



Fabiano Araujo: Premissas de uma nova legislação de licitações

18/05/2016

Vivemos uma época nebulosa em nosso país, momento de grande instabilidade política e econômica.

Essa espécie de período, contudo, é propício para formatação de novas ideias e propostas de reformas institucionais. Qualquer espécie de crise, inclusive emocional, tender a aprimorar a criatividade.

Feita essa lembrança, é de se enaltecer que problemas verificados no bojo de processos de contratações configuram o cerne dos ilícitos investigados no âmbito da operação "lava jato". Desnecessário tecer considerações sobre tal premissa, haja vista o detalhamento cotidiano, pela mídia, das práticas engendradas nas licitações empreendidas em várias empresas estatais.

Não por acaso, recentemente uma grande construtora, após concluir um acordo de leniência, publicou uma nota [1], pugnando escusas por condutas praticadas, mas apresentando, na oportunidade, sugestões de melhoria dos processos de contratação pública em nosso país.

Em atenção, pois, à realidade brasileira e à parte da referida nota pública, esse singelo texto tem o escopo de trazer contribuições para eventual reformulação legal da sistemática de contratação governamental em nosso país. Com efeito, o presente cenário ocasionará, decerto e em futuro breve, um amplo debate sobre a atual legislação brasileira de contratação estatal, de sorte que o presente articulista traz humildemente subsídios para o referido debate.

É de se anotar, desde já: não é um rito licitatório que, por si, expurgará atitudes prejudiciais à moralidade administrativa. Afinal, caso um agente público deseje efetivamente praticar atitudes que vão de encontro ao interesse público, a sistemática licitatória não é fator impeditivo para tal conduta, decerto.

Contudo, uma metodologia de contratação pública mais transparente, por exemplo, desestimularia práticas de tal naipe. Nesse exemplo, uma instituição, tal como um preceito legal, tentaria moldar o comportamento social [2].

Assim, entende-se nesta sede que a nova modelagem de aquisição governamental em nosso país deveria ter, no mínimo, quatro grandes alicerces: (i) radicalismo na promoção da transparência e publicidade; (ii) planejamento como norte do processo de contratação governamental; (iii) visão instrumental do processo de aquisição pública; e (iv) respeito aos mandamentos contratuais.

Vejamos cada ponto.

I - Radicalismo na promoção da transparência e publicidade

Não há dúvidas de que a transparência e publicidade são elementos ínsitos ao processo de



contratação pública. Essa premissa não enseja maiores divergências teóricas.

O importante, contudo, é fomentar ainda mais esses princípios no bojo da legislação brasileira licitatória, com o mister de ampliar o controle do procedimento da atividade econômico-financeira da Administração Pública[3].

Sabe-se que, em muitas situações, há a necessidade de sigilo no âmbito do processo licitatório, com o fito de privilegiar outros valores inerentes à sistemática de aquisição pública. Isso já sustentei expressamente em outra oportunidade[4]. Por exemplo, a restrição de publicidade do conteúdo das propostas (artigo 3º, § 3º, da Lei 8.666, de 1993) tem como motivo salvaguardar a moralidade e a competitividade.

Nada obstante, no geral, o processo de contratação pública deve ser público. A fase interna do processo de contratação pública, etapa tão importante e muitas vezes esquecida do público em geral, deve estar facilmente ao alcance de todos. Podendo-se aproveitar dos recentes avanços em sistemas de tecnologia da informação, uma norma geral de licitações públicas em nosso país poderia obrigar, por exemplo:

(a) que todos os processos de contratações governamentais fossem eletrônicos, independente da esfera federativa, e tornados públicos, tanto quanto possível, na rede mundial de computadores. Deve-se lembrar, por exemplo, que no âmbito federal o uso do meio eletrônico para realização do processo administrativo deve ser implementado integralmente até meados de 2017 (artigo 22, § 1º, do Decreto 8.539, de 2015). Com a finalidade de facilitar tal conduta para entes federativos menores, nada obstaría que a União estruturasse um portal eletrônico condizente com tal empreendimento, que poderia ser usado usados, por exemplo, por municípios menores;

(b) em coerência com o que o foi dito acima, que cada etapa da fase interna da licitação, naquilo não qualificado como sigiloso ou classificado pela Lei de Acesso à Informação, deve ser tornada pública na rede mundial de computadores, de forma paulatina à sua realização. Essa conduta faria com que a sociedade já tivesse pleno conhecimento do que o ente público deseja adquirir e, principalmente, da motivação desse empreendimento e das especificações do objeto a ser licitado. Isso faria, por exemplo, com que a sociedade já debatesse desde já a justificativa para realização de determinada aquisição pública [5];

(c) que a publicidade de todo o processo de aquisição governamental via rede mundial de computadores atingisse, inclusive, os processos administrativos de pagamento.

