com regras e fórmulas precisas para avaliação econômico-financeira. § 2º O poder concedente recusará propostas manifestamente inexequíveis ou financeiramente incompatíveis como objetivos da licitação. § 3º Em igualdade de condições, será dada preferência à proposta apresentada por empresa brasileira”.

admitir-se o saneamento de falhas a fim de evitar que competidores sejam excluídos do certame licitatório por falhas de ordem meramente formal¹⁶².

Como segundo marco de relevo em meio às tendências de flexibilização, destaco dois novos modelos contratuais previstos no RDC: a “contratação integrada” e o “contrato de eficiência”.

Segundo Lucas Navarro PRADO, Mario Engler PINTO JUNIOR e Maurício Portugal RIBEIRO, a contratação integrada é uma das principais inovações trazidas pela Lei n 12.462, de 04 de agosto de 2011¹⁶³. Embora não seja completamente nova ao ordenamento brasileiro¹⁶⁴ – pois já prevista no Decreto n° 2.745/1998, o Regulamento de Licitações da Petrobras¹⁶⁵ – a contratação integrada é um modelo contratual aplicável especificamente a obras e serviços de engenharia que quebra a lógica prevista no artigo 9° da Lei n° 8.666/1993, segundo a qual o autor do projeto básico é proibido de participar do certame voltado à execução da obra¹⁶⁶, e transfere ao contratado a responsabilidade não só para o desenvolvimento dos projetos básico e executivo, mas também para a execução das obras ou serviços de engenharia e todas as demais operações necessárias e suficientes à entrega final

¹⁶² Respectivamente, artigos 5º, inciso III; 5º, inciso VII, e 12, inciso IV, da Lei n° 11.079, de 30 de dezembro de 2004.

¹⁶³ PINTO JUNIOR, Mário Engler, PRADO, Lucas Navarro e RIBEIRO, Maurício Portugal; *Regime Diferenciado de Contratação: licitação de infraestrutura para a Copa do Mundo e Olimpíadas*. São Paulo: Atlas, 2012, pp. 3-6 e Capítulo 4.

¹⁶⁴ Arnaldo Wald, ao analisar o projeto que viria a se tornar a Lei n° 8.666/1993, já sugeria um modelo de contratação semelhante quase duas décadas antes do advento do RDC: "*Outras inovações importantes poderiam dar novas dimensões ao Projeto de Lei. Além daquelas referentes às garantias já mencionadas no presente artigo, seria possível examinar a viabilidade de transplantar, para o Direito Brasileiro, algumas das idéias que o legislador argentino consagrou, admitindo formas específicas de licitação no caso de vinculação da concessão de uma obra já construída ao licitante que se incumbir de ser o concessionário e construtor de outra obra, num contrato de concessão (de obra), considerando a viabilidade de licitações dos chamados projetos integrados ou ainda aquelas nas quais se concede determinado número de pontos quanto ao menor preço, quanto à melhor técnica e à mobilização pelo licitante dos recursos financeiros necessários para a realização da obra*". WALD, Arnaldo. "Algumas considerações sobre o novo projeto de lei de licitações (PL 59/92)", op. cit. § n° 133, p. 18.

¹⁶⁵ Item 1.9 do Regulamento do procedimento licitatório simplificado da PETRÓLEO BRASILEIRO S.A. – PETROBRÁS, aprovado pelo Decreto n° 2.745, de 24 de agosto de 1998: "*1.9 Sempre que economicamente recomendável, a PETROBRÁS poderá utilizar-se da contratação integrada, compreendendo realização de projeto básico e/ou detalhamento, realização de obras e serviços, montagem, execução de testes, pré-operação e todas as demais operações necessárias e suficientes para a entrega final do objeto, com a solidez e segurança especificadas*".

¹⁶⁶ Artigo 9º, incisos I e II, da Lei n° 8.666, de 21 de junho de 1993: "*Art. 9º Não poderá participar, direta ou indiretamente, da licitação ou da execução de obra ou serviço e do fornecimento de bens a eles necessários: I - o autor do projeto, básico ou executivo, pessoa física ou jurídica; II - empresa, isoladamente ou em consórcio, responsável pela elaboração do projeto básico ou executivo ou da qual o autor do projeto seja dirigente, gerente, acionista ou detentor de mais de 5% (cinco por cento) do capital com direito a voto ou controlador, responsável técnico ou subcontratado*".

do objeto contratado¹⁶⁷. Contudo, em contrapartida, o RDC traz regras mais rígidas para a celebração de termos aditivos nos casos de contratação integrada, os quais ficam circunscritos à ocorrência de caso fortuito ou força maior ou em virtude de alteração do projeto a pedido da Administração, desde que não sejam decorrentes de erros ou omissões do contratado¹⁶⁸.

Já o contrato de eficiência, a seu turno, consiste em uma prestação de serviços – incluindo ou não a realização de obras e o fornecimento de bens – que tem por objetivo proporcionar economia ao contratante, sendo o contratado remunerado com base em percentual da economia gerada. Segundo PRADO, PINTO JUNIOR e RIBEIRO, os “(...) *contratos de eficiência tem por objetivo a redução de despesas correntes de entes públicos*”, motivo pelo qual “(...) *o contratado só recebe remuneração se de fato gerar economia para a Administração Pública*”¹⁶⁹. Para tanto, o RDC tornou obrigatória a adoção do critério de julgamento pelo maior retorno econômico¹⁷⁰, sagrando-se vencedora a proposta que possa proporcionar a maior economia ao Erário. Mas os demais critérios de julgamento previstos no artigo 18 do RDC também deixam claro o intento de superar o primado do menor preço¹⁷¹. Nesse sentido, por exemplo, é que o artigo 19 da lei afirma que o “(...) *julgamento pelo menor preço ou maior desconto*” deve considerar “(...) *o menor dispêndio para a administração pública*”, permitindo que se levem em conta custos indiretos “(...) *relacionados com as despesas de manutenção, utilização, reposição, depreciação e impacto*

¹⁶⁷ Artigo 9º, §1º da Lei nº 12.462, de 04 de agosto de 2011: “§ 1º *A contratação integrada compreende a elaboração e o desenvolvimento dos projetos básico e executivo, a execução de obras e serviços de engenharia, a montagem, a realização de testes, a pré-operação e todas as demais operações necessárias e suficientes para a entrega final do objeto*”.

¹⁶⁸ Artigo 9º, §4º da Lei nº 12.462, de 04 de agosto de 2011: “§ 4º *Nas hipóteses em que for adotada a contratação integrada, é vedada a celebração de termos aditivos aos contratos firmados, exceto nos seguintes casos: I - para recomposição do equilíbrio econômico-financeiro decorrente de caso fortuito ou força maior; e II - por necessidade de alteração do projeto ou das especificações para melhor adequação técnica aos objetivos da contratação, a pedido da administração pública, desde que não decorrentes de erros ou omissões por parte do contratado, observados os limites previstos no § 1º do art. 65 da Lei no 8.666, de 21 de junho de 1993.*”.

¹⁶⁹ PINTO JUNIOR, Mário Engler, PRADO, Lucas Navarro e RIBEIRO, Maurício Portugal; *Regime Diferenciado de Contratação: licitação de infraestrutura para a Copa do Mundo e Olimpíadas*. op. cit., p. 78.

¹⁷⁰ Artigo 23, §1º da Lei nº 12.462, de 04 de agosto de 2011: “Art. 23. *No julgamento pelo maior retorno econômico, utilizado exclusivamente para a celebração de contratos de eficiência, as propostas serão consideradas de forma a selecionar a que proporcionará a maior economia para a administração pública decorrente da execução do contrato. § 1º O contrato de eficiência terá por objeto a prestação de serviços, que pode incluir a realização de obras e o fornecimento de bens, com o objetivo de proporcionar economia ao contratante, na forma de redução de despesas correntes, sendo o contratado remunerado com base em percentual da economia gerada*”.

¹⁷¹ Artigo 18, *caput*, da Lei nº 12.462, de 04 de agosto de 2011: “Art. 18. *Poderão ser utilizados os seguintes critérios de julgamento: I - menor preço ou maior desconto; II - técnica e preço; III - melhor técnica ou conteúdo artístico; IV - maior oferta de preço; ou V - maior retorno econômico.*”.

ambiental, entre outros fatores” para aferição da proposta vencedora. Assim, o gestor público está legalmente autorizado a aceitar um preço mais elevado por um produto de qualidade superior e que, levando-se em conta o seu ciclo de vida, tenha durabilidade maior que os demais¹⁷².

O primeiro passo no sentido da **deslegalização** das licitações no Brasil no período posterior à Lei nº 8.666/1993 foi dado pela Lei Geral de Telecomunicações (Lei nº 9.472/1997) que, como já foi dito, criou as modalidades “consulta” e “pregão” para uso da ANATEL. A deslegalização consiste em diminuir a densidade do conteúdo das leis, ou seja, de remeter a atos infralegais a definição dos procedimentos aplicáveis a cada tipo de contratação em concreto¹⁷³. É um movimento no sentido contrário ao maximalismo porquanto diminui a intensidade da regulação estatal, limitando-se a lei a “(...) *definir parâmetros básicos e permitir que, no plano infralegal, os procedimentos ganhassem feições mais concretas*”¹⁷⁴. Nessa lógica, a Lei nº 12.462/2011 remeteu a definição de diversos temas ao regulamento do RDC, que se encontra vazado, na esfera federal, no Decreto nº 7.581, de 11 de outubro de 2011. Em ambos os casos, tanto na LGT quanto no RDC, a lei forneceu as balizas, as diretrizes e o conteúdo mínimo das regras que deveriam ser observadas pelo Poder Executivo quando da edição dos regulamentos. “*A grande vantagem de um diploma normativo editado nestes moldes está em não amarrar, de antemão, a Administração Pública a rígidos critérios legais*”, ressalta ROSILHO. “*Por detrás desta iniciativa está latente uma visão de mundo oposta àquela que levou à confecção da Lei 8.666/1993*”¹⁷⁵, cujo processo legislativo revelou o claro intento de vincular o gestor público na maior medida possível às minúcias do texto legal, na esperança de que, dessa maneira, a corrupção fosse combatida de maneira eficiente.

É curioso notar como o pregão e o RDC, ambos regulados por leis enxutas e pouco procedimentalizadas, foram vistos com desconfiança ao tentarem afastar a aplicação do modelo de contratações públicas consubstanciado na Lei nº 8.666/1993. Por exemplo, a petição inicial da Ação Direta de Inconstitucionalidade (“ADI”) nº 4.655, proposta pelo Procurador-Geral da República em face da Lei nº 12.462/2011, “(...) *compara-a não com*

¹⁷² O exemplo clássico trazido pela literatura estrangeira é a aquisição de lâmpadas de LED, cujo preço inicial maior é compensado pela durabilidade ao longo do ciclo de vida do produto, bem como pela economia de energia elétrica para o Poder Público a longo prazo, além das externalidades positivas a nível ambiental. Retomaremos este ponto no próximo capítulo desta dissertação, ao tratar do movimento em prol das “compras verdes” ou do chamado “*green public procurement*”.

¹⁷³ ROSILHO, André Janjácomo. *Licitação no Brasil*. op. cit., p. 217, nt. 200.

¹⁷⁴ ROSILHO, André Janjácomo. *Licitação no Brasil*. op. cit., p. 219.

¹⁷⁵ ROSILHO, André Janjácomo. *Licitação no Brasil*. op. cit., p. 219.

dispositivos constitucionais, mas com a própria Lei Geral de Licitações e Contratos, como se ela contivesse a única fórmula legal capaz de traduzir com fidedignidade as regras e princípios da Constituição Federal; como se somente sua maneira de licitar fosse aceitável pelo Direito Brasileiro"¹⁷⁶. Esse raciocínio, semelhante àquele empregado na ADI nº 1.668 para questionar a criação da modalidade “pregão” pela LGT¹⁷⁷, parte do pressuposto de que a Lei nº 8.666/1993 esgota totalmente o disposto no artigo 22, inciso XXVII¹⁷⁸, e no artigo 37, inciso XXI¹⁷⁹, da Constituição da República, adquirindo um falso *status* supralegal que não poderia ser desafiado sequer pelo legislador ordinário. Em outras palavras, é como se houvesse um certo *simbolismo* em torno da Lei nº 8.666/1993 que tornasse a tarefa de alterá-la tão gravosa quanto modificar a própria Lei Maior.

Nesse contexto, a deslegalização das licitações abre margem para que as diretrizes dadas pela legislação sejam complementadas e concretizadas via normatização infralegal, cabendo a instruções normativas, resoluções e portarias disciplinar os detalhes dos procedimentos e estabelecer as *guidelines* para a formulação de editais, projetos básicos, termos de referência e modelos de contratos mais adequados para cada tipo específico de objeto a ser contratado pelo Poder Público.

Por fim, o **tratamento especial conferido a empresas estatais e a entes não estatais** dá corpo à tendência de subtrair determinados sujeitos do campo material de aplicação do regime geral de licitações e contratos.

No que diz respeito, primeiramente, aos entes não estatais, a previsão de tratamento diferenciado por ora existe apenas para as agências de propaganda, em virtude da Lei nº

¹⁷⁶ ROSILHO, André Janjácómo. *Licitação no Brasil*. op. cit., p. 18. A petição inicial citada está disponível em: http://noticias.pgr.mpf.mp.br/noticias/noticias-do-site/copy_of_pdfs/ADI%204655_rdc_copa.pdf. Acesso em: 06/06/2015. Ademais, vale lembrar que a constitucionalidade do RDC também é objeto das ADI nº 4.645 e ADI nº 4.655, ambas ainda em trâmite no Supremo Tribunal Federal.

¹⁷⁷ No Acórdão TCU-Plenário 3.151, j. 30.11.2011, a Corte de Contas, interpretando a decisão do STF na liminar da ADI 1668-DF, entendeu pela inconstitucionalidade da "consulta" por não encontrar paralelo nas Leis 8.666/1993 e 10.520/2002 (o STF, contudo, não decidiu pela inconstitucionalidade da consulta). A ADI nº 1.668 aguarda o julgamento do seu mérito desde 2005.

¹⁷⁸ Artigo 22, inciso XXVII, da Constituição de 1988. “XXVII – normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecido o disposto no art. 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, § 1º, III”;

¹⁷⁹ Artigo 37, inciso XXI, da Constituição de 1988. “XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações”;

12.232, de 29 de abril de 2010¹⁸⁰. Referido diploma, ao regulamentar especificamente a contratação de serviços de publicidade “(...) *prestados necessariamente por intermédio de agências de propaganda*” pela Administração Pública “(...) *no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios*”¹⁸¹, optou por afastar expressamente as normas da Lei nº 8.666/1993, a qual se aplicaria apenas “(...) *de forma complementar*”¹⁸² ao procedimento licitatório especial previsto nos artigos 5º a 12. A Lei nº 12.232/2010 adota como regra a inversão de fases e determinou a adoção dos tipos “melhor técnica” ou “técnica e preço”, além de impor que as agências de propaganda obtenham previamente um “*certificado de qualificação técnica de funcionamento*” a ser fornecido pelo Conselho Executivo das Normas-Padrão, impondo evidente barreira à entrada para o mercado público¹⁸³.

Quanto às empresas estatais, vale lembrar que a origem do seu tratamento diferenciado para licitações e contratações decorre de uma circunstância histórica relevante. Como ressalta Henrique Motta PINTO, em dissertação de mestrado sobre o tema¹⁸⁴, as estatais não estavam sujeitas ao dever de licitar até a edição do Decreto-Lei nº 2.300/1986. Essa obrigatoriedade posteriormente foi incorporada à Constituição de 1988 pelo artigo 22, inciso XXVII, o qual viria a ser regulamentado pelo artigo 119 da Lei nº 8.666/1993¹⁸⁵. Esse dispositivo legal, muito embora admitisse a edição de regulamentos próprios, eliminou qualquer margem para o estabelecimento de normas de licitação e contratos mais flexíveis e adequadas às necessidades das empresas, as quais, na dicção do próprio artigo 119, ficariam

¹⁸⁰ André Rosilho, ao identificar esse ponto específico do tratamento privilegiado de entes não estatais como tendência, reconhece que a edição da Lei nº 12.232/2010, ainda muito recente à época da elaboração do seu estudo, não forneceria o distanciamento temporal necessário para verificar se esta via se sagraria, de fato, como tendência no regime jurídico das contratações específicas. ROSILHO, André Janjácómo. *Licitação no Brasil*. op. cit., p. 224.

¹⁸¹ Artigo 1º, *caput*, da Lei nº 12.232, de 29 de abril de 2010: “*Art. 1º Esta Lei estabelece normas gerais sobre licitações e contratações pela administração pública de serviços de publicidade prestados necessariamente por intermédio de agências de propaganda, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios*”.

¹⁸² Artigo 1º, §2º da Lei nº 12.232, de 29 de abril de 2010: “*§ 2º As Leis nºs 4.680, de 18 de junho de 1965, e 8.666, de 21 de junho de 1993, serão aplicadas aos procedimentos licitatórios e aos contratos regidos por esta Lei, de forma complementar*”.

¹⁸³ Esses dois aspectos, que ora reproduzimos, estão previstos nos artigos 11, XI, 4º, §1º e 5º da lei e foram salientados na análise realizada por André Rosilho em sua dissertação de mestrado. ROSILHO, André Janjácómo. *Licitação no Brasil*. op. cit., p. 224-226. Confira-se também a análise realizada por SCHWIND, Rafael Wallbach. “Breves comentários à nova de lei de licitações de serviços de publicidade (Lei 12.232/2010)”, *Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini*, Curitiba, nº 40, jun./2010, disponível em <http://www.justen.com.br/informativo.php?&informativo=40&artigo=974&l=pt>. Acesso em 17/10/2016.

¹⁸⁴ PINTO, Henrique Motta. *Empresa Estatal: modelo jurídico em crise?* 200 p. Dissertação (Mestrado). São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP), 2010, pp. 47-52.

¹⁸⁵ O artigo 1º, parágrafo único, da Lei nº 8.666/1993 não deixa dúvidas de que sua abrangência alcança, inclusive, “(...) *as empresas públicas, as sociedades de economia mista e demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios*”.

“(…) sujeitas às disposições desta Lei”. Logo, para Motta PINTO, não existe “(…) um tratamento licitatório diferenciado para as empresas estatais no sistema da Lei 8.666/93, que ficam sujeitas às mesmas regras aplicáveis às demais atividades estatais”, circunstância essa que “(…) restringe significativamente a sua margem de conformação para adaptações do regime licitatório às necessidades empresariais”¹⁸⁶.

Diante disso, a Emenda Constitucional nº 19/1998 buscou deixar expressa no artigo 173, §1º, inciso III, a possibilidade de flexibilização do regime de licitações e contratações aplicável às estatais, afirmando que o “regulamento específico” editados por essas empresas deveria observância tão somente aos “*princípios da administração pública*”. Entretanto, como anotam Carlos Ari SUNDFELD e Rodrigo Pagani de SOUZA, essa possibilidade já existia¹⁸⁷. Tanto que, um ano antes da mencionada emenda, o artigo 67 da Lei do Petróleo (Lei nº 9.478/1997) autorizou a PETROBRÁS a adotar um “*procedimento licitatório simplificado, a ser definido em decreto do Presidente da República*”, que resultou na edição do Decreto nº 2.745/1998. Mas a aplicação desse regulamento simplificado pela petroleira não foi pacífica, tendo chegado diversas vezes ao Supremo Tribunal Federal. “*Por meio de decisões cautelares, anota Henrique Motta PINTO, a corte vem preservando os efeitos dos procedimentos licitatórios da PETROBRÁS, realizados com base na Lei do Petróleo e no Decreto 2.745/1998, contra decisões, de outras instâncias judiciais e do Tribunal de Contas da União, que os anulam para impor à estatal a observância da Lei 8.666/93*”¹⁸⁸. Dessa maneira, não havia espaço para que as empresas públicas e sociedades de economia mista – mesmo aquelas poucas que dispunham de um regulamento simplificado¹⁸⁹ – deixassem de seguir, na íntegra, o regime geral imposto pela Lei nº 8.666/1993.

¹⁸⁶ PINTO, Henrique Motta. *Empresa Estatal: modelo jurídico em crise?* op. cit., p. 49.

¹⁸⁷ “*A possibilidade de um regime licitatório diferenciado para as empresas estatais também se extraía, antes da Emenda 19/1998, da cláusula geral de que elas se submeteriam ao regime próprio das empresas privadas. O que houve com a nova redação dada ao §1º do art. 173 foi apenas a explicitação daquilo que, de alguma forma, já se encontrava implícito naquela cláusula geral*” SUNDFELD, Carlos Ari e SOUZA, Rodrigo Pagani. “*Licitação nas estatais: levando a natureza empresarial a sério*”. In: SUNDFELD, Carlos Ari (org.). *Contratações Públicas e seu controle*, São Paulo: Malheiros, 2013, p. 86. O título do artigo é uma nítida referência à obra *Taking rights seriously*, de Ronald Dworkin, publicado em português como DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

¹⁸⁸ O autor ainda dá notícia de pelo menos dois julgados do STF envolvendo o regulamento simplificado de licitações da PETROBRÁS: a decisão monocrática do Min. Gilmar Mendes na Medida Cautelar no Mandado de Segurança 25.888/DF (j. 22/03/2006) e a Questão de Ordem em Medida Cautelar na Ação Cautelar nº 1.193/RJ (2ª Turma, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 09/05/2006). PINTO, Henrique Motta. *Empresa Estatal: modelo jurídico em crise?* op. cit., p. 51.

¹⁸⁹ Na esfera federal, existem previsões de regulamentos simplificados para a Empresa Brasil de Comunicações S/A – EBC, no art. 25 da Lei nº 11.652/2008 (que foi objeto do Decreto nº 6.505/2008) e também para Centrais Elétricas Brasileiras S/A – ELETROBRÁS, no art. 15, §2º da Lei 11.943/2009 (que não chegou a ser editado via decreto presidencial até sua revogação pela recente Lei nº 13.303, de 30 de junho de 2016).

Ainda é cedo para saber se a edição da recente Lei nº 13.303, de 30 de junho de 2016, será capaz de modificar esse cenário. O Título II da chamada “Lei de Responsabilidade das Estatais” (“LRE”) estabeleceu disciplina específica para as licitações e contratações no âmbito das empresas públicas e sociedades de economia mista, qualquer que seja a natureza da atividade desempenhada (serviço público ou atividade econômica em sentido estrito)¹⁹⁰, afastando assim a aplicação da Lei nº 8.666/1993 e reforçando ainda mais a tendência de fragmentação do regime jurídico das contratações públicas em geral¹⁹¹. A nova lei também veio estabelecer novos parâmetros e diretrizes para a edição de regulamentos simplificados pelas empresas estatais. Inclusive, o artigo 67 da Lei do Petróleo foi revogado pelo artigo 96 da LRE, que também suprimiu o dispositivo análogo que autorizava a edição de regulamento específico pela ELETROBRÁS¹⁹². Entretanto, os poucos meses de vigência da nova lei não nos conferem o distanciamento temporal necessário para prever o impacto que a nova legislação terá sobre a prática das compras públicas no Brasil. Saber *como e em que termos* tal diploma será efetivamente aplicado e interpretado – sobretudo pelos órgãos de controle – é algo impossível neste momento.

Contudo, no que diz respeito às regras sobre licitações e contratos, é possível afirmar desde logo que a LRE não trouxe muitas inovações: limitou-se, a bem da verdade a coser uma espécie de “colcha de retalhos” com normas já existentes em outros diplomas, sobretudo no RDC. É o caso, por exemplo, do sigilo provisório do orçamento de referência (artigo 34); da inversão das fases de julgamento e habilitação (artigo 51); da possibilidade de combinação dos modos de disputa aberto, com possibilidade de apresentação de lances, ou fechado, com propostas sigilosas até a sessão pública (artigo 52); da diversificação nos critérios de julgamento, dando força à tendência de superação da primazia do menor preço (artigo 54); e, também, da possibilidade de negociação direta com o primeiro colocado para

¹⁹⁰ Eros Roberto Grau afirma que a Constituição de 1988 refere-se à expressão “atividade econômica” em dois sentidos: (i) atividade econômica em sentido amplo, compreendendo o serviço público (art. 175) e a atuação do Estado como agente planejador e regulador da economia (art. 174); e (ii) atividade econômica em sentido estrito: aquela em que o Estado atua diretamente, como agente econômico, em campo próprio do setor privado (art. 173) ou em campo que lhe é reservado com exclusividade, em regime de monopólio (art. 177). GRAU, Eros Roberto. “Constituição e Serviço Público”. In: GRAU, Eros Roberto e GUERRA FILHO, Willis Santiago (Orgs.) *Direito Constitucional – Estudos em homenagem a Paulo Bonavides*. São Paulo: Malheiros, 2001, pp. 249-255; Veja também GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 13ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008. pp. 90-153.

¹⁹¹ Em razão de remissão expressa pela LRE, há apenas duas exceções: a Lei nº 8.666/1993 ainda terá aplicação no que se refere às normas penais (artigo 41) e aos critérios de desempate (artigo 55, inciso III) previstos em seu texto.

¹⁹² Curiosamente, este último diploma legal revogou expressamente os dispositivos que embasavam a edição de regulamentos simplificados pela PETROBRÁS e pela ELETROBRÁS, mas nada disse sobre a EBC, cujo regulamento, ao que parece, teria sido objeto de revogação tácita pelo Título II da nova lei.

obtenção de condições mais vantajosas (artigo 57). A LRE também incorporou a contratação integrada, prevendo uma modelagem intermediária denominada “contratação semi-integrada”. Essa, assim como aquela, também abrange todas as atividades necessárias à conclusão do objeto, mas apenas a partir do desenvolvimento do *projeto executivo* – ou seja, sem incluir a elaboração do projeto básico no escopo da mesma contratação (artigo 42, inciso V). No que se refere às exceções ao dever de licitar, a LRE estabeleceu limites de dispensa bem maiores do que aqueles previstos no regime geral, seja para obras e serviços de engenharia (R\$ 100.000,00), seja para as demais compras e serviços (R\$ 50.000,00)¹⁹³. A LRE ainda inova ao permitir que tais limites sejam alterados por deliberação do Conselho de Administração da empresa para refletir a variação de seus custos, sem fixar um teto máximo, admitindo valores diferenciados para cada estatal (artigo 29, §3º)¹⁹⁴.

Outra inovação interessante da Lei nº 13.303/2016 diz respeito à disciplina dos aditivos contratuais. Ao invés de vedá-los – como fez o RDC, em regra, para os casos de contratação integrada¹⁹⁵ – os contratos regidos pela LRE “*somente poderão ser alterados por acordo entre as partes*” (artigo 72), cabendo ao contratado aceitar ou não os acréscimos ou supressões de até 25% ou 50%, conforme o caso, do valor inicial atualizado do contrato (artigo 81). Com efeito, ao vedar a realização de alterações unilaterais nos contratos firmados por empresas estatais, a LRE parece indicar uma tendência (que pode ou não vir a confirmar-se no futuro) de atenuação do regime jurídico administrativo, mitigando a verticalidade sustentada pela doutrina e aproximando a posição das partes pública e privada na relação contratual.

Nessa linha, Floriano de Azevedo MARQUES NETO defende uma nova contratualidade administrativa caracterizada pelo “(...) *deslocamento do eixo da autoridade para a consensualidade*”, com a conseqüente “(...) *redução do caráter assimétrico e imperativo das posições do Poder Público em detrimento do particular*”¹⁹⁶. Todavia, a construção dessa nova contratualidade administrativa passa necessariamente pela

¹⁹³ No regime da Lei nº 8.666/1993, os limites aplicáveis à contratação direta de obras ou serviços de engenharia e a compras e prestação de serviços em geral são de 15 mil e 8 mil reais, respectivamente, dobrando-se para 30 mil e 16 mil reais no caso de contratações firmadas por empresas estatais, em razão do disposto no §1º do artigo 24 do mesmo diploma legal.

¹⁹⁴ A rigor, pela exegese do texto legal, parece ser lícito que o Conselho de Administração de determinada empresa a autorize a celebrar contratos de R\$ 1.000.000,00, por exemplo, mediante dispensa de licitação, desde que tal limite reflita a variação de custos daquela empresa. Contudo, neste momento, ainda não se pode prever como essa norma será aplicada pelas empresas e interpretada pelas Cortes de Contas.

¹⁹⁵ Confira-se, a respeito, o teor do artigo 9º, §4º da Lei nº 12.462, de 04 de agosto de 2011, transcrito *supra*.

¹⁹⁶ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. “Do contrato administrativo à administração contratual”. *Revista do Advogado*. São Paulo: AASP. Ano XXIX, nº 107, dez./2009, pp. 74-82. p. 80, ambos os trechos.

desconstrução do que o autor chama de "*maldição do regime único*", ou seja, a aplicação desmedida das prerrogativas e sujeições que caracterizam o regime jurídico administrativo a todos os campos desse ramo do Direito.

Para MARQUES NETO, essa "*maldição*" tende a unificar o tratamento dos institutos e rejeitar modulações e matizes de regime, levando a doutrina majoritária do Direito Administrativo a "*(...) defender que o estatuto das licitações deve ser uno, invariável, não obstante as compras governamentais serem diversificadas ao extremo*"¹⁹⁷. Essa unicidade, que o autor denomina de "*regime jurídico monolítico*", faz com que os regimes jurídicos das contratações específicas – tais como concessões, PPP, o RDC e mesmo contratos de gestão com OS, por exemplo – sejam interpretados à moda do regime geral, "*(...) como se a Lei nº 8.666/1993 tivesse uma prevalência (como regime geral dos contratos administrativos) ou, então, como se ela servisse de pauta hermenêutica para interpretar o regime especial*"¹⁹⁸. Dito de outro modo, é como se a Lei nº 8.666/1993 fosse a única fonte autorizada para a compreensão de todas as leis e atos normativos que se dedicam ao regramento das contratações públicas no Brasil.

1.1.5. A perseverança de um marco legal em crise

É "*impressionante*", na visão de Ciro FERNANDES, a frequência com a qual o arcabouço legal que rege as licitações e contratos públicos no Brasil é alterado. Desde 1930 até 2000, "*(...) constata-se seis mudanças de estatutos ou leis gerais de compras e contratações*", que resultaram "*(...) em importantes inflexões na organização da área, na estrutura e abrangência da lei, no teor das regras e procedimentos e nos formatos e instrumentos de controle e sua aplicação*"¹⁹⁹. E a lei hoje vigente não fica atrás: "*Desde 1993, ano da publicação da Lei 8.666, a legislação voltada para compras públicas no Brasil vem sofrendo mudanças pontuais por meio de 80 normas, das quais 61 medidas provisórias e 19 leis*", informa a Agência Senado, com base em dados de 2013. "*Nesses 20 anos de*

¹⁹⁷ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. "Do contrato administrativo à administração contratual". op. cit., p. 78.

¹⁹⁸ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. "Do contrato administrativo à administração contratual". op. cit., p. 78.

¹⁹⁹ FERNANDES, Ciro Campos Christo. "A trajetória da construção do arcabouço legal das compras e contratações na administração pública federal brasileira: processo decisório e oportunidade política". op. cit., p. 2.

*existência, já foram apresentadas mais de 600 propostas de mudanças: 518 na Câmara dos Deputados e 157 do Senado*²⁰⁰.

No início deste item, optei por antecipar ao leitor as duas principais conclusões a que cheguei ao reconstruir a trajetória da legislação brasileira de contratações públicas. A primeira consiste na identificação de uma alternância entre as dimensões de “gestão” e “controle” nas reformas legislativas, com reflexos sobre os diplomas legais editados em cada período. A segunda corresponde à consolidação lenta e gradual de um modelo legal de contratações públicas unitário e maximalista que, por meio de normas excessivamente detalhadas e que descem às minúcias dos procedimentos, exacerba a dimensão “controle” e limita a discricionariedade do gestor público, que fica impedido de definir qual a melhor maneira de licitar e contratar em cada caso concreto. Grosso modo, as três primeiras fases da evolução legislativa correspondem à construção desse modelo. A quarta, ao início da sua erosão.

Ao antecipar essas duas ideias, quis propositadamente chamar a atenção para o fato de que o “*estado da arte*” das licitações no Brasil, sobretudo nos aspectos práticos do dia-a-dia da Administração Pública, abriga dentro de si uma tensão latente e mal resolvida entre gestão e controle, tendo como epicentro um apego fetichista a uma lei que, há mais de duas décadas, resiste firmemente às tentativas de mudança. É curioso perceber como as inovações mais marcantes que destacamos ao longo da quarta fase deram-se paralelamente à manutenção da Lei nº 8.666/1993 e, em certa medida, apesar dela. Reforçada por uma retórica de combate à corrupção, a centralidade que o diploma ocupa para o sistema brasileiro de contratações públicas é, ainda, indiscutível. Com efeito, acreditar que uma legislação rigorosa e inflexível, desacompanhada de outros fatores organizacionais e comportamentais, possa ser circunstância determinante para impedir desvios e fraudes em licitações públicas talvez reflita, na melhor das hipóteses, uma confiança excessiva no papel transformador do Direito. Nesse sentido, concordo com Luiz Felipe Hadlich MIGUEL quando afirma que “(...) a tônica da legislação foi a de cercear, ao máximo, atuações discricionárias do administrador público. Passados quase 20 (vinte) anos, podemos afirmar que o objetivo

²⁰⁰ Os dados colhidos pela Agência Senado são de 2013 e podem ser consultados no seguinte endereço: <http://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2013/12/12/comissao-aprova-nova-lei-de-licitacoes>. Acesso em 19/09/2016.

almejado pela lei, qual seja, o de impossibilitar a depravação, a imoralidade, a deterioração do instituto não foi alcançado"²⁰¹.

Fato é que essa coexistência de uma lei geral com estatutos licitatórios distintos não é inédita entre nós. Assemelha-se, a bem da verdade, aos episódios do início do século XX “(...) que levaram à convivência entre os decretos da centralização das compras, em 1931 e 1940, com o Código de Contabilidade”²⁰², o qual, vale lembrar, só veio a ser revogado em 1986, com o advento do Decreto-Lei nº 2.300. Perceba, por exemplo, como o pregão e o RDC, ambos regulados por leis enxutas e pouco detalhadas, começaram como regimes excepcionais que foram sendo progressivamente ampliados para abranger novas hipóteses de aplicação.

No pregão, essa ampliação foi eminentemente *subjéctiva*: da contratação de “*bens e serviços comuns*” no âmbito da ANATEL, a nova modalidade conquistou a União e, posteriormente, teve seu uso estendido a Estados, Municípios e Distrito Federal pela Lei nº 10.520/2002²⁰³. No RDC, a ampliação foi majoritariamente *objetiva*: concebido inicialmente para as contratações necessárias à realização da Copa do Mundo de 2014 e dos Jogos Olímpicos de 2016, o artigo 1º da Lei nº 12.462/2011 foi sucessivamente alterado para receber mais sete incisos autorizando o uso do regime diferenciado em situações bastante amplas, tais como “*ações integrantes do Programa de Aceleração do Crescimento (PAC)*” (inciso IV) e “*ações no âmbito da segurança pública*” (inciso VII), bem como para a realização de obras e serviços de engenharia no âmbito do SUS (inciso V), voltadas a “*estabelecimentos penais e de unidades de atendimento socioeducativo*” (inciso VI) ou, ainda, relacionadas a “*melhorias na mobilidade urbana ou ampliação de infraestrutura*”

²⁰¹ “A legislação em análise (Lei nº 8.666/93) é fruto da junção daquilo que diversos outros diplomas (Código de Contabilidade Pública – Decreto nº 4.536/22, Decreto-Lei nº 200/67, Decreto-Lei nº 2.300/86, entre outros) tinham, cada um, de melhor, com uma diferença: foi editada num momento político/econômico difícil para um país que ainda aprendia a viver sob a égide de um regime democrático, aprendendo a lidar com a corrupção, que nesse instante era deveras elevada e sem controle”. MIGUEL, Luiz Felipe Hadlich. “Licitação – Passado, presente e futuro”. op. cit., p. 42.

²⁰² FERNANDES, Ciro Campos Christo. “A trajetória da construção do arcabouço legal das compras e contratações na administração pública federal brasileira: processo decisório e oportunidade política”. op. cit., p. 23.

²⁰³ Uma hipótese de ampliação *objetiva* que se poderia cogitar no que se refere ao pregão seria a controvérsia, hoje pacificada, para o seu emprego na contratação de bens e serviços comuns de engenharia. Inicialmente negado pela regulamentação federal – especificamente pelo artigo 5º do Decreto nº 3.555/2000 – a possibilidade de uso dessa modalidade restou expressamente reconhecida pelo TCU que, em 2010, editou o enunciado nº 257 de sua Súmula: “O uso do pregão nas contratações de serviços comuns de engenharia encontra amparo na Lei nº 10.520/2002”. A grande questão, na prática administrativa, é saber quando o serviço de engenharia tem natureza comum ou não.

logística” (inciso VIII)²⁰⁴. Essa ampliação gradual dos regimes excepcionais, somada à fragmentação do regime unitário de contratações pela criação de vários modelos específicos, é o que dá corpo à tendência de "fuga" da Lei nº 8.666/1993, que assiste, serenamente, à criação de diversas "válvulas de escape" à sua rigidez²⁰⁵.

No próximo item deste capítulo, pretendo buscar respostas para o seguinte questionamento: porque a licitação nem sempre leva à proposta mais vantajosa para a Administração? Para tanto, buscaremos apoio na literatura econômica que aponta, entre outros fatores, a complexidade do objeto, os custos de transação, as assimetrias informacionais, o oportunismo e a incompletude contratual como possíveis linhas de resposta. Acredito que essas variáveis contribuirão para demonstrar como a “modelagem” do procedimento licitatório e da contratação podem ser importantes para, por meio dos incentivos adequados, atingir objetivos contratuais e extracontratuais de relevo. A análise dessa literatura também tornará mais evidente a proximidade das contratações públicas com o direito antitruste. Afinal, em sentido amplo, a licitação não deixa de ser a forma pela qual o Estado regula a concorrência no âmbito do mercado público. Fazendo as perguntas corretas, esperamos chegar às respostas – ou, mais provavelmente, a tantos novos questionamentos – que nos permitirão repensar criticamente o estado da arte das licitações no Brasil.

1.2. DO DIREITO ADMINISTRATIVO AO DIREITO ECONÔMICO: A ECONOMIA DAS LICITAÇÕES E O “CUSTO INVISÍVEL” DO REGIME JURÍDICO ADMINISTRATIVO

Segundo Alexandre Ribeiro MOTTA, existe no Brasil uma forte cultura de punição a desvios e de apego a formalidades que convive, lado a lado, com certo desinteresse na

²⁰⁴ Como se pode perceber, ao passo que o pregão sempre se destinou, no que se refere ao objeto, à contratação de bens e serviços comuns, o RDC já foi concebido para ser aplicado por todos os entes federados, mas em situações e hipóteses específicas. Algumas das recentes ampliações do RDC, todavia, são também pautadas por um critério subjetivo, tais como “ações em órgãos e entidades dedicados à ciência, à tecnologia e à inovação” (inciso X), conferindo uma natureza *mista* à expansão do RDC.

²⁰⁵ “E o que irá mudar num futuro próximo? O Estado continuará a ser um grande contratante; as empresas continuarão a ter interesse em fornecer bens e serviços para o Estado. Mudará certamente, sob pena de engessar a máquina administrativa, o processo de contratação. Cada vez mais mecanismos de “fuga” da regra disciplinada pela Lei nº 8.666/93 serão criados. Instrumentos de facilitação, de concretização do objetivo final do certame serão disponibilizados. Sistemáticas licitatórias mais eficientes, mais arrojadas, menos burocráticas e menos onerosas estarão à disposição dos administradores públicos”. MIGUEL, Luiz Felipe Hadlich. “Licitação – Passado, presente e futuro”. op. cit., p. 48.

eficiência e nos resultados dos procedimentos licitatórios²⁰⁶⁻²⁰⁷. Para MOTTA, a interpretação rígida da Lei nº 8.666/1993 "(...) *tem levado à formação e à consolidação de uma cultura de punição severa de qualquer descumprimento ritualístico, não existindo o mesmo rigor em relação ao resultado alcançado*"²⁰⁸. Dessa maneira, "(...) *partindo-se da combinação entre uma legislação conceitualmente pobre, uma elevada preocupação com a corrupção, um sistema jurídico excessivamente burocrático e interpretações restritivas, chega-se à formação de uma cultura de compras públicas muito aferrada aos ritos e pouco compromissada com os resultados*"²⁰⁹. Em síntese, MOTTA define o sistema brasileiro de compras públicas como “*corruptocêntrico*”²¹⁰, no qual as preocupações com o desperdício ativo superam – e muito – as com o desperdício passivo.

A distinção entre desperdício ativo (“*active waste*”) e passivo (“*passive waste*”) foi formulada por Oriana BANDIERA, Andrea PRATT e Tommaso VALLETTI em *paper* já conhecido na literatura estrangeira de *public procurement*²¹¹. “*Active waste is such that its presence entails direct or indirect benefit for the public decision-maker. In other words, reducing waste would reduce the utility of the decision-maker. The classical example is corruption in procurement, whereby the public official inflates the price paid for a certain good in exchange for a bribe*”. Por outro lado, o desperdício passivo “(...) *is such that its*

²⁰⁶ MOTTA, Alexandre Ribeiro. “Public Procurement in Brazil Federal Government: a perspective from the agents responsible for its regulation and operation”. op.cit., pp. 5-10.

²⁰⁷ Segundo Motta, no que diz respeito a sistemas de compras, o setor público federal norte-americano e o setor privado diferenciam-se do setor federal brasileiro por partilharem de uma dinâmica orientada não para processos, mas sim para resultados. Essa aproximação com o setor privado, nos Estados Unidos, deu-se por intermédio de uma série de reformas legislativas em meados dos anos 1990, tais como o *Government Performance and Results Act* (1993), o *FASAct - Federal Acquisition Streamlining Act* (1994), o *SARAct - Services Acquisition Reform Act* (2003) e o *General Services Administration Modernization Act* (2005). Em paralelo, houve uma nítida aproximação entre as contratações do *Department of Defense* (DoD) e as contratações civis, conduzidas majoritariamente pela *General Services Administration* (GSA), bem como um incentivo à racionalização de procedimentos e uso intensivo de recursos de TI. MOTTA, Alexandre Ribeiro. *O combate ao desperdício no gasto público: uma reflexão baseada na comparação entre os sistemas de compra privado, público federal norte-americano e brasileiro*. op. cit, pp. 55-61.

²⁰⁸ MOTTA, Alexandre Ribeiro. *O combate ao desperdício no gasto público: uma reflexão baseada na comparação entre os sistemas de compra privado, público federal norte-americano e brasileiro*. op. cit., p. 116.

²⁰⁹ MOTTA, Alexandre Ribeiro. *O combate ao desperdício no gasto público: uma reflexão baseada na comparação entre os sistemas de compra privado, público federal norte-americano e brasileiro*. op. cit., p. 157.

²¹⁰ MOTTA, Alexandre Ribeiro. *O combate ao desperdício no gasto público: uma reflexão baseada na comparação entre os sistemas de compra privado, público federal norte-americano e brasileiro*. op. cit., p. 176.

²¹¹ BANDIERA, Oriana; PRATT, Andrea; VALLETTI, Tommaso. “Active and Passive Waste in Government Spending: Evidence from a policy experiment”. *CEIS (Centre for Economic and International Studies) Tor Vergata (Research Paper Series)*. Vol. 6, Issue 4, n. 115, 2008. Posteriormente publicado como *The Economics of Public Procurement*, *American Economic Review*, pp.1278-1308, 2009. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=1115339>. Acesso em 15/02/2015.

*presence does not benefit the public decision-maker. In other words, reducing waste would (weakly) increase the utility of the decision maker. Passive waste can derive from a variety of sources. One is that public officials simply do not possess the skills to minimize costs. Another is that public officials have no incentive to minimize costs, although they are able to do so*²¹². Grosso modo, caso fossemos resumir os conceitos em uma ideia central, poderíamos associar o desperdício ativo à corrupção em sentido amplo, e o passivo, à ineficiência. De acordo com BANDIERA, PRATT e VALLETTI, o combate ao desperdício ativo normalmente está relacionado à imposição de regras detalhadas e controles rígidos sobre os agentes públicos, com vistas a evitar conluios, desvios e fraudes e outras práticas de corrupção. Por outro lado, a chave para reduzir o desperdício passivo reside na criação de um sistema de incentivos que estimule os agentes públicos a aumentar o *value for money* das contratações que realizam, maximizando, assim, o retorno ao Erário.

É claro que aumentar a eficiência das licitações e contratações públicas passa necessariamente pela redução de ambos os tipos de desperdício, ativo e passivo. Contudo, existe uma percepção – a qual, segundo os autores, é incorreta – de que o desperdício ativo deve ser o foco principal para a melhoria do gasto público²¹³. Na verdade, os resultados obtidos pelos autores com base em uma análise amostral de contratações firmadas por diversos entes públicos na Itália, entre 2000 e 2005, revelam que a maior parte do desperdício é passivo: "(...) *in aggregate, most waste in the procurement of generic goods by the Italian public sector is not due to corruption but to inefficiency. Our results do not in any way imply that corruption is not an important issue in public procurement in Italy. They just indicate that passive waste seems to have an even larger effect*"²¹⁴.

O sistema italiano de contratações públicas caracteriza-se pela presença marcante da CONSIP, a central de compras responsável pela padronização dos bens e serviços mais comuns contratados pelo Poder Público na Itália. A CONSIP foi criada em 1997 como *Concessionaria Servizi Informatici Pubblici S.p.A*, sob a forma de uma empresa pública que apresenta como único acionista o *Ministero dell'economia e delle Finanze* e que opera exclusivamente para a Administração Pública italiana. Segundo Lorenzo MINGANTI e

²¹² BANDIERA, Oriana; PRATT, Andrea; VALLETTI, Tommaso, "Active and Passive Waste in Government Spending: Evidence from a policy experiment". op. cit., p. 2, ambos os trechos.

²¹³ "(...) *economists have paid limited attention to the role of pure inefficiency in explaining poor policy outcomes*" BANDIERA, Oriana; PRATT, Andrea; VALLETTI, Tommaso, "Active and Passive Waste in Government Spending: Evidence from a policy experiment op. cit., p. 7.

²¹⁴ BANDIERA, Oriana; PRATT, Andrea; VALLETTI, Tommaso, "Active and Passive Waste in Government Spending: Evidence from a policy experiment". op. cit., p. 6.

Stefania ZUCCOLOTTO, o chamado “*modello CONSIP*” foi inspirado principalmente na experiência da *Statens og Kommunernes Indkøbs Service A/S*, conhecida como SKI, na Dinamarca. Segundo os autores, a SKI “(...) *non effettua acquisti, ma svolge un ruolo di facilitatore offrendo alle amministrazioni una serie di servizi, quali, ad esempio, la definizione di contratti quadro con fornitori per l’acquisizione di beni e servizi di impiego comune a numerosi enti*”²¹⁵. Seguindo a mesma linha, a CONSIP age principalmente por meio da celebração de acordos-quadro com diversos fornecedores para formar um catálogo de bens e serviços à disposição dos contratantes, o que reduz custos de transação e concentra a demanda gerada pelo setor público, gerando economias de escala. Atualmente, após uma fase de centralização excessiva em torno da empresa²¹⁶, a adesão dos contratantes aos acordos-quadro mantidos pela CONSIP passou a ser facultativa, mas o uso dos parâmetros de qualidade e preço divulgados pela estatal serão sempre obrigatórios quando os órgãos e entes públicos licitarem por si mesmos, acessando diretamente o mercado (“*l’obbligo di benchmark*”).

²¹⁵ MINGANTI, Lorenzo e ZUCCOLOTTO, Stefania. “Evoluzione storica del processo d’acquisto della pubblica amministrazione”. In: FIORENTINO, Luigi (org.). *Lo stato compratore. L’acquisto di beni e servizi nelle pubbliche amministrazioni*. Bologna: Il Mulino, 2007, pp. 47-78; citação à p. 59.

²¹⁶ Minganti e Zuccolotto identificam três fases na evolução do chamado “*Modello Consip*”. Na primeira fase, entre 1999-2003, a vinculação dos órgãos e entidades da Administração à CONSIP era diferenciada: “(...) *mentre quelle statali erano «tenute ad approvvigionarsi utilizzando le convenzioni», tutte le restanti amministrazioni avevano semplicemente la facoltà di aderire alle stesse*” (p. 64). Para os órgãos e entidades cuja adesão seria facultativa, todavia, era obrigatória a adoção dos mesmos parâmetros de qualidade e preço, ou seja, o chamado *benchmark* da CONSIP. Os bons resultados e a expressiva economia gerada pelas convenções-quadro da CONSIP - às quais muitos órgãos, mesmo não obrigados, facultativamente aderiram - levaram a uma grande e excessiva centralização das compras públicas ao redor da empresa. Pela nova normativa, a adesão às convenções da CONSIP passou a ser obrigatória para toda a Administração, exceto os entes locais, que ficariam obrigados somente a observar o *benchmark* da estatal. A segunda fase foi uma reação, mormente por meio de emendas e da atividade parlamentar, à excessiva centralização em torno da CONSIP, que teria favorecido mais as grandes empresas em detrimento das pequenas e médias. Por isso, em 2003-2004, o parlamento introduziu diversas válvulas de escape, como, p.e., limitação dos serviços que deveriam ser contratados por intermédio da CONSIP, a limitação de sua atividade aos bens e serviços que contassem com o fluido conceito de “*rilevanza nazionale*” e, ainda, a suspensão de novas convenções-quadro pela CONSIP. A terceira fase permitiu o *rilancio del modello*, em 2004-2005, por iniciativa do Governo Berlusconi, com um projeto de revalorização da CONSIP. Em 2004, pelo art. 1º da legge n.191/2004, foi modificada o comma 3 art. 26 da legge n. 488/1999 (a *legge finanziaria* do ano 2000), a fim de eliminar as restrições anteriores e consolidar o modelo da seguinte forma: “*Le amministrazioni pubbliche possono ricorrere alle convenzioni stipulate ai sensi del comma 1, ovvero ne utilizzano i parametri di prezzo-qualità, come limiti massimi, per l’acquisto di beni e servizi comparabili oggetto delle stesse*” (p. 71). Ou seja, a adesão aos acordos-quadro da CONSIP passa a ser facultativa, mas o uso dos parâmetros de qualidade e preço da estatal (“*l’obbligo di benchmark*”) serão sempre obrigatórios quando os órgãos da administração acessarem diretamente o mercado. MINGANTI, Lorenzo e ZUCCOLOTTO, Stefania. “Evoluzione storica del processo d’acquisto della pubblica amministrazione”. op. cit., pp. 47-78. Sobre o “*modello CONSIP*” e proposições sobre sua futura trajetória no sistema italiano de contratações pública, confira também as propostas de PICCI, Lucio. “Dal modello CONSIP a un sistema di procurement nazionale”. In: FIORENTINO, Luigi (org.). *Lo stato compratore. L’acquisto di beni e servizi nelle pubbliche amministrazioni*. Bologna: Il Mulino, 2007, pp. 285-306.

Neste cenário, os resultados da análise quantitativa realizada por BANDIERA, PRATT e VALLETTI levaram os autores a concluir, com base nos dados da CONSIP, que o desperdício passivo difere mais entre os órgãos e entes públicos do que o desperdício ativo, dependendo muito mais de características institucionais – como o grau de autonomia, por exemplo – do que geográficas²¹⁷. Com efeito, cerca de 80% do desperdício total estimado pelos autores corresponde ao desperdício passivo: "(...) *on average, at least 82% of estimated waste is passive and that passive waste accounts for the majority of waste in at least 83% of our sample public bodies*", motivo pelo qual o seu impacto pode ser até quatro vezes maior do que o ativo: "(...) *passive waste could actually be much larger than active waste — about four times as much in our estimates*"²¹⁸.

BANDIERA, PRATT e VALLETTI também concluíram que um grau maior de discricionariedade para escolher a melhor forma de contratar não está relacionada a um desperdício ativo mais intenso: "(...) *our evidence indicates that more discretion would not lead to higher active waste*". Este ponto, em especial, suscita um questionamento importante sobre os efeitos que uma legislação maximalista pode produzir para o combate à corrupção em licitações e contratos. Será que vincular o gestor público a um procedimento licitatório engessado e a um modelo rígido de contratação é o melhor caminho a seguir? A resposta parece ser negativa. Até porque, considerando que cerca de 82% do desperdício é passivo, é provável que um investimento massivo na capacitação dos servidores produza resultados mais expressivos para a melhoria do gasto público do que o aprimoramento de sistemas repressivos de combate à corrupção.

Ao fazer essa afirmação, não estou propondo que desvios e fraudes em licitações deixem de ser apurados e punidos, nem deixo de reconhecer a necessidade de que iniciativas importantes sejam tomadas neste setor. Muito pelo contrário. A contribuição dos autores apenas mostra que os economistas – e também, arrisco dizer, os juristas – têm prestado pouca atenção no papel do desperdício passivo ao tratar de ineficiência nas contratações públicas. Segundo BANDIERA, PRATT e VALLETTI, não existe um *trade off* entre desperdício ativo e

²¹⁷ “*Semi-autonomous bodies (universities and health authorities) pay the lowest prices. Compared to these, the average town government pays 13% more. The difference increases further for regional governments (21%), social security institutions (22%), while the average ministry tops the list with 40% higher prices. Overall, the results indicate a clear price ranking with semi-autonomous bodies at the bottom, local government in the middle and centralized state administration at the top*” BANDIERA, Oriana; PRATT, Andrea; VALLETTI, Tommaso, “Active and Passive Waste in Government Spending: Evidence from a policy experiment”. op. cit., p. 5.

²¹⁸ BANDIERA, Oriana; PRATT, Andrea; VALLETTI, Tommaso, “Active and Passive Waste in Government Spending: Evidence from a policy experiment”. op. cit., pp. 5-6, ambos os trechos.

passivo, ou seja, os conceitos não estariam inter-relacionados. Entretanto, Gustavo PIGA argumenta que existe um círculo vicioso entre corrupção e incompetência, sobretudo em ambientes onde a corrupção já é sistêmica: “*Inefficiency, incompetence, and corruption feed on each other*”²¹⁹. Estou de acordo com a crítica apresentada por PIGA²²⁰. Afinal, quanto mais burocrático e moroso for um procedimento licitatório, maiores os ganhos potenciais para comportamentos *rent-seeking* ligados a esses trâmites. A corrupção pode ser determinante para tornar uma licitação propositadamente morosa, criando dificuldades artificiais para que, posteriormente, facilidades sejam arditosamente oferecidas.

Aprofundando a noção de desperdício passivo, é importante destacar que a maior parte dos procedimentos licitatórios no Brasil é conduzida por servidores pouco preparados, o que estimula a larga utilização do tipo “menor preço” e a tímida exigência de especificações técnicas dos produtos e serviços contratados, resultando em baixos índices de qualidade²²¹. Em outro texto, Alexandre Ribeiro MOTTA questiona os resultados obtidos no Brasil após a implantação do pregão eletrônico, afirmando que sua rapidez e relativa simplicidade – mormente quando comparado às modalidades da Lei nº 8.666/1993 – contribuíram para estimular a falta de planejamento adequado²²² e a manutenção de uma

²¹⁹ PIGA, Gustavo. “A fighting chance against corruption in public procurement?” In: ACKERMAN, Susan Rose; SOREIDE, Tina (org.). *International Handbook on the Economics of Corruption*. Vol. II, Cheltenham (UK): Edward Elgar, 2011, pp. 141-181. Sobre o tema, confira as pp. 149-153, citação à p. 151.

²²⁰ Como Procurador do Estado de São Paulo, tive a oportunidade de analisar diversos Processos Administrativos Disciplinares (“PAD”) em que servidores estaduais foram acusados de “criar dificuldades para vender facilidades” em sede de licitações públicas. Frequentemente, quando a abordagem dos agentes públicos resultava infrutífera, o pregoeiro ou membros da comissão de licitação apegavam-se a formalidades desnecessárias para inabilitar licitantes e/ou desclassificar propostas na esperança de, assim, pressionar os empresários a oferecer-lhes vantagens ilícitas. Existem vários PAD semelhantes em quase todas as Secretarias de Estado, o que nos permite afirmar sem medo que a afirmação de Piga, com a qual concordamos, é largamente confirmada pela prática administrativa.

²²¹ “*O arcabouço regulatório normalmente pesado pode criar, em alguns países, uma forte cultura em que o preço seja considerado acima de qualquer outro critério, o que torna o sistema de compras “pouco amigável”, como no caso do Japão*”. ASSIS, Lucas Rocha Soares de e SCHMIDT, Flávia de Holanda; “O Estado como cliente: características das firmas industriais fornecedoras do governo”. *Radar: tecnologia, produção e comércio exterior*. Brasília: Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), Vol. 1, n. 17, abr/2009, pp. 09-20. p. 12.

²²² Um dos gestores entrevistados por Têmis Limberger reconhece, em depoimento especialmente esclarecedor, os efeitos da falta de planejamento no setor de compras: “*Então o que eu vejo na Administração Pública do Brasil hoje é uma grande falta de planejamento. Eu ouço muita gente falar ‘ah, licitação é um entrave; porque licitação tem que contratar o menor preço; porque a gente faz más contratações’ eu não acho isso. [...] eu acho que o problema das más contratações é porque não se tem planejamento nenhum. Chegam os editais e, é tudo urgente, urgentíssimo, sem tempo pra pensar. Então você tem que fazer o edital em 3, 4 dias. Então claro que nisso aí a tua qualidade vai ser extremamente prejudicada [...]. Porque para você trabalhar bem um edital, você tem que ter tempo, tem que ter conhecimento e tem que ter tempo*”. LIMBERGER, Têmis e al. *Gestão da execução de contratos administrativos pelo Poder Público*. Brasília: Secretaria de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça, 2013. p. 53 *apud* ABREU, Mateus Barbosa Gomes; LIMBERGER, Têmis; TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski; “Contratos administrativos e gestão pública – Proposições a partir

gestão de contratos deficiente²²³. Como no sistema brasileiro existe pouca normatização infralegal com *guidelines* para a formulação de editais, projetos básicos e contratos, "(...) 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", como bem ressalta FIUZA²²⁴. Uma vez divulgado na imprensa oficial ou na *internet*, um modelo de edital torna-se um bem público no sentido econômico do termo, não exclusivo e não rival²²⁵, de modo que qualquer um pode se aproveitar dos esforços do gestor responsável pela sua elaboração. Embora no Brasil ainda haja grande espaço para uniformização de procedimentos e a modelização de editais, o autor corretamente adverte que essa padronização não pode converter-se em desculpa para a continuidade do emprego de contratos que, limitando-se a repetir a lei, pouco descrevem o escopo contratual e as obrigações a cargo das partes²²⁶. O resultado dessa ausência de incentivos e de uma governança contratual deficiente é a adoção frequente de práticas defensivas, tais como a manutenção de estoques excessivamente grandes e um apego desmedido a formalidades burocráticas.

Para os economistas franceses Stéphane SAUSSIER e Jean TIROLE, a gestão das contratações públicas não deveria ficar restrita a servidores "(...) *with an exclusively legal background, which is essential to ensuring that the procedures comply with the relevant*

de estudos de casos na Administração Pública federal indireta". *Revista de Direito Administrativo & Constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, ano 14, n. 58, out./dez. 2014, pp. 155-176, p. 161.

²²³ MOTTA, Alexandre Ribeiro. "Electronic Reverse Auctions in Brazil Federal Government: a critical view". In: *4th Public Procurement Ph.D. Conference Nottingham University*, 2009, Nottingham. Anais eletrônicos. Disponível em: <http://www.nottingham.ac.uk/pprg/documentsarchive/phdconference2009/alexandre%20motta.pdf>. Acesso em 30/07/2015.

²²⁴ FIUZA, Eduardo Pedral Sampaio. "Licitações e contratos no Brasil: a visão dos economistas". op. cit., p. 240.

²²⁵ Diz-se que um bem é rival quando o seu consumo por um agente impede o consumo simultâneo por outros agentes. Um bem não rival é aquele que pode ser consumido simultaneamente por um número ilimitado de consumidores. Em uma formulação neoclássica, o bem não rival é aquele que, em quaisquer níveis de produção, o custo marginal para o seu fornecimento a um indivíduo adicional é zero - note-se que os custos de produção do bem não necessariamente serão nulos, já que apenas os custos *marginais* necessários ao incremento da produção são zero. O bem é exclusivo, por sua vez, quando o proprietário do bem pode impedir o seu acesso, um pressuposto essencial para o bom funcionamento do sistema de preços. A rivalidade e a exclusividade podem ter graus - a capacidade de impedir o acesso pode ser mais ou menos limitada e os custos marginais podem ser iguais a zero somente até determinado limite ou patamar (p.e., conexão *wi-fi* de internet, pedágios para controlar a capacidade de tráfego de uma estrada). Os bens públicos (ou coletivos) são de uso não exclusivo e não rival. O baixo grau de exclusividade torna o mercado insuficiente para prover, por si só, as necessidades por bens não exclusivos. Por esse motivo é que o fornecimento de bens públicos é considerado uma falha de mercado. PINHO, Diva Benevides; VASCONCELOS, Marco Antonio Sandoval de; TONETO JR., Rudinei; (Org). *Manual de Economia*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011. pp. 285-287.

²²⁶ FIUZA, Eduardo Pedral Sampaio. "Licitações e contratos no Brasil: a visão dos economistas." op. cit., pp. 257-258.

legislation but not enough to truly optimise the public procurement system"²²⁷. Por exemplo, um estudo recente da central de compras francesa, a *Union des Groupements d'Achats Publics* – UGAP, revelou que "(...) 63% of public buyers do not have a legal profile"²²⁸. Com efeito, o “perfil jurídico” de grande parte dos gestores de compras no Brasil talvez possa ser explicado pela complexidade do arcabouço normativo que disciplina as contratações públicas no país, ladeada pela necessidade de que os procedimentos licitatórios sejam julgados regulares pelos órgãos de controle interno e externo²²⁹. Tornar o procedimento o mais objetivo possível é parte importante dessa tendência.

Para Eduardo Pedral Sampaio FIUZA e Bernardo Abreu de MEDEIROS, o uso indiscriminado do “menor preço” como critério de julgamento nas licitações brasileiras²³⁰ – apenas 0,43% do valor empenhado em compras federais nos últimos quinze anos decorreu de licitações por “melhor técnica” ou “técnica e preço”²³¹ – provoca uma “seleção adversa” nas contratações públicas, em nítida analogia com as considerações expostas por George A.

²²⁷ SAUSSIÉ, Stéphane e TIROLE, Jean. “Strengthening the Efficiency of Public Procurement”. *Les notes du conseil d'analyse économique*. Paris: Conseil d'analyse économique, nº 22, abril/2015. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/275973839_Strengthening_the_Efficiency_of_Public_Procurement. Acesso em 29/06/2015. p. 11.

²²⁸ “Survey undertaken by the UGAP and *Décision Achats Magazine* over the second quarter of 2011, to which 370 purchasing managers responded”, SAUSSIÉ, Stéphane e TIROLE, Jean. “Strengthening the Efficiency of Public Procurement”. op. cit., p. 11, no rodapé.

²²⁹ Marcos Juruena Villela Souto critica a necessidade de aprovação de minutas -em especial, as padronizadas, pelo órgão de advocacia pública: “Aqui há mais um significativo custo de tempo e de estrutura, além do deslocamento de servidores qualificados para o exame de peças, muitas vezes padronizadas, em detrimento de outras consultas e dos prazos processuais da função de representação judicial, forçando, não raro, a abertura de concursos públicos para o provimento de vagas para atendimento de tais demandas. Exige-se, até mesmo, parecer sobre minutas padronizadas de editais e contratos, ainda que elaboradas pelos órgãos jurídicos!”. Essa “vinculação” dos gestores ao parecer jurídico, inclusive, abre espaço para a tese de responsabilização solidária do Parecerista, tal como reconhecido pelo STF no MS 24.584. SOUTO, Marcos Juruena Villela. “Licitações e controle de eficiência: repensando o princípio do procedimento formal à luz do placar eletrônico!”. op. cit., p.4.

²³⁰ Em contraste, por exemplo, com a experiência dos EUA, narrada por Karam Kang e Robert A. Miller: “In evaluating the proposals, the agency’s objective is to select the proposal that represents the best value. Therefore, the relative importance of price in choosing the winner may vary. There are two selection processes: trade off and lowest price technically acceptable selection processes. A tradeoff process allows the government to accept other than the lowest priced proposal. On the other hand, the proposal with the lowest price is chosen as long as the proposal meets or exceeds the acceptability standards for non-cost factors in a lowest price technically acceptable selection process”. KANG, Karam e MILLER, Robert A. “Winning by Default: Why is There So Little Competition in Government Procurement?” Carnegie Mellon University Discussion Paper. Disponível em: http://www.econ.ucla.edu/workshops/papers/Applied/kang_miller_procurement.pdf. Acesso em 06/06/2016, p. 6.

²³¹ “Menor preço é o critério predominante nas licitações. Uma mísera parcela de 0,43% do valor empenhado em licitações registradas no SIASG – predominantemente compras federais da administração direta, autarquias e fundações do Poder Executivo – nos últimos quinze anos era oriunda de licitações por melhor técnica ou técnica e preço, segundo dados do DW Comprasnet, do MPOG” FIUZA, Eduardo Pedral Sampaio e 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 nº 1990. Rio de Janeiro: Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), 2014, p. 49.

AKERLOF, em artigo clássico²³², sobre a assimetria de informações no mercado de carros usados: "(...) *bad cars sell at the same price as good cars since it is impossible for a buyer to tell the difference between a good and a bad car; only the seller knows*"²³³. De acordo com FIUZA, "(...) *em linguagem econômica, as exigências de capacidade financeira – e também as de qualificação técnica – visam corrigir (ainda que o façam de maneira imperfeita) o problema da seleção adversa*"²³⁴. A seleção adversa em licitações dá-se justamente pela escolha, ao final do procedimento, de empresas com maior tendência a não executar satisfatoriamente o contrato. Afinal, firmas em pior situação financeira tendem a oferecer propostas mais agressivas, e fornecedores de pior qualidade estão mais dispostos a cortar custos em prol da redução de preços.

1.2.1. Custos de transação e oportunismo

A literatura sobre a economia das contratações públicas demonstra que a concorrência e a licitação não são economicamente atraentes quando os custos de transação são altos²³⁵. Segundo Úrsula Dias PERES, a teoria dos custos de transação – desenvolvida por Ronald H. COASE a partir do trabalho seminal *The nature of the firm*, de 1937 – pode também ser aplicada ao setor público, com algumas adaptações²³⁶. O grande mérito de COASE foi perceber que os custos de uma firma não são formados apenas pelos custos de produção de bens e serviços, mas também pelos custos intrínsecos "(...) *of using the price mechanism*", ou seja, aqueles decorrentes da organização interna da própria empresa e das transações entre os agentes econômicos. "*The costs of negotiating and concluding a separate contract for each exchange transaction which takes place on a market must also be taken into account*"²³⁷. Em outro texto clássico²³⁸, COASE afirma que essas operações "(...) *are often*

²³² AKERLOF, George. "The Market for Lemons: Quality Uncertainty and the Market Mechanism", *Quarterly Journal of Economics*, v. 84, n. 3, ago. 1970.

²³³ AKERLOF, George. "The Market for Lemons: Quality Uncertainty and the Market Mechanism", op. cit., p. 490.

²³⁴ FIUZA, Eduardo Pedral Sampaio. "Licitações e contratos no Brasil: a visão dos economistas". op. cit., p. 262, nt. 24.

²³⁵ FIUZA, Eduardo Pedral Sampaio. "Licitações e contratos no Brasil: a visão dos economistas", op. cit., p. 243.

²³⁶ PERES, Úrsula Dias. "Custos de transação e estrutura de governança no setor público". *Revista Brasileira de Gestão de Negócios - RGBN*. São Paulo, Vol. 9, n. 24, p. 15-30, maio/ago. 2007.

²³⁷ COASE, Ronald H. "The nature of the firm". *Economica*. New series, vol. 4, issue 36, nov./1937, pp. 386-405. Citação às pp 390-391.

²³⁸ COASE, Ronald H. "The problem of social cost". op. cit., pp. 1-44.

extremely costly, sufficiently costly at any rate to prevent many transactions that would be carried out in a world in which a pricing system worked without cost"²³⁹.

Na elaboração de Oliver E. WILLIAMSON²⁴⁰, os custos de transação decorrem principalmente da racionalidade limitada dos agentes e do oportunismo. “*Pela primeira premissa, a racionalidade é limitada, ou seja, os agentes possuem capacidade cognitiva restrita e não podem processar todas as informações percebidas*”, explica Marcos NÓBREGA. “*Já o oportunismo significa que cada parte, agindo por conta dos seus próprios interesses, utilizam de artifícios (até mesmo ilegais) para tentar extrair uma quase renda da outra parte, lançando mão, entre outras coisas, das suas vantagens informacionais*”²⁴¹. Os custos de transação podem ser classificados em *ex ante* (custos ligados à definição do objeto e à negociação entre as partes) ou *ex post* (custos de monitoramento, renegociação e adaptação do ajuste a novas circunstâncias). Segundo WILLIAMSON, os custos de transação podem ser atenuados por meio de estruturas de governança, tendo o mercado como tipo ideal em um extremo e a organização com base na hierarquia em outro. Para Úrsula Dias PERES, a existência de uma estrutura de base hierárquica no setor público torna fracos os incentivos para a redução do comportamento oportunista, gerando custos *ex post* que comprometem a eficiência das contratações governamentais²⁴².

