

DIREITO DA CONTRATAÇÃO PÚBLICA: CRÍTICAS E NOVAS PERSPECTIVAS

Flávio Amaral Garcia*

Sumário: 1. Introdução; 2. A Mudança em Curso: a Modificação da Sistemática de Contratação Pública sem a Alteração da Lei nº 8.666/93; 3. A Fase Interna da Licitação: Problemas e Propostas; 3.1. O Planejamento; 3.2. A requisição do Objeto; 3.3. A Estimativa de Preços; 3.3.1. A não Divulgação da Estimativa na Licitação; 3.4. A Padronização de Editais; 3.5. A Profissionalização de uma Carreira de Gestor na Área de Compras Públicas; 4. A Extinção das Modalidades Tomada de Preços e Convite; 5. O Placar Eletrônico; 6. A Inversão das Fases como Premissa Fundamental para Eficiência das Licitações; 7. A Otimização da Fase Recursal; 8. Os Contratos Administrativos; 8.1. As Cláusulas Exorbitantes; 8.2. A Conformação da Discricionariedade no Contrato; 8.3. A Consensualidade; 8.4. A Partilha de Riscos; 8.5. O Descabimento de um Regime Jurídico Único para os Contratos Administrativos; 8.6. A Regulação da Contratação Pública; 8.7. O Sistema de Defesa da Concorrência e as Contratações Públicas; 9. Conclusões.

1. Introdução

Um dos problemas que mais afligem o Estado brasileiro é a sua sistemática atual de contratação pública.

A Lei nº 8.666/93 foi editada em um contexto de maior preocupação com os meios do que com os fins. Importava mais verificar o cumprimento das formalidades pelo agente público do que avaliar se a contratação pública concretizou os princípios da eficiência e economicidade.

Como de hábito, a vocação da norma foi oferecer uma resposta a mais um dos diversos escândalos de corrupção que assolaram o país no passado e que, infelizmente, ainda continuam permeando o noticiário dos principais jornais brasileiros.

A prática demonstrou, contudo, que o gestor público ficou engessado nas suas ações, posto que o legislador reduziu, em grande medida, o seu espaço discricionário de decisão.

A finalidade originária de combate à corrupção não se mostrou atendida, uma vez que desde 1993, ano de edição da lei, diversos escândalos se sucederam no sistema de contratação pública brasileiro.

Espera-se que com o advento da Lei nº 12.846/13, mais conhecida como Lei Anticorrupção, ocorra efetivo incremento dos mecanismos internos de controle das próprias empresas no combate à prática de atos de corrupção.

Mas fato é que o cenário atual produz o nefasto efeito de, não raro, afastar o gestor público sério, que fica com fundado receio de praticar os atos necessários para cumprir a sua missão, já que o excessivo controle sobre os meios pode acarretar uma futura responsabilização pelos diversos órgãos de controle que atuam no sistema. Prevalece a lógica do “*dorme tranquilo quem indefere*”, como lembrava em suas aulas o Professor MARCOS JURUENA VILLELA SOUTO.

Há um certo consenso entre aqueles que militam e atuam na Administração Pública de que licitar hoje, no Brasil, custa caro, demora e é excessivamente burocrático.

É claro que seria ingenuidade atribuir todos os problemas que gravitam em torno do tema à legislação existente. Dúvida não há de que o Brasil sofre com enorme déficit de planejamento e gestão, que se revela como uma das principais causas das ineficiências estatais no processo de contratação pública.

É importante fixar como premissa, desde já, que o tema das licitações e contratações públicas não pertence exclusivamente ao Direito Administrativo.

Muito ao contrário, há uma enorme intersecção com a Ciência da Administração, a justificar um investimento cada vez maior em planejamento, gestão e capacitação dos servidores públicos.

O Direito não é capaz, como ciência, de resolver de forma isolada todas as dificuldades e problemas que obstaculizam a busca por um sistema de contratação pública eficiente.

Mas é evidente que uma legislação mais alinhada com uma Administração Pública de Resultados, pautada pelo Direito Administrativo Pós-Moderno, é fundamental para o seu avanço.

Esse breve ensaio, sem maiores pretensões doutrinárias, busca detectar alguns problemas que impedem a concretização dos princípios da eficiência e economicidade e possíveis propostas que possam contribuir para o aprimoramento do sistema de contratação pública no Brasil.

2. A Mudança em Curso: a Modificação da Sistemática de Contratação Pública sem a Alteração da Lei nº 8.666/93

Em diversas oportunidades, o Governo Federal tentou modificar a Lei nº 8.666/93. Comissões de Juristas foram constituídas e propostas encaminhadas ao Congresso Nacional. Agora mesmo tramita, no Senado Federal, projeto na Comissão Especial Temporária de Modernização da Lei de Licitações e Contratos presidida pelo Senador VITAL DO REGO, com o objetivo de alterar a Lei nº 8.666/93.

Contudo, sempre que o tema vem à pauta do Congresso, há uma enorme resistência por parte de diversas correntes políticas e da própria mídia, com um falso

* Mestre em Direito pela Universidade Cândido Mendes. Doutorando pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Procurador do Estado do Rio de Janeiro e Advogado.

debate de que toda e qualquer alteração da Lei nº 8.666/93 envolve uma indevida flexibilização, a ensejar o aumento da probabilidade de incidência de casos de corrupção no país.

Percebendo essa dificuldade na arena política, tudo está a indicar que o Governo Federal mudou a estratégia. Ao invés de propor alterações pontuais na Lei nº 8.666/93, buscou-se editar novos diplomas legais sobre licitações e contratações públicas.

