



**Universidade de Brasília**

**FACULDADE DE DIREITO**

**PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**

**RICARDO BARRETTO DE ANDRADE**

**A REGULAÇÃO DO MERCADO DE COMPRAS PÚBLICAS NO  
BRASIL**

*A procedimentalização administrativa e a construção do conceito de interesse público*

**Brasília  
2017**

RICARDO BARRETTO DE ANDRADE

**A REGULAÇÃO DO MERCADO DE COMPRAS PÚBLICAS NO  
BRASIL**

*A procedimentalização administrativa e a construção do conceito de interesse público*

Tese apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília como requisito parcial à obtenção do título de Doutor em Direito.

Orientadora: Professora Dra. Ana de Oliveira Frazão.

**Brasília  
2017**

Ricardo Barretto de Andrade

**A REGULAÇÃO DO MERCADO DE COMPRAS PÚBLICAS NO  
BRASIL**

*A procedimentalização administrativa e a construção do conceito de interesse público*

Tese desenvolvida sob a orientação da Professora Doutora Ana de Oliveira Frazão e apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília como requisito parcial à obtenção do título de Doutor em Direito.

Banca Examinadora

---

Professora Dra. Ana de Oliveira Frazão – UnB – Orientadora

---

Professor Dr. Márcio Nunes Iorio Aranha Oliveira – UnB – Membro

---

Professora Dra. Aline Lícia Klein – USP – Membro

---

Professor Dr. Tarcisio Vieira de Carvalho Neto – UnB – Membro

---

Professor Dr. Valcir Gassen – UnB – Suplente

25 de setembro de 2017.

Para meus amados pais, José Augusto (Dé) e Rita (Tatai),  
a origem e a razão de tudo, a quem devoto gratidão eterna.

À Bahia, que me deu régua e compasso.

*Ogunhê!*

## AGRADECIMENTOS

À Professora Ana Frazão, querida amiga que honra e dignifica a Universidade de Brasília com sua postura acadêmica exemplar, agradeço por ter assumido a orientação da tese e por tê-la conduzido com tamanhas dedicação e responsabilidade.

Aos Professores Márcio Iorio e Aline Klein, agradeço profundamente pelas valiosas e essenciais contribuições durante a banca de qualificação da tese.

À Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, onde cheguei há sete anos, agradeço pelos caminhos que me foram abertos, na profissão e na vida, desde que Brasília era um enigma a ser desvendado.

Às meninas da Coordenação da Pós-graduação (Lia, Helena, Euzilene e Kelly), agradeço pelo empenho e pelo carinho com que tratam os alunos.

A Stella, sorriso que ilumina meus momentos de paz, agradeço pelo carinho, pela compreensão e pelo companheirismo nos momentos mais difíceis que envolveram a elaboração do trabalho.

À colega e amiga Mariana Lombardi, agradeço profundamente pelo carinho materializado por meio de cuidadosas e atentas revisões do texto.

À formidável amiga Jill Haring, melhor Professora de inglês que há, agradeço por revisar os textos em língua inglesa e as respectivas traduções.

Aos amigos do Barretto & Rost Advogados, em especial à Maria Augusta, agradeço pela compreensão e pelo suporte permanente que viabilizou os momentos imprescindíveis à conclusão do trabalho.

Ao amigo Walter Barretto, certas vezes pai, certas vezes irmão, certas vezes filho, agradeço pela torcida, pelo apoio e pelas boas energias vindas sempre nas horas certas.

A Bruno e Augusto, meus irmãos amados, agradeço pela torcida e pelo amor incondicional.

A minha amada Vó Nelma, a quem me socorri no período de mais angústia, agradeço pela força da oração milagrosa e pela devoção à família.

A Deus, aos espíritos de luz e a todos os Santos e Orixás da minha amada Bahia, pela convicção de que todo esforço será recompensado.

## RESUMO

ANDRADE, Ricardo Barretto de. **A regulação do mercado de compras públicas no Brasil: A proceduralização administrativa e a construção do conceito de interesse público.** Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de Brasília (UnB), Brasília, 2017.