Esses são rápidos exemplos de aprimoramentos que uma nova legislação de licitações e contratos pode trazer no ânimo de aprimorar a transparência no processo de contratação pública. Isso infirmaria a construção de especificações, no âmbito da fase interna do certame licitatório, que direcionassem as disputas, um dos problemas aduzidos no cenário da operação "lava jato".

II - Planejamento como norte do processo de contratação governamental

A legislação brasileira, em geral, intenta estabelecer o planejamento como centro das atenções da máquina pública. A legislação financeira, por exemplo, engendrou uma tríade de leis orçamentárias (Plano Plurianual, Lei de Diretrizes Orçamentárias e Lei Orçamentaria Anual) que devem ser observadas no âmbito da execução orçamentária.

Na seara governamental, formataram-se instrumentos no intuito de nortear o processo de contratação dos órgãos administrativos. Pode-se lembrar, por exemplo, do Plano Diretor de Tecnologia da Informação (PDTI), instrumento exigido pelo Tribunal de Contas da União para embasar as contratações de soluções de tecnologia da informação.

Há outros órgãos que também estruturam planos de aquisições anuais, a fim de nortear as licitações públicas a serem realizadas durante o exercício.

Sem embargo, tais instrumentos não são plenamente efetivos em seus misteres. Com efeito, os termos genéricos utilizados em tais documentos lhes imprimem um caráter eminentemente formal.

Com efeito, o brasileiro não é afeto ao planejamento, e isso acaba se refletindo no cenário da contratação pública. Verificam-se à saciedade licitações planejadas de forma bastante rápida, uma vez que interesses administrativos são modificados de acordo com o humor dos gestores.

Em suma, uma legislação contratual adequada ao cenário brasileiro deve ter como escopo induzir a seara administrativa a efetivamente planejar o processo de contratação. Diante dessas considerações, são trazidas algumas hipóteses para aplicação em novel normatização:

(a) obrigatoriedade de elaboração, antes de cada exercício financeiro, de um plano anual de compras, a exemplo da legislação chilena[6], de sorte que toda contratação feita pelo órgão administrativo deve ficar adstrita às situações previstas no referido plano. No documento, devem-se evitar generalidades, em analogia ao que ocorre na construção de normas orçamentárias (vide o disposto no art. 5º da Lei 4.320, de 1964), a fim de que as contratações a serem realizadas estejam efetivamente previstas antes do início do ano;

(b) tratamento mais cauteloso sobre existência ou não de disponibilidades financeiros para dar cobertura à futura contratação. A legislação atual prevê a necessidade de “previsão de recursos financeiros” (artigo 7º, § 2º, III, da Lei 8.666, de 1993) para realizar o certame licitatório, sendo que tal dispositivo recebe do TCU interpretação não restritiva, no sentido de que a mera existência de dotação orçamentária possibilita o início da disputa (vide, por exemplo, Acórdão 554/2005 – Plenário). Muitas vezes as licitações são concluídas e contratos são celebrados com espeque nas dotações orçamentárias, estando certo que futuros contingenciamentos, previstos pelo artigo 9º da Lei de Responsabilidade Fiscal, podem trazer óbices à plena execução orçamentária e financeira de tais dotações. Uma futura legislação deve enfrentar diretamente o problema, a fim de evitar paralisações de pagamentos ao futuro contratado[7].

III - Visão instrumental do processo de contratação pública

O processo de contratação pública é um meio para atingir específico interesse administrativo. Não é um fim em si. Tem como escopo tornar viável a satisfação de uma necessidade ou utilidade coletiva [8].

A construção de um procedimento licitatório extremamente detalhado e burocrático vai de encontro a tal norte, já que prejudica sobremaneira a satisfação do desígnio público, além de fomentar desvios de moralidade: afinal, ritos dificultosos prejudicam a compreensão, pela sociedade, de todo o processo de contratação, dificultando a fiscalização.