O primeiro exemplo foi a edição da Lei nº 10.520/02, que instituiu a modalidade licitatória “pregão”, e praticamente se tornou a regra nas licitações públicas brasileiras pela sua eficiência e celeridade.

Ainda, o sistema de registro de preços e a polêmica criação da figura do “carona” instituída pelo Decreto nº 3.931/01 e recentemente revogado pelo Decreto nº 7.892/13.

Outros contratos administrativos foram disciplinados em diplomas legais específicos, como é o caso das concessões de serviços públicos (Lei nº 8.987/95) e as parcerias público-privadas (Lei nº 11.079/04).

No campo das contratações no terceiro setor, pode-se citar como exemplo a Lei nº 9.790/99, que disciplinou sobre a qualificação de pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, como Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público.

Os consórcios públicos também foram objeto de regramento próprio com o advento da Lei nº 11.107/05, assim como as contratações específicas no segmento da publicidade receberam tratamento específico na Lei nº 12.232/10.

Foi editado, ainda, o Regime Diferenciado de Contratações, instituído pela Lei nº 12.462/11 e que tinha, inicialmente, o objetivo limitado de alcançar os eventos esportivos que acontecerão no país (Copa do Mundo e Olimpíadas), além da gestão dos principais aeroportos no país.

Entretanto, o que se percebe é uma gradativa extensão do RDC para outras áreas e setores. Tudo indica que novos objetos serão incluídos, a tornar esse sistema cada vez mais regra e menos exceção.

Note-se que o RDC passou a ter cabimento também para: (i) as ações integrantes do Programa de Aceleração do Crescimento (PAC), incluído pela Lei nº 12.688, de 18/07/12; (ii) obras e serviços de engenharia no âmbito dos sistemas públicos de ensino, conforme a Lei nº 12.722/12; (iii) obras e serviços de engenharia no âmbito do Sistema Único de Saúde, a teor do disposto na Lei nº 12.745/12; (iv) obras e serviços no âmbito do Programa Nacional de Dragagem Portuária e Hidroviária II e, subsidiariamente, nas licitações de concessão de porto organizado e de arrendamento de instalação portuária, conforme a Lei nº 12.815/2013; (v) obras e serviços de engenharia para construção, ampliação e reforma de estabelecimentos penais e unidades de atendimento socioeducativo, a teor do disposto na Medida Provisória nº 630/13; (vi) execução de ações de prevenção em áreas de risco de desastres, de resposta e de recuperação em áreas atingidas por desastres, na forma da Medida Provisória nº 631/13.

Tudo isso demonstra que a Lei nº 8.666/93 deixou de ser o único diploma legal a orientar as contratações públicas, ainda que continue a ser importante por fixar normas gerais para todos os entes federativos.

É bastante plausível cogitar que, em breve, a Lei nº 8.666/93 será cada vez menos utilizada, em especial se o Regime Diferenciado de Contratação, como tudo indica, se revelar mais eficiente.

3. A Fase Interna da Licitação: Problemas e Propostas

A maior parte dos problemas do processo de contratação pública encontra-se na fase interna do certame, etapa na qual a Administração Pública formata o objeto, estima o preço, reserva a verba orçamentária e elabora o edital.

Não há como uma licitação ser bem sucedida se a fase interna não for bem estruturada.

Passa-se a examinar os principais problemas dessa importante etapa do processo de contratação pública.

3.1. O Planejamento

A prática administrativa brasileira tem como ponto de partida da fase interna a requisição do objeto, que surge a partir de uma necessidade pública (a prestação de um serviço, a requisição de um bem ou a execução de uma obra, por exemplo).

Acontece que toda e qualquer licitação deveria ser antecedida pela elaboração de um calendário no âmbito de cada órgão ou entidade, com um cronograma definido das licitações que serão realizadas, com os contratos administrativos em vigor, com a estimativa de prazos e ações administrativas distribuídas pelos respectivos agentes públicos competentes para implementá-las.

O ideal é que esse calendário seja implementado por meio de um sistema informatizado, o que propiciará maior eficiência na sua consecução e controle.

Esse planejamento está diretamente ligado ao orçamento destinado ao órgão ou entidade, bem como às demais condicionantes fixadas na lei orçamentária, na lei de diretrizes orçamentárias e no plano plurianual.

O importante, nesse momento, é a distribuição de competências entre os agentes públicos, sob pena de não se conseguir apurar responsabilidade na hipótese de omissão ou desídia.

Dito em outros termos, não se deve começar a pensar no processo de contratação pública quando a necessidade pública surge ou, como é muito comum, esperar o prazo do contrato administrativo em vigor se esgotar para iniciar os procedimentos de uma nova licitação.

Enfim, tudo isso envolve planejamento prévio e organização administrativa.

3.2. A Requisição do Objeto

A cláusula mais importante de uma licitação pública é a do objeto; afinal, é nesse momento que são definidos os padrões de qualidade desejados para a prestação de um serviço ou aquisição de um bem.

É aqui que reside o principal problema das licitações públicas.

Não raro, os servidores que têm a competência para requisitar os bens e serviços desconhecem o funcionamento de cada mercado e a técnica que o orienta. É pouco provável que esse grupo de servidores conheça profundamente padrões de qualidade de canetas, material de escritório, produtos de limpeza, serviços de informática e tantos outros que compõem as necessidades administrativas corriqueiras e as mais complexas.