No Brasil, por expressa determinação constitucional, a aquisição de bens e serviços pela Administração Pública deve ser formalizada por contrato administrativo que, em regra, deve ser precedido de processo licitatório que assegure concorrência efetiva e isonômica entre os agentes de mercado interessados na disputa. Todavia, na realidade, o regime jurídico das aquisições de bens e serviços pela Administração, bem como sua aplicação prática, têm impedido que as licitações e os contratos públicos atinjam seus objetivos constitucionais. O trabalho se propõe a enfrentar o seguinte problema: De que forma a regulação pode contribuir para que os processos de aquisição de bens e serviços pela Administração Pública brasileira sejam competitivos e atinjam suas finalidades econômica (contratação vantajosa) e jurídica (respeito ao princípio da isonomia)? Em face desse problema, a tese aborda o mercado de compras públicas do Governo Federal brasileiro como uma espécie de mercado regulado e, partindo dessa premissa, apresenta duas hipóteses: a) A insuficiente ou inadequada regulação do mercado de compras públicas promove insegurança jurídica, favorece a captura dos reguladores e estimula práticas ilícitas (atos de corrupção ou condutas anticompetitivas), a revelar o funcionamento do mercado em desacordo com a legalidade; b) O efetivo exercício do poder regulatório, de forma *processualizada*, aberta e democrática constitui condição essencial para que as contratações públicas atendam a suas finalidades constitucionais em benefício da coletividade. Com o objetivo de examinar oportunidades para que as licitações públicas e os contratos administrativos desempenhem suas finalidades constitucionais, este trabalho adota como instrumento de análise a teoria processual administrativa da regulação, desenvolvida a partir da atuação das agências independentes norte-americanas. A partir dos pressupostos dessa teoria, a tese examina a regulação das compras públicas na etapa pré-contratual e durante a execução dos contratos administrativos, explicitando os principais problemas identificados no regime jurídico-normativo e em sua aplicação prática. Por fim, o trabalho se propõe a avaliar o ambiente institucional do mercado de compras públicas, dando destaque à atuação do Tribunal de Contas da União (TCU) como espécie de agência reguladora *de facto*. Ao final, o trabalho propõe alternativas para que o Brasil avance rumo a uma efetiva regulação de interesse público, que propicie contratações públicas competitivas, vantajosas, equilibradas e com segurança jurídica.

**Palavras-chave:** Regulação; Concorrência; Compras públicas; Licitações; Contratos administrativos; Tribunal de Contas da União.

## ABSTRACT

ANDRADE, Ricardo Barretto de. **The regulation of the public procurement market in Brazil: The administrative *proceduralization* and the construction of a public interest concept.** Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de Brasília (UnB), Brasília, 2017.

The Brazilian constitution explicitly determines that the acquisition of goods and services by the public administration requires an administrative contract, which, as a rule, must be preceded by a bidding process that ensures effective and isonomic competition between the interested market agents. However, in reality, the legal regime that allows the administration to acquire goods and services, as well as its enforcement, have prevented bidding processes and public contracts from fulfilling their constitutional objectives. This paper intends to address the following question: How can regulation help ensure that the procurement processes for goods and services in the Brazilian public administration are competitive and fulfill their economic (advantageous contracts) and legal (observing the principle of isonomic) objectives? It approaches the public purchasing market of the Brazilian federal government as a kind of regulated market and, based that premise, presents two hypotheses: a) The insufficient or inadequate regulation of the public procurement market fosters legal insecurity, favors the capture of regulatory agencies, and stimulates wrong-doing; b) The effective exercise of regulatory power in a manner that is proceduralized, open, and democratic is the essential condition for ensuring that public procurements fulfill their constitutional objectives to the benefit of society. With the goal of examining opportunities where public bidding processes and administrative contracts can carry out their constitutional objective, this paper adopts as its analytical tool the administrative process theory of regulation based on the work of independent U.S. agents. The presuppositions of this theory are used to examine the regulation of public purchases in the pre-contract phase and during the execution of administrative contracts, and thus explain the main problems identified in the legal and regulatory framework and in its practical application. Finally, this paper intends to evaluate the institutional environment of the public purchasing market by highlighting the Brazilian Court of Accounts as a kind of *de facto* regulatory agency. The paper concludes by proposing alternatives that would enable Brazil to advance toward having effective regulations that benefit society and provide competitive, advantageous, balanced, and legally sound public contracts.

**Keywords:** Regulation; Competition; Public purchases; Bidding processes; Administrative contracts; Brazilian Court of Accounts.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO.....</b>	<b>12</b>
<b>CAPÍTULO 1. O mercado de compras públicas sob a perspectiva regulatória.....</b>	<b>17</b>
<b>1.1. A amplitude do fenômeno regulatório.....</b>	<b>17</b>
<b>1.2. O mercado de aquisição de bens e serviços pelo Poder Público.....</b>	<b>20</b>
<b>1.3. A finalidade da regulação do mercado de compras públicas.....</b>	<b>23</b>
<b>1.4. As contribuições da teoria da <i>public choice</i>.....</b>	<b>27</b>
<b>1.4.1. Os fundamentos da teoria.....</b>	<b>28</b>
<b>1.4.2. Regulação e <i>rent-seeking</i>.....</b>	<b>31</b>
<b>1.4.3. Regulação, <i>rent-seeking</i> e corrupção.....</b>	<b>34</b>
<b>1.4.4. Falhas de governo no mercado de compras públicas.....</b>	<b>35</b>
<b>1.5. Síntese do objeto de estudo.....</b>	<b>37</b>
<b>1.6. O marco teórico: a teoria processual administrativa da regulação.....</b>	<b>38</b>
<b>1.6.1. A contraposição entre as teorias econômica e jurídica.....</b>	<b>38</b>
<b>1.6.2. A aplicabilidade do marco teórico ao mercado de compras públicas.....</b>	<b>40</b>
<b>1.6.3. As premissas da teoria processual administrativa da regulação.....</b>	<b>41</b>
<b>1.6.3.1. A competência regulatória de natureza normativa.....</b>	<b>43</b>
<b>1.6.3.2. A competência regulatória de natureza decisória.....</b>	<b>43</b>
<b>1.6.3.3. O papel do controle judicial.....</b>	<b>44</b>
<b>1.6.4. As garantias processuais e a regulação de interesse público.....</b>	<b>45</b>
<b>1.7. A <i>maldição do regime jurídico</i>.....</b>	<b>49</b>
<b>1.8. Interesse público e poder discricionário.....</b>	<b>51</b>
<b>1.8.1. Abertura conceitual e construção concreta do interesse público.....</b>	<b>53</b>
<b>1.8.2. A teoria dos graus de vinculação à juridicidade.....</b>	<b>53</b>
<b>1.8.3. O interesse público no mercado de compras públicas.....</b>	<b>55</b>
<b>1.8.4. A importância do controle da discricionariedade.....</b>	<b>57</b>
<b>CAPÍTULO 2. A regulação na fase pré-contratual.....</b>	<b>61</b>
<b>2.1. O poder normativo regulamentar.....</b>	<b>64</b>
<b>2.2. O poder normativo de efeitos concretos.....</b>	<b>65</b>
<b>2.3. A regulação como mecanismo de orientação da discricionariedade.....</b>	<b>66</b>
<b>2.4. A regulação na fase interna da licitação .....</b>	<b>69</b>