Em atenção a tal norte, qual seja, a de se compreender que a contratação pública é uma ferramenta com a finalidade de atender ao interesse público, não podendo ser acatada como um fim em si, entende-se que uma estruturação de normas gerais de licitações públicas condizente com a matéria deve estabelecer, por exemplo, as seguintes premissas:

- (a) os ritos licitatórios previstos pelas normas gerais de licitação devem ser os menos burocráticos possíveis, a fim de que todos compreendam bem o procedimento. A generalização da lógica trazida pelos artigos 12 a 28 do Regime Diferenciado de Contratação já poderia ser um primeiro passo;
- (b) impõe-se uma radicalização do uso do Sistema de Registro de Preços (SRP), estabelecendo inclusive a obrigatoriedade de atuação, em hipóteses específicas, de órgãos participantes. Afinal, sabendo-se da resistência de órgãos de controle acerca dos processos de adesão, uma forma interessante de utilizar-se dos benefícios trazidos pelo SRP (compras mais rápidas e a generalização da “economia de escala”) seria a obrigatoriedade, em várias situações, de que compras só ocorram mediante SRP, com participação obrigatória dos órgãos administrativos de específica área territorial;
- (c) em atenção inclusive ao exposto acima, a norma geral de licitações deve estabelecer a obrigatoriedade de “centrais de compras” em cada poder do ente federativo, a fim de induzir a padronização.

Ademais, impende anotar que se tornou praxe o uso da contratação governamental para outros fins públicos que não sejam limitados ao mero interesse administrativo em adquirir determinado bem ou serviço, com o desiderato de ser um processo ao alcance de específico objetivo de política pública. O uso do processo de contratação pública para tais fins é denominado, em geral, pela doutrina brasileira como *Função Regulatória da Contratação Pública* [9].

Esse uso indutivo do processo de contratação governamental acaba infirmo o primado da competitividade, valor tão caro nesse cenário administrativo. Afinal, por exemplo, uma hipótese de contratação direta para prestação de serviço por instituição dedicada à recuperação social do preso [10] outorga ao gestor a possibilidade de não realizar certame licitatório para atender a específico desiderato. Outrossim, a implementação, em contratos derivados de uma licitação, de exigência de que o futuro contratado promova aquisições mínimas de conteúdo local enseja o afastamento de licitantes que não possuem vínculos com fornecedores nacionais [11].

Essa utilização do processo de contratação governamental, além de evidenciar ainda mais o caráter instrumental da aquisição pública, traz, de outra banda, semelhantes problemas tratados no bojo da doutrina regulatória, tais como a *teoria da captura* ou a *teoria da escolha pública da regulação* [12], de sorte que a confecção de uma ferramenta de política pública no cenário da contratação pública pode ensejar benefícios indevidos para particulares no cenário econômico, ao invés de ser um meio para alcance de um desígnio de política pública.

Com efeito, delineou-se no corpo da operação "lava jato" a premissa de que exigências de conteúdo local poderiam ter relação com questões de imoralidade. Não se adentra aqui no mérito dessas alegações. O que se sustenta é que, até para legitimar esse caráter indutivo da contratação governamental, seria importante que normas gerais de licitação pública:

- (a) procurassem consolidar toda a sistemática de política pública no âmbito da contratação governamental, tais como os benefícios para pequenos empreendedores, sistemática de margens de preferência ou metodologias de conteúdo local;
- (b) estabelecessem a necessidade de que a aplicação ou não dessa metodologia indutora fosse totalmente democrática e transparente, com prévia existência de audiências públicas e até mesmo análise por entidades independentes, externas ao cenário público, a fim de corroborar a legitimidade de ações indutivas no bojo da contratação governamental. Dessa forma, nas situações em que haveria discricionariedade para uso da função regulatória (tais como exigências de conteúdo local ou as margens de preferência previstas no artigo 3º da Lei 8.666, de 1993), a metodologia acima deveria ser seguida.

IV - Respeito aos mandamentos contratuais

São notórios os problemas derivados do descumprimento de contratos administrativos.

Problemas de moralidade, condutas ilícitas cometidas pelos contratados, atrasos constantes nos pagamentos pela Administração, são várias hipóteses acerca da matéria em comento.