Como regra, não há critérios técnicos para essas requisições, e cada órgão funciona como uma “ilha” administrativa, sendo obrigado a buscar subsídios na internet ou trocando informações com outros órgãos (e servidores), acarretando uma enorme assimetria de informações em relação ao mercado, correndo-se o risco de requisitar um serviço ou um bem com baixo padrão de qualidade.

A primeira sugestão é a centralização dos aspectos técnicos do objeto em um órgão com expertise em suprimentos. Em regra, trata-se de matéria afeta ao Ministério ou Secretaria de Planejamento e Gestão.

A requisição dos objetos deveria ser conteúdo de catálogos eletrônicos de padronização, consistente em um sistema informatizado, de gerenciamento centralizado, destinado a permitir a padronização dos itens a serem adquiridos pela Administração Pública.

Em boa hora, a Lei nº 12.462/11, que instituiu o Regime Diferenciado de Contratações, estabeleceu como procedimento auxiliar a elaboração de catálogos eletrônicos de padronização, o que deve ser estendido como diretriz obrigatória para todos os entes federativos, independentemente do regime jurídico adotado. Esse é um aperfeiçoamento legislativo necessário.

A racionalização na padronização do objeto e na definição de parâmetros mínimos de qualidade é medida essencial que se impõe, preferencialmente centralizada em um órgão com expertise em gestão, sempre admitindo, por óbvio, que o órgão realizador da licitação possa ter alguma flexibilidade para adaptação a uma necessidade específica que desborde do padrão fixado.

Outro ponto fundamental é a necessária aproximação das requisições de objeto com os padrões de qualidade fixados pelo SINMETRO - sistema constituído por entidades públicas e privadas, que exercem atividades relacionadas com metrologia, normalização, qualidade industrial e certificação da conformidade.

O SINMETRO foi instituído pela Lei nº 5.966/73 com uma infraestrutura de serviços tecnológicos capaz de avaliar e certificar a qualidade de produtos, processos e serviços por meio de organismos de certificação, rede de laboratórios de ensaio e de calibração, organismos de treinamento, organismos de ensaios de proficiência e organismos de inspeção, todos acreditados pelo INMETRO.

Apoiam este sistema os organismos de normalização, os laboratórios de metrologia científica e industrial e de metrologia legal dos estados. Essa estrutura está formada para atender às necessidades da indústria, do comércio, do governo e do consumidor.

O SINMETRO¹ está envolvido em muitas atividades relacionadas ao Programa Brasileiro de Qualidade e Produtividade – PBQP, voltado para a melhoria da qualidade de produtos, processos e serviços na indústria, comércio e administração federal.

Atualmente, ainda é muito raro o intercâmbio entre os órgãos e entidades públicas com esses sistemas de qualidade, o que contribui para a aquisição de bens e produtos que não atendem às necessidades administrativas em um grau de eficiência desejável.

Espera-se que, cada vez mais, ocorra uma aproximação dos Governos com esses sistemas de qualidade.

Nas grandes obras públicas a maior deficiência é a elaboração de projetos básicos e executivos de qualidade. É melhor investir mais tempo na concepção de projetos bem estruturados tecnicamente do que acelerar essa etapa e executar uma obra defeituosa ou mesmo mais demorada.

Projetos mal elaborados acarretam obras inacabadas, com execução deficiente ou mesmo superfaturadas. Essa é uma percepção já identificada no meio acadêmico e objeto de preocupação dos Tribunais de Contas, mas que ainda não se disseminou em todas as esferas federativas.

Sem uma definição adequada e eficiente do objeto, é muito pouco provável o êxito da licitação.

3.3. A Estimativa de Preços

Outro problema grave que assola as licitações públicas encontra-se na fase de estimativa de preços.

A praxe administrativa, ao menos nas aquisições e prestação de serviços, é a pesquisa de mercado com três empresas, com a média de preços representando o valor que será orçado pela Administração Pública.

Trata-se de mecanismo que vem se revelando infrutífero para aferir o preço de mercado do bem ou do produto, já que é muito comum que as empresas manipulem esses valores no momento da cotação ou mesmo se recusem a informar seus preços.

Fato é que a estimativa de preços a partir de três propostas encaminhadas por empresas aleatoriamente selecionadas se mostrou como alternativa que não atende ao interesse público e que nem sempre reflete a realidade do mercado. Aqui é preciso repensar o sistema.

¹ Dentre as organizações que compõem o SINMETRO mencionem-se as seguintes: Conmetro e seus Comitês Técnicos, Inmetro, Organismos de Certificação Acreditados, (Sistemas da Qualidade, Sistemas de Gestão Ambiental, Produtos e Pessoal), Organismos de Inspeção Acreditados, Organismos de Treinamento Acreditados, Organismo Provedor de Ensaio de Proficiência Credenciado, Laboratórios Acreditados – Calibrações e Ensaios – RBC/RBLE, Associação Brasileira de Normas Técnicas – ABNT, Institutos Estaduais de Pesos e Medidas – IPEM e Redes Metrológicas Estaduais.

Uma alternativa interessante seria a Administração Pública realizar, com instituições especializadas, cadastros de preços atualizados daqueles bens e serviços rotineiramente objetos de contratação, bem como o desenvolvimento de um sistema que viabilizasse a comunicação entre o cadastro de preços dos entes federativos.

No mais, como os órgãos e entidades são verdadeiras “ilhas” administrativas, é muito comum que o mesmo produto seja adquirido por valores bastante distintos.

Ora, a sistematização das informações em um banco de dados centralizado já seria suficiente para que a Administração Pública pudesse, ao menos, utilizar como base os preços dos serviços e produtos adquiridos em outras contratações.