Paula Mara Costa de ARAÚJO e Renata Gomes de JESUS chamam a atenção para o fato de que os custos de transação no setor público são frequentemente negligenciados²⁴³. Por esse motivo, segundo as autoras, seria incorreto mensurar a "economia" gerada ao Erário a partir da comparação entre o valor de referência da licitação – calculado, via-de-regra, com base na média de preços pesquisados no mercado – e o preço homologado ao final do certame. Afinal, os valores referenciais não levam em conta os custos de transação

²³⁹ COASE, Ronald H. “The problem of social cost”. op. cit., p. 15.

²⁴⁰ WILLIAMSON, Oliver E. *The economic institutions of capitalism: firms, markets, relational contracting*. New York: The Free Press, 1985, p. 388.

²⁴¹ NÓBREGA, Marcos. “Contratos incompletos e infraestrutura: contratos administrativos, concessões de serviço público e PPPs” *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico – REDAE*. Salvador: Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 18, mai./jul. 2009. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-18-MAIO-2009-MARCOS-NOBREGA.pdf>. Acesso em: 18/03/2015.

²⁴² PERES, Úrsula Dias. “Custos de transação e estrutura de governança no setor público”. op. cit., pp. 26-28. Para Marcos Fernandes Gonçalves da Silva, “(...) numa sociedade dividida em grupos competitivos que buscam transferir renda, o resultado final do jogo social tende a ser Pareto Inferior: os custos da atividade caçadora de renda são maiores que os benefícios privados obtidos por alguns agentes ou grupos”. SILVA, Marcos Fernandes Gonçalves da. “Corrupção e produção de bens públicos”. In.: ARVATE, Paulo e BIDERMAN, Ciro (orgs.). *Economia do Setor Público no Brasil*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. pp. 127-135, citação à p. 128.

²⁴³ ARAÚJO, Paula Mara Costa de e JESUS, Renata Gomes de. “Processo licitatório tipo menor preço e eficiência em compras públicas: um estudo de caso”. In: *XXXVII Encontro da Associação Nacional de Pós-Graduação e Pesquisa em Administração (ANPAD)*. Rio de Janeiro: ANPAD, set/2013. Disponível em: http://www.fucape.br/_public/producao_cientifica/2/APB411-%20Paula%20Mara%20Costa%20de%20Araujo.pdf. Acesso em 11/05/2016.

relacionados a aspectos operacionais do procedimento licitatório. Para um resultado mais fiel, a Administração deveria considerar, além do preço pago pelo produto ou serviço, os custos envolvendo recursos materiais (papel, computadores, meios de comunicação, serviços gráficos, etc.) e humanos alocados nos trâmites burocráticos do próprio procedimento licitatório (a chamada “*red tape*”) e, também, na tão olvidada gestão contratual. Do mesmo modo, não se pode esquecer que licitantes e fornecedores repassam ao Poder Público em seu preço os custos envolvendo cadastramentos, obtenção de certidões, contratação de garantias, realização de vistorias prévias, apresentação de amostras, interposição de recursos e, ainda, a eventual propositura de eventuais demandas judiciais, entre outros custos possíveis.

As prerrogativas dadas pelo regime jurídico administrativo – que, com maior ou menor intensidade, se fazem sempre presente nos contratos celebrados pela Administração – geram um “custo invisível” nas licitações, com riscos que são monetizados pelos particulares e embutidos nos preços ofertados ao Estado (inadimplência ou mora no pagamento, revogação ou anulação da licitação, judicialização do certame, etc.)²⁴⁴. Como resultado, o Poder Público aparece como um “gigante frágil”, que se posiciona verticalmente sobre os particulares nos contratos administrativos, mas mal consegue definir o objeto que contrata. O desconhecimento de características técnicas acerca do objeto licitado gera um poderoso incentivo ao comportamento *rent-seeking* de licitantes e contratados, os quais “(...) *poderão agir com oportunismo quando órgãos públicos não especificarem de forma completa o produto licitado, aproveitando-se desta incompletude para cotar produtos de pior qualidade ou que não atendam às necessidades do comprador*”²⁴⁵.

Com vistas a tecer um diagnóstico acerca da gestão de contratos administrativos no governo federal – em especial, com servidores da área de compras da FIOCRUZ, da Caixa Econômica Federal e da INFRAERO – Mateus Barbosa Gomes ABREU, Têmis LIMBERGER e Anderson Vichinkeski TEIXEIRA realizaram uma pesquisa na qual, por meio de entrevistas semiestruturadas, identificaram as principais preocupações dos gestores de compras em nosso país²⁴⁶. Dentre tantas citações, o tema mais recorrente foi justamente a deficiência na especificação do objeto contratado: tanto os gestores quanto os contratados entrevistados

²⁴⁴ Calcular e projetar a extensão desses “custos invisíveis”, além de depender de estudos empíricos e de uma análise econométrica, são tarefas que não fazem parte do objeto deste estudo.

²⁴⁵ ARAÚJO, Paula Mara Costa de e JESUS, Renata Gomes de. “Processo licitatório tipo menor preço e eficiência em compras públicas: um estudo de caso”. op. cit., p. 6.

²⁴⁶ ABREU, Mateus Barbosa Gomes; LIMBERGER, Têmis; TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski; “Contratos administrativos e gestão pública – Proposições a partir de estudos de casos na Administração Pública federal indireta”. op.cit., pp. 155-176.

salientaram a importância que uma especificação correta representa para a melhoria da gestão contratual. Na tipologia dos custos de transação proposta por WILLIAMSON²⁴⁷, a definição precisa do objeto contratado representa um custo *ex ante*

(...) envolvendo os custos de reunir informações necessárias para: (i) a construção do edital de seleção; (ii) a especificação das características do item a ser contratado; (iii) definição dos seus indicadores (unidade de mensuração, quantidade/volume necessário, número de lotes para entrega, entre outros); (iv) caracterização das suas formas de operação — em caso de serviços e obras — ou de entrega — em caso de bens de consumo — de máquinas e equipamentos, de definição dos recursos e do fluxo de recursos envolvido para o pleno desempenho das funções preconizadas no edital.

A especificação deficiente – somada à racionalidade limitada, à incompletude contratual e a inerente dificuldade de previsão *ex ante* de riscos e contingências – dá ensejo a custos de transação *ex post*, tais como a repactuação de prazos de execução e acréscimos contratuais, os quais causam reflexos no preço final pago pela Administração Pública²⁴⁸. Karam KANG e Robert A MILLER, analisando o expressivo índice de alterações contratuais (“*price adjustments*”) nos Estados Unidos, chegaram à conclusão de que “[*t*]he median final price of a contract, \$724,270, is about 1.5 times larger than the median base price, \$485,580. The difference between the base and the final prices, which we call *ex-post price adjustment*, is nonzero for about 60% of the contracts in the data”²⁴⁹. Além disso, para SAUSSIÉ e TIROLE, a alta frequência com que os contratos públicos são renegociados tende a encorajar o comportamento oportunista dos licitantes, que ofertam propostas agressivas e irreais no certame já contando com a possibilidade de revisão ou alteração ao longo da execução contratual, anulando, assim, a economia obtida por meio do procedimento licitatório²⁵⁰.

²⁴⁷ ABREU, Mateus Barbosa Gomes; LIMBERGER, Têmis; TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski; “Contratos administrativos e gestão pública – Proposições a partir de estudos de casos na Administração Pública federal indireta”. op. cit., pp. 160-161.

²⁴⁸ “A necessidade de adaptação e negociação durante a fase de execução dos contratos administrativos muitas vezes é determinada pelas condições de prestação de serviços não previstos no contrato, seja pela racionalidade limitada dos gestores ou por falhas de especificação”. ABREU, Mateus Barbosa Gomes; LIMBERGER, Têmis; TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski; “Contratos administrativos e gestão pública – Proposições a partir de estudos de casos na Administração Pública federal indireta”. op. cit., p. 165.

²⁴⁹ KANG, Karam e MILLER, Robert A. “Winning by Default: Why is There So Little Competition in Government Procurement?” op. cit., p. 8.

²⁵⁰ “The renegotiation of contracts therefore tends to limit or even eliminate the benefits of competitive tendering procedures”. SAUSSIÉ, Stéphane e TIROLE, Jean. “Strengthening the Efficiency of Public Procurement”. op. cit., p. 5.

Por exemplo: em licitações de obras e serviços de engenharia, uma empreiteira experiente pode detectar falhas no projeto básico e, após vencer o certame, solicitar aditamentos contratuais para corrigi-las, aplicando a fraude conhecida como “jogo de planilhas”²⁵¹. Assim, “(...) ganha a licitação não necessariamente a firma mais eficiente, e sim aquela que detecta melhor o erro de quantitativo de um item de planilha e submete o lance mais baixo, sabendo que recuperará mais tarde a perda, apontando ao contratante o erro só depois de o contrato ter sido assinado”²⁵². Na visão de FIUZA, os juristas geralmente atribuem este problema a erros no projeto original e à ausência de um planejamento adequado da licitação. Mas, para o autor, não é só isso: é sintomático pensar que, em uma amostra de 9.988 contratos de obras públicas registrados no *ComprasNet*, nada menos do que 3.360 (mais de um terço) sofreram acréscimos contratuais. O alto grau de incerteza e a complexidade inerente à contratação de obras e serviços de engenharia mostram que o modelo previsto na Lei nº 8.666/1993 – que parte, como premissa, de uma definição completa, precisa e *ex ante* do objeto²⁵³ – seria, a princípio, inadequado. Para FIUZA, “(...) revisão dos valores dos contratos não pode ser atribuída exclusivamente a erros de edital ou de planilha, já que também advém do tipo de empreitada escolhido, que exige uma

²⁵¹ O “jogo de planilhas” é uma estratégia pela qual a licitante, no preenchimento da proposta de preços, indica valores unitários maiores em itens subestimados no Projeto Básico e valores menores em itens superestimados, com posterior pedido de acréscimo, via aditivo contratual, do item subestimado. O “jogo” é instrumentalizado por meio da ocorrência de alterações quantitativas na planilha contratual, tais como acréscimos, supressões e inclusões de serviços e materiais, bem como de variações de preços nas medições, sem justificativa adequada, causando dano ao erário. Sobre o tema, confira o Acórdão TCU nº 1514/2015-Plenário, TC 006.264/2012-3, Rel. Min. Bruno Dantas, julgado em 17.6.2015.

²⁵² FIUZA, Eduardo Pedral Sampaio. “Licitações e contratos no Brasil: a visão dos economistas”. op. cit., p. 248.

²⁵³ É o que se depreende do artigo 6º, inciso IX, da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993: “IX - Projeto Básico - conjunto de elementos necessários e suficientes, com nível de precisão adequado, para caracterizar a obra ou serviço, ou complexo de obras ou serviços objeto da licitação, elaborado com base nas indicações dos estudos técnicos preliminares, que assegurem a viabilidade técnica e o adequado tratamento do impacto ambiental do empreendimento, e que possibilite a avaliação do custo da obra e a definição dos métodos e do prazo de execução, devendo conter os seguintes elementos: a) desenvolvimento da solução escolhida de forma a fornecer visão global da obra e identificar todos os seus elementos constitutivos com clareza; b) soluções técnicas globais e localizadas, suficientemente detalhadas, de forma a minimizar a necessidade de reformulação ou de variantes durante as fases de elaboração do projeto executivo e de realização das obras e montagem; c) identificação dos tipos de serviços a executar e de materiais e equipamentos a incorporar à obra, bem como suas especificações que assegurem os melhores resultados para o empreendimento, sem frustrar o caráter competitivo para a sua execução; d) informações que possibilitem o estudo e a dedução de métodos construtivos, instalações provisórias e condições organizacionais para a obra, sem frustrar o caráter competitivo para a sua execução; e) subsídios para montagem do plano de licitação e gestão da obra, compreendendo a sua programação, a estratégia de suprimentos, as normas de fiscalização e outros dados necessários em cada caso; f) orçamento detalhado do custo global da obra, fundamentado em quantitativos de serviços e fornecimentos propriamente avaliados;”.

*quantificação dos insumos do projeto ex ante (...) – uma vez que – há uma dificuldade intrínseca em especificar-se completamente bem o projeto de antemão*²⁵⁴.

Para Pablo T. SPILLER, os contratos públicos estão expostos não só ao oportunismo manifestado pela parte contrária (que o autor denomina “*standard opportunistic behavior*”), mas também ao oportunismo advindo do governo (“*government opportunism*”) e de terceiros (“*third party opportunism*”). Ao contratar com o Poder Público, o particular está sujeito às pressões de adversários políticos, antigos fornecedores e organizações da sociedade civil, bem como à possibilidade de alteração extemporânea das “regras do jogo” por meio da criação de novos tributos ou em razão de decisões regulatórias, por exemplo. Por isso, segundo SPILLER, é errada a percepção, baseada no senso comum, de que os contratos públicos são mais ineficientes que os privados²⁵⁵. Isso porque ambos não estão sujeitos às mesmas pressões institucionais e, por isso, não podem ser comparados diretamente²⁵⁶. Todavia, é verdade que os contratos públicos são menos flexíveis que os privados, prevendo condições e procedimentos rígidos para renegociação com vistas a evitar o comportamento oportunista do contratado e do governo. Essa rigidez, contudo, tem um preço: em levantamento realizado em 2004 por J. Luis GUASCH, o autor verificou que, entre 942 concessões de serviços públicos em países da América Latina, celebradas em meados da década de 1980, 42% já haviam sido renegociadas nos anos 2000, aumentando custos de transação *ex post*²⁵⁷.

Esse oportunismo também é agravado por uma fiscalização contratual ineficiente e pela tímida aplicação de multas e penalidades. Em pesquisa realizada na Itália com dados da CONSIP, reunindo mais de quatro mil auditorias em contratos firmados entre 2005 e 2008, Giancarlo SPAGNOLO verificou que a percentagem de infrações detectadas e documentadas pelo órgão ou entidade contratante foi relativamente alta (36%), mas a aplicação de sanções

²⁵⁴ FIUZA, Eduardo Pedral Sampaio. “Licitações e contratos no Brasil: a visão dos economistas”, op. cit., p. 248.

²⁵⁵ “(...) *common wisdom sees public contracts as generally more inflexible, requiring more frequent formal renegotiation, having a higher tendency to litigate, and providing weaker incentives. In sum, public contracts are perceived to be less 'efficient'.*” SPILLER, Pablo T. “An institutional theory of public contracts: regulatory implications”. *Cambridge: National Bureau of Economic Research (NBER)*, 2008 (NBER Working Paper, nº.14.152), p. 1. Publicado posteriormente In: GHERTMAN, Michel. MÉNARD, Claude (ed.). *Regulation, Deregulation, Re-regulation: Institutional Perspectives*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2009. pp. 45-66.

²⁵⁶ “(...) *public contracting cannot be simply compared to private contracting, nor can the standard measure of performance from private contracting be applied to public contracts*”. SPILLER, Pablo T. “An institutional theory of public contracts: regulatory implications”. op. cit., pp. 45-66.

²⁵⁷ GUASCH, J. Luis. *Granting and Renegotiating Infrastructure Concessions: Doing it Right*. WBI Development Studies: Washington: World Bank, 2004. Disponível em <https://openknowledge.worldbank.org/handle/10986/15024>. pp. 79-88, especialmente a tabela 6.1.

foi extremamente baixa, não chegando nem a um décimo daquele montante (3,4%): “(...) *the percentage of contracts in which an infringement (no-conformity to the contract) has been detected and registered by the buyer is relatively high, about 36%, 53% of which are identified as major non-conformities*”, afirma SPAGNOLO. “*However, the enforcement of penalties, the main contractual remedy, is dramatically low: only 3.4% of the major non-conformities detected and registered by the buyer are contractually sanctioned*”²⁵⁸.

Para ABREU, LIMBERGER e TEIXEIRA, o comportamento oportunista dos fornecedores é reforçado pela desconfiança na capacidade do governo de fiscalizar²⁵⁹. Como a fiscalização é escassa – e, quando existente, profundamente ineficiente – reduzir a qualidade é uma alternativa fácil para cortar custos que sempre se coloca à disposição do contratado. Segundo os autores, a experiência prática dos gestores de compras mostra que a fiscalização só atua repressivamente, após constatada a inobservância da qualidade contratada pela Administração. Uma alternativa seria a criação de um sistema informatizado de gestão de contratos, com diferentes níveis de acesso para gestores, órgãos de controle, contratados e o público em geral, pelo qual se poderiam reunir informações sobre cada ajuste celebrado e, assim, aumentar a fiscalização sem majorar excessivamente os custos de monitoramento. A redução da assimetria informacional entre as partes ao longo da gestão contratual viria em benefício do Poder Público, incentivando a observância dos padrões de qualidade contratados e eliminando o incentivo ao comportamento oportunista, que milita no sentido oposto.

1.2.2. Complexidade do objeto e incompletude contratual

A licitação também não se mostra eficiente, em regra, para adjudicação de contratações de alta complexidade. Economicamente, a complexidade do objeto pode ser mensurada com base nos custos de transação *ex ante* incorridos pelo contratante para

²⁵⁸ SPAGNOLO, Giancarlo. “Reputation, Competition and Entry in Procurement”. op. cit., pp. 291-296. Citação às pp. 293-294.

²⁵⁹ “(...) muitas são as ocorrências registradas em que os agentes privados contratados se dedicam à realização de práticas visando elidir a competitividade das licitações e a [indevida] redução de seus custos, em detrimento da mínima qualidade de produtos e serviços esperados durante a execução contratual” e também “(...) os agentes públicos, em função de sua racionalidade limitada, não são capazes de antecipar todas as contingências possíveis na fase de aquisição e de redação contratual. Assim, os fornecedores podem explorar incompletudes dos contratos (falhas na especificação do item contratado) para renegar a qualidade do serviço, a fim de reduzir seus custos”. ABREU, Mateus Barbosa Gomes; LIMBERGER, Têmis; TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski; “Contratos administrativos e gestão pública – Proposições a partir de estudos de casos na Administração Pública federal indireta”. op. cit., pp. 156 e 162, respectivamente.

descrever suas características e especificações técnicas. Segundo Marcos NÓBREGA, os custos associados à obtenção de um contrato completo, somado a assimetrias informacionais e a falhas de supervisão e monitoramento do ajuste, podem justificar a opção das partes pela celebração de um contrato sabidamente incompleto. "*Dentre as opções postas, talvez seja mais adequado elaborar um contrato incompleto considerando um ambiente econômico e jurídico repleto de imperfeições e incertezas bem como o custo de extensas negociações contratuais, determinando a busca pela completude contratual excessivamente onerosa*"²⁶⁰. Haveria, assim, um "(...) grau de completude (ou incompletude) contratual ótimo" que tornaria economicamente viável a celebração do contrato diante da incerteza. No mesmo sentido, para SPILLER, "(...) *contracts are always incomplete, and that, to a large extent, the degree of incompleteness is chosen by the parties*"²⁶¹.

Existe, por conseguinte, uma relação diretamente proporcional entre o grau de completude contratual e os custos relacionados ao desenho e à modelagem da contratação, voltados a estabelecer *ex ante* os riscos, as contingências e as particularidades que poderão afetar o ajuste durante sua execução. Quanto mais complexo o objeto contratado, maiores serão os custos associados à modelagem da licitação e do contrato, afetando também a possibilidade de ocorrência de custos de transação *ex post* ligados à renegociação e à adaptação contratual²⁶². Diante disso, NÓBREGA chega à conclusão de que os contratos ditos relacionais – ou seja, ajustes incompletos sujeitos à renegociação permanente de seus termos entre as partes – podem não conduzir a uma situação de ótimo de Pareto ("*first best solution*"), mas, ao menos, à melhor solução sub-ótima ("*second best solution*")²⁶³.

²⁶⁰ Continua: "*Além disso, a incompletude contratual também pode ser devida a fatores estruturais com assimetria de informação, deficiências na supervisão de conduta de uma parte pela outra parte (inobservabilidade) ou dificuldade de supervisão por um terceiro ao contrato (inverificabilidade). Logo, deverá haver um grau de completude (ou incompletude) contratual ótimo que maximizará a função de utilidade dos contratantes*". NÓBREGA, Marcos. "Contratos incompletos e infraestrutura: contratos administrativos, concessões de serviço público e PPPs". op. cit., p. 3.

²⁶¹ SPILLER, Pablo T. "An institutional theory of public contracts: regulatory implications". op. cit., pp. 45-66.

²⁶² Patrick Bajari, Stephanie Houghton e Steven Tadelis realizaram um estudo empírico com contratos no setor rodoviário da Califórnia no qual verificaram que os custos de adaptação correspondem a um percentual entre 8% e 14% da proposta vencedora. Nessa linha, segundo os autores, os *markups* – diferença entre o custo e o valor de venda de um produto – decorrentes de poder de mercado ou da assimetria informacional são bem inferiores a esse percentual, demonstrando assim como a incompletude contratual é relevante. BAJARI, Patrick; HOUGHTON, Stephanie; TADELIS, Steven. "Bidding for incomplete contracts: an empirical analysis". Cambridge (MA): *National Bureau of Economic Research*, 2006 (NBER Working Paper, n. 12.051).

²⁶³ NÓBREGA, Marcos. "Contratos incompletos e infraestrutura: contratos administrativos, concessões de serviço público e PPPs". op. cit., pp. 02-07.

Neste ponto, lembra FIUZA, os economistas divergem frontalmente dos juristas, para quem o contrato já deve prever, de antemão, todos os riscos e encargos assumidos²⁶⁴. A doutrina do Direito Administrativo entende, à luz do artigo 44 da Lei nº 8.666/1993, que a margem de discricionariedade deixada pela lei à Administração se esgota com a elaboração do edital, que rege todo o procedimento licitatório e que dá ao futuro ajuste (cuja minuta, em regra, já o acompanha como anexo) o caráter de contrato de adesão, sem possibilidade de negociação das condições nele previstas²⁶⁵. Destarte, a vinculação ao instrumento convocatório impede a modificação das condições originalmente submetidas à concorrência, limitando, assim, a introdução de alterações *ex post* ao contrato administrativo para além das balizas previstas nos parágrafos do artigo 65 da Lei nº 8.666/1993²⁶⁶.

Parece haver um *trade off* entre a concorrência e a complexidade do objeto contratado, o qual torna mais eficiente submeter a adjudicação do contrato, conforme o caso, a realização de um prévio procedimento competitivo (como a licitação) ou de negociações diretas entre o Poder Público e o fornecedor²⁶⁷. Quanto mais simples e menos complexo for o objeto, maior o universo de fornecedores em tese aptos a participar de uma licitação e, igualmente, mais eficiente será a seleção do contratado por meio de um procedimento competitivo. Aqui, é possível notar uma correlação direta com as estruturas de mercado: afinal, um grande número de compradores e vendedores, produtos homogêneos, ausência de barreiras à entrada e acesso pleno às informações relevantes são condições que refletem, em microeconomia, o modelo da concorrência perfeita²⁶⁸. Por outro lado, quanto maior a complexidade de um bem ou serviço – e, igualmente, mais concentrado e/ou oligopolizado

²⁶⁴ FIUZA, Eduardo Pedral Sampaio. “Licitações e contratos no Brasil: a visão dos economistas”. op. cit., pp. 241-245.

²⁶⁵ O artigo 54, §1º, da Lei nº 8.666/1993 demonstra claramente como a legislação acolhe a pactuação de contratos completos como premissa: “§ 1º Os contratos devem estabelecer com clareza e precisão as condições para sua execução, expressas em cláusulas que definam os direitos, obrigações e responsabilidades das partes, em conformidade com os termos da licitação e da proposta a que se vinculam”.

²⁶⁶ A concorrência pode ser um critério limitador de alterações contratuais, restringindo modificações que desnaturem as condições originalmente sujeitas à competição. Entretanto, a alteração deve ser analisada caso a caso, não sendo lícito alçar a concorrência à condição de princípio absoluto que não possa ceder diante do interesse público e de outros princípios aplicáveis às contratações públicas. SILVA, Fabiane Tessari Lima da. “A tutela da concorrência no âmbito do Direito Comunitário e a modificação objetiva dos contratos públicos no Código dos Contratos Públicos português (CCP)”. *Revista de Direito Público da Economia - RDPE*, Belo Horizonte, ano 11, n. 43, jul./set. 2013, pp. 83-108.

²⁶⁷ BULOW, Jeremy e KLEMPERER, Paul. “Auctions versus Negotiations” *The American Economic Review*, Vol. 86, nº 1, mar/1996, pp. 180-194.

²⁶⁸ NUSDEO, Fábio. *Curso de Economia. Introdução ao Direito Econômico*. 5ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. pp. 264-277.

for o mercado em que se insere – as negociações diretas entre o fornecedor e a Administração tendem a ser mais eficientes do que a deflagração de um processo licitatório²⁶⁹.

Este *trade off* entre complexidade e concorrência deve ser associado a outro, já conhecido em sede de teoria contratual, entre riscos e incentivos²⁷⁰. Quanto mais intensa for a exposição de uma parte a riscos, maiores serão os seus incentivos para impedir sua ocorrência e reduzir custos. Para que a alocação de riscos em um contrato seja o mais eficiente possível (ou, ao menos, Pareto-superior) é fundamental que as consequências de um eventual evento danoso sejam suportadas pela parte que tiver maiores condições de preveni-lo. E, para tanto, é fundamental que a legislação de licitações e contratos seja flexível o suficiente para permitir que essa alocação de riscos seja feita caso a caso, de acordo com a complexidade do objeto e as características do mercado em que se situa²⁷¹ – retomaremos este ponto mais adiante, no terceiro capítulo deste estudo. De todo modo, parece-me claro que a constatação de que a concorrência seja possível ou viável no caso concreto não significa, por si só, que a licitação seja o melhor caminho a seguir.

1.2.3. A contratação pública sob as lentes do Direito Econômico

Ao longo deste item, busquei trabalhar alguns conceitos fundamentais da economia dos contratos para explicar porque, na prática, a licitação nem sempre é capaz de conduzir a Administração à seleção da proposta mais vantajosa aos seus interesses. Evidentemente, custos de transação, oportunismo e incompletude contratual não são aspectos exclusivos das contratações firmadas pelo Poder Público. Entretanto, é certo que os contratos públicos estão mais suscetíveis a essas falhas do que os contratos privados e isso, como dito por SPILLER, deve-se à sua maior *rigidez*. A pretexto de evitar a corrupção, a inflexibilidade do modelo legal de licitações e contratos preconizado pela Lei nº 8.666/1993 pode acabar marchando

²⁶⁹ Nos casos de contratação direta – sobretudo inexigibilidade, em que a concorrência é inviável (artigo 25, *caput* da Lei Geral de Licitações e Contratos) – é comum a subversão da lógica da Lei nº 8.666/1993 no que diz respeito ao Projeto Básico. Nesses casos, é o contratado que define, na prática, as especificações técnicas que serão exigidas pela Administração, a qual se limita, não raro, apenas a transcrever as condições contidas na proposta apresentada. Portanto, não obstante formalmente vedada, as negociações diretas já ocorrem na prática, *apesar* da Lei nº 8.666/1993.

²⁷⁰ ALBANO, G.L.; DINI, F.; IOSSA, E.; SPAGNOLO, G.; “Procurement contracting strategies”. In: DIMITRI, N.; PIGA, G.; SPAGNOLO, G. (Ed.). *Handbook of procurement*. Cambridge (UK): Cambridge University Press, 2006, pp. 82-120, cf. pp. 82-85.

²⁷¹ “The link between design and participation is instrumental in answering a more fundamental question: what are the buyer’s most effective solutions in attracting a specific class of participants such as small and medium enterprises, or new entrants, in a procurement market with a stable number of, possibly, strong incumbent firms?”. ALBANO, G.L.; DIMITIRI, N.; PERRIGNE, I.; PIGA, G.; “Fostering Participation”. *op.cit.*, p. 269.

em sentido contrário, criando incentivos para o comportamento oportunista de licitantes e contratados e, dessa maneira, expondo a contratação pública com mais intensidade às distorções próprias da teoria contratual.

A preocupação excessiva com o desperdício ativo coloca em segundo plano a principal causa da ineficiência das contratações públicas, que é o desperdício passivo. Não ignoro que ambos sejam essenciais para a melhoria do gasto público. A meu ver, a prevalência do primeiro pode ser explicada em grande parte pelo contexto em que foi editada a Lei nº 8.666/1993, um diploma legal maximalista comprometido desde o berço com a moralização da Administração Pública, tal como visto no item anterior. Esse verdadeiro *simbolismo* instaurado em torno da Lei de Licitações foi essencial para a formação de uma cultura que centra o foco no processo ao invés de focar os resultados das contratações governamentais. Isso é particularmente sensível no campo do Direito (em especial no Direito Administrativo), no qual a literatura se concentra na exegese dos textos legais com o objetivo de fornecer subsídios para fornecedores, membros de comissões licitantes, gestores e operadores do Direito em geral interessados na *prática* das contratações públicas. Grosso modo, trata-se de uma doutrina excessivamente preocupada com a interpretação dada pelos órgãos de controle e com o atendimento às formalidades exigidas em cada procedimento, dando ênfase reduzida aos resultados das contratações. Esse é o verdadeiro “estado da arte” das licitações no Brasil.

Com efeito, estou convencido que o Poder Público deve ser dotado de maior flexibilidade para decidir qual a melhor maneira de licitar e contratar no caso concreto. A “modelagem” do procedimento licitatório e da contratação, como se verá no último capítulo deste estudo, poderá servir tanto para aumentar ou diminuir a intensidade da concorrência, de um lado, quanto para impedir (ou ao menos dificultar) práticas indesejadas como conluio, fraudes e corrupção. Desde logo, acho relevante esclarecer que não estou, aqui, a advogar contra as licitações nem a pleitear a flexibilização ou abrandamento do dever constitucional de licitar. Pelo contrário: minha proposta é de revalorização do instituto a partir de uma compreensão mais profunda das suas potencialidades. Em outras palavras, não é o *porquê*, mas o *como* licitar que deve ser repensado caso se pretenda dar efetividade real ao emprego

estratégico do poder de compra do Estado no Brasil, tal como preconizado pelo governo federal no Plano Brasil Maior (2011-2014)²⁷² e, mais recentemente, no Plano Brasil 2022²⁷³.

Por esse motivo é que proponho que a contratação pública deixe de ser enfocada exclusivamente pelas lentes do Direito Administrativo, mas passe também a constituir objeto da abordagem interdisciplinar que caracteriza o Direito Econômico²⁷⁴. Para Eros Roberto GRAU, o Direito Econômico corresponde ao sistema normativo dedicado à regulação da atividade econômica e à efetivação da política econômica estatal²⁷⁵. Não se trata, contudo, de um outro “ramo” do Direito, mas sim de um método para a sua análise a partir da compreensão dos aspectos econômicos subjacentes ao fenômeno jurídico²⁷⁶. Na esclarecedora síntese de Fábio Konder COMPARATO, o “indispensável” Direito Econômico consiste no conjunto de técnicas jurídicas à disposição do Estado para realizar a sua política econômica²⁷⁷. Gilberto BERCOVICI e Luís Fernando MASSONETTO filiam-se à visão de GRAU e COMPARATO quando afirmam que o Direito Econômico se dedica à organização jurídica da acumulação do excedente, incorporando as tensões e os conflitos latentes entre a política

²⁷² O Plano Brasil Maior é um plano setorial voltado à política industrial, tecnológica, de serviços e de comércio exterior do Governo Federal. A “diretriz estruturante nº 2” do plano enfoca o uso do poder de compra do Estado para “criar negócios intensivos em conhecimento e em escala”, bem como a utilização das compras governamentais para estimular a produção e a inovação no país. Confira-se o conteúdo do plano em <http://www.brasilmaior.mdic.gov.br/>.

²⁷³ A respeito, merece destaque a meta nº 3 do eixo “planejamento”, que se propõe a “desenvolver capacidades estratégicas de utilizar o poder de compra do Estado” por meio do aperfeiçoamento da Lei nº 8.666/2017 e pela regulamentação do artigo 173 da Lei Maior, que trata das compras realizadas pelas empresas estatais. O poder de compra do Estado também aparece nos eixos “desenvolvimento social e combate à fome” (meta nº 2, ação nº 6), “saúde” (meta nº 1, ações nºs 2, 3 e 5), “igualdade racial” (meta nº 2, ação nº 3). BRASIL. *Brasil 2022: trabalhos preparatórios*. Brasil: Presidência da República, Secretaria de Assuntos Estratégicos – SAE, 2011.

²⁷⁴ RODRIGUES, Nuno Cunha. *A Contratação Pública como Instrumento de Política Económica*. op. cit., pp. 26-27.

²⁷⁵ GRAU, Eros Roberto. *Elementos de Direito Econômico*. São Paulo: RT, 1981. p.31. Essa característica do Direito Econômico face o Direito Administrativo foi anotada também por André de Laubadere: “On considere tres généralement que le Droit Administratif Economique est principalement caractérisé par une souplesse que l’on ne rencontre pas, du moins à ce degré, dans les autres parties du Droit Administratif. On ajoute du reste généralement que ce trait se retrouve dans toutes les branches du Droit Economique: en raison des caractéristiques de son milieu propre, en particulier de la matière à laquelle il s’adresse, le Droit Economique aspire à se mouvoir dans le cadre de notions, de règles, de théories moins rigides, moins catégoriques, moins fixes que les autres Droits”. LAUBADERE, Andre de. *Droit Public Économique*, 10^e ed., Paris: Dalloz, 1976, p. 109.

²⁷⁶ Fábio Nusdeo igualmente confirma o caráter eminentemente metodológico do Direito Econômico enquanto disciplina, “(...) o qual consiste precisamente em se utilizar de todo o conhecimento quanto à mecânica funcional dos sistemas econômicos, inclusive o seu direcionamento pelas normas de política econômica, na análise e interpretação do Direito” (p. 208). Nesse sentido, as normas de Direito Econômico não decorrem, para Nusdeo, do mero “conteúdo econômico” da norma, mas sim - e sob um ponto de vista funcional e finalístico - do caráter instrumental da norma em relação a objetivos de política econômica. Por isso que o Direito Econômico é visto como um método aplicável à análise do ordenamento jurídico como um todo. NUSDEO, Fábio. *Curso de Economia. Introdução ao Direito Econômico*. op. cit., pp. 202-210.

²⁷⁷ COMPARATO, Fábio Konder. “O indispensável Direito Econômico”. In: *Ensaio e Pareceres de Direito Empresarial*. Rio de Janeiro: Forense, 1978, pp. 453-472. Confira-se, em especial, as pp. 462, 465 e 471.

e a economia²⁷⁸. Nesse sentido, o “*ainda indispensável*” Direito Econômico conserva sua atualidade e importância enquanto não for vencido o chamado “desafio furtadiano”, ou seja, enquanto não se completarem as tarefas que a Constituição de 1988, em nítido caráter dirigente, prescreveu ao Estado brasileiro no sentido de transformar as estruturas econômicas e sociais para superar o subdesenvolvimento²⁷⁹. A finalidade do Direito Econômico consiste em realizar a política econômica traduzindo em normas os seus instrumentos, entre os quais se inclui a demanda gerada pelo Estado-comprador e a própria contratação pública em si.

A concorrência, por conseguinte, não pode ser um fim em si mesma. Para BERCOVICI, quando a Constituição da República incorpora a “livre concorrência” como princípio, em seu artigo 170, inciso IV, o texto constitucional deixa claro que a compreende como um “instrumento”, um “meio”, e não como um “objetivo” independente a ser atingido pela ordem econômica constitucional²⁸⁰. Esse aspecto instrumental da concorrência, no setor público, passa necessariamente pelas contratações públicas. A licitação e o contrato também não podem ser fins em si próprios, mas ferramentas à disposição do Estado para atingir objetivos contratuais e extracontratuais de relevo – entre eles, a obtenção da proposta mais vantajosa. Para Nuno Cunha RODRIGUES, “(...) *a regulação jurídica da contratação pública procura, em primeiro lugar, assegurar o acesso ao mercado, o que se reflecte na natureza sui generis dos mercados públicos e na influência que o direito público tem neste domínio contribuindo para a afirmação de um verdadeiro direito público da concorrência*”. Entretanto, a “(...) *possibilidade de manipulação da concorrência através dos contratos públicos – do lado da oferta, mas, sobretudo, do lado da procura – constitui um fenómeno, até há pouco, escassamente estudado*”²⁸¹, o que se deve, segundo RODRIGUES, ao estudo das

²⁷⁸ “O direito econômico, ao tratar a ordenação dos processos econômicos, ou da organização jurídica dos espaços da acumulação, em uma perspectiva macrojurídica, incide diretamente nos planos analíticos da estratificação da sociedade e da estrutura de poder da sociedade, ou seja, cada opção de organização jurídico-econômica incide diretamente na distribuição do excedente, na possibilidade, ou não, de redução das desigualdades a médio e longo prazo”. BERCOVICI, Gilberto e MASSONETTO, Luís Fernando. “Limites da regulação: esboço para uma crítica metodológica do “novo direito público da economia”. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 7, n. 25, jan./mar. 2009, pp. 137-147, p. 144.

²⁷⁹ BERCOVICI, Gilberto. “O Ainda Indispensável Direito Econômico”. In: BENEVIDES, M. V. de M.; BERCOVICI, G.; MELO, C. (Org.). *Direitos Humanos, Democracia e República: Homenagem a Fábio Konder Comparato*. São Paulo: Quartier Latin, 2009, pp. 503-519, confira as pp. 504-505.

²⁸⁰ BERCOVICI, Gilberto. “Petrobras – Monopólio estatal e política concorrencial”. *Revista Fórum de Direito Financeiro e Econômico – RFDPE*. Belo Horizonte, ano 3, n. 5. pp. 135-148, mar./ago., 2014. No mesmo sentido, confira GRAU, *A ordem econômica na Constituição de 1988*, op.cit., pp. 208-214; e FORGIONI Paula A. *Os fundamentos do antitruste*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 24-26, 87-93; 190-199.

²⁸¹ RODRIGUES, Nuno Cunha. *A Contratação Pública como Instrumento de Política Económica*. op. cit., p. 23, ambos os trechos.

licitações e contratos em apartado do Direito Econômico, o que marginaliza os amplos pontos de convergência entre os temas.

Portanto, estou de acordo com o autor português quando afirma, textualmente, "(...) *que o Direito da Contratação Pública não pertence à esfera do Direito Administrativo. Situa-se numa zona de condomínio que abrange diferentes ramos do Direito, entre os quais figuram (igualmente) o Direito Internacional Económico, o Direito da União Europeia, o Direito da Concorrência e as Finanças Públicas, todos eles essenciais à compreensão global da contratação pública e reconduzíveis, em larga medida, ao Direito da Economia*"²⁸². No próximo capítulo, no qual iremos abordar especificamente o emprego da licitação e da contratação pública para o atingimento de objetivos contratuais ou extracontratuais pelo Estado, acredito que a interdisciplinaridade proposta nestas linhas ficará ainda mais evidente e clara ao leitor.

²⁸² RODRIGUES, Nuno Cunha. *A Contratação Pública como Instrumento de Política Económica*. op. cit., p. 25, grifo meu.

2. O PODER PÚBLICO COMO CLIENTE: EQUÍVOCOS ENVOLVENDO O PODER DE COMPRA DO ESTADO NA LEGISLAÇÃO FEDERAL BRASILEIRA

2.1. OBJETIVOS “HORIZONTAIS”, “MEDIATOS” OU “EXTRACONTRATUAIS”: FUNÇÃO REGULATÓRIA DAS CONTRATAÇÕES PÚBLICAS?

Impossível não concordar com Carlos Ari SUNDFELD e Guilherme Jardim JURKSAITIS quando afirmam que, “(...) na Administração Pública atual, administrar é, sobretudo, contratar”¹. Afinal, (...) hoje, o contrato público é tanto instrumento para as atividades-meio, quanto engrenagem para as atividades-fim do Estado². Nessa mesma linha, Thiago Lima BREUS defende a ideia de “governo por contrato(s)”, que corresponde à possibilidade de a Administração exercer de forma estratégica o seu poder de compra de modo a incluir finalidades extracontratuais no bojo dos contratos públicos³. Usadas para a prospecção de políticas públicas e medidas anticíclicas, as contratações públicas geram externalidades positivas (“*spillover effects*”) que se incorporam ao próprio ajuste como objetivo indireto ou mediato da contratação, na terminologia de Egon Bockmann MOREIRA⁴.

Segundo Sue ARROWSMITH, professora da Universidade de Nottingham, essas políticas públicas têm sido adjetivadas como acessórias, secundárias e horizontais ou, ainda,

¹ JURKSAITIS, Guilherme Jardim e SUNDFELD, Carlos Ari. “Apresentação”. In: JURKSAITIS, Guilherme Jardim e SUNDFELD, Carlos Ari. (Coord.) *Contratos Públicos e Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 13.

² BREUS, Thiago Lima. *O governo por contrato(s) e a concretização de políticas públicas horizontais como mecanismo de justiça distributiva*. 263 p. Tese (doutorado). Curitiba: Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, 2015. p. 240.

³ “Vale dizer, sob o governo por contrato(s), a Administração pode pretender a adjudicação de um objeto primário, como uma obra pública, a obtenção de um bem, a prestação de um serviço público ou a exploração de um empreendimento e, simultaneamente, a promoção também de fins paralelos ao do contrato, tais como, a inovação, a preservação ambiental, o desenvolvimento da produção industrial, a melhoria do emprego, da saúde pública, das condições sociais e, em especial, a inclusão de grupos hipossuficientes”. BREUS, Thiago Lima. *O governo por contrato(s) e a concretização de políticas públicas horizontais como mecanismo de justiça distributiva*. op. cit., p. 5.

⁴ Para Egon Bockmann Moreira, “(...) o legislador instalou uma externalidade positiva a ser obrigatoriamente perseguida em todas as contratações públicas. A vantagem da proposta precisa ser aferida de modo interno e externo à futura contratação: ali, sob a perspectiva tradicional dos benefícios econômico-financeiros daquele contrato (objeto imediato da contratação); aqui, num patamar superior e diacrônico, pertinente a medidas político-administrativas que tragam consigo o desenvolvimento sociopolítico, ambiental e econômico da Nação Brasileira (objeto mediato da contratação)”. GUIMARÃES, Fernando Vernalha e MOREIRA, Egon Bockmann. *Licitação Pública: a Lei Geral de Licitação – LGL e o Regime Diferenciado de Contratação – RDC*. São Paulo: Malheiros, 2012, pp. 83-84

transversais, suplementares, adicionais ou colaterais⁵. Na Europa, de acordo com Nuno Cunha RODRIGUES, elas têm sido chamadas principalmente de “*secondary policies*” e, nos EUA, de “*collateral policies*”⁶. Para ARROWSMITH, denominar essas políticas públicas de “secundárias” sugere um grau menor de importância em comparação com os objetivos principais da contratação, que correspondem, grosso modo, à obtenção do melhor *value for money* para o Estado-comprador. No âmbito deste estudo, qualificarei esses objetivos como “horizontais”, “mediatos” ou “extracontratuais”⁷. Independentemente da denominação, o que interessa é que a incorporação desses objetivos parece abrir caminho para o questionamento da visão tradicional dada à contratação pública pela doutrina do Direito Administrativo.

Para Thiago Lima BREUS, os contratos públicos hoje em dia devem considerar a satisfação de fins *supra partes* e o equilíbrio de múltiplas equações que não se restringem à manutenção econômico-financeira, operando como instrumento de uma justiça distributiva, e não meramente comutativa. Assim, “(...) *a partir da busca de fins extracontratuais, – afirma o autor – o contrato público deixa de ser considerado exclusivamente objeto de regulação (caso em que a regulação ocorreria por agência) e passa a funcionar, per se, como agente e/ou mecanismo de regulação pública (caso em que a regulação ocorre por meio do próprio contrato público)*”⁸. BREUS situa o movimento de “governo por contratos”⁹ entre a lógica da autoridade e do consenso, em um momento de transição que parte de uma

⁵ ARROWSMITH, Sue, “Application of the EC Treaty and Directives to horizontal policies: a critical view”, in ARROWSMITH, Sue e KUNZLIK, Peter (orgs). *Social and environmental policies in EC procurement law*, Cambridge University Press, 2009, pp. 147-248.

⁶ RODRIGUES, Nuno Cunha. *A Contratação Pública como Instrumento de Política Económica*. Coimbra: Almedina, 2013, p. 202. Sobre a incorporação de finalidades contratuais acessórias, suplementares, transversais ou horizontais às contratações públicas, veja também: GONÇALVES, Pedro Costa. “A regulação do mercado da contratação pública”. *Revista de Contratos Públicos – RCP*, Belo Horizonte, ano 3, n. 3, p. 201-208, mar./ago. 2013.

⁷ “Para os fins do presente estudo, adota-se a nomenclatura políticas públicas horizontais, uma vez que, consoante Sue Arrowsmith, a noção de políticas acessórias e/ou secundárias induziria, ainda que de modo implícito, à ideia de se estar diante de políticas de menor relevância ou expressão frente às buscadas imediatamente pelo contrato (...) Por isso, pode-se afastar a terminologia de políticas secundárias. Em grande parte das contratações, elas se tratam de políticas principais. Aí pode-se estar diante de contratos com finalidades múltiplas”. BREUS, Thiago Lima. *O governo por contrato(s) e a concretização de políticas públicas horizontais como mecanismo de justiça distributiva*. op. cit., pp. 124-125.

⁸ BREUS, Thiago Lima. *O governo por contrato(s) e a concretização de políticas públicas horizontais como mecanismo de justiça distributiva*. op. cit., p. 9.

⁹ “Sob a designação de governo por contrato(s), apresenta-se a possibilidade de a Administração empregar a chamada contratação pública estratégica consistente na adição de finalidades contratuais acessórias, transversais e/ou horizontais no bojo dos contratos públicos (...) Elas impõem à Administração o dever de ponderação entre os sacrifícios em matéria de eficiência e os objetivos de políticas públicas a serem concretizados por meio dos contratos públicos”. BREUS, Thiago Lima. *O governo por contrato(s) e a concretização de políticas públicas horizontais como mecanismo de justiça distributiva*. op. cit., p 241.

justiça contratual comutativa, em uma situação justa "*à partida*"¹⁰, rumo a uma justiça contratual distributiva, a qual incorpora finalidades *supra partes* para atingir uma situação justa "*à chegada*"¹¹.

Pedro Costa GONÇALVES afirma que o contrato administrativo incorpora a tensão entre o consenso, fonte primeira do negócio jurídico, e a autoridade da Administração, com cláusulas exorbitantes e prerrogativas que colocam o Poder Público em posição de verticalidade em relação ao contratado¹². Na visão de Marcos Juruena Villela SOUTO, as licitações possuem uma função regulatória conformadora do mercado por meio da qual o procedimento licitatório e a contratação pública em si se convertem em verdadeiros instrumentos para a implementação de políticas públicas¹³. A ideia, portanto, é emprega-los não apenas para obter o melhor *value for money* para a Administração, mas também para atender a outras finalidades defendidas pelo ordenamento jurídico. GONÇALVES também defende a função regulatória da contratação ao afirmar que "(...) o contrato se revela um instrumento idôneo e especialmente adequado como técnica ou como estratégia regulatória, surgindo como uma forma jurídica naturalmente adaptada à função de regulação"¹⁴.

Para ARROWSMITH, os objetivos horizontais da contratação pública constituem uma forma de regulação oferta-demanda que atinge diretamente as firmas contratadas pelo Poder Público e, indiretamente, os demais *players* do mercado em geral, com vistas a "(...) promote the development and mass production of products with desirable social or environmental features, that can then be used in the wider market", até porque "(...) it may be necessary to

¹⁰ "A justiça contratual comutativa pode ser tomada como vertente da realização de uma função social intrínseca do contrato e guarda correlação ao objeto imediato ou ao conteúdo constituído pelos efeitos diretos ou estritos que o negócio público pretende". BREUS, Thiago Lima. *O governo por contrato(s) e a concretização de políticas públicas horizontais como mecanismo de justiça distributiva*. op. cit., p. 243.

¹¹ "A justiça contratual distributiva pode ser compreendida como perspectiva de realização de uma função social extrínseca do contrato e diz respeito ao objeto mediato ou aos objetivos amplos formados pelos efeitos decorrentes das políticas públicas horizontais, estratégicas ou extracontratuais inseridas no contexto da contratação pública". BREUS, Thiago Lima. *O governo por contrato(s) e a concretização de políticas públicas horizontais como mecanismo de justiça distributiva*. op. cit., pp. 243-244.

¹² Nesse sentido, destaca Pedro Costa Gonçalves que "(...) o contrato administrativo continua bem actual e, surpreendentemente, a dualidade em que ele sempre se baseou – consenso e autoridade – é até um dos sinais distintivos do direito administrativo do nosso tempo". GONÇALVES, Pedro Costa. *O Contrato Administrativo: Uma instituição do direito administrativo do nosso tempo*. Coimbra: Almedina, 2002, p. 09 e seguintes.

¹³ SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito administrativo contratual*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. pp. 07-08.

¹⁴ GONÇALVES, Pedro Costa. *Reflexões sobre o Estado Regulador e o Estado Contratante*. Coimbra: Coimbra editora, 2013, pp. 126 e seguintes.

*guarantee a market for the products*¹⁵. Para a autora, são duas as justificativas que embasam a chamada "*regulation through procurement*". A primeira é garantir que o Estado atue com um alto padrão de seleção e esteja "(...) *associated with the highest possible standards*". A segunda justificativa consiste em conferir maior efetividade às políticas públicas implementadas por intermédio dos contratos governamentais, uma vez que a contratação pode ser um instrumento mais eficaz para assegurá-las do que sanções penais ou administrativas. Afinal, "(...) *the close relationship between the government and its contractors can help ensure effective monitoring of policies*"¹⁶.

Segundo Nuno Cunha RODRIGUES, a instrumentalização da contratação pública para atingir objetivos que não sejam o melhor *value for money* tem sido feita há bastante tempo e em diversos ordenamentos jurídicos. O autor cita vários exemplos: o favorecimento dos veteranos da Primeira Guerra Mundial, no Reino Unido; os privilégios concedidos em 1938, nas aquisições federais dos EUA, a produtos produzidos por deficientes visuais; o favorecimento de veteranos da guerra do Vietnã em contratações públicas ("*Vietnam Era Veterans Readjustment Assistance Act*")¹⁷; a concessão de tratamento diferenciado para a população indígena do Canadá, como compensação pela perda de terras ("*James Bay and Northern Quebec Agreement*" e "*Nunavut Land Claims Agreement*"); e, por fim, a estipulação de preferências para aquisições, na África do Sul, relativamente à população negra e, na Malásia, em relação à etnia *Malay*¹⁸.

A persecução de objetivos horizontais nas licitações e contratações públicas suscita diversos questionamentos relacionados, principalmente, à majoração dos custos envolvidos e, conseqüentemente, a algum grau de sacrifício do *best value for money* e em prol do *best social value*¹⁹. Em regra, a inclusão dessas finalidades acessórias nos contratos impõe o dever de ponderação entre a eficiência contratual a ser sacrificada, de um lado, e os objetivos

¹⁵ ARROWSMITH, Sue, "A taxonomy of horizontal policies in public procurement", in: ARROWSMITH, Sue e KUNZLIK, Peter (Orgs). *Social and environmental policies in EC procurement law. New Directives and New Directions*. Cambridge (UK): Cambridge University Press, 2009, pp. 108-146, p. 135.

¹⁶ ARROWSMITH, Sue, "A taxonomy of horizontal policies in public procurement", op. cit., pp. 118-119, ambos os excertos citados.

¹⁷O chamado VEVRAA está referenciado, na legislação dos EUA, no § 4212 do 38 U.S.C.

¹⁸ RODRIGUES, Nuno Cunha. *A Contratação Pública como Instrumento de Política Económica*. op. cit., pp. 21-22 e McCRUDDEN, Christopher. "Using public procurement to achieve social outcomes". *Natural Resources Forum*, nº 28, 2004, pp. 257-267.

¹⁹ "(...) *a contratação pública deve ser visualizada como uma ferramenta a serviço do cumprimento efetivo dos fins constitucionais estatais e das políticas necessárias à sua concretização, isto é, devem ser integradas à prossecução do value for money considerações oriundas do best social value*". BREUS, Thiago Lima. *O governo por contrato(s) e a concretização de políticas públicas horizontais como mecanismo de justiça distributiva*. op. cit., p. 123.

extracontratuais a serem concretizados por meio dos contratos públicos, de outro²⁰. Esse impacto nos custos pode efetivamente implicar em maiores preços, reduzindo o retorno para o contratante, ou ainda induzir uma seleção adversa nos fornecedores, selecionando aqueles com pior qualidade²¹.

Todavia, essa afirmação nem sempre é verdadeira porquanto, em alguns casos, "(...) *some policies directed at social or environmental goals may even enhance value for money*"²², como é o caso da aquisição de lâmpadas de LED, cujo preço inicial maior é compensado pela durabilidade ao longo do ciclo de vida do produto. "*The costs of the different mechanisms and the balance of the costs and benefits, are relevant for national governments when deciding whether and how to implement horizontal policies*", afirma ARROWSMITH, chamando a atenção para o necessário sopesamento entre as vantagens e as desvantagens do seu emprego no caso concreto²³.

Mas que autoriza o governo a deixar o *value for money* de lado e usar a licitação e a contratação pública para atingir objetivos horizontais? Flávio Amaral GARCIA e Leonardo Coelho RIBEIRO defendem, ainda que de forma um pouco vaga, que o Poder Público aplique os princípios da proporcionalidade (superando os subprincípios da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito), eficiência (a licitação ainda deverá atender ao objetivo contratual) e isonomia (a preferência não deve, sem adequada justificativa, se converter em privilégio para categoria ou grupo de pessoas) para embasar essa sua decisão²⁴. Thiago de Lima BREUS é mais claro ao identificar três critérios para verificar a pertinência em incorporar objetivos mediatos em licitações e contratações públicas. Primeiro, a

²⁰ "Elas impõem à Administração o dever de ponderação entre os sacrifícios em matéria de eficiência e os objetivos de políticas públicas a serem concretizados por meio dos contratos públicos". BREUS, Thiago Lima. *O governo por contrato(s) e a concretização de políticas públicas horizontais como mecanismo de justiça distributiva*. op. cit., p. 241.

²¹ Nesse sentido, cf. o Documento da OCDE (*Public Procurement - the role of competition authorities in promoting competition*), de 2007, sobre os objetivos horizontais ou secundários das contratações públicas: "*Such objectives could potentially lead to an adverse impact on competition or perhaps even require a restriction or distortion of competition amongst suppliers. This could be for example the case if the procurement were to increase the gap between large and small firms within a market or force firms to leave the market altogether*". (p. 22, nt. 15 do documento da OCDE).

²² ARROWSMITH, Sue, "A taxonomy of horizontal policies in public procurement". op. cit., p. 128.

²³ ARROWSMITH, Sue, "A taxonomy of horizontal policies in public procurement". op. cit., p. 129.

²⁴ "A tendência não é mais apenas considerar 'proposta mais vantajosa' aquela de menor preço ou menor dispêndio financeiro, mas aquela que produza resultados satisfatórios para o atendimento de outros valores ligados aos interesses públicos primários da sociedade. É claro que a cautela que se deve ter é evitar o desvirtuamento do processo licitatório; daí a necessidade de observância dos princípios da proporcionalidade, eficiência e isonomia". GARCIA, Flávio Amaral e RIBEIRO, Leonardo Coelho. "Licitações públicas sustentáveis". *RDA – Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 260, maio/ago. 2012, p. 252.

existência de autorização legislativa que permita ao gestor celebrar contratos “(...) *que não pretendam exclusivamente a melhor vantagem econômica estrita, mas que, ao lado dela, também se destinem à prossecução de outros fins, de caráter ambiental, social e/ou relacionados a escopos difusos e coletivos*”²⁵. Segundo, a **pertinência com o objeto do contrato**, ou seja, o “(...) *coeficiente do vínculo entre a política secundária em relação ao objeto central*”²⁶. E, por fim, a aplicação do postulado da **proporcionalidade** para verificar “(...) *a justificação (motivação de fato e de direito) da política secundária em motivos de necessidade e/ou interesse coletivo*”²⁷. Entretanto, no que se refere ao caso brasileiro, parece que esses critérios não têm sido suficientes para dar ao gestor público a segurança para superar o caráter facultativo da maior parte dessas medidas e, assim, fazer com que tais objetivos mediatos e extracontratuais sejam efetivamente aplicados pela Administração Pública – voltaremos a esse ponto mais à frente neste capítulo.

2.1.1. A “economia da discriminação” e os contratos públicos no comércio internacional

Atualmente, a União Europeia reconhece de forma expressa que “(...) *os contratos públicos são considerados um motor fundamental das políticas públicas (...)*”²⁸. Mas isso nem sempre foi assim. Segundo Fabiane Tessari Lima da SILVA, a importância das contratações públicas para a formação de um mercado comum europeu só veio a ser percebida na década de 1960, com a edição, pela então Comunidade Econômica Europeia, de diretivas de liberalização (70/32/CEE e 71/304/CEE) e de coordenação (71/305/CEE e 77/62/CEE)²⁹. Para a autora, “(...) *trata-se de duas vias distintas, mas complementares, de integrar os contratos públicos no mercado interno: a via negativa, através da abolição das restrições transfronteiriças existentes, e a via positiva, através da introdução de princípios*

²⁵ BREUS, Thiago Lima. *O governo por contrato(s) e a concretização de políticas públicas horizontais como mecanismo de justiça distributiva*. op. cit., p. 245.

²⁶ BREUS, Thiago Lima. *O governo por contrato(s) e a concretização de políticas públicas horizontais como mecanismo de justiça distributiva*. op. cit., p. 242.

²⁷ BREUS, Thiago Lima. *O governo por contrato(s) e a concretização de políticas públicas horizontais como mecanismo de justiça distributiva*. op. cit., p. 242, ambos os trechos.

²⁸ Resumo da avaliação de Impacto que acompanha a Proposta de Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho, COM (2012) 124, Bruxelas, 21.03.2012, p. 2, Disponível em: http://www.europa.eu/justice/data-protection/document/review2012/com_2012_124_pt.pdf. Acesso em 08/08/2016.

²⁹ SILVA, Fabiane Tessari Lima da. “A tutela da concorrência no âmbito do Direito Comunitário e a modificação objetiva dos contratos públicos no Código dos Contratos Públicos português (CCP)”. *Revista de Direito Público da Economia - RDPE*, Belo Horizonte, ano 11, n. 43, jul./set. 2013. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=97660>. Acesso em: 15/05/2015, pp. 83-108.

*e regras comuns*³⁰. A importância das contratações públicas para formação do mercado comum europeu ganhou força na década de 1980, com a inclusão do tema no Livro Branco de 1985, e ganhou contornos mais concretos no início da década de 1990, com a edição da Diretiva 92/50/CEE, direcionada à regulação dos contratos públicos de serviços. Em 2004, foi realizada uma reforma que deu origem à publicação de mais duas diretivas substantivas, a 2004/17/CE e a 2004/18/CE, sobre cujo texto até hoje se baseia a maior parte das legislações nacionais sobre licitações e contratos públicos. Essas diretivas foram substituídas em 2014 pelas Diretivas 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE³¹, as quais atualmente consubstanciam os princípios comunitários mais relevantes em matéria de contratação pública, indo muito além dos procedimentos de contratação e adjudicação dos contratos públicos.

A introdução de medidas discriminatórias para favorecer as aquisições e contratações públicas domésticas, como forma de protecionismo ou estímulo ao mercado interno, ou mesmo para atender a objetivos horizontais sociais, ambientais ou motivos de segurança nacional, estimulou a consolidação do chamado **princípio da não discriminação** no Direito Internacional Econômico, o qual se encontra positivado no *Government Procurement Agreement* (“GPA”), acordo no âmbito da Organização Mundial do Comércio do qual o Brasil – assim como outros países em desenvolvimento – não é signatário³². O GPA parte do pressuposto de que a introdução dessas “políticas discriminatórias”, sob a ótica da teoria das vantagens comparativas de HUME e RICARDO, é prejudicial ao livre comércio e limita o bem-estar global, sendo, portanto, nocivo ao comércio internacional.

Mas essa suposição não é, em si, correta. Randolph Preston MCAFEE e John McMILLIAN, em artigo clássico intitulado “*Government Procurement and International Trade*”, de 1988, analisam o impacto que eventuais preferências concedidas pelos Estados a seus nacionais em licitações públicas podem ter para o comércio internacional, procurando demonstrar os efeitos positivos, sob o ponto de vista econômico, que a chamada “economia

³⁰ SILVA, Fabiane Tessari Lima da. “A tutela da concorrência no âmbito do Direito Comunitário e a modificação objetiva dos contratos públicos no Código dos Contratos Públicos português (CCP)”. op. cit., pp. 85-86.

³¹ A primeira é relativa à adjudicação de contratos de concessão. A segunda, aos contratos de fornecimentos, serviços e obras em geral. A terceira, aplica-se especificamente aos setores da água, da energia, dos transportes e dos serviços postais. Anote-se, outrossim, que as 2014/24/UE e 2014/25/UE revogaram as Diretivas 2004/18/CE e 2004/17/CE, respectivamente, produzindo efeitos a partir de 18 de abril de 2016.

³² Muito embora o GPA tenha uma exceção que permita o uso de medidas discriminatórias por países em desenvolvimento.

da discriminação” pode gerar³³. Segundo os autores, o GPA e outros acordos firmados no âmbito do *General Agreement on Tariffs and Trade* (“GATT”) tendem a considerar essas preferências como barreiras não tarifárias ou medidas protecionistas. Até porque a discriminação entre nacionais e estrangeiros, de um lado, e entre estrangeiros entre si, de outro, são condutas vedadas pelo Tratado³⁴.

No entanto, com base em estudos econométricos, MCAFEE e MCMILLIAN demonstram que a concessão de preferências a firmas nacionais pode vir a ser benéfica em contextos de concorrência imperfeita. Segundo os autores, “(...) *procurement preferences have unexpected, and sometimes beneficial, side-effects. Discriminatory procurement policies are not as costly as they appear*”³⁵. Aqui, explicam os autores, é importante considerar que o Estado, ao introduzir objetivos mediatos ou outras medidas de discriminação nas contratações públicas, não busca apenas proteger as firmas nacionais, mas também maximizar o seu retorno enquanto contratante. Destarte, “(...) *the policy is not implemented for protectionist reasons, but instead simply to minimize the government's expected payment*”³⁶. Nessa linha, MCAFEE e MCMILLIAN afirmam que a introdução de medidas discriminatórias que busquem aumentar a participação de empresas locais em contratações públicas, por exemplo, pode vir a acirrar a competição entre as firmas favorecidas e não favorecidas, reduzindo, no geral, a contraprestação devida pelo Poder Público.

*It can be concluded, therefore, that in most cases the buyer should offer favoritism, either to domestic bidders or to foreign bidders. Thus, the government minimizes its expected payment by having a policy that in some circumstances awards the contract to a bidder other than the lowest-cost bidder. In other words, it is in the government's interest sometimes to distort the allocation of resources away from efficiency*³⁷.

³³ MCAFEE, R. Preston e McMILLAN, John. “Government procurement and international trade”. *Journal of international economics*, v. 26, n. 3-4, 1989, pp. 291-308.

³⁴ “The significance of government-procurement policies as nontariff barriers to trade was recognized by the General Agreement on Tariffs and Trade (GATT), whose Agreement on Government Procurement came into effect in 1981”. MCAFEE, R. Preston e McMILLAN, John. “Government procurement and international trade”. op. cit., p. 291.

³⁵ MCAFEE, R. Preston e McMILLAN, John. “Government procurement and international trade”. op. cit., p. 292.

³⁶ MCAFEE, R. Preston e McMILLAN, John. “Government procurement and international trade”. op. cit., p. 298.

³⁷ MCAFEE, R. Preston e McMILLAN, John. “Government procurement and international trade”. op. cit., p. 296.

Em um contexto de concorrência imperfeita, a assimetria informacional faz com que cada licitante disponha de mais informações sobre os seus próprios custos do que os demais concorrentes. A Administração pode valer-se desta assimetria para maximizar os seus ganhos, já que a introdução de uma preferência ou medida discriminatória em favor de determinada categoria de licitantes gera um incentivo para que as firmas não favorecidas façam propostas mais agressivas, reduzindo os seus preços. "*There is a trade-off. Favouring high-cost firms raises the probability that a high-cost firm will win. But it also increases the competitive pressure on the low cost firms, forcing them to bid lower*", afirmam MCAFEE e MCMILLIAN³⁸.

É por esse motivo que conceder uma preferência na licitação em favor de firmas nacionais pode ser economicamente mais vantajoso do que vedar a participação de licitantes estrangeiros – o que, às vezes, ocorre de forma indireta ou não implícita ante a previsão de prazo exíguo para apresentação da proposta ou a necessidade de atender normas técnicas específicas (ex. INMETRO) que sirva como barreira à entrada de não nacionais. Como os custos das firmas domésticas podem ser muito diferentes dos custos de firmas estrangeiras (conforme o objeto ou o ramo de atividade), MCAFEE e MCMILLIAN afirmam que, se o objetivo é maximizar o *value for money* para o contratante, a introdução de preferências pelo Estado pode ser feita não só em favor de firmas nacionais, mas também de estrangeiras, a depender dos seus custos e do ramo de atividade. "*If the aim of the government is to minimize its procurement costs, it should offer preferences to domestic firms when the industry has a comparative disadvantage; but when the domestic industry has a comparative advantage, the foreign bidders should be favoured*"³⁹. Nesse viés, a introdução de preferências em favor de produtos nacionais também pode ser justificada pela existência de assimetrias entre os custos de produção de empresas domésticas e de empresas estrangeiras, buscando favorecer os setores que estejam em desvantagem comparativa em relação aos seus correspondentes externos.

O peso expressivo da demanda gerada pelo setor público em países em desenvolvimento, como Brasil e Índia, pode tornar a adoção de medidas discriminatórias em contratações públicas uma alternativa mais sutil e menos custosa para o favorecimento de determinado setor doméstico do que, por exemplo, criar uma política ostensiva de subsídios

³⁸ MCAFEE, R. Preston e McMILLAN, John. "Government procurement and international trade". op. cit., p. 297.

³⁹ MCAFEE, R. Preston e McMILLAN, John. "Government procurement and international trade". op. cit., p. 304.

ou, ainda, aumentar tarifas de importação⁴⁰. Por isso, Nuno Cunha RODRIGUES defende que o princípio da não discriminação pode ser afastado quando as condições macroeconômicas – como o tamanho da procura pública em comparação à procura privada, o setor envolvido, economias de escala, grau de concorrência do mercado, se os bens domésticos são substituíveis pelos bens estrangeiros, etc. – tornarem neutro o impacto da medida discriminatória para o comércio internacional⁴¹.

2.2. UMA PROPOSTA CLASSIFICATÓRIA

Na literatura estrangeira de *public procurement*, as principais referências que versam sobre alguma taxonomia dos objetivos horizontais e mediatos incorporados às contratações públicas convergem para a classificação elaborada por Sue ARROWSMITH tendo como contexto, principalmente, o exercício do poder de compra nos Estados Unidos e na União Europeia⁴². A autora traça duas grandes distinções com base em dois critérios distintos, dando origem a quatro categorias diferentes de objetivos horizontais. A elas será dedicada a primeira seção do presente item.

Na segunda seção, apresento uma classificação diversa e baseada em um critério temporal, a qual categoriza cada objetivo horizontal conforme a sua inserção nas etapas do processo de *sourcing* no setor público. Esta nova proposta, a meu ver, poderá eventualmente servir como um complemento útil às categorias apresentadas pela autora e já consagradas pela bibliografia especializada.

2.2.1. A classificação de Sue Arrowsmith

ARROWSMITH elaborou uma classificação dos objetivos horizontais no âmbito das contratações públicas que se baseia em duas distinções básicas. A primeira diferencia os objetivos voltados a assegurar a observância da legislação em geral ("*horizontal policies that are limited to securing compliance with general legal requirements*") daqueles objetivos que

⁴⁰ RODRIGUES, Nuno Cunha. *A Contratação Pública como Instrumento de Política Económica*. op. cit., pp. 29-71.

⁴¹ “O contributo de BALDWIN e RICHARDSON revelou-se essencial para a compreensão das políticas discriminatórias nos contratos públicos e para a rejeição do postulado segundo o qual as políticas de discriminação nos contratos públicos prejudicavam, necessariamente, o comércio internacional porquanto podem ser, a limite, neutrais”. RODRIGUES, Nuno Cunha. *A Contratação Pública como Instrumento de Política Económica*. op. cit., p. 50.

⁴² ARROWSMITH, Sue, “A taxonomy of horizontal policies in public procurement”. op. cit., pp. 108-146.

encontram base apenas contratual, impondo, assim, requisitos cuja observância não seja cogente às firmas em geral ("*horizontal policies that go beyond legal compliance*"). Em ambos os casos, o descumprimento desses objetivos horizontais também é sancionado com "*procurement measures*", tais como a exclusão do certame, a impossibilidade de participação em licitações, ou mesmo a rescisão contratual, as quais reforçam sanções penais e/ou administrativas cominadas pela legislação. É o caso, por exemplo, da cláusula contratual estabelecendo que obrigue o contratado a observar a legislação de saúde e segurança no trabalho, e também da disposição editalícia vedando a participação, em licitações, de firmas condenadas por atos de corrupção⁴³.