A desobediência aos contratos administrativos, em geral, propicia a corrupção, bem como acaba induzindo a prática de preços mais caros em face da Administração Pública, haja vista que os particulares tendem a incluir, nos seus preços, eventuais futuros problemas derivados do inadimplemento administrativo [13].

Desse modo, a legislação de licitações e contratos deve estabelecer um cenário que conduza ao respeito, pelas partes, dos comandos existentes no bojo da relação contratual. Desse modo, sugestões para novel normatização podem ser as seguintes:

- (a) consolidação das sanções existentes nas mais diversas normas, com o intuito de afastar dúvidas de interpretação derivadas das leis em vigência, tais como a abrangência das penas de suspensão e de inidoneidade de contratação previstas no artigo 87 da Lei 8.666, de 1993;
- (b) previsão expressa de que as sanções de impedimento para participação de futuras licitações atinjam terceiros de qualquer forma vinculados à pessoa jurídica que sofreu anterior penalidade. Em suma, a previsão da desconsideração da personalidade

jurídica neste cenário;

(c) a estipulação de garantias mais robustas para pagamento da contratada, tais como a possibilidade de compensação de eventuais débitos administrativos com dívidas tributárias do particular (utilizando-se da margem prevista no caput do art. 170 do Código Tributário Nacional); e

(d) a implementação do *performance bond* para garantia de toda a execução do contrato, como ocorre em legislação estrangeira [14], e não apenas no percentual pequeno existente na atual legislação brasileira.

Considerações finais

Há inúmeras propostas em tramitação no Congresso Nacional, com a finalidade de disciplinar uma nova sistemática de contratação pública em nosso país.

Sem embargo, creio que para atingir tal desiderato, é de bom alvitre se espelhar no exemplo do recente Código de Processo Civil, que não foi uma mera adequação da legislação anterior, mas efetivamente um novo modelo de normatização das relações processuais civis no Brasil.

Caso se pretenda reformular a legislação contratual administrativa, é de bom alvitre atentar aos problemas verificados nos recentes escândalos ocorridos no Brasil. Um novo modelo é necessário, decerto.

Desse modo, propõe-se que uma nova modelagem de contratação pública tenha como fulcro, no mínimo, os quatro nortes expostos nesta sede. Obviamente tal texto tem o condão de trazer singelos subsídios para um profundo debate acerca dessa questão, sendo, por conseguinte, totalmente passível de críticas.

1 <http://www.conjur.com.br/2016-mai-09/andrade-gutierrez-desculpas-manifesto-brasil-melhor>.

2 No âmbito sociológico, a esfera pública acaba sendo fruto de um *background* social, influenciado por instituições não formais, tais como costume, prática, relação ou comportamento (SECCHI, Leonardo. Políticas públicas: conceitos, esquemas de análise, casos práticos. 2. ed. São Paulo: Cengage Learning, 2013, p. 91; HARGUINDÉGUY, Jean B. Análisis de Políticas Públicas. Madrid: Editorial Tecnos, 2013, p. 128), ou por instituições corporativas (HAURIOU, Maurice. A Teoria da Instituição e da Fundação. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2009, p. 19-20), “entidades que organizan la vida em sociedad como el parlamento, el gobierno, los jueces, el hospital psiquiátrico o la cárcel” (HARGUINDÉGUY, Jean B. Análisis de Políticas Públicas. Madrid: Editorial Tecnos, 2013, p. 128).

3 Dromi, Roberto. Licitación Publica. 4ª Ed. Buenos Aires: Hispania Libros, 2010, p. 104.

4 A verdade sobre o sigilo do orçamento para os Jogos. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2011-jun-22/verdade-sigilo-orcamento-copa-olimpiadas>. Acesso em:



11/05/2016.

5 Nesse ponto, enfrenta-se o item 1 da nota pública da construtora, quando sugere a “obrigatoriedade de estudo de viabilidade técnico-econômica anterior ao lançamento do edital de concorrência, descartando-se obras que não contribuam para o desenvolvimento do país”. Com efeito, tal motivação já é exigida pela legislação de referência (art. 6º, IX, da Lei nº 8.666, de 1993, que prevê a necessidade de estudos prévios preliminares que assegurem a viabilidade técnica do empreendimento, e o art. 2º, IV, da Lei nº 12.462, de 2011, que tem norte semelhante). O que talvez seja importante, na verdade, é a ampla e irrestrita publicidade de tal estudo, antes mesmo da conclusão da fase interna da licitação, com o fito de permitir o seu exame pela sociedade e facilitar o trabalho dos mais diversos órgãos de controle.