O cenário atual é extremamente prejudicial para as compras públicas, já que cada órgão ou entidade faz a sua licitação apartada e, não raro, ignorando os preços e valores alcançados pelos outros órgãos que integram a mesma estrutura administrativa.

Em matéria de obras públicas, é fundamental investir em sistemas de orçamentos, como é o caso do SINAPI, SICRO e outros sistemas em âmbito estadual (como é o caso, por exemplo, da EMOP/RJ).

É preciso, entretanto, que esses sistemas efetivamente reflitam a realidade de mercado, sob pena de causarem graves distorções. Ademais, é fundamental que sejam corretamente utilizados e adequados a parâmetros reais e não fictícios. Por exemplo, valores estimados para um determinado insumo em obra em terra firme pode não servir de base para refletir a especificidade técnica de uma obra portuária.

A aplicação cega e irrestrita desses sistemas, sem prévia avaliação de cada caso concreto, pode levar a situações que não refletem a realidade de mercado por desconsiderar a peculiaridade da obra ou serviço de engenharia.

Por essa razão, demanda-se extrema razoabilidade dos órgãos de controle.

Superfaturamentos e sobrepreços são definidos a partir dos parâmetros internos de definição dos preços. Daí a imperiosa necessidade do tratamento da formação dos preços nas contratações públicas ser objeto de um “*choque de gestão*”, com novas ideias e maior aprofundamento do debate em relação forma que vem sendo tradicionalmente utilizada.

3.3.1. A não Divulgação da Estimativa na Licitação

Importante inovação instituída pelo Regime Diferenciado de Contratação é a não obrigatoriedade de divulgação do orçamento estimado pela Administração para a contratação (art. 6º da Lei nº 12.462/11).

A ideia aqui é fomentar a competição, posto que se os licitantes já sabem de antemão qual é o valor máximo que o órgão ou entidade pública está disposto a pagar, existirá uma tendência natural de oferecer preços que se aproximem desse valor, com enorme perda de economia de recursos públicos.

Não se vislumbra qualquer inconstitucionalidade no “sigilo” do orçamento, posto que a sistemática do Regime Diferenciado de Contratação envolve a sua disponibilização aos órgãos de controle interno e externo. Posteriormente, o orçamento

é divulgado no encerramento do certame, o que atende plenamente aos princípios da publicidade e transparência.

A divulgação da estimativa é apenas diferida para momento posterior, não se vislumbrando nenhuma restrição ao princípio constitucional da publicidade.

Essa é uma diretriz que deveria orientar toda e qualquer licitação, não se restringindo apenas aos certames regidos pelo Regime Diferenciado de Contratação.

3.4. A Padronização de Editais

Outra forma de racionalização administrativa envolve a padronização de minutas de editais e contratos, evitando que a cada licitação seja necessária a elaboração desses instrumentos.

Mais uma vez, louve-se o Regime Diferenciado de Contratação, que instituiu expressamente essa diretriz no art. 4º, inciso II, da Lei nº 12.462/11.

O ideal é que essa tarefa de padronização seja atribuída aos órgãos jurídicos. No âmbito do Estado do Rio de Janeiro, cabe à Procuradoria Geral do Estado essa importante missão, que está, por óbvio, sujeita a constante retroalimentação por parte dos pregoeiros e comissões de licitação a partir da sua aplicação prática.

Quando se cogita a padronização de minutas e editais, deve-se ter em mente que não se trata de mera reprodução da lei. A elaboração de editais e contratos deve dizer mais do que a lei já disse, sob pena de ser desnecessária a repetição.

Questões polêmicas devem, tanto quanto possível, ser dirimidas nos editais e contratos, incorporando os entendimentos jurídicos consolidados dos órgãos ou mesmo as orientações incontroversas dos Tribunais de Contas.

Tudo isso contribui para incrementar a segurança jurídica para o mercado e para a própria Administração Pública.

3.5. A Profissionalização de uma Carreira de Gestor na Área de Compras Públicas

Apesar da importância que as contratações públicas assumem no seio da Administração Pública brasileira, não há uma carreira estruturada para atender a essa importante demanda.

A regra é que os servidores que atuam nessa área pertençam a outras carreiras ou mesmo sejam cedidos temporariamente para auxiliar em alguma etapa do processo de contratação pública, como ocorre com os pregoeiros ou membros de comissão de licitação.

Atuar no processo de contratação pública exige uma formação multidisciplinar, com conhecimento em várias áreas de atuação, como por exemplo, direito, economia e administração.

Uma das causas das dificuldades administrativas no setor de compras públicas é, exatamente, a falta de profissionalização do servidor público, que, não raro, não ingressou no setor público para desenvolver esse tipo de atividade, mas acaba sendo

obrigado, por força das circunstâncias, a atuar em alguma etapa do processo de contratação pública.

Sem um corpo técnico qualificado e sem uma profissionalização na gestão, não há como elevar o patamar de qualidade nas contratações públicas.

4. A Extinção das Modalidades Tomada de Preços e Convite

A rigor, com o advento do pregão, não se vislumbra mais a necessidade da manutenção das modalidades tomada de preços e do convite, que poderiam ser suprimidas no projeto.

A tomada de preços foi desvirtuada pela Lei nº 8.666/93, quando permitiu a possibilidade de participação dos não cadastrados. Na prática, o que se vê é que a fase de habilitação na tomada de preços se aproxima bastante da habilitação da concorrência, eis que os não cadastrados também podem participar do certame.