Segundo ARROWSMITH, a inclusão desse tipo de objetivos horizontais no procedimento licitatório e no contrato administrativo busca evitar que o Estado, ainda que indiretamente, financie empresas envolvidas em práticas ilícitas ("*unlawful behaviour, both to set an example and to avoid public criticism*"⁴⁴), bem como almeja estimular o cumprimento espontâneo da legislação em geral, funcionando como uma "*additional enforcement tool*"⁴⁵. Afinal, para o contratado, a possibilidade de rescisão da avença firmada com o Poder Público pode ser uma ameaça mais próxima e efetiva do que a remota instauração um processo administrativo ou criminal. Além disso, a exigência também contribui para garantir a igualdade entre os licitantes no mercado, impedindo que firmas que não cumpram a legislação se beneficiem de sua condição ilícita para auferir uma vantagem concorrencial⁴⁶⁻⁴⁷.

No que diz respeito aos objetivos horizontais com base exclusivamente contratual, a autora adverte que a sua exigência no bojo de licitações e contratações públicas pode vir ser questionada quanto à legalidade (ou mesmo quanto à constitucionalidade) em alguns ordenamentos. É igualmente controversa a possibilidade de constranger firmas estrangeiras a observar critérios não estabelecidos na legislação, sobretudo à luz do Direito do Comércio

⁴³ Nesse sentido, a seção 1.16 das *Guidelines* aplicáveis às licitações financiadas com recursos do Banco Mundial, permitindo a exclusão de licitantes envolvidos em práticas corruptas. Disponível em: <http://www.worldbank.org/>. Acesso em 20/09/2016.

⁴⁴ ARROWSMITH, Sue, "A taxonomy of horizontal policies in public procurement". op. cit., p. 112.

⁴⁵ ARROWSMITH, Sue, "A taxonomy of horizontal policies in public procurement". op. cit., p. 112.

⁴⁶ "(...) firms that do not comply with their legal obligations - for example, by paying their taxes and complying with labour law obligations - enjoy an unfair competitive advantage and, if allowed to thrive, may drive legitimate operators out of the market". ARROWSMITH, Sue, "A taxonomy of horizontal policies in public procurement". op. cit., p. 112.

⁴⁷ Esta seria a justificativa, por exemplo, para exigir-se a Certidão Negativa de Débitos Trabalhistas (CNDT) emitida pela Justiça do Trabalho, em todas as licitações (art. 29, V, da Lei nº 8.666/1993), mesmo para aquelas contratações em que não haja risco de sucessão ou responsabilidade trabalhista para o Poder Público (como nas aquisições de bens).

Internacional, pelo qual tais requisitos poderiam ser considerados como “*contractual requirements that hinder trade*”. Um exemplo citado pela autora seria a cláusula, que obriga o contratado a empregar determinada porcentagem de deficientes físicos ou desempregados há muito tempo (“*long-term unemployed people*”) na execução do objeto contratado⁴⁸.

A segunda distinção elencada por ARROWSMITH separa os objetivos horizontais que estejam diretamente relacionados à execução contratual (“*horizontal policies concerned only with performance of the contract awarded*”) daqueles que vão além do ajuste firmado entre o Poder Público e a contratada, mirando justamente nas externalidades positivas (“*spillover effects*”) que decorrem da contratação (“*horizontal policies that go beyond contract performance*”). Ambos podem ser relacionados pela autora, respectivamente, às noções de “*government as purchaser*”, de um lado, e “*government as regulator*”, de outro.

No primeiro grupo, em que prevalece o papel de Estado-comprador sobre o papel de Estado-regulador, o objetivo mediato pode estar associados à produção (proibição do uso de amianto ou qualquer determinada substância tóxica, técnicas de construção, em obras, que respeitem o meio ambiente, p.e.), ao consumo (acessibilidade em obras para deficientes físicos, refeições contratadas pelo Estado devem atender às necessidades de todos os grupos religiosos, p.e.) ou ao descarte (acondicionamento em embalagens recicláveis ou biodegradáveis, p.e.) do objeto contratado pelo Poder Público, bem como à mão-de-obra alocada pelo contratado (“*contract workforce measures*”) para a execução do contrato (salários superiores ao mínimo legal e condições de trabalho mais favoráveis aos empregados do contratado ou do subcontratado).

O segundo grupo, no qual prepondera o Estado-regulador sobre o Estado-comprador, abrange objetivos horizontais que vão além do ajuste firmado entre a Administração e a contratada, produzindo reflexos para a atividade econômica desempenhada pela empresa como um todo (“*policies that seek to regulate the contractor's behaviour across its business activity as a whole*”) ou mesmo perante terceiros (“*policies in which governments require*

⁴⁸ No Estado do Rio de Janeiro, o Decreto Estadual nº 33.925, de 18 de fevereiro de 2003, prevê a obrigatoriedade de que as fornecedoras do Poder Público comprovem que mantém deficientes físicos em seu quadro de empregados: “*Art. 1º Nas contratações diretas e nas licitações realizadas por órgãos e entidades da Administração Pública Estadual, direta e indireta, deverão constar dos respectivos editais a obrigatoriedade para a empresa com 100 (cem) ou mais empregados de demonstrar o preenchimento de 2% (dois por cento) a 5% (cinco por cento) de seus cargos com beneficiários da Previdência Social reabilitados ou com pessoa portadora de deficiência habilitada, na seguinte proporção: I - ate duzentos empregados, 2% (dois por cento); II - de duzentos e um a quinhentos empregados, 3% (três por cento); III - de quinhentos e um a mil empregados, 4% (quatro por cento); ou IV - mais de mil empregados, 5% (cinco por cento). Parágrafo único. A Procuradoria Geral do Estado elaborará a minuta-padrão das cláusulas contratuais e editalícia decorrentes do caput deste artigo*”.

contractors to provide benefits to the community”). Esses objetivos, por não estarem diretamente relacionados à contratação, normalmente funcionam como medidas de compensação (“*offsets*”) ou, na terminologia de Eros Roberto GRAU, de verdadeira intervenção do Estado “sobre” o domínio econômico, por indução⁴⁹. Seria o caso, por exemplo, de uma cláusula que exigisse o oferecimento de condições de trabalho mais favoráveis não apenas àqueles trabalhadores no contrato firmado com o Poder Público, em específico, mas a todos os empregados da contratada. “*Policies that are directed at, or affect, behaviour outside the confines of government contracts often impose a greater burden on suppliers than policies limited to the contract, especially when they extend to all the suppliers’ activities*”, alerta ARROWSMITH⁵⁰. É por esse motivo que, segundo a autora, a inclusão de objetivos horizontais que não estejam diretamente relacionados ao objeto contratado deve ser mais limitada do que a inserção daqueles relacionados com a performance contratual, ficando restrita a hipóteses excepcionais⁵¹.

2.2.2. Objetivos pré-procedimentais, intraprocedimentais, extraprocedimentais e contratuais

A classificação elaborada por Sue ARROWSMITH difere da que apresentaremos a seguir. Ambas, na verdade, são complementares, porquanto se servem de critérios distintos para analisar o mesmo objeto, que são os objetivos e as políticas públicas subjacentes às licitações e contratações públicas. A autora, nas distinções que apresenta, segue basicamente dois critérios. Primeiro, a fonte sobre a qual se baseia a exigência do objetivo horizontal,

⁴⁹ Eros Roberto Grau reconhece três modalidades de intervenção no/sobre o domínio econômico: (i) intervenção “no” domínio econômico por absorção (“monopólio”) ou participação (“competição”), nas quais o Estado atua como agente econômico na atividade econômica em sentido estrito; (ii) intervenção “sobre” o domínio econômico por direção, na qual o Estado não é agente, mas regulador, com normas cogentes que determinam o comportamento dos demais agentes; e (iii) intervenção “sobre” o domínio econômico por indução, o Estado também não é agente, mas atua por meio de normas dispositivas e sanções premiais que estimulam ou desestimulam o comportamento dos agentes privados. Ao intervir “no” domínio econômico, o Estado atua propriamente como agente econômico ao assumir o controle de parte dos meios de produção em determinada atividade econômica em sentido estrito. Ao intervir “sobre” o domínio econômico, dirige ou estimula o comportamento dos agentes econômicos no mercado, agindo como regulador dessa atividade. GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 13ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008. pp. 90-92 e 146-150.

⁵⁰ ARROWSMITH, Sue, “A taxonomy of horizontal policies in public procurement”. op. cit., p. 126.

⁵¹ No Direito da União Europeia, segundo a autora: “*The result is a threefold categorization: requirements allowable as contract conditions that cannot, however, form the basis for advance exclusion; requirements that are not allowed at all*”. ARROWSMITH, Sue, “A taxonomy of horizontal policies in public procurement”. op. cit., p. 133.

conforme tenha base legal ou somente contratual ou editalícia ("*horizontal policies that are limited to securing compliance with general legal requirements*", de um lado, e "*horizontal policies that go beyond legal compliance*", de outro). Segundo, a adstrição, ou não, do objetivo mediato à execução do contrato público em que se insere ("*horizontal policies concerned only with performance of the contract awarded*" e "*horizontal policies that go beyond contract performance*").

Aqui, nós partiremos de um critério temporal para identificar em qual etapa da contratação pública, desde *antes* do procedimento licitatório até *depois* da execução contratual, o objetivo horizontal se insere⁵². Para tanto, sirvo-me da periodização elaborada pelo italiano Gustavo PIGA, para quem o processo de *sourcing* no setor público apresenta três etapas: a estimativa das demandas ("*demand management*"), a realização de procedimentos de seleção e adjudicação ("*sourcing*") e a gestão do fornecimento ("*supply management*")⁵³.

Destarte, podemos identificar **objetivos a serem atingidos durante o planejamento e a fase interna da licitação**, mormente pela definição do objeto a ser contratado, suas quantidades e as respectivas especificações técnicas. O número de lotes e a frequência das contratações (definida indiretamente pelo prazo estipulado pelo Poder Público para a duração máxima dos contratos) são aspectos igualmente importantes no que diz respeito ao planejamento das contratações. As decisões mais importantes da contratação – *se, o quê, como e quando* contratar – são tomadas nesse momento. Por isso, usando a terminologia adotada por ARROWSMITH, releva não somente a "*decision to purchase or not to purchase*", mas sobretudo a "*decision on what to purchase*" para saber como esses objetivos – que aqui chamaremos de **pré-procedimentais** – serão alcançados. Seria o caso, por exemplo, da inclusão de práticas de sustentabilidade ambiental nos projetos básicos, memoriais

⁵² Flávio Amaral Garcia e Leonardo Coelho Ribeiro servem-se de uma categorização semelhante ao analisar, especificamente, as licitações sustentáveis. "*São quatro os espaços possíveis de delimitação da sustentabilidade nas licitações e contratações públicas, a seguir apresentados na sequência em que serão examinados: i) definição do objeto; ii) fase de habilitação; iii) julgamento das propostas; e iv) obrigações do contratado*". Essa divisão, como se nota, não considera a possibilidade de atingir-se objetivos horizontais por meio de exceções ao dever de licitar, e cinde os objetivos a serem atingidos por meio do procedimento licitatório em requisitos de habilitação e julgamento das propostas. Reconheço, contudo, que ao propor essas quatro categorias Garcia e Ribeiro não almejavam propor uma classificação abrangente dos diversos objetivos horizontais, mas tão somente analisar os "espaços" para a incorporação de requisitos de sustentabilidade em licitações e contratações públicas. GARCIA, Flávio Amaral e RIBEIRO, Leonardo Coelho. "Licitações públicas sustentáveis". op. cit., p. 245.

⁵³ PIGA, Gustavo. "A fighting chance against corruption in public procurement?" In: ACKERMAN, Susan Rose; SOREIDE, Tina (org.). *International Handbook on the Economics of Corruption*. Vol. II, Cheltenham (UK): Edward Elgar, 2011, pp. 141-181

descritivos e termos de referência voltados à contratação de bens, serviços ou obras, cujos critérios, no âmbito federal, foram estabelecidos pela Instrução Normativa nº 01, de 19 de janeiro de 2010, da Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão⁵⁴. No RDC, o artigo 2º, inciso IV, "b", da Lei nº 12.462/2011 expressamente afirma que o projeto básico deve "(...) assegurar a viabilidade técnica e o adequado tratamento do impacto ambiental do empreendimento". Outro exemplo consiste na prioridade estabelecida pela Política Nacional de Resíduos Sólidos para a aquisição de produtos reciclados e/ou recicláveis e para a contratação de "bens, serviços e obras que considerem critérios compatíveis com padrões de consumo social e ambientalmente sustentáveis", nos termos do artigo 7º, inciso XI, "a" e "b" da Lei nº 12.305/2010.

O passo seguinte no *iter* do processo de contratação pública corresponde aos **objetivos a serem atingidos por meio do procedimento licitatório**, tais como a concessão de preferências, a separação de cotas do objeto ("set-asides"), a realização de licitações exclusivas⁵⁵ ou mesmo a exigência de requisitos de habilitação, declarações e compromissos adicionais no curso do procedimento⁵⁶. Muitos destes objetivos mediatos – que chamarei, não por acaso, de **intraprocedimentais** – apresentam como principal instrumento a concessão de "preferências" ou de "tratamentos diferenciados" a determinadas categorias de objetos ou grupos de licitantes. Este ponto merece um aprofundamento especial.

Segundo Sue ARROWSMITH, existem várias técnicas para a concessão de "preferências", em sentido amplo, na adjudicação de contratos públicos⁵⁷. Destacarei três, em especial, que guardam maior relação com o caso brasileiro⁵⁸. A primeira, a *preferência*

⁵⁴ A respeito, o artigo 3º do Decreto nº 7746/2012, que regulamenta o "desenvolvimento nacional sustentável" no artigo 3º da Lei nº 8666/1993, alterada pela Lei nº 12.349/2010 afirma que "Art. 3º Os critérios e práticas de sustentabilidade de que trata o art. 2º serão veiculados como especificação técnica do objeto ou como obrigação da contratada".

⁵⁵ Dois exemplos de licitações exclusivas, no ordenamento brasileiro, são os seguintes: (i) a realização de certame exclusivo para a participação de microempresas e empresas de pequeno porte para bens e serviços cujo valor seja de até R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais), nos termos do artigo 48, I da Lei Complementar nº 123/2006; e (ii) a possibilidade de licitação restrita a bens e serviços com tecnologia produzida no país para contratações relacionadas à implantação, manutenção e aperfeiçoamento dos sistemas de TI/C, nos termos da alteração produzida pela Lei nº 12.349/2010 no artigo 3º, §12, Lei nº 8.666/1993. Para tanto, a contratação deve ser considerada "estratégica" por decreto do Executivo Federal e os bens devem ser produzidos de acordo com o processo produtivo básico (PPB) regulado pela Lei nº 10.176/2001.

⁵⁶ Por exemplo, veja-se a declaração exigida como requisito de habilitação voltada a tutela do trabalho do menor (arrigo 27, V da Lei nº 8.666/1993), bem como a exigência de requisitos de sustentabilidade ambiental como requisito de habilitação em licitações disciplinadas pelo RDC (art. 14, § único, II, Lei nº 12.462/2011).

⁵⁷ ARROWSMITH, Sue, "A taxonomy of horizontal policies in public procurement". op. cit., pp. 143-144.

⁵⁸ Uma técnica interessante citada pela autora diz respeito ao estabelecimento de uma preferência variável, que se intensifica ou reduz em conformidade com a oferta proposta pela firma. Nesse sentido, Arrowsmith

simples, a preferência em sentido estrito ou preferência em igualdade de condições, aplica-se apenas quando há igualdade absoluta das propostas no que se refere ao preço e a todos os demais critérios de julgamento. Por isso, essa técnica "(...) *may have limited impact since only rarely will other aspects be equal*"⁵⁹. Este é o caso, por exemplo, da preferência para a contratação de bens e serviços de informática e automação produzidos no país, nos termos da Lei nº 8.248/1991, alterada pela Lei nº 10.176/2001 e regulamentada pelo Decreto nº 7.174/2010. Com o objetivo de proteger e fomentar o desenvolvimento do setor de TI no Brasil, a chamada “Lei de Informática” estabeleceu uma preferência para a contratação de “*bens e serviços com tecnologia desenvolvida no País*” e, sucessivamente, a “*bens e serviços produzidos de acordo com processo produtivo básico, na forma a ser definida pelo Poder Executivo*”. Contudo, o Tribunal de Contas da União firmou jurisprudência entendendo que a preferência estabelecida pela Lei de Informática só se aplicaria quando “(…) *verificado empate entre propostas comerciais*”, esvaziando, assim, a utilidade prática do dispositivo legal⁶⁰.

Idênticos são os casos das preferências estabelecidas: pelo artigo 27, inciso IV da Lei de Inovação, para empresas que invistam em desenvolvimento tecnológico nacional⁶¹; pelo artigo 6º, inciso XII da Política Nacional de Mudança do Clima, para propostas que propiciem maior economia de energia, água e outros recursos naturais, bem como redução da emissão de gases de efeito estufa e resíduos⁶²; e, também, pela Lei nº 13.146/2015, que

menciona uma preferência aplicada na África do Sul, voltada a empregar as contratações públicas para diminuir o desemprego, que seria maior ou menor conforme o número de trabalhadores desempregados que a contratada se comprometesse a alocar na execução do contrato público, aumentando em um ponto para cada trabalhador adicional incluído na proposta. Não temos conhecimento de exemplos semelhantes no Brasil.

⁵⁹ ARROWSMITH, Sue, “A taxonomy of horizontal policies in public procurement”. op. cit., p. 144.

⁶⁰ Confirmam-se os Acórdãos TCU-Plenário nº 1.707/2005 e nº 2138/2005, em que a Corte de Contas deixou assente que a preferência da Lei de Informática aplica-se também à modalidade “pregão”, mas apenas nos acasos em que houver empate entre as propostas comerciais. Os documentos estão disponíveis em <https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#/pesquisa/acordao-completo>. Acesso em 28/09/2016.

⁶¹ Artigo 27, inciso IV da Lei nº 10.973, de 02 de dezembro de 2004: “Art. 27. Na aplicação do disposto nesta Lei, serão observadas as seguintes diretrizes: (...) IV - dar tratamento preferencial, diferenciado e favorecido, na aquisição de bens e serviços pelo poder público e pelas fundações de apoio para a execução de projetos de desenvolvimento institucional da instituição apoiada, nos termos da Lei no 8.958, de 20 de dezembro de 1994, às empresas que invistam em pesquisa e no desenvolvimento de tecnologia no País e às microempresas e empresas de pequeno porte de base tecnológica, criadas no ambiente das atividades de pesquisa das ICTs”.

⁶² Artigo 6º, inciso XII da Lei nº 12.187, de 29 de dezembro de 2009: “Art. 6o São instrumentos da Política Nacional sobre Mudança do Clima: (...) XII - as medidas existentes, ou a serem criadas, que estimulem o desenvolvimento de processos e tecnologias, que contribuam para a redução de emissões e remoções de gases de efeito estufa, bem como para a adaptação, dentre as quais o estabelecimento de critérios de preferência nas licitações e concorrências públicas, compreendidas aí as parcerias público-privadas e a autorização, permissão, outorga e concessão para exploração de serviços públicos e recursos naturais, para as propostas que propiciem maior economia de energia, água e outros recursos naturais e redução da emissão de gases de efeito estufa e de resíduos;”

alterou o artigo 3º, §2º da Lei nº 8.666/1993 para assegurar preferência “*em igualdade de condições*” a bens e serviços produzidos ou prestados por empresas que comprovem cumprimento de reserva de cargos prevista em lei para pessoa com deficiência ou para reabilitado da Previdência Social e que atendam às regras de acessibilidade previstas na legislação⁶³. Também nesses casos, como a probabilidade de um empate absoluto entre as propostas é bastante remota, torna-se bastante questionável a eficácia prática da preferência pura e simples para realizar o objetivo horizontal que se busca promover.

A segunda técnica apresentada pela autora consiste em um *empate ficto*, ou seja, uma variação percentual do preço que autoriza o licitante inserto na categoria privilegiada a ser contratado pelo Poder Público *se* cobrir a melhor oferta, no que se chama de “*offer-back approach*”⁶⁴. Os artigos 44 e 45 da Lei Complementar nº 123/2006 preveem um exemplo de empate ficto quando “(...) *as propostas apresentadas pelas microempresas e empresas de pequeno porte sejam iguais ou até 10% (dez por cento) superiores à proposta mais bem classificada*” – ou 5%, na modalidade “pregão” – permitindo que a ME ou EPP beneficiada apresente “(...) *proposta de preço inferior àquela considerada vencedora do certame, situação em que será adjudicado em seu favor o objeto licitado*”. O empate ficto aumenta significativamente as chances do grupo privilegiado de exercer a preferência que a legislação lhes confere, favorecendo a realização do objetivo horizontal subjacente à contratação.

Uma terceira técnica diz respeito à concessão de *margens de preferência*. Aqui, à diferença da preferência pura e simples (que pressupõe o empate entre as propostas) e do empate ficto (que exige que o destinatário do tratamento privilegiado cubra a melhor oferta), a norma que estabelece uma margem de preferência autoriza o Poder Público a adjudicar o objeto a licitante que ofereceu valor *superior* à proposta mais econômica, até determinado limite percentual. Atualmente, o artigo 3º, §5º da Lei nº 8.666/1993 permite que a Administração estabeleça margens de preferência em dois casos: para bens e serviços produzidos por empresas que reservem vagas para pessoas com deficiência e que atendam

⁶³ Artigo 3º, §2º, inciso V da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993: “§ 2º *Em igualdade de condições, como critério de desempate, será assegurada preferência, sucessivamente, aos bens e serviços: (...) V - produzidos ou prestados por empresas que comprovem cumprimento de reserva de cargos prevista em lei para pessoa com deficiência ou para reabilitado da Previdência Social e que atendam às regras de acessibilidade previstas na legislação*”.

⁶⁴ “(...) *governments can to some extent retain the benefits of competition by setting aside just part of the procurement, holding a competition for the whole requirement, and then allowing the best bidder from the favoured group to provide the part set aside only if it will improve its offer to match the best terms offered in the competition (the 'offer-back' approach)*”. ARROWSMITH, Sue, “A taxonomy of horizontal policies in public procurement”, op. cit., p. 138.

às regras de acessibilidade previstas na legislação; e, também, para produtos manufaturados e serviços nacionais que atendam a normas técnicas brasileiras, com vistas a promover o desenvolvimento nacional. Este segundo caso será examinado em profundidade mais à frente neste capítulo, quando da análise das alterações introduzidas pela Lei nº 12.349/2010.

Retornando à nossa classificação, há ainda um grande número de **objetivos que o Poder Público visa a atingir por meio de exceções ao dever de licitar**, sobretudo pelo recurso à contratação direta por inexigibilidade e pela criação de novas hipóteses de dispensa de licitação. Esses objetivos, que chamarei de **extraprocedimentais**⁶⁵, novamente chamam a atenção para um fato bastante curioso: como o Estado, para favorecer um setor ou política pública, deliberadamente a isenta do dever constitucional de realizar previamente um certame licitatório. Note-se que as dispensas de licitação previstas no artigo 24 da Lei nº 8.666/1993 concentram diversos objetivos horizontais⁶⁶, tais como a preservação de patrimônio histórico (inciso XV); o apoio à pessoa com deficiência (inciso XX); promoção da ciência, tecnologia e política de inovação (incisos XXI e XXV); a geração de empregos no tratamento de resíduos sólidos urbanos, por meio de cooperativas de catadores (inciso XXVII); o reequipamento de forças militares (incisos XIX, XVIII, e XXVIII e XXIX); assistência técnica agrícola e extensão rural (inciso XXX); transferência de tecnologia de produtos estratégicos para o SUS (inciso XXXII); e o combate à seca (inciso XXXIII), entre outros. Essa proliferação de dispensas evidencia, igualmente, a erosão do modelo unitário e maximalista de contratações públicas que orbita em torno da Lei nº 8.666/1993, tal como salientamos no capítulo anterior deste estudo.

Por fim, na etapa final do processo de *sourcing*, há **objetivos a serem atingidos durante a execução do contrato**, também chamados de objetivos horizontais **contratuais**,

⁶⁵ Reconheço que a qualificação “extraprocedimentais” não seria em si a mais adequada, sobretudo porque a dispensa de licitação também exige, para sua validade, um procedimento próprio, ainda que simplificado quando comparado a uma licitação. O uso do termo “extraprocedimental” justifica-se, assim, em oposição à necessidade de realizar-se um procedimento *licitatório* em sentido estrito, sobretudo aquele nos moldes da Lei nº 8.666/1993 ou da Lei nº 10.520/2002, motivo pelo qual o empregamos neste trabalho para denominar os objetivos horizontais que o Poder Público deliberadamente escolheu atingir por meio da exceção ao dever de licitar.

⁶⁶ Cabe ressaltar que o artigo 24 não é o único dispositivo que concentra dispensas de licitação voltadas à promoção de objetivos horizontais em licitações e contratações pública. Por exemplo, o art. 17, I, “f” e “g” da Lei nº 8.666/1993 prevê caso de licitação dispensada para alienação de imóveis da Administração Pública no âmbito de programas habitacionais ou de regularização fundiária de interesse social. Além disso, o art. 5º, da Lei nº 10.973/2004, a “Lei da Inovação”, com redação dada pela recente Lei nº 13.243/2016, autorizou a União, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal a adquirir capital, em participação minoritária, mediante dispensa de licitação, de empresas com o propósito de desenvolver produtos ou processos inovadores que estejam de acordo com as diretrizes e prioridades definidas nas políticas de ciência, tecnologia, inovação e de desenvolvimento industrial de cada esfera de governo.

os quais são concretizados por meio de “obrigações adicionais” cuja inobservância pode produzir reflexos nos pagamentos devidos ao contratado, dar ensejo à aplicação de penalidades ou até mesmo tornar-se causa para a rescisão antecipada do ajuste. Os exemplos de cláusulas contratuais que trazem disposições neste sentido são vários, e abrangem desde a utilização de detergentes biodegradáveis, na prestação de serviços de limpeza predial, até as chamadas cláusulas de *compliance*, que, na esteira da Lei nº 12.846, de 01 de agosto de 2013, recentemente foram adotadas por alguns entes públicos para exigir que seus contratados e eventuais subcontratados pautem toda a sua atuação empresarial pelo respeito ao marco legal anticorrupção⁶⁷. Na mesma linha, o artigo 4º, §1º, inciso I da Lei nº 12.462/2011 estabeleceu que as contratações realizadas no âmbito do RDC devem prever “(...) a disposição final ambientalmente adequada dos resíduos sólidos gerados pelas obras contratadas”, inserindo o contratante na seara da responsabilidade pós-consumo.

Logicamente, essas quatro categorias de objetivos – pré-procedimentais, intraprocedimentais, extraprocedimentais e contratuais – não são estanques. Pelo contrário: há diversos objetivos horizontais que podem ser atingidos em mais de uma categoria ao mesmo tempo e, na prática, o Poder Público recorre a vários mecanismos e técnicas diferentes para dar efetividade ao propósito almejado. Na visão de ARROWSMITH, os benefícios dos objetivos horizontais podem vir a ser maximizados se a contratada tiver algum grau de flexibilidade sobre a forma de atendê-los, alocando os seus recursos da forma que entender mais adequada ao seu atingimento⁶⁸. De fato, o contrato pode incorporar um sistema de incentivos que estimule o cumprimento espontâneo também desses objetivos extracontratuais. Dessa maneira, incorporar o objetivo horizontal em várias etapas diferentes do processo de *sourcing*, desde a definição do procedimento licitatório até o encerramento da contratação pública, pode ser uma boa estratégia para que o Estado-comprador obtenha sucesso no emprego do seu poder de compra como instrumento para a consecução de outras finalidades.

⁶⁷ Nesta linha, a partir de novembro de 2016, o Estado de São Paulo incorporou em todos os seus modelos-padrão de edital e contrato a recomendação do CADE, secundando a OCDE, de exigir dos licitantes, para compras, serviços e obras, a apresentação de “*declaração independente de proposta e atuação conforme o marco legal anticorrupção*”. As minutas, elaboradas pela Procuradoria Geral do Estado, estão disponíveis na página da Bolsa Eletrônica de Compras do Estado de São Paulo (BEC/SP), no seguinte endereço: <http://www.bec.sp.gov.br/>.

⁶⁸ ARROWSMITH, Sue, “A taxonomy of horizontal policies in public procurement”. op. cit., pp. 108-146.

2.3. OBJETIVOS “MEDIATOS” EM ESPÉCIE?

O escopo deste item é apresentar alguns dos objetivos que já foram incorporados às contratações públicas pela legislação federal brasileira. Leis e atos normativos estrangeiros serão mencionados apenas na medida que se fizer necessária à compreensão dos rumos tomados pelo legislador pátrio, mormente nos casos em que a inspiração para incorporá-los ao nosso ordenamento foi buscada no exterior. Trata-se, na verdade, de um desprezioso recorte que busca agrupar, sem hierarquia nem rigor metodológico, os objetivos horizontais mais frequentemente abordados pela literatura especializada no tema⁶⁹.

A primeira seção será destinada à concessão de tratamento diferenciado a pequenas e médias empresas a fim de ampliar o seu acesso e sua participação no mercado público. A segunda trata das chamadas “compras verdes”, abordando o movimento crescente que integra preocupações de ordem ambiental a praticamente todas as etapas do processo de *sourcing* no setor público. A terceira seção é reservada ao exame dos chamados “objetivos horizontais sociais” invocados para promover, por exemplo, a melhoria das condições de trabalho e a inclusão de minorias e grupos menos favorecidos. A quarta seção trata das contratações públicas para a inovação (“*public procurement for innovation*”) e, por fim, a quinta parte deste item versa sobre a articulação da demanda gerada pelo Poder Público para promover o desenvolvimento nacional, mormente a partir da “margem de preferência” introduzida pela Lei nº 12.349, de 15 de dezembro de 2010, para a contratação de produtos e serviços nacionais.

2.3.1. *Incentivo a Microempresas e Empresas de Pequeno Porte*

Para Hélio Saul MILESKI, a previsão de tratamento diferenciado para Microempresas (“ME”) e Empresas de Pequeno Porte (“EPP”) nas licitações realizadas pelo Poder Público é uma medida de relevo para fomentar o desenvolvimento da economia local. “*Essa importância estratégica é relevante porque os pequenos negócios no Brasil (5,9 milhões de MPEs) são um segmento econômico que congrega 97,5% de todas as empresas do País, com*

⁶⁹ No âmbito deste estudo, escolhemos fazer um recorte das políticas públicas que figuram como fim da medida de estímulo, e não do setor específico da economia onde tais medidas foram aplicadas. É por este motivo que não abordaremos especificamente as contratações públicas no setor de defesa, campo em que diversos objetivos horizontais eram realizados (sobretudo o estímulo à inovação e ao desenvolvimento de novas tecnologias) e que, historicamente, sempre contou com algum grau de protecionismo e de restrições à participação do capital estrangeiro.

uma força de trabalho constituída de 51% dos empregos e representando 20% do Produto Interno Bruto”, afirma MILESKI⁷⁰. Segundo Jorge Ulisses Jacoby FERNANDES, com base em dados colhidos pelo SEBRAE em 2005, as ME e EPP “(...) geram seis vezes mais empregos do que as médias e grandes empresas (empregos gerados participação no PIB), respondem por cerca de 70% dos empregos e representam 99% das empresas formalmente estabelecidas no Brasil”⁷¹, respondendo pela maior parte da renda dos Estados e dos Municípios.

Segundo MILESKI, o poder de compra do Estado no Brasil movimenta cerca de 400 bilhões de reais por ano. Todavia, “(...) menos de 20% é utilizado em aquisições efetuadas nas micro e pequenas empresas brasileiras, enquanto nos países desenvolvidos esse percentual chega a 37%”⁷². Em 2005, “(...) as MPE legalizadas participavam em menos de 18% do volume de compras governamentais, estimado em R\$260 bilhões. Estudos projetavam um aumento de aproximadamente 790 mil empregos/ano caso essa participação passe de 18% para 30%”⁷³. Nesse contexto, afirma Jacoby FERNANDES, aumentar a participação das ME e EPP em contratações públicas pode ser uma estratégia para viabilizar diversos objetivos, tais como “(...) o combate à pobreza com a geração de empregos e melhor distribuição de renda, a redução da informalidade na contratação de mão-de-obra; a interiorização do desenvolvimento pela produção de iniciativas locais e dos arranjos produtivos; o incremento da atividade produtiva nacional com conseqüente ampliação de oportunidades e da base de arrecadação de impostos”, bem como “(...) a simplificação, desburocratização e justiça fiscal”⁷⁴. O favorecimento de ME e EPP em contratações públicas propicia o reinvestimento dos recursos despendidos naquela mesma localidade e também possui efeitos anticolusivos, dificultando a coordenação e o *enforcement* de cartéis⁷⁵.

⁷⁰ MILESKI, Helio Saul. “Tratamento diferenciado e favorecido em licitações públicas – Aperfeiçoamentos legais introduzidos ao Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte (Lei Complementar nº 147/2014)”. *Revista Interesse Público – IP*, Belo Horizonte, ano 16, n. 86, jul./ago. 2014, pp. 51-70. O dado é mencionado na p. 57.

⁷¹ FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. “A importância do Município comprar da micro e pequena empresa”. *Fórum de Contratação e Gestão Pública - FCGP*. Belo Horizonte, ano 7, n. 84, dez/2008, p. 3.

⁷² MILESKI, Helio Saul. “Tratamento diferenciado e favorecido em licitações públicas – Aperfeiçoamentos legais introduzidos ao Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte (Lei Complementar nº 147/2014)”. *op. cit.*, p. 57.

⁷³ FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. “A importância do Município comprar da micro e pequena empresa”. *op. cit.*, p. 3.

⁷⁴ FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. “A importância do Município comprar da micro e pequena empresa”. *op. cit.*, p. 11.

⁷⁵ Para Gustavo Piga, a previsão de tratamento diferenciado para pequenas e médias empresas pode contribuir para dificultar o funcionamento de um cartel e, com isso, reduzir a corrupção em licitações. Afinal, a coordenação é mais difícil quando o número de competidores é grande e o mercado, atomizado. PIGA, Gustavo. “A fighting chance against corruption in public procurement?” *op. cit.*, p. 170.

As externalidades positivas geradas pela existência de um tratamento privilegiado para pequenas e médias empresas compensam os efeitos da restrição potencial ao número de competidores na licitação. É por esse motivo que, na visão de MILESKI, não há afronta à isonomia entre os licitantes. *"Sendo a regra geral — cumprimento do princípio da igualdade — uma disposição constitucional, torna-se evidente que, para concessão de tratamento diferenciado e favorecido, terá de haver também um permissivo constitucional de exceção ao cumprimento daquela regra geral. E este dispositivo constitucional existe e de forma especial e expressa"*⁷⁶, mais especificamente nos artigos 170, inciso IX⁷⁷ e 179⁷⁸ da Constituição da República.

Entretanto, e a despeito da previsão constitucional, a inclusão do incentivo a pequenas e médias empresas como um objetivo acessório ou horizontal das licitações públicas não é imune a críticas. Nicholas HATZIS, em posição contrária ao favorecimento das *small and medium-sized enterprises* ("SME") na União Europeia, critica o superfavorecimento dessas empresas que, sob sua ótica, compromete a economicidade da própria contratação, diminuindo o retorno para o Estado-comprador. Segundo o autor, *"(...) although SMEs are the backbone of the European economy, they do not win public contracts in a percentage analogous to their share of the overall economic activity in the Community"*⁷⁹. Diante dessa realidade, o Poder Público tende a *"(...) exaggerate the lack of participation for small and medium-sized firms and adopt measures which compromise value for money in order to discriminate in their favour"*, provocando o alegado superfavorecimento⁸⁰.

Por esse motivo, HATZIS entende que a previsão de cotas, licitações exclusivas, direitos de preferência e obrigatoriedade de subcontratação dirigidos às SME ferem o princípio de igualdade de tratamento ("*equal treatment*") do Direito Comunitário europeu e,

⁷⁶ MILESKI, Helio Saul. "Tratamento diferenciado e favorecido em licitações públicas – Aperfeiçoamentos legais introduzidos ao Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte (Lei Complementar nº 147/2014)". op. cit., p. 56.

⁷⁷ Artigo 170, inciso IX, da Constituição de 1988. "*Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: (...) IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 6, de 1995)*".

⁷⁸ Artigo 179 da Constituição de 1988. "*Art. 179. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios dispensarão às microempresas e às empresas de pequeno porte, assim definidas em lei, tratamento jurídico diferenciado, visando a incentivá-las pela simplificação de suas obrigações administrativas, tributárias, previdenciárias e creditícias, ou pela eliminação ou redução destas por meio de lei*".

⁷⁹ HATZIS, Nicholas. "The legality of SME development policies under EC procurement law", In: ARROWSMITH, Sue e KUNZLIK, Peter (Orgs). *Social and environmental policies in EC procurement law. New Directives and New Directions*. Cambridge (UK): Cambridge University Press, 2009, pp. 345-368, p. 345.

⁸⁰ HATZIS, Nicholas. "The legality of SME development policies under EC procurement law". op. cit., p. 367.

por isso, constituem práticas que deveriam ser abandonadas pelas entidades adjudicantes no âmbito da União Europeia. Para HATZIS, as cotas e certames reservados restringem a competição e causam distorções que favorecem as SME nacionais em desfavor das SME estrangeiras, uma vez que as pequenas e médias empresas dispõem de menor capacidade técnica e econômica para disputar licitações em outros países e fornecer bens, prestar serviços ou executar obras no estrangeiro. Logo, o favorecimento de SME nas contratações públicas acaba resultando, ainda que indiretamente, em uma medida protecionista. "*Small and medium-sized business may be less well-equipped and lack the technical or financial capacity to engage in cross-border trade*", motivo pelo qual cotas ou licitações exclusivas para SME, além de excluir as grandes empresas (nacionais e estrangeiras), restringirá também a participação de "(...) *foreign providers (foreign SMEs) who are least able to do so – benefiting mainly national firms in the form of national SMEs*"⁸¹.

Em alternativa, HAZTIS defende que o acesso das SME ao mercado público seja ampliado por meio da remoção de barreiras à entrada, aprimorando programas de capacitação e treinamento em licitações⁸². Em relatório encomendado pela Comissão Europeia em 2004, intitulado "*The access of SMEs to public procurement contracts*", concluiu-se que a reduzida participação de pequenas e médias empresas no total das contratações públicas realizadas pelos países-membros da União Europeia decorre majoritariamente de dois problemas de *design* dos certames: a escassa quantidade e qualidade de informações, de um lado, e a complexidade dos procedimentos licitatórios, de outro, o que indiretamente confere uma vantagem concorrencial às grandes firmas⁸³. A isso, HAZTIS soma o tamanho do contrato como um terceiro fator, haja vista que um grau maior de centralização das contratações pode reduzir custos de administração e de gestão contratual para o Poder Público, mas, por outro lado, torna mais dificultosa a participação de pequenas e médias empresas.

⁸¹ HATZIS, Nicholas. "The legality of SME development policies under EC procurement law". op. cit., p. 354.

⁸² HATZIS, Nicholas. "The legality of SME development policies under EC procurement law". op. cit., pp. 367-368.

⁸³ Segundo Tirole e Saussier, uma proposta para reduzir as barreiras à entrada de ME e EPP no mercado público seria estimular a utilização de *paperless contracts* e de sistemas eletrônicos de contratação, incluindo todas as etapas, desde a seleção de fornecedores até a execução total do contrato. "*Around 11% of the total value of contracts in France are paperless, according to the OEAP, although the European directives require that all contracts will be paperless by 2018*" (p. 9). SAUSSIER, Stéphane e TIROLE, Jean. "Strengthening the Efficiency of Public Procurement". *Les notes du conseil d'analyse économique*. Conseil d'analyse économique, nº 22, abril.2015. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/275973839_Strengthening_the_Efficiency_of_Public_Procurement. Acesso em 29/06/2015.

De todo modo, segundo Irene Patrícia NOHARA, o advento do Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte marcou uma primeira tendência legislativa de emprego do poder de compra do Estado para atingir objetivos mediatos ou extracontratuais no Brasil. Segundo a autora, a Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006, ao regulamentar o tratamento privilegiado constitucionalmente destinado às ME e EPP⁸⁴, buscou inspiração, ao menos no que se refere às contratações públicas, em técnicas e instrumentos já adotados pela legislação federal dos Estados Unidos, onde o *Small Business Act*, conhecido como “SBAAct”, vigora desde 1953. É curioso notar como a *Section 2*, “(a)”, do SBAAct justifica a previsão de tratamento diferenciado a pequenas e médias empresas justamente com base na livre concorrência, cuja preservação é considerada essencial para a segurança nacional⁸⁵. Nessa perspectiva, garantir que uma “*fair proportion*” das compras governamentais seja feita com tais empresas é visto como fundamental para “(...) *maintain and strengthen the overall economy of the Nation*”⁸⁶. Além disso, a *Section 15*, “(g)”, do mesmo estatuto estabelece os parâmetros mínimos para a fixação, pelo Presidente da República, de uma meta governamental segundo a qual a participação de *small businesses* nas compras públicas deve corresponder a pelo menos 23% do total de contratações em cada ano fiscal.

A *Federal Acquisition Regulation* (“FAR”), regulamento aplicado no âmbito federal, prevê outros mecanismos de favorecimento que foram incorporados, com algumas

⁸⁴ O tratamento diferenciado previsto para ME e EPP foi estendido pela Lei nº 11.488/2007 também às sociedades cooperativas que tenham auferido, no ano-calendário anterior, receita bruta até o limite do artigo 3º, II da Lei Complementar nº 123/2006, nela incluídos os atos cooperados e não-cooperados.

⁸⁵ A *ratio legis* do SBAAct é centrada na defesa da livre concorrência, estimulando a participação de pequenas e médias empresas nas contratações públicas. Note-se que a defesa da livre concorrência é entendida, nas primeiras linhas do SBAAct, como basilar para a própria segurança nacional. Para tanto, o SBAAct permitiu limitar o “contract bundling” (i.e. adjudicação de vários lotes para um mesmo licitante) em alguns casos, criando “quotas” para pequenas empresas. As Diretivas da UE proíbem a previsão dessas quotas, mas a European Space Agency – a quem as diretivas não se aplicam – prevê categorias (C1 a C4) para contratos de tecnologia, reservando uma delas (C3) a pequenas e médias empresas.

⁸⁶ *Section 2 (a) do Small Business Act. “§ 2. (a) The essence of the American economic system of private enterprise is free competition. Only through full and free competition can free markets, free entry into business, and opportunities for the expression and growth of personal initiative and individual judgment be assured. The preservation and expansion of such competition is basic not only to the economic well-being but to the security of this Nation. Such security and well-being cannot be realized unless the actual and potential capacity of small business is encouraged and developed. It is the declared policy of the Congress that the Government should aid, counsel, assist, and protect, insofar as is possible, the interests of small-business concerns in order to preserve free competitive enterprise, to insure that a fair proportion of the total purchases and contracts or subcontracts for property and services for the Government (including but not limited to contracts or subcontracts for maintenance, repair, and construction) be placed with small business enterprises, to insure that a fair proportion of the total sales of Government property be made to such enterprises, and to maintain and strengthen the overall economy of the Nation”.*

adaptações, pela legislação brasileira⁸⁷. Por exemplo, a *Section 19.502-2* da FAR determina que aquisições e serviços de valores entre US\$ 3.000,00 e US\$ 150.000,00 sejam reservados à contratação exclusiva de empresas de pequeno e médio porte, desde que haja pelo menos duas propostas competitivas em termos de preços de mercado, qualidade e capacidade de entrega⁸⁸. A *Section 19.7* da FAR também instituiu um programa de incentivo à subcontratação (*“Incentive Subcontracting Program”*) aplicável a contratos com valor superior a US\$ 650.000,00 ou, em se tratando de contratos de construção, US\$ 1.500.000,00. Nesses casos, a proposta apresentada pelos licitantes deve obrigatoriamente conter um plano para a subcontratação de pequenas e médias e empresas, sob pena de desclassificação e consequente exclusão do certame licitatório⁸⁹.

No Brasil, a Lei Complementar nº 123/2006, prevê alguns benefícios para facilitar o acesso das ME e EPP ao mercado público, tais como a **comprovação da regularidade fiscal somente no momento da assinatura do contrato**, e não para fins de participação no certame⁹⁰, bem como a previsão de um **empate ficto** para critério de desempate, entendido como a oferta de preços iguais ou até 10% superiores (5% no caso de pregão) à proposta

⁸⁷ NOHARA, Irene Patrícia. “Poder de compra governamental como fator de indução do desenvolvimento - faceta extracontratual das licitações”. *Revista Fórum de Direito Financeiro e Econômico - RFDDE*. Belo Horizonte, ano 4, n. 6, set./fev. 2015, pp. 155-172.

⁸⁸ *Section 19.502-2* da *Federal Acquisition Regulation*, (b): “Each acquisition of supplies or services that has an anticipated dollar value exceeding \$3,000 (\$15,000 for acquisitions as described in 13.201(g)(1)), but not over \$150,000 (\$300,000 for acquisitions described in paragraph (1) of the Simplified Acquisition Threshold definition at 2.101), is automatically reserved exclusively for small business concerns and shall be set aside for small business unless the contracting officer determines there is not a reasonable expectation of obtaining offers from two or more responsible small business concerns that are competitive in terms of market prices, quality, and delivery”. A *Section 19.503-3* da FAR prevê, ainda, que o objeto seja dividido em quotas parciais (*“set asides”*) para possibilitar a contratação de pequenas e médias empresas, tal como hoje se encontra previsto, no Brasil, pelo artigo 48 da Lei Complementar nº 123/2006.

⁸⁹ *Section 19.702* da *Federal Acquisition Regulation* (a): “(1) In negotiated acquisitions, each solicitation of offers to perform a contract or contract modification, that individually is expected to exceed \$650,000 (\$1.5 million for construction) and that has subcontracting possibilities, shall require the apparently successful offeror to submit an acceptable subcontracting plan. If the apparently successful offeror fails to negotiate a subcontracting plan acceptable to the contracting officer within the time limit prescribed by the contracting officer, the offeror will be ineligible for award. (2) In sealed bidding acquisitions, each invitation for bids to perform a contract or contract modification, that individually is expected to exceed \$650,000 (\$1.5 million for construction) and that has subcontracting possibilities, shall require the bidder selected for award to submit a subcontracting plan. If the selected bidder fails to submit a plan within the time limit prescribed by the contracting officer, the bidder will be ineligible for award”.

⁹⁰ Para participar das licitações, as ME e EPP devem apresentar toda documentação exigida – mesmo que apresente pendências e/ou restrições – dispondo do prazo de 5 (cinco) dias úteis, caso se saírem vencedoras, para regularizar os documentos de regularidade fiscal, tal como disposto no artigo 43 da Lei Complementar nº 123/2006. A recente Lei Complementar nº 155, de 27 de outubro de 2016, alterou os artigos 42 e 43 do Estatuto para estender a aplicação da mesma regra também à comprovação da regularidade trabalhista. Os novos dispositivos, ainda em *vacatio legis*, entrarão em vigor em 1º de janeiro de 2018.

mais bem classificada⁹¹. Na esteira do SBAct e da FAR, o artigo 48⁹² do diploma pátrio igualmente determina a realização de **licitações com participação exclusiva de ME e EPP** para contratações com valor de até R\$ 80.000,00⁹³; a **exigência de subcontratação** dessas empresas, até um limite percentual do total licitado, em obras e serviços; e, por fim, o fracionamento do objeto da licitação, com a **previsão de cotas de até 25%** para ME e EPP, nos casos de aquisição de bens de natureza divisível. O artigo 46 do Estatuto ainda buscou conferir às micro e pequenas empresas uma garantia de pagamento por parte do Poder Público, autorizando-as a emitir **cédula de crédito microempresarial** quando houver atraso superior a trinta dias a partir da data de liquidação do empenho⁹⁴. Todavia, o dispositivo não foi regulamentado pelo Poder Executivo até o presente momento, a despeito de estar em vigor há uma década.

Não obstante todos esses benefícios, até pouco tempo atrás entendia-se que o tratamento simplificado e diferenciado para ME e EPP necessitava estar previsto em lei local para ser aplicado no âmbito dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal. Isso porque a redação original do artigo 47 da Lei Complementar nº 123/2006 estabelecia que, nas contratações públicas de cada ente federado "(...) *poderá ser concedido tratamento diferenciado e simplificado às microempresas e empresas de pequeno porte (...)*", reforçando o seu caráter facultativo. A recente Lei Complementar nº 147, de 7 de agosto de 2014, ao

⁹¹ O empate ficto não se confunde com a mera preferência para a contratação em igualdade de condições, uma vez que não exige que o preço apresentado pela ME ou EPP seja idêntico àquele ofertado pelo licitante melhor colocado. Esse ponto é melhor abordado, no âmbito deste trabalho, quando da discussão sobre o entendimento do TCU sobre a preferência estabelecida pela lei de informática.

⁹² Artigo 48 da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006, com a redação dada pela Lei Complementar nº 147/2014: “Art. 48. Para o cumprimento do disposto no art. 47 desta Lei Complementar, a administração pública: I - deverá realizar processo licitatório destinado exclusivamente à participação de microempresas e empresas de pequeno porte nos itens de contratação cujo valor seja de até R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais); II - poderá, em relação aos processos licitatórios destinados à aquisição de obras e serviços, exigir dos licitantes a subcontratação de microempresa ou empresa de pequeno porte; III - deverá estabelecer, em certames para aquisição de bens de natureza divisível, cota de até 25% (vinte e cinco por cento) do objeto para a contratação de microempresas e empresas de pequeno porte.”

⁹³ “Foram previstas três categorias de licitações diferenciadas. A primeira consiste na licitação destinada à participação exclusiva de ME ou EPP, quando o objeto apresentar valor de até R\$ 80.000,00. A segunda envolve o fracionamento do objeto da licitação, assegurando-se que uma parcela do objeto seja disputada exclusivamente por ME ou EPP. A terceira refere-se à subcontratação compulsória de parte do objeto licitado, de modo que os licitantes sejam constrangidos a recorrer a ME ou EPP para executar parte da prestação objeto do contrato”. JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*, 14. ed. São Paulo: Dialética, 2010, p. 83.

⁹⁴ Nos termos dos artigos 58 a 70 da Lei nº 4.320/1964, a execução da despesa pública passa por três fases distintas: o empenho, a liquidação e o pagamento. Ao passo que o empenho vincula dotação de créditos orçamentários para pagamento de uma obrigação decorrente de lei, contrato, acordo ou ajuste, a liquidação consiste na verificação do direito adquirido pelo credor, tendo como base os títulos e documentos comprobatórios do respectivo crédito, definindo a quem e quanto se deve pagar. O empenho liquidado e não pago pelo Poder Público é o que justificaria a emissão da cédula de crédito microempresarial, não obstante esse título de crédito, como dito, jamais tenha sido regulamentado pelo Poder Executivo.

alterar o Estatuto, substituiu o verbo “*poderá*” por “*deverá*” e, ainda, incluiu um parágrafo único no mesmo dispositivo legal estabelecendo que, enquanto não sobrevier legislação estadual, municipal ou regulamento específico mais favorável à microempresa e empresa de pequeno porte, é a legislação federal que deve ser aplicada⁹⁵. Com isso, buscou-se dar efetiva aplicabilidade às licitações exclusivas e às cotas de participação de ME e EPP que, até então, tinham aplicação restrita a União e a alguns poucos Estados e Municípios. A despeito da autorização legal expressa dada pela Lei Complementar nº 123/2006, a negativa de aplicar o regime diferenciado justifica-se pelo temor, partilhado por muitos gestores, de que a participação restrita ou mais intensa de ME e EPP resulte em aumento do valor da contratação⁹⁶. Em uma cultura em que o menor preço impera quase absoluto, é natural que a discricionariedade administrativa seja usada pelos gestores de maneira defensiva, afastando indagações e questionamentos oriundos dos órgãos de controle sobre eventual sobrepreço, ou restrição à competitividade, na contratação de ME e EPP.

2.3.2. Desenvolvimento sustentável, “compras verdes” e contratações públicas ecoeficientes

Segundo Flávio Amaral GARCIA e Leonardo Coelho RIBEIRO, as licitações sustentáveis são aquelas que consideram os aspectos ambientais e os impactos sociais e econômicos em todos os estágios do processo de contratação pública, inclusive “(...) *admitindo-se que o Estado arque com um custo maior na aquisição de bens e serviços, mas utilizando seu poder de compra para reordenar o mercado e implementar outros valores constitucionalmente previstos*”⁹⁷. Trata-se, em síntese, de incluir a proteção do meio ambiente como objetivo acessório das licitações e das contratações firmadas pelo Poder Público, a fim de que a demanda gerada pelo Estado-comprador seja usada para induzir comportamentos

⁹⁵ No tocante aos procedimentos licitatórios exclusivos, vale lembrar que a Lei Complementar nº 147/2014 revogou o §1º do art. 48 do Estatuto, excluindo o percentual limitador de 25% do total licitado no ano civil. Portanto, “*não há mais limite anual para a aplicação das possibilidades legais fixadas*”. MILESKI, Helio Saul. “Tratamento diferenciado e favorecido em licitações públicas – Aperfeiçoamentos legais introduzidos ao Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte (Lei Complementar nº 147/2014)”. op. cit., p. 66.

⁹⁶ Para Karam Kang e Robert A. Miller, a estipulação de uma preferência ou vantagem a pequenas empresas em licitações pode, de fato, aumentar os custos envolvidos na contratação pública. Contudo, essa vantagem pode se converter em um poderoso incentivo para que empresas não favorecidas pelo programa ofertem preços mais baixos, o que equilibra e corrige essa distorção KANG, Karam e MILLER, Robert A. “Winning by Default: Why is There So Little Competition in Government Procurement?”. op. cit. pp. 1-3.

⁹⁷ GARCIA, Flávio Amaral e RIBEIRO, Leonardo Coelho. “Licitações públicas sustentáveis”. op. cit., p. 235.

sustentáveis no mercado. Como o setor público é o maior consumidor de bens e serviços em termos absolutos, o modo pelo qual o seu poder de compra é exercido certamente influencia o comportamento dos demais agentes econômicos, seja do lado da oferta, seja do lado da demanda⁹⁸.

Em 1993, o Ministério do Meio Ambiente elaborou a Agenda Ambiental na Administração Pública (A3P)⁹⁹ que, tomando por base a mudança dos padrões de consumo tratada pelo Capítulo IV da Agenda 21, trouxe a "licitação sustentável" como um dos seus cinco eixos temáticos¹⁰⁰. Na União Europeia, a proteção do meio ambiente tem sido reconhecida como um objetivo da comunidade desde 1987, com a entrada em vigor do Ato Único Europeu. O próprio Tratado de Funcionamento da União Europeia, no seu artigo 2º, nº 3, consagra o "(...) *melhoramento da qualidade do ambiente*" como meta a ser atingida pelos membros do bloco. Tanto que, nas Diretivas 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE, que disciplinam os contratos públicos no âmbito comunitário, admite-se que a "proposta economicamente mais vantajosa" seja tomada como critério de julgamento, permitindo assim a integração de considerações ambientais – como o ciclo de vida do produto, por exemplo – à licitação e à contratação pública.

A Lei nº 12.349, de 15 de dezembro de 2010, alterou o artigo 3º da Lei nº 8.666/1993 para incluir o "*desenvolvimento nacional sustentável*" como *objetivo* das licitações. Na mesma trilha, embora com terminologia diversa, o mesmo conceito foi elencado no artigo 3º da Lei nº 12.462/2011 como *princípio* a ser observado no âmbito do Regime Diferenciado de Contratações ("RDC")¹⁰¹. Independentemente do *nomen iuris* adotado, o Tribunal de

⁹⁸ Segundo Nohara, não se trata de atividade administrativa de "fomento", em sentido técnico "(...) pois a licitação relaciona-se com futura contratação, que engloba contraprestação", muito embora se possa reconhecer que "(...) há algum aspecto de incentivo, porquanto existem condições de adjudicação favoráveis para aqueles que demonstrarem cumprir com requisitos necessários para uma contratação que seja alinhada com os fins do Estado". NOHARA, Irene Patrícia. "Poder de compra governamental como fator de indução do desenvolvimento - faceta extracontratual das licitações". op. cit., p. 167.

⁹⁹ A Agenda Ambiental na Administração Pública (A3P) está disponível no endereço eletrônico do Ministério do Meio Ambiente, em: www.mma.gov.br/estruturas/a3p/_arquivos/cap4_ag21.pdf. Acesso em 08/09/2016.

¹⁰⁰ "(...) a saber: i) uso racional dos recursos; ii) gestão adequada dos resíduos; iii) qualidade de vida no ambiente de trabalho; iv) sensibilização e capacitação dos servidores; e v) licitação sustentável" GARCIA, Flávio Amaral e RIBEIRO, Leonardo Coelho. "Licitações públicas sustentáveis". op. cit., pp. 231-254.

¹⁰¹ Diante das diferenças no tratamento legislativo, Nohara discorre sobre a qualificação do desenvolvimento nacional sustentável como "objetivo" ou "princípio". Tal discussão, além de inócua, é cientificamente falha. A autora recusa a categorização de princípio ao "*desenvolvimento nacional sustentável*" com o argumento de que a necessidade do seu sopesamento com outras variáveis do procedimento licitatório enfraqueceria a sua aplicação, bem como poderia afastar, no caso concreto, os objetivos de garantia da isonomia e seleção da proposta mais vantajosa. Veja: "*O problema de considerá-la princípio, dentro dessa vertente que enxerga o caráter normativo dos princípios, é que essa opção acaba pondo o desenvolvimento nacional sustentável em conflito com escolhas também possíveis juridicamente, no sentido da vantajosidade da contratação e da competitividade do certame, ainda mais diante do fato de que desenvolvimento nacional sustentável é termo*

Contas da União já reconheceu que ao desenvolvimento nacional sustentável deve ser deferida a mesma hierarquia dos outros princípios aplicáveis às licitações públicas, tais como a isonomia e a economicidade¹⁰².

Não obstante o inciso XXI do artigo 37 da Constituição só autorize “*exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações*”, Flávio Amaral GARCIA e Leonardo Coelho RIBEIRO defendem a possibilidade de incorporação de requisitos de sustentabilidade ambiental nas licitações e contratações públicas com base em outros fundamentos constitucionais (artigos 225; 23, incisos VI e VII, e 170, inciso VI) e, também, infraconstitucionais, tais como a Política Nacional do Meio Ambiente (artigos 2º, inciso I; 9º, inciso V e 13 da Lei nº 6.938/1981), a Política Nacional de Mudança do Clima (artigo 6º, inciso XII da Lei nº 12.187/2009) e a Política Nacional de Resíduos Sólidos (artigo 7º, inciso XI, "a" e "b" da Lei nº 12.305/2010). Nessa linha, o artigo 14, parágrafo único, inciso II da Lei nº 12.462/2011, autoriza o Poder Público a exigir requisitos de sustentabilidade ambiental para fins de habilitação em licitações disciplinadas pelo RDC. E o artigo 4º, inciso III do mesmo diploma afirma que a “*busca da maior vantagem para a Administração Pública*” compreende também o aspecto ambiental, motivo pelo qual o impacto causado ao meio ambiente deve integrar o julgamento das propostas pelo critério do menor dispêndio¹⁰³.

Para GARCIA e RIBEIRO, a incorporação de critérios de sustentabilidade em licitações e contratos públicos não implica em violação à competitividade, à eficiência nem à isonomia.

bastante vago que tem potencial de cumprir a mesma função da proporcionalidade, ou seja, de servir de ponderação entre critérios econômicos, sociais e ambientais, hipótese na qual ela perderia, a nosso ver, sua natureza de princípio. Ademais, caso a promoção do desenvolvimento nacional sustentável seja vista como objetivo, como ocorre na Lei Geral de Licitações e Contratos, mas não na disciplina legal do RDC, não haveria esse problema, pois uma interpretação distorcida não teria força de afastar os demais objetivos a partir da alegação de violação ao conteúdo normativo e, portanto, cogente de um princípio”. NOHARA, Irene Patrícia. “Poder de compra governamental como fator de indução do desenvolvimento - faceta extracontratual das licitações”. op. cit., p. 164. Essa visão ignora que os princípios, como mandamento de otimização, hão de ser afastados no caso concreto, quando de sua aplicação, mas nem mesmo nessa hipótese deixam de pertencer ao ordenamento jurídico (derrotabilidade ou defeseability).

¹⁰² “(...) o novo princípio foi posto na lei ao lado dos seus antecessores, com igual estatura, nem acima, nem abaixo. Sendo assim, é razoável esperar que tenha a mesma densidade normativa, servindo, tanto quanto os outros, para ditar a conduta dos gestores. A lei prevê inúmeras regras que concretizam os princípios da isonomia e da contratação da proposta mais vantajosa para a Administração, nem por isso, porém, é raro acontecer de o gestor ter de lidar com situações não positivadas e cuja solução deva ser ditada pela ponderação direta das normas principiológicas de condutas”. TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. Acórdão nº 1.317/2013, Plenário, Rel. Min. Aroldo Cedraz, D.J. 29/5/2013.

¹⁰³ Artigo 19, §1º da Lei nº 12.462, de 04 de agosto de 2011: “§1º Os custos indiretos, relacionados com as despesas de manutenção, utilização, reposição, depreciação e impacto ambiental, entre outros fatores, poderão ser considerados para a definição do menor dispêndio, sempre que objetivamente mensuráveis, conforme dispuser o regulamento”.

Isso porque tais exigências, sempre justificadas e motivadas no caso concreto, podem resultar em economia para o Poder Público a longo prazo, sendo também compensadas pela geração de externalidades positivas em matéria ambiental¹⁰⁴. Eduardo Fortunato BIM destaca que o chamado “princípio BATNEEC” (“*Best Available Technology Not Entailing Excessive Cost*”) pode ser um parâmetro interessante para nortear a condução das licitações sustentáveis, limitando a inserção de critérios de sustentabilidade ambiental que acarretem custos exacerbados. Para BIM, “(...) o princípio *Batneec* implica que não é a melhor tecnologia disponível, isoladamente considerada, que importa e deve ser aplicada ao empreendimento, mas a melhor tecnologia disponível que não implique custo excessivo”. Destarte, para o autor, até se admite “(...) que o custo da licitação sustentável seja superior, ainda que seja considerado o ciclo de vida do bem ou serviço, mas não se admite o custo exorbitante ou desarrazoado”¹⁰⁵.

Não obstante o amplo reconhecimento – ao menos em sede doutrinária – que chancela a aplicação de critérios ambientais em licitações e contratos públicos, tais medidas ainda são de aplicação escassa na prática administrativa, sobretudo nos Estados e Municípios. Thiago de Lima BREUS aponta um fenômeno semelhante no direito da União Europeia, onde as considerações ambientais nas contratações públicas foram consideradas durante muito tempo pela jurisprudência do TJUE como “*soft law*”¹⁰⁶. Segundo Irene Patrícia NOHARA, existem duas possíveis explicações para esse descompasso entre a permissão legislativa expressa, de um lado, e a efetiva aplicação dessas medidas nos certames licitatórios realizados pelo Poder Público, de outro.

A primeira reside no **caráter discricionário** da adoção de critérios de sustentabilidade em editais e contratos. De fato, o Decreto nº 7.746, de 05 de junho de 2012, que regulamenta o “*desenvolvimento nacional sustentável*” nas contratações públicas,

¹⁰⁴ GARCIA, Flávio Amaral e RIBEIRO, Leonardo Coelho. “Licitações públicas sustentáveis”. op. cit., p. 243.

¹⁰⁵ BIM, Eduardo Fortunato. “Considerações sobre a juridicidade e os limites da licitação sustentável”. In: BARKI, Teresa Villac Pinheiro e SANTOS, Murillo Giordan (Coord.). *Licitações e contratações públicas sustentáveis*. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 210, ambos os trechos.

¹⁰⁶ Segundo Breus, foi a partir do Acórdão “*Concordia Bus Finland*” que as considerações sociais e ambientais deixaram de ser *soft law* nas contratações públicas: “*Em síntese, o acórdão do TJUE estabeleceu os seguintes requisitos para a admissibilidade da consideração de critérios ambientais na contratação pública: (i) os critérios devem estar ligados ao objeto do contrato; (ii) eles não podem conferir à Administração uma liberdade de escolha incondicional; (iii) eles devem estar expressamente mencionados no edital; (iv) é preciso respeitar todos os princípios fundamentais do Direito da União Europeia, em especial, o princípio da não-discriminação*”. BREUS, Thiago Lima. *O governo por contrato(s) e a concretização de políticas públicas horizontais como mecanismo de justiça distributiva*. op. cit. pp. 138-140, o trecho citado está à p.140. Para outros três “casos-marco” julgados pelo TJUE, confira: <http://www.clientearth.org/reports/cjeu-case-law-review-a-question-of-importance-for-sustainable-public-procurement.pdf>. Acesso em 17/09/2016.

claramente estabelece que a inclusão desses requisitos nos editais “(...) *como especificação técnica do objeto ou como obrigação da contratada*”, além de previamente justificada nos autos e de preservar o caráter competitivo do certame, é de adoção facultativa, sujeita à discricionariedade do administrador¹⁰⁷. Novamente, a insegurança dos gestores em desafiar o primado do menor preço, em meio a uma cultura de forte apego a ritos e formalidades, serve como forte desestímulo para que o Estado-comprador instrumentalize a sua demanda para induzir comportamentos sustentáveis aos fornecedores, no lado da oferta.

Um segundo fator apontado pela autora diz respeito à possibilidade de que a introdução de critérios sustentáveis nas especificações do objeto, se não for cautelosa, possa vir a **descaracterizar o objeto como bem ou serviço comum**, tornando assim inaplicável a modalidade pregão, que é mais célere e faz parte do dia-a-dia das repartições públicas, sobretudo na esfera federal¹⁰⁸. Isso favorece a manutenção de um comportamento quase inercial por parte dos gestores de compras, que via-de-regra preferirão manter intocado o seu cotidiano ao invés de se aventurar nas modalidades da Lei nº 8.666/1993, que são reconhecidamente mais morosas e complexas que o pregão.

2.3.3. *Objetivos horizontais sociais*

Christopher MC CRUDDEN realizou um extenso mapeamento das iniciativas voltadas a atingir objetivos mediatos de caráter social por intermédio das contratações públicas. Segundo o autor, nos objetivos horizontais sociais trata-se de examinar “(...) *how government attempts to combine these two functions: participating in the market as purchaser and at the same time regulating it through the use of its purchasing power to advance conceptions of social justice*”¹⁰⁹. Segundo o Professor da Universidade de Oxford, o “*social procurement*” cada vez mais tem sido associado ao “*green procurement*”, dando origem ao que MCCRUDDEN chama de “*sustainable procurement*”, *thus addressing both*

¹⁰⁷ Artigo 2º do Decreto nº 7.746, de 05 de junho de 2012: “Art. 2º *A administração pública federal direta, autárquica e fundacional e as empresas estatais dependentes poderão adquirir bens e contratar serviços e obras considerando critérios e práticas de sustentabilidade objetivamente definidos no instrumento convocatório, conforme o disposto neste Decreto. Parágrafo Único. A adoção de critérios e práticas de sustentabilidade deverá ser justificada nos autos e preservar o caráter competitivo do certame*”.

¹⁰⁸ “(...) *se a Administração Pública exagerar nos requisitos para uma licitação sustentável, a ponto de bloquear a existência de um mercado próprio de fornecedores do produto, a opção do pregão não será possível, pois tal modalidade demanda a existência de fornecedores competitivos de um produto relativamente padronizado*”. NOHARA, Irene Patrícia. “Poder de compra governamental como fator de indução do desenvolvimento - faceta extracontratual das licitações”. op. cit., p. 168.

¹⁰⁹ MCCRUDDEN, Christopher. “Using public procurement to achieve social outcomes”. op. cit., p. 257.

social and environmental issues"¹¹⁰. Nessa linha, as contratações públicas podem servir, por exemplo, para robustecer o *enforcement* de uma legislação antidiscriminação, prever ações afirmativas, ou ainda, ampliar o acesso de minorias e de grupos desprivilegiados ao mercado público¹¹¹.

Esse não é um fenômeno recente. Ainda na primeira metade do século XX, em paralelo ao desenvolvimento do *Welfare State*, países como Reino Unido, Estados Unidos e França já procuravam utilizar a demanda gerada pelo setor público para promover políticas ligadas a melhores condições de trabalho, salários justos e o combate ao desemprego – sobretudo pela contratação, pelo governo, de novas obras e serviços de engenharia. Nos Estados Unidos, por exemplo, MCCRUDDEN noticia que o mero anúncio de uma obra federal em determinada localidade já era o suficiente para atrair um influxo de trabalhadores migrantes vindos de regiões mais pobres do país e, por isso, dispostos a "(...) *take the government jobs for the lower wages than those expected by the local workforce*"¹¹². Dessa maneira, a contratação pública gerava indiretamente a externalidade negativa de reduzir o nível de salários da região, uma vez que as empresas locais, para ganhar a concorrência, reduziriam ao máximo os seus custos com mão-de-obra para oferecer ao Poder Público o menor preço. O *Davis-Bacon Act*, de 1931, buscou evitar esse quadro ao determinar que "(...) *the local 'prevailing wage' should be paid by all contractors on federal construction projects*"¹¹³, obrigando, assim, as firmas contratadas pelo governo federal a remunerar seus empregados segundo as médias salariais locais.