6 Ley nº 19.886, de 2003. Art. 12. Artículo 12.- Cada institución deberá elaborar y evaluar periódicamente un plan anual de compras y contrataciones, cuyos contenidos mínimos serán definidos en el reglamento. Cada institución establecerá una metodología para evaluar anualmente los resultados de los contratos celebrados, así como el rendimiento de los bienes y servicios que adquiere. Toda esta información deberá ser reflejada en el Sistema de Información de las Compras Públicas y en el Registro Nacional de Proveedores, según lo establezca la Dirección de Compras y Contratación Pública.

7 Anote-se que esse problema foi trazido expressamente pela nota pública da construtora. Vide item 7 da nota: “7)Início de obras somente sob garantia de disponibilidade de recursos financeiros, vinculados ao projeto até a sua conclusão”. Com efeito, os constantes contingenciamentos feitos no decorrer do exercício financeiro enseja uma diminuição da execução financeira de um determinado órgão administrativo, de sorte que, em muitas vezes, o órgão deve escolher o contratado que deve receber a sua contraprestação em desobediência ao disposto no art. 5º da Lei nº 8.666, de 1993, que prevê a ordem cronológica para pagamento. Uma futura legislação, decerto, não pode ser tão permissiva para início do processo de contratação, tal qual a atual normatização.

8 FERREIRA, Daniel. A licitação pública no Brasil e a sua nova finalidade legal. A promoção do Desenvolvimento Nacional Sustentável. Belo Horizonte: Forum, 2012, p. 36.

9 A definição é de Marcos Juruena Villela SOUTO (In: *Direito Administrativo Contratual*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 328).

10 Art. 24, XIII, da Lei nº 8.666, de 1993.

11 Isso foi previsto, por exemplo, pelo art. 3º-A da Lei nº 11.578, de 2007, com redação dada pela Lei nº 12.745, de 2012, o qual estabeleceu que os editais de licitação e os contratos necessários para a realização das ações integrantes do Programa de Aceleração ao Crescimento, sob a modalidade de execução direta ou descentralizada, poderão exigir aos

contratados um percentual mínimo de produtos manufaturados nacionais.

12 A teoria da captura explicita que a regulação é feita não para atender a lógicas de eficiência ou interesse público, mas para salvaguardar os interesses dos próprios empreendedores regulados (BYRNS, Ralph T. *Microeconomia*. São Paulo: MAKRON Books, 1996, p. 383; STIGLER, George J. *A teoria da regulação econômica*. In: *Regulação Econômica e Democracia: O debate norte-americano*. São Paulo: Editora 34, 2004; POSNER, Richard. A. *Teorias da regulação econômica*. In: *Regulação Econômica e Democracia: O debate norte-americano*. São Paulo: Editora 34, 2004, p. 56 e ss.). Anote-se inclusive que a teoria econômica da regulação de STIGLER foi um dos sustentáculos teóricos do processo de desregulação ocorrida no cenário americano na década de 1980 e 1990. Por sua vez, a teoria da escolha pública “ênfatiza que os burocratas produzem regulamentações (sic) complexas de modo que seu poder e seus orçamentos possam aumentar” (BYRNS, Ralph T. *Microeconomia*. São Paulo: MAKRON Books, 1996, p. 383).

13 Não por acaso, esse problema foi trazido expressamente pela nota pública da construtora. Vide o item 5): “garantir que ambas as partes tenham os seus direitos contratuais assegurados, passíveis de serem executados de forma equitativa”;

14 Na legislação estadunidense (40 US CODE, § 3131), por exemplo, em qualquer espécie de contrato administrativo, superior a cem mil dólares e cujo objeto se refira a obras públicas, a autoridade pública poderá exigir uma garantia satisfatória (*performance bond*) à integralidade do contrato, salvo em situações específicas em que o montante seja impraticável. Nessas situações, em caso de inadimplemento da contratada, a instância que dar a garantia deve promover o respectivo adimplemento em face da Administração Pública.

Fonte: <https://conjur.jumps.com.br/2016-mai-18/fabiano-araujo-premissas-legislacao-licitacoes/>