O convite, por sua vez, acaba por dar maior espaço para a fraude. A não publicação do convite – o objetivo é economizar recursos, eis que a divulgação do aviso é onerosa – acarreta mais problemas do que propriamente soluções, especialmente quando se adota a interpretação literal e equivocada de que basta convidar três licitantes, desconsiderando a interpretação sistemática da norma, no sentido de serem necessárias três propostas válidas.

Melhor seria, portanto, a extinção das duas modalidades, que não mais se justificam no modelo atual.

5. O Placar Eletrônico

A lógica que orienta a contratação pública é o Estado ir ao Mercado e não o Mercado ir ao Estado. Tudo isso gera custos e demanda uma movimentação expressiva da máquina pública.

A proposta, pioneiramente sugerida por MARCOS JURUENA VILLELA SOUTO, seria cogitar de uma bolsa permanente de contratação pública, denominada de placar eletrônico. Confira-se:

Um “placar eletrônico” substituiria, com vantagens, tanto o cadastro de fornecedores, como o sistema de registro de preços, e, ainda, o próprio procedimento formal. Aliás, o “efeito carona” no Sistema de Registro de Preços, já reconhecido no Decreto nº 2.743/1998, admite que outros órgãos e entidades, não integrantes do sistema, possam se valer da Ata contendo os preços registrados. O “placar eletrônico” ficaria permanentemente aberto, provocando a constante movimentação de fornecedores, para os mais diversos itens, sem necessidade de todos os atos da fase interna e externa, incluindo os infundáveis

recursos e liminares. Mais que isso, não só a Administração como todos os consumidores se beneficiariam de tal postura.²

Diversos aspectos procedimentais merecem ser pensados e aprimorados para tornar a proposta factível, mas a ideia seria uma espécie de “licitação” permanente, próxima a um “registro de preços eletrônico” sempre aberto aos licitantes, que poderiam alimentar constantemente os seus preços no sistema. Afina-se esse mecanismo com as contratações de bens comuns e rotineiros. É claro que licitações que envolvam objetos mais complexos não se encaixam no modelo.

Enfim, inverte-se a lógica para que o Mercado vá ao Estado e não o contrário, eliminando custos como publicações, elaborações de editais, pesquisas de preços, pareceres jurídicos, sendo o valor concorrência concretizado e avaliado a partir de um sistema permanentemente aberto.

Seria indispensável condicionar a participação apenas às empresas cadastradas, bem como a elaboração de um catálogo uniformizado dos itens e serviços mais comuns e corriqueiros.

6. A Inversão das Fases como Premissa Fundamental para Eficiência das Licitações

Outra inovação oriunda da modalidade pregão e que se pretende ver estendida às outras modalidades é a inversão das fases de habilitação e julgamento das propostas, podendo a Administração abrir primeiramente as proposta de preços dos licitantes e apenas examinar os documentos de habilitação do participante que tiver apresentado o menor preço.

Trata-se de uma modificação importantíssima que, se introduzida como regra no ordenamento jurídico pátrio, propiciará elevado ganho de eficiência no desenvolvimento das licitações públicas. Afinal, é sabido que a fase de habilitação é prodigiosa em polêmicas jurídicas, técnicas e econômicas, o que atrasa a conclusão do certame em razão dos diversos recursos administrativos e judiciais interpostos nesta etapa.

Essa inversão das fases reflete uma nova visão do instituto da licitação, que durante muito tempo foi compreendido e interpretado com um viés excessivamente formalista e burocratizado, que não mais se coaduna com o modelo de Estado Gerencial e com uma Administração Pública de Resultados.

O objetivo primordial da licitação é a busca da proposta mais vantajosa. Nada mais razoável e lógico que a proposta seja examinada de início.

Não faz sentido, sob nenhum ângulo que se analise a questão, perder tempo com o exame de documentos de habilitação jurídica, regularidade fiscal e qualificação técnica e econômica de um licitante que, mais a frente, pode acabar por apresentar uma proposta totalmente descompassada do interesse público.

² SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Licitações e controle de eficiência: repensando o princípio do procedimento formal à luz do “placar eletrônico”*. In ARAGÃO, Alexandre Santos de & MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (coord.). *Direito Administrativo e seus novos paradigmas*. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 568.

Não se vislumbra nenhum impedimento na inversão das fases mesmo para as obras públicas. Isso porque, não raro, se argumenta que privilegiar o preço poderia colocar em risco a segurança da obra, contratando com uma empresa que ofereça valor inferior, mas que pode não estar plenamente habilitada para executá-la.

Ora, cabe ao edital fixar os requisitos mínimos de habilitação que garantam a segurança e a eficiência na execução da obra. Portanto, se o instrumento convocatório assim o fizer e a Comissão de Licitação exigir do primeiro colocado o cumprimento dos documentos necessários, não há que se falar em “risco para segurança da obra”. Se o licitante não demonstrar o atendimento aos requisitos de habilitação, será obrigação da Comissão de Licitação inabilitá-lo.

Até licitações de maior grau de complexidade, como as que envolvem as concessões comuns, patrocinadas e administrativas, já admitem a inversão de fases. Não há razão para as obras públicas se afastarem dessa importante alteração procedimental.

Registre-se que nas licitações regidas pelo Regime Diferenciado de Contratações será exigida a apresentação dos documentos de habilitação apenas do licitante vencedor (sistema de pós-habilitação), exceto no caso da inversão de fases³, como explicitado no art. 14 da Lei nº 12.462/11.