Os contratos públicos também se revelaram um importante mecanismo para estimular a reinserção profissional de trabalhadores portadores de deficiência e de veteranos de guerra, sobretudo após a Primeira Guerra Mundial. No Reino Unido, afirma MCCRUDDEN, "(...) *a popular approach was the establishment of 'sheltered work-shops' for disabled workers, where limited types of goods were manufactured; these products were given preference in government purchasing*"¹¹⁴. Semelhantemente, o "*Wagner-O'Day Act*",

¹¹⁰ MCCRUDDEN, Christopher. "Using public procurement to achieve social outcomes". op. cit., p. 257.

¹¹¹ "Three relatively distinct types of linkage may be particularly emphasized at this stage of the discussion: the use of procurement as a method of enforcing anti-discrimination law in the employment context, often described as 'contract compliance'; the use of procurement to advance a wider conception of distributive justice, particularly affirmative action in employment; and the use of procurement as a method to help stimulate increased entrepreneurial activity by disadvantaged groups, in particular so called 'set-asides' for minority businesses". MCCRUDDEN, Christopher. "Using public procurement to achieve social outcomes". op. cit., p. 259.

¹¹² MCCRUDDEN, Christopher. "Using public procurement to achieve social outcomes". op. cit., p. 258.

¹¹³ MCCRUDDEN, Christopher. "Using public procurement to achieve social outcomes". op. cit., p. 258.

¹¹⁴ MCCRUDDEN, Christopher. "Using public procurement to achieve social outcomes". op. cit., p. 258.

de 1938, instituiu uma política de preferência para a aquisição de produtos fabricados por trabalhadores cegos nos Estados Unidos¹¹⁵.

O segundo pós-guerra foi marcado pela introdução de ações afirmativas como objetivos acessórios de contratações públicas, a fim de combater a discriminação social e promover a igualdade racial em um movimento de valorização crescente dos direitos humanos. Na visão do autor, a inclusão desses objetivos foi uma forma encontrada para dar efetividade imediata, ainda que de forma mais pontual e restrita, a políticas sociais cuja implementação dependeria de mudanças legislativas complexas. Por exemplo, MC CRUDDEN afirma que “(...) *successive presidents issued ‘executive orders’ requiring non-discrimination by federal government contractors*” mesmo antes da edição do célebre *Civil Rights Act* de 1964, justamente “(...) *as a substitute for congressional legislation*”¹¹⁶. Igualmente, Sue ARROWSMITH rememora a previsão editalícia que vedava a participação em licitações de empresas que não tivessem adotado uma política proativa de redução das desigualdades raciais, religiosas e de gênero na composição do seu quadro de funcionários¹¹⁷. “*The decision of the US federal government to implement equality policies through procurement, for example, appears to have been taken because of the difficulty of putting regulatory legislation of general application through Congress*”, afirma a autora¹¹⁸. Posteriormente, no final da década de 1960, essas ações afirmativas foram estendidas para abranger também a igualdade de gênero, a fim de “(...) *benefit women in employment under federal government contracts, and to ensure that businesses owned by women would also secure a proportion of government contracts*”¹¹⁹.

Dessa maneira, segundo MC CRUDDEN, as contratações públicas indiretamente passaram a versar sobre “*quasi-constitutional problems*”, tais como “(...) *attempts to address racial inequality in the United States, or attempts to resolve the issue of the indigenous people (bumiputera) in Malaysia*”¹²⁰. Outros exemplos de objetivos horizontais nessa seara incluem a previsão de um sistema de preferências por meio da pontuação, nas

¹¹⁵ Esse tipo de mecanismo de favorecimento é utilizado igualmente em países subdesenvolvidos, como a Índia, para promover artesãos locais: “*In India, for example, procurement rules stipulating that certain products must be purchased exclusively from the small-scale sector, even if the prices charged are up to 15% higher than those offered by the closest competition, are intended to promote artisans and small-scale firms (Srivastava, 2003)*”. McCRUDDEN, Christopher. “Using public procurement to achieve social outcomes”. op. cit., p. 259.

¹¹⁶ McCRUDDEN, Christopher. “Using public procurement to achieve social outcomes”. op. cit., p. 260.

¹¹⁷ Nesse sentido, confira-se a Section 503 do *Rehabilitation Act*, de 1973, *Vietnam Era Veterans' Readjustment Assistance Act*, de 1974, e 38, U.S.C. 4212. ARROWSMITH, Sue, “A taxonomy of horizontal policies in public procurement”. op. cit., pp. 108-146.

¹¹⁸ ARROWSMITH, Sue. “A taxonomy of horizontal policies in public procurement”. op. cit., p. 117.

¹¹⁹ McCRUDDEN, Christopher. “Using public procurement to achieve social outcomes”. op. cit., p. 261.

¹²⁰ McCRUDDEN, Christopher. “Using public procurement to achieve social outcomes”. op. cit., p. 259.

propostas dos licitantes, de critérios sociais (África do Sul); a impossibilidade de discriminação religiosa, com sanções que permitiam, inclusive, a rescisão do contrato (Irlanda do Norte); ampliação do acesso das populações aborígenes ao mercado público (Canadá) e, por fim, a proibição de contratar com empresas envolvidas em negócios em Myanmar, em razão das restrições de liberdades civis e direitos humanos naquele país (Estados Unidos). Esses países e suas respectivas legislações vinculam a efetivação de políticas públicas aos contratos governamentais, ainda que em detrimento do *value for money* da própria contratação em si.

2.3.4. Public procurement for innovation

Jakob EDLER e Luke GEORGHIOU, professores da Universidade de Manchester, defendem o emprego mais efetivo das contratações públicas como instrumento em prol de uma "*demand-oriented innovation policy*", em complemento às medidas de incentivo promovidas, no lado da oferta, pelo Poder Público¹²¹. "*Public demand, when oriented towards innovative solutions and products, has the potential to improve delivery of public policy and services, often generating improved innovative dynamics and benefits from the associated spillovers*"¹²². Segundo os autores, as contratações públicas podem ser mais eficientes como estímulo para a inovação do que a concessão de subsídios diretos a Pesquisa & Desenvolvimento ("P&D"). Não obstante, e muito embora "*(...) state procurement triggered greater innovation impulses in more areas than did R&D subsidies*"¹²³, EDLER e GEORGHIOU afirmam que o emprego da inovação enquanto objetivo horizontal ou acessório de contratos públicos ainda é um campo relativamente inexplorado em diversos países.

Flávia de Holanda SCHMIDT e Lucas Rocha Soares de ASSIS afirmam que o emprego do poder de compra do Estado como fomento ao desenvolvimento de novas tecnologias tomou grande impulso na União Europeia após a divulgação do chamado "*Kok Report*", documento elaborado em 2004 que expressamente reconhece as virtudes de uma política de inovação voltada não mais somente para a oferta, mas também para a geração de demanda

¹²¹ EDLER, Jakob. GEORGHIOU, Luke. "Public procurement and innovation – resurrecting the demand side". *Research Policy*. n. 36, 2007

¹²² EDLER, Jakob. GEORGHIOU, Luke. "Public procurement and innovation – resurrecting the demand side". *op. cit.*, p. 949.

¹²³ EDLER, Jakob. GEORGHIOU, Luke. "Public procurement and innovation – resurrecting the demand side". *op. cit.*, p. 949.

por tecnologia¹²⁴. Para EDLER e GEORGHIOU, o *Kok Report* "(...) recognised that procurement could be used to provide pioneer markets for new research and innovation-intensive products"¹²⁵. O grupo de trabalho presidido pelo holandês Wilhem Kok deu grande destaque às compras públicas como instrumento da “*estratégia de Lisboa*” para o desenvolvimento de uma política de inovação na Europa¹²⁶. Dois anos mais tarde, em 2006, o *Kok Report* inspirou a edição do "*Aho Group Report on Creating an Innovative Europe*" e, em 2007, a Comissão Europeia publicou um "*Commission Handbook on Public Procurement for Innovation*" no qual foi destacado o papel do Estado como formador de um mercado para as novas tecnologias, sobretudo nos setores (como a defesa, p.e.) em que a demanda estatal é especialmente significativa. Todos esses documentos partem de um pressuposto comum, ou seja, o reconhecimento de que "(...) *traditional supply-side innovation policies are insufficient to meet the challenges posed in promoting competitiveness*"¹²⁷. Por conseguinte, se as ferramentas disponíveis no lado da oferta são insuficientes para promover a inovação, é natural que adquiram maior relevo e importância as contratações públicas e outras medidas do lado da demanda (“*demand-side innovation policies*”), as quais podem ser “(...) *defined as all public measures to induce innovations and/or speed up diffusion of innovations through increasing the demand for innovations, defining new functional requirements for products and services or better articulating demand*”¹²⁸.

EDLER e GEORGHIOU afirmam que a demanda gerada pelo setor público pode contribuir efetivamente para o desenvolvimento de novas tecnologias. Como é cediço, a

¹²⁴ Segundo os autores, “(...) *as compras poderiam ser adicionalmente utilizadas para aumentar a demanda como um todo, estimular a atividade econômica e emprego, proteger as firmas domésticas da competição externa, aumentar a competitividade entre as firmas ao atrair campeões nacionais para desempenhar atividades de P&D, minimizar disparidades regionais e criar empregos para setores marginais da força de trabalho*”. ASSIS, Lucas Rocha Soares de e SCHMIDT, Flávia de Holanda; "O Estado como cliente: características das firmas industriais fornecedoras do governo". Radar: tecnologia, produção e comércio exterior. Brasília: Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), Vol. 1, n. 17, abr/2009, pp. 09-20, citação à p. 11.

¹²⁵ EDLER, Jakob. GEORGHIOU, Luke. “Public procurement and innovation – resurrecting the demand side”. op. cit., p. 951.

¹²⁶ “(...) *Member States and the Commission should look at ways in which public procurement could be used to provide a pioneer market for new research and innovation-intensive products and services*”. O Kok report está disponível no seguinte endereço: https://ec.europa.eu/research/evaluations/pdf/archive/fp6-evidence-base/evaluation_studies_and_reports/evaluation_studies_and_reports_2004/the_lisbon_strategy_for_growth_and_employment_report_from_the_high_level_group.pdf. Acesso em 11/11/2016. Citação à p. 21 do documento eletrônico.

¹²⁷ EDLER, Jakob. GEORGHIOU, Luke. “Public procurement and innovation – resurrecting the demand side”. op. cit., p. 952.

¹²⁸ EDLER, Jakob. GEORGHIOU, Luke. “Public procurement and innovation – resurrecting the demand side”. op. cit., p. 953.

aplicação comercial de novas tecnologias gera incertezas e riscos aos fornecedores, bem como custos de entrada e de adaptação bastante significativos. Nesse contexto, o Poder Público pode tornar-se um “*lead user*” e contribuir para formar um “*lead market*” para novos produtos, gerando economias de escala que reduzem custos e servem de estímulo ao mercado nascente. Desse modo, as contratações públicas assumem um relevante papel de intermediação entre as novas tecnologias e o mercado.

De acordo com EDLER e GEORGHIOU, o emprego das licitações e contratos para promover a inovação será mais efetivo se assumir três formas. Primeiramente, os autores afirmam que as contratações devem ser **estratégicas**, o que ocorre “(...) *when the demand for certain technologies, products or services is encouraged in order to stimulate the market*”¹²⁹. Em segundo, as contratações devem ser **catalíticas ou cooperativas**¹³⁰, a fim de que o Estado contrate bens e serviços não apenas para atender a sua necessidade direta, mas também para dar apoio e incentivo aos compradores particulares na sua decisão de compra¹³¹. Por fim, os autores defendem que as contratações devem ser **pré-comerciais**, ou seja, destinadas ao desenvolvimento de produtos e serviços que ainda não estão disponíveis no mercado (“*off-the-shelf*”) e que, por isso, demandam investimentos em P&D antes de sua produção em escala industrial¹³². Nesta hipótese, a contratação pré-comercial “(...) *in fact is an R&D service contract, given to a future supplier in a multi-stage process, from exploration and feasibility to R&D up to prototyping, field tests with first batches and then, finally, commercialisation*”¹³³.

Max ROLFSTAM propõe uma tipologia para o “*public procurement for innovation*” (“PPfI”) baseada em duas dimensões: os tipos de necessidades sociais que motivam a contratação pública para a inovação, de um lado, e os três diferentes contextos de mercado

¹²⁹ EDLER, Jakob. GEORGHIOU, Luke. “Public procurement and innovation – resurrecting the demand side”. op. cit., p. 953.

¹³⁰ “*So-called co-operative procurement occurs when government agencies buy jointly with private purchasers and both utilise the purchased innovations. Catalytic procurement occurs when the state is involved in the procurement or even initiates it, but the purchased innovations are ultimately used exclusively by the private end-user*”. EDLER, Jakob. GEORGHIOU, Luke. “Public procurement and innovation – resurrecting the demand side”. op. cit., p. 954.

¹³¹ “(...) *while in pure public procurement the needs are defined directly by the public bodies themselves, in catalytic procurement the needs of private buyers need to be systematically ascertained*”. EDLER, Jakob. GEORGHIOU, Luke. “Public procurement and innovation – resurrecting the demand side”. op. cit., p. 958.

¹³² “*The basic idea behind public pre-commercial procurement is that it targets innovative products and services for which further R&D needs to be done. Thus, the technological risk is shared between procurers and potential suppliers. By definition, this means that potential producers are still in the pre-commercial phase, the products and services delivered are not “off the shelf”*”. EDLER, Jakob. GEORGHIOU, Luke. “Public procurement and innovation – resurrecting the demand side”. op. cit., p. 954.

¹³³ EDLER, Jakob. GEORGHIOU, Luke. “Public procurement and innovation – resurrecting the demand side”. op. cit., p. 954.

vinculados ao ciclo de vida das tecnologias (“criação”, “expansão” e “consolidação”), em outro¹³⁴. A classificação de ROLFSTAM aproxima-se, em alguns pontos, daquela elaborada por EDLER e GEORGHIOU.

No primeiro eixo, quanto às necessidades sociais, as motivações do PPfI podem ser **intrínsecas** (quando o setor público é o usuário da tecnologia e o destinatário da contratação), **congenéricas** (quando o setor público é usuário, mas não é o único beneficiário da contratação, que pode se estender ao setor privado) ou **extrínsecas** (o setor público não é o usuário nem o beneficiário da contratação, contratando em favor de outros sujeitos). No segundo eixo, que diz respeito às relações da contratação pública com o mercado, o PPfI pode ter o papel de **criação de mercado** (“*initiation*”) quando, por exemplo, se investe no avanço de tecnologias para defesa nacional (como computadores, radares, sonares, etc.) que, reflexamente, poderão ter implementação futura no setor privado. No papel de **expansão de mercado** (“*escalation*”), o PPfI pode potencializar o desenvolvimento de mercados emergentes, como, por exemplo, no caso de “*environmental friendly technology*” e aprimorá-lo, articulando a demanda para evitar que esse mercado fique fragmentado em nichos¹³⁵. Por fim, na **consolidação de mercado** (“*consolidation*”), a demanda gerada pela contratação pública é empregada para consolidar determinado setor, impondo standards e estimulando a padronização de bens e serviços¹³⁶.

Posteriormente, em um *paper* publicado em 2012, ROLFSTAM introduziu uma quarta categoria em cada eixo¹³⁷. No primeiro, por intermédio das chamadas **compras distribuídas**, o Poder Público “(...) publishes some kind of opportunity without neither specifying a problem nor making a commitment to procure anything. It is the task of the supplier to explore and exploit the opportunity”¹³⁸. Um exemplo apresentado por ROLFSTAM

¹³⁴ ROLFSTAM, Max. *Public Technology Procurement as a Demand-side Innovation Policy Instrument – an Overview of Recent Literature and Events*. Lund University Institute of Technology, 2005. Disponível em: <http://www2.druid.dk/conferences/viewpaper.php?id=2553&cf=17>. Acesso em: 03/07/2015.

¹³⁵ “Após a criação do mercado, o segundo contexto seria a fase de expansão, ao que se seguiria o ciclo em que o papel do governo é articular a demanda pela harmonização ou padronização, sem que o mercado corra o risco de permanecer fragmentado em nichos”. SQUEFF, Flávia de Holanda Schmidt. *O poder de compras governamental como instrumento de desenvolvimento tecnológico: análise do caso brasileiro*. Texto para discussão nº 1922. Rio de Janeiro: Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), 2014, p. 16.

¹³⁶ “Examples of this from Sweden would be the KRAV label. Any product marked with the KRAV symbol live up to some standards concerning environment, animal husbandry, health and social responsibility”. ROLFSTAM, Max. *Public Technology Procurement as a Demand-side Innovation Policy Instrument – an Overview of Recent Literature and Events*. op. cit., p. 14.

¹³⁷ ROLFSTAM, Max. “Understanding public procurement of innovation: definitions, innovation types and interaction modes”. *Social Science Research Network*, Rochester (NY), 26/02/2012. Disponível em: <http://goo.gl/N185B9>. Acesso em: 22/08/2016.

¹³⁸ ROLFSTAM, Max. “Understanding public procurement of innovation: definitions, innovation types and interaction modes”. op. cit., p. 8.

seria a divulgação de diferentes dados e informações pelo governo, os quais poderiam ser usados por empresas para o desenvolvimento de aplicativos voltados para o turismo¹³⁹. No segundo eixo, ROLFSTAM justifica o papel de **destruição de mercado** porquanto "(...) o estabelecimento de padrões não apenas fomenta a inovação, mas também tem um efeito destrutivo para a antiga tecnologia: haveria aí a destruição associada à consolidação"¹⁴⁰. Dessa maneira, combinando-se as categorias em ambos os eixos, a chamada “matriz de Hommen”¹⁴¹ passou a contar com dezesseis hipóteses para o PPfI, tal como segue:

Papel em relação ao mercado Tipo de necessidade social	Criação de mercado (Desenvolvimento)	Expansão de mercado (Adaptação)	Consolidação (Padronização)	Destruição (Remoção)
Compras diretas (Necessidades intrínsecas da organização compradora)				
Compras cooperativas (Necessidades compartilhadas do setor público e usuários privados)				
Compras catalíticas (Necessidades de outros usuários, extrínsecas à organização compradora)				
Compras distribuídas (Necessidades identificadas e satisfeitas externamente a partir da oportunidade divulgada pela organização pública)				

Figura 1 - Versão estendida da matriz de Hommen, extraída de SQUEFF, Flávia de Holanda Schmidt. O poder de compras governamental como instrumento de desenvolvimento tecnológico: análise do caso brasileiro. Texto para discussão n° 1922. Rio de Janeiro: Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), 2014, p. 17

Rainer KATTEL e Veiko LEMBER, na mesma linha de EDLER e GEORGHIOU, compreendem o PPfI como uma "(...) *demand-side policy measure through which governments can generate new markets for companies in order to develop new technological capabilities and solutions*"¹⁴². Por meio do PPfI, o Poder Público busca contratar um bem ou serviço que (...) *does not yet exist, but which could probably be developed within a*

¹³⁹ ROLFSTAM, Max. "Understanding public procurement of innovation: definitions, innovation types and interaction modes". op. cit., p. 8.

¹⁴⁰ SQUEFF, Flávia de Holanda Schmidt. *O poder de compras governamental como instrumento de desenvolvimento tecnológico: análise do caso brasileiro*. op. cit., p. 17.

¹⁴¹ A matriz de Hommen é uma representação gráfica das contratações públicas para a inovação que foi elaborada a partir do trabalho seminal de EDQUIST, Charles e HOMMEN, Leif "Public Technology Procurement and Innovation Theory". In: EDQUIST, C.; HOMMEN, L.; TSIPOURI, L. (Eds.), *Public technology procurement and innovation*. Boston/Dordrecht/London: Kluwer Academic Publishers, 2000, pp. 5-60; confira as pp. 22-23.

¹⁴² KATTEL, Rainer e LEMBER, Veiko. "Public Procurement as an industrial policy tool: an option for developing countries?" *Journal of Public Procurement*, vol.10, issue 3, 2010, pp. 368-404, p. 370.

*reasonable period of time*¹⁴³, absorvendo os riscos e os custos inerentes ao desenvolvimento de novas tecnologias¹⁴⁴. “*Unlike in regular procurement, where governments place orders for ready-made or ‘off-the-shelf’ products, procurement for innovation involves procuring products that need additional (research and) development work and thereby influences the innovative capacity of providers*, afirmam os autores¹⁴⁵. Nessa linha, os autores destacam o papel de relevo que as contratações públicas tiveram para o desenvolvimento, entre outros, de redes precursoras da *internet*, do sistema de *Global Positioning System (GPS)*, da indústria de semicondutores e até mesmo dos aviões a jato¹⁴⁶⁻¹⁴⁷.

Por isso, KATTEL e LEMBER asseveram que os países em desenvolvimento não devem aderir ao *Government Procurement Agreement* (“GPA”), da Organização Mundial do Comércio, porque que as práticas e normas da OMC limitam consideravelmente o PPfI. Atualmente o GPA abrange 47 países – grupo composto, em sua maioria, por países desenvolvidos. Por isso, a supressão de barreiras ao acesso de países estrangeiros aos mercados públicos poderia prejudicar a indústria de países como o Brasil, a África do Sul e a Índia, além de comprometer a incorporação de novas tecnologias. “*If developing governments were to join the GPA under current circumstances, they would put their respective markets in unfair competition*”¹⁴⁸, motivo pelo qual “*(...) accession to the GPA under current circumstances would not help*”¹⁴⁹.

¹⁴³ KATTEL, Rainer e LEMBER, Veiko. “Public Procurement as an industrial policy tool: an option for developing countries?” op. cit., p. 370.

¹⁴⁴ “*(...) the public sector can use PPfI to act as a demanding first buyer by absorbing risks for socially/ecologically demanded products (where significant financial development risks prevail) as well as by promoting learning (where procurement introduces strong elements of learning and upgrading into public intervention processes)*”. KATTEL, Rainer e LEMBER, Veiko. “Public Procurement as an industrial policy tool: an option for developing countries?” op. cit., p. 377.

¹⁴⁵ KATTEL, Rainer e LEMBER, Veiko. “Public Procurement as an industrial policy tool: an option for developing countries?” op. cit., p. 370.

¹⁴⁶ KATTEL, Rainer e LEMBER, Veiko. “Public Procurement as an industrial policy tool: an option for developing countries?” op. cit., p. 369.

¹⁴⁷ No Brasil, o Programa Caminho da Escola, do Ministério da Educação, instrumentalizou o poder de compra do estado, canalizado pela via da contratação pública, para o desenvolvimento de ônibus especialmente adaptados para o transporte escolar, com tração nas quatro rodas, chassi mais alto e rodas mais próximas das extremidades do veículo, para melhorar a trafegabilidade e o transporte de alunos de zonas rurais. Trata-se de projeto de veículo desenvolvido pelo FNDE – Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação e pelo INMETRO para o transporte de alunos na zona rural brasileira e, em virtude da grande quantidade de veículos a serem adquiridos (cerca de vinte e cinco mil unidades), levou diversas montadoras a produzi-los para a União, Estados e Municípios que aderiram às Atas de Registro de Preço do FNDE. O relato resumido do programa pode ser encontrado em <http://www.fnde.gov.br/portaldecompras/index.php/produtos/onibus-escolar-rural>. Acesso em 05/07/2016.

¹⁴⁸ KATTEL, Rainer e LEMBER, Veiko. “Public Procurement as an industrial policy tool: an option for developing countries?” op. cit., p. 374.

¹⁴⁹ KATTEL, Rainer e LEMBER, Veiko. “Public Procurement as an industrial policy tool: an option for developing countries?” op. cit., p. 390.

2.3.5. Desenvolvimento nacional: a “margem de preferência” para produtos e serviços nacionais

A Lei nº 12.349, de 15 de dezembro de 2010, incluiu a “(...) *promoção do desenvolvimento nacional sustentável*” entre os objetivos das licitações públicas no Brasil. A questão ambiental decorrente dessa alteração legislativa já foi abordada na seção que tratou das chamadas “compras verdes”, acima. Agora, cuidaremos especificamente da inserção do desenvolvimento nacional como objetivo dos procedimentos licitatórios, os quais passaram a incorporar preocupações de política industrial às contratações públicas brasileiras.

Denis Borges BARBOSA afirma que o Estado, por intermédio de seu poder de compra, desempenha uma função *extra-aquisitiva* pela qual induz o desenvolvimento do mercado interno¹⁵⁰, à luz do artigo 219 da Constituição¹⁵¹. Nessa trilha, o novo diploma legal estabeleceu uma margem de preferência em licitações que privilegia produtos manufaturados e serviços nacionais em detrimento de seus concorrentes estrangeiros¹⁵². Vale notar que, antes da alteração promovida pela Lei nº 12.349/2010, a Lei nº 8.666/1993 vedava, em seu artigo 3º, §1º, incisos I e II, qualquer diferenciação “*em razão da naturalidade, da sede ou domicílio dos licitantes ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato*”, bem como “*tratamento diferenciado de natureza comercial, legal, trabalhista, previdenciária ou qualquer outra, entre empresas brasileiras e estrangeiras*”. A nova margem de preferência, superando a vedação de outrora, autoriza o Poder Público a arcar com o valor adicional máximo de até 25% em comparação ao valor do produto ou serviço estrangeiro, incluindo nesse limite tanto a margem “básica”, do §5º (aplicável a produtos e serviços nacionais), como aquela “adicional”, do §7º (quando

¹⁵⁰ BARBOSA, Denis Borges. “Licitação como instrumento de incentivo à inovação: o impacto da Lei n. 12.349/2010”. *Boletim de Licitações e Contratos*, São Paulo, v. 27, n. 1, jan. 2014. Disponível em http://www.denisbarbosa.addr.com/arquivos/200/poder_compra/licitacao_instrumento_incentivo_inovacao.pdf. Acesso em 10/07/2016. p. 2.

¹⁵¹ Sobre o debate em torno do artigo 219 da Constituição, que protege o mercado interno como patrimônio nacional, confira as pp. 581-583 de BERCOVICI, Gilberto. “Política Econômica e Direito Econômico”. *Pensar* (UNIFOR), v. 16, 2011, pp. 562-588.

¹⁵² Recentemente, a Lei nº 13.146, de 06 de julho de 2016, autorizou o estabelecimento de margem de preferência semelhante para bens e serviços produzidos ou prestados por empresas que reservem vagas para deficientes ou reabilitados da Previdência Social (art. 3º, §5º, II). Na tipologia adotada neste trabalho, este seria mais um exemplo de objetivo horizontal social a ser promovido por intermédio da contratação pública. Nesta seção – e tendo em vista o emprego da mesma técnica (uma “margem de preferência”) – abordaremos somente o objetivo de promover o desenvolvimento nacional.

o produto ou serviço, além de ser enquadrado como nacional, ensejar desenvolvimento e inovação tecnológica para o país)¹⁵³. Para BARBOSA, "(...) a margem cria uma ineficiência estática, com vistas a uma eficiência dinâmica" por intermédio da qual o Estado "(...) paga mais por um produto para propiciar a inovação nos agentes econômicos integrantes da economia nacional, e criar fontes alternativas de serviços e produtos igualmente vinculados à economia nacional"¹⁵⁴.

Tatiana Matiello CYMBALISTA, Marina Fontão ZAGO e Fernanda Esbizaro RODRIGUES apresentaram críticas pertinentes à margem de preferência introduzida pela Lei nº 12.349/2010¹⁵⁵. Um primeiro ponto destacado pelas autoras consiste na vagueza e na imprecisão da própria definição legal de “produto manufaturado nacional” e de “serviço nacional”. O artigo 6º da Lei nº 8.666/1993 recebeu dois incisos – o XVII¹⁵⁶ e o XVIII¹⁵⁷ – para positivar esses conceitos. Apesar da remissão, presente em ambos os casos, ao regulamento estabelecido pelo Poder Executivo federal, CYMBALISTA, ZAGO e RODRIGUES corretamente chamam a atenção para o fato de que o critério empregado pela lei para caracterizar um produto ou serviço como nacional é o *local de sua prestação* – ou seja, a definição não se relaciona nem com a nacionalidade dos prestadores, nem com a propriedade do capital. Assim, a rigor, uma empresa constituída fora do país ou que seja formada, em sua maior parte, por capital estrangeiro poderá fornecer produtos e serviços nacionais e, assim, ser beneficiada pela margem de preferência instituída pela Lei nº 12.349/2010.

Um segundo aspecto apontado pelas autoras diz respeito a uma possível lesão à isonomia entre licitantes nacionais e estrangeiros, mormente por que o artigo 37, inciso XXI

¹⁵³ Esse viés de estímulo à inovação encontra-se refletido no item 14 da exposição de motivos da Lei nº 12.349/2010: “14. As disposições contidas no inciso III do § 7º e no § 8º, ambos do artigo 3º da Lei nº 8.666, de 1993, têm por objetivo fomentar o desenvolvimento de tecnologia nacional. Sabe-se que tecnologia é, cada vez mais, o fator determinante da competitividade internacional das empresas e da prosperidade das nações. A intervenção estatal, com a utilização do poder de compra fomentando a inovação tecnológica, faz-se necessária no Brasil, tendo em vista que, muito embora o País tenha avançado na produção científica e tecnológica nos últimos anos, registramos relativamente poucas patentes em comparação com os países desenvolvidos”. A exposição de motivos está disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/Exm/EMI-104-MP-MF-MEC-MCT-MPV-495-10.htm. Acesso em 20/09/2016.

¹⁵⁴ BARBOSA, Denis Borges. “Licitação como instrumento de incentivo à inovação: o impacto da Lei n. 12.349/2010”. op. cit., p. 26, ambos os trechos.

¹⁵⁵ CYMBALISTA, Tatiana Matiello; ZAGO, Marina Fontão. RODRIGUES, Fernanda Esbizaro, “O poder de compra estatal e a margem de preferência para produtos e serviços nacionais introduzida na Lei de Licitações”. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*. Belo Horizonte, ano 9, n. 35, jul./set. 2011, pp. 143-175.

¹⁵⁶ Artigo 6º, inciso XVII, da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993: “XVII - produtos manufaturados nacionais - produtos manufaturados, produzidos no território nacional de acordo com o processo produtivo básico ou com as regras de origem estabelecidas pelo Poder Executivo federal”.

¹⁵⁷ Artigo 6º, inciso XVIII, da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993: “XVIII - serviços nacionais - serviços prestados no País, nas condições estabelecidas pelo Poder Executivo federal”.

da Lei Maior prevê, nas licitações, a igualdade entre os concorrentes. A respeito, vale lembrar que o artigo 171 da Constituição de 1988 trazia o polêmico conceito de "*empresa brasileira de capital nacional*", atribuindo-lhe alguns benefícios e medidas protetivas. Entre elas, figurava justamente a concessão de tratamento preferencial na aquisição de bens e serviços pelo Poder Público¹⁵⁸ – o que, no plano infraconstitucional, foi implementado pelo artigo 3º, §2º, inciso I da Lei nº 8.666/1993 e pelo artigo 3º da Lei nº 8.248/1991, a já mencionada "Lei de Informática". Entretanto, com a revogação do artigo 171 pela Emenda Constitucional nº 06, de 15 de agosto de 1995, uma larga corrente do Direito Administrativo passou a advogar a inconstitucionalidade do estabelecimento de quaisquer preferências em favor de empresas ou produtos nacionais diante de seus concorrentes estrangeiros. Essa, por exemplo, é a posição defendida por Jessé Torres PEREIRA JUNIOR¹⁵⁹ e por Marçal JUSTEN FILHO¹⁶⁰ e que também restou acolhida no âmbito do Tribunal de Contas da União¹⁶¹ e do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo¹⁶². Marcos Juruena Villela SOUTO interpretou a

¹⁵⁸ Artigo 171, §2º da Constituição de 1988: "Art. 171. (...) § 2º - Na aquisição de bens e serviços, o Poder Público dará tratamento preferencial, nos termos da lei, à empresa brasileira de capital nacional"

¹⁵⁹ "Por isto mesmo, é que permito-me obter temperar que sequer o inciso III do Art. 3º, § 2º, da Lei 8666/93, concilia-se com a nova ordem advinda da Emenda nº 6/95. (...) Ora, se a Constituição desautoriza qualquer distinção entre tais empresas, tampouco o bem que produzem poderá servir de discrimen porque, não raro, terá seu preço condicionado ao mesmo fato da origem da empresa, proscrito na nova ordem constitucional, de ser brasileira ou estrangeira". PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos da Administração Pública*, Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 64.

¹⁶⁰ "Não há mais fundamento constitucional para estabelecer preferência em favor de empresa brasileira. Não se admite sequer regra da preferência em função de a prestação ser produzida no Brasil. De todo o modo, observe-se que a divergência tem-se desenvolvido a propósito da aplicação de regras que são inválidas. Mais precisamente, não se admitem as soluções contidas na Lei nº 8.248, de 23 de outubro de 1991. Além disso, são totalmente indefensáveis as regras do Dec. Fed. 1.070". JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. op. cit., p. 83.

¹⁶¹ O TCU deixou isso claro na Decisão nº 456/2000, que envolvia a aplicação da preferência prevista na Lei de Informática para a aquisição, pelo TSE, de urnas eletrônicas. Transcrevo a seguir parte do voto do Ministro Relator, Benjamin Zymler: "Não resta dúvida de que a preferência outrora concedida à empresa brasileira de capital nacional foi afastada pela revogação do Art. 171 da Magna Carta, mesmo porque, em consequência dessa alteração constitucional, o conceito de empresa brasileira de capital nacional deixou de existir no mundo jurídico" (...) Entendo, na linha do parecer mencionado, que o 1º do Art. 3º da Lei nº 8.248/91, que conferia tratamento diferenciado às empresas nas licitações, conforme a natureza do bem ou serviço de informática, é meramente acessório. (...) Ou seja, esse último tipo de preferência não possui vida autônoma. Só subsiste se considerado, como pressuposto lógico, a existência do direito de preferência para a empresa brasileira de capital nacional. Mesmo porque o único dispositivo constitucional que permitia a diferenciação entre os licitantes era o Art. 171. Aqui, o brocardo latino "o acessório segue a sorte do principal" ganha especial ênfase. Pelo exposto até o momento, este Relator, na linha esposada por Marçal Justen Filho, entende revogadas, após o advento da EC nº 6/95, todas as normas infraconstitucionais que não observam o princípio da isonomia entre os licitantes". O aresto, julgado em 31/05/2000, está disponível em: <https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#/detalhamento/11/%252a/NUMACORDAO%253A456%2520ANOACORDAO%253A2000/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/false/4>. Acesso em 25/11/2016.

¹⁶² O TCE/SP possui claro posicionamento no sentido de vedar quaisquer discriminações que proibam produtos importados ou exijam requisitos não previstos em lei. Vejam-se, por exemplo, os Acórdãos TC nº 4.4500/026, 4.387/026/11, 9157/026/11 e 001484/002/10. A Deliberação TCA-11611/026/10 referenda o entendimento da Corte no sentido de não ser possível, em editais de licitação, vedar a oferta de produtos importados.

questão de modo diferente, entendendo que a supressão do artigo 171 da Lei Maior não revogou as preferências estabelecidas pela Lei de Informática e pela Lei nº 8.666/1993, as quais, apenas, teriam perdido seu *status* constitucional. Destarte, o tratamento diferenciado a licitantes nacionais continuaria possível mesmo após a Emenda Constitucional nº 6/1995, encontrando guarida, por exemplo, no artigo 219 da Constituição da República, que incentiva o desenvolvimento do mercado interno¹⁶³. Esse posicionamento – ainda que minoritário na doutrina – acabou sendo reconhecido de forma indireta pela Lei nº 12.349/2010, a qual expressamente admitiu a concessão de tratamento privilegiado a produtos e serviços nacionais.

Uma terceira crítica apresentada por CYMBALISTA, ZAGO e RODRIGUES diz respeito ao chamado “processo produtivo básico”, cuja definição, para cada produto ou serviço, depende de deliberação da Comissão Interministerial de Compras Públicas (“CI-CP”) e da edição de decreto específico por parte do Poder Executivo federal, tornando o processo moroso e burocrático. Diante disso, logo após a publicação da nova lei, o Tribunal de Contas da União e o Tribunal de Contas do Estado de São Paulo entenderam imprescindível a prévia regulamentação federal da matéria para a aplicação da margem de preferência¹⁶⁴ – afinal, é privativa da União a competência para legislar sobre comércio, comércio exterior e normas gerais de licitações e contratos (artigo 22, I, VIII e XXVII). Atualmente, os dispositivos introduzidos pela Lei nº 12.349/2010 encontram-se regulamentados pelo Decreto nº 7.546, de 2 de agosto de 2011, havendo margens de preferência autorizadas pelo governo federal para 18 categorias de bens e serviços, tais como máquinas e equipamentos, medicamentos e fármacos, produtos médicos, trens urbanos, aeronaves executivas, caminhões e furgões, máquinas rodoviárias e equipamentos de TIC¹⁶⁵.

Em um quarto ponto, as autoras apontam uma contradição entre a promoção do desenvolvimento nacional e a possibilidade de estender a margem de preferência a produtos e serviços produzidos em países do MERCOSUL, admitida expressamente pelo artigo 3º,

¹⁶³ “Com efeito, a norma de desempate trata do capital estrangeiro quando em competição com o capital nacional, que aqui gera empregos, tecnologia e a decisão sobre repartição e investimento de lucros. A preferência é norma de fomento do mercado interno, na forma do art. 219, CF”. SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito administrativo contratual: licitações, contratos administrativos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 12.

¹⁶⁴ Confirmam-se, respectivamente, o Acórdão TCU nº 693/2011 e, no âmbito do TCE/SP, os processos TC 153/002/11 e TC 252/002/11. No aresto citado, a Corte estadual rejeitou a hipótese de competência concorrente (art. 24, §3º) e supletiva de Estados e Municípios (art. 24, §2º e 30, I) para legislar sobre o tema.

¹⁶⁵ Para a listagem completa das margens de preferência já autorizadas pelo governo federal, confira os dados oficiais do Ministério da Indústria, Comércio Exterior e Serviços (MDIC), em http://www.mdic.gov.br/arquivos/dwnl_1420650090.pdf.

§10º da Lei nº 8.666/1993. Rafael Carvalho Rezende OLIVEIRA e Rafael Vêras de FREITAS, em estudo sobre o tema¹⁶⁶, lembram que a margem admitida na legislação brasileira admite que o Poder Público efetive a contratação por um preço até 25% superior ao similar estrangeiro, ao passo que o artigo 25, item 6 do Protocolo de Contratações públicas do MERCOSUL admite que o licitante oriundo de um dos países do bloco iguale a melhor oferta apenas quando sua proposta for até 3% maior, conforme o critério de avaliação adotado, em comparação a bens e serviços extrazona¹⁶⁷. No segundo caso, portanto, trata-se apenas de um *empate ficto*, o qual exige que o licitante privilegiado cubra a melhor oferta, e não de uma *margem de preferência*, técnica que autoriza o Poder Público a adjudicar o objeto mesmo diante de uma oferta superior. Com isso, a legislação nacional tornou-se mais benéfica aos estrangeiros do que as próprias normas do bloco, causando uma curiosa distorção: os licitantes oriundos de países do MERCOSUL provavelmente teriam, ao participar de licitações no Brasil, uma vantagem maior do que aquela outorgada aos licitantes brasileiros pela legislação dos demais países membros, segundo as normas do Protocolo.

A bem da verdade, de fato parece haver certa desproporção na margem de preferência, que pode alcançar até 25% do valor do produto ou serviço licitado – mais do que o dobro do percentual estabelecido pela Lei Complementar nº 123/2006 para o empate ficto nas modalidades “concorrência”, “tomada de preços” e “convite” (10%) e o quádruplo, em se tratando da modalidade “pregão” (5%). Nesse sentido, a margem de preferência suscita críticas pertinentes acerca da economicidade da contratação e de possíveis desvantagens para o Poder Público – especialmente se o emprego incorreto das novidades introduzidas pela Lei nº 12.349/2010 resultar na contratação de produtos e serviços de qualidade tecnicamente inferior. Esse dado, somado a uma postura defensiva dos gestores com relação ao “menor preço”, serve como forte desincentivo ao emprego da margem de preferência nas licitações brasileiras. De todo modo, como inseri-la ou não nos editais é uma faculdade contida na discricionariedade de cada órgão ou entidade contratante, tal como

¹⁶⁶ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende e FREITAS, Rafael Vêras de. “A função regulatória das licitações e o desenvolvimento nacional sustentável: o regime jurídico introduzido pela Lei nº 12.349/10”. *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, Belo Horizonte, ano 10, n. 38, jul./set. 2012. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=81456>. Acesso em: 15/05/2015.

¹⁶⁷ Artigo 25, item 6, do Protocolo de Contratações públicas do MERCOSUL: “Art. 25. (...) 6. *As ofertas de bens, serviços e obras públicas dos Estados Partes gozarão de uma preferência nas contratações públicas em relação às de extra-zona. Essa preferência será efetivada através da oportunidade concedida aos beneficiários do presente Protocolo de igualar a melhor oferta, mantidas como mínimo as características técnicas apresentadas na oferta inicial, sempre e quando a diferença entre estas não seja superior a 3% (três por cento), conforme o critério de avaliação das ofertas*”.

reconhecido pelo TCU¹⁶⁸, a eficácia dessa margem de preferência para promover o desenvolvimento nacional fica severamente prejudicada.

2.4. O “BLOQUEIO” DOS OBJETIVOS HORIZONTAIS PELA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

As iniciativas voltadas à promoção do poder de compra do Estado no Brasil têm surtido resultados insuficientes e bastante limitados. Parte desse diagnóstico pode ser explicado pelo caráter facultativo de sua inclusão em editais e contratos, somado à insegurança dos gestores em adotar medidas que possam ser interpretadas pelos órgãos de controle como restrições à competitividade ou à economicidade do certame licitatório. E há motivos para isso: afinal, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal interpreta o artigo 37, inciso XXI da Lei Maior de forma bastante restritiva, apresentando certa resistência à introdução de condições e obrigações que não guardem relação direta com o objeto licitado.

Este item propõe-se a realizar uma análise da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal acerca da incorporação de objetivos horizontais, mediatos ou extracontratuais em licitações e contratações públicas. O objetivo é revelar os principais argumentos usados pela Corte na fundamentação das decisões que decidem sobre a constitucionalidade, ou não, das leis e atos normativos que prescrevem o uso desses instrumentos. Para tanto, circunscrevi a pesquisa aos acórdãos proferidos após a vigência da Constituição de 1988¹⁶⁹ no âmbito do controle principal, concentrado e abstrato¹⁷⁰. Servindo-me da ferramenta de busca

¹⁶⁸ No mesmo Acórdão TCU nº 693/2011, já citado acima.

¹⁶⁹ Com isso, ficaram fora do escopo de nossa pesquisa alguns casos interessantes julgados pelo STF antes do advento da vigente Lei Maior, tal como a Representação nº 1.103-8 (em que se discutia a preferência, em caso de empate, para empresas sediadas no Estado do Rio de Janeiro) e a Representação nº 1.185-2 (dedução dos valores devidos ao Estado de Pernambuco para fins de abatimento no preço e classificação em procedimentos licitatórios). As Representações nº 1.177-1, nº 1.201-8 e nº 1.258-1 versam sobre normas idênticas àquela analisada pelo STF na Representação nº 1.185-2, mas editadas pelo Rio Grande do Sul, Distrito Federal e Rio de Janeiro, respectivamente.

¹⁷⁰ Dessa maneira, deixei de incluir nesta investigação decisões proferidas pelo STF em sede de controle incidental, difuso e concreto. Muitas vezes, por conta da impossibilidade de reexame de provas pelos Tribunais Superiores (Súmulas nº 279 do STF e nº 7 do STJ), muitos dos acórdãos encontrados versavam sobre questões processuais, tendo as licitações e contratações públicas apenas como pano de fundo. Três decisões, todavia, me chamaram a atenção. No Agravo de Instrumento (AI) 837.832, bem como no seu respectivo Agravo Regimental (AgRg-AI), a Corte reputou ilegal a exigência de comprovação do prévio licenciamento ambiental do licitante em certames voltados à compra de produtos e insumos derivados de madeira. O aresto citou as ADI 3070 e 2716 para ilustrar a pacífica jurisprudência que veda quaisquer exigências de qualificação técnica e econômica que não sejam indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações, na esteira do art. 37, XXI da Lei Maior. Pelo mesmo fundamento a Corte, no Recurso Extraordinário (RE) 210.721-2, considerou ilegítima a exigência, para fins de habilitação, de certidão de regularidade emitida pela Delegacia Regional do Trabalho. Por fim, o RE 423.560 versava sobre a aplicabilidade do art. 36 da Lei Orgânica do Município de

disponibilizada na página do Supremo Tribunal Federal na internet (“<http://www.stf.jus.br>”), inclui termos como ‘licitação’, ‘preferência’, ‘extracontratual’, ‘pontuação’, entre outros, variando-os quanto ao gênero e ao número e combinando-os com diversos operadores de pesquisa¹⁷¹. Ao final, desprezando os resultados impertinentes à análise, obtive oito precedentes relevantes para os fins desta investigação, os quais se encontram resumidos na tabela a seguir:

PRECEDENTES	DISPOSITIVO	TEMA	DECISÃO
ADI 1824-7	Artigo 163, §1º da Constituição do Estado do Rio Grande do Sul	Preferência aos empregados de empresas públicas e sociedades de economia mista para, organizados em cooperativas, assumi-las na hipótese de privatização.	Medida Cautelar em ADI deferida em razão de ofensa ao art. 22, XXVII da Constituição "(...) <i>eis que vedado ao constituinte estadual legislar sobre normas gerais de licitação e contratação na administração pública (...)</i> " e inobservância aos princípios maiores consignados no art. 37, XXI da Lei Maior. O feito ainda aguarda decisão final.
ADI 3059-1	Lei nº 11871, de 19 de dezembro de 2002, do Estado do Rio Grande do Sul	Preferência para contratações envolvendo uso de softwares livres.	O STF julgou improcedente a ADI por entender que a preferência não invadiria a competência da União para estabelecer normas gerais sobre o tema (art. 22, XXVII). "(...) <i>os postulados constitucionais da eficiência e da economicidade (CF, arts. 37, caput e 70, caput) justificam a iniciativa do legislador estadual em estabelecer a preferência em favor de softwares livres a serem adquiridos pela Administração Pública.</i> "
ADI 3670-0	Lei nº 3705, de 21 de novembro de 2005, do Distrito Federal	Vedação à contratação de empresas que, comprovadamente, deixassem de contratar empregados com nome incluído nos serviços de proteção ao crédito.	A ADI foi julgada procedente por ofensa "(...) <i>à competência privativa da União para legislar sobre normas gerais de licitação e contratação administrativa (CF, art. 22, XXVII) e para dispor sobre Direito do Trabalho e inspeção do trabalho (CF, arts. 21, XXIV e 22, I) e afronta ao art. 37, XXI, da CF, segundo o qual a disciplina legal das licitações há de assegurar a 'igualdade de condições de todos os concorrentes', o que é</i>

Brumadinho, que veda a participação, em licitações, de pessoas ligadas à Administração Pública Municipal. Neste terceiro caso, à diferença dos anteriores, o STF considerou que o Município agiu dentro de sua competência suplementar para prescrever restrição que "(...) *evidentemente homenageia os princípios da impessoalidade e da moralidade administrativa, prevenindo eventuais lesões ao interesse público e ao patrimônio do Município, sem restringir a competição entre os licitantes. Inexistência de ofensa ao princípio da legalidade ou de invasão da competência da União para legislar sobre normas gerais de licitação*".

¹⁷¹ Consultas realizadas ao longo do mês de agosto de 2016 no portal de busca do Supremo Tribunal Federal, no endereço <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>.

			<i>incompatível com a proibição de licitar em função de um critério - o da discriminação de empregados inscritos em cadastros restritivos de crédito -, que não tem pertinência com a exigência de garantia do cumprimento do contrato objeto do concurso."</i>
ADI 3070-1	Artigo 111, § 4º, da Constituição do Estado do Rio Grande do Norte	Cômputo de tributos pagos ao ente como critério de avaliação de proposta.	A ADI foi julgada procedente por afronta ao princípio da isonomia e igualdade (art. 5º caput e art. 19, III); ofensa ao art. 175; configuração de restrição indevida à competitividade do certame (art. 37, XXI), observado que a "(...) <i>Constituição Federal exclui quaisquer exigências de qualificação técnica e econômica que não sejam indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações. A discriminação, no julgamento da concorrência, que exceda essa limitação é inadmissível.</i> "
ADI 2716-6	Artigos 16 e 19 da Lei nº 260, de 08 de janeiro de 1990, do Estado de Rondônia	Atribuição de pontuação, para fins de julgamento em concorrência pública destinada a concessão de linhas de transporte coletivo de passageiros, a licitantes que já contassem com vínculo contratual anterior com a Administração Pública.	ADI julgada procedente em razão de restrição indevida à competitividade do certame (art. 37, XXI) e afronta o princípio da igualdade (art. 5º). " <i>A Constituição do Brasil exclui quaisquer exigências de qualificação técnica e econômica que não sejam indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações. A discriminação, no julgamento da concorrência, que exceda essa limitação é inadmissível</i> "
ADI 3583-5	Artigo 1º e a expressão " <i>e derivados de petróleo produzidos no Estado do Paraná</i> ", inscrita no parágrafo único do mesmo dispositivo, da Lei nº 13.571, de 22 de maio de 2002, do Estado do Paraná	Restringe a compra de veículos pela Administração Pública àqueles produzidos no Estado-Membro.	A ADI foi julgada parcialmente procedente . A decisão baseou-se na premissa da violação ao princípio da isonomia ou da igualdade, tratando-se de discriminação arbitrária com ofensa ao art. 19, II, da Constituição. " <i>É inconstitucional a lei estadual que estabeleça como condição de acesso a licitação pública, para aquisição de bens ou serviços, que a empresa licitante tenha a fábrica ou sede no Estado-Membro.</i> "
ADI 2452	Artigo 24, §2º, da Lei nº 9.361, de 05 de julho de 1996, do Estado de São Paulo	Proibição de que empresas estatais sediadas em outros estados da federação participassem de licitação, no Estado de São Paulo, voltada à privatização do setor elétrico.	O Tribunal julgou a ADI improcedente . Segundo a Corte, não teria havido ofensa ao artigo 37, XXI, da Constituição porquanto " <i>razões econômicas e políticas legitimam a restrição contida no preceito impugnado. A limitação mencionada afasta possível tensão nas relações entre unidades federativas envolvidas</i> ".

ADI 3735	Lei nº 3.041, de 07 de julho de 2005, do Estado do Mato Grosso do Sul.	Institui a Certidão de Violação dos Direitos do Consumidor - CVDC, a ser exigida nas contratações com a Administração Pública, seja por negociações diretas ou qualquer uma das modalidades de licitação.	A ADI foi julgada procedente pela Corte, que considerou a exigência inconstitucional ante a competência privativa da União para legislar sobre requisitos de participação em licitações (art. 22, XXVII). A despeito de tratar da proteção ao consumo (matéria de competência concorrente – art. 24, V), a norma impugnada não superaria o critério da proporcionalidade, uma vez que há outros meios para efetivar os direitos do consumidor.
----------	--	---	---

Tabela 2. Elaborada pelo autor com base na jurisprudência do STF sobre objetivos horizontais em contratos públicos.

Em seis das oito decisões acima colacionadas, o Supremo Tribunal Federal considerou inconstitucionais as normas que buscaram conferir finalidades extracontratuais às licitações e contratações públicas. Despontam, como fundamentos principais dessa conclusão, dois importantes dispositivos da Constituição da República: o **artigo 22, inciso XXVII**, que confere à União a competência privativa para legislar sobre normas gerais de licitações e contratos¹⁷², e o **artigo 37, inciso XXI**¹⁷³, o qual assegura a igualdade de condições a todos os concorrentes e autoriza apenas que se façam, em licitações, as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis ao cumprimento das obrigações que vierem a ser assumidas pelo potencial contratado. Esses dispositivos não só foram quantitativamente os mais invocados ao longo dos acórdãos selecionados na pesquisa, como também foram apresentados como o argumento principal nos votos dos ministros que estiveram à frente das correntes vencedoras de cada julgamento.

Essa tendência jurisprudencial milita no sentido contrário à consecução de objetivos mediatos por intermédio do poder de compra do Estado brasileiro. Isso não significa, absolutamente, que eu discorde da decisão tomada pelo STF em todos os seis casos em que as Ações Diretas de Inconstitucionalidade (“ADI”) foram julgadas procedentes. Pelo contrário: na ADI 2716, só a título de exemplo, a pontuação extra atribuída pela lei do Estado de Rondônia aos atuais prestadores do serviço de transporte coletivo, por ocasião do

¹⁷² Artigo 22, inciso XXVII, da Constituição de 1988. “XXVII – normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecido o disposto no art. 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, § 1º, III”;

¹⁷³ Artigo 37, inciso XXI, da Constituição de 1988. “XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações”;

juízo das propostas, apresenta evidentes efeitos colusivos e claro potencial de direcionamento do certame a ser realizado, funcionando indiretamente como barreira à entrada e agravando o efeito incumbente. Na verdade, a invocação frequente dos artigos 22, inciso XXVII, e 37, inciso XXI, da Lei Maior apenas demonstra que a Corte tende a adotar uma linha mais restritiva ao se deparar com questões envolvendo a incorporação, em licitações e contratos públicos, de outras finalidades públicas que ultrapassem os limites da contratação em si.

O rechaço aos objetivos horizontais parece ser mais vigoroso quando eles não guardam relação direta com o objeto do contrato – o que, na já conhecida classificação de Sue ARROWSMITH, corresponderia ao grupo das “*horizontal policies that go beyond contract performance*” ou, na expressão da autora, ao uso da contratação pública pelo Estado como instrumento para regulação do mercado (“*government as regulator*”). Por exemplo, era este o caso da ADI 3670, em que se discutiu a proibição de contratar empresas que comprovadamente deixassem de contratar empregados inscritos em cadastros restritivos de crédito, e também da ADI 3735, que versava sobre a exigência de apresentação de Certidão de Violação dos Direitos do Consumidor – CVDC, emitida pelo PROCON, nas licitações e contratações diretas promovidas pelo Estado do Mato Grosso do Sul. O artigo 37, inciso XXI, da Constituição foi invocado nesses julgados para afastar as finalidades que não guardassem relação direta com o contrato a ser celebrado.

Nas ADI julgadas procedentes, o Supremo Tribunal Federal decidiu pela inconstitucionalidade dos dispositivos impugnados com base em três argumentos, isolados ou combinados como razões de decidir de cada voto. No primeiro, os ministros consideraram que as normas analisadas teriam “caráter geral”, motivo pelo qual o ente local que as editou não teria competência suplementar para legislar a respeito. No segundo, os julgadores entenderam que a condição imposta pelo dispositivo legal em apreço feriria a igualdade entre os concorrentes, criando uma vantagem desarrazoada que desnivelaria a competição. Por fim, no terceiro, a Corte reputou que a exigência realizada seria impertinente ao objeto licitado, não podendo, por isso, ser admitida à luz da Lei Maior. Mesmo nas decisões que concluíram pela improcedência do pedido – caso da ADI 3059 e da ADI 2452 – chama a atenção o fato de que a economicidade para a contratação não foi invocada para amparar a decisão pela constitucionalidade. Quando citada, a economicidade é apresentada como uma

justificativa lateral, sem influenciar de modo relevante no julgamento¹⁷⁴. As externalidades positivas geradas pelos objetivos horizontais subjacentes às contratações tampouco foram consideradas pelos julgadores, em nítido apego ao postulado do “menor preço” e, em última análise, ao modelo unitário de contratações públicas centrado na Lei nº 8.666/1993.

Em síntese, o exame dos precedentes selecionados demonstra que a linha mestra que tem prevalecido no Supremo Tribunal Federal frequentemente interpreta a Constituição da República de forma a afastar dos entes locais a competência legislativa para introduzir, mesmo em caráter suplementar às normas gerais federais, políticas e finalidades públicas no bojo de licitações e contratos públicos. Este fenômeno, que chamei de “bloqueio” jurisprudencial, é mais um elemento que dificulta a implementação dos objetivos horizontais nas licitações e contratações públicas brasileiras – mesmo, repita-se, quando a legislação já autorize expressamente tal medida. Afinal, e muito embora o Tribunal nem sempre siga um padrão claro em suas decisões, não é absurdo supor que um olhar mais restritivo emanado da Suprema Corte tenda a influenciar a doutrina e atuação prática dos órgãos de controle interno e externo, estimulando os gestores públicos a usar a discricionariedade de forma defensiva e refratária à incorporação de finalidades extracontratuais.

2.5. A POSTURA DEFENSIVA DOS GESTORES DE COMPRAS E A INEFETIVIDADE DOS OBJETIVOS MEDIATOS NO BRASIL

Stéphane SAUSSIER e Jean TIROLE apresentam uma crítica contundente ao atendimento de objetivos “acessórios”, “suplementares”, “transversais” ou “horizontais” às contratações públicas. Na visão dos franceses, a inclusão desses objetivos em licitações e contratos constitui uma prática ineficiente, devendo ser, portanto, revisitada. *"Using public procurement to achieve social, environmental and innovation-related objectives is ineffective for a number of reasons"*¹⁷⁵, afirmam os autores, que defendem a reafirmação da eficiência como objetivo direto, imediato e principal dos contratos públicos. Para SAUSSIER e TIROLE, *"(...) the aim of public procurement, regardless of the values at stake, is primarily*

¹⁷⁴ Foi o que aconteceu, de modo especial, na ADI 3059, julgada em 9 de abril de 2015. Não obstante a economicidade tenha sido citada diversas vezes no acórdão, os votos dos Ministros Ayres Britto e Luiz Fux deixam claro que o principal argumento invocado para a decisão que considerou constitucional a preferência para a contratação de software livre no Rio Grande do Sul foi formal, i.e., o caráter não geral da medida e o consequente reconhecimento de competência suplementar aos estados-membros para legislar a respeito.

¹⁷⁵ SAUSSIER, Stéphane e TIROLE, Jean. “Strengthening the Efficiency of Public Procurement”. op. cit., p. 7.

*to meet an identified need by achieving the best possible performance in terms of cost and service or expected functionalities. Entrusting the public procurement system with the task of achieving social, environmental and innovation-related objectives is ineffective*¹⁷⁶.

Por exemplo, os autores citam o uso da emissão de gases causadores do efeito estufa como critério de julgamento de propostas em licitações. Como a procura no mercado não provém exclusivamente do setor público, uma exigência como essa pode provocar uma distorção, uma vez que “(...) *a low-emission company will specialise in public contracts, in which it will have a competitive advantage, whilst its higher-emission counterpart will specialise in other contracts, whether public or private, that are not bound to this objective*”. Dessa maneira, com a acomodação de grandes e pequenos poluidores em segmentos diferentes do mercado, o objetivo horizontal de redução do efeito estufa torna-se severamente prejudicado – “(...) *as a result, contracts are not necessarily shared rationally and the reduction in pollutant emissions is minimal*”¹⁷⁷ – não compensando o sacrifício de parte do *value for money* da contratação.

Sob certo aspecto, o emprego da licitação para o atendimento de objetivos horizontais pode ser compreendido como uma tentativa de resgatar a legitimidade da atuação estatal¹⁷⁸. As externalidades positivas geradas pela via indireta justificariam a perda de eficiência ressaltada por SAUSSIER e TIROLE. Segundo Flávia de Holanda SCHMIDT e Lucas Rocha Soares de ASSIS, a demanda gerada pelo setor público pode servir para “(...) *viabilizar diversos outros objetivos também associados ao processo de desenvolvimento*”¹⁷⁹, o que foi reconhecido como estratégico, inclusive, pelo Plano Brasil Maior (2011-2014)¹⁸⁰ e, mais

¹⁷⁶ SAUSSIER, Stéphane e TIROLE, Jean. “Strengthening the Efficiency of Public Procurement”. op. cit., p. 7.

¹⁷⁷ SAUSSIER, Stéphane e TIROLE, Jean. “Strengthening the Efficiency of Public Procurement”. op. cit., p. 7, ambos os trechos.

¹⁷⁸ “*Trata-se da denominada ‘função regulatória da licitação’. Por esta teoria, o instituto da licitação não se presta, tão somente, para que a Administração realize a contratação de bens e serviços a um menor custo; o referido instituto tem espectro mais abrangente, servindo como instrumento para o atendimento de finalidades públicas outras, consagradas constitucionalmente*” OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende e FREITAS, Rafael Vêras de. “A função regulatória das licitações e o desenvolvimento nacional sustentável: o regime jurídico introduzido pela Lei nº 12.349/10”. op. cit., p. 2;

¹⁷⁹ ASSIS, Lucas Rocha Soares de e SCHMIDT, Flávia de Holanda. “O Estado como cliente: características das firmas industriais fornecedoras do governo”. op. cit., p. 9.

¹⁸⁰ O “*Plano Brasil Maior*” é um plano setorial voltado à política industrial, tecnológica, de serviços e de comércio exterior do Governo Federal. A “diretriz estruturante nº 2” do plano enfoca o uso do poder de compra do Estado para “*criar negócios intensivos em conhecimento e em escala*”, bem como a utilização das compras governamentais para estimular a produção e a inovação no país. Confira-se o conteúdo do plano em <http://www.brasilmaior.mdic.gov.br/>.

recentemente, pelo Plano Brasil 2022¹⁸¹. Como visto, o poder de compra do Estado é capaz de induzir comportamentos ao setor privado, como uma "(...) *ação indireta das compras públicas no sentido de indicar um caminho para a convergência de padrões, reduzindo, assim, os custos de transação e aprendizado das firmas e a possibilidade de efeitos de lock in*"¹⁸².

Ao longo deste capítulo, apresentamos diversos exemplos de objetivos acessórios que foram incorporados pela legislação federal brasileira, a qual passou a autorizar que editais e contratos persigam desígnios e metas que não resultem, especificamente, no melhor *value for money* para o contratante. Contudo, e a despeito de todos os avanços recentes nesse sentido, os dados analisados por SCHMIDT e ASSIS revelam que esse movimento é ainda muito incipiente no Brasil. Segundo os autores, "(...) *o Estado consumidor ainda engatinha no objetivo de ter um efeito indutor no desenvolvimento do país e existem evidências de que empresas defasadas em termos mercadológicos, com pouco grau de diferenciação e baixo potencial inovativo, acabam sendo as maiores beneficiadas pelas compras governamentais*"¹⁸³. Essa visão realista, que contrasta com o entusiasmo da maior parte da bibliografia nacional sobre o tema, é confirmada na prática pelo dia-a-dia do setor público, nas esferas federal, estadual e municipal¹⁸⁴.

Mas porque os objetivos horizontais, mesmo aqueles acolhidos de forma expressa pela legislação, não têm sido aplicados com êxito no dia-a-dia da Administração Pública? Uma primeira e irrefletida resposta a essa indagação tenderia a afirmar, incorretamente, que a causa desse fenômeno seria a discricionariedade que outorga aos gestores de compras a possibilidade de decidir, em cada caso concreto, sobre a incorporação ou não dessas finalidades acessórias nos modelos de editais e contratos. E, como corolário dessa afirmação, alguém poderia sustentar que, para resolver o problema, o emprego dos objetivos horizontais

¹⁸¹ Merece destaque a meta nº 3 do eixo "planejamento", que se propõe a "*desenvolver capacidades estratégicas de utilizar o poder de compra do Estado*" pelo aperfeiçoamento da Lei nº 8.666/1993 e pela regulamentação do artigo 173 da Lei Maior, que trata das compras realizadas pelas empresas estatais. O poder de compra do Estado também aparece nos eixos "desenvolvimento social e combate à fome" (meta nº 2, ação nº 6), "saúde" (meta nº 1, ações nºs 2, 3 e 5), "igualdade racial" (meta nº 2, ação nº 3). BRASIL. *Brasil 2022: trabalhos preparatórios*. Brasil: Presidência da República, Secretaria de Assuntos Estratégicos – SAE, 2011.

¹⁸² ASSIS, Lucas Rocha Soares de e SCHMIDT, Flávia de Holanda. "O Estado como cliente: características das firmas industriais fornecedoras do governo". op. cit., pp. 11-12.

¹⁸³ ASSIS, Lucas Rocha Soares de e SCHMIDT, Flávia de Holanda. "O Estado como cliente: características das firmas industriais fornecedoras do governo". op. cit., p. 10.

¹⁸⁴ Não olvidamos que essa afirmação carrega certa dose de empirismo: o autor, como Procurador do Estado, tem como atribuição analisar processos versando sobre licitações e contratos na Administração Pública do Estado de São Paulo. Por esse motivo que podemos afirmar que a praxe administrativa, nas três esferas, contempla apenas em raras oportunidades a introdução de objetivos horizontais que dependam, para sua aplicação, da discricionariedade dos gestores públicos.

deveria ser obrigatório em todas as contratações celebradas pelo Estado brasileiro¹⁸⁵. Mas esta visão, a meu ver, é falha. Afinal, o problema não está na discricionariedade do gestor, mas sim naquilo que o leva a querer afastar, voluntariamente, a faculdade que a legislação expressamente lhe confere.

Nesta linha, acredito que a causa da escassa aplicação dos objetivos mediatos no Brasil reside justamente naquelas premissas que embasam uma verdadeira “cultura” de apego a processos e desprezo aos seus resultados, que exacerba o critério do “menor preço” e exalta o formalismo da legislação brasileira de licitações e contratos como se a sua rigidez fosse arma necessária e suficiente ao combate da corrupção e das fraudes. Essa visão limitada, cuja gênese e consequências examinamos no capítulo anterior, bloqueia a compreensão de que o Estado pode assumir, ainda que de forma parcial, os custos de produtos e serviços que gerem externalidades positivas entendidas como desejáveis, em dado momento, sob os pontos de vista social, ambiental ou econômico.

É claro que o caráter facultativo da maior parte dos objetivos mediatos representa um incentivo fraco para que o poder de compra do Estado, no lado da demanda, induza comportamentos aos fornecedores, no lado da oferta. Não olvidamos esse fato. Até porque, mesmo legalmente autorizados a fazê-lo, muitos gestores de compras são tomados pelo justo receio de que algum grau de comprometimento da competitividade ou da economicidade da contratação venha a ser interpretado pelos órgãos de controle como indício de ilegalidade. Daí, cremos, a postura defensiva que tem justificado a não aplicação da margem de preferência da Lei nº 12.349/2010 e a pouco frequente incorporação de critérios de sustentabilidade ambiental em editais e contratos, por exemplo.

O Poder Público não é um cliente qualquer. Muito além da verticalidade que o regime jurídico-administrativo lhe confere, o Estado-comprador está hoje expressamente autorizado a sacrificar *parte* da eficiência das contratações que realiza em prol do atingimento, por seu intermédio, de outros objetivos de relevo. Na verdade, a consecução dessas finalidades por meio do direcionamento da demanda gerada pelo setor público não deixa de ser exemplo da “*dupla instrumentalidade*” que, para Norbert REICH, caracteriza o Direito Econômico: ao

¹⁸⁵ O favorecimento de ME e EPP é sempre citado como o exemplo de objetivo horizontal “que deu certo”. A meu ver, isso se explica por dois motivos. Primeiro, porque em muitos casos a contratação de bens e serviços de ME e EPP gera menores preços para o contratante em razão da carga tributária diferenciada (SIMPLES Nacional), propiciando um melhor *value for money* para o contratante. O segundo motivo é que o “empate ficto” em favor de ME e EPP, desde a redação original da Lei Complementar nº 123/2006, foi objeto de aplicação compulsória pelos órgãos e entes licitantes, em todas as esferas, sem discricionariedade que permitisse ao gestor de compras afastar a aplicação dos artigos 44 e 45 do referido diploma legal.

mesmo tempo em que as instituições jurídicas disciplinam o funcionamento da Economia, o Direito pode ser usado pelo Estado como ferramenta para transformar as estruturas econômicas e dar efetividade a objetivos que não seriam alcançados espontaneamente por obra da mão invisível do mercado¹⁸⁶⁻¹⁸⁷.

Os aspectos procedimentais das licitações e o *design* da contratação pública constituem um instrumento poderoso para canalizar a demanda criada pelo Estado-comprador em prol de objetivos contratuais ou extracontratuais relevantes. Uns ou outros podem prevalecer, à luz do caso concreto, como mais importantes para o contratante público. Por isso, acredito firmemente que essa “modelagem” do procedimento licitatório e dos contratos para aumentar ou diminuir a concorrência, de um lado, ou para inibir a corrupção, de outro, representa um campo relativamente inexplorado entre nós. Dedicaremos o próximo capítulo deste estudo ao mapeamento dessas várias possibilidades, sem a pretensão de esgotar o tema, mas apenas para ilustrar o seu imenso potencial.

¹⁸⁶ REICH, Norbert. *Mercado y derecho: Teoria y praxis del derecho economico en la Republica Federal Alemana*, tradução espanhola por Antoni Font, Barcelona: Ariel, 1985.