7. A Otimização da Fase Recursal

Outro ponto importante que decorre da bem sucedida experiência do pregão, é a possibilidade de invalidação apenas dos atos insuscetíveis de aproveitamento.

A ideia é otimizar o princípio da economia processual, aproveitando os atos e etapas da licitação que não foram contaminados pela nulidade. Mais uma vez, buscase acelerar a tramitação do procedimento licitatório, evitando que todo o certame tenha que ser repetido, quando, em verdade, grande parte dos atos poderia ser aproveitada (como a fase interna, por exemplo).

Ainda em matéria de recursos administrativos, existe uma tendência, que vem se consolidando na própria jurisprudência, no sentido de viabilizar um espaço para que a Comissão e o pregoeiro possam sanar as omissões meramente formais que não afetem a substância da proposta.

O fundamento para essa atuação é o princípio da verdade material, que confere ao administrador uma maior liberdade na obtenção das provas e na formação do seu convencimento acerca dos documentos, diferentemente da sistemática que rege o processo judicial, orientada pelo princípio da verdade formal.

Imagine-se, por exemplo, um licitante que não apresenta, por mero lapso, uma determinada certidão de regularidade fiscal, mas o pregoeiro, ao acessar o sistema, identifica que a empresa está regular. Pelo princípio da verdade material, não parece irrazoável a decisão administrativa por meio da qual o pregoeiro considerasse a

³ Quando o art. 14 menciona “inversão de fases”, quer se referir ao modelo tradicional, ou seja, com a apresentação da documentação de habilitação de todos os licitantes e exame de documentação apenas dos licitantes habilitados. No entanto, frise-se, essa não é a regra do RDC.

empresa habilitada, o que, saliente-se, privilegiaria o princípio da competitividade, o norte maior das licitações públicas.

Note-se, por oportuno, que a Lei nº 11.079/04, que instituiu as parcerias público-privadas no ordenamento jurídico pátrio, prescreveu no inciso IV do art. 12, que o edital poderá prever a possibilidade de saneamento de falhas, de complementação de insuficiências ou, ainda, de correções de caráter formal no curso do procedimento, desde que o licitante possa satisfazer as exigências dentro do prazo fixado no instrumento convocatório. De fato, não faz o menor sentido ater-se a um rigorismo formal excessivo em detrimento da busca da melhor proposta.

De toda a sorte, tal possibilidade configura mais um avanço da legislação, decorrente de um entendimento quase consensual da doutrina, de que é positiva uma maior flexibilização na análise dos documentos e das propostas. Será fundamental que o edital explicita a forma como essa correção deve ocorrer, a fim de evitar dúvidas na sua aplicação concreta.

Outro ponto importante da fase recursal é a sua otimização em apenas uma etapa. Não atende ao princípio da eficiência o modelo da Lei nº 8.666/93, que admite uma fase recursal para a etapa de habilitação e outra para o julgamento das propostas.

Esse formato torna a licitação mais demorada e, portanto, custosa, ao passo que com a otimização da fase recursal apenas ao final do procedimento concilia-se a garantia ao pleno direito de defesa dos licitantes com o princípio da eficiência no procedimento licitatório.

8. Os Contratos Administrativos

Curiosamente, o legislador brasileiro preocupa-se mais com a licitação do que com o contrato administrativo. Não que a licitação não seja importante, mas fato é que cabe ao contrato administrativo concretizar o interesse público.

A licitação é apenas instrumental e um meio para se alcançar a proposta mais vantajosa. Apesar disso, hoje há um debate intenso sobre as mudanças necessárias no processo de licitação pública, mas pouco se fala do que deve ser feito para aperfeiçoar o regime dos contratos administrativos.

Passa-se a expor, ainda que brevemente, algumas ideias a respeito dos contratos administrativos e suas principais deficiências.

8.1 As Cláusulas Exorbitantes

As cláusulas exorbitantes são aplicadas de forma indiscriminada e uniforme em todos os contratos administrativos. Entretanto, esse excesso de poder e prerrogativas a favor da Administração Pública contratante pode ser uma das causas dos preços pagos nos contratos administrativos serem superiores àqueles pagos pela iniciativa privada.

Ainda apegados à matriz francesa de contratação pública do século XIX, o entendimento majoritário e convencional da doutrina e da prática administrativa

caminha no sentido da aplicação e utilização indiscriminada das cláusulas exorbitantes em todo e qualquer contrato administrativo.

Dúvida não há que uma concessão (comum, patrocinada ou administrativa) ou mesmo uma obra pública demanda o manejo de cláusulas que garantam a possibilidade da instrumentalização do interesse público por meio das cláusulas exorbitantes.

Mas será que a mesma necessidade e intensidade dessas cláusulas é indispensável para compra de bens e serviços rotineiros? O grau de interesse público é o mesmo em todas as contratações?

A moderna tendência do Direito Administrativo do Século XXI aponta para a necessidade de uma redução das assimetrias no campo das contratações públicas⁴, a reclamar que a sistemática das cláusulas exorbitantes seja repensada, como sugerido por DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO:

(...) a passagem de uma viciosa relação de supremacia a uma virtuosa relação de ponderação marca fortemente o atual estágio evolutivo dessa interação, cada vez mais intensa, entre indivíduo e Estado, pondo em crescente evidência a exclusiva missão instrumental que a este cabe. Tudo, enfim, concorrendo para que jamais e a qualquer pretexto se permita invocar supremacias téticas ou *raisons d'État* para sobrepor quaisquer interesses, políticas ou ideologias aos direitos fundamentais.⁵

8.2 A Conformação da Discricionariedade no Contrato

É praxe que os contratos reproduzam a letra da lei. É preciso maior cuidado com a redação dos contratos, aproveitando os aspectos que se sujeitam a uma padronização, mas adequando o contrato à realidade da situação em concreto.

Um dos objetivos fundamentais do contrato é conferir segurança jurídica aos contratantes.

Entretanto, para isso, é indispensável que a discricionariedade conferida pelo legislador ao administrador público seja conformada em cada relação contratual.

Maior exemplo do que ora se afirma são as cláusulas sancionatórias, que deveriam estipular gradações das penalidades e condutas reprováveis que pudessem

⁴ VITOR RHEIN SCHIRATO analisa essa tendência: “Como consequência de um processo de atenuação da verticalidade das relações entre Estado e indivíduo, emerge a necessidade de revisão dos contratos administrativos como instrumentos firmados com uma necessária desigualdade entre as partes. É dizer que as relações gerais entre Estado e indivíduos deixar de ser essencialmente verticalizadas e autoritárias, o conceito de contrato administrativo moldado originalmente para se aplicar a uma necessária desigualdade entre as partes perde o sentido. Mais ainda, o contrato passa a ser não apenas meio de interação comercial entre Estado e iniciativa privada, mas meio de realização de funções públicas e satisfação do interesse pela via consensual”. (SCHIRATO, Vitor Rhein. *A interação entre a Administração Pública e os particulares nos contratos administrativos*. In *Fórum de Contratação e Gestão Pública*. Belo Horizonte, ano 12, n.º 138, junho de 2013).

⁵ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do Direito Administrativo*. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 432.

conferir um mínimo de previsibilidade para o particular no curso da relação contratual. A discricionariedade da lei deve ser conformada no contrato para fins de concretização do princípio da segurança jurídica.

8.3 A Consensualidade

A consensualidade é uma tendência do Direito Administrativo do século XXI⁶. Ocorre que hoje poucos são os espaços conferidos ao gestor para negociar *ex post* com o contratado, em especial naquelas relações jurídicas duradouras e de longo prazo.

Novos mecanismos devem ser considerados para flexibilizar a rigidez que norteia a elaboração dos contratos, modificando a premissa quase que absoluta de que indisponibilidade do interesse público é sinônimo de vedação de negociação e de arbitralidade.

A mutabilidade é inerente aos contratos, não sendo razoável cristalizar e tornar excessivamente rígidos os instrumentos contratuais, mormente diante das diversas contingências futuras que podem acometer a execução das obrigações durante o prazo do ajuste.

Conferir flexibilidade ao gestor para negociar de forma transparente e motivada boas soluções para resolver problemas que surjam no decorrer da relação contratual é, com certeza, mais eficaz do que a absoluta rigidez que impera na prática administrativa e que presta um desserviço ao interesse público, sempre partindo da premissa da má-fé.

Essa estrutura legislativa não provou ser acertada. Os casos de corrupção continuam a assolar o país e os gestores sérios – maioria absoluta – ficam impedidos de concretizar os princípios da eficiência e economicidade.

Como toda a atividade administrativa, a negocial se sujeita aos controles institucionais, interno e externo, bem como aos parâmetros de moralidade, economicidade, eficiência e resultado.

Mas a negociação e a busca da consensualidade pressupõe a inauguração de uma nova era. Exposto em outros termos, é indispensável uma mudança de mentalidade e de postura de parte a parte.

A visão que ainda prevalece no seio da Administração Pública e dos próprios contratados é que, sendo os interesses opostos, devem as partes ser inimigas em todas as situações. A lógica é a do antagonismo e não a da cooperação, solidariedade e boa-fé.

Arbitragem, mediação e cláusulas mais abertas a negociação são instrumentos que podem viabilizar esse novo cenário no seio da contratação pública.

⁶ Cf. as palavras de DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO: “Como reflexo das novas relações juspolíticas entre Estado e sociedade, a consensualidade passa a ser uma forma privilegiada de administrar interesses públicos nas relações entre Administração e administrados, como marca de muitos novos institutos, em que a flexibilidade, a negociação, o uso criterioso da discricionariedade, o exercício da ponderação entre interesses, valores e direitos, e sobretudo a motivação dão a tônica pragmática e democrática do pós-modernismo”. (MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do Direito Administrativo*. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 420).

8.4. A Partilha de Riscos

Partilha de riscos não é premissa apenas das concessões administrativas e patrocinadas. Todo e qualquer contrato pode ser um instrumento de compartilhamento de riscos.⁷

A Lei nº 8.666/93 não fixou uma moldura rígida de partilha de riscos e de equilíbrio econômico-financeiro, havendo espaço para interpretar que os riscos sejam compartilhados em todo e qualquer contrato, tal qual ocorre com as parcerias público-privadas. Há, pois, uma direta relação entre a economia do contrato e a divisão de riscos que pode ser feita no próprio instrumento contratual.

Trata-se de um aspecto econômico que apenas foi explicitado para um determinado contrato (as parcerias público-privadas), o que não significa dizer que não possa ser considerada uma diretriz para outros contratos, inclusive aqueles regidos pela Lei nº 8.666/93.

O compartilhamento de riscos deve ser concebido a partir de uma alocação dos riscos para a parte que melhor puder gerenciá-lo. Trata-se de premissa que pode tornar os contratos administrativos menos sujeitos a precificações excessivas dos agentes econômicos e que acabam por gerar majorações indevidas dos seus custos.