¹⁸⁷ No mesmo sentido: “(...) *ao mesmo tempo que oferece instrumentos para a organização do processo econômico capitalista de mercado, o direito econômico pode ser utilizado pelo Estado como um instrumento de influência, manipulação e transformação da economia vinculado a objetivos sociais ou coletivos, incorporando, assim, os conflitos entre a política e a economia*”. BERCOVICI, Gilberto e MASSONETTO, Luis Fernando. “Limites da regulação: esboço para uma crítica metodológica do ‘novo direito público da economia’”. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 7, n. 25, jan./mar. 2009, pp. 137-147. Citação à p. 144.

3. NOVOS PARÂMETROS PARA O PODER DE COMPRA DO ESTADO

3.1. A “MODELAGEM” DO PROCEDIMENTO LICITATÓRIO PARA AUMENTAR OU DIMINUIR A CONCORRÊNCIA

3.1.1. *Licitações e contratos rumo ao Direito da Concorrência*

Qual a relação que deve ser estabelecida entre as contratações públicas e o Direito da Concorrência? No final do primeiro capítulo deste estudo, defendi que o tema passasse a ser estudado também sob o enfoque do Direito Econômico, entendendo a licitação como forma específica para a regulação da concorrência no âmbito do mercado público. Concordo com Nuno Cunha RODRIGUES quando afirma que o Direito da Contratação Pública – que, no entender do autor, constitui um ramo distinto e autônomo em relação ao Direito Administrativo – intercepta-se em vários pontos com o Direito Concorrencial¹. Essa intersecção, todavia, não deve ser entendida como uma relação de especialidade pela qual o Direito da Contratação Pública, na condição de *lex specialis*, derogaria a aplicação de um Direito da Concorrência “comum” ou “geral”. RODRIGUES sustenta que “(...) a relação entre o direito da contratação pública e o direito da concorrência é mais de convergência ou de cooperação do que de conflito”². Isso porque “(...) o direito da contratação pública constitui o direito da concorrência aplicado às compras públicas”³ e, por esse motivo, “(...) a aplicação do direito da contratação pública não pode, por todo o exposto, ignorar implicações concorrenciais”⁴.

Esse ponto suscita um debate interessante sobre os limites que o Direito da Concorrência encontra frente ao Estado enquanto contratante de bens e serviços no mercado. Para RODRIGUES, a legislação antitruste deve ser aplicada não somente às relações

¹ “O direito da concorrência e o direito da contratação pública derivam de uma lógica idêntica, a qual considera que contratos públicos celebrados de harmonia com o princípio da concorrência e respeitando o direito da concorrência produzem benefícios para a economia e para a sociedade”. RODRIGUES, Nuno Cunha. *A Contratação Pública como Instrumento de Política Económica*. Coimbra: Almedina, 2013, p. 326.

² RODRIGUES, Nuno Cunha. *A Contratação Pública como Instrumento de Política Económica*. op. cit., p. 329.

³ RODRIGUES, Nuno Cunha. *A Contratação Pública como Instrumento de Política Económica*. op. cit., p. 327.

⁴ RODRIGUES, Nuno Cunha. *A Contratação Pública como Instrumento de Política Económica*. op. cit., p. 546.

estabelecidas entre os fornecedores, mas também à “(...) *relação entre a entidade adjudicante e os fornecedores, prevenindo o abuso de posição dominante quer de um quer de outro*”⁵. Nesse sentido, o Direito da Concorrência, “(...) *vocacionado, por excelência, para a repressão de práticas anti-concorrenciais no âmbito da contratação pública do lado da oferta – nomeadamente as praticadas por concorrentes – deve igualmente aplicar-se a situações que, no lado da procura, possam afectar, de forma potencial ou efectiva, a concorrência, ainda que provocadas por entidades públicas*”⁶.

Logo, na visão de RODRIGUES, tanto o Estado-comprador quanto os seus fornecedores podem dominar mercado relevante, exercer posição dominante de forma abusiva, bem como cometer outros tipos de infrações da ordem econômica passíveis de sanção à luz da lei antitruste. Da parte do fornecedor, por exemplo, imagine-se um contexto de renovação de contratos em relação aos quais exista dependência tecnológica por parte do Poder Público. Tal cenário, bastante comum em serviços de TI, abre espaço para a adoção de comportamentos *rent-seeking* por parte do contratado, que poderá se aproveitar desse *lock-in* para obter vantagens significativas em relação aos demais competidores em eventual procedimento licitatório. Ninguém olvida que esse oportunismo pode eventualmente dar ensejo à aplicação de penalidades lastreadas na vertente repressiva do Direito da Concorrência⁷.

Todavia, a situação parece mudar de figura quando está em jogo a aplicação de sanções ao próprio Estado em razão de condutas praticadas em sede de contratações públicas que tenham efeitos potencialmente anticoncorrenciais. Imagine-se que um órgão ou ente público decida aplicar uma sanção restritiva do direito de licitar e contratar com a Administração – como declaração de inidoneidade prevista no artigo 87, inciso IV da Lei nº 8.666/1993, por exemplo – diante do inadimplemento do contratado. Ninguém olvida que, em um mercado oligopolizado, os efeitos dessa penalidade podem vir a criar um monopólio temporário, concentrando provisoriamente em um único *player* todo o poder de mercado daquele setor⁸. Entretanto, dificilmente alguém defenderia que a imposição da sanção

⁵ RODRIGUES, Nuno Cunha. *A Contratação Pública como Instrumento de Política Económica*. op. cit., p. 335.

⁶ RODRIGUES, Nuno Cunha. *A Contratação Pública como Instrumento de Política Económica*. op. cit., p. 545.

⁷ RODRIGUES, Nuno Cunha. *A Contratação Pública como Instrumento de Política Económica*. op. cit., pp. 372-376.

⁸ RODRIGUES, Nuno Cunha. *A Contratação Pública como Instrumento de Política Económica*. op. cit., pp. 375-377.

administrativa naquele contexto configuraria uma infração à ordem econômica por parte do Estado-comprador.

A chamada “doutrina da atuação do Estado” desponta como um fundamento robusto para excluir as contratações públicas do âmbito de aplicação do Direito da Concorrência. Desse modo, é possível que condutas praticadas pela Administração Pública gerem restrições à competitividade ou aumentem a concentração em determinado setor sem que, por isso, configurem infrações à legislação antitruste. A “*state action doctrine*”, também chamada de “*immunity doctrine*”, surgiu nos EUA a partir da decisão da Suprema Corte no acórdão *Parker vs. Brown*, de 1943⁹. No caso, o Tribunal excepcionou a aplicação do *Sherman Act*, de 1890, para as restrições concorrenciais que decorressem de medidas adotadas pelo Estado no âmbito do seu poder soberano. Segundo SCHWARTZ, “(...) *a state acting in its sovereign capacity does not violate the Sherman Act*”, porquanto “(...) *when a state imposes a restraint on competition, the Sherman Act does not apply*”¹⁰.

Para RODRIGUES, a aplicação da doutrina da ação do estado deve ser analisada separadamente, em dois campos distintos: primeiro, diante de restrições à concorrência causadas por atos legislativos ou regulamentares; e, em segundo, em face de restrições decorrentes de atos de gestão praticados por órgãos ou entidades adjudicantes no âmbito de licitações e contratações públicas. No primeiro caso, em que a restrição provém de atos gerais e abstratos decorrentes do *ius imperium* estatal, deve ser realizado um sopesamento entre a livre concorrência e o interesse público em jogo, de acordo com o princípio da proporcionalidade, com vistas a aferir se a exceção decorrente da *state action doctrine* será aplicável ou não¹¹. Já no segundo caso, o RODRIGUES defende que a prática de atos de gestão (“*ius gestionis*”), lastreados na discricionariedade administrativa, pelas autoridades adjudicantes – tais como a definição do objeto, a escolha da modalidade licitatória a adotar ou, ainda, a incorporação de objetivos horizontais à contratação pública, entre outros – não

⁹ O caso *Parker v. Brown* (317, U.S. 341) teve como pano de fundo a edição de uma lei, pelo Estado da Califórnia, restringindo a forma pela qual os agricultores poderiam comercializar as suas colheitas, a fim de restringir a competição e, assim, manter os níveis de preços. A Suprema Corte, reconhecendo os efeitos anticompetitivos da medida, entendeu que a lei local não violaria o *Sherman Act* porque a legislação editada pela Califórnia decorre da própria soberania da atuação estatal. SCHWARTZ, Jeffery D. “The Use of the Antitrust State Action Doctrine in the Deregulated Electric Utility Industry”. *American University Law Review*, issue 48, no.6, August, 1999, pp. 1449-1490, especificamente as pp. 1457-1466.

¹⁰ Sobre as origens da *state action doctrine* no campo do direito antitruste norte-americano, confira SCHWARTZ, Jeffery D. “The Use of the Antitrust State Action Doctrine in the Deregulated Electric Utility Industry”. op. cit., pp. 1457 e 1459.

¹¹ RODRIGUES, Nuno Cunha. *A Contratação Pública como Instrumento de Política Económica*. op. cit., pp. 442-444.

deveria ser excepcionada pela *state action doctrine*, abrindo espaço, assim, para a aplicação plena do Direito da Concorrência nesses casos¹².

No direito da União Europeia, a submissão do Poder Público à legislação antitruste passa necessariamente pela possibilidade de qualificar o Estado como “empresa” e, por conseguinte, a contratação pública como “atividade econômica”¹³. Semelhantemente à Suprema Corte dos EUA, o Tribunal de Justiça da União Europeia (“TJUE”) entende que as funções essenciais do Estado, nas quais estiver envolvido o exercício de autoridade pública, estariam fora da categoria de “atividade econômica” e, por conseguinte, não seriam objeto de aplicação do Direito Comunitário da Concorrência¹⁴. Não obstante a decisão do TJUE, RODRIGUES afirma que os Tribunais e as autoridades de concorrência de diversos países-membros da União Europeia têm reiteradamente considerado que as legislações nacionais antitruste também se aplicam à adjudicação de contratos governamentais, seja do lado da oferta, seja do lado da demanda¹⁵. Permite-se, dessa maneira, “(...) a qualificação das entidades adjudicantes como empresas e a consequente aplicação do direito da concorrência, constituindo o fundamento transversal às decisões escrutinadas os potenciais efeitos anti-concorrenciais que a contratação pode, em determinadas situações, acarretar”¹⁶. Com efeito, as contratações públicas podem resultar na atribuição de prerrogativas e direitos

¹² RODRIGUES, Nuno Cunha. *A Contratação Pública como Instrumento de Política Económica*. op. cit., pp. 445-447.

¹³ “*Em resumo, o conceito de actividade económica, construído pela jurisprudência comunitária, relaciona-se com a 'oferta de bens e serviços num determinado mercado' excluindo a actividade prosseguida por entidades públicas em que esteja em causa o princípio da solidariedade ou do interesse geral ou o exercício de poderes típicos de autoridade pública*”. RODRIGUES, Nuno Cunha. *A Contratação Pública como Instrumento de Política Económica*. op. cit., p. 395.

¹⁴ Após a jurisprudência estabelecida pelos Acórdãos FENIN (TGUE no proc. T-319/99, de 4 de março de 2003) e SELEX (TJUE, proc. T-155/04, de 12 de dezembro de 2006), o TJUE decidiu que a contratação de bens e serviços pelo Estado só seria considerada “atividade econômica” se forem subsequentemente utilizados em alguma atividade de natureza econômica. Destarte, a aquisição de bens e serviços não estaria inserta no campo de aplicação do Direito da Concorrência se tais bens e/ou serviços vierem a ser empregados em alguma das funções essenciais do Estado, como os serviços públicos. “*Segundo esse critério a natureza da actividade apura-se face à utilização subsequente dos bens e serviços adquiridos pelo que a aquisição de bens e serviços que suportem uma actividade não-económica posterior não é considerada como actividade económica*”. RODRIGUES, Nuno Cunha. *A Contratação Pública como Instrumento de Política Económica*. op. cit., pp. 402-403.

¹⁵ RODRIGUES, Nuno Cunha. *A Contratação Pública como Instrumento de Política Económica*. op. cit., pp. 416-423.

¹⁶ RODRIGUES, Nuno Cunha. *A Contratação Pública como Instrumento de Política Económica*. op. cit., p. 422.

exclusivos¹⁷, criando “(...) *uma presunção iuris tantum da existência de uma posição dominante que pode, ou não, conduzir a abuso*”¹⁸.

No Brasil, a jurisprudência do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (“CADE”) não nos permite extrair uma conclusão definitiva sobre a submissão do Estado, enquanto contratante de bens e serviços, ao Direito da Concorrência, bem como sobre a possibilidade de aplicar sanções ao Poder Público ante a prática de condutas anticoncorrenciais no âmbito de licitações e contratações públicas. Essa questão, portanto, seguirá largamente não respondida no ordenamento brasileiro. De toda maneira, o reconhecimento de que a temática relacionada a licitações e contratos insere-se na seara afeta ao Direito Econômico é o suficiente para fundamentar o emprego do poder de compra do Estado como instrumento para modelar o procedimento licitatório e o contrato que o acompanha a fim de atingir objetivos contratuais e extracontratuais relevantes para a Administração Pública. Como a concorrência não pode ser um fim em si mesma, é importante que o Estado-comprador tome consciência de que, seja quando legisla sobre licitações, seja quando submete um novo edital à praça, está na verdade a *regular* parcela significativa do mercado de bens e serviços – sobretudo nos casos em que essa demanda seja integral ou majoritariamente proveniente do próprio setor público¹⁹.

3.1.2. A “*modelagem*” da licitação à luz da teoria dos leilões

Segundo Gian Luigi ALBANO, Nicola DIMITRI, Isabelle PERRIGNE e Gustavo PIGA, existe uma ligação intensa entre o “*competitive tendering design*” – que, neste estudo, chamamos de “*modelagem*” do procedimento licitatório – e a participação de potenciais

¹⁷ As contratações públicas podem constituir um “auxílio de Estado” – apoio financeiro a uma empresa pelo Estado ou sob qualquer forma que envolva dinheiro público, nos termos da definição dada pelo artigo 107, nº 1 do TFUE. Em uma contratação pública, o auxílio de Estado poderia consistir em duração do contrato diferente, invocação de uma procura artificial, sem que haja tal necessidade por parte do Poder Público, ou ainda no pagamento de preços superiores aos valores de mercado. Em síntese, a jurisprudência do TJUE (acórdão *Altmark Trans*, proc. C-280/00, 24 de julho de 2003) e a Comissão Europeia tem entendido que o auxílio de Estado estará presente quando a adjudicação resultar, para o contratado, em uma vantagem econômica que não existiria em condições normais de mercado. RODRIGUES, Nuno Cunha. op. cit., pp. 461-484.

¹⁸ RODRIGUES, Nuno Cunha. *A Contratação Pública como Instrumento de Política Económica*. op. cit., p. 456.

¹⁹ São vários os exemplos de bens e serviços cuja demanda seja quase integralmente gerada pelo setor público: emplacamento de veículos, armamento e equipamentos de segurança, softwares de inteligência fiscal, emissão de passaportes e documentos, depósito e guarda de bens apreendidos, aquisição de alguns tipos de medicamentos e drogas, entre outros.

competidores em uma licitação²⁰. Esse liame fica ainda mais evidente nos setores como o de defesa, por exemplo, no qual a demanda é gerada quase que exclusivamente pelo setor público, reproduzindo estruturas de mercado próximas ao monopólio e ao oligopólio²¹. Nesses casos, o Estado-comprador exerce uma posição dominante (“*dominant purchasing position*”) no mercado e, por conta disso, a modelagem do certame passa a ser importante para “(...) *attract new large suppliers and increase competition*”²², bem como para atingir objetivos extracontratuais de relevo²³.

A relação dessa “modelagem” com a teoria dos leilões é evidente. A teoria dos leilões é o ramo da Economia que, tomando como ponto de partida o referencial teórico da teoria dos jogos, estuda o comportamento dos agentes econômicos em leilões. Sob essa perspectiva, o leilão é um jogo não cooperativo que funciona como mecanismo de transmissão de informações no mercado, em um contexto marcado por profundas assimetrias entre contratante, leiloeiro e os participantes do procedimento²⁴. Ressalvo que não faz parte do objeto deste trabalho o exame dos aspectos matemáticos da teoria dos leilões, tampouco a realização de um estudo exaustivo acerca das possibilidades de formatação desses procedimentos, mormente no que diz respeito às suas aplicações pela iniciativa privada. Por ora, interessa-nos somente apresentar alguns dos tipos de leilão mais conhecidos e estudados pela literatura a fim de demonstrar como é limitado o repertório de procedimentos que a legislação brasileira coloca à disposição do Estado-comprador.

²⁰ “*The link between design and participation is instrumental in answering a more fundamental question: what are the buyer’s most effective solutions in attracting a specific class of participants such as small and medium enterprises, or new entrants, in a procurement market with a stable number of, possibly, strong incumbent firms?*”. ALBANO, G. L.; DIMITRI, N.; PERRIGNE, I.; PIGA, G.; “Fostering Participation”. In: DIMITRI, N.; PIGA, G.; SPAGNOLO, G. (Ed.). *Handbook of procurement*. Cambridge (UK): Cambridge University Press, 2006, pp. 267-292, p. 269.

²¹ “*Frequentemente, pelas características de determinado mercado (v.g. face às especificidades do produto – material militar – ou pela inexistência de outros adquirentes – por exemplo, locação de aviões de combate a fogos florestais) o Estado pode influenciar decisivamente o funcionamento do mercado, condicionando o mercado relevante e os intervenientes ou agindo como criador de mercados (“market maker”), mesmo em situações de monopólio ou de price-taker por parte dos fornecedores*”. RODRIGUES, Nuno Cunha. *A Contratação Pública como Instrumento de Política Económica*. op. cit., p. 378.

²² DIMITRI, Nicola; DINI, Federico; PIGA, Gustavo; “When should procurement be centralized?”. In: DIMITRI, N.; PIGA, G.; SPAGNOLO, G. (Ed.). *Handbook of procurement*. Cambridge (UK): Cambridge University Press, 2006, pp. 47-81. p. 72.

²³ “*Buyers, however, should pay attention to their dominant purchasing positions. In particular, if not appropriately designed, large procurements can favour big suppliers and discriminate against smaller firms*”. DIMITRI, N.; DINI, F. e PIGA, G. “When should procurement be centralized?”. op. cit., p. 71.

²⁴ LIRA, Bruno e NÓBREGA, Marcos. “O Estatuto do RDC é contrário aos cartéis em licitação? Uma breve análise baseada na teoria dos leilões”. *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*. Belo Horizonte, ano 9, n. 35, out./dez. 2011. Confira também MILGROM, Paul. “Putting auction theory to work: the simultaneous ascending auction”. *Journal of Political Economy*, vol. 108, nº 2, 2000, pp. 245-272.

Segundo Paul KLEMPERER²⁵ e Vijay KRISHNA²⁶, os leilões podem ser abertos ou fechados. Em um leilão aberto, o preço é determinado de forma dinâmica por meio de lances sequenciais, ascendentes ou descendentes. O **leilão aberto ascendente** ou **inglês** é aquele em que o preço é sucessivamente aumentado pelos lances até que reste apenas um interessado em adquirir o bem, a quem será adjudicado o objeto por valor final igual àquele ofertado²⁷. No **leilão aberto descendente** ou **holandês**, o leiloeiro inicia o certame em um patamar de preço bastante elevado e inicia a reduzi-lo, de forma contínua – o primeiro interessado que interromper o leilão adquire o bem pelo último valor apresentado pelo leiloeiro²⁸. Nos **leilões fechados**, os lances são apresentados secreta e simultaneamente, em envelopes fechados (“*sealed-bid*”), sagrando-se vencedor o participante que apresentar a melhor oferta. Como as propostas são únicas e serão conhecidas apenas no momento do leilão, os interessados perdem a referência dos lances apresentados pelos demais participantes, sendo estimulados a oferecer preços o mais próximo possível dos seus custos – é este o tipo de leilão adotado pelas modalidades “concorrência”, “tomada de preços” e “convite” da Lei nº 8.666/1993.

Segundo ALBANO, DIMITRI, PERRIGNE e PIGA, o leilão aberto pode ser mais eficiente, alavancando a concorrência e reduzindo preços, quando o objeto for menos complexo ou padronizado e houver homogeneidade entre os fornecedores. A seu turno, o leilão fechado tende a ser mais eficiente para adjudicação de objetos complexos, em contextos de grande assimetria informacional ou profunda heterogeneidade entre os fornecedores²⁹. Essa assimetria pode advir tanto de elementos subjetivos (custos de produção³⁰, tecnologia,

²⁵ KLEMPERER, Paul. *Auctions: theory and practice*. Princeton (NJ); Oxford (UK): Princeton University Press, 2004, especialmente o cap. 1 “*A survey of auction theory*”, pp. 09-61.

²⁶ KRISHNA, Vijay. *Auction Theory*. 2ª ed. Oxford (UK): Academic Press/Elsevier, 2010, pp. 01-07, 173-184

²⁷ “*In one variant of the English auction, the sale is conducted by an auctioneer who begins by calling out a low price and raises it, typically in small increments, as long as there are at least two interested bidders. The auction stops when there is only one interested bidder. (...) Once a bidder finds the price to be too high, he signals that he is no longer interested by lowering his hand. The auction ends when only a single bidder is still interested*” KRISHNA, Vijay. *Auction Theory*. op. cit. p. 2.

²⁸ “*The Dutch auction is the open descending price counterpart of the English auction. It is not commonly used in practice but is of some conceptual interest. Here, the auctioneer begins by calling out a price high enough so that presumably no bidder is interested in buying the object at that price. This price is gradually lowered until some bidder indicates her interest. The object is then sold to this bidder at the given price*”. KRISHNA, Vijay. *Auction Theory*. op. cit. p. 2.

²⁹ “*Sealed bid tendering procedures tend to favour participation with to dynamic auctions when participants are heterogeneous in their characteristics or their degree of information regarding the procured good/service*”. ALBANO, G. L.; DIMITIRI, N.; PERRIGNE, I.; PIGA, G.; “Fostering Participation”. op. cit., p. 269.

³⁰ “*(...) firm-specific (private) component in production costs*”. ALBANO, G. L.; DIMITIRI, N.; PERRIGNE, I.; PIGA, G.; “Fostering Participation”. op. cit., p. 270.

capital, etc.) quanto de elementos objetivos (conhecimento específico do objeto licitado³¹). Nesses casos, ao formatar um leilão fechado, o contratante pode aproveitar-se desses elementos de incerteza para maximizar o seu *value for money*.

Os leilões abertos e fechados podem ser combinados em inúmeras possibilidades de leilões multidimensionais e procedimentos mistos³². É o que ocorre, por exemplo, no **leilão anglo-holandês** (“*anglo-dutch*”), composto por duas fases: a primeira aberta (“*multi-round descending auction*”), e a segunda fechada (“*sealed-bid*”)³³. Neste modelo – aplicado, por exemplo, ao leilão dos espectros de 3G no Reino Unido, no ano 2000³⁴ – a entrega de uma proposta fechada ao final da fase de lances incorporou ao procedimento um elemento de

³¹ Tal como conhecer o imóvel em que se realizará uma manutenção predial ou, ainda, os equipamentos, como elevadores ou viaturas, para os quais se contratam serviços de manutenção preventiva e corretiva, por exemplo. Nesse contexto, os atuais contratados (chamados de *incumbents*) reúnem um conhecimento específico que os coloca, caso haja uma nova licitação, em posição de vantagem em relação aos *entrants*. Essa assimetria informacional gera uma distorção que pode ser corrigida, por exemplo, com a publicação de especificações técnicas mais abrangentes e detalhadas sobre o objeto licitado.

³² Por exemplo, Patrick Bajari e Gregory Lewis realizaram um estudo empírico no qual analisaram mais de 1300 contratos envolvendo reparos, obras e serviços de engenharia adjudicados pelo Departamento de Transporte da Califórnia (Caltrans) entre 2003 e 2008. No estudo, foram comparados contratos adjudicados da forma tradicional - segundo a qual a adjudicação obedece apenas a critérios de preço - de contratos adjudicados por meio de um leilão multidimensional envolvendo a chamada “fórmula A + B”, na qual “A” se refere ao menor preço e “B” ao tempo estimado para a conclusão do projeto. “*The most sophisticated is called A+B bidding. Here contractors submit a dollar bid for labor and materials, the “A” part, and a total number of days to complete the project, the “B” part. The bids are scored using both the A and the B bid and the project is awarded to the contractor with the lowest score. The winning contractor may also receive incentive payments (disincentives) for completing the project earlier (later) than the days bid. Standard highway contracts are “A-only” contracts because they do not weight project completion time in selecting the winning contractor*” (p. 1173). Segundo os autores, nos contratos que seguem a fórmula A + B, os contratados executam o empreendimento em tempo cerca de 60% menor do que as estimativas iniciais da fase interna da licitação, reduzindo também os custos sociais para os *commuters*, que, com a conclusão mais célere das obras, será menor o prazo com que passarão com um tempo de viagem aumentado. Segundo os autores, as obras nas rodovias geram uma externalidade negativa que se reflete em termos de custos sociais. Assim, um atraso de 30 minutos em cada sentido (1h/dia) em uma rota pela qual passam 175000 pessoas/dia., considerado o valor de 10 dólares a hora, teria um custo social de 1,75 milhão de dólares por dia - nesse sentido, se adotar um formato A + B gerasse um custo de 1,5 milhão a mais do que a forma tradicional de contratação, ainda assim a adoção do formato A + B seria vantajosa, em termos de custos sociais, porque a obra foi concluída em prazo menor. Com base nisso, e sabendo que os contratos A + B são concluídos 60% antes do tempo normal, e que esses contratos custam, em média, 7 a 11% mais que o normal, cada contrato em que adotada a fórmula A + B gera uma economia, em termos de custos sociais, de em média 6,46 milhões de dólares. BAJARI, Patrick e LEWIS, Gregory; “Procurement Contracting With Time Incentives: Theory and Evidence”. *The Quarterly Journal of Economics*, Oxford University Press, vol. 126 (3), 2011, pp. 1173-1211. (NBER Working Paper, n. 14855.

³³ “*The main innovation consists in interrupting the auction when only two bidders remain and calling a final sealed bid round between them. Thus if at some round only two valid bids are received, then the next round becomes the last one. The bidder submitting the lowest price at the last round is awarded the contract and receives a payment equal to his own bid*”. ALBANO, G. L.; DIMITIRI, N.; PERRIGNE, I.; PIGA, G.; “Fostering Participation”. op. cit., p. 161.

³⁴ Sobre o célebre leilão das frequências 3G de telefonia móvel no Reino Unido, que gerou uma receita da ordem de 22 bilhões de libras esterlinas, confira-se a importante obra de KLEMPERER, Paul. *Auctions: theory and practice*. op.cit pp. 168-191. O autor prestou consultoria ao governo britânico, que obteve maior sucesso que outros países da Europa em certames semelhantes voltados ao leilão do mesmo objeto, como demonstrado às pp. 151-167 do mesmo livro.

incerteza que dificultou o conluio e a combinação de preços entre licitantes, estimulando a competição. Outro exemplo consiste no chamado **leilão de Vickrey**, um leilão fechado no qual o objeto é adjudicado não ao primeiro, mas ao “segundo melhor preço” ou “melhor lance perdedor”³⁵. Essa modalidade foi desenvolvida pelo canadense William VICKREY, Professor de Economia da Universidade de Columbia, a partir do seu artigo seminal sobre teoria dos leilões, publicado em 1961³⁶, com vistas a evitar a chamada “maldição do vencedor” (“*winner’s curse*”)³⁷.

Feita essa abordagem preliminar sobre os tipos básicos de leilões, apresento a seguir alguns exemplos que ilustram como os aspectos procedimentais das licitações podem produzir reflexos para aumentar ou diminuir a concorrência a que se pretende submeter uma contratação no caso concreto.

3.1.3. Impactos concorrenciais de alguns aspectos do procedimento licitatório

Os **preços referenciais**, também chamados de preços de reserva (“*reserve prices*”), representam o valor do objeto a ser leiloadado sob a perspectiva do comprador e, normalmente, são calculados pela Administração Pública com base em consultas de preços e pesquisas de mercado. Grosso modo, corresponde ao montante máximo que o Estado-comprador está disposto a pagar pelo objeto licitado. Divulgar os preços de reserva ou mantê-los em sigilo constitui uma decisão procedimental com diferentes consequências no que diz respeito à participação de potenciais competidores. Isso porque, economicamente, a divulgação dos valores referenciais já funciona como uma forma de seleção das firmas interessadas, excluindo *ex ante* aquelas com custos de produção maiores do que o valor de reserva. “*The*

³⁵ O leilão de Vickrey (“*second price sealed-bid auction*”) é um dos quatro tipos clássicos de leilão referidos por Paul Klemperer: “*Four basic types of auctions are widely used and analyzed: the ascending-bid auction (also called the open, oral, or English auction), the descending-bid auction (used in the sale of flowers in the Netherlands and so also called the Dutch auction by economists), the first-price sealed-bid auction, and the second-price sealed-bid auction (also called the Vickrey auction by economists)*” KLEMPERER, Paul. *Auctions: theory and practice*. op. cit. p. 11.

³⁶ VICKREY, William. “Counterspeculation, Auctions, and Competitive Sealed Tenders”, *Journal of Finance*, vol. 16, issue 1, mar./1961, pp. 8-37.

³⁷ A “maldição do vencedor” está relacionada à oferta de propostas muito baixas ou insuficientes para cobrir os custos diretos e indiretos relacionados à execução do objeto, aumentando o risco de inadimplemento (“*default risk*”). Trataremos novamente do conceito mais adiante neste capítulo. O leilão fechado de segundo do preço busca evitar a ocorrência da “maldição do vencedor” na medida em que adjudica o objeto ao primeiro colocado, mas sob a oferta apresentada pelo segundo. Apesar de recomendado pelos economistas, o leilão de Vickrey é raramente aplicado pois implica na adjudicação por preço maior do que a menor proposta apresentada. Além disso, um leilão de segundo preço pode ser manipulado pela apresentação de propostas de fachada (“*phoney bids*”) ou mediante combinação de preços pelos licitantes em conluio.

*buyer publicly announces a reserve price determining the highest acceptable offer (maximum bid), so bids above the reserve price are rejected. Consequently – concluem ALBANO, DIMITRI, PERRIGNE e PIGA – those firms with production costs above the reserve price cannot participate*³⁸. Para Bruno LIRA e Marcos NÓBREGA, o preço de reserva atende a uma dupla função: “*Primeiro, ele retira do certame as empresas que tenham um custo de produção maior que ele. Por outro lado, há um acirramento do nível de competitividade das empresas participantes do certame, já que estas deverão compensar a menor probabilidade de ganhar a licitação com a apresentação de cotações mais baixas*”³⁹. Nesse sentido, a divulgação dos preços referenciais elimina as firmas com maiores custos de produção, selecionando as mais eficientes, e também estimula a competição entre estas, aumentando o retorno para o contratante.

Às vezes, em ambientes de profunda incerteza, a divulgação do preço de reserva pelo contratante pode servir para tornar possível a participação de eventuais interessados no certame. Tome-se como exemplo um leilão fechado em que exista um elemento de incerteza em relação ao objeto licitado que seja comum a todos os interessados no certame – essa hipótese é bastante comum, por exemplo, quando o Poder Público concede um serviço público, licita uma obra nova ou contrata um serviço terceirizado pela primeira vez. Nesse caso, os licitantes mais avessos ao risco terão menores incentivos para participar do certame porque, não conhecendo suficientemente o objeto, temem incorrer em prejuízos futuros que aumentem o seu risco de inadimplemento (“*default risk*”) e tornem a execução do contrato muito gravosa ou insustentável – o que, em literatura estrangeira, didaticamente se convencionou chamar de “*winner's curse*”, ou “maldição do vencedor”⁴⁰. Nesses casos, a divulgação dos preços referenciais pode ser recomendável para reduzir a incerteza da contratação e, dessa maneira, tornar viável a concorrência. Para ALBANO, DIMITRI, PERRIGNE e PIGA, “(*...*) *it is usually better to announce the reserve price rather than keeping it secret*”, uma vez que os fornecedores “(*...*) *are most likely to react to such an additional uncertainty by submitting higher bids, thus raising the buyer's expected awarding price of*

³⁸ ALBANO, G. L.; DIMITIRI, N.; PERRIGNE, I.; PIGA, G.; “Fostering Participation”. op. cit., p. 272.

³⁹ LIRA, Bruno e NÓBREGA, Marcos. “O Estatuto do RDC é contrário aos cartéis em licitação? Uma breve análise baseada na teoria dos leilões”. op. cit., p. 13.

⁴⁰ “*Consider a situation in which suppliers' production cost for performing a contract is affected by an unknown component common to all suppliers, such as uncertainty about the composition of different tasks in the final demand. If uncertainty about the actual production cost is such that inexperienced firms fear they are likely to incur the winner's curse, that is, to realize losses ex post, participation may be seriously deterred*”. ALBANO, G. L.; DIMITIRI, N.; PERRIGNE, I.; PIGA, G.; “Fostering Participation”. op. cit., p. 273.

the contract”⁴¹. A divulgação do preço de reserva impede que esse risco seja monetizado, inflando artificialmente os preços ofertados pelos licitantes.

Todavia, quando o leilão é de tipo aberto e o objeto licitado é pouco complexo, manter o sigilo sobre os valores referenciais pode estimular a apresentação de propostas menores e encorajar a participação de licitantes que, se conhecessem o valor de referência, não participariam. Ademais, quando o preço de reserva é sigiloso, o cartel fica desprovido de referências para combinar preços, o que dificulta a coordenação entre seus membros e, conseqüentemente, o funcionamento do próprio acordo horizontal⁴². Esse *trade off* entre divulgação e sigilo dos valores de reserva pode levar à escolha, pelo contratante, de um preço referencial ótimo (“*optimal reserve price*”), ou seja, aquele fixado em um patamar que torna os custos da contratação os menores possíveis sem, todavia, restringir demasiadamente a participação de fornecedores. Como essa decisão depende de fatores como o tipo de leilão em voga (aberto ou fechado) e o grau de complexidade do objeto licitado, a decisão acerca da publicidade ou sigilo dos preços referenciais deve ser definida caso a caso, sendo geralmente recomendável que se adote a sua divulgação em leilões fechados, quando o Poder Público pretender reduzir a incerteza da contratação⁴³, e que se preserve o seu sigilo em leilões abertos, notadamente para adjudicar objetos padronizados ou pouco complexos.

A formação de **consórcios** (“*bidding consortia*”) e a possibilidade de **subcontratação** de parte do objeto (“*subcontracting*”) podem ser incentivos à competição e aumentar o grau de concorrência, eis que tornam possível a participação de licitantes que, isoladamente, não conseguiriam atender às condições de qualificação técnica e/ou econômico-financeira exigidas no certame⁴⁴. A participação de empresas em consórcio pode reduzir custos e maximizar a eficiência do empreendimento, favorecendo a apresentação de propostas de preços mais agressivas que, em tese, podem aumentar o retorno para o contratante. Entretanto, não se pode perder de vista que os consórcios e a subcontratação incorporam a associação e a coordenação de licitantes à lógica do procedimento competitivo,

⁴¹ ALBANO, G. L.; DIMITIRI, N.; PERRIGNE, I.; PIGA, G.; “Fostering Participation”. op. cit., p. 283.

⁴² “(...) com a divulgação do preço de reserva, os cartéis adquirem uma referência vital para a parametrização do lucro a ser obtido através de sua atuação coordenada. (...) Com o orçamento sigiloso, o cartel perde essa referência. Dessa forma, tenderá a ofertar lances que sejam mais próximos da realidade, para que o certame não seja cancelado ou anulado” LIRA, Bruno e NÓBREGA, Marcos. “O Estatuto do RDC é contrário aos cartéis em licitação? Uma breve análise baseada na teoria dos leilões”. op. cit., p. 13.

⁴³ ALBANO, G. L.; DIMITIRI, N.; PERRIGNE, I.; PIGA, G.; “Fostering Participation”. op. cit., p. 283.

⁴⁴ ALBANO, G. L.; BUCCIROSSI, P.; SPAGNOLO, G.; ZANZA, M. “Preventing collusion in procurement”. In: DIMITIRI, N.; PIGA, G.; SPAGNOLO, G. (Ed.). *Handbook of procurement*. Cambridge (UK): Cambridge University Press, 2006, pp. 347-380 cf. p. 366.

motivo pelo qual podem apresentar efeitos colusivos relevantes que serão tratados no próximo item deste capítulo⁴⁵.

No que diz respeito à **forma de adjudicação** do objeto, a autoridade competente para autorizar a licitação deve definir se o contrato será adjudicado aos licitantes separadamente, por item ou por lote, ou então pela totalidade do objeto, a um mesmo e único contratado⁴⁶. Segundo Laura CARPINETI, Gustavo PIGA e Matteo ZANZA, os lotes podem ser *quantitativos* ou *qualitativos*, conforme sejam ou não compostos por produtos ou serviços da mesma natureza, ou ainda *geográficos*, quando definidos em razão do território ou por algum critério espacial⁴⁷. A divisão do objeto do certame em lotes geográficos aumenta o número estimado de participantes e, por isso, pode alavancar a concorrência. Contudo, é importante destacar que a previsão de um elevado número de lotes pode facilitar o funcionamento de acordos horizontais e estimular comportamentos anticompetitivos, tais como a divisão e o loteamento do mercado público por cartéis⁴⁸. Além disso, vale notar que a adjudicação de lotes pelo critério geográfico pode não funcionar bem se os lotes forem muito heterogêneos entre si, de modo que a competição fique concentrada apenas em torno de alguns deles, vistos como mais vantajosos que os demais – tal como ocorre, comumente, em licitações para a concessão de linhas de transporte coletivo urbano⁴⁹. Para atenuar essas distorções, é possível estabelecer limites para a adjudicação de itens ou de lotes por participante (“*awarding limits*” ou “*limited bidding*”) ou, ainda, regras que definam se os lotes serão licitados de

⁴⁵ KOVACIC, W.; MARSHALL, R.; MARX, L.; RAIFF, M.; “Bidding rings and the design of anti-collusive measures for auctions and procurements”. In: DIMITRI, N.; PIGA, G.; SPAGNOLO, G. (Ed.). *Handbook of procurement*. Cambridge (UK): Cambridge University Press, 2006, pp. 393-397.

⁴⁶ O uso do termo “unbundling”, ou “unbundled contracts”, é feito para fazer referência ao que se chama, no Brasil, de fracionamento. “*In some cases, officers decide to unbundle contracts to reduce the value of any one contract so as to fall under a regime where more discretionary rules apply (the so-called ‘fractionalization’, which is often forbidden by the law itself but not always easily spotted), allowing less transparency and more direct negotiations with suppliers*”. PIGA, Gustavo. “A fighting chance against corruption in public procurement?” In: ACKERMAN, Susan Rose; SOREIDE, Tina (org.). *International Handbook on the Economics of Corruption*. Vol. II, Cheltenham (UK): Edward Elgar, 2011, p. 158.

⁴⁷ “(...) lots can be quantitative (lots containing the same product and referring to the same geographical area), geographical (lots that refer to different geographical areas) and qualitative (lots containing different types of product)”. CARPINETI, Laura; PIGA, Gustavo; ZANZA, Matteo. “The variety of procurement practice: evidence from public procurement”. In: DIMITRI, N.; PIGA, G.; SPAGNOLO, G. (Ed.). *Handbook of procurement*. Cambridge (UK): Cambridge University Press, 2006, pp. 14-44, cf. p. 25.

⁴⁸ ALBANO, G. L.; DIMITIRI, N.; PERRIGNE, I.; PIGA, G.; “Fostering Participation”. op. cit., p. 277.

⁴⁹ As diferenças de demanda – e, conseqüentemente, de lucratividade – entre as linhas pode ser explorada pelo contratante para criar subsídios cruzados pela reunião, em um mesmo lote, de linhas pouco e muito atrativas. A publicação de informações detalhadas sobre a composição de cada lote pode atenuar eventuais distorções: “*Participation might be increased if the buyer releases valuable information on the composition of the final demand so as to ‘level the playing field’ between incumbents and new entrants*”. ALBANO, G. L.; DIMITIRI, N.; PERRIGNE, I.; PIGA, G.; “Fostering Participation”. op. cit., p. 277.

forma simultânea ou sequencial, um por vez⁵⁰. Essas medidas, quando admitidas pela legislação, contribuem para que os licitantes escolham estrategicamente os lotes de que irão participar, dificultando a combinação de preços e a operação de cartéis.

Os **custos de entrada**, assim como as **taxas de entrada**, estão associados aos custos de transação incorridos pelo fornecedor para participar de certames licitatórios, funcionando como barreiras à entrada. "*Entry costs typically include all expenses borne by a supplier to 'prepare' a bid*", ao passo que as taxas de entrada ("*entry fees*") correspondem, por sua vez, a um "*(...) non-refundable payment due to the buyer that allows potential suppliers to submit their bids*"⁵¹. À exceção da cobrança por cópias dos editais e seus anexos, tais exigências não são admitidas no Brasil, sob pena de configurar restrição indevida à competitividade do certame⁵². Entretanto, os custos e taxas de entrada funcionam economicamente como forma de seleção dos fornecedores mais eficientes, assim como a divulgação prévia dos preços de reserva.

A exigência de apresentação de garantia de proposta segue o mesmo raciocínio, excluindo *ex ante* aquelas firmas com menor acesso ao mercado de crédito, muito embora também apresente a importante função de prevenir a apresentação de **propostas anormalmente baixas** ("*abnormally low tenders*"). Na União Europeia, o grande número de empresas que solicitavam falência pouco tempo depois de vencer licitações motivou a formação de um grupo de trabalho sobre as causas que dão ensejo à apresentação de propostas anormalmente baixas, ou seja, aquelas cujos custos estão muito abaixo do valor referencial estimado pelo contratante⁵³. Como resultado, o artigo 57 da Diretiva 2004/18/CE estabeleceu que as propostas reputadas anormalmente baixas pela entidade adjudicante deveriam ser justificadas pelo licitante que as apresentou, sendo-lhe assegurada a oportunidade de demonstrar a sua exequibilidade por meio da composição de seus custos –

⁵⁰ "*Tendering rules may specify a maximum number of contracts that a supplier is entitled to win (awarding limits), or on which contracts participants are allowed to bid (limited bidding)*". ALBANO, G. L.; DIMITIRI, N.; PERRIGNE, I.; PIGA, G.; "Fostering Participation". op. cit., p. 284.

⁵¹ ALBANO, G. L.; DIMITIRI, N.; PERRIGNE, I.; PIGA, G.; "Fostering Participation". op. cit., p. 274 e p. 275, respectivamente.

⁵² Artigo 63 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. "*Art. 63. É permitido a qualquer licitante o conhecimento dos termos do contrato e do respectivo processo licitatório e, a qualquer interessado, a obtenção de cópia autenticada, mediante o pagamento dos emolumentos devidos*".

⁵³ Vale a pena conferir, especialmente, os seguintes documentos: EUROPA. *Grupo de trabalho sobre propostas anormalmente baixas. Contract bonds*. Bruxelas: Comissão Europeia. 1999a. Disponível em: <http://ec.europa.eu/enterprise/construction/alo/bonds/bondsfin.htm> Acesso em 29/10/2015; _____. *Abnormally low tenders*. Bruxelas: Comissão Europeia. 1999b. Disponível em: <http://ec.europa.eu/enterprise/construction/alo/altfin.htm> Acesso em 29/10/2015. e _____. *Annexes to the ALT Report*. Bruxelas: Comissão Europeia. 1999c. Disponível em: <http://ec.europa.eu/enterprise/construction/alo/altann.htm> Acesso em 29/10/2015.

a regra foi mantida pelo artigo 69 da vigente Diretiva 2014/24/UE, que revogou a Diretiva 2004/18/CE, com efeitos a partir de 18 de abril de 2016.

No Brasil, o artigo 48 da Lei nº 8.666/1993 prevê, no inciso II do seu *caput*, um mecanismo semelhante ao europeu. Todavia, o §1º do mesmo dispositivo adota uma polémica “rejeição automática” aplicável apenas a contratações de obras e serviços de engenharia, excluindo de plano “(...) *as propostas cujos valores sejam inferiores a 70% (setenta por cento)*” da “(...) *média aritmética dos valores das propostas superiores a 50% (cinquenta por cento) do valor orçado pela administração*” ou do “(...) *valor orçado pela administração*”, o que for menor. A objetivação dos critérios para a aceitabilidade dos preços opera como uma presunção absoluta de inexequibilidade que, sem admitir prova em contrário, torna tal regra passível de manipulação por licitantes em conluio. Note-se, também, que um dispositivo bastante semelhante de “rejeição automática” de propostas previsto pela legislação italiana foi reputado incompatível com o Direito Comunitário pelo TJUE, nos acórdãos “*SECAP*” e “*Santorso*”, pois não conferia aos proponentes a oportunidade de demonstrar ao órgão ou entidade adjudicante a exequibilidade dos preços ofertados⁵⁴.

Segundo Gustavo PIGA, a existência de regras proibindo a aceitação de propostas anormalmente baixas é uma forma que a legislação encontra para lidar com a maldição do vencedor e o risco de inadimplemento (“*default risk*”), ou seja, a possibilidade de que o

⁵⁴ Essa regra de exclusão automática, segundo o TJUE, pode ser empregada como mecanismo de discriminação indireta contra operadores de outros Estados-membros (sujeitos a outras estruturas de custos e economias de escala que as empresas nacionais), bem como acordos anticoncorrenciais e práticas de conluio. Eis as conclusões do acórdão: “*As regras fundamentais do Tratado CE relativas à liberdade de estabelecimento e à livre prestação de serviços, bem como o princípio geral da não discriminação, opõem-se a uma legislação nacional que, no que diz respeito aos contratos de valor inferior ao limiar estabelecido no artigo 6.º, n.º 1, alínea a), da Directiva 93/37/CEE do Conselho, de 14 de Junho de 1993, relativa à coordenação dos processos de adjudicação de empreitadas de obras públicas, na redacção dada pela Directiva 97/52/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de Outubro de 1997, e que tenham um interesse transfronteiriço real, impõe imperativamente às entidades adjudicantes, quando o número de propostas válidas for superior a cinco, que procedam à exclusão automática das propostas consideradas anormalmente baixas em relação à prestação a fornecer, de acordo com um critério matemático previsto por essa legislação, sem deixar às referidas entidades adjudicantes qualquer possibilidade de verificar a composição dessas propostas, solicitando esclarecimentos aos proponentes em causa sobre essas mesmas propostas. Não será esse o caso se uma legislação nacional ou local ou mesmo a entidade adjudicante em causa, por haver um número excessivamente elevado de propostas que possa obrigar a entidade adjudicante a proceder à verificação, de modo contraditório, de um número de propostas tão elevado que ultrapassa a capacidade administrativa da referida entidade adjudicante ou possa, devido ao atraso eventualmente causado por essa verificação, pôr em causa a realização do projecto, fixassem um limiar razoável acima do qual se aplicaria a exclusão automática das propostas anormalmente baixas*”. Acórdão SECAP e Santorso, processos conjuntos C-147/06 e C-148/06, de 15 de maio de 2008, cf.: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX:62006CJ0147&qid=1469020282051>. Para uma discussão aprofundada sobre a decisão do TJUE, confira RODRIGUES, Nuno Cunha. *A Contratação Pública como Instrumento de Política Económica*. op. cit., pp. 477-484.

licitante vencedor não obtenha retorno financeiro suficiente para completar o contrato até o seu final⁵⁵. Uma forma mais eficiente de lidar com o risco de inadimplemento reside na exigência de seguros. São três os tipos principais: o **seguro de garantia da proposta** (“*bid bond*” ou “*tender bond*”), tipicamente de 10% do seu valor, é aquele pelo qual a seguradora assume a responsabilidade pelo montante caso a contratada se recuse a celebrar o contrato⁵⁶; o **seguro de performance** (“*performance bond*”), em valor igual ao da proposta, protege o contratante se a contratada falhar na execução do objeto, agindo em desacordo com os planos e especificações técnicas; e, por fim, o **seguro de pagamento** (“*payment bond*”), de valor igual ao lance vencedor, garante a realização do pagamento a fornecedores e eventuais subcontratados⁵⁷. Segundo FIUZA, a exigência de seguros traria ainda um benefício adicional, permitindo ao contratante “(...) *extrair ex ante um sinal mais forte sobre o desempenho passado da empreiteira, com base no rating das seguradoras ou, no que é mais fácil observar, no ágio (prêmio de risco) pago pela empreiteira em relação a uma taxa de mercado*”⁵⁸. Entretanto, como o mercado securitário não é suficientemente desenvolvido em todos os países, muitas legislações ainda preferem lidar com o problema vedando a apresentação de propostas anormalmente baixas em certames licitatórios⁵⁹.

3.1.4. Tipos de contratos e alocação de riscos: contratos de preço fixo, de reembolso e de incentivo

À diferença da legislação brasileira, a *Federal Acquisition Regulation* (“FAR”), nos EUA, e o *Office of Government Commerce* (“OGC”), no Reino Unido, descrevem vários tipos de contratos para reger as relações entre os fornecedores e o Poder Público – entre eles,

⁵⁵ Segundo Fiuza, países como Dinamarca, Finlândia, Suécia e Noruega preferem lidar com o problema das propostas anormalmente baixas no âmbito de suas legislações nacionais de concorrência. FIUZA, Eduardo Pedral Sampaio. “Licitações e contratos no Brasil: a visão dos economistas”. In: SALGADO, L. H.; FIUZA, E. P. S. (ed.). Marcos regulatórios no Brasil: é tempo de rever regras? Rio de Janeiro: Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), 2009, pp. 264-271.

⁵⁶ No Brasil, o artigo 31, III, da Lei nº 8.666/1993 limita a exigência de garantia de proposta a 1% do valor estimado do objeto da contratação – muito abaixo, portanto, do percentual observado nos países europeus.

⁵⁷ FIUZA, Eduardo Pedral Sampaio. “Licitações e contratos no Brasil: a visão dos economistas”. op. cit., p. 262.

⁵⁸ FIUZA, Eduardo Pedral Sampaio. “Licitações e contratos no Brasil: a visão dos economistas”. op. cit., p. 263.

⁵⁹ “Such mechanisms identify prices (discounts) that are ‘sufficiently’ below (above) the norm (typically measured by the average bid price in the tender) as to be excluded or subject to careful checks. De facto, these are mechanisms that generally make the lowest price bidder a loser in the tender and make the game one of ‘guessing’ the average price so as to get as close as possible to it”. PIGA, Gustavo. “A fighting chance against corruption in public procurement?”. op. cit., p, pp. 141-181, p. 163.

os de preço fixo, os de reembolso e os de incentivo⁶⁰. O principal critério para distinguir esses tipos contratuais básicos reside na forma de remunerar o contratado. Mas desde logo é importante frisar que nenhum desses modelos de contrato é, *a priori*, melhor do que outro: o *design* contratual mais eficiente irá depender diretamente da complexidade do objeto e dos elementos de incerteza que cercam determinada contratação, em cada caso concreto. A escolha de um modelo contratual inadequado pode ser determinante para que o contratado deixe de ter incentivos para fornecer bens e serviços de qualidade à Administração, desvirtuando as finalidades do próprio contrato e da licitação que, em regra, o precede.

Primeiramente, os **contratos de preços fixos** (“*fixed-price contracts*”) caracterizam-se pela definição *ex ante* do valor da contraprestação a ser paga em razão do objeto avençado, podendo sofrer a incidência de um reajuste para fins de correção e atualização monetária. Como os preços são conhecidos de antemão, esse tipo de contrato é indicado para projetos de reduzida complexidade e incerteza, tendo em vista que todos os custos e variações imprevistas são suportadas pelo contratado, preservando o contratante do risco de alterações *ex post*⁶¹. Este é o modelo contratual adotado como regra pela legislação brasileira, mormente no pregão e nas modalidades previstas na Lei nº 8.666/1993⁶², admitindo alguma variação nas concessões, PPPs e principalmente na “contratação integrada” do RDC.

No **contrato de reembolso** (“*cost plus fee*” ou “*cost-reimbursement contracts*”), o contratante promove o ressarcimento do contratado pelos custos decorrentes da execução do objeto, desde que documentados (o que se chama, na literatura econômica, de custos

⁶⁰ ALBANO, G. L.; CALZOLARI, G.; DINI, F.; IOSSA, E.; SPAGNOLO, G.; “Procurement contracting strategies”. In: DIMITRI, N.; PIGA, G.; SPAGNOLO, G. (Ed.). Handbook of procurement. Cambridge (UK): Cambridge University Press, 2006, pp. 82-120, cf. pp. 87-100; SAUSSIER, Stéphane e TIROLE, Jean. “Strengthening the Efficiency of Public Procurement”. *Les notes du conseil d'analyse économique*. Conseil d'analyse économique, nº 22, abril, 2015. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/275973839_Strengthening_the_Efficiency_of_Public_Procurement. Acesso em 29/06/2015; e RODRIGUES, Nuno Cunha. *A Contratação Pública como Instrumento de Política Económica*. op. cit., pp. 84-89.

⁶¹ “A fixed-price contract (FPC) is a contractual agreement whereby the contractor is paid a fixed price for realizing a project that satisfies a predetermined quality standard” (...) “Under an FPC, the contractor bears all the costs incurred in providing the good or service specified in contract”. ALBANO, G. L.; CALZOLARI, G.; DINI, F.; IOSSA, E.; SPAGNOLO, G.; “Procurement contracting strategies”. op. cit., p. 90.

⁶² O regime de administração contratada, que permitia “(...) o reembolso de todas as despesas incorridas para a sua execução e pagamento da remuneração ajustada para os trabalhos de administração” na contratação de obras ou serviços constava do artigo 6º, VIII, “c” da Lei nº 8.666/1993, mas o dispositivo foi vetado por duas vezes pelo Presidente Itamar Franco: a primeira, quando da sanção da própria Lei nº 8.666/1993; a segunda, alguns meses depois, quando a Presidência da República apreciou e vetou parcialmente a Lei nº 8.883/1994, que buscou reintroduzir o mesmo dispositivo na recém-aprovada lei de licitações.

“verificáveis”⁶³) e ainda arca com o pagamento de um percentual a título de taxa de administração⁶⁴. Como todos os custos verificáveis são reembolsados, o contratante vê-se obrigado a envidar grandes esforços de fiscalização e gestão contratual. O contratado, por sua vez, não tem incentivo algum para reduzir custos nem para minorar eventuais riscos. Pelo contrário: como é remunerado à base de um percentual incidente sobre os custos verificáveis, o contratado tende a torná-los os mais elevados possíveis a fim de maximizar seus próprios resultados. Dessa maneira, os contratos *cost plus* são indicados apenas em situações de extrema complexidade e incerteza, bem como naquelas em que a qualidade do objeto seja especialmente importante para o Poder Público. Segundo ALBANO, CALZOLARI, DINI, IOSSA e SPAGNOLO, licitações e outros procedimentos competitivos não são indicados para adjudicar contratos de reembolso, os quais devem ser preferencialmente objeto de negociações diretas entre as partes⁶⁵.

BAJARI, McMILLAN e TADELIS afirmam que a rigidez dos contratos de preço fixo gera dificuldades diante da necessidade de realizar alterações *ex post* ao ajuste celebrado: “(...) *fixed-price contracts provide good ex ante cost incentives but impose high frictions when ex post adaptations are needed. Cost-plus contracts, on the other hand, better accommodate ex post adaptation but suffer from the lack of ex ante cost incentives*”. Daí, segundo os autores, decorre a afirmação corrente na literatura de que os contratos de preço fixo não são adequados para a modelagem de projetos complexos: “(...) *fixed-price contracts perform well for simple projects with few anticipated changes, whereas cost-plus contracts are better suited for more complex projects, for which many changes are anticipated*”⁶⁶. Isso porque, como os preços já são definidos *ex ante*, eventuais custos de adaptação e os riscos decorrentes de alterações *ex post* são assumidos integralmente pelo contratado. Destarte, e muito embora os contratos de reembolso também não sejam imunes à incerteza⁶⁷, os

⁶³ Custos verificáveis são aqueles que podem ser objeto de comprovação por parte do contratado, a fim de pleitear eventual reembolso por parte do contratante. Custos não verificáveis, em contrapartida, não podem ser provados e reembolsados pela parte contrária. Retomaremos tal conceito adiante, neste mesmo capítulo.

⁶⁴ “(...) *the buyer agrees to reimburse all (documented) production costs related to the project and to pay a fee for supervision*”. ALBANO, G. L.; CALZOLARI, G.; DINI, F.; IOSSA, E.; SPAGNOLO, G.; “Procurement contracting strategies”. op. cit., p. 87.

⁶⁵ “*Since all costs are reimbursed, efficient and non-efficient suppliers will have no incentive to submit the same offer at the selection stage, thus preventing the buyer from selecting the most efficient supplier*”. ALBANO, G. L.; CALZOLARI, G.; DINI, F.; IOSSA, E.; SPAGNOLO, G.; “Procurement contracting strategies”. op. cit., p. 89.

⁶⁶ BAJARI, P.; McMILLAN, J.; TADELIS, S. “Auctions versus negotiations in procurement: an empirical analysis”. *Journal of Law, Economics and Organization*, v. 25, n. 2, 2008, pp. 372-399. Ambos os trechos estão citados à p. 379.

⁶⁷ Contudo, é importante notar que nenhum tipo de design contratual é imune à incerteza ocasionada pela possibilidade de modificações *ex post*: “(...) *the vast majority of contracts are variants of simple fixed-price*

contratos de preços fixos geram um incentivo para que os fornecedores busquem obter artificialmente alterações contratuais, maximizando seus ganhos por meio da celebração de aditivos. Para BAJARI, McMILLAN e TADELIS, “(...) *fixed-price contractors aggressively seek change orders since their overall profit will depend on revenues derived from changes. In this highly competitive environment, firms who do not aggressively seek changes will quickly be driven out of business*”⁶⁸. Este incentivo talvez contribua para explicar um dado de relevo sobre o caso brasileiro. Segundo FIUZA, mais de um terço dos contratos de obras públicas celebrados pelo governo federal e registrados no *ComprasNet* foram objeto de acréscimos contratuais, como fruto da corriqueira aplicação dos limites de 25% ou 50%, conforme o caso, previstos no artigo 65, §1º da Lei nº 8.666/1993⁶⁹. Como a contratação de obras e serviços de engenharia – salvo a utilização, ainda escassa, do RDC – segue o modelo prescrito pela Lei nº 8.666/1993, é possível inferir que o uso intensivo de contratos de preços fixos para adjudicar projetos complexos estimule o pleito frequente dos contratados por aditivos que ampliem o valor antes ajustado.

As principais diferenças entre os contratos de preço fixo e os contratos de reembolso foram resumidas por BAJARI e TADELIS na seguinte tabela:

Comparando contratos de preço fixo e contratos de reembolso

	Preço fixo	Reembolso
Riscos alocados principalmente ao	Contratado	Contratante
Incentivos para a qualidade	Menores	Maiores
Custos com fiscalização e gestão contratual	Menores	Maiores
Bom para reduzir	Custos	Tempo
Esforços de documentação	Maiores	Menores
Flexibilidade para alterações	Menor	Maior
Partes como adversários	Maior	Menor

(FP) and cost-plus (C+) contracts. (...). They both, however, share uncertainty about many important design changes that occur after the contract is signed and production begins, such as design failures, unanticipated site and environmental conditions, and changes in regulatory requirements”. BAJARI, Patrick e TADELIS, Steven. “Incentives Versus Transaction Costs: A Theory of Procurement Contracts”. *RAND Journal of Economics*, n. 32, 2001, pp. 387-407. cf. p. 388.

⁶⁸ BAJARI, P.; McMILLAN, J.; TADELIS, S. “Auctions versus negotiations in procurement: an empirical analysis”. op. cit., p. 391.

⁶⁹ São 3.360 de uma amostragem total de 9.988 contratos. FIUZA, Eduardo Pedral Sampaio. “Licitações e contratos no Brasil: a visão dos economistas”, op. cit., p. 248. Registro que o mesmo dado já foi citado como exemplo no primeiro capítulo deste estudo para exemplificar como é difícil a tarefa de se prever *ex ante*, e com exatidão, todas as características técnicas do objeto que se pretende licitar. O dado se presta à comprovação de ambas as afirmações, que são complementares.

Tabela 3. Adaptação pelo autor da tabela elaborada por BAJARI, P. e TADELIS, S., "Incentives versus Transaction Costs: A Theory of Procurement Contracts", *RAND Journal of Economics*, Vol. 32, N. 3, Autumn 2001, p. 392.

Segundo SAUSSIÉ e TIROLE, os contratos de preço fixo e de reembolso são tipos contratuais que admitem matizes e modelos intermediários⁷⁰:

There are two potential contractual models (as well as in-between models) in terms of cost-sharing: the first involves reimbursing the company for the costs incurred, accompanied by a predetermined payment, in the form of a "cost-plus" contract for non-market services and a "cost-of-service" regulation contract for market services. This first model relieves the company of its responsibility but does limit potential profit; the second involves a "fixed-price" contract in the case of non-market public projects or, for market services, a "price cap" regulation contract, in other words one that is not index-linked to the actual cost of production. This second model allocates a fixed sum to the contractor, regardless of the actual costs incurred and of the level of demand. This requires greater effort on the part of the contractor with regards to controlling costs but does leave it with a substantial profit if its costs happen to be particularly low (or demand particularly high), irrespective of the amount of effort required on its part.

Os **contratos de incentivo** ("incentive contracts") apresentam-se justamente como via interposta entre os dois tipos anteriores. Aqui, a contraprestação devida é composta por um pagamento-base, que é fixo, somado ao reembolso de parte dos custos incorridos pelo contratado⁷¹. Dessa maneira, uma modelagem eficiente de um contrato de incentivo estimula o contratado a reduzir custos e a prevenir a ocorrência de riscos, os quais podem ser compartilhados entre as partes do negócio⁷². Contudo, a gestão contratual exige maiores

⁷⁰ SAUSSIÉ, Stéphane e TIROLE, Jean. "Strengthening the Efficiency of Public Procurement". op. cit., p. 2. No mesmo sentido: "The ex-post price adjustment reflects the terms of the contract that allow the final price to vary with the observed outcomes of the project. Such contract terms depend on contract types, ranging from firm fixed price, in which the contractor has full responsibility for the performance costs and resulting profit or loss, to cost plus fixed fee, in which the contractor has minimal responsibility for the performance costs and the negotiated fee is fixed. In between are the various incentive contracts". KANG, Karam e MILLER, Robert A. "Winning by Default: Why is There So Little Competition in Government Procurement?" *Carnegie Mellon University Discussion Paper*. Disponível em: http://www.econ.ucla.edu/workshops/papers/Applied/kang_miller_procurement.pdf, Acesso em 06/06/2016, p. 8.

⁷¹ "Incentive contracts typically include a target cost, a target profit and a profit adjustment formula which ensures that (i) actual cost or quality that meets the target will result in the target profit or fee; (ii) actual cost (quality) that exceeds (is below) the target will result in downward adjustment of target profit or fee; and (iii) actual cost (quality) that is below (exceeds) the target will result in upward adjustment of target profit or fee". ALBANO, G. L.; CALZOLARI, G.; DINI, F.; IOSSA, E.; SPAGNOLO, G.; "Procurement contracting strategies". op. cit., p. 93.

⁷² "Incentive contracts typically include a target cost, a target profit and a profit adjustment formula which ensures that actual cost or quality that meets the target will result in the target profit or fee; actual cost (quality) that exceeds (is below) the target will result in downward adjustment of target profit or fee; and actual cost

esforços de gerenciamento e auditoria de custos, os quais nem sempre são simples de se mensurar. Os contratos de incentivo podem ser representados matematicamente pela função linear “ $T = P + b.C$ ”, em que “ T ” é corresponde à transferência total devida ao contratado, “ P ” diz respeito a um pagamento fixo ou pagamento-base, e “ C ” equivale aos eventuais custos verificáveis incorridos pelo contratado. A variável “ b ” corresponde à fração de custo suportada pelo contratante, um “*cost-sharing parameter*” que divide os ônus entre as partes e que pode assumir valores entre zero e um. Quando $b=0$, o contratado assume integralmente o risco, aproximando-se do contrato de preço fixo (“ $T=P$ ”). Se $b=1$, quem arca com todo o risco é o contratante, aproximando o ajuste do contrato de reembolso (“ $T=b.C$ ”). Muito embora submeter um contrato de incentivo à competição seja tarefa altamente complexa, FIUZA assevera que os “(...) *contratos de incentivos podem ser leiloados, de modo que os licitantes deem lances para cada parâmetro P e b* ”⁷³, tal como já ocorre no Brasil em algumas PPPs.

Existe um *trade off* entre riscos e incentivos que deve ser levado em conta na modelagem do contrato: quanto mais intensamente uma parte estiver exposta a riscos, maiores serão os seus incentivos para prevenir sua ocorrência⁷⁴. Por outro lado, quando um risco é assumido pela parte contrária, a primeira não terá incentivos para reduzi-lo. O contratante e o contratado podem ter diferentes comportamentos em relação ao risco, variando desde a aversão até a completa indiferença, podendo ou não adotar medidas concretas para eliminá-lo ou reduzi-lo⁷⁵. Nessa perspectiva, os contratos de preços fixos – em que os riscos são alocados ao contratado – podem ser modelos eficientes em um mercado em que os fornecedores sejam pouco sensíveis ou indiferentes ao risco, ao passo que contratos de reembolso (“*cost-plus*”) e de incentivo são mais indicados quando a sensibilidade dos fornecedores ao risco for maior. É errôneo pensar que alocar todos os riscos ao contratado seja uma medida eficaz para proteger a Administração enquanto contratante.

(quality) that is below (exceeds) the target will result in upward adjustment of target profit or fee”. ALBANO, G. L.; CALZOLARI, G.; DINI, F.; IOSSA, E.; SPAGNOLO, G.; “Procurement contracting strategies”. op. cit., p. 93.

⁷³ FIUZA, Eduardo Pedral Sampaio. “Licitações e contratos no Brasil: a visão dos economistas”. op. cit., p. 254.

⁷⁴ O chamado “*procurement risk*” engloba todos os eventos que possam impactar na execução do contrato. “*Procurement risk refers to those events that may affect the realization of the contractual performance, and whose occurrence cannot be accurately predicted and influenced by contracting parties*”. ALBANO, G. L.; CALZOLARI, G.; DINI, F.; IOSSA, E.; SPAGNOLO, G.; “Procurement contracting strategies”. op. cit., pp. 83-84.

⁷⁵ ALBANO, G. L.; CALZOLARI, G.; DINI, F.; IOSSA, E.; SPAGNOLO, G.; “Procurement contracting strategies”. op. cit., pp. 82-85.

Isso porque a incerteza é monetizada e incluída nos preços pagos pelo Poder Público, reduzindo a eficiência da contratação.

BAJARI e TADELIS tem razão quando afirmam que é possível explorar o potencial do *design* contratual para combinar o ideal de redução de custos e contenção de riscos com a flexibilidade para lidar com alterações contratuais *ex post*⁷⁶. Por esse motivo é que defendemos novamente que o modelo contratual mais adequado não pode ser escolhido *a priori* pela legislação, mas sim à luz do objeto a ser licitado e sempre diante das peculiaridades de cada caso concreto. Para Nuno Cunha RODRIGUES, “(...) desde que sejam respeitadas as normas básicas da contratação pública, não repugna que seja dada alguma discricionariedade ao adjudicante na escolha do tipo contratual, especialmente tendo em vista os benefícios que daí podem advir em termos de eficiência dos processos de contratação *em si*”⁷⁷, sendo interessante destacar que essa possibilidade de escolha existe – ainda que de forma limitada em razão do valor – no Código de Contratos Públicos português e nas Diretivas de contratações públicas vigentes na União Europeia.

3.1.5. Qualidade contratável e não contratável. “Implicit contracting” e incentivos à qualidade.

A qualidade dos bens e serviços contratados pelo Poder Público nem sempre pode ser medida a partir de algum critério objetivo. Segundo FIUZA, na literatura de *public procurement* o termo “verificável” diz respeito à possibilidade de que determinada circunstância relevante para o contrato seja documentada e comprovada perante a parte contrária ou mesmo para terceiros como, por exemplo, órgãos de controle. Quando a qualidade é verificável e, portanto, mensurável, bônus e penalidades podem ser previstos no contrato e aplicados sempre que a performance da contratada destoe dos indicadores, metas e *standards* pré-definidos em um Acordo de Nível de Serviços, por exemplo. É o que se chama de “qualidade contratável”.

⁷⁶ “An important aspect of contractual arrangements is their ability to accommodate adaptation, thus creating a trade off between transaction costs that are due to changes and incentives to reduce costs. On one hand, FP contracts provide the strongest incentives for cost reduction. On the other hand, if the design is left incomplete, then the cost of renegotiating FP contracts is high. When C+ contracts are used the cost-reducing incentives disappear, but the process of adaptation is far smoother because the reimbursement process is simple, well defined, and leaves little room for haggling”. BAJARI, Patrick e TADELIS, Steven. “Incentives Versus Transaction Costs: A Theory of Procurement Contracts”. op. cit., p. 404.

⁷⁷ RODRIGUES, Nuno Cunha. *A Contratação Pública como Instrumento de Política Económica*. op. cit., p. 88.

Entretanto, algumas dimensões da qualidade de bens e serviços não são “verificáveis”, muito embora possam ser percebidas empiricamente pelo contratante. Segundo ALBANO, CALZOLARI, DINI, IOSSA e SPAGNOLO, a “qualidade não contratável”, ou seja, aquela que não pode ser verificada, não pode ser exigida como obrigação formal da contratada, uma vez que “(...) *quality is observable but unverifiable and therefore non-contractible*”⁷⁸. Como a qualidade não contratável não pode ser mensurada – e, por isso, não conta com metas, indicadores de desempenho nem com o *enforcement* de multas e penalidades contratuais – sua melhoria depende da construção de um sistema de incentivos que desestimulem um comportamento *rent-seeking* por parte do contratado, bem como de alguma dose de discricionariedade que permita ao contratante “(...) *penalize observable opportunism and/or reward observable NCQ*”⁷⁹. Os autores denominam de “*implicit contracting*” os diversos incentivos que podem ser usados pela Administração para estimular o contratado a oferecer qualidade não contratável.

Esses incentivos podem ser agrupados em três categorias. Os **incentivos pré-contratuais** consistem basicamente em técnicas para limitar a competição e restringir o uso do tipo “menor preço” como critério de julgamento, a fim de assegurar níveis mínimos de qualidade ao objeto contratado. A competitividade exerce uma pressão negativa sobre a qualidade já que, como ressalta FIUZA, “(...) *uma concorrência mais acirrada faz com que os licitantes cortem qualidade para reduzir custos*”⁸⁰. Igualmente, para ALBANO, CALZOLARI, DINI, IOSSA e SPAGNOLO, “(...) *the price-squeezing effect of competition generally increases the likelihood of selecting low-quality suppliers (which face lower costs and therefore offer lower prices) and may induce contractors to further reduce non-contractible and costly quality at the execution stage*”⁸¹. Os autores citam como exemplos algumas contratações no setor de defesa, onde a complexidade do objeto, a alta tecnologia envolvida e preocupações com segurança nacional podem justificar a realização de uma fase de pré-seleção (“*pre-selection phase*”) antes da licitação, limitando o número de licitantes aptos a participar da fase competitiva e, portanto, da adjudicação do contrato. Nesse cenário,

⁷⁸ ALBANO, G. L.; CALZOLARI, G.; DINI, F.; IOSSA, E.; SPAGNOLO, G.; “Procurement contracting strategies”. op. cit., p. 101.

⁷⁹A sigla “NCQ” significa “*non-contractible quality*”, i.e., qualidade não contratável. ALBANO, G. L.; CALZOLARI, G.; DINI, F.; IOSSA, E.; SPAGNOLO, G.; “Procurement contracting strategies”. op. cit., p. 101.

⁸⁰ FIUZA, Eduardo Pedral Sampaio. “Licitações e contratos no Brasil: a visão dos economistas”. op. cit., p. 255.

⁸¹ ALBANO, G. L.; CALZOLARI, G.; DINI, F.; IOSSA, E.; SPAGNOLO, G.; “Procurement contracting strategies”. op. cit., p. 104.

um eventual aumento nos preços seria, em tese, compensado pela melhoria na qualidade não contratável⁸².

Outro exemplo de incentivo pré-contratual citado por FIUZA seria a exigência de apresentação de certificações de qualidade pelos fornecedores como requisito de qualificação técnica para participar de licitações promovidas pelo governo. Para o autor, a solicitação de “(...) *níveis gradativamente crescentes de certificação de qualidade do processo, incluindo controle de qualidade, segurança no trabalho, saúde ocupacional, respeito a direitos humanos, manejo ambiental etc. (ISO, ISO/TS, OHSAS, SA, BS, SASSMAQ etc.) de seus fornecedores certamente traria um grande impulso à qualidade dos produtos fornecidos à Administração Pública*”⁸³. Todavia, e não obstante essa prática seja admitida em alguns países, a jurisprudência do Tribunal de Contas da União já se posicionou contrariamente à inclusão dessas certificações como requisitos de habilitação em certames licitatórios, admitindo-os tão somente para fins de pontuação de propostas técnicas⁸⁴.

Os **incentivos contratuais** para o oferecimento de qualidade não contratável congregam uma ampla gama de instrumentos, tais como a possibilidade de substituição de um fornecedor por outro – seja pela não prorrogação do ajuste em vigor⁸⁵, seja pela ameaça de rescisão unilateral⁸⁶ – ou mesmo a opção de manter simultaneamente mais de um fornecedor para o mesmo objeto (“*dual sourcing*” ou “*multisourcing*”, também conhecido

⁸² ALBANO, G. L.; CALZOLARI, G.; DINI, F.; IOSSA, E.; SPAGNOLO, G.; “Procurement contracting strategies”. op. cit., pp. 104-106.

⁸³ FIUZA, Eduardo Pedral Sampaio. “Licitações e contratos no Brasil: a visão dos economistas”. op. cit., p. 260.

⁸⁴ Veja-se, por todos, o posicionamento do Plenário do Tribunal de Contas da União no Acórdão TCU nº 1094/2004: “(...) *de fato, este Tribunal não tem admitido a certificação ISO e outras semelhantes sejam empregadas como exigência para habilitação ou como critério de desclassificação de propostas, podendo-se citar, além da Decisão 20/1998 – Plenário, outros precedentes como o Acórdão 584/2004 – Plenário. Todavia, é necessário que se diga que o TCU tem aceitado a utilização desse tipo de certificado não como exigência de habilitação, mas como critério de pontuação desde que vinculado tão-somente à apresentação de certificado válido, com atribuição de pontos ao documento em si, de forma global pelos serviços de informática prestados, vedada a pontuação de atividades específicas*”.

⁸⁵ A estipulação de um prazo de duração variável para o contrato (vigência até “x” meses ou até atingir determinado patamar) pode servir como incentivo contratual de relevo, como ilustra o caso do Viaduto Millau – a ponte estaiada mais alta do mundo – citado como exemplo por Saussier e Tirole: “*Such is the case of the Millau viaduct contract, for example, which was signed for a duration of 78 years but offers the option, valid from 2044 onwards, that the contract be terminated early, once the actual cumulative turnover generated exceeds three hundred and seventy-five million euros. The duration of the contract is therefore adapted to reflect the levels of traffic generated, meaning that the demand-side risk is no longer born solely by the contractor*”. SAUSSIÉ, Stéphane e TIROLE, Jean. “Strengthening the Efficiency of Public Procurement”. op. cit., p. 4.

⁸⁶ Vale ressaltar, todavia, que os custos dessa opção de substituir o fornecedor por outro – mormente em setores sensíveis, cujo fornecimento o Poder Público não pode ficar sem – possa tornar inviável a ameaça de rescisão unilateral e, assim, aumente o grau de incerteza sem contribuir para o aumento de qualidade não contratável. É o caso de muitas contratações de bens e serviços, celebradas pelo Estado, com caráter instrumental para a prestação de um serviço público ou a efetivação de uma política pública.

como “*split-award procurement*”). Segundo ALBANO, CALZOLARI, DINI, IOSSA e SPAGNOLO, o *multisourcing* é usado pelo Departamento de Defesa (“DoD”) dos Estados Unidos e também por empresas privadas, como a Toyota Motors, e mostra-se um incentivo bastante eficaz porque incorpora uma ideia de competição *intercontratual* entre os vários fornecedores. Com efeito, o contratante sempre terá a opção de escolher de qual fornecedor deseja solicitar o objeto, reduzindo o potencial de que os contratados ajam com oportunismo e incentivando-os a aumentar a oferta de qualidade não contratável⁸⁷. Não obstante os seus benefícios, a adoção do *multisourcing* também apresenta inconvenientes. Entre eles, a redução das economias de escala, a multiplicação dos custos relacionados à gestão, ao monitoramento e à fiscalização de cada contrato, e, também, a maior incerteza dos fornecedores acerca das quantidades que serão efetivamente fornecidas ao contratante, o que pode se traduzir em aumento de preços.

Por fim, a última categoria trata de **incentivos pós-contratuais**, fundados sobre a “(...) *promessa ou a maior probabilidade de renovação de contrato ou de favorecimento à empresa com bom desempenho em próximas licitações*”⁸⁸. Para ALBANO, CALZOLARI, DINI, IOSSA e SPAGNOLO, poder condicionar a renovação ou a prorrogação do contrato à oferta de altos níveis de qualidade seria um incentivo pós-contratual importante para o fornecedor. Isso porque existe uma relação próxima entre qualidade e duração do contrato. Muito embora a pactuação de ajustes breves, com vigência reduzida, seja o mecanismo ideal para aferir qualidade contratável e não contratável (“período de experiência” ou “*try-out period*”), a celebração de contratos mais longos, mormente quando associada a uma fiscalização deficiente, pode favorecer a acomodação do contratado em níveis mínimos de qualidade – o suficiente apenas para evitar o seu sancionamento pela Administração e a rescisão do contrato⁸⁹.

⁸⁷ “*Dual sourcing means having the supply contract split between two contractors, who then supply simultaneously (substitute) products. Even if it is not exactly seen as second sourcing, the presence of alternative suppliers reduces the potential for contractors opportunism because the buyer is free to choose whether she can have both of them active or which part of procurement should be allocated to whom, depending on the NCQ (non contractable quality) level each of them provides*”. ALBANO, G. L.; CALZOLARI, G.; DINI, F.; IOSSA, E.; SPAGNOLO, G.; “Procurement contracting strategies”. op. cit., p. 109.

⁸⁸ FIUZA, Eduardo Pedral Sampaio. “Licitações e contratos no Brasil: a visão dos economistas”. op. cit., p. 256.

⁸⁹ ALBANO, G. L.; CALZOLARI, G.; DINI, F.; IOSSA, E.; SPAGNOLO, G.; “Procurement contracting strategies”. op. cit., pp. 111-117.

A respeito, FIUZA registra um interesse crescente na utilização de dados referentes ao **desempenho passado dos fornecedores** em contratos firmados com o Poder Público⁹⁰. O uso dessas informações em futuros certames licitatórios, ou mesmo a formação de um “cadastro positivo” à disposição do mercado, pode funcionar como um poderoso incentivo pós-contratual. Atualmente, a performance do contratado e a qualidade dos serviços por ele prestados à Administração Pública fazem parte da avaliação do licitante nos Estados Unidos, na Austrália e também nas *guidelines* do Banco Mundial⁹¹. Na União Europeia, o artigo 57, 4, "g" da vigente Diretiva 2014/24/EU permite a exclusão de licitante que não tenha obtido boa performance na execução de um contrato público no passado⁹². Contudo, para que tal dispositivo possa efetivamente ser aplicado, SAUSSIÉ e TIROLE sugerem a criação de um sistema centralizado e integrado pelo qual os órgãos e entidades adjudicantes no âmbito europeu possam concentrar as informações sobre o desempenho pretérito de seus respectivos contratados – a existência de sistemas parciais, a nível local e regional, torna a informação dispersa e difícil de ser obtida e, conseqüentemente, aplicada⁹³.

Lucio PICCI igualmente reconhece que a reputação passada dos fornecedores pode ser um importante incentivo pós-contratual, sobretudo quando usada como critério de seleção em licitações⁹⁴. Segundo PICCI, a reputação dos fornecedores passou a ser valorizada nos Estados Unidos após a realização de uma profunda reforma na década de 1990, capitaneada pelo então vice-presidente Al Gore, chamada “*Reinventing Government*”. No setor de contratações públicas, um dos principais expoentes da reforma foi Steven Kelman, professor da *Kennedy School of Government* que ocupou de 1993 a 1997 a administração do *Office of Federal Procurement Policy* e, por isso, acompanhou a edição do *Federal*

⁹⁰ FIUZA, Eduardo Pedral Sampaio. “Licitações e contratos no Brasil: a visão dos economistas”. op. cit., p. 254.

⁹¹ Na UE, o tema já era abordado desde a Diretiva 2004/18/CE, no art. 48, para fins de comprovação de capacidade técnica e profissional do licitante. Nos Estados Unidos, a *past performance* está prevista nas Federal Acquisition Rules, nas Parts 9.104-1,“(d)”, 15.608 e 42.1501 da FAR.

⁹² Artigo 57, 4, "g" da Diretiva 2014/24/EU: “4. *As autoridades adjudicantes podem excluir ou podem ser solicitadas pelos Estados-Membros a excluir um operador económico da participação num procedimento de contratação, numa das seguintes situações: (...) g) Se o operador económico tiver acusado deficiências significativas ou persistentes na execução de um requisito essencial no âmbito de um contrato público anterior, um anterior contrato com uma autoridade adjudicante ou um anterior contrato de concessão, tendo tal facto conduzido à rescisão antecipada desse anterior contrato, à condenação por danos ou a outras sanções comparáveis*”.

⁹³ SAUSSIÉ, Stéphane e TIROLE, Jean. “Strengthening the Efficiency of Public Procurement”. op. cit. p. 4

⁹⁴ “*La reputazione agisce infatti per le imprese da potente pungolo a fornire prodotti di alta qualità, e la costruzione di una buona reputazione è il obiettivo che porta le imprese a migliorarsi nel tempo*”. PICCI, Lucio. “Dal modello CONSIP a un sistema di procurement nazionale”. In: FIORENTINO, Luigi (org.). *Lo stato compratore. L'acquisto di beni e servizi nelle pubbliche amministrazioni*. Bologna: Il Mulino, 2007, pp. 285-306, cf. p. 287.

Acquisition Streamlining Act (“FASA”), em 1994, e do *Federal Acquisition Reform Act* (“FARA”), em 1995. Em consequência, a *Federal Acquisition Regulation* (“FAR”) passou a tratar do tema, incluindo a *past performance information* entre os critérios de seleção de fornecedores e determinando que os Departamentos e Agências do governo federal dos EUA registrem as avaliações de desempenho dos contratados de modo a poder empregá-las em seleções futuras⁹⁵. Dessa maneira, “(...) *le imprese dedicano grande attenzione alle valutazioni che ricevono dall'amministrazione, perché percepiscono la loro rilevanza nel processo di selezione dei fornitori*”, afirma PICCI⁹⁶.

No Brasil, apesar de algum interesse recente sobre o tema, ainda não existe um canal consolidado de armazenamento dessas informações em larga escala. Afinal, o cadastro previsto nos artigos 34 a 37 da Lei nº 8.666/1993 limita-se a reunir documentos de habilitação, não coletando avaliações sobre a qualidade dos bens e serviços contratados pelo Poder Público. Segundo FIUZA, tal cadastro “(...) *deveria conter, no seu histórico do desempenho da empresa no atendimento à Administração Pública, pontuações para sua tempestividade de entrega, índice de rejeição de produtos, tempestividade em solução de problemas e assistência técnica, e assim por diante*”⁹⁷. Nesse mesmo sentido, Têmis LIMBERGER, Anderson Vichinkeski TEIXEIRA e Mateus Barbosa Gomes ABREU propõem a criação de um cadastro positivo de fornecedores que, por meio de padrões e critérios objetivos, premiasse os contratados com melhores padrões de qualidade, criando um *ranking* para os melhores fornecedores da Administração Pública⁹⁸.

Todavia, o emprego de informações sobre a *past performance* das firmas contratadas pelo setor público ainda suscita polêmica. Gustavo PIGA, defensor da medida, rebate duas críticas de relevo ao uso desses dados. A primeira crítica alega que a “reputação” é eminentemente subjetiva, não podendo ser mensurada de forma objetiva e imparcial. De fato, ALBANO, CALZOLARI, DINI, IOSSA e SPAGNOLO alertam que a coleta dessas informações jamais estaria imune a eventuais conflitos de interesse (mormente quando quem avalia é o

⁹⁵ As avaliações não são de acesso irrestrito, e a contratada tem a oportunidade de comentar o relato do administrador, o que muda o paradigma de uma relação conflituosa para um “*rapporto tra partner*”. PICCI, Lucio. “Dal modello CONSIP a un sistema di *procurement nazionale*”. op. cit., p. 303.

⁹⁶ PICCI, Lucio. “Dal modello CONSIP a un sistema di *procurement nazionale*”. op. cit., p. 304.

⁹⁷ FIUZA, Eduardo Pedral Sampaio. “Licitações e contratos no Brasil: a visão dos economistas”. op. cit., p. 254.

⁹⁸ ABREU, Mateus Barbosa Gomes; LIMBERGER, Têmis; TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. “Contratos administrativos e gestão pública – Proposições a partir de estudos de casos na Administração Pública federal indireta”. *Revista de Direito Administrativo & Constitucional*. Belo Horizonte, ano 14, n. 58, out./dez. 2014, pp. 169-170.

responsável, direta ou indiretamente, pelo pagamento ao contratado) nem à captura do avaliador pelo avaliado, inclusive por meio de corrupção⁹⁹. Este problema estaria solucionado, segundo PIGA, se a reputação do fornecedor fosse mensurada com base em critérios objetivos e de forma difusa, com monitoramento ao longo de toda a gestão contratual. Para o autor, “(...) *an objective index of reputation can be built over several items of performance during the life of the contract in which the procurement official has an interest; such an index can be monitored objectively by the latter during the life of the contracts*”¹⁰⁰. Este índice poderia ser aplicado em alguma regra de *scoring* ao lado de critérios como “técnica” e “preço” para permitir, por exemplo, que uma firma com melhor reputação vencesse um certame licitatório mesmo apresentando oferta superior ao menor preço. Além disso, o risco de “captura” do avaliador pode ser reduzido por meio de mecanismos de avaliação difusa pelos usuários finais – inclusive por meio de ferramentas de TI, como aplicativos e um portal *web* – e pela ampla publicidade dos critérios de seleção adotados pelo Poder Público¹⁰¹. Nessa linha, Lucio PICCI propõe a criação de um formulário informatizado para a coleta de informações e estatísticas em contratos de obras públicas que, de forma automática, tornasse mais célere e objetivo o monitoramento pelo contratante e desestimulasse a adoção de comportamentos *rent-seeking* por parte dos contratados¹⁰².

A segunda crítica baseia-se na alegação de que o emprego de dados referentes ao desempenho passado dos fornecedores em licitações futuras beneficiaria os atuais contratados (“*incumbents*”) em prejuízo das firmas que queiram ingressar no mercado público (“*entrants*”), funcionando como barreira à entrada e reforçando o chamado efeito incumbente¹⁰³. PIGA contra-argumenta afirmando que os novos fornecedores não seriam penalizados se, no cômputo deste índice objetivo de reputação, recebessem uma nota equivalente à “reputação média” entre as firmas participantes ou mesmo já comesçassem com

⁹⁹ ALBANO, G. L.; CALZOLARI, G.; DINI, F.; IOSSA, E.; SPAGNOLO, G.; “Procurement contracting strategies”. op. cit., pp. 102-104.

¹⁰⁰ PIGA, Gustavo. “A fighting chance against corruption in public procurement?”. op. cit., p. 167.

¹⁰¹ PIGA, Gustavo. “A fighting chance against corruption in public procurement?”. op. cit., pp. 166-169.

¹⁰² A gestão das *past performance information* nos EUA foi objeto da criação de diversos sistemas informatizados, tais como o *Contractor Performance System*, do National Institute of Health, e o *Past Performance Information Retrieval System* (Ppirs), compartilhado pela National Aeronautics and Space Administration (NASA) e pelo Department of Defense (DoD). PICCI, Lucio. “Reputation-based governance of public works”. *Rivista di Politica Economica*, vol. 96, issue 1, jan/fev. 2006, pp. 161-183.

¹⁰³ Os atuais contratados, chamados de *incumbents*, reúnem um conhecimento específico que os coloca, caso haja uma nova licitação, em posição de vantagem em relação a potenciais novos prestadores, chamados de *entrants*. Essa assimetria informacional gera uma distorção que pode ser corrigida, por exemplo, com a publicação de especificações técnicas mais abrangentes e detalhadas sobre o objeto licitado, nivelando os fornecedores nesse aspecto.

“reputação máxima”, perdendo pontos conforme apresentassem resultados ruins ao longo da execução contratual¹⁰⁴⁻¹⁰⁵. Ademais, um estudo realizado por Giancarlo SPAGNOLO na Itália demonstra que o uso de leilões abertos reduz a probabilidade de que o contrato seja adjudicado ao antigo vencedor em 83% – o que pode minorar, e muito, o efeito incumbente¹⁰⁶. Dessa maneira, “(...) *basic rules of scoring based on reputation can prevent favouritism and the creation of barriers to entry for new arrivals with no prior experience with the public contracting party*”¹⁰⁷. Portanto, é falsa a alegação de que o emprego de dados sobre a reputação pretérita dos fornecedores invariavelmente funcionaria como barreira à entrada de novos *players* no mercado público.

O uso de informações sobre o desempenho passado dos contratados é comum no *private procurement*, no qual, à diferença do *public procurement*, os compradores possuem discricionariedade suficiente para escolher ou rejeitar seus fornecedores com base apenas no histórico do seu desempenho. Para SPAGNOLO, existe uma relação diretamente proporcional entre o grau de discricionariedade conferido ao contratante e a oferta de qualidade não contratável pelo contratado¹⁰⁸. No setor privado, é comum que essa discricionariedade se reflita no pagamento de um bônus ou de adicional pelo contratante como forma de recompensar o bom desempenho na execução da avença. No setor público, como a licitação é em regra obrigatória e esses pagamentos adicionais não são permitidos pela legislação¹⁰⁹, a discricionariedade normalmente se manifesta por meio de algum grau de restrição da competitividade, seja mediante a adoção de licitações restritas, seja pela exclusão *ex ante* de

¹⁰⁴ PIGA, Gustavo. “A fighting chance against corruption in public procurement?” op. cit., pp. 166-169.

¹⁰⁵ Segundo Giancarlo Spagnolo, esse sistema de reputação máxima é comum no setor privado: “*Private corporations often have vendor rating systems in which suppliers start off with the same maximal reputational capital – a given number of points – and then lose points when performing poorly and may recover them by performing well, but keeping below or at best maintaining the initial level. In these quality assurance systems incumbents that already served the buyer may have lost some of the initial reputational capital while any new entrant would start off with the full initial reputational capital*” SPAGNOLO, Giancarlo. “Reputation, Competition and Entry in Procurement”, *International Journal of Industrial Organization*, vol. 30, nº 3, 2012, pp. 291-296, p. 293.

¹⁰⁶ “*We find that relative to restricted auctions, the use of open auctions reduces the probability (frequency) of awarding the contract to a previous winner by 83% (one interaction). It appears therefore that open auctions considerably limit long-term relationships between contracting authority and firms, whether aimed at improving quality or at sustaining corruption*”. SPAGNOLO, Giancarlo. “Reputation, Competition and Entry in Procurement”. op. cit., p. 294

¹⁰⁷ SAUSSIÉ, Stéphane e TIROLE, Jean. “Strengthening the Efficiency of Public Procurement”. op. cit., p. 8.

¹⁰⁸ SPAGNOLO, Giancarlo. “Reputation, Competition and Entry in Procurement”. op. cit., pp. 291-296.

¹⁰⁹ Tanto o RDC quanto a recente Lei de Responsabilidade das Estatais admitem o estabelecimento de remuneração variável vinculada ao desempenho do contratado, mas sempre com base em metas, critérios e padrões pré-estabelecidos no edital – mormente quando estiver em jogo a qualidade não contratável, que não pode ser mensurada nem verificada objetivamente. Isso significa que o gestor público não pode, ao seu arbítrio, conceder um bônus ao contratado, à diferença do que ocorre no setor privado.

fornecedores que ostentem pífio desempenho em contratos vigentes e findos. Entretanto, e embora possa favorecer a oferta de qualidade não contratável, a combinação de discricionariedade com um cenário de competição restrita pode dar azo a “concursos de beleza”¹¹⁰ ou mesmo abrir caminho para práticas de corrupção, motivo pelo qual deve ser moderada com reservas pelo Estado-comprador.

3.1.6. Restringir a concorrência pode ser benéfico? A complexidade do objeto e a escolha entre leilões e negociações

Segundo Pedro Costa GONÇALVES, é intuitivo supor que a “*mise en concurrence*” – ou seja, submeter a adjudicação de um contrato à prévia competição – seja um pressuposto indispensável para a economicidade das contratações públicas¹¹¹. Tanto que a legislação brasileira está assentada sob a premissa de que a concorrência instaurada no seio de uma licitação necessariamente conduz a Administração à escolha da proposta mais vantajosa. Entretanto, como já vimos, essa ilação nem sempre é verdadeira porque os bens e serviços tomados pelo Poder Público não são oferecidos em condições de concorrência perfeita¹¹². Como se sabe, a concentração econômica é tida como uma falha de mercado porque o modelo de concorrência perfeita parte da pressuposição de que o mercado é atomizado, ou seja, composto por um número elevado de compradores e vendedores que partilham condições homogêneas e tem acesso pleno às informações relevantes¹¹³. Por isso, a heterogeneidade dos fornecedores – dada, por exemplo, por fatores variados como o acesso

¹¹⁰ “Concurso de beleza” (“*beauty contest*”) é a denominação corrente na literatura de *public procurement* para denominar a realização de julgamentos subjetivos, lesando a impessoalidade e a isonomia, no âmbito de certames licitatórios e contratações diretas. Neste caso, a qualidade perde espaço para o *lobbying* dos fornecedores, em nítido exemplo de captura. A existência de concursos de beleza é um dos principais argumentos utilizados por aqueles que são contra a ampliação da discricionariedade nas contratações públicas. Para eles, a preocupação com a corrupção justifica a perda da flexibilidade de se decidir qual a melhor forma de contratar no caso concreto. FIUZA, Eduardo Pedral Sampaio. “Licitações e contratos no Brasil: a visão dos economistas”. op. cit., p. 246.

¹¹¹ GONÇALVES, Pedro Costa. “Integração de preocupações concorrenciais nas regras da contratação pública”. *Revista de Contratos Públicos - RCP*, Belo Horizonte, ano 1, n. 1, p. 263, mar./ago., 2012.

¹¹² “*The contracts upon which the public procurement system is based are subject to certain asymmetries of information (in that the company is more familiar with its costs and the economic environment than the public party) and contractual incompleteness (since it is impossible to foresee every possible event that might arise during the execution of the contract). This being the case, the economic analysis recommends that competitive forces be used wherever possible when it comes to selecting partners and that incentive mechanisms be put in place to establish a real commitment of the parties concerned*”. SAUSSIER, Stéphane e TIROLE, Jean. “Strengthening the Efficiency of Public Procurement”. op. cit., p. 1.

¹¹³ Na concorrência perfeita não há poder de mercado porque nenhuma firma individualmente poderá produzir, por si mesma, algum impacto positivo ou negativo nos preços. NUSDEO, Fabio. *Curso de Economia. Introdução ao Direito Econômico*. 5ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. pp. 264-277.

ao mercado de crédito, poder de mercado ou ainda assimetria informacional acerca do objeto – e um mercado estruturalmente mais concentrado podem tornar falsa a premissa de que a maior competitividade acarreta, necessariamente, uma contratação mais vantajosa para o Estado-comprador.

Em estudo recente, Karam KANG e Robert A. MILLER mostram que a ampla competição preconizada (ao menos na teoria) nos procedimentos licitatórios nem sempre se confirma na prática. Segundo os autores, “*winning by default*” – algo equivalente, em português, a “ganhar por W.O.” – não é algo incomum nas contratações públicas dos EUA, tendo em vista que parte significativa dos certames licitatórios realizados naquele país apresenta número bastante reduzido de participantes. “*Even when a contract was open to full competition, attracting only one bidder for the contract was not uncommon*”, afirmam KANG e MILLER¹¹⁴. De acordo com o levantamento realizado pelos autores, 43% dos contratos analisados entre 2004 e 2012 foram adjudicados sem a prévia instauração de um procedimento competitivo ou, então, sob ambiente de competição restrita – o que mostra como nos EUA de fato, a concorrência é bem menos intensa do que se imagina.

Eshien CHONG, Carine STAROPOLI e Anne YVRANDE-BILLON encontraram na França resultados equivalentes àqueles que KANG e MILLER obtiveram nos EUA. Para tanto, as autoras realizaram um estudo empírico analisando uma amostra de 76.188 contratos de obras públicas adjudicados pelo governo francês entre 2005 e 2007¹¹⁵. Como se nota no gráfico abaixo, em 40% dos procedimentos examinados as entidades adjudicantes receberam duas ou três propostas, ao passo que em 25% dos casos foram apresentadas apenas quatro ou cinco. “*Cases with more than 11 propositions represents 12% of the cases, while cases where buyers received only one proposition – which by definition reflects a lack of competition – represents 15%*”, segundo CHONG, STAROPOLI e YVRANDE-BILLON¹¹⁶.

¹¹⁴ KANG, Karam e MILLER, Robert A. “Winning by Default: Why is There So Little Competition in Government Procurement?”. op. cit., p. 1.

¹¹⁵ CHONG, Eshien; STAROPOLI, Carine; YVRANDE-BILLON, Anne. “Auction versus Negotiation in Public Procurement: Looking for Empirical Evidence”. In: BROUSSEAU, E.; GLACHANT, J-M. *The Manufacturing Markets, Legal, Political and Economic Dynamics*, Cambridge (UK): Cambridge University Press, 2014, pp. 120-142. Versão eletrônica disponível em: <https://hal.archives-ouvertes.fr/hal-00512813>. Acesso em 22/08/2016.

¹¹⁶ CHONG, Eshien; STAROPOLI, Carine; YVRANDE-BILLON, Anne. “Auction versus Negotiation in Public Procurement: Looking for Empirical Evidence”. op.cit., p. 10.

Propostas recebidas por contrato na França entre 2005 e 2007

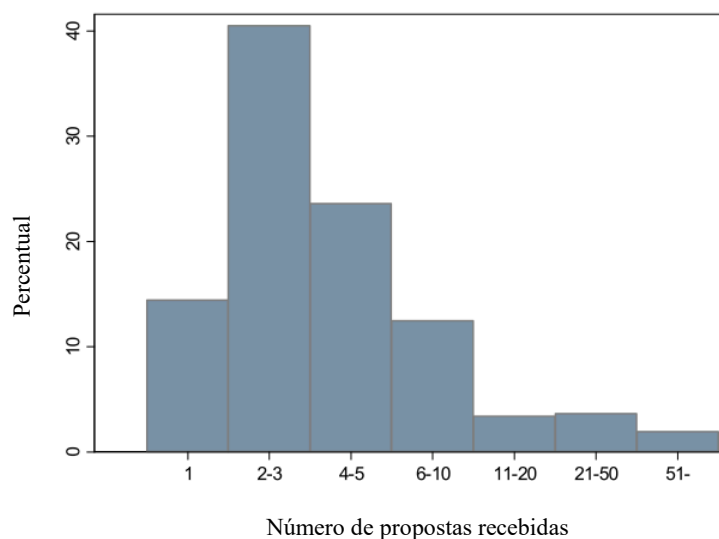


Gráfico 1. Elaborada de CHONG, Eshien; STAROPOLI, Carine; YVRANDE-BILLON, Anne. “Auction versus Negotiation in Public Procurement: Looking for Empirical Evidence”. In: BROUSSEAU, E.; GLACHANT, J-M. *The Manufacturing Markets, Legal, Political and Economic Dynamics*, Cambridge (UK): Cambridge University Press, 2014.

De acordo com KANG e MILLER, a legislação federal dos EUA assegura aos gestores de compras discricionariedade suficiente para definir o grau de competição a que o procedimento licitatório estará sujeito em cada caso concreto. Nessa linha, a subparte 6.202 da FAR apresenta uma lista de circunstâncias em que se permite impedir a participação de um ou mais fornecedores em um procedimento competitivo¹¹⁷. E, a seu turno, a subparte 6.302 da FAR elenca os casos em que a contratação direta, sem “*full and open competition*”, é obrigatória ou facultada à Administração Pública, em rol análogo àquele previsto nos artigos 24 e 25 da Lei nº 8.666/1993 para as hipóteses de dispensa e inexigibilidade de licitação admitidas no Brasil¹¹⁸.

¹¹⁷ Subparte 6.202 das Federal Acquisition Rules: “(a) Agencies may exclude a particular source from a contract action in order to establish or maintain an alternative source or sources for the supplies or services being acquired if the agency head determines that to do so would – (1) Increase or maintain competition and likely result in reduced overall costs for the acquisition, or for any anticipated acquisition; (2) Be in the interest of national defense in having a facility (or a producer, manufacturer, or other supplier) available for furnishing the supplies or services in case of a national emergency or industrial mobilization; (3) Be in the interest of national defense in establishing or maintaining an essential engineering, research, or development capability to be provided by an educational or other non-profit institution or a federally funded research and development center; (4) Ensure the continuous availability of a reliable source of supplies or services; (5) Satisfy projected needs based on a history of high demand; or (6) Satisfy a critical need for medical, safety, or emergency supplies”.

¹¹⁸ Na seção 6.302 das Federal Acquisition Rules, as “*Circumstances permitting other than full and open competition*”, que equivale às nossas hipóteses de dispensa e inexigibilidade de licitação, incluem os seguintes casos: “6.302-1 Only one responsible source and no other supplies or services will satisfy agency requirements”, “6.302-2 Unusual and compelling urgency”, “6.302-3 Industrial mobilization; engineering, developmental, or research capability; or expert services”, “6.302-4 International agreement”, “6.302-5 Authorized or required by statute”, “6.302-6 National security” e “6.302-7 Public interest”.

Não obstante, ao examinar diversas contratações celebradas por órgãos e entidades federais nos EUA entre 2004 e 2012, KANG e MILLER concluíram que menos da metade dos contratos analisados foram adjudicados após “*full and open competition*”, sendo bastante elevadas as percentagens de ajustes sujeitos à competição restrita ou sequer sujeitos à concorrência. Entre os diferentes tipos previstos na legislação federal norte-americana, nota-se a predominância do emprego de procedimentos negociados (“*negotiation*”), equivalentes a 60,2% dos contratos firmados pelo governo e correspondentes a 78,4% do valor total contratado. Os leilões fechados (“*sealed bid*”), embora sejam o segundo tipo de procedimento mais empregado nos EUA, representam apenas 14,5% dos contratos, o que equivale a 7,1% dos recursos dispendidos. A tabela elaborada pelos autores, transcrita a seguir, também ilustra como o número de propostas (“*number of bids*”) recebidas varia pouco entre negociações e tipos diversos de licitações.

Solicitation Procedure and Number of Bids

Solicitation Procedure	Num.	Total Size (\$ Billion)	Num. of Bids Average	Num. of Bids Median
Negotiation	83,227 (60.2%)	661.07 (78.4%)	8.13	2
Sealed bid	20,076 (14.5%)	59.77 (7.1%)	6.11	4
Simplified acquisition	14,852 (10.7%)	19.62 (2.3%)	4.82	2
Other procedures	10,460 (7.6%)	71.71 (8.5%)	12.90	2
No solicitation	1,319 (1.0%)	3.60 (0.4%)	2.70	2
Unspecified	8,421 (6.1%)	27.90 (3.3%)	6.79	3
Total	138,355 (100%)	843.68 (100.0%)	7.68	3

Tabela 4. Elaborada por KANG, Karam. MILLER, Robert A. "Winning by Default: Why is There So Little Competition in Government Procurement?" Carnegie Mellon University Discussion Paper, 2016

KANG e MILLER apontam três motivos pelos quais o contratante pode escolher diminuir o grau de competição a que uma contratação ficará sujeita¹¹⁹. Primeiro, porque os

¹¹⁹ “The procurer may choose to decrease the extent of competition for three reasons. First, bid processing and solicitation costs may increase as the number of bidders increases. These costs include the time cost of waiting to receive more bids and the cost of reading the proposals and assessing various attributes of the contractors. Second, decreasing competition may increase the chance that a favored contractor will win the contract. If the procurer receives positive benefits from hiring a favored contractor, the procurer may want to decrease the extent of competition. Note that this favoritism is not necessarily related to corruption, because these positive benefits may be due to better quality of work, which cannot be formally measured or verified. Third, an unrestricted competition does not necessarily guarantee a lower expected amount of price to the winning contractor. By excluding ex-ante less efficient contractors, the procurer may incentivize the remaining bidders to bid more aggressively” e “We consider three reasons why restricting entry could be beneficial to the government: by decreasing bid processing and solicitation costs, by increasing the chance of selecting a favored contractor and consequently reaping benefits from the favored contractor, and by decreasing the expected amount of price to the winning contractor”, p. 30. KANG, Karam e MILLER, Robert A. “Winning by Default: Why is There So Little Competition in Government Procurement?”. op. cit., p. 2 e 30, respectivamente.

custos relacionados à realização de um procedimento licitatório – sobretudo aqueles decorrentes do tempo despendido para a análise das propostas e dos documentos de habilitação – geralmente são superiores quando o número de licitantes é maior. Dessa forma, restringir a quantidade de participantes pode eventualmente reduzir os custos do contratante com a deflagração e conclusão do certame. Em segundo lugar, um grau menor de competição pode aumentar a probabilidade de que o contrato venha a ser adjudicado a licitantes destinatários de tratamento privilegiado e favorecido, tal como aquele previsto, no Brasil, pela Lei Complementar nº 123/2006 a Microempresas e Empresas de Pequeno Porte. “*If the procurer receives positive benefits from hiring a favored contractor, the procurer may want to decrease the extent of competition*” a fim de realizar o objetivo horizontal subjacente à contratação pública¹²⁰. Por fim, o terceiro motivo apontado pelos autores reside na possibilidade de restringir a concorrência para eliminar *ex ante* os licitantes menos eficientes e com maiores custos, o que tornaria mais acirrada a competição entre os remanescentes e poderia, em tese, maximizar os retornos para o Poder Público. Segundo KANG e MILLER “*(...) an unrestricted competition does not necessarily guarantee a lower expected amount of price to the winning contractor. By excluding ex-ante less efficient contractors, the procurer may incentivize the remaining bidders to bid more aggressively*”¹²¹.

O quadro a seguir, elaborado por Jean TIROLE e Stéphane SAUSSIER, ilustra como sete países membros da União Europeia fazem uso de quatro tipos diferentes de procedimentos de adjudicação em suas contratações públicas¹²². São eles: o procedimento aberto (“*open*”), em que qualquer interessado pode apresentar uma proposta¹²³; o procedimento restrito (“*restricted*”), pelo qual só os fornecedores convidados pela entidade adjudicante podem apresentar suas ofertas; o procedimento negociado (“*negotiated*”), no qual as entidades adjudicantes negociam diretamente as condições do contrato; e, por fim, o chamado diálogo concorrencial (“*competitive dialogue*”), usado para contratos particularmente complexos, em que entidades adjudicantes constroem as soluções e debatem os requisitos necessários diretamente com os candidatos admitidos a participar do procedimento.

¹²⁰ KANG, Karam e MILLER, Robert A. “Winning by Default: Why is There So Little Competition in Government Procurement?”. op. cit., p. 30.

¹²¹ KANG, Karam e MILLER, Robert A. “Winning by Default: Why is There So Little Competition in Government Procurement?”. op. cit., p. 30.

¹²² Vale lembrar que esses procedimentos estão previstos nas Diretivas da União Europeia sobre contratações públicas. Daí deriva a uniformidade que permite a análise comparativa realizada pelos autores.

¹²³ Vale esclarecer que os procedimentos abertos incluem leilões abertos e fechados, abrangendo todo tipo de procedimento público em que a participação é franqueada a qualquer interessado.

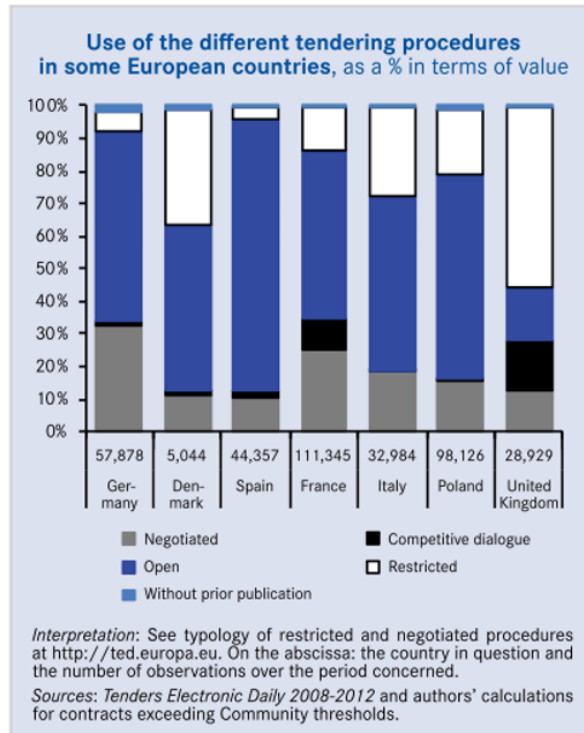


Gráfico 2. Elaborado por SAUSSIÉ, Stéphane e TIROLE, Jean. “Strengthening the Efficiency of Public Procurement”. *Les notes du conseil d'analyse économique*. Paris: Conseil d'analyse économique, n° 22, abril/2015. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/275973839_Strengthening_the_Efficiency_of_Public_Procurement. Acesso em 29/06/2015, p. 4.

Os dados coletados pelos autores revelam, à exceção do Reino Unido, o amplo emprego de procedimentos abertos entre 2008 e 2012. Mas SAUSSIÉ e TIROLE afirmam que as novas diretivas de 2014 vieram estimular o uso do procedimento negociado e do diálogo concorrencial¹²⁴. Para os autores, incorporar uma etapa de negociações à seleção dos fornecedores permite um ajuste fino (“*fine-tuning*”) do contrato a ser celebrado, aumentando o grau de completude contratual e reduzindo eventuais custos de renegociação *ex post* do ajuste¹²⁵. A respeito, cumpre ressaltar que as novas diretivas facilitaram a realização de alterações contratuais, permitindo acréscimos limitados a 10% do valor inicial para aquisições e serviços e até 15% para obras – bem abaixo, como se vê, dos limites admitidos no Brasil pelo artigo 65, §1º da Lei nº 8.666/1993¹²⁶.

¹²⁴ SAUSSIÉ, Stéphane e TIROLE, Jean. “Strengthening the Efficiency of Public Procurement”. op. cit., p. 6.

¹²⁵ SAUSSIÉ, Stéphane e TIROLE, Jean. “Strengthening the Efficiency of Public Procurement”. op. cit., p. 7.

¹²⁶ “Modifications amounting to less than 10% of the initial value of the contract for supplies and services and 15% for works are permitted, along with modifications that are either not substantial or had been incorporated in the contract in the form of price revision clauses or clear options, regardless of their value”. SAUSSIÉ, Stéphane e TIROLE, Jean. “Strengthening the Efficiency of Public Procurement”. op. cit., p. 6.

Esse debate sobre o aumento ou diminuição do grau de concorrência a que uma contratação está sujeita confunde-se, na literatura estrangeira, com o debate acerca do emprego de leilões (“*auctions*”) ou de negociações diretas entre os fornecedores (“*negotiations*”). A principal referência sobre o tema ainda reside no artigo clássico de Jeremy BULOW e Paul KLEMPERER, publicado em 1996, intitulado justamente “*Auctions versus Negotiations*”¹²⁷. Os autores realizaram estudos econométricos para demonstrar que a realização de leilões seria, no geral, mais vantajosa para o contratante do que a realização de negociações diretas com o contratado. “*With independent signals and risk-neutral bidders, therefore, an auction with $N + 1$ bidders dominates any negotiation with N bidders*”, motivo pelo qual “*(...) remains true that an auction with $N + 1$ bidders beats any standard mechanism for selling to N bidders*”¹²⁸. Com base nessa premissa, BULOW e KLEMPERER compararam matematicamente duas alternativas para maximizar ainda mais os resultados dos leilões para o contratante: estabelecer um preço referencial ótimo, de um lado, ou acrescentar mais um competidor ao leilão, de outro¹²⁹⁻¹³⁰. A conclusão do estudo foi pela segunda via, de modo que “*(...) a seller should generally focus on maximizing the number of bidders, and should refuse to bargain with bidders who wish to preempt the auction process*”¹³¹.

Todavia, duas décadas antes de BULOW e KLEMPERER enfatizarem os benefícios da realização de procedimentos competitivos, Victor GOLDBERG já tecia uma crítica correta para a realização de leilões para adjudicar contratos complexos¹³². Segundo o autor, leilões e negociações são formas diferentes de transmitir informações entre organizações: “*(...) competitive bidding is one of several devices for transmitting information between organizations. As such it is both a substitute and complement for alternative devices such as*

¹²⁷ BULOW, Jeremy e KLEMPERER, Paul. “Auctions versus Negotiations”. *The American Economic Review*, Vol. 86, nº 1, mar/1996, p. 181.

¹²⁸ BULOW, Jeremy e KLEMPERER, Paul. “Auctions versus Negotiations”. op. cit., p. 181, ambos os trechos.

¹²⁹ Quanto maior for o número de fornecedores aptos a executar o objeto avençado, maiores são os retornos esperados pelo contratante, segundo o pressuposto de que um maior número de licitantes no leilão reduz o valor da proposta vencedora, eis que “*(...) increasing the number of bidders in an auction will reduce the expected winning bid*”. BAJARI, P.; McMILLAN, J.; TADELIS, S. “Auctions versus negotiations in procurement: an empirical analysis”. op. cit., p. 380.

¹³⁰ A respeito, o célebre leilão do espectro 3G, no Reino Unido, no ano 2000, representou um marco importante. Uma das suas marcas foi a fixação do número de licenças: sabendo-se ser quatro os grandes players do mercado, o governo britânico dividiu a adjudicação em cinco licenças, reservando a quinta para novos participantes (“*entrants*”) e acirrando a competição pelas quatro anteriores. Essa medida demonstrou preocupação com a estrutura de mercado no setor de telecomunicações, impedindo a concentração de poder de mercado entre os *players*. KLEMPERER, Paul. *Auctions: theory and practice*. op. cit. pp. 167-169 e. 175-178.

¹³¹ BULOW, Jeremy e KLEMPERER, Paul. “Auctions versus Negotiations”. op. cit., p. 182.

¹³² GOLDBERG, Victor P. “Competitive Bidding and the Production of Precontract Information”. *Bell Journal of Economics*, n. 8, 1977, pp. 250-261.

*negotiated contracts (...)*¹³³. Entretanto, em um leilão, a informação transmitida acaba ficando restrita ao preço, o que limita o intercâmbio de informações pré-contratuais relevantes e diminui o grau de completude contratual. Por esse motivo é que, na visão de GOLDBERG, a promoção de negociações diretas entre as partes seria mais eficiente do que os leilões quando estiver em jogo a adjudicação de objetos complexos.

No setor privado, no qual os compradores são livres para escolher o método de aquisição, a realização de um procedimento competitivo está longe de suplantar as negociações como o método mais frequente de seleção de fornecedores¹³⁴. Mas os leilões ainda reinam absolutos no setor público. Na França, CHONG, STAROPOLI e YVRANDE-BILLON afirmam que “(...) *auctions were used to award 70% of the procurement contracts in the public works sector while in Europe they correspond to 82% in 2008*”¹³⁵. Dado bastante semelhante foi obtido nos EUA por Patrick BAJARI, Robert MCMILLAN e Steven TADELIS a partir de um extenso levantamento de contratos de construção celebrados no norte da Califórnia entre 1995 e 2000. Segundo os autores, cerca de 50% dos ajustes no setor privado foram adjudicados após a condução de negociações entre as partes, ao passo que apenas 18% foram previamente submetidos a leilões. Já no setor público (ao qual se aplica a FAR, na esfera federal), nada menos que 97% dos contratos examinados foram sujeitos à competição por meio de procedimentos competitivos.

Essa preferência da Administração Pública pela realização de leilões é desafiada por dois argumentos, aos quais já fizemos referência, ainda que de maneira reflexa, ao longo deste estudo. O primeiro reside na dificuldade em definir-se *ex ante* e com precisão todas as

¹³³ GOLDBERG, Victor P. “Competitive Bidding and the Production of Precontract Information”. op.cit., p. 250.

¹³⁴ O debate sobre o uso de leilões ou negociações para adjudicar contratos, segundo Chong, Staropoli e Yvrande-Billon, remonta ao debate travado na década de 1970 entre Demsetz, de um lado, e Williamson e Goldberg, de outro, sobre a regulação de monopólios naturais: “*The arguments put to the front to qualify the efficiency of auctions echo the ones used by the proponents of the Transaction Cost Economics’ view in the now classical ‘franchise bidding of natural monopolies’ debate which opposed, in the 1970’s, Demsetz (1968), on the one hand, to Williamson (1976) and Goldberg (1976, 1977), on the other hand. While Demsetz (1968) considered that competitive tendering was the ideal mechanism to regulate natural monopolies, Williamson (1976) and Goldberg (1976, 1977) highlighted the failures of auction procedures, arguing that in the presence of relationship-specific investments and high uncertainty the contractual disabilities of the parties mitigate the efficiency of the franchise bidding mechanism and militate in favour of the use of alternative coordination devices, like utilities regulation. In the broader context of public procurement, the trade-off between regulation and franchise bidding translates into a trade-off between negotiation and auction*”. CHONG, Eshien; STAROPOLI, Carine; YVRANDE-BILLON, Anne. “Auction versus Negotiation in Public Procurement: Looking for Empirical Evidence”. op.cit., p. 3. O trade-off entre as alternativas para disciplinar um monopólio natural – a “*franchise bidding*” (licitar “licenças” para a exploração), de um lado, e regulação, de outro – assemelha-se ao trade-off entre negociações e leilões no âmbito do direito da contratação pública.

¹³⁵ CHONG, Eshien; STAROPOLI, Carine; YVRANDE-BILLON, Anne. “Auction versus Negotiation in Public Procurement: Looking for Empirical Evidence”. op. cit., p 2.

características relacionadas ao objeto a ser contratado, a qual é agravada por assimetrias informacionais e pela ausência de conhecimentos técnicos específicos por parte do Poder Público. “*When ex ante information is valuable and when ex post change is anticipated, the use of auctions, which often requires fixed-price contracts, may be inefficient*”¹³⁶. Segundo BAJARI e TADELIS, os problemas de adaptação *ex post* surgem com maior intensidade quando o *design* inicial da contratação é endogenamente incompleto: “*The buyer provides the seller with an ex ante design of the product. The more complete the design, the lower the likelihood that both parties will need to renegotiate changes ex post. A more complete ex ante design, however, imposes higher ex ante costs on the buyer*”¹³⁷. A complexidade pode tornar impossível a tarefa de definir *ex ante* e com precisão o objeto licitado, comprometendo a própria viabilidade, em si, da deflagração de um procedimento licitatório. Todavia, e não obstante essas dificuldades, é possível inferir que o temor de responsabilização dos gestores públicos por eventuais denúncias de favorecimento e corrupção sustente a preferência por leilões ao invés de negociações diretas, mesmo nos ordenamentos em que a escolha de uma via ou de outra seja expressamente admitida pela legislação¹³⁸⁻¹³⁹.

O segundo argumento consiste na necessidade de evitar modificações *ex post* a um contrato já celebrado e, dessa maneira, reduzir eventuais custos de adaptação e de renegociação contratuais. A condução de negociações diretas mitiga esse risco pois permite que as partes discutam previamente as características do objeto, aumentando o grau de completude do negócio jurídico pactuado¹⁴⁰. Essa, talvez, seja o principal motivo empregado pela literatura para justificar o emprego de negociações diretas ao invés de leilões, como reconhecem BAJARI, MCMILLAN e TADELIS: “*(...) one merit of negotiations is that buyers*

¹³⁶ BAJARI, P.; MCMILLAN, J.; TADELIS, S. “Auctions versus negotiations in procurement: an empirical analysis”. op. cit., p. 395.

¹³⁷, BAJARI, Patrick e TADELIS, Steven. “Incentives Versus Transaction Costs: A Theory of Procurement Contracts”. op. cit., p. 388.

¹³⁸ “*(...) while auctions are supposed to ensure transparency, selection of the lowest cost bidders by benefiting from competition and prevent biased awarding of contracts, it may have some undesirable self-selection consequences and fail to respond optimally to ex post adaptation*”. CHONG, Eshien; STAROPOLI, Carine; YVRANDE-BILLON, Anne. “Auction versus Negotiation in Public Procurement: Looking for Empirical Evidence”. op. cit., p. 4.

¹³⁹ “*Although competitive bidding does have the advantage of unbiased awarding of projects, it may come at a cost of both losing valuable information ex ante, and if fixed-price contracts are used, then ex post adaptation may be insufficient*” BAJARI, P.; MCMILLAN, J.; TADELIS, S. “Auctions versus negotiations in procurement: an empirical analysis”. op. cit., p. 376.

¹⁴⁰ “*On the contrary, negotiations may easily be suspected of corruption and favouritism but in the same time these “relational” contracting modes allow public buyers and suppliers to spend more time discussing ex ante the characteristics of the project to be delivered, and the appropriate design of the contract thereby reducing the risk of ex post opportunistic haggling*”. CHONG, Eshien; STAROPOLI, Carine; YVRANDE-BILLON, Anne. “Auction versus Negotiation in Public Procurement: Looking for Empirical Evidence”. op. cit., p. 4.

*and contractors spend more time discussing the project and ironing out possible pitfalls before work begins and that complementing this with cost-plus contracts will allow for the needed flexibility of adapting work for complex projects*¹⁴¹. De acordo com CHONG, STAROPOLI e YVRANDE-BILLON, “(...) *it has been argued theoretically that auction-based procedures are more likely to lead to ex post adjustments, and these adjustments are potentially more costly*”¹⁴². Nessa linha, por exemplo, as autoras verificaram que os contratos adjudicados após leilões abertos geralmente dão ensejo não só a um número maior de aditivos contratuais, mas também a modificações mais onerosas: “(...) *81% of the total amount induced by amendments concern contracts that were awarded using open competitive tenders, whereas only 6% of the renegotiated amounts stem from contracts that were awarded using negotiations with prior publication and competition*”¹⁴³.

BAJARI, McMILLAN e TADELIS buscaram demonstrar os reflexos que a complexidade do objeto a ser contratado (“*project complexity*”) provoca para os procedimentos de adjudicação e para o tipo de contrato a ser celebrado. Para tanto, os autores traçam uma relação entre objetos simples, o uso de leilões e o emprego de contratos de preços fixos, de um lado, e objetos complexos, o uso de negociações e o emprego de contratos de reembolso, de outro. A complexidade do objeto também é apontada por CHONG, STAROPOLI e YVRANDE-BILLON como o critério determinante para a escolha, pelo contratante, entre leilões ou negociações. Segundo as autoras, “(...) *negotiation is advocated when the project is complex, that is when ex ante design is hard to complete and ex post adaptations are expected*” ao passo que “(...) *competitive tendering is the recommended awarding mechanism for projects and services that are simple to describe and for which there are no objective reasons for ex post adaptations*”¹⁴⁴.

Destarte, quanto mais simples e menos complexo o objeto, maior o número de fornecedores em tese aptos a participar de uma licitação, tornando a realização de leilões, em tese, mais eficiente. Por outro lado, quanto maior a complexidade de um bem ou serviço, a incerteza advinda da contratação pode converter a promoção de negociações diretas com os fornecedores em uma alternativa mais eficiente do que a deflagração de um certame

¹⁴¹ BAJARI, P.; McMILLAN, J.; TADELIS, S. “Auctions versus negotiations in procurement: an empirical analysis”. op. cit., p. 379.

¹⁴² CHONG, Eshien; STAROPOLI, Carine; YVRANDE-BILLON, Anne. “Auction versus Negotiation in Public Procurement: Looking for Empirical Evidence”. op. cit., p. 5.

¹⁴³ CHONG, Eshien; STAROPOLI, Carine; YVRANDE-BILLON, Anne. “Auction versus Negotiation in Public Procurement: Looking for Empirical Evidence”. op. cit., pp. 14-15.

¹⁴⁴ CHONG, Eshien; STAROPOLI, Carine; YVRANDE-BILLON, Anne. “Auction versus Negotiation in Public Procurement: Looking for Empirical Evidence”. op. cit., p. 5, ambos os trechos.

licitatório. Para FIUZA, não é o valor do contrato, mas sim a complexidade do objeto que deveria ter sido eleita pela legislação brasileira como o critério de escolha para a escolha do procedimento de adjudicação (negociações ou leilões) e para o tipo de contrato (preço-fixo, de reembolso, de incentivo) mais adequado ao caso concreto¹⁴⁵. Segundo BAJARI e TADELIS, objetos mais simples amoldam-se melhor à realização de leilões e à celebração de contratos de preço-fixo, ao passo que as negociações e contratos de reembolso (“*cost-plus*”) são mais indicados para contratar projetos de complexidade superior¹⁴⁶. É o que ilustra a tabela a seguir:

Complexidade do objeto como critério para a “modelagem” da contratação

Complexidade do objeto (“<i>project complexity</i>”)	Baixa	Alta
Procedimentos de adjudicação (“<i>award procedures</i>”)	Leilões abertos	Negociações
Design contratual (“<i>contract type</i>”)	Fixed-price (“FP”)	Cost-plus (“C+”)
Flexibilidade para alterações (custos de adaptação e renegociação <i>ex post</i>)	Menor	Maior
Grau de completude contratual (definição <i>ex ante</i> do objeto)	Maior	Menor

Tabela 5. .Elaboração do autor com base em BAJARI, P.; McMILLAN, J.; TADELIS, S. “Auctions versus negotiations in procurement: an empirical analysis”. *Journal of Law, Economics and Organization*, v. 25, n. 2, 2088, pp. 372-399.

Muito embora os leilões gerem menos efeitos colusivos do que a condução de negociações diretas, o seu emprego para adjudicar contratações complexas pode revelar-se, ao final, mais oneroso à Administração Pública do que a adoção da via negocial¹⁴⁷. Em mercados oligopolizados e bastante concentrados, a existência de um reduzido número de fornecedores pode facilitar a adoção de comportamentos anticompetitivos como o conluio e a formação de cartéis, frustrando, assim, as finalidades do próprio procedimento licitatório.

¹⁴⁵ FIUZA, Eduardo Pedral Sampaio. “Licitações e contratos no Brasil: a visão dos economistas”. op. cit., pp. 256-258.

¹⁴⁶ “We show that simple projects (which are cheap to design) will be procured using FP contracts and will be accompanied by high levels of design completeness (that is, a low probability that adaptations are needed). More complex projects will be procured using C+ contracts and will be accompanied by low levels of design completeness (that is, a high probability that adaptations are needed)” BAJARI, Patrick e TADELIS, Steven. “Incentives Versus Transaction Costs: A Theory of Procurement Contracts”. op. cit., p. 388.

¹⁴⁷ “(...) the procurement problem is primarily one of ex post adaptations rather than ex ante screening” BAJARI, Patrick e TADELIS, Steven. “Incentives Versus Transaction Costs: A Theory of Procurement Contracts”. op. cit., p. 388.

Isso porque, “(...) *if the description of the project is not sufficiently clear, competitive tendering may also lead to situations of adverse selection and end up with the selection of the most opportunistic bidder*”¹⁴⁸. É por esse motivo que BAJARI, MCMILLAN e TADELIS propõem que o Poder Público recorra com maior frequência ao emprego de negociações e contratos *cost-plus*, buscando medidas alternativas para combater a corrupção e compensar os efeitos negativos que o incremento da discricionariedade dos gestores de compras possa trazer à adjudicação de contratos públicos.

É justamente a essa tarefa – ou seja, identificar a relação entre a “modelagem” do contrato e do procedimento licitatório e a prevenção de fraudes e práticas de corrupção – que o próximo item deste capítulo será dedicado.

3.2. A “MODELAGEM” DO PROCEDIMENTO LICITATÓRIO PARA PREVENIR FRAUDES E A CORRUPÇÃO EM LICITAÇÕES

3.2.1. *Quis custodiet ipsos custodes? A Economia Política da Corrupção aplicada às contratações públicas*

De acordo com Khi V. THAI, com base em pesquisas conduzidas pela ONG *Transparency International*, licitações e contratos constituem um dos campos mais vulneráveis à corrupção no setor público, e esse diagnóstico pouco se altera conforme se trate de países desenvolvidos ou em desenvolvimento. Segundo THAI, “(...) *corruption in the public sector takes much the same form and affects the same areas whether one is dealing with a developed country or a developing one*” e, outrossim, “(...) *the areas of government activity most vulnerable to corruption include public procurement, rezoning of land, revenue collection, government appointments, and local government*”¹⁴⁹. De fato, temas relacionados a licitações e contratos estão sempre na ordem do dia quando o assunto é corrupção na Administração Pública. O gráfico a seguir, elaborado com base em informações da OCDE, ilustra como a corrupção no setor público é percebida em 117 países. Os dados revelam que as contratações públicas (“*marchés publics*”) despontam como o campo em que o fenômeno

¹⁴⁸ CHONG, Eshien; STAROPOLI, Carine; YVRANDE-BILLON, Anne. “Auction versus Negotiation in Public Procurement: Looking for Empirical Evidence”. op. cit., p. 5.

¹⁴⁹ THAI, Khi V. “Public Procurement re-examined”. *Journal of Public Procurement*, volume 1, issue 1, 2001, pp. 09-50. Ambos os trechos encontram-se citados à p. 26.

se manifesta com maior frequência em grupos de países da Ásia, da África subsaariana e da América Latina, bem como na média dos países membros da OCDE:

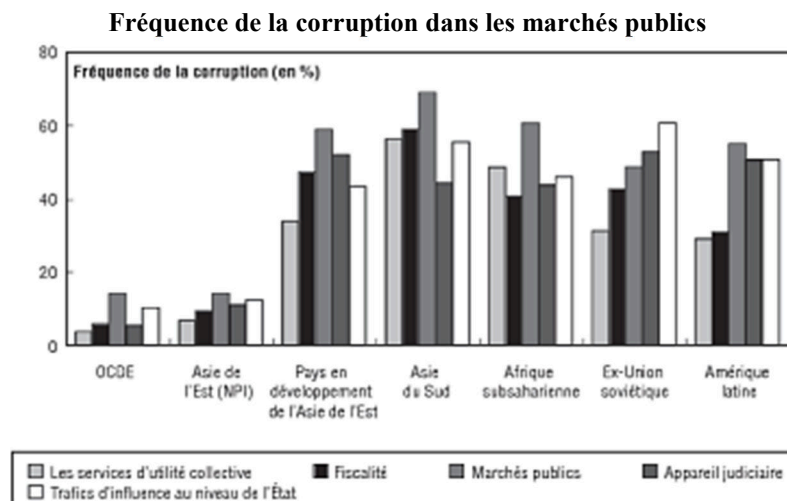


Gráfico 3. OCDE. *L'intégrité dans les marchés publics - Les bonnes pratiques de A à Z*, OCDE Publishing, 2008. Disponível em: <http://www.oecd.org/fr/gov/ethique/linintegridanslesmarchespubliclesbonnespratiquesde aaz.htm> Acesso em 19/06/2016, p. 12

No primeiro capítulo deste estudo, servimo-nos da distinção elaborada por Oriana BANDIERA, Andrea PRATT e Tommaso VALLETTI para afirmar que a maior parte do desperdício dos gastos públicos (cerca de 80%) corresponde ao chamado desperdício passivo¹⁵⁰. Mas isso não significa, como também alertamos naquela oportunidade, que a preocupação com o desperdício ativo em matéria de compras públicas seja inútil ou despropositada. Muito pelo contrário: afinal, o que questionamos neste estudo não é o *porquê*, mas sim a *forma* pela qual esse combate deve ser travado. Luke M. FROEB, Robert A. KOYAK e Gregory J. WERDEN estimam que práticas como o conluio e a corrupção aumentem os custos da contratação pública entre 20% e 25%, podendo alcançar, em alguns casos, até 50%¹⁵¹. Segundo os autores, a corrupção custa cerca de 120 bilhões de euros por

¹⁵⁰ "(...) on average, at least 82% of estimated waste is passive and that passive waste accounts for the majority of waste in at least 83% of our sample public bodies", de modo que "(...) passive waste could actually be much larger than active waste — about four times as much in our estimates". BANDIERA, Oriana; PRATT, Andrea; VALLETTI, Tommaso. "Active and Passive Waste in Government Spending: Evidence from a policy experiment". *CEIS (Centre for Economic and International Studies) Tor Vergata (Research Paper Series)*. Vol. 6, Issue 4, n. 115, 2008. Posteriormente publicado como *The Economics of Public Procurement*, American Economic Review, pp. 1278-1308, 2009. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=1115339>. Acesso em 15/02/2015, pp. 5-6, ambos os trechos.

¹⁵¹ No mesmo sentido: "(...) la corrupción llega a representar más del 30% de los costos gubernamentales derivados de los procesos de licitación". ABRAMO, Cláudio W. e CAPOBIANCO, Eduardo R. "Licitaciones y contratos públicos. El caso de Brasil". *Nueva sociedad*, v. 194, 2004, p. 70.

ano aos países membros da União Europeia. Por isso, a implantação de mecanismos que impeçam sua ocorrência poderia resultar em uma economia entre 17% e 43%, aproximadamente¹⁵². Se o cálculo desses custos “diretos” já constitui uma tarefa nada trivial, os custos “indiretos” da corrupção são praticamente impossíveis de se mensurar, tal como ilustra Khi V. THAI com o seguinte exemplo¹⁵³:

It is very difficult to assess the cost of corruption. In one example given by a Transparency International-UK's analysis, the bribes of £2.25 that Gordon Foxley, a civil servant at Britain's Ministry of Defense, took – and was imprisoned for four years – caused up to £200 million in financial damage. This included the cost of job losses at the factory in Britain that failed to gain the orders (they went abroad), loss of profits leading to lower values for privatization exercises, the loss of highly-developed skills, the higher price paid than was necessary, and the purchase in at least one instance of a fuse that was useless as it was 'ineffective in practice and battle conditions'.

Para Yvan LENGWILLER e Elmar WOLFSTETTER, em artigo específico sobre o tema¹⁵⁴, o termo “conluio” (“*collusion*”) descreve a conduta adotada pelos licitantes com vistas a arrefecer a competição e elevar artificialmente os preços, ao passo que o termo “corrupção” (“*corruption*”), em uma acepção bastante restrita, refere-se à atuação do agente público que direciona o certame licitatório para beneficiar um ou mais competidores em detrimento dos demais¹⁵⁵. Gustavo PIGA adota um conceito mais amplo e abrangente de “corrupção”, definindo-a, com base na obra de Johann Graf LAMBSDORFF¹⁵⁶, como todo e qualquer “(...) *misuse of public power for private benefits*”¹⁵⁷. Segundo o autor, o emprego da definição de LAMBSDORFF às contratações públicas tem a vantagem de abranger não apenas a corrupção praticada pelos gestores de compras e demais burocratas da Administração, mas também aquela praticada por agentes políticos, reunindo em um mesmo conceito duas formas

¹⁵² FROEB, Luke M., KOYAK, Robert A.; WERDEN, Gregory J. “What is the effect of bid-rigging on prices?” *Economics Letters*, nº 42, 4, January/1993, pp. 419-423.

¹⁵³ THAI, Khi V. “Public Procurement re-examined”. op. cit., p. 26.

¹⁵⁴ LENGWILLER, Yvan e WOLFSTETTER, Elmar. “Corruption in procurement auctions”. In: DIMITRI, N.; PIGA, G.; SPAGNOLO, G. (Ed.). *Handbook of procurement*. Cambridge (UK): Cambridge University Press, 2006, pp. 412-429.

¹⁵⁵ “*Collusion means that bidders coordinate their actions with the intention to increase the price. Corruption means that the person who runs the auction, the auctioneer, twists the auction rules in favor of some bidder(s) in exchange for bribes*”. LENGWILLER, Y.; WOLFSTETTER, E.; “Corruption in procurement auctions”. op. cit., p. 412. Na prática, é comum que as condutas estejam ligadas, como, por exemplo, no *bid orchestration*, o agente público que conduz o procedimento atua como *ring manager* do cartel.

¹⁵⁶ LAMBSDORFF, Johann Graf. *The Institutional Economics of Corruption and Reform: Theory, Evidence, and Policy*, Cambridge: Cambridge University Press, 2007.

¹⁵⁷ PIGA, Gustavo. “A fighting chance against corruption in public procurement?”. op. cit., p. 143.

acessórias e que, na prática, se complementam. Por exemplo, Cláudio Weber ABRAMO e Eduardo Ribeiro CAPOBIANCO lembram como a adjudicação fraudulenta de contratos governamentais pode servir como meio de pagamento indireto a empresas pelo financiamento de campanhas eleitorais¹⁵⁸ – o que, recentemente, restou amplamente demonstrado ao longo das investigações da chamada Operação “Lava Jato” envolvendo diversas contratações firmadas pela PETROBRÁS, entre 2003 e 2014, com as maiores empreiteiras do país¹⁵⁹.

Ninguém olvida que o *lobby* empregado para influenciar o Poder Legislativo e os altos escalões do Poder Executivo a editar leis e outros atos normativos que favoreçam determinados interesses – tal como ocorreu durante a tramitação do projeto que resultou na Lei nº 8.666/1993 – também seja um campo profícuo para a apropriação privada de fundos públicos¹⁶⁰. Por isso, PIGA ressalta que os “*private benefits*” da definição de LAMBSDORFF não precisam ficar restritos apenas a um ou dois indivíduos, podendo abranger grandes grupos (como cartéis, por exemplo) e formando uma ampla rede de relacionamentos por intermédio da qual a corrupção, pouco a pouco, se alastra e assume caráter difuso na sociedade. Essa é a chamada corrupção sistêmica, que “(...) *involves repeated and frequent interactions among the same (corrupt) players, corruption ends up often being perpetrated by powerful individuals who are likely to withstand criticisms for infringing one small single misconduct*”¹⁶¹. Onde a corrupção é sistêmica, é comum que as autoridades de defesa da concorrência, as agências de compras e os próprios órgãos de fiscalização tenham sido ou

¹⁵⁸ “*La vida política se ve directamente afectada, pues la posibilidad de predefinición de los vencedores de una licitación se transforma en «capital» para el político, quien lo usa para obtener financiamiento de sus campañas electorales. Si es elegido, usa el «capital» para pagar la deuda con sus financistas, es decir, dirige hacia éstos las licitaciones que promueve. Por eso, los grandes proveedores (y también otros grandes interesados, como las asociaciones de bancos) muchas veces financian simultáneamente a todos los candidatos a cargos ejecutivos que compiten en una misma elección. Por cierto, no lo hacen por convicción ideológica*”. ABRAMO, Cláudio W. e CAPOBIANCO, Eduardo R. “Licitaciones y contratos públicos. El caso de Brasil”. op. cit., p. 73.