8.5 O Descabimento de um Regime Jurídico Único para os Contratos Administrativos

O regime e tratamento uniforme para todos os contratos administrativos é outro tema bastante questionado nos dias de hoje.

CARLOS ARI SUNDFELD e JACINTHO ARRUDA CÂMARA⁸ ponderam, com razão, que é necessário compreender e aceitar a heterogeneidade dos regimes jurídicos dos contratos no Brasil, que é, por vezes, distorcida na prática para se cogitar de um único regime jurídico para todo e qualquer contrato administrativo.

De fato, é bastante complexo uniformizar todas as relações contratuais em um único diploma normativo. Cada contrato tem a sua própria lógica econômica, sendo irreal pretender subjugar toda e qualquer relação contratual às regras rígidas e inflexíveis da Lei nº 8.666/93.

Como já dito anteriormente, essa parece ser uma tendência, eis que vários diplomas legais têm surgido com adequações às realidades de mercado que o orientam.

⁷ Cf. MARCOS JURUENA VILLELA SOUTO ensina que: "Hoje é reconhecido nos escritos especializados que nos contratos dá-se um compartilhamento de riscos entre os contratantes, e mais, que essa peculiaridade solidária, muito mais presente nos contratos que exigem grandes investimentos e têm sua implementação desenvolvida em longo prazo, gera profundas consequências econômicas e jurídicas. Com efeito, é em função desse risco que cada parte confia que a outra dará cumprimento ao que foi pactuado". (SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito Administrativo em Debate*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 486).

⁸ SUNDFELD, Carlos Ari & CÂMARA, Jacintho Arruda. *Uma Crítica à tendência de uniformizar com princípios o regime dos contratos públicos*. In *Revista de Direito Público da Economia*. Belo Horizonte, n.º 41, jan/mar, 2013, p. 11.

8.6. A Regulação da Contratação Pública

As contratações públicas podem ser objeto de regulação por uma agência autônoma. Seria a junção do Estado Regulador e do Estado Contratante.

Essa solução é proposta por PEDRO GONÇALVES, que entende que "uma regulação do Estado Contratante por agentes profissionais cumpriria o objetivo de esclarecimento e orientação das condutas das entidades adjudicantes no sentido da adoção das melhores práticas, quer no campo da integridade e da ética na contratação, quer no domínio das melhorias na própria função de compra (qualidade, criatividade, inovação, etc)."⁹

Pondera o referido autor que uma instância reguladora da contratação pública deveria concentrar a função de regulação de todo o seu setor econômico, pelo que os regulados deveriam ser os operadores econômicos (sobretudo no domínio da aplicação de sanções), bem como os outros atores do setor (entidades gestoras de plataformas eletrônicas), mas também as entidades adjudicantes, com a instância reguladora assumindo poderes de recomendação, aconselhamento e supervisão, bem como exercendo funções de mediação e arbitragem para resolução de conflitos no domínio da contratação pública.

Sugere que essa seria uma solução bem-vinda no Direito Português e que já encontra-se implementada na Itália, por intermédio da *Autorità per la Vigilanza sui Contratti Pubblici di Lavori, Servizi e Forniture*.

Trata-se de tema inovador e que merece maior aprofundamento e debate no Brasil, em especial para avaliar se o modelo de contratação pública pode ser regulado por agências independentes e se essa solução se mostra adequada a resolver alguns dos problemas aqui apontados.

8.7. O Sistema de Defesa da Concorrência e as Contratações Públicas

Outro problema que assume uma enorme proporção é a cartelização que ocorre em determinados segmentos econômicos.

Por maior que seja o esforço da Administração Pública em realizar uma licitação correta e eficiente, não raro, em determinados setores, os agentes econômicos se organizam e acertam a divisão do mercado, com enorme prejuízo para o interesse público.

É preciso que o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC), instituído pela Lei n.º 12.529 de 30.11.11 e composto pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômico – CADE - e pela Secretaria de Acompanhamento Econômico, vinculada ao Ministério da Fazenda, aprimorem os mecanismos de prevenção e de repressão de ilícitos anticoncorrenciais no mercado das contratações públicas.

Indispensável, também, que o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC) seja instado a atuar pelos entes públicos toda vez que, em suas licitações,

⁹ GONÇALVES, Pedro Costa. *Reflexões sobre o Estado Regulador e o Estado Contratante*. Coimbra: Coimbra Editora, 2013, p.p 25/27.

se depararem com indícios de conluíus ou cartelizações em determinados segmentos econômicos.

9. Conclusões

O objetivo do presente estudo não foi outro senão o de, despretensiosamente, apontar problemas comuns e eventuais soluções que podem ser cogitadas para as contratações públicas brasileiras.

Muito existe para se fazer e aprimorar, seja em sede legislativa, seja no aperfeiçoamento da prática administrativa.

Mas é fundamental a mudança da mentalidade e a incorporação definitiva dos valores e postulados do Direito Administrativo do século XXI para o Direito da Contratação Pública, ainda preso e arraigado em muitos aspectos a premissas que não mais se justificam nos dias de hoje ou que, no mínimo, merecem maior debate dos legisladores e gestores públicos.

Consensualidade, flexibilização, redução de assimetrias injustificadas, transparência, busca por resultados, adoção de mecanismos de controle interno pelas próprias empresas para o combate a corrupção e, principalmente, reprodução de práticas que já vêm dando certo em outros diplomas legais (como é o caso do RDC), constituem, certamente, em tendências que deverão ser adotadas na sistemática das contratações públicas no país.