¹⁵⁹ A “Operação Lava Jato”, não obstante ainda em andamento durante a elaboração deste estudo, já é considerada o maior escândalo de corrupção e de desvio de recursos públicos da história. Confira-se, por exemplo, a central de informações do MPF no endereço: <http://lavajato.mpf.mp.br/>. Acesso em 20/11/2016.

¹⁶⁰ Segundo Piga, a corrupção política está relacionada aos conceitos de *patronage* e *cronyism*. “*Patronage in procurement involves favoritism in which a party in power rewards groups, families, or ethnic groups for their electoral support through the illegal award of government contracts. These deals might occur months after the electoral support has taken place and for contracts only indirectly tied to the newly elected government (for example, a contract awarded in a local municipality over which the central government has specific influence)*”, ao passo que “*Cronyism in procurement is individually based. For example, a politician might appoint a friend as the head of the centralized procurement centralized agency or of a supervising authority for procurement contracts*”. PIGA, Gustavo. “A fighting chance against corruption in public procurement?”. op. cit., p. 147.

¹⁶¹ PIGA, Gustavo. “A fighting chance against corruption in public procurement?”. op. cit., p. 142.

venham a ser “capturados” pelo esquema fraudulento. Aqui, passa a fazer sentido a pergunta com a qual se inicia o presente subitem: “*quis custodiet ipsos custodes?*”. Ou melhor, quem vigia o vigilante quando a corrupção toma conta do próprio aparelho estatal e captura inclusive os seus órgãos de controle? É por isso que o enfrentamento da corrupção sistêmica não pode ficar restrito a políticas conjunturais e medidas de curto prazo, exigindo “*long-run policies*” para o seu confronto efetivo.

A resistência das empresas em denunciar casos de corrupção – o que se chama de “*whistleblowing*” – torna esse embate ainda mais complicado. De acordo com um estudo elaborado por Tina SØREIDE na Noruega, a maior parte das empresas prefere ficar silente mesmo quando saírem prejudicadas por alguma forma de corrupção envolvendo licitações e contratações públicas¹⁶². “*Firms prefer to stay silent about this form of corporate offense even when they have lost important business opportunities and wasted significant amounts in tender expenses as a result*”¹⁶³. Esse silêncio, segundo a autora, deve-se ao receio de que o *whistleblowing* venha a obstruir o acesso dessas firmas ao mercado público, o que levaria à perda de oportunidades de “*business cooperation*” com outras empresas e com a própria Administração Pública no futuro¹⁶⁴. Nesse contexto, SØREIDE conclui que “*(...) firms will not engage in whistleblowing against corruption-related challenges in the local business climate unless local levels of corruption are considered to be low*”¹⁶⁵.

Segundo Marcos Fernandes Gonçalves da SILVA, a Economia Política da corrupção toma a teoria da agência e a teoria dos caçadores de renda como pontos de partida para cunhar a **teoria econômica da propina**, segundo a qual o comportamento *rent-seeking* de agentes públicos com vistas a maximizar os seus interesses privados favorece o recebimento de subornos, propinas e outras transferências de renda em troca de benesses e privilégios, em detrimento da gestão impessoal da *res pública*¹⁶⁶. De acordo com a teoria da escolha pública (“*public choice*”), traçada a partir do paradoxo de Condorcet e da teoria da impossibilidade de Arrow, as decisões políticas não são neutras nem racionais. O “mercado

¹⁶² SØREIDE, Tina. “*Beaten by bribery: why not blow the whistle?*” *Journal of Institutional and Theoretical Economics*, n. 164, issue 3, pp. 407-428.

¹⁶³ SØREIDE, Tina. “*Beaten by bribery: why not blow the whistle?*”. op. cit., p. 408.

¹⁶⁴ “*(...) the explanation most frequently cited, though, was a concern about ‘future business cooperation,’ which was referred to by 31% of the firms*” SØREIDE, Tina. “*Beaten by bribery: why not blow the whistle?*” op. cit., p. 408.

¹⁶⁵ SØREIDE, Tina. “*Beaten by bribery: why not blow the whistle?*”. op. cit., p. 408.

¹⁶⁶ “*Os agentes procurarão obter o máximo de renda possível, dentro ou fora das regras da conduta econômica e social*”. SILVA, Marcos Fernandes Gonçalves da Silva. “Corrupção e produção de bens públicos”. op. cit., p. 127.

político”, portanto, não é perfeito. Quando o agente público deixa de agir em favor da sociedade, agrava-se o problema de agência que, no Estado, assume relevo maior do que nas firmas por conta das maiores dificuldades de fiscalização e de controle do agente pelo seu principal¹⁶⁷. A fiscalização, no entanto, é cara e incapaz de detectar e punir, de maneira efetiva, todos os desvios. Para tanto, é necessário que a legislação crie uma “arquitetura” legal e contratual que comine sanções e mitigue os incentivos a práticas de corrupção.

Para SILVA, “(...) a corrupção aparece com maior vigor quando: i) as instituições geram excesso de regulamentação e de centralização estatal; e ii) quando as instituições políticas não estão sob controle da maior parte da sociedade”¹⁶⁸. Por isso, o autor acredita que reduzir a autonomia e a discricionariedade dos gestores públicos é fundamental para impedir a corrupção em matéria de licitações e contratos, adotando-se, por exemplo, regras objetivas como o tipo “menor preço”, a escolha rígida das modalidades de procedimento e a necessidade de observância da ordem cronológica das faturas a fim de evitar tratamentos “prioritários” ou “especiais” nos pagamentos. Sob essa perspectiva, com a qual não concordo, a Lei nº 8.666/1993 veio ao encontro da “(...) necessidade de limitação do grau de liberdade com o qual um burocrata-agente defronta-se no momento de decidir, por exemplo, sobre a compra para o governo-principal de um bem qualquer e de serviços”¹⁶⁹. Por esse motivo, SILVA entende que a redução da discricionariedade deve ser encarada como uma virtude da Lei nº 8.666/1993, jamais como um problema¹⁷⁰.

Cláudio Weber ABRAMO e Eduardo Ribeiro CAPOBIANCO partilham dessa mesma visão, segundo a qual o “excesso” de discricionariedade constitui o principal fator para a ocorrência de corrupção em licitações e contratos públicos. “*Si se dejan librados a su propia voluntad, compradores y proveedores inevitablemente entrarán en connivencia. Impedir que*

¹⁶⁷ “O problema principal-agente (ou agência) surge quando, no estabelecimento e fiscalização de um contrato, o contratante (principal) não possui informação perfeita que permita a avaliação do esforço ou ação empreendida pelo agente, ação que afeta o bem-estar do primeiro”. SILVA, Marcos Fernandes Gonçalves da. “O controle dos processos de licitação: uma análise de economia política”. Disponível em: <http://gvpesquisa.fgv.br/professor/marcos-fernandes-goncalves-da-silva>. Acesso em 19/07/2016. O mesmo texto foi posteriormente publicado em *Estudos Econômicos da Construção*. SindusCon-SP, São Paulo, Vol. 2, nº 3, 1997, p.5.

¹⁶⁸ SILVA, Marcos Fernandes Gonçalves da Silva. “Corrupção e produção de bens públicos”. In.: ARVATE, Paulo e BIDERMAN, Ciro (orgs.). *Economia do Setor Público no Brasil*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, pp. 127-135. p. 130.

¹⁶⁹ SILVA, Marcos Fernandes Gonçalves da. “O controle dos processos de licitação: uma análise de economia política”. op. cit., p. 7.

¹⁷⁰ “A lei 8.666 pode ser questionada, portanto, em diversos aspectos. Porém, o fato de a mesma limitar o poder discricionário dos burocratas é uma virtude, pelo menos se assumirmos uma postura menos ingênua e mais realista, à luz da moderna teoria das organizações e de fatos históricos”. SILVA, Marcos Fernandes Gonçalves da. “O controle dos processos de licitação: uma análise de economia política”. op. cit., p. 8.

ello ocurra debe ser el objetivo central de un reglamento para las licitaciones públicas”, afirmam os autores¹⁷¹. Com efeito, para ABRAMO e CAPOBIANCO, “(...) la posibilidad de que el administrador «venda» privilegios está en directa relación con el poder de decisión que las normas le otorguen. Cuanto mayor sea ese grado, mayores serán las oportunidades de corrupción”¹⁷².

Gustavo PIGA contrapõe-se frontalmente ao posicionamento esposado por SILVA, ABRAMO e CAPOBIANCO. Para PIGA, em visão com a qual estou de acordo, a corrupção em licitações e contratações públicas não é consequência da discricionariedade do gestor, mas sim do baixo grau de responsabilização em razão das decisões por ele tomadas (“*accountability*”)¹⁷³. Para mim, o fato de que a corrupção, o conluio e as fraudes continuem profundamente arraigados na Administração Pública brasileira *apesar* da existência de uma legislação “*corruptocêntrica*” como a Lei nº 8.666/1993, que vincula ao máximo o comportamento dos gestores de compras, constitui prova cabal desse argumento.

PIGA assevera que a redução da discricionariedade também diminui a responsabilidade do agente público, que se escora em uma visão formalista e procedimental das licitações para revestir com uma mera aparência de legalidade diversas práticas escusas, como o direcionamento e o favorecimento. “*Reducing discretion has other drawbacks that are seldom considered in the fight against corruption. First, rigid procedures may shield procurement officials/politicians from responsibility for poor performance and failures (‘not my fault, the rules’ fault’), while favoritism may be hidden by a wall of complex procedural rules*”¹⁷⁴. Aumentar os níveis de transparência na gestão pública é sempre salutar, mas não basta¹⁷⁵. Segundo PIGA, para combater efetivamente a corrupção, a legislação de contratações públicas deve ser estruturada para ampliar a discricionariedade dos agentes públicos “*(...) so as to make public procurement officials accountable and rewarded (penalized) for their positive (negative) performance*”¹⁷⁶, tornando impossível a invocação

¹⁷¹ ABRAMO, Cláudio W. e CAPOBIANCO, Eduardo R. “Licitações y contratos públicos. El caso de Brasil”. op. cit., p. 70.

¹⁷² ABRAMO, Cláudio W. e CAPOBIANCO, Eduardo R. “Licitações y contratos públicos. El caso de Brasil”. op. cit., p. 71.

¹⁷³ “*Transparency with little discretion’ in public procurement has had limited success in curbing corruption. Therefore, we argue that governments should shift to a policy that gives ample discretion to officials combined with strong ex post accountability for procurement decisions*”. PIGA, Gustavo. “A fighting chance against corruption in public procurement?”. op. cit., p. 142.

¹⁷⁴ PIGA, Gustavo. “A fighting chance against corruption in public procurement?”. op. cit., p. 152, grifo meu.

¹⁷⁵ “*One possible answer is to note that ‘transparency’, the instrument most widely used in the war against procurement corruption, does not generate the right incentives to avoid improper behavior*” PIGA, Gustavo. “A fighting chance against corruption in public procurement?”. op. cit., p. 141.

¹⁷⁶ PIGA, Gustavo. “A fighting chance against corruption in public procurement?”. op. cit., p. 171.

do mote “*not my fault, the rules’ fault*” como pretexto de defesa. O aumento da responsabilidade funciona também como um forte incentivo para desestimular comportamentos *rent-seeking*, mas depende também de uma profunda mudança de postura (difícil de se atingir, reconhecimento) para reverter a “cultura do menor preço” e, de quebra, reconhecer ao Poder Público maior grau de liberdade para decidir, no caso concreto, qual a melhor maneira de licitar e contratar.

3.2.2. Coordenação e enforcement: dois desafios para a atuação de cartéis em licitações

Como visto, a deflagração de um procedimento competitivo é uma estratégia que, em regra, permite à Administração selecionar o contratado mais eficiente e, assim, reduzir os seus próprios custos. Por outro lado, a competitividade não favorece os fornecedores que, buscando maximizar seus lucros, extraem do leilão um incentivo forte para coordenar a sua atuação e, assim, evitar que a concorrência excessiva os leve a uma redução acentuada de seus preços. Segundo ALBANO, BUCCIROSSI, SPAGNOLO e ZANZA, o conluio em licitações funciona de forma muito semelhante aos oligopólios: “*The emergence of 'bidding rings' in procurement, that is, collusive agreements in tendering processes, is driven by forces very similar to those governing cartel formation in oligopolistic markets*”¹⁷⁷. De fato, o estudo do comportamento de cartéis em licitações assemelha-se, em termos estruturais, ao comportamento de fornecedores em um mercado concentrado. Em um leilão, é esperado que os participantes busquem agir coordenadamente para evitar a queda dos seus preços, reproduzindo condições de mercado semelhantes a um oligopólio. Diante disso, não é à toa que uma das maiores contribuições sobre o funcionamento de cartéis em licitações – o artigo seminal de George J. STIGLER, publicado em 1964 no *The Journal of Political Economy* – seja intitulado “*A theory of oligopoly*”¹⁷⁸.

Partindo da premissa de que “*(...) oligopolists wish to collude to maximize joint profits*”¹⁷⁹, STIGLER afirma que a operação de um cartel passa, necessariamente, por um **problema de coordenação**, voltado a disciplinar a atuação conjunta dos seus membros e organizar como serão repartidos os lucros (“*share the pie*”), e por um **problema de**

¹⁷⁷ ALBANO, G. L.; BUCCIROSSI, P.; SPAGNOLO, G.; ZANZA, M.; “Preventing collusion in procurement”. op. cit., p. 347.

¹⁷⁸ STIGLER, George J. “A theory of oligopoly”. *The Journal of Political Economy*. University of Chicago, Volume 72, Issue 1, feb./1964, pp. 44-61.

¹⁷⁹ STIGLER, George J. “A theory of oligopoly”. op. cit., p. 44.

enforcement, consistente em detectar desvios – como vender abaixo dos preços combinados (“*price-cutting*”), por exemplo – e em punir aqueles que deixem de agir conforme o esquema¹⁸⁰. “*Let us assume – afirma o autor – that the collusion has been effected, and a price structure agreed upon. It is a well-established proposition that if any member of the agreement can secretly violate it, he will gain larger profits than by conforming to it*”¹⁸¹.

De forma genérica, entende-se por “conluio” qualquer conduta adotada por um grupo de empresas que pretenda reproduzir ou ao menos aproximar o mercado a uma estrutura monopolística¹⁸². O conluio pressupõe alguma forma de coordenação, explícita ou implícita, entre as empresas. Para KOVACIC, MARSHALL, MARX e RAIFF, “(...) *in order to succeed, cartels had to reach a consensus on the terms of their cooperation, detect deviations from their agreement, and punish defectors. To this list could be added the challenge of co-opting or forestalling entrants who might be attracted to the market by the high prices fostered by the cartel*”¹⁸³. O membro de um acordo horizontal sempre tem um forte incentivo para violá-lo: afinal, em regra, quem frustra o cartel vence o certame e garante para si a adjudicação do contrato. Por isso que a obtenção de informações rápidas e precisas sobre os preços praticados pelas firmas em conluio constitui um elemento fundamental para detectar desvios e, assim, facilitar o *enforcement* do cartel. Isso é particularmente sensível nas licitações, campo em que a publicidade é a regra e o sigilo, exceção.

Os dois problemas no funcionamento de cartéis: coordenação e enforcement

Problema de coordenação	Problema de <i>enforcement</i>
<ul style="list-style-type: none"> • Organização do acordo horizontal e do papel que cabe a cada um dos membros. • Estipulação de regras simples para dividir os lucros do cartel e/ou dividir o mercado; • Aumento dos lucros advindos do esquema fraudulento; 	<ul style="list-style-type: none"> • Mecanismos para monitorar e detectar eventuais desvios ao cartel; • Meios efetivos para “punir” empresas que, unilateralmente, deixem de participar do esquema, reduzindo seus lucros e sua participação no mercado.

Tabela 6. *Elaboração do autor com base em STIGLER, George J. “A theory of oligopoly”. The Journal of Political Economy. University of Chicago, Volume 72, Issue 1, feb./1964*

¹⁸⁰ “*Enforcement consists basically of detecting significant deviations from the agreed-upon prices. Once detected, the deviations will tend to disappear because they are no longer secret (...)*”. STIGLER, George J. “A theory of oligopoly”. op. cit., p. 46.

¹⁸¹ STIGLER, George J. “A theory of oligopoly”. op. cit., p. 46

¹⁸² “*What does collusion means? For practical purposes, collusion can be thought of as any conduct adopted by a group of firms that aims at reproducing or approximating the market outcome induced by a single, dominant firm*”. ALBANO, G. L.; BUCCIROSSI, P.; SPAGNOLO, G.; ZANZA, M.; “Preventing collusion in procurement”. op. cit., p. 348.

¹⁸³ KOVACIC, W.; MARSHALL, R.; MARX, L.; RAIFF, M. “Bidding rings and the design of anti-collusive measures for auctions and procurements”. op. cit., p. 386.

Todo fator que mitigue esses dois problemas, simplificando a coordenação ou facilitando o *enforcement* dos cartéis, constitui um incentivo potencial para práticas de corrupção que deve ser minorado ou evitado por intermédio da modelagem da licitação e do contrato. Inversamente, as medidas que dificultem a coordenação e *enforcement* dos acordos horizontais possuem caráter anticolusivo e, por isso, merecem ser reforçadas e intensificadas pelo *design* da contratação. Na feliz síntese de ALBANO, BUCCIROSSI, SPAGNOLO e ZANZA, pode-se concluir “(...) *that a factor facilitates collusion if (i) it helps firms solve the 'coordination problem' by providing a simple rule to 'share the pie'; or (ii) it reduces the short-run profits a firm can gain by renegeing on the collusive agreement; or (iii) makes punishment swifter or more severe; or (iv) it increases the level of collusive profits*”, lembrando que “[t]he opposite statement is true if conditions (i)-(iv) are reversed”¹⁸⁴.

Segundo os autores, as estratégias mais frequentes para a atuação de cartéis em licitações – o que, na literatura estrangeira, é conhecido por “*bid-rigging*”¹⁸⁵⁻¹⁸⁶ – são três.

Na **combinação de preços** (“*price-fixing*”), as firmas participantes escolhem o vencedor do certame e dividem entre si os lucros advindos do sobrepreço¹⁸⁷. Os demais membros do cartel participam da fraude deixando de entrar na disputa, descumprindo propositadamente requisitos de habilitação ou, ainda, apresentando propostas falsas, muito elevadas, manifestamente inexecutáveis ou que ofertem condições menos favoráveis à Administração (“*phoney bids*” ou “*cover bids*”¹⁸⁸). Esses “licitantes”, contudo, “(...) *are not intended to win, but are designed to create the appearance of competition*”¹⁸⁹. Normalmente, a combinação de preços está associada a um padrão de rodízio (“*bid rotation scheme*”) entre as empresas participantes, os quais se alternam na posição de vencedor. Note-se que a

¹⁸⁴ ALBANO, G. L.; BUCCIROSSI, P.; SPAGNOLO, G.; ZANZA, M.; “Preventing collusion in procurement”. op. cit., p. 349.

¹⁸⁵ Não existe, segundo Nuno Cunha Rodrigues, uma expressão que permita a tradução da expressão *bid rigging* para o português. Na Europa, a Comissão Europeia a traduz como “*manipulação fraudulenta*” em concursos públicos – leia-se, licitações – não sendo suficiente para abarcar, além da colusão, todos os possíveis caminhos de fraude envolvendo práticas anticoncorrenciais em contratações públicas. RODRIGUES, Nuno Cunha. *A Contratação Pública como Instrumento de Política Económica*. op. cit., p. 351, nt. 1061.

¹⁸⁶ Desde a década de 1940 as fraudes em licitações (“*bid rigging*”) têm sido consideradas infrações *per se* à *Section I* do Sherman Act. KOVACIC, W.; MARSHALL, R.; MARX, L.; RAIFF, M. “Bidding rings and the design of anti-collusive measures for auctions and procurements”. op. cit., pp. 381-411.

¹⁸⁷ ALBANO, G. L.; BUCCIROSSI, P.; SPAGNOLO, G.; ZANZA, M.; “Preventing collusion in procurement”. op. cit., pp. 348-349

¹⁸⁸ Para Nuno Cunha Rodrigues, podem ser traduzidas para o português como “propostas sombra”. Visam “(...) *simular a existência de concorrência e ocultar a existência de acordos entre as empresas proponentes*”. RODRIGUES, Nuno Cunha. *A Contratação Pública como Instrumento de Política Económica*. op. cit., p. 359.

¹⁸⁹ KOVACIC, W.; MARSHALL, R.; MARX, L.; RAIFF, M.; “Bidding rings and the design of anti-collusive measures for auctions and procurements”. op. cit., p. 395.

definição do critério para o rodízio demanda alguma forma de comunicação pelo cartel, gerando reflexos no problema de coordenação. Um exemplo bastante interessante nesse sentido reside na célebre “*Electrical Conspiracy*”, da década de 1950. No caso, o esquema de rotação empregado pelo cartel formado por fornecedores de equipamentos elétricos ao governo americano seguia um critério bastante criativo: o que definia o vencedor de cada licitação era a fase da lua no momento do certame – essa estratégia favorecia o conluio pois reduzia os custos de comunicação *ex ante* do cartel, dificultando também a sua descoberta pelas autoridades¹⁹⁰.

O dia-a-dia da Administração Pública é uma fonte bastante rica em exemplos no que se refere à combinação de preços em licitações. Tanto que, em fevereiro de 2009, a OCDE elaborou um documento denominado “Diretrizes para Combater o Conluio entre Concorrentes em Contratações Públicas”¹⁹¹ que, ao prescrever mecanismos de combate à corrupção, sintetiza com propriedade o funcionamento desses esquemas fraudulentos em certames licitatórios:

***Propostas fictícias ou de Cobertura.** As propostas fictícias, ou de cobertura (também designadas como complementares, de cortesia, figurativas ou simbólicas) são a forma mais frequente de implementação dos esquemas de conluio entre concorrentes. Ocorre quando indivíduos ou empresas combinam submeter propostas que envolvem, pelo menos, um dos seguintes comportamentos: um dos concorrentes aceita apresentar uma proposta mais elevada do que a proposta do candidato escolhido, um concorrente apresenta uma proposta que já sabe de antemão que é demasiado elevada para ser aceita, ou um concorrente apresenta uma proposta que contém condições específicas que sabe de antemão que serão inaceitáveis para o comprador. As propostas fictícias são concebidas para dar a aparência de uma concorrência genuína entre os licitantes;*

***Supressão de propostas.** Os esquemas de supressão de propostas envolvem acordos entre os concorrentes nos quais uma ou mais empresas estipulam abster-se de concorrer ou retiram uma proposta previamente apresentada para que a proposta do concorrente escolhido seja aceita. Fundamentalmente, a supressão de propostas implica que uma empresa não apresenta uma proposta para apreciação final;*

***Propostas rotativas ou rodízio.** Nos esquemas de propostas rotativas (ou rodízio), as empresas conspiradoras continuam a concorrer, mas combinam apresentar alternadamente a proposta vencedora (i.e. a proposta de valor mais baixo). As formas como os acordos de propostas rotativas são implementados pode variar. Por exemplo, os conspiradores*

¹⁹⁰ LIRA, Bruno e NÓBREGA, Marcos. “O Estatuto do RDC é contrário aos cartéis em licitação? Uma breve análise baseada na teoria dos leilões”. op. cit., pp. 08-11.

¹⁹¹ O documento da OCDE, que contém diversas recomendações aos órgãos nacionais de compras públicas, pode ser encontrado em <http://www.comprasnet.gov.br/banner/seguro/diretrizes-ocde.pdf>. Acesso em 11/11/2016, p. 3. Os grifos são do original.

podem decidir atribuir aproximadamente os mesmos valores monetários de um determinado grupo de contratos a cada empresa ou atribuir a cada uma valores que correspondam ao seu respectivo tamanho;

Em segundo lugar, nos **acordos de divisão de mercado** (“*market-sharing agreements*”), o cartel divide órgãos e entes públicos por região geográfica, esfera de governo, área de atuação ou outro critério relevante para que, posteriormente, as licitações por eles realizadas sejam assinaladas a um membro pré-determinado do esquema, que vencerá a licitação com a ajuda dos demais integrantes do cartel¹⁹². Desse modo, “(...) *each cartel member apart from the designated winner agrees to submit a phoney bid*”¹⁹³, eliminando a concorrência de outros fornecedores para que o acordo horizontal possa lotear, entre si, o mercado público¹⁹⁴. LIRA e NÓBREGA citam o exemplo do cartel das vitaminas por meio do qual BASF A.G, Hoffman-La Roche AG, Aventis S.A, Merck KgaA e Solvay Pharmaceuticals dividiram o mundo em regiões de atuação entre 1990 e 1999 para reduzir artificialmente a concorrência no mercado de vitaminas A, B2, B5, C, E e beta-caroteno. O cartel só foi descoberto porque a Rhone-Poulenc, atual Aventis, delatou a prática a autoridades norte-americanas e europeias em troca de imunidade¹⁹⁵.

Por fim, com a **cobrança de taxas para a apresentação de propostas** (“*bidding fees*”), o cartel impõe o pagamento desses valores aos eventuais interessados na licitação que, em consequência, os repassam à Administração em seus preços¹⁹⁶. O montante

¹⁹² Segundo a OCDE, no mesmo relatório citado acima: “*Os concorrentes definem os contornos do mercado e acordam em não concorrer para determinados clientes ou em áreas geográficas específicas. As empresas concorrentes podem, por exemplo, atribuir clientes específicos ou tipos de clientes a diferentes empresas, para que os demais concorrentes não apresentem propostas (ou apresentem apenas uma proposta fictícia) para contratos ofertados por essas classes de potenciais clientes. Em troca, o concorrente não apresenta propostas competitivas a um grupo específico de clientes atribuído a outras empresas integrantes do cartel*”. ORGANIZAÇÃO PARA COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO – OCDE. “Diretrizes para Combater o Conluio entre Concorrentes em Contratações Públicas”, fev./2009. op. cit., p. 3.

¹⁹³ ALBANO, G. L.; BUCCIROSSI, P.; SPAGNOLO, G.; ZANZA, M.; “Preventing collusion in procurement”. op. cit., p. 349.

¹⁹⁴ “*Toda vez que um órgão público publica um edital de licitação, na verdade, não é poder público que vai escolher a melhor proposta, como está feito na lei. Sabemos que as empreiteiras se reúnem antes e sabem, mais ou menos, que ocorreram novos editais naquele Estado, e eles dividem o território brasileiro. Então, escala-se uma empresa para ganhar a licitação em Mato Grosso, outra no Espírito Santo, e outra em outro trecho diferente*”. Discurso do Senador Gerson Camata, do PDC/ES, sobre o Projeto de Lei nº 1.491/199, publicado no DCN, Seção II, 22.1.1993, p. 597, *apud* ROSILHO, André Janjácómo. *Licitação no Brasil*. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 152.

¹⁹⁵ LIRA, Bruno e NÓBREGA, Marcos. “O Estatuto do RDC é contrário aos cartéis em licitação? Uma breve análise baseada na teoria dos leilões”. op. cit., p. 10.

¹⁹⁶ “*Bidding fees*’, whereby a trade association (or a consortium) charges a fee for the privilege of submitting a bid (...) Funds accumulated through bidding fees are later returned to the cartel members according to some predetermined sharing rule”. ALBANO, G. L.; BUCCIROSSI, P.; SPAGNOLO, G.; ZANZA, M.; “Preventing collusion in procurement”. op. cit., p. 349.

arrecadado é dividido entre os membros do cartel ou acaba servindo para manter o próprio acordo horizontal, financiando propinas e custeando a sua operação.

3.2.3. Fatores pró e anticorrupção em licitações e contratos públicos

Feitas essas considerações sobre a atuação dos cartéis em licitações e, principalmente, conhecidos os dois problemas – coordenação e *enforcement* – pelos quais os acordos horizontais devem triunfar para serem efetivos, passo agora a analisar o impacto de alguns fatores para a ocorrência de fraudes, conluio e corrupção em licitações públicas. Sirvo-me, para tanto, da distinção elaborada por ALBANO, BUCCIROSSI, SPAGNOLO e ZANZA em estudo que é referência sobre o tema¹⁹⁷, no qual os autores diferenciam os efeitos pró e anticolusivos decorrentes de fatores estruturais, de um lado, daqueles que provém do *design* da contratação e do procedimento licitatório que a antecede, de outro.

3.2.3.1. Fatores pró e anticorrupção decorrentes de fatores estruturais

3.2.3.1.1. Número de competidores e barreiras à entrada

Quanto maior o número de competidores, mais dificultosa será a coordenação entre eles para combinar preços ou dividir o mercado. O número de licitantes está diretamente relacionado com as estruturas de mercado, ou seja, quanto mais concentrado um setor, mais simples será obter um acordo e impor a sua observância a todos os concorrentes¹⁹⁸. Além disso, um grande número de membros no cartel diminui os ganhos individuais de cada empresa, favorecendo a deserção e o insucesso do esquema fraudulento.

Entretanto, não é raro que associações de classe e sindicatos ajudem a mitigar esses problemas de coordenação e *enforcement* e contribuam para criar as condições necessárias à formação e à operação de um cartel diante de um número grande de fornecedores. A respeito, vale lembrar que dois dos maiores cartéis condenados pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (“CADE”) – o cartel das britas, na Região

¹⁹⁷ ALBANO, G.L.; BUCCIROSSI, P.; SPAGNOLO, G.; ZANZA, M. “Preventing collusion in procurement”. op. cit. pp. 347-380.

¹⁹⁸ LIRA, Bruno e NÓBREGA, Marcos. “O Estatuto do RDC é contrário aos cartéis em licitação? Uma breve análise baseada na teoria dos leilões”. op. cit. pp. 04-06 (item 3).

Metropolitana de São Paulo¹⁹⁹, e o cartel dos vigilantes, no Rio Grande do Sul²⁰⁰ – contaram com o envolvimento ativo de sindicatos e associações de classe, os quais exerceram papel fundamental para a estruturação de ambos os acordos horizontais e seu efetivo funcionamento em mercados pouco concentrados²⁰¹.

O ingresso, efetivo ou potencial, de novos competidores em um mercado é um fator que aumenta a competição e desestimula fortemente a formação de cartéis em licitações. Quando a entrada for livre e a procura, pouco elástica, qualquer aumento de preços atrai novos competidores²⁰², os quais poderão apresentar propostas mais baixas. Essa pressão concorrencial torna mais dificultoso o conluio. Ao revés, a existência de barreiras à entrada reduz a competição, limita o ingresso de novos participantes e potencializa os ganhos de um cartel, além de facilitar o seu *enforcement* por conta da maior facilidade de aplicação de sanções às empresas que abandonem o esquema. Daí a importância em simplificar os

¹⁹⁹ O cartel envolvia fornecedores de pedra britada na Região Metropolitana de São Paulo, um insumo importante para o setor da construção civil. O cartel atuava perante o Poder Público e também consumidores particulares, fixando preços, restringindo a produção e fraudando licitações, tendo inclusive criado um software para direcionar as vendas entre os membros e, assim, fiscalizar o cumprimento do acordo. A SDE, do Ministério da Justiça, completou as investigações em 2004, concluindo que 18 empresas – bem como o sindicato do setor, o *Sindipedras* – deveriam ser condenados por prática de cartel. O CADE, pelo Processo Administrativo nº 08012.002127/2002-14, multou as empresas investigadas em 15% a 20% do faturamento bruto em 2001, dependendo do respectivo grau de envolvimento de cada uma na administração do cartel. BRASIL. Departamento de Proteção e Defesa Econômica da Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça. *Combate a cartéis em licitações: guia prático para pregoeiros e membros de comissão de licitação*. Disponível em: http://www.4icfex.eb.mil.br/index.php?option=com_content&view=article&id=118:combate-a-carteis-em-licitacoes&catid=26:atencao&Itemid=21. Acesso em 23/11/2016.

²⁰⁰ O cartel dos vigilantes tinha como foco fraudar os certames licitatórios organizados pela Secretaria Municipal da Saúde de Porto Alegre e pela Superintendência Regional da Receita Federal do Rio Grande do Sul. O esquema só foi descoberto após a delação de um dos participantes, dando origem ao Processo Administrativo nº 08012.001826/2003-10. A decisão do CADE, em 2007, aplicou multas entre 15 a 20% de faturamento bruto em 2002 a 16 empresas, atingindo também executivos das empresas condenadas e associações de classe. BRASIL. Departamento de Proteção e Defesa Econômica da Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça. *Combate a cartéis em licitações: guia prático para pregoeiros e membros de comissão de licitação*. op. cit.

²⁰¹ BRASIL. Ministério da Justiça. *Análise dos aspectos concorrenciais do PLC nº 32/2007*. Brasília: SDE/CGCP, 2008.

²⁰² Quando maior a elasticidade da procura, maiores serão as variações na quantidade demandada de determinado bem diante de um pequeno acréscimo de preços. Quando a demanda for elástica, um pequeno aumento nos preços implicará em um aumento mais do que proporcional da quantidade demandada. Se a demanda for inelástica, um mesmo aumento nos preços implicará em uma redução muito pequena, menos do que proporcional, da quantidade demandada. Assim, a inelasticidade da demanda torna lucrativo o aumento de preços, aumentando também o poder de mercado do agente. Afinal, se a demanda for infinitamente elástica (perfeitamente elástica), o preço de mercado se manterá constante independentemente da quantidade ofertada. NUSDEO, Fabio. *Curso de Economia. Introdução ao Direito Econômico*. op.cit., pp. 231-246.

procedimentos de contratação mediante o uso intensivo de ferramentas de TI²⁰³, na esteira do pregão eletrônico e do RDC eletrônico, por exemplo²⁰⁴.

Além disso, segundo ALBANO, BUCCIROSSI, SPAGNOLO e ZANZA, o fracionamento e a divisão do objeto licitado pelo Poder Público “(...) *may also foster participation by augmenting the number of lots and, consequently, by lowering their individual economic value (thus lowering a possible barrier to entry); smaller firms should then find it easier to participate in the competitive bidding*”²⁰⁵. O *design* da licitação, portanto, deve levar em conta a estrutura de mercado e a complexidade dos objetos a serem contratados a fim de fornecer os incentivos corretos para estimular a participação e, ao mesmo tempo, dificultar o conluio e a formação de cartéis.

3.2.3.1.2. Disponibilidade de informações sobre o certame

Muito embora contrarie o senso comum, a literatura alerta que a adoção de uma política de transparência ampla, geral e irrestrita, com a disponibilidade de grande volume de informações sobre os licitantes e sobre o procedimento de adjudicação em si pode facilitar o conluio na medida em que permite ao cartel detectar potenciais rivais e punir rapidamente as firmas desertoras, simplificando o problema de *enforcement*. Afinal, é “(...) *almost impossible to sustain collusion if each firm is unable to observe its competitors' strategies*”, o que se torna tarefa simples em face de uma extensa “(...) *amount of information disclosed to bidders across different phases of the same tendering process*”²⁰⁶. Para Nuno Cunha RODRIGUES²⁰⁷:

A publicação antecipada de detalhes relativos às necessidades e aos critérios de escolha da entidade adjudicante ou, noutra perspectiva, a publicação de dados relativos às propostas recebidas facilita a formação de cartéis em contratos públicos ou desvios às regras acordadas entre as empresas participantes na colusão ilícita, porque a transmissão de informação sobre critérios de adjudicação e respectiva ponderação reduz

²⁰³ “*There are many ways to ease entry in procurement, including simplifying tender procedures, reducing entry fees, or using on-line auctions*”. ALBANO, G. L.; BUCCIROSSI, P.; SPAGNOLO, G.; ZANZA, M.; “*Preventing collusion in procurement*”. op. cit., p. 351.

²⁰⁴ O RDC eletrônico já é realidade em um módulo específico do *ComprasNet*, na esfera federal, e na SABESP, no âmbito do Estado de São Paulo.

²⁰⁵ ALBANO, G. L.; BUCCIROSSI, P.; SPAGNOLO, G.; ZANZA, M.; “*Preventing collusion in procurement*”. op. cit., p. 351.

²⁰⁶ ALBANO, G. L.; BUCCIROSSI, P.; SPAGNOLO, G.; ZANZA, M.; “*Preventing collusion in procurement*”. op. cit., p. 352, ambos os excertos.

²⁰⁷ RODRIGUES, Nuno Cunha. “*A Contratação Pública como Instrumento de Política Económica*”. op. cit., p. 365, nt. 1104.

a incerteza dos concorrentes, facilitando a elaboração de propostas sombra ou a instituição de um entendimento de partilha dos contratos.

Contudo, como a Administração Pública está comprometida legal e constitucionalmente com o dever de publicidade dos seus atos, criam-se condições propícias para que os licitantes definam estratégias comuns, monitorem o mercado e punam os competidores que venham a desertar de eventual cartel. Afinal, como lembra STIGLER, "*There is one type of buyer who usually reveals the price he pays, and does not accept secret benefices: the government. The system of sealed bids, publicly opened with full identification of each bidder's price and specifications, is the ideal instrument for the detection of price cutting*". É por essa razão que "*(...) collusion will always be more effective against buyers who report correctly and fully the prices tendered to them*"²⁰⁸.

Como as licitações são públicas e torna-las secretas não é juridicamente possível, ALBANO, BUCCIROSSI, SPAGNOLO e ZANZA sugerem que se altere o momento da "*disclosure*" de alguns dos dados do procedimento, atrasando na maior medida possível a divulgação da identidade dos licitantes e de outras informações sobre o certame, de maneira a dificultar a coordenação e o *enforcement* do cartel²⁰⁹. Por exemplo, os autores afirmam que a publicidade deve ser restringida ao máximo *antes e durante* a realização de um leilão aberto a fim de evitar o conhecimento da identidade dos licitantes, sendo, contudo, impositiva a divulgação desses dados *após* a adjudicação do objeto ao vencedor. É o que ocorre hoje no pregão, notadamente quando o certame é realizado na forma eletrônica. Na mesma linha, a inversão das fases de habilitação e de julgamento das propostas também constitui um aspecto procedimental que posterga o conhecimento da identidade dos licitantes, diminuindo assim as oportunidades para o conluio.

3.2.3.1.3. Assimetrias e heterogeneidade

Na perspectiva dos licitantes, a existência de assimetrias "*(...) in market shares, cost, capacity, product range and quality*" entre os competidores pode ser causa de instabilidade em um acordo horizontal, pois torna-se mais difícil coordenar os interesses conflitantes de firmas grandes e pequenas enquanto membros de um mesmo cartel. STIGLER ressalta que

²⁰⁸ STIGLER, George J. "A theory of oligopoly". op. cit., p. 48, ambos os trechos.

²⁰⁹ ALBANO, G. L.; BUCCIROSSI, P.; SPAGNOLO, G.; ZANZA, M.; "Preventing collusion in procurement". op. cit., p. 352.

“(...) *oligopolistic collusion will often be effective against small buyers even when it is ineffective against large buyers*”²¹⁰. Assim, tendo em vista que os pequenos compradores são mais suscetíveis aos cartéis, a aglutinação da demanda da Administração em grandes quantidades – seja pela formação de lotes maiores, seja pela centralização das contratações em agências e órgãos centrais de compras – pode servir para “criar” uma heterogeneidade artificial e, com isso, e dificultar o funcionamento dos cartéis em licitações. Quando o mercado é assimétrico, o Poder Público pode tirar vantagem dessa situação definindo que a adjudicação do procedimento licitatório será cindida em lotes homogêneos e simétricos. Inversamente, quando os potenciais licitantes integram um mercado simétrico, no qual os *players* possuam parcelas semelhantes de poder de mercado, dividir a contratação em lotes assimétricos pode desestabilizar possíveis esquemas fraudulentos, estimulando a quebra do acordo.

Sob o ponto de vista do objeto da contratação, os parâmetros e especificações técnicas exigidas no edital constituem a fronteira para a aceitabilidade, ou não, de bens substitutos. A respeito, cabe ressaltar que os bens e serviços disponíveis no mercado, em termos econômicos, normalmente não são considerados homogêneos pelos consumidores. Diferem horizontalmente, pela combinação de suas características (cor, forma, estrutura, localização, etc.), e verticalmente, pela sua qualidade – essas diferenças criam assimetrias que dificultam a colusão²¹¹. STIGLER afirma que a homogeneidade de produtos no mercado deve ser encarada sob uma perspectiva dupla, seja pela ótica dos compradores, seja pela dos vendedores. A homogeneidade absoluta só poderia ser alcançada se houvesse uma elasticidade infinita da demanda na substituição de um produto por outro – ou seja, tanto faz para o comprador adquirir “A” ou “B”, e para o vendedor em oferecer “C” ou “D”. Portanto, o comportamento dos vendedores e dos compradores é o critério fundamental para que se possam considerar dois produtos como homogêneos ou equivalentes²¹².

3.2.3.1.4. Centralização e descentralização das contratações públicas

Nicola DIMITRI, Federico DINI e Gustavo PIGA identificam três modelos organizacionais de *public procurement*, desde a centralização (“*full centralization*”) à

²¹⁰ STIGLER, George J. “A theory of oligopoly”. op. cit., p. 47.

²¹¹ “*Vertical differentiation creates asymmetries that can disrupt collusion. To some extent, a firm that offers a better quality is situated as if it were enjoying a cost advantage*”. ALBANO, G. L.; BUCCIROSSI, P.; SPAGNOLO, G.; ZANZA, M.; “Preventing collusion in procurement”. op. cit., pp. 356-357.

²¹² STIGLER, George J. “A theory of oligopoly”. op. cit., pp. 44-45.

descentralização completa (“*full decentralization*”), passando por modelos híbridos nos quais as unidades centrais e locais participam, em maior ou menor medida, do processo de tomada de decisões acerca de contratações públicas. Segundo os autores, um modelo “(...) *is fully centralized when all the relevant decisions (what, how and when) to purchase products, whether by competitive tendering procedures or by negotiations, are in the hands of a company headquarters or a central public unit dedicated to buying products to satisfy the needs of the company or public offices*”, sendo “(...) *decentralized when divisions or local administrations are delegated the power to decide how, what and when to procure*”²¹³.

Para Luigi FIORENTINO, os aspectos organizacionais de um sistema nacional de contratações públicas não escapam das tensões imanentes às complexas relações entre centro e periferia²¹⁴. É por esse motivo que tem sido recorrente a adoção de modelos híbridos, nos quais se reconhece às unidades locais algum grau de autonomia para licitar e contratar, cabendo a um órgão ou central o exercício das funções de orientação e coordenação superior do sistema. Alguns países optaram por uma estrutura societária, nas variantes dinamarquesa (“SKI”), italiana (“CONSIP”) ou francesa (“UGAP”), pela qual empresas estatais assumem a posição de intermediário para viabilizar contratações em escala ou, então, encarregam-se diretamente do fornecimento de bens e da prestação de serviços à Administração Pública, direta e indireta²¹⁵. De todo modo, FIORENTINO aponta uma tendência cada vez mais forte de valorização dos modelos de gestão de compras praticados no setor privado, em “(...) *un processo di 'convergenza' dei modelli gestionali delle organizzazioni pubbliche verso i modelli delle organizzazioni private*”²¹⁶.

Segundo DIMITRI, DINI e PIGA, a centralização acarreta vários benefícios, tais como a maior possibilidade de controle do gasto público e o aumento da eficiência dos processos de *sourcing*, em especial pela geração de elevadas economias de escala e uma especialização mais intensa dos gestores, com aprimoramento dos recursos humanos e compartilhamento

²¹³ DIMITRI, N.; DINI, F. e PIGA, G. “When should procurement be centralized?”, op. cit., p. 48.

²¹⁴ FIORENTINO, Luigi. “Conclusioni e Proposte”. In: FIORENTINO, Luigi (org.). *Lo stato compratore. L'acquisto di beni e servizi nelle pubbliche amministrazioni*. Bologna: Il Mulino, 2007, pp. 325-342. Sobre a centralização, confira especificamente as pp. 330-334.

²¹⁵ Na França, a *Union des groupements d'achats publics* (“UGAP”) era responsável pelo fornecimento de bens (comprados no mercado e revendidos ao setor público) e pela execução direta de serviços terceirizados à Administração central, por quem era contratada diretamente sem a necessidade de licitação. Este modelo sofreu sucessivos aperfeiçoamentos ao longo das décadas de 1990 e 2000, reposicionando as funções da UGAP para um papel de padronização e estabelecimento de *standards* a serem observados pelos órgãos e entes públicos mesmo quando estes optarem por deflagrar por si mesmos um certame licitatório. Com isso, o funcionamento da UGAP aproximou-se da operação de outras estatais que cumulam a função de “central de compras”, como a SKI e a CONSIP.

²¹⁶ FIORENTINO, Luigi. “Conclusioni e Proposte”. op. cit., p. 331.

de experiências e informações. Como é possível perceber, os benefícios da centralização são maiores quando a complexidade do objeto for menor, o que simplifica os esforços de padronização e favorece a aglutinação da demanda gerada pelo setor público. Ademais, centralizar as contratações agrava o problema de coordenação e dificulta a atuação de carteis, porquanto a divisão de mercado e a captura são, em regra, facilitadas pela descentralização "(...) *since a local unit may be more inclined, than the centre, to favour local suppliers*", até porque "(...) *the higher visibility of central units make corruption more difficult to entertain*"²¹⁷⁻²¹⁸.

Por outro lado, a centralização pode dificultar o acesso de Microempresas e Empresas de Pequeno Porte ao mercado público, já que "(...) *with few, large lots small businesses can face difficulties in accessing centralized procurement competitions; this could induce discontent, and related political pressure for alternative procedures*"²¹⁹, não obstante essa dificuldade possa ser atenuada pelo estabelecimento de quotas e pela divisão do objeto em lotes ("*package bidding*")²²⁰. Para FIORENTINO, a grande desvantagem dos modelos centralizados ("*modelli centralistici*") sobre os descentralizados ("*modelli decentrati*") reside nos seus "(...) *aspetti negativi in termini di efficienza ed efficacia dei processi: i tempi di risposta non sono brevi e i processi di acquisto hanno aggravamenti procedurali tali da non consentire tempi di risposta brevi, rapidi. Si riscontrano, quindi, diseconomie gestionali che incidono anche sul modello di management*"²²¹. DIMITRI, DINI e PIGA reconhecem que a descentralização pode ser mais prática para atender às contratações do dia-a-dia do Poder Público "(...) *since local units can deal quickly with local suppliers, reducing the risk of delay or default or else unexpected events such as over-consumption and inadequate quality*"²²².

²¹⁷ DIMITRI, N.; DINI, F. e PIGA, G. "When should procurement be centralized?", op. cit., p. 59.

²¹⁸ Por outro lado, Piga afirma que a centralização pode aumentar os riscos de captura nos ambientes em que a corrupção seja sistêmica: "*Furthermore, it is likely that systemic corruption will be more effective with a centralized system because a single, dominant network would have to capture only one procurement official*". PIGA, Gustavo. "A fighting chance against corruption in public procurement?". op. cit., p. 170.

²¹⁹ DIMITRI, N.; DINI, F. e PIGA, G. "When should procurement be centralized?", op. cit., p. 60.

²²⁰ O alegado favorecimento de empresas de grande porte foi um dos argumentos utilizados pelo Parlamento italiano para limitar a atuação da CONSIP, entre 2003 e 2004, por conta de uma excessiva centralização operada nos anos anteriores. A tutela de pequenas e médias empresas no mercado público foi apresentada como justificativa para a edição de leis e atos normativos que reduzissem a vinculação da Administração Pública italiana à estatal. MINGANTI, Lorenzo e ZUCCOLOTTO, Stefania. "Evoluzione storica del processo d'acquisto della pubblica amministrazione". In: FIORENTINO, Luigi (org.). *Lo stato compratore. L'acquisto di beni e servizi nelle pubbliche amministrazioni*. Bologna: Il Mulino, 2007, pp. 47-78. cf. pp. 67-70.

²²¹ FIORENTINO, Luigi. "Conclusioni e Proposte". op. cit., p. 331.

²²² DIMITRI, N.; DINI, F. e PIGA, G. "When should procurement be centralized?", op. cit., p. 66.

Recentemente, os custos associados à transmissão de informações e às consequentes assimetrias entre centro e periferia (um dos principais argumentos em favor da descentralização) foram significativamente reduzidos pelo “*e-procurement*”, com a aplicação de soluções de TI às contratações públicas²²³. A tecnologia reduz os custos de comunicação entre a unidade central e as locais, diminuindo custos de transação mesmo em face da dispersão geográfica das unidades compradoras²²⁴, o que tem renovado o fôlego em favor da tendência à centralização em diversos países²²⁵.

3.2.3.2. Fatores pró e anticorrupção decorrentes da modelagem da licitação e do contrato

3.2.3.2.1. Formatos de leilão

Em um leilão aberto, a apresentação de lances sequenciais e diretos pelos participantes é uma circunstância que facilita o *enforcement* do cartel, porquanto torna possível a identificação dos proponentes, a detecção de desvios e a aplicação de sanções aos desertores do esquema fraudulento. Em uma sessão presencial, os membros do cartel serão capazes de verificar prontamente qual firma não seguiu o acordado, podendo agir de forma vigorosa para excluí-la do certame. A apresentação de lances facilita a comunicação e o intercâmbio de informações entre os membros do cartel. Tal comunicação, que serve principalmente para coordenar a atuação dos membros e organizar a divisão de ganhos, pode ser feita *ex ante*, *ex post* ou mesmo *durante* a realização do procedimento.

²²³ “*E-procurement increases efficiency by reducing the cost of human resources in purchasing offices and administrative (time-consuming) paper-based procedures*”. DIMITRI, N.; DINI, F. e PIGA, G. “When should procurement be centralized?”, op. cit., p. 75.

²²⁴ “(...) *for example, economies of scale lower unit costs of qualified personnel (IT, legal, strategic and sourcing) working for a procuring unit; the buyer’s bargaining power increases, and his transaction costs (e.g., competitive tendering committees, official journal publications) tend to decrease*” DIMITRI, N.; DINI, F. e PIGA, G. “When should procurement be centralized?”, op. cit., p. 52.

²²⁵ Enquanto Fiuza e Medeiros propõem a criação, no Brasil, de duas agências centrais de contratações públicas, uma normatizadora, outra executiva, é curioso destacar que Luigi Fiorentino – que, escrevendo na Itália, tem como referência um sistema centralizado ao redor da CONSIP s.p.a – propõe o inverso. Aqui se prega a centralização. Lá, o aumento do número de sujeitos atuando no sistema de *procurement*, a fim de que a CONSIP deixe de ser uma central de compras e passe a assumir um papel de coordenação e de indução de inovações e novas tecnologias de *e-procurement* e *e-government*. FIUZA, Eduardo Pedral Sampaio e 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 nº 1990. Rio de Janeiro: Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), 2014, pp. 121-147 e FIORENTINO, Luigi. “Conclusioni e Proposte”. op. cit., pp. 335-342.

Sobre este último ponto, os diversos leilões dos espectros de frequências 2G, 3G e 4G promovidos nos EUA pela Federal Communications Commission (“FCC”) revelaram diversos exemplos de “*in auction collusion*”, tais como o “*code bidding*” (licitantes usam os últimos dígitos do lance ou da proposta para identificar-se), o “*jump bidding*” (os membros do cartel abruptamente apresentam lances mais baixos com o escopo de estimular a desistência dos outros participantes), e o emprego de padrões definidos de “*bid withdrawals*” (desistência de propostas no curso do procedimento, em dado momento ou após superado um patamar pré-determinado, pode servir como forma de identificação). Por este motivo é que nos leilões abertos se recomenda – mormente quando realizado na forma eletrônica – que as propostas sejam divulgadas de forma anônima, estabelecendo-se também valores de redução mínima entre os lances para dificultar a identificação dos licitantes pelos últimos dígitos da proposta.

Um exemplo de fraude envolvendo leilões abertos na jurisprudência dos EUA foi o caso *Finnegan vs. Campeau Corp.*, citado por KOVACIC, MARSHALL, MARX e RAIFF para ilustrar o funcionamento do esquema de supressão de propostas (“*bid suppression scheme*”)²²⁶. Em 1988, as firmas *R.H. Macy & Co. Inc* e *Campeau Corp* participaram de um leilão para a aquisição de uma terceira empresa, a *Federated Departments Stores Inc.*. No entanto, “*Macy and Campeau agreed that Macy would cease bidding and let Campeau be the buyer, thereafter dividing the benefits of their conduct between themselves*”²²⁷. Como se sabe, na supressão de propostas, “*(...) um ou mais concorrentes que, em circunstâncias normais, apresentariam uma proposta independente, acordam em não apresentar propostas ou em retirar uma proposta do concurso, de modo a que um outro concorrente pré-designado seja o vencedor do concurso e possa cobrar, dessa forma, um preço mais elevado*”²²⁸. Considerando a operação do esquema exige que um dos licitantes se retire da competição a fim de que outro vença o certame – tal como aconteceu com *Macy* e *Campeau*, por exemplo – é necessário que haja algum tipo de comunicação *ex ante* ou *durante* o procedimento, o que foi possível no caso graças ao formato aberto do leilão²²⁹:

²²⁶ KOVACIC, W.; MARSHALL, R.; MARX, L.; RAIFF, M. “Bidding rings and the design of anti-collusive measures for auctions and procurements”. op. cit., pp. 390-391.

²²⁷ KOVACIC, W.; MARSHALL, R.; MARX, L.; RAIFF, M. “Bidding rings and the design of anti-collusive measures for auctions and procurements”. op. cit., p. 390.

²²⁸ RODRIGUES, Nuno Cunha. *A Contratação Pública como Instrumento de Política Económica*. op. cit., p. 359.

²²⁹ “*(...) one or more competitors who otherwise would be expected to bid, or who have previously bid, agree to refrain from bidding or withdraw a previously submitted bid so that the designated winning competitor's bid*”

Os leilões fechados, por sua vez, dificultam a atuação dos cartéis porque o sigilo das propostas funciona como incentivo para que um eventual desertor ("*maverick*") apresente uma proposta verdadeira ao invés de uma *phoney bid* e, assim, viole o acordo horizontal. Como nos leilões fechados as propostas são apresentadas, via de regra, uma única vez e em envelopes fechados ("*sealed bid*"), o funcionamento do cartel não pode prescindir de algum grau de comunicação *ex ante* entre seus membros, até porque "(...) *the ring must decide what bids each ring member should submit*"²³⁰, agravando o problema de coordenação. Além disso, o sigilo também dificulta o *enforcement* porque o cartel não consegue detectar prontamente um desvio, uma vez que, quando a identidade do desertor é revelada, este já garantiu para si a adjudicação do contrato²³¹. Por este motivo que, normalmente, a literatura aponta que "(...) *o procedimento mais adequado para evitar problemas concorrenciais, tal como a colusão ilícita, é o realizado por meio de propostas fechadas ('sealed-bid auction'), com um único vencedor, e em que o vencedor ganha tudo ('winner-take-all'), ou seja, em que cada participante sabe que ou ganha a adjudicação de todo o contrato ou não ganha nada*"²³². Não à toa foi este tipo de procedimento o adotado como regra nas modalidades previstas na Lei nº 8.666/1993. Entretanto, vale lembrar que existe um sem-número de leilões mistos que podem combinar de maneira eficiente as virtudes pró-concorrenciais do leilão aberto com as vantagens anticolusivas do leilão fechado, estruturando a modelagem do procedimento da forma e segundo os objetivos que o Poder Público entender mais adequados ao caso concreto. Em certa medida isso já é possível no RDC, eis que o artigo 16 da Lei nº 12.462, de 05 de agosto de 2011, admite a combinação dos modos de disputa aberto e fechado "*na forma do regulamento*", ou seja, nos termos dos artigos 23 e 24 do Decreto nº 7.581, de 11 de outubro de 2011²³³.

will be accepted". KOVACIC, W.; MARSHALL, R.; MARX, L.; RAIFF, M. "Bidding rings and the design of anti-collusive measures for auctions and procurements". op. cit., p. 390.

²³⁰ KOVACIC, W.; MARSHALL, R.; MARX, L.; RAIFF, M. "Bidding rings and the design of anti-collusive measures for auctions and procurements". op. cit., pp. 382-394.

²³¹ KOVACIC, W.; MARSHALL, R.; MARX, L.; RAIFF, M. "Bidding rings and the design of anti-collusive measures for auctions and procurements". op. cit., pp. 392-397.

²³² RODRIGUES, Nuno Cunha. *A Contratação Pública como Instrumento de Política Económica*. op. cit., p. 364.

²³³ Artigos 23 e 24 do Decreto nº 7.581, de 11 de outubro de 2011: "Art. 23. *O instrumento convocatório poderá estabelecer que a disputa seja realizada em duas etapas, sendo a primeira eliminatória*" e "Art. 24. *Os modos de disputa poderão ser combinados da seguinte forma: I - caso o procedimento se inicie pelo modo de disputa fechado, serão classificados para a etapa subsequente os licitantes que apresentarem as três melhores propostas, iniciando-se então a disputa aberta com a apresentação de lances sucessivos, nos termos dos arts. 18 e 19; e II - caso o procedimento se inicie pelo modo de disputa aberto, os licitantes que apresentarem as três melhores propostas oferecerão propostas finais, fechadas*".

3.2.3.2.2. “It takes time to make friends”: a dimensão temporal da corrupção em licitações

Quanto menor for a vigência estipulada para a contratação e, conseqüentemente, mais frequente a deflagração de procedimentos licitatórios pela Administração Pública, mais eficiente será o *enforcement* do cartel, que poderá reprimir desvios mais rapidamente “punindo” os desertores nas licitações futuras. Segundo ALBANO, BUCCIROSSI, SPAGNOLO e ZANZA, “(...) *the frequency of interaction is negatively related to the length of the supply contract: the longer the duration of contracts, the less frequent are the contacts among firms*”²³⁴. Por esse motivo é que se recomenda a pactuação de contratos mais longos, sobretudo nos setores mais concentrados ou com altos riscos de conluio, a fim de reduzir a frequência das interações e proporcionar contratações pouco recorrentes. Porém, a estipulação de uma vigência contratual mais longa nem sempre é algo que está nas mãos do Poder Público: sazonalidades, bem como flutuações de demanda, influenciam diretamente a frequência das interações entre as firmas e o governo. Além disso, contatos frequentes entre as mesmas firmas em vários mercados, de forma simultânea (“*multi-market contact*”), pode facilitar a coordenação nos mercados correlatos, atenuando ou até mesmo compensando as assimetrias que surgiriam em um mercado único. Por isso, advertem os autores, “(...) *while evaluating the frequency of competitive procurements it is important to look also at every market in which large suppliers are active and not only at the single market for each good*”²³⁵, a fim de evitar a ocorrência de distorções.

Licitações periódicas estabelecem padrões de repetição que tornam possível, por exemplo, a formação de um rodízio entre os membros do cartel (“*bid rotation scheme*”) – tal como ocorreu, na Europa, com o cartel das mangueiras marinhas²³⁶, e no Brasil, com o

²³⁴ ALBANO, G. L.; BUCCIROSSI, P.; SPAGNOLO, G.; ZANZA, M.; “Preventing collusion in procurement”. op. cit., p. 352.

²³⁵ ALBANO, G. L.; BUCCIROSSI, P.; SPAGNOLO, G.; ZANZA, M.; “Preventing collusion in procurement”. op. cit., p. 358.

²³⁶ O cartel das mangueiras marinhas (“*marine hose cartel*”) é um exemplo, trazido por Nuno Cunha Rodrigues, de *bid rotation scheme* que pode ser implantado quando as licitações seguirem um calendário conhecido e cíclico. O cartel operava desde 1986 e atuava com mangueiras e dutos para o transporte de petróleo e foi objeto da Decisão da Comissão de 28 de janeiro de 2009 (JOUE 2009/C 168/05). “*Ao abrigo deste sistema, um membro do cartel que recebesse um pedido de informação de um cliente comunicá-lo-ia ao coordenador do cartel que, por seu turno, atribuiria o cliente a um 'campeão', ou seja, ao membro do cartel ao qual deveria ser adjudicado ao contrato. No intuito de garantir que o contrato fosse adjudicado ao 'campeão' no âmbito do concurso, os membros do cartel adoptavam uma tabela de preços de referência e chegavam a acordo sobre os preços a indicar por cada um deles, de molde a que todas as propostas fossem superiores ao preço indicado pelo campeão*” RODRIGUES, Nuno Cunha. *A Contratação Pública como Instrumento de Política Económica*. op. cit., pp. 359-363.

chamado cartel do oxigênio, julgado pelo CADE²³⁷. Assim, quanto maior for o risco de conluio, mais recomendável será a pactuação de contratos mais vultosos, licitados de uma só vez, e com vigência maior. Note-se ainda que intervalos bastante longos entre as contratações podem afrouxar os laços que mantêm unido um cartel: *“Longer time intervals between auctions may encourage ring members to defect from the ring since the potential for retaliation by the other ring members is pushed farther into the future”*²³⁸. Gustavo PIGA, todavia, adverte que contratações mais duradouras tornam mais fácil e efetiva a “captura” da Administração pelo contratado, inclusive mediante estratégias de *lock-in* e de dependência tecnológica²³⁹.

Decio COVIELLO e Stefano GAGLIARDUCCI realizaram um interessante estudo das licitações promovidas por governos locais na Itália, a nível municipal (*“commune”*), entre 2000 e 2005. Os autores buscaram estabelecer alguma relação entre as contratações públicas e o tempo que os políticos locais permanecem no cargo. Os resultados obtidos por COVIELLO e GAGLIARDUCCI foram impressionantes: o estudo concluiu que existe uma relação direta entre a longevidade política a nível local e o aumento da ineficiência dos gastos públicos, reduzindo não só o número de licitantes que participam dos procedimentos, mas também o percentual de desconto obtido pela Administração Pública ao final de cada certame licitatório²⁴⁰. Para COVIELLO e GAGLIARDUCCI, esse dado seria uma evidência de que *“(…) repeated interactions between politicians and contractors increase the chances of collusion at the local level”*, aumentando a probabilidade de corrupção e fraudes em licitações²⁴¹. A frase *“it takes time to make friends”* sintetiza bem esse argumento, mostrando a relevância que a frequência das interações pode assumir para inibir ou estimular práticas colusivas em contratações públicas.

²³⁷ O cartel do oxigênio foi descoberto pelo CADE após busca e apreensão, em fevereiro de 2004, envolvendo o fornecimento de oxigênio a hospitais públicos e privados. O cartel era integrado pelas firmas White Martins, Linde (antiga AGA), Air Liquide, Air Products e Indústria Brasileira de Gases (IBG). LIRA, Bruno e NÓBREGA, Marcos. “O Estatuto do RDC é contrário aos cartéis em licitação? Uma breve análise baseada na teoria dos leilões”. op. cit., p. 6.

²³⁸ KOVACIC, W.; MARSHALL, R.; MARX, L.; RAIFF, M. “Bidding rings and the design of anti-collusive measures for auctions and procurements”. op. cit., p. 406.

²³⁹ “A long-term contract, on the other hand, may increase capture by the supplier by making it harder for the procurer to switch away from him/her thanks to lock-in enhancing strategies”. PIGA, Gustavo. “A fighting chance against corruption in public procurement?”. op. cit., p. 157.

²⁴⁰ COVIELLO, Decio e GAGLIARDUCCI, Stefano, “Building political collusion: evidence from procurement auctions”, *Institute for the Study of Labor (IZA)*, IZA Discussion Papers no. 4939, Bonn, 2010.

²⁴¹ PIGA, Gustavo. “A fighting chance against corruption in public procurement?”. op. cit., p. 145.

3.2.3.2.3. Consórcios e subcontratação

Como dissemos no início deste capítulo, a formação de consórcios e a possibilidade de subcontratação de parte do objeto contratado podem vir a estimular a concorrência na medida em que possibilitam, em contratações de grande porte, a participação de empresas que, por si sós, não conseguiriam atender aos requisitos exigidos pelo Poder Público no instrumento convocatório. Por outro lado, admiti-los na licitação pode mitigar o problema de coordenação e tornar mais simples a atuação de cartéis, mascarando pagamentos indiretos entre seus membros e operacionalizando a distribuição de lucros advindos do esquema fraudulento (“*transfer payments*”)²⁴².

Segundo KOVACIC, MARSHALL, MARX e RAIFF, no caso *U.S. vs. Inryco Inc.*, a promessa de subcontratação futura foi empregada pela empresa *Inryco*, que venceu o certame, como ardil para fazer com que a licitante *Western* apresentasse uma proposta superior e, com isso, fosse desclassificada. Igualmente, no caso *U.S vs. Metropolitan Enterprises Inc.*, verificou-se que diversos *players* que não participaram do certame promovido pelo governo americano foram posteriormente subcontratados pela *Broce Construction Company* para executar parcela dos serviços de pavimentação adjudicados à vencedora²⁴³. Ambos os exemplos deixam claro que a subcontratação pode eventualmente funcionar como um mecanismo de compensação pelo cometimento de uma conduta anticoncorrencial, uma vez que “(...) *bidders who agree not to bid or to submit a losing bid might be compensated by being awarded a subcontract by the winning bidder*”²⁴⁴. Por esse motivo é que a admissibilidade da subcontratação deve ser excepcional e justificada diante da complexidade do objeto e das condições de mercado em cada caso concreto – sendo insuficientes, a meu ver, os vagos critérios hoje previstos no artigo 72 da Lei nº 8.666/1993²⁴⁵.

²⁴² “*Verifica-se quando os concorrentes acordam em não concorrer ou em apresentar uma proposta sobra de forma a não ganharem o concurso, recebendo do vencedor do concurso, em contrapartida, subcontratos ou contratos de fornecimento para a execução da obra adjudicada*” RODRIGUES, Nuno Cunha. *A Contratação Pública como Instrumento de Política Económica*. op. cit., p. 361.

²⁴³ KOVACIC, W.; MARSHALL, R.; MARX, L.; RAIFF, M. “*Bidding rings and the design of anti-collusive measures for auctions and procurements*”. op. cit., pp. 393-397.

²⁴⁴ KOVACIC, W.; MARSHALL, R.; MARX, L.; RAIFF, M.; “*Bidding rings and the design of anti-collusive measures for auctions and procurements*”. op. cit., p. 396.

²⁴⁵ Artigo 72 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993: “*Art. 72. O contratado, na execução do contrato, sem prejuízo das responsabilidades contratuais e legais, poderá subcontratar partes da obra, serviço ou fornecimento, até o limite admitido, em cada caso, pela Administração*”.

O mesmo raciocínio pode ser aplicado à formação de consórcios em licitações. ALBANO, BUCCIROSSI, SPAGNOLO e ZANZA defendem que a participação de empresas em consórcio só deveria ser admitida quando atendidas, simultaneamente, duas condições: primeiro, se as empresas interessadas não tiverem capacidade econômica para fornecer, individualmente, o objeto licitado; e, em segundo, se a formação do consórcio resultar em aumento na eficiência individual dos participantes²⁴⁶. A OCDE, no já citado documento “*Diretrizes para combater o conluio entre concorrentes em contratações públicas*”, aplica esses critérios ao apresentar como indício de potencial conluio a existência de um consórcio de empresas em que uma delas, apesar de subscrever conjuntamente a proposta, teria capacidade técnica e/ou financeira de apresentar uma proposta independente²⁴⁷. Entretanto, como se pode perceber, a implementação prática dessas duas regras apresentadas pelos autores não é nada simples pois exige uma análise técnica e econômica aprofundada em cada caso concreto que, normalmente, a Administração Pública não é capaz de realizar.

3.2.4. O locus da corrupção na contratação pública

Segundo Gustavo PIGA, a corrupção pode se manifestar em todas as três etapas do processo de *sourcing*: na estimativa das demandas (“*demand management*”), na realização de procedimentos de seleção e adjudicação (“*sourcing*”) e, por fim, na gestão do fornecimento (“*supply management*”)²⁴⁸.

Na **estimativa das demandas**, o Poder Público define o objeto da contratação, se irá contratá-lo total ou parcialmente com terceiros, como serão divididos e distribuídos eventuais lotes e qual será a vigência projetada de cada contrato, dentre outras características da licitação futura e dos eventuais ajustes dela decorrentes. Como as decisões fundamentais

²⁴⁶ “(...) a bidding consortium should be admitted if it is either 1. composed of firms that individually do not have the economic capabilities to undertake the procured contract; or if it 2. improves upon the participants' efficiency”. ALBANO, G. L.; BUCCIROSSI, P.; SPAGNOLO, G.; ZANZA, M.; “Preventing collusion in procurement”. op. cit., p. 366.

²⁴⁷ Mas não há uma presunção absoluta de ilegalidade de consórcios nessas condições. Nesse sentido, é interessante conferir a decisão do Conselho da Concorrência Francês na Decisão nº 07-D-34, de 24 de outubro de 2007, admitindo a possibilidade de que os consórcios sejam justificados por necessidades técnicas e/ou economias de escala, sem o objetivo de eliminar a concorrência. Transcrevo, a seguir, alguns excertos da decisão: -item 23: “*le Conseil de la concurrence estime que 'la constitution par des entreprises indépendantes et concurrentes d'un groupement en vue de répondre à un appel d'offres n'est pas en soi illicite' (décision n° 95-D-83 du 12 décembre 1995, n° 04-D-20 du 14 juin 2004, n° 05-D-24 du 31 mai 2005)*” -item 28: “*Le Conseil considère enfin que 'si l'absence de nécessités techniques ou économiques de nature à justifier ces groupements peut faire présumer de leur caractère anticoncurrentiel, elle ne suffit pas à apporter la preuve d'un tel caractère' (Conseil de la Concurrence, décision n° 07-D-01 du 17 janvier 2007)*.”

²⁴⁸ PIGA, Gustavo. “A fighting chance against corruption in public procurement?”. op. cit., pp. 141-181

da contratação pública são tomadas nesse momento – *se, o quê, como e quando* contratar – as oportunidades de corrupção são variadas e numerosas, como já tivemos oportunidade de fazer referência ao longo deste estudo.

Talvez o maior e mais claro exemplo de corrupção nesta primeira fase seja o direcionamento da contratação a algum fornecedor específico, o que ocorrer por meio de uma redação intencional e excessivamente detalhada das especificações técnicas “(...) *so that the needs of the administration are specified in such a way as to increase the probability of the briber being the final winner*”²⁴⁹. Para evitar o direcionamento, PIGA sugere a adoção de “especificações-padrão”, de uso não impositivo, somada à ampla divulgação das justificativas adotadas pelo gestor para afastar-se, no caso concreto, dos *standards* pré-estabelecidos: “*Setting non- mandatory standards for tender documents could be helpful in fighting corruption, especially if accompanied by public information of deviations from it*”, até porque “(...) *capture is made more difficult, as, for example, when a whole community becomes aware of abnormal standards within its local administrators’ tendering activities*”²⁵⁰. Dessa maneira, a discricionariedade do gestor seria preservada e mantida, mas a sua responsabilidade seria aumentada pelo ônus de justificar o porquê de cada mudança.

Nos **procedimentos de seleção e adjudicação**, etapa em que serão estabelecidos os critérios de seleção dos fornecedores, o tipo de contrato empregado, o formato de leilão e o grau de discricionariedade que o gestor terá para escolher a proposta, a corrupção manifesta-se principalmente pela atuação de cartéis, pelo conluio e pela prática de outras fraudes que limitem artificialmente a concorrência – tema que já foi abordado extensivamente ao longo deste capítulo. Para SAUSSIER e TIROLE, são quatro os riscos que devem ser levados em conta pelo contratante nesta fase de seleção dos fornecedores: o risco de apresentação de “propostas anormalmente baixas”, pelas quais o licitante busca garantir sua seleção para renegociar futuramente o contrato; o risco da “maldição do vencedor”, quando o adjudicatário não tem condições de adimplir completamente o objeto do contrato (a oferta vencedora é feita pela empresa mais otimista, não pela mais eficiente); e, por fim, os riscos de corrupção e de colusão, sobretudo em mercados bastante concentrados²⁵¹. Aqui, a valoração subjetiva dos gestores – o que se chama, na literatura, de “concursos de beleza”²⁵²

²⁴⁹ PIGA, Gustavo. “A fighting chance against corruption in public procurement?”. op. cit., p. 155.

²⁵⁰ PIGA, Gustavo. “A fighting chance against corruption in public procurement?”. op. cit., p. 159.

²⁵¹ SAUSSIER, Stéphane e TIROLE, Jean. “Strengthening the Efficiency of Public Procurement” op. cit., p. 4.

²⁵² Sobre os “concursos de beleza” (“*beauty contests*”) na literatura de contratações públicas, remeto o leitor ao conceito que demos em nota do item 3.1.5 deste mesmo capítulo, quando abordamos o mesmo tema.

– pode ser travestida de argumentos técnicos e jurídicos dos quais o gestor lança mão para ardilosamente “vender” o resultado do procedimento licitatório. Com isso, na elegante expressão de ABRAMO e CAPOBIANCO, a “(...) *capacidad corruptora se transforma en criterio de éxito empresarial*”²⁵³. Vale notar que a seleção dos fornecedores é a etapa mais regulada entre as três, dando origem a procedimentos bastante variados em quase todos os ordenamentos jurídicos²⁵⁴.

A autoridade portuguesa para a concorrência elaborou um *checklist* para identificar possíveis sinais de colusão em licitações e contratações públicas que ilustra bem os riscos existentes durante a fase de seleção dos fornecedores²⁵⁵. Transcrevo-o, em parte, a seguir:

Na apresentação de propostas

- Número de propostas inferior ao habitual.
- Propostas retiradas de forma inesperada.
- Propostas fictícias que as empresas sabem que não serão bem-sucedidas.
- Concorrentes habituais não apresentam propostas.
- Propostas conjuntas quando as empresas teriam condições para o fazer individualmente.
- Propostas diferentes que apresentam:
 - os mesmos erros (v.g., erros ortográficos, gramaticais ou de cálculo);
 - as mesmas lacunas face à informação requerida;
 - a mesma terminologia, em particular quando atípica;
 - a mesma formatação, grafia ou correções de última hora;
 - o mesmo papel timbrado, formulários semelhantes ou os mesmos dados de contacto;
 - carimbos de registo postal idênticos ou datas de receção, em mão, coincidentes ou, em caso de envio online, os mesmos endereços IP

Nas condições comerciais

- Propostas com preços iguais.
- Subidas uniformes de preços não explicadas por aumento dos custos.
- Alinhamento súbito dos preços entre concorrentes.
- Descida de preços quando participa um novo concorrente.
- Diferença muito significativa entre o melhor preço e os das demais propostas.

²⁵³ ABRAMO, Cláudio W. e CAPOBIANCO, Eduardo R. “Licitaciones y contratos públicos. El caso de Brasil”. op. cit., p. 72.

²⁵⁴ “It is actually quite amazing, given the critical nature of the entire procurement process, how much the typical public procurement law focuses on this stage of sourcing compared with the other two (demand and contract management)”. PIGA, Gustavo. “A fighting chance against corruption in public procurement?”. op. cit., p. 160.

²⁵⁵ O referido *checklist* elaborado pela Autoridade da Concorrência está disponível no seguinte endereço: <http://www.concorrenca.pt/CombateAoConluioacontratacaopublica/files/Guia%20de%20Boas%20Praticas%20-%20Combate%20ao%20Conluio%20na%20Contratacao%20Publica.pdf>. Acesso em 23/12/2016.

<ul style="list-style-type: none"> <input type="checkbox"/> Diferenças de preço entre propostas são percentagens/montantes fixos. <input type="checkbox"/> Variação significativa e injustificada no preço das propostas da mesma empresa. <input type="checkbox"/> Preços para serviços locais superam os preços para regiões mais distantes. <input type="checkbox"/> Empresas locais e não locais apresentam custos de transporte semelhantes. <input type="checkbox"/> Semelhanças na calendarização e nas rubricas de custos entre propostas. <p>Nas declarações dos concorrentes</p> <ul style="list-style-type: none"> <input type="checkbox"/> Referência a propostas concorrentes ou à existência de um acordo. <input type="checkbox"/> Referência a exclusividade a uma área geográfica ou a determinados clientes. <input type="checkbox"/> Referência a orientações do setor, v.g., de associações empresariais. <p>Nos resultados dos procedimentos</p> <ul style="list-style-type: none"> <input type="checkbox"/> Padrão de rotatividade das propostas vencedoras. <input type="checkbox"/> Padrão de distribuição geográfica das propostas vencedoras. <p>Nos comportamentos</p> <ul style="list-style-type: none"> <input type="checkbox"/> Empresa vencedora subcontrata reiteradamente os demais concorrentes. <input type="checkbox"/> Empresa vencedora não aceita a adjudicação do contrato e posteriormente é subcontratada. <input type="checkbox"/> Alguns concorrentes não solicitam orçamento a um fornecedor imprescindível. <input type="checkbox"/> Vários concorrentes contratam a mesma consultora no apoio à elaboração de propostas.
--

Figura 2. Elaboração pelo autor com base no checklist divulgado pela Autoridade da Concorrência portuguesa.

Por fim, na etapa de **gestão dos fornecimentos**, as principais preocupações residem no monitoramento e na fiscalização do contrato, atividades necessárias para que o contratante se certifique de que a qualidade avençada está sendo efetivamente posta à disposição pelo contratado ao longo de toda a vigência do ajuste. Como se sabe, a firma que fornece para o setor público sempre tem em um incentivo forte diante de si para reduzir seus custos e deixar de entregar a qualidade contratável e não contratável, podendo, para tanto, oferecer subornos ou propinas para “capturar” os servidores responsáveis pela gestão e fiscalização do contrato²⁵⁶. Esse quadro, além de resultar em um evidente agravamento do problema agente-principal, permite que a corrupção nesta terceira fase ocorra relativamente “(...) *away from the spotlight*”, com menor risco de detecção e de exposição pública do que nas demais. Além disso, a ausência de procedimentos e de regras claras para a gestão e fiscalização contratual pode estimular o gestor a fechar seus olhos diante de

²⁵⁶ “The difference between the cost of delivering the lower-quality product (due to, for example, delays, worse inventories, lower-skilled consultants, poorer-quality raw materials, lack of promised services, and so on) and the price received is shared largely according to pre-arranged agreements between the two counterparts of the corrupt act that occurred before the bid was offered”. PIGA, Gustavo. “A fighting chance against corruption in public procurement?”. op. cit., p. 165.

inadimplementos parciais ou totais das obrigações pactuadas, evitando a já tão pouco frequente aplicação de sanções e penalidades ao contratado. Infelizmente, neste contexto também não é raro que os órgãos incumbidos da fiscalização, auditorias e controle sejam capturados pelas próprias forças que deveriam combater, estimulando assim a impunidade e a perpetuação de práticas corruptas no seio da Administração Pública²⁵⁷.

Com efeito, a possibilidade de ocorrência de conluio e fraudes em todas as etapas do processo de contratação pública torna o combate à corrupção uma preocupação importante em todos os ordenamentos jurídicos. E com justos motivos: afinal, o poder de compra do Estado é um instrumento poderoso não apenas para assegurar a máxima eficiência da contratação governamental, mas também para a realização da política econômica estatal e para a concretização de objetivos horizontais e mediatos de relevo para o contratante. Por isso, essa demanda não pode ser sub-repticiamente desvirtuada para colocar vultosas verbas públicas ao serviço de interesses privados e em prejuízo da Administração. Por conseguinte, quando apresentamos no início deste item o dado trazido por BANDIERA, PRATT e VALLETTI de que o desperdício passivo supera em larga medida o ativo, jamais pretendemos diminuir a importância que o combate à corrupção deve ostentar em todo e qualquer sistema de contratações públicas. Os dados falam por si sós e tornam mais do que evidente a relevância do tema para o ordenamento jurídico.

O que defendemos nestas linhas, com o amplo respaldo da literatura estrangeira, é que a corrupção não pode ser a única preocupação dos gestores de compras e, tampouco, pode chegar ao extremo de “engessar” o processo de *sourcing* de forma excessiva, tal como ocorreu no Brasil a partir da terceira fase da trajetória de nossa legislação de licitações e contratações públicas. Manchetes e mais manchetes demonstram semanalmente que a receita adotada pela Lei nº 8.666/1993 não deu certo, tendo sido malsucedida no que se refere ao combate à corrupção em licitações em nosso país. A bem da verdade, a experiência de mais de vinte anos sob o jugo de uma legislação formal e maximalista resultou em um intenso comprometimento da eficiência da contratação e uma quase absoluta inefetividade do poder de compra do Estado como instrumento para alcançar finalidades extracontratuais, com efeitos deletérios sob a gestão pública. Ora, a licitação não pode se converter em um vergonhoso teatro em que o formalismo e o apego rigoroso ao procedimento sejam hipocritamente manipulados para cancelar ilegalidades. E estou convencido de que é por

²⁵⁷ Afinal, “(...) los procesos de corrupción en licitaciones siempre cuentan con la complicidad de aquellos que, al menos en teoría, serían responsables de velar por el ‘interés público’”. ABRAMO, Cláudio W. e CAPOBIANCO, Eduardo R. “Licitaciones y contratos públicos. El caso de Brasil”. op. cit., p. 75.

intermédio de uma maior flexibilidade na “modelagem” da contratação pública e do procedimento licitatório que este quadro pode começar a ser revertido.

Nesta linha, portanto, estou plenamente de acordo com Nuno Cunha RODRIGUES quando defende que “(...) *deve ser concedida flexibilidade às entidades adjudicantes para adequar os procedimentos ao interesse público in casu considerando, como forma de assegurar a defesa da concorrência, os seguintes aspectos do procedimento a adotar: i) Transparência; ii) Número de concorrentes; iii) Valor do contrato a adjudicar; iv) Periodicidade dos procedimentos*”²⁵⁸. Há, igualmente, fatores que não podem ser controlados totalmente pelo Poder Público, mas que admitem certo grau de intervenção por meio do *design* da contratação pública e dos procedimentos de adjudicação que a antecedem. É o caso dos “fatores estruturais”, que abordamos acima. Também nestes, acredito que o estudo da “modelagem” mais adequada pode servir para impedir (ou ao menos dificultar) a formação de cartéis e o conluio entre os licitantes. Para KOVACIC, MARSHALL, MARX e RAIFF, os procedimentos licitatórios devem refletir, na medida do possível, um “(...) *optimal design of public policies against cartels*”, de modo que “(...) *the designers of auctions and procurements may be able to make choices that deter collusion*”²⁵⁹, seja tornando mais difícil a coordenação entre os seus membros, seja agravando o *enforcement* do acordo horizontal. Nesse contexto, o *design* do procedimento licitatório e da contratação pública pode vir a ser essencial para reconciliar a prática das contratações públicas com a preocupação – tão central, como visto, na legislação brasileira – de combate à corrupção.

²⁵⁸ RODRIGUES, Nuno Cunha. *A Contratação Pública como Instrumento de Política Económica*. op. cit., pp. 365-366.

²⁵⁹ KOVACIC, W.; MARSHALL, R.; MARX, L.; RAIFF, M.; “Bidding rings and the design of anti-collusive measures for auctions and procurements”. op. cit., pp. 382-383.

CONCLUSÕES

Martin LOUGHLIN, Professor de Direito Público da *London School of Economics*, inicia o seu *The idea of Public law* advertindo o leitor que o trabalho monográfico ironicamente não resulta em uma *compreensão* do objeto pesquisado, mas sim em um *ainda não compreendido*¹. Na medida em que me aproximo das linhas finais deste trabalho, percebo que LOUGHLIN não poderia estar mais correto: mais do que apresentar uma compreensão hermética e abrangente acerca do tema, o presente estudo pretendeu lançar algumas luzes sobre o que ainda não é bem compreendido no vasto universo das contratações celebradas pelo Poder Público no Brasil.

Minha investigação partiu de um problema: naquele momento inicial, eu buscava respostas para uma contradição entre a rigidez e o formalismo da legislação de licitações e a ocorrência, tão difundida quanto desonrosa para a Administração Pública brasileira, de fraudes e corrupção envolvendo procedimentos licitatórios. Somem-se a esse cenário, ainda, a extenuante burocracia, à morosidade e à péssima qualidade dos bens e serviços contratados pelo Estado para desenvolver suas atividades-meio e atividades-fim. Talvez, esse descompasso possa ser explicado pelo fato de que as obras jurídicas sobre o tema geralmente se limitam a tecer uma exposição dogmática dos institutos e normas vigentes acerca da matéria, em uma exegese excessivamente preocupada em fornecer subsídios à *prática* das licitações no Brasil. Ao deparar-se com esses manuais e comentários à Lei nº 8.666/1993 e a outros diplomas legais, acredito que o leitor seja deixado com a errônea impressão de que, tão logo concluído o certame licitatório, adjudicado o objeto e assinado o contrato, os problemas e as dúvidas jurídicas desaparecem, de tão diminuta que é a preocupação com a qualidade e a gestão contratual. Mas a realidade das contratações públicas é profícua em ilustrar que isso não é verdade, revelando um imenso plexo de desafios que desmentem, de forma veemente, essa falsa noção inicial.

Como afirmam MEDEIROS e FIUZA, é necessário “(...) *pensar fora da caixa*” para questionar os pressupostos que norteiam as licitações e os contratos públicos no Brasil². Acolhendo a sugestão dos autores, ousamos ir além da doutrina tradicional – sujeitando-nos a todos os riscos que essa escolha metodologicamente implica – para refletir sobre a forma

¹ LOUGHLIN, Martin. *The Idea of Public Law*. Oxford: Oxford University Press, 2003, pp. V-VIII.

² FIUZA, Eduardo Pedral Sampaio e 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 nº 1990. Rio de Janeiro: Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), 2014, p. 15.

pela qual o Estado brasileiro exerce o seu nada desprezível poder de compra. Para tanto, ao percorrer o itinerário proposto na “Introdução” deste trabalho, busquei dar às licitações e às contratações públicas um enfoque diferente daquele que é dado ao mesmo tema pelo Direito Administrativo. Em meio à fluida intersecção entre o Direito e a Economia, enxergar as contratações públicas sob as lentes do Direito Econômico implicou na descoberta de um instrumento poderoso pelo qual o Poder Público articula a sua demanda por bens e serviços para atender aos objetivos que entender mais relevantes em cada caso concreto, tanto no plano *contratual* quanto no plano *extracontratual*.

No primeiro capítulo, reconstruímos a trajetória da legislação brasileira de licitações e contratos para mostrar como essa temática paulatinamente se desloca do campo das Finanças Públicas para a seara do Direito Administrativo. Nesse percurso, foi possível verificar a alternância de “gestão” e “controle” como os vetores prevaletentes em cada tentativa de reforma do marco legal, bem como uma transição lenta, mas gradual, de uma legislação minimalista, centrada no Código de Contabilidade de 1922, para um modelo maximalista do qual a Lei nº 8.666/1993 constitui, até hoje, a maior expressão. É interessante notar como muitas dessas alterações estavam inseridas em uma agenda mais ampla de reforma administrativa (o Decreto-Lei nº 200/1967 e o Decreto-Lei nº 2.300/2986, por exemplo) ou, então, foram apresentadas pelo governo como medidas ancilares para o controle do gasto público e o ajustamento fiscal do Estado brasileiro, tais como a centralização e a padronização pretendidas por José Maria Whitaker nas reformas da década de 1930 e, mais recentemente, a universalização da modalidade pregão para encorajar o atendimento à Lei de Responsabilidade Fiscal, no início dos anos 2000.

Revisitar o processo legislativo que levou à vigente Lei de Licitações contribuiu muito para explicar a *ratio legis* que aflora nas entrelinhas do texto legal: a regulação intensa, detalhada e minudente, somada à pretensão universalizante de aplicar-se a todo o conjunto heterogêneo das contratações públicas no Brasil, buscava vincular ao máximo o gestor e restringir sua capacidade de escolha com o intuito de moralizar a Administração Pública e livrar-lhe da chaga da corrupção. No entanto, comemoradas mais de duas décadas de sua vigência, a opção legislativa não teve êxito em produzir a consequência almejada, gerando um engessamento e uma rigidez acentuada que ostentam efeitos negativos sob o prisma da gestão pública. Desde então, parece que o consenso está justamente em “fugir” da Lei nº 8.666/1993 – notadamente, por meio da proliferação de “válvulas de escape” ao rigor da lei geral e pela fragmentação do regime unitário em diversos regimes paralelos para contratações específicas.

Atualmente, o “estado da arte” das licitações no Brasil caracteriza-se pela existência de uma forte cultura de punição a desvios e de apego a formalidades que convive com um certo desinteresse na eficiência dos procedimentos licitatórios e na qualidade dos bens e serviços contratados pelo Poder Público. Focar em *processos* ao invés de *resultados*, como alerta MOTTA, propicia a adoção de comportamentos defensivos por parte dos gestores de compras e agrava ainda mais o já tão vultoso desperdício passivo³. Outrossim, a existência de um *trade off* entre a complexidade do objeto e o grau de concorrência a que a adjudicação de um contrato deve estar sujeita evidencia que o sucesso da licitação enquanto método de escolha da proposta mais vantajosa não é garantido. É por isso que a realização de um certame licitatório nem sempre é o melhor caminho a seguir, como inclusive reconhecem a FAR, nos EUA, e os procedimentos negociados das diretivas comunitárias, no âmbito da União Europeia. A *rigidez* da contratação pública torna-a mais exposta ao problema de agência, ao conluio e à captura, sobretudo em mercados oligopolizados. Logo, conferir ao contratante algum grau de flexibilidade para definir o *design* da licitação e do contrato é indispensável para criar uma estrutura de incentivos que lide adequadamente com esses fatores, reduzindo custos de transação e evitando o oportunismo por parte de licitantes, terceiros e contratados.

Nesse contexto atual, em que os próprios objetivos *contratuais*, *diretos* e *imediatos* das contratações públicas já estão relegados a segundo plano, parece-me evidente que eventuais tentativas de ir além, com vistas a empregar o poder de compra do Estado para a consecução de objetivos *extracontratuais*, *indiretos* e *mediatos*, estejam fadadas ao fracasso. No segundo capítulo, analisei a incorporação de alguns objetivos horizontais pela legislação federal brasileira e cheguei à conclusão de que, a despeito dos avanços recentes nesse sentido, o emprego das contratações públicas como instrumento para atingir finalidades que ultrapassem as fronteiras do contrato celebrado ainda é muito incipiente, sendo rara a sua aplicação no dia-a-dia da Administração Pública. Afinal, os gestores de compras normalmente resistem em aplicar preferências ou critérios que possam vir a ser interpretados pelos órgãos de controle como eventuais lesões à competitividade ou à economicidade. Diante de um cenário como esse, defendo que a melhor solução para esse problema não está, absolutamente, em tornar obrigatória a aplicação desses objetivos horizontais, mas sim em

³ MOTTA, Alexandre Ribeiro. *O combate ao desperdício no gasto público: uma reflexão baseada na comparação entre os sistemas de compra privado, público federal norte-americano e brasileiro*. 2010. 189 p. Dissertação (Mestrado) - Instituto de Economia (IE), Universidade Estadual de Campinas, Campinas, 2010, p. 157.

reverter o formalismo dessa nossa “cultura” de licitações, a qual leva os gestores a voluntariamente querer afastar o que a legislação já lhes autoriza expressamente. Não olvidamos que esse processo seja difícil e moroso. Mas, sem ele, é bastante provável que o apego excessivo ao menor preço – chancelado, inclusive, pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre o tema – continue a atravancar a possibilidade de que o Estado assumira, ainda que parcialmente, os custos de produtos e serviços que gerem externalidades positivas entendidas como desejáveis, em dado momento, sob os pontos de vista social, ambiental ou econômico.

O terceiro capítulo foi dedicado ao cerne do presente estudo e àquele que, talvez, seja o meu argumento mais recorrente e importante. Ao longo de todo este trabalho defendi que o Poder Público tenha flexibilidade para escolher a melhor maneira de licitar e de contratar em cada caso concreto, recusando a definição apriorística, *ex ante*, do procedimento de adjudicação a ser empregado – o que compreende, vale lembrar, diversos tipos de leilão ou a opção por negociações diretas – e do modelo de contrato mais indicado para reger a relação entre as partes pública e privada da avença. Ao fazê-lo, cumpre esclarecer que não estou a advogar contra as licitações nem a pleitear o abrandamento do dever constitucional de licitar. Muito pelo contrário: não é o *porquê*, mas sim o *como* licitar que deve ser repensado para revalorizar o instituto a partir de uma compreensão mais profunda das suas potencialidades. Nessa linha, o *trade off* entre o grau de concorrência e a complexidade do objeto, associado àquele existente entre riscos e incentivos, devem servir como balizas para que o Estado decida qual o nível de competitividade a que deseja submeter a contratação pública, seja para aumentar o seu retorno enquanto contratante (o “*value for money*”), seja para garantir a oferta de altos níveis de qualidade contratável e não contratável por parte do particular contratado. Este é o caminho mais indicado para reduzir o desperdício passivo, que corresponde à maior parte do mau uso do dinheiro público, bem como para direcionar a demanda gerada pelo setor público os objetivos horizontais, indiretos e mediatos que seguem, em larga medida, não realizados em nosso país.

No mesmo sentido, a “modelagem” da licitação e do contrato pode ser essencial para construir uma estrutura de incentivos e sanções que dificulte a *coordenação* e o *enforcement* de cartéis, mitigando eventuais efeitos colusivos advindos da complexidade do objeto, da concentração de mercado e de outros fatores estruturais. Tenho consciência de que a preocupação com o desperdício ativo ocupa um papel central para a legislação brasileira e, por isso, estou seguro de que nossa proposta busca reconciliar a prática das licitações e contratações públicas com a sua vocação original. Note-se, porém, que essa visão se

contrapõe frontalmente àquela, muito presente durante a tramitação do projeto que se converteu na Lei nº 8.666/1993, que entende necessário limitar ao máximo a discricionariedade do gestor público para impedir a ocorrência de conluio e fraudes em licitações e contratos. Ora, minha crítica volta-se à hipocrisia desse argumento. Hoje, o formalismo da legislação brasileira funciona ao mesmo tempo como desculpa para a incompetência e como um aval para o cometimento de veladas ilegalidades que, não raro, passam incólumes pelas auditorias dos órgãos de controle interno e externo⁴. Tenho consciência da força dessa afirmação, mas estou convicto de que suprimir do Poder Público a escolha de *como* licitar e contratar não compensa os malefícios desse efeito colateral nefasto, que transforma a licitação em um deprimente “teatro de sombras”. Quando o risco de colusão é significativo, o *design* do procedimento e do próprio contrato devem ser adaptados para impedir a captura da Administração e desestimular eventuais comportamentos *rent-seeking*. E, reconhecida a impossibilidade de uma definição *a priori*, essas circunstâncias devem ser analisadas e sopesadas à luz de cada situação concreta.

Essas são as principais conclusões a que cheguei ao longo de minha pesquisa sobre o poder de compra do Estado no Brasil. Entretanto, retomando a expressão de LOUGHLIN, devo reconhecer um tópico “*ainda não compreendido*” sobre o tema, mas que pode abrir caminho para pesquisas e investigações futuras. Quais devem ser as finalidades das licitações e das contratações públicas? Quais devem prevalecer e quais devem sucumbir quando colidirem no caso concreto? Que critérios o ordenamento jurídico deve fornecer para solucionar esses conflitos sem frustrar os designios do Estado-comprador? Não me propus, neste trabalho, a fornecer respostas a essas indagações. Mas Khi V. THAI aponta uma possível linha de resposta ao propor uma análise institucionalista das contratações públicas, buscando compreendê-las enquanto um *sistema* constituído por diversos elementos⁵⁻⁶.

⁴ É bastante frequente a existência de contratos celebrados pela Administração Pública que, não obstante apresentem todos os relatórios de medições e termos de recebimento assinados, jamais foram executados. Isso, infelizmente, constitui prática corriqueira em contratos de abastecimento de veículos e prestação de serviços de TI, bem como outros objetos consumíveis ou que não deixem vestígios verificáveis em auditorias e verificações *in loco*.

⁵ THAI, Khi V. "Public Procurement re-examined". *Journal of Public Procurement*, volume 1, issue 1, 2001, pp. 09-50.

⁶ Essa visão sistêmica, segundo Thai, permite comparar a dinâmica das contratações públicas estudo do funcionamento de um carro: "*After being assembled, the public procurement system is similar to a car. The vehicular performance of a car depends on many factors, including the quality of its parts, engineering design, road and traffic conditions, and its driver. Similarly, the vehicular performance of a public procurement system depends on its elements, (...). As these elements vary among governmental entities, it is impossible to come up with a one-size-fits-all public procurement system as the performance of a system depends not only on its elements but also on its chemistry*" THAI, Khi V. "Public Procurement re-examined", op. cit., p. 41.

Partindo das contribuições de Elionor OSTROM para a Nova Economia Institucional⁷, THAI afirma que o sistema de contratações públicas influencia e ao mesmo tempo é influenciado por um *environment* complexo, formado por forças políticas, sociais e econômicas, nos planos interno e internacional⁸. Por isso, o sistema é dinâmico e sempre está em busca de um equilíbrio ótimo entre os “*procurement goals*”, noção análoga ao que viemos chamando de objetivos diretos ou contratuais, e os “*non-procurement goals*” que, grosso modo, correspondem aos objetivos indiretos ou extracontratuais. Segundo THAI, “(...) *procurement goals normally include quality, timeliness, cost (more than just the price), minimizing business, financial and technical risks, maximizing competition, and maintaining integrity*”, ao passo que “(...) *non-procurement goals normally include economic goals preferring domestic or local firms, environment protection or green procurement (promoting the use of recycled goods), social goals (assisting minority and woman-owned business concerns), and international relations goals*”⁹. Como não é possível estabelecer *ex ante* uma hierarquia entre “*procurement goals*” e “*non-procurement goals*”, objetivos diversos como “aumentar a qualidade do objeto contratado”, “impedir o oportunismo e práticas de corrupção” e “tutelar o meio ambiente” assumem igual importância dentro do sistema, motivo pelo qual sua primazia ou secundariedade só poderá ser conhecida à luz do caso concreto, segundo o que for mais relevante para o Poder Público na ocasião.

Pessoalmente, acredito que um sistema de contratações públicas deve lidar com pelo menos três questões fundamentais. A primeira trata do **grau de intensidade da regulação estatal** exercida sobre os procedimentos de adjudicação, a fim de saber se a legislação seguirá o paradigma do *maximalismo*, na esteira da Lei nº 8.666/1993, definindo aprioristicamente as minúcias e os detalhes de cada tipo de procedimento; ou se fará a opção

⁷ Thai adota a acepção de “instituições” cunhada por Elionor Ostrom, ou seja, não como sinônimo de “organização”, mas sim para fazer referência às regras, normas e estratégias adotadas por indivíduos que interagem com organizações. Assim, “(...) *institutions are invisible because they are ‘fundamentally shared concepts’, ‘exist in minds of the participants’, and ‘sometimes are shared as implicit knowledge rather than in an explicit and written form’*”. THAI, Khi V. “Public Procurement re-examined”, op. cit., p. 38. Sobre a contribuição de Ostrom, confira: OSTROM, Elinor. *Governing the commons – the evolution of institutions for collective action*. Cambridge (UK): Cambridge University Press, 1990; OSTROM, Elinor e SCHLAGER, Edella. “Property-rights regimes and natural resources: a conceptual analysis”, *Land Economics*, vol. 68, n. 3, ago./1992, pp. 249-262; e OSTROM, Elinor. *Understanding Institutional Diversity*. Princeton: Princeton University Press, 2005.

⁸ Um exemplo mencionado por Thai refere-se à compra bilionária, pelo Governo da Coréia do Sul, de caças de combate no início dos anos 2000. “*The South Korean government must choose between one of the four bidders-Boeing of the U.S., Russia’s Rosvoorouzhnie, the European consortium Eurofighter and France’s Dassault Aviation*”. O lobby proveniente da política externa de cada um desses países fez-se sentir ao longo de todo o processo licitatório, que incluiu até mesmo visitas de Chefes de Estado para defender os interesses de cada player na aquisição multibilionária. THAI, Khi V. “Public Procurement re-examined”, op. cit., p. 37.

⁹ THAI, Khi V. “Public Procurement re-examined”, op. cit., p. 27, ambos os trechos.

pelo *minimalismo*, fixando na lei apenas as diretrizes e linhas mestras que os regulamentos, instruções normativas e outros atos infralegais deverão observar ao estabelecer a disciplina específica para a contratação de cada tipo de objeto, no caminho que timidamente começou a ser trilhado, no Brasil, pelo pregão e pelo RDC¹⁰. A segunda questão guarda relação direta com a primeira e diz respeito ao **grau de discricionariedade do agente público** para a tomada das decisões principais do processo de *sourcing*, desde o dilema “*make or buy*” até o *design* final da licitação e do contrato (*se, o quê, como e quando* contratar). Por fim, em terceiro lugar, o **grau de centralização ou descentralização** dos órgãos a quem são atribuídas funções de licitar e contratar, que corresponde ao aspecto organizacional do sistema de contratações públicas no âmbito do Estado-comprador.

A delimitação desses três pilares ainda está em aberto e depende de uma reflexão mais aprofundada. Até porque, como dito, a estruturação de um sistema de contratações públicas sob o viés institucionalista de THAI merece uma investigação específica no futuro. Por ora, questionar os elementos que compõem esse sistema desponta como um importante ponto conexo à ampla rediscussão que buscamos realizar, neste trabalho, sobre os pressupostos em que se baseia a legislação de licitações e contratações públicas no Brasil. A superação do modelo legal vigente, o qual criticamos pela sua excessiva rigidez e acentuado formalismo, é apenas um primeiro passo nesse sentido. Acredito firmemente que a “modelagem” do procedimento licitatório e do contrato para aumentar ou diminuir a concorrência, de um lado, ou para inibir a corrupção, de outro, representa um campo relativamente inexplorado e com imenso potencial. E é por esse motivo que dedicamos este estudo, elaborado sob o viés do Direito Econômico, ao mapeamento dessas várias possibilidades. Enquanto as licitações forem pensadas tão somente como tema de Direito Administrativo e não como instrumento fundamental para a regulação da demanda gerada pelo setor público, muito pouco se terá avançado no atingimento dos diversos objetivos buscados pela Administração Pública nos ajustes que celebra. São esses, a meu ver, os novos parâmetros que devem orientar o exercício do poder de compra do Estado no Brasil.

¹⁰ Vale lembrar que a Lei nº 12.462, de 04 de agosto de 2011 remeteu a definição de diversos temas importantes ao Decreto nº 7.581, de 11 de outubro de 2011, que regulamenta o RDC. Mas esse tipo de deslegalização ainda é tímida quando comparada àquela que existe em diversos países europeus, onde as agências e centrais de compras editam instruções normativas aplicáveis especificamente à contratação de tipos específicos de bens e serviços.

BIBLIOGRAFIA

ABRAMO, Cláudio W. e CAPOBIANCO, Eduardo R. “Licitações y contratos públicos. El caso de Brasil”. *Nueva sociedad*, v. 194, p. 69-90, 2004.

ABREU, Mateus Barbosa Gomes; LIMBERGER, Têmis; TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski; “Contratos administrativos e gestão pública – Proposições a partir de estudos de casos na Administração Pública federal indireta”. *Revista de Direito Administrativo & Constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, ano 14, n. 58, out./dez. 2014, pp. 155-176.

ACCORSI, Antonio Carlos. *Estado e grupos econômicos. A política de expansão rodoviária no Brasil a partir de 1930*. 171 p. Dissertação (Mestrado). São Paulo: EAESP/FGV, 1996.

AKERLOF, George. “The Market for Lemons: Quality Uncertainty and the Market Mechanism”. *Quarterly Journal of Economics*, v. 84, n. 3, ago/1970.

ALBANO, G.L.; BUCCIROSSI, P.; SPAGNOLO, G.; ZANZA, M. "Preventing collusion in procurement". In: DIMITRI, N.; PIGA, G.; SPAGNOLO, G. (Ed.). *Handbook of procurement*. Cambridge (UK): Cambridge University Press, 2006, pp. 347-380.

_____.; DIMITRI, N.; PERRIGNE, I.; PIGA, G.; "Fostering Participation". In: DIMITRI, N.; PIGA, G.; SPAGNOLO, G. (Ed.). *Handbook of procurement*. Cambridge (UK): Cambridge University Press, 2006, pp. 267-292

_____.; DINI, F.; IOSSA, E.; SPAGNOLO, G.; "Procurement contracting strategies". In: DIMITRI, N.; PIGA, G.; SPAGNOLO, G. (Ed.). *Handbook of procurement*. Cambridge (UK): Cambridge University Press, 2006, pp. 82-120

ALÉM, Ana Cláudia e GIAMBIAGI, Fábio. *Finanças Públicas: teoria e prática no Brasil*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

ALESSIO, Nelson Luiz Nouvel. *A Política Pública de Licitações no Município de São Paulo entre 1991 e 1994: mecanismo de facilitação ou de restrição da competição entre potenciais fornecedores do poder público municipal?* 143 p. Dissertação (Mestrado). São Paulo: EAESP/FGV, 1998.

ARAÚJO, Paula Mara Costa de e JESUS, Renata Gomes de. "Processo licitatório tipo menor preço e eficiência em compras públicas: um estudo de caso". In: *XXXVII Encontro da Associação Nacional de Pós-Graduação e Pesquisa em Administração (ANPAD)*. Rio de Janeiro: ANPAD, set/2013. Disponível em: http://www.fucape.br/_public/producao_cientifica/2/APB411-%20Paula%20Mara%20Costa%20de%20Araujo.pdf. Acesso em 11/05/2016.

ARROWSMITH, Sue, “A taxonomy of horizontal policies in public procurement”, in: ARROWSMITH, Sue e KUNZLIK, Peter (orgs). *Social and environmental policies in EC procurement law. New Directives and New Directions*. Cambridge (UK): Cambridge University Press, 2009, pp. 108-146.

_____. “Application of the EC Treaty and Directives to horizontal policies: a critical view”, in ARROWSMITH, Sue e KUNZLIK, Peter (orgs). *Social and environmental policies in EC procurement law*, Cambridge University Press, 2009, pp. 147-248.

ASSIS, Lucas Rocha Soares de e SCHMIDT, Flávia de Holanda.; "O Estado como cliente: características das firmas industriais fornecedoras do governo". *Radar: tecnologia, produção e comércio exterior*. Brasília: Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), Vol. 1, n. 17, abr/2009, pp. 09-20.

_____.; SCHMIDT, Flávia de Holanda. *A dinâmica recente do setor de defesa no Brasil: análise das características e do envolvimento das firmas contratadas*. Texto para discussão nº 1878. Rio de Janeiro: Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), 2013.

BAJARI, Patrick e TADELIS, Steven. “Incentives Versus Transaction Costs: A Theory of Procurement Contracts”. *RAND Journal of Economics*, n. 32, 2001, pp. 387-407.

_____.; HOUGHTON, Stephanie; TADELIS, Steven. *Bidding for incomplete contracts: an empirical analysis*. Cambridge (MA): National Bureau of Economic Research, 2006 (NBER Working Paper, n. 12.051).

_____.; McMILLAN, J.; TADELIS, S. “Auctions versus negotiations in procurement: an empirical analysis”. *Journal of Law, Economics and Organization*, v. 25, n. 2, 2008, pp. 372-399. (NBER Working Paper, n. 9.757)

_____. e LEWIS, Gregory; "Procurement Contracting With Time Incentives: Theory and Evidence". *The Quarterly Journal of Economics*, Oxford University Press, vol. 126 (3), 2011, pp. 1173-1211. (NBER Working Paper, n.14855)

BANCO MUNDIAL. *Brazil - Country procurement assessment report*. Washington (DC): World Bank, 2004. Disponível em: <http://documents.worldbank.org/curated/en/2004/03/3575914/brazil-country-procurement-assessment-report>. Acesso em 11/05/2015.

BANDIERA, Oriana; PRAT, Andrea; VALLETTI, Tommaso. “Active and Passive Waste in Government Spending: Evidence from a policy experiment”. *CEIS (Centre for Economic and International Studies) Tor Vergata (Research Paper Series)*. Vol. 6, Issue 4, n.. 115, 2008. Posteriormente publicado como *The Economics of Public Procurement*, American Economic Review, pp.1278-1308, 2009. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=1115339>. Acesso em 15/02/2015.

BARBOSA, Denis Borges. “Licitação como instrumento de incentivo à inovação: o impacto da Lei n. 12.349/2010”. *Boletim de Licitações e Contratos*, São Paulo, v. 27, n. 1, p. 1-15, jan. 2014. Disponível em: http://dspace.xmlui/bitstream/item/9417/geicIC_FRM_0000_pdf.pdf?sequence=1. Acesso em 13/02/2015.

BERCOVICI, Gilberto; ANDRADE, José Maria Arruda de; MASSONETTO, Luís F. “Reforma do Estado, Prestação de Serviços Públicos, Contribuições Especiais e Federalismo”. *Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos*, Bauru, v. 45, 2006, pp. 173-179.

_____. e MASSONETTO, Luís Fernando. “A Constituição Dirigente Invertida: A Blindagem da Constituição Financeira e a Agonia da Constituição Econômica”. *Separata do*

Boletim de Ciências Econômicas - Universidade de Coimbra, Coimbra, Portugal, v. XLIX, 2006.

_____. e MASSONETTO, Luis Fernando. “Limites da regulação: esboço para uma crítica metodológica do ‘novo direito público da economia’”. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 7, n. 25, jan./mar. 2009, pp. 137-147.

_____. “O Ainda Indispensável Direito Econômico”. In: BENEVIDES, M. V. de M.; BERCOVICI, G.; MELO, C. (Org.). *Direitos Humanos, Democracia e República: Homenagem a Fábio Konder Comparato*. São Paulo: Quartier Latin, 2009, pp. 503-519.

_____. “A Atuação do Estado Brasileiro no Domínio Econômico”. In: COSTA PINTO, E.; CARDOSO JR, J. C.; LINHARES, P. de T.. (Org.). *Estado, Instituições e Democracia: Desenvolvimento*. Brasília: IPEA, 2010, v. 3, pp. 473-503.

_____. “O Direito Constitucional Passa, o Direito Administrativo Permanece”: A Persistência da Estrutura Administrativa de 1967. In: TELES, E.; SAFATLE, V. (Org.). *O Que Resta da Ditadura: A Exceção Brasileira*. São Paulo: Boitempo Editorial, 2010, pp. 77-90.

_____. “Política Econômica e Direito Econômico”. *Pensar* (UNIFOR), v. 16, 2011.

_____. “Petrobras – Monopólio estatal e política concorrencial”. *Revista Fórum de Direito Financeiro e Econômico – RFDFFE*. Belo Horizonte, ano 3, n. 5, mar./ago., 2014, pp. 135-148.

BIM, Eduardo Fortunato. “Considerações sobre a juridicidade e os limites da licitação sustentável”. In: BARKI, Teresa Villac Pinheiro e SANTOS, Murillo Giordan (Coord.). *Licitações e contratações públicas sustentáveis*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

BRASIL. Ministério da Administração federal e da Reforma do Estado (MARE). *Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado*. Brasília: Presidência da República, Imprensa Oficial, nov./1995. Disponível em: http://www.bresserpereira.org.br/Documents/MARE/PlanoDiretor/plano_diretor.pdf. Acesso em 15/10/2015.

_____. Ministério da Justiça. *Análise dos aspectos concorrenciais do PLC nº 32/2007*. Brasília: SDE/CGCP, 2008.

_____. *Brasil 2022: trabalhos preparatórios*. Brasil: Presidência da República, Secretaria de Assuntos Estratégicos – SAE, 2011.

_____. Departamento de Proteção e Defesa Econômica da Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça. *Combate a cartéis em licitações: guia prático para pregoeiros e membros de comissão de licitação*. Disponível em: http://www.4icfex.eb.mil.br/index.php?option=com_content&view=article&id=118:combate-a-carteis-em-licitacoes&catid=26:atencao&Itemid=21. Acesso em 23/11/2016.

BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. “A reforma gerencial do Estado de 1995”. *Revista de Administração Pública*, n. 34, 4, julho/2000, pp. 55-72.

BREUS, Thiago Lima. *O governo por contrato(s) e a concretização de políticas públicas horizontais como mecanismo de justiça distributiva*. 263 p. Tese (doutorado). Curitiba: Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, 2015.

BULOW, Jeremy e KLEMPERER, Paul. "Auctions versus Negotiations" *The American Economic Review*, Vol. 86, nº 1, mar/1996, pp. 180-194.

CAMPOS, Francisco. "Concorrência pública - Contrato administrativo - Registro no Tribunal de Contas - Autarquia - E.F. Santos a Jundiahy". *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 63, p. 338-344, jan. 1961.

CARPINETI, Laura; PIGA, Gustavo; ZANZA, Matteo. "The variety of procurement practice: evidence from public procurement". In: DIMITRI, N.; PIGA, G.; SPAGNOLO, G. (Ed.). *Handbook of procurement*. Cambridge (UK): Cambridge University Press, 2006, pp. 14-44.

CHONG, Eshien; STAROPOLI, Carine; YVRANDE-BILLON, Anne. "Auction versus Negotiation in Public Procurement: Looking for Empirical Evidence". In: BROUSSEAU, E.; GLACHANT, J-M. *The Manufacturing Markets, Legal, Political and Economic Dynamics*, Cambridge (UK): Cambridge University Press, 2014, pp. 120-142. Versão eletrônica disponível em: <https://hal.archives-ouvertes.fr/hal-00512813>. Acesso em 22/08/2016.

CICOGNA, Cristina. "L'outsourcing delle funzioni strumentali della Pubblica Amministrazione". In: FIORENTINO, Luigi (Org.). *Lo stato compratore. L'acquisto di beni e servizi nelle pubbliche amministrazioni*. Bologna: Il Mulino, 2007, pp. 25-45

COASE, Ronald H. "The nature of the firm". *Economica*. New Series, Vol. 4, Issue 16, nov./1937, pp. 386-405.

_____. "The problem of social cost". *The Journal of Political Economy*. Chicago: University of Chicago, Vol. 3, out./1960, pp. 1-44.

COMPARATO, Fábio Konder. "O indispensável Direito Econômico". In: *Ensaio e Pareceres de Direito Empresarial*. Rio de Janeiro: Forense, 1978, pp. 453-472.

COVIELLO, Decio e GAGLIARDUCCI, Stefano, "Building political collusion: evidence from procurement auctions", *Institute for the Study of Labor (IZA)*, IZA Discussion Papers no. 4939, Bonn, 2010.

CRAMTON, Peter; SCHWARTZ, Jesse A.; "Collusive Bidding: Lessons from the FCC Spectrum Auctions". *Journal of Regulatory Economics*, nº 17, mai./2000, pp. 229-252.

CRUZ, Paulo Roberto Davidoff Chagas. "Capitais externos e o financiamento de longo prazo no Brasil". In: SUZIGAN, Wilson e SZMRECSÁNYI, Tamás (Orgs.) *História Econômica do Brasil Contemporâneo*. São Paulo: Ed. HUCITEC, 1997.

CYMBALISTA, Tatiana Matiello; ZAGO, Marina Fontão. RODRIGUES, Fernanda Esbizaro, "O poder de compra estatal e a margem de preferência para produtos e serviços

nacionais introduzida na Lei de Licitações". *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*. Belo Horizonte, ano 9, n. 35, jul./set. 2011, pp. 143-175.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 21ª ed. São Paulo: Atlas, 2008.

DIMITRI, Nicola; DINI, Federico; PIGA, Gustavo; "When should procurement be centralized?" In: DIMITRI, N.; PIGA, G.; SPAGNOLO, G. (Ed.). *Handbook of procurement*. Cambridge (UK): Cambridge University Press, 2006, pp. 47-81.

DOTTI, Marinês Restelatto e PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. *Políticas Públicas nas Licitações e Contratações Administrativas*. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

DRAIBE, Sonia Miriam. *Rumos e Metamorfoses – Estado e Industrialização no Brasil: 1930/1980*. 2. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1985. v. 1.

EDLER, Jakob. GEORGHIOU, Luke. "Public procurement and innovation – resurrecting the demand side". *Research Policy*. n. 36, 2007, pp. 949-963.

EDQUIST, Charles e HOMMEN, Leif "Public Technology Procurement and Innovation Theory". In: EDQUIST, C.; HOMMEN, L.; TSIPOURI, L. (Eds.), *Public technology procurement and innovation*. Boston/Dordrecht/London: Kluwer Academic Publishers, 2000.

FERNANDES, Ciro Campos Christo. *Política de compras e contratações: trajetória e mudanças na administração pública federal brasileira*. 285p. Tese (Doutorado). Rio de Janeiro: Escola Brasileira de Administração Pública e de Empresas/FGV, 2010.

_____. "A trajetória da construção do arcabouço legal das compras e contratações na administração pública federal brasileira: processo decisório e oportunidade política". In: *XIX Congreso Internacional del CLAD sobre la Reforma del Estado y de la Administración Pública*. Quito, 11-14 nov./2014. Disponível em: <http://repositorio.enap.gov.br/1/1716>. Acesso em 06/06/2015.

_____. "A organização da área de compras e contratações na Administração Pública brasileira: o elo frágil". In: *VII Congresso CONSAD de Gestão Pública*. Brasília, 25 a 27/03/2014. Disponível em: <http://banco.consad.org.br/handle/123456789/1050>. Acesso em 18/01/2016.

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. "A importância do Município comprar da micro e pequena empresa". *Fórum de Contratação e Gestão Pública - FCGP*. Belo Horizonte, ano 7, n. 84, dez./2008.

FIORENTINO, Luigi (Org.). *Lo stato compratore. L'acquisto di beni e servizi nelle pubbliche amministrazioni*. Bologna: Il Mulino, 2007.

FIUZA, Eduardo Pedral Sampaio. "Licitações e contratos no Brasil: a visão dos economistas" In: SALGADO, L. H.; FIUZA, E. P. S. (Ed.). *Marcos regulatórios no Brasil: é tempo de rever regras?* Rio de Janeiro: Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), 2009.

_____. e 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 nº 1990. Rio de Janeiro: Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), 2014.

FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste*. 7ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

FROEB, Luke M.; KOYAK, Robert A.; WERDEN, Gregory J. "What is the effect of bidding on prices?" *Economics Letters*, nº 42, 4, January/1993, pp. 419-423.

GARCIA, Flávio Amaral e RIBEIRO, Leonardo Coelho. "Licitações públicas sustentáveis". *RDA – Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 260, maio/ago. 2012, pp. 231-254.

GOLDBERG, Victor P. "Competitive Bidding and the Production of Precontract Information". *Bell Journal of Economics*, n. 8, 1977, pp. 250-261.

GONÇALVES, Pedro Costa. *O Contrato Administrativo: Uma instituição do direito administrativo do nosso tempo*. Coimbra: Almedina, 2002.

_____. "Integração de preocupações concorrenciais nas regras da contratação pública". *Revista de Contratos Públicos - RCP*. Belo Horizonte, ano 1, n. 1, mar./ago., 2012.

_____. "A regulação do mercado da contratação pública". *Revista de Contratos Públicos – RCP*, Belo Horizonte, ano 3, n. 3, p. 201-208, mar./ago. 2013

_____. *Reflexões sobre o Estado Regulador e o Estado Contratante*. Coimbra: Coimbra editora, 2013.

GRAU, Eros Roberto. *Elementos de Direito Econômico*. São Paulo: RT, 1981.

_____. "Constituição e Serviço Público". In: GRAU, Eros Roberto. GUERRA FILHO, Willis Santiago (Orgs.) *Direito Constitucional – Estudos em homenagem a Paulo Bonavides*. São Paulo: Malheiros, 2001.

_____. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 13ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. "Licitação - Dispensa - Notória especialização". *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 150, p. 216-226, jan. 2015.

GUASCH, J. Luis. *Granting and Renegotiating Infrastructure Concessions: Doing it Right*. WBI Development Studies: Washington: World Bank, 2004. Disponível em <https://openknowledge.worldbank.org/handle/10986/15024>.

GUIMARÃES, Fernando Vernalha e MOREIRA, Egon Bockmann. *Licitação Pública. A Lei Geral de Licitação – LGL e o Regime Diferenciado de Contratação – RDC*. São Paulo: Malheiros, 2012.

HATZIS, Nicholas. "The legality of SME development policies under EC procurement law", In: ARROWSMITH, Sue e KUNZLIK, Peter (orgs). *Social and environmental policies in EC procurement law. New Directives and New Directions*. Cambridge (UK): Cambridge University Press, 2009, pp. 345-368.

JURKSAITIS, Guilherme Jardim e SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.) *Contratos Públicos e Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2015.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 14ª ed. São Paulo: Dialética, 2010.

_____. *Pregão (comentários à legislação do pregão comum e eletrônico)*. 6ª ed. São Paulo: Dialética, 2013.

KANG, Karam e MILLER, Robert A. "Winning by Default: Why is There So Little Competition in Government Procurement?" *Carnegie Mellon University Discussion Paper*. Versão eletrônica disponível em: http://www.econ.ucla.edu/workshops/papers/Applied/kang_miller_procurement.pdf, Acesso em 06/06/2016.

KATTEL, Rainer e LEMBER, Veiko. "Public Procurement as an industrial policy tool: an option for developing countries?" *Journal of Public Procurement*, vol.10, issue 3, 2010, pp. 368-404.

KELMAN, Steven. *Procurement and Public Management: The Fear of Discretion and the Quality of Government Performance*. Washington: The AEI Press, 1990.

KLEMPERER, Paul. *Auctions: theory and practice*. Princeton (NJ); Oxford (UK): Princeton University Press, 2004.

KOVACIC, W.; MARSHALL, R.; MARX, L.; RAIFF, M.; "Bidding rings and the design of anti-collusive measures for auctions and procurements". In: DIMITRI, N.; PIGA, G.; SPAGNOLO, G. (Ed.). *Handbook of procurement*. Cambridge (UK): Cambridge University Press, 2006, pp. 381-411.

_____. "Competition policy, consumer protection and economic disadvantage". *Washington University Journal of Law & Policy*. Vol 25, 2007, pp. 101-118.

KRISHNA, Vijay. *Auction Theory*. 2ª ed. Oxford (UK): Academic Press/Elsevier, 2010.

LAMBSDORFF, Johann Graf. *The Institutional Economics of Corruption and Reform: Theory, Evidence, and Policy*, Cambridge: Cambridge University Press, 2007.

LENGWILER, Yvan e WOLFSTETTER, Elmar. "Corruption in procurement auctions". In: DIMITRI, N.; PIGA, G.; SPAGNOLO, G. (Ed.). *Handbook of procurement*. Cambridge (UK): Cambridge University Press, 2006, pp. 412-429.

LIRA, Bruno e NÓBREGA, Marcos. "O Estatuto do RDC é contrário aos cartéis em licitação? Uma breve análise baseada na teoria dos leilões". *Revista Brasileira de Direito Público - RBDP*. Belo Horizonte, ano 9, n. 35, out./dez. 2011.

LOUGHLIN, Martin. *The Idea of Public Law*. Oxford: Oxford University Press, 2003

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. “Público e privado no setor de saúde”. *Revista de Direito Público da Economia*, Belo Horizonte: Fórum, n. 9, jan./mar., 2005, pp. 105-154.

_____. “Do contrato administrativo à administração contratual”. *Revista do Advogado*. São Paulo: AASP. Ano XXIX, nº 107, dez./2009, pp. 74-82.

MARQUES, Felipe Silveira. *Compras Públicas no Brasil e EUA: análise da concorrência segundo o paradigma estrutura-conduta-desempenho*. 80 p. Monografia premiada em 3º lugar no X Prêmio Tesouro Nacional – Tópicos Especiais de Finanças Públicas. Brasília: ESAF, 2005.

McAFEE, R. Preston e McMILLAN, John. “Government procurement and international trade”. *Journal of international economics*, v. 26, n. 3-4, 1989, pp. 291-308

McCRUDDEN, Christopher. “Using public procurement to achieve social outcomes”. *Natural Resources Forum*, nº 28, 2004, pp. 257-267.

MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 7ª ed. São Paulo: RT, 2003.

MEERHOLZ, André Leonardo. “O preço mínimo na licitação como indicativo de conduta anticoncorrencial”. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*. Belo Horizonte, ano 13, n. 49, pp. 9-25, jan./mar. 2015.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro* 32ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MIGUEL, Luiz Felipe Hadlich. “Licitação – Passado, presente e futuro”. *Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP*, Belo Horizonte, ano 14, n. 158, p. 41-49, fev. 2015.

MILESKI, Helio Saul. “Tratamento diferenciado e favorecido em licitações públicas – Aperfeiçoamentos legais introduzidos ao Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte (Lei Complementar nº 147/2014)”. *Revista Interesse Público– IP*, Belo Horizonte, ano 16, n. 86, jul./ago. 2014, pp. 51-70.

MINGANTI, Lorenzo e ZUCCOLOTTO, Stefania. "Evoluzione storica del processo d'acquisto della pubblica amministrazione". In: FIORENTINO, Luigi (org.). *Lo stato compratore. L'acquisto di beni e servizi nelle pubbliche amministrazioni*. Bologna: Il Mulino, 2007, pp. 47-78.

MILGROM, Paul. “Putting auction theory to work: the simultaneous ascending auction”. *Journal of Political Economy*, vol. 108, nº 2, 2000, pp. 245-272.

_____. *Putting auction theory to work*. Cambridge (UK): Cambridge University Press, 2004.

MONTEIRO, Vera Cristina Caspari. *Licitação na Modalidade de Pregão*. São Paulo: Malheiros, 2003

_____. *Concessão*. São Paulo: Malheiros, 2010.

MOREIRA, Vital Martins. *Auto-regulamentação profissional e Administração Pública*. Coimbra: Almedina, 1997.

MOTTA, Alexandre Ribeiro. "Electronic Reverse Auctions in Brazil Federal Government: a critical view". In: *4th Public Procurement Ph.D. Conference Nottingham University, 2009*, Nottingham. Anais eletrônicos. Disponível em: <http://www.nottingham.ac.uk/pprg/documentsarchive/phdconference2009/alexandre%20motta.pdf>. Acesso em 30/07/2015.

_____. "Public Procurement in Brazil Federal Government: a perspective from the agents responsible for its regulation and operation". In: *International Public Procurement Conference*, Seoul National University, 2010. Disponível em: <http://www.ippp.org/IPPC4/Proceedings/01ComparativeProcurement/Paper1-4.pdf>. Acesso em 04/02/2015.

_____. *O combate ao desperdício no gasto público: uma reflexão baseada na comparação entre os sistemas de compra privado, público federal norte-americano e brasileiro*. 2010. 189 p. Dissertação (Mestrado) - Instituto de Economia (IE), Universidade Estadual de Campinas, Campinas, 2010.

NOHARA, Irene Patrícia. "Poder de compra governamental como fator de indução do desenvolvimento - faceta extracontratual das licitações". *Revista Fórum de Direito Financeiro e Econômico - RFDFFE*. Belo Horizonte, ano 4, n. 6, set./fev. 2015, pp. 155-172.

NÓBREGA, Marcos. "Contratos incompletos e infraestrutura: contratos administrativos, concessões de serviço público e PPPs" *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico – REDAE*. Salvador: Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 18, mai./jul. 2009. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-18-MAIO-2009-MARCOS-NOBREGA.pdf>. Acesso em: 18/03/2015.

_____. *Direito da Infraestrutura*. São Paulo: Quartier Latin, 2011.

NUSDEO, Fábio. *Curso de Economia. Introdução ao Direito Econômico*. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende e FREITAS, Rafael Vêras de. "A função regulatória das licitações e o desenvolvimento nacional sustentável: o regime jurídico introduzido pela Lei nº 12.349/10". *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, Belo Horizonte, ano 10, n. 38, jul./set. 2012. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=81456>. Acesso em: 15/05/2015.

ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO - OCDE. *L'intégrité dans les marchés publics - Les bonnes pratiques de A à Z*, OCDE Publishing, 2008. Disponível em: <http://www.oecd.org/fr/gov/ethique/lintegritedanslesmarchespublicslesbonnespratiquesdeaz.htm> Acesso em 19/06/2016.

PEDREIRA, Pedro Matias. GUIMARÃES, Rui Mesquita. “O valor do contrato no Código dos Contratos Públicos português”. *Revista de Contratos Públicos – RCP*. Belo Horizonte, ano 3, n. 5, mar./ago. 2014, pp. 157-177.

PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos da Administração Pública*, Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

PERES, Úrsula Dias. "Custos de transação e estrutura de governança no setor público". *Revista Brasileira de Gestão de Negócios - RGBN*. São Paulo, Vol. 9, n. 24, maio/ago. 2007, pp. 15-30.

PICCI, Lucio. “Reputation-based governance of public works”. *Rivista di Politica Economica*, vol. 96, issue 1, jan./fev. 2006, pp. 161-183.

_____. "Dal modello CONSIP a un sistema di *procurement* nazionale". In: FIORENTINO, Luigi (org.). *Lo stato compratore. L'acquisto di beni e servizi nelle pubbliche amministrazioni*. Bologna: Il Mulino, 2007, pp. 285-306.

PIGA, Gustavo. “A fighting chance against corruption in public procurement?” In: ACKERMAN, Susan Rose; SOREIDE, Tina (org.). *International Handbook on the Economics of Corruption*. Vol. II, Cheltenham (UK): Edward Elgar, 2011, pp. 141-181.

_____. TREUMER, Steen (ed.). *The applied Law and Economics of Public Procurement*. London/New York: Routledge, 2013.

PINHO, Diva Benevides; VASCONCELOS, Marco Antonio Sandoval de; TONETO JR., Rudinei; (Org). *Manual de Economia*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

PINTO, Henrique Motta. *Empresa Estatal: modelo jurídico em crise?* 200 p. Dissertação (Mestrado). São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP), 2010.

PINTO JÚNIOR, Mário Engler. “Parceria Público-Privada. Antigas e novas modalidades contratuais”. *Revista Digital de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte: Fórum, ano 6, n. 13, jan. 2006.

_____. PRADO, Lucas Navarro e RIBEIRO, Maurício Portugal; *Regime Diferenciado de Contratação: licitação de infraestrutura para a Copa do Mundo e Olimpíadas*. São Paulo: Atlas, 2012.

RODRIGUES, Nuno Cunha. *A Contratação Pública como Instrumento de Política Económica*. Coimbra: Almedina, 2013.

ROLFSTAM, Max. *Public Technology Procurement as a Demand-side Innovation Policy Instrument – an Overview of Recent Literature and Events*. Lund University Institute of Technology, 2005. Disponível em: <http://www2.druid.dk/conferences/viewpaper.php?id=2553&cf=17>. Acesso em: 03/07/2015.

_____. "Understanding public procurement of innovation: definitions, innovation types and interaction modes”. *Social Science Research Network*, Rochester (NY), 26/02/2012. Disponível em: <http://goo.gl/N185B9>. Acesso em: 22/08/2016.

REICH, Norbert. *Mercado y derecho: Teoría y praxis del derecho económico en la República Federal Alemana*, tradução espanhola por Antoni Font, Barcelona: Ariel, 1985.

ROSILHO, André Janjácomo. *Licitação no Brasil*. São Paulo: Malheiros, 2013.

SAUSSIÉ, Stéphane e TIROLE, Jean. "Strengthening the Efficiency of Public Procurement". *Les notes du conseil d'analyse économique*. Paris: Conseil d'analyse économique, nº 22, abril/2015. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/275973839_Strengthening_the_Efficiency_of_Public_Procurement. Acesso em 29/06/2015.

SCHWARZ, Jeffery D. "The Use of the Antitrust State Action Doctrine in the Deregulated Electric Utility Industry". *American University Law Review*, issue 48, no.6, August, 1999, pp. 1449-1490.

SCHWIND, Rafael Wallbach. "Breves comentários à nova de lei de licitações de serviços de publicidade (Lei 12.232/2010)", *Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini*, Curitiba, nº 40, jun./2010, disponível em <http://www.justen.com.br//informativo.php?&informativo=40&artigo=974&l=pt>. Acesso em 17/10/2016.

SERVIÇO BRASILEIRO DE APOIO ÀS MICRO E PEQUENAS EMPRESAS (SEBRAE). *Políticas Públicas – As micro e pequenas empresas e as compras governamentais*. Série "Temas em debate", 2005. Disponível em: http://www.sebraesp.com.br/arquivos_site/biblioteca/compras_governamentais.pdf. Acesso em 02/01/2015.

SILVA, Erivam Paulo da. *O uso do Poder de Compra do Estado como instrumento de política pública: a Lei Complementar nº 123/2006, sua implementação*. 180 p. Dissertação (Mestrado). Rio de Janeiro: Escola Brasileira de Administração Pública e de Empresas/FGV, 2008.

SILVA, Fabiane Tessari Lima da. "A tutela da concorrência no âmbito do Direito Comunitário e a modificação objetiva dos contratos públicos no Código dos Contratos Públicos português (CCP)". *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 11, n. 43, jul./set.2013, Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdicntd=97660>. Acesso em: 15/05/2015, pp. 83-108.

SILVA, Marcos Fernandes Gonçalves da. "O controle dos processos de licitação: uma análise de economia política". *Estudos Econômicos da Construção*. SindusCon-SP, São Paulo, Vol. 2, nº 3, 1997. Disponível em: <http://gvpesquisa.fgv.br/professor/marcos-fernandes-goncalves-da-silva>. Acesso em 19/07/2016.

_____. "Corrupção e produção de bens públicos". In.: ARVATE, Paulo e BIDERMAN, Ciro (Orgs.). *Economia do Setor Público no Brasil*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. pp. 127-135.

SØREIDE, Tina. "Beaten by bribery: why not blow the whistle?" *Journal of Institutional and Theoretical Economics*, n. 164, issue 3, pp. 407-428.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito administrativo contratual: licitações, contratos administrativos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

_____. "Licitações e controle de eficiência: repensando o princípio do procedimento formal à luz do 'placar eletrônico!'. *Fórum de Contratação e Gestão Pública - FCGP*, Belo Horizonte, ano 8, n. 93, set. 2009. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=62589>. Acesso em: 15/05/2015.

SPAGNOLO, Giancarlo. "Reputation, Competition and Entry in Procurement", *International Journal of Industrial Organization*, vol. 30, n° 3, 2012, pp. 291-296

SPECK, Bruno Wilhelm. *Inovação e rotina no Tribunal de Contas da União: o papel da instituição superior de controle financeiro no sistema político-administrativo do Brasil*. São Paulo: Fundação Konrad Adenauer, 2000.

SPILLER, Pablo T. "An institutional theory of public contracts: regulatory implications". Cambridge: National Bureau of Economic Research (NBER), 2008 (NBER Working Paper, n° 14.152). Publicado posteriormente In: GHERTMAN, Michel. MÉNARD, Claude (Ed.). *Regulation, Deregulation, Re-regulation: Institutional Perspectives*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2009. pp. 45-66.

SQUEFF, Flávia de Holanda Schmidt. *O poder de compras governamental como instrumento de desenvolvimento tecnológico: análise do caso brasileiro*. Texto para discussão n° 1922. Rio de Janeiro: Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), 2014.

STIGLER, George J.; "A theory of oligopoly". *The Journal of Political Economy*. University of Chicago, Volume 72, Issue 1, feb./1964, pp. 44-61

SUNDFELD, Carlos Ari. "Como reformar licitações?", *Interesse Público – Revista Bimestral de Direito Público*, Belo Horizonte: Fórum, ano 11, n. 54, mar./abr. 2009. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=62589>. Acesso em: 17/06/2016.

_____. (Org.). *Contratações Públicas e seu controle*. São Paulo: Malheiros, 2013.

_____. e SOUZA, Rodrigo Pagani. "Licitação nas estatais: levando a natureza empresarial a sério". In: SUNDFELD, Carlos Ari (Org.). *Contratações Públicas e seu controle*, São Paulo: Malheiros, 2013

TÁCITO, Caio. "Licitação – Carta-convite – Lista Telefônica". *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 167, pp. 299-326, jan./mar. 1987.

THAI, Khi V. "Public Procurement re-examined". *Journal of Public Procurement*, volume 1, issue 1, 2001, pp. 09-50.

THOMAS, Arthur G. *Principles of Government Purchasing*. New York: D. Appleton and Company, 1919.

VICKREY, William. "Counterspeculation, Auctions, and Competitive Sealed Tenders", *Journal of Finance*, vol. 16, issue 1, mar./1961, pp. 8-37.

WAHRLICH, Beatriz M. de Sousa. "Reforma administrativa federal brasileira: passado e presente". *Revista de Administração Pública*, Rio de Janeiro, v. 8, n° 2, p. 27-75, 1974.

WALD, Arnaldo. "Algumas considerações sobre o novo projeto de lei de licitações (PL 59/92)". *Revista Tributária e de Finanças Públicas*, vol. 4, jul/set/1993, pp. 198-220.

WILLIAMSON, Oliver E.; *The economic institutions of capitalism: firms, markets, relational contracting*. New York: The Free Press, 1985.

WILLOUGHBY, William F., *Principles of public administration*, Washington: Brookings, 1927.

ÍNDICE DE TABELAS, FIGURAS E GRÁFICOS

	p.
Tabela 1 - "Gestão" e "controle" nas quatro fases das licitações no Brasil	26
Figura 1- Versão estendida da "matriz de Hommen"	136
Tabela 2- Jurisprudência do STF sobre objetivos horizontais em contratações públicas	144
Tabela 3 - Comparando contratos de preço fixo e contratos de reembolso	170
Gráfico 1 - Propostas recebidas por contrato na França entre 2005 e 2007	183
Tabela 4 - Tipos de procedimento de adjudicação versus números de propostas recebidas nos EUA entre 2004 e 2012	184
Gráfico 2 - Uso de diferentes procedimentos de adjudicação em alguns países europeus	186
Tabela 5 - Complexidade do objeto como critério para a "modelagem" da contratação	191
Gráfico 3 - Frequência de corrupção em contratações públicas	193
Tabela 6 - Os dois problemas no funcionamento de cartéis: "coordenação" e "enforcement"	200
Figura 2 - Os sinais mais comuns de colusão em licitações	219