2.4.1. A escassa transparência na fase interna da licitação.....	69
2.4.2. A definição do objeto licitado.....	72
2.4.3. A composição do orçamento estimativo.....	73
2.4.4. A formação do edital da licitação: os requisitos de habilitação.....	75
2.4.5. A formação do edital da licitação: subcontratação e consórcios.....	79
2.4.6. A formação do edital da licitação: participação de empresas estrangeiras....	80
2.4.7. A formação da minuta do contrato administrativo.....	81
2.5. A limitada participação na fase externa da licitação.....	82
<b>CAPÍTULO 3. A regulação durante a execução contratual.....</b>	<b>84</b>
3.1. As prerrogativas exorbitantes da Administração.....	85
3.2. As dificuldades do contratado para receber o pagamento devido.....	87
3.2.1. Os problemas relacionados a prazos de pagamento.....	89
3.2.2. A autorização legal para a postergação do pagamento por noventa dias.....	90
3.2.3. O somatório dos sucessivos prazos e a postergação do pagamento.....	94
3.2.4. O direito à ordem cronológica e as dificuldades de sua implementação.....	94
3.2.4.1. O fundamento da regra.....	95
3.2.4.2. O momento da inscrição na ordem cronológica.....	95
3.2.4.3. A ausência de divulgação da ordem cronológica.....	97
3.2.4.4. A ausência de divulgação dos repasses entre entes públicos.....	98
3.2.4.5. A questão das diferentes fontes de recursos.....	98
3.2.4.6. A impossibilidade de estabelecer limites temporais.....	103
3.2.4.7. O afastamento excepcional da regra.....	105
3.3. Os pleitos de fornecedores durante a execução contratual.....	107
3.3.1. O direito ao equilíbrio econômico-financeiro.....	107
3.3.2. O direito ao reajuste de preços.....	109
3.3.3. O direito aos encargos moratórios por atrasos de pagamento.....	110
3.3.4. O dever de decidir e a escassez de regras procedimentais.....	111
3.4. O regime de precatórios.....	114
3.5. A prerrogativa de promover alterações unilaterais nos contratos.....	117
3.6. A prerrogativa de ocupação provisória em caso de serviços essenciais.....	119
3.7. A prerrogativa de rescindir unilateralmente o contrato administrativo.....	121
3.8. A prerrogativa de aplicar sanções.....	122
3.9. Uma análise concreta sobre a transparência da atividade administrativa.....	129

3.10. Os efeitos da incompleta regulação da atividade contratual.....	131
3.10.1. A restrição do universo de potenciais licitantes.....	133
3.10.2. A precificação dos custos e dos riscos adicionais.....	135
3.10.3. As consequências da concentração de mercado.....	136
3.10.4. Os elevados custos de transação.....	137
3.10.5. Os retornos supercompetitivos e a corrupção sintomática.....	138
<b>CAPÍTULO 4. O ambiente institucional do mercado de compras públicas.....</b>	<b>140</b>
4.1. Do controle à regulação: o TCU como agência reguladora independente.....	143
4.2. A evolução jurídico-institucional do controle externo.....	145
4.2.1. As origens e a criação do TCU.....	145
4.2.2. O TCU na Constituição de 1934.....	148
4.2.3. O TCU na Constituição de 1937.....	149
4.2.4. O TCU na Constituição de 1946.....	150
4.2.5. O TCU na Constituição de 1967.....	150
4.2.6. O fortalecimento do TCU pela Constituição de 1988.....	151
4.3. As competências constitucionais do TCU.....	152
4.4. As características típicas de agência reguladora.....	155
4.5. O controle do controle.....	156
4.6. A competência julgadora do TCU em matéria de licitações e contratos.....	156
4.6.1. A competência cautelar.....	157
4.6.2. A regulação das contratações públicas via controle externo.....	158
4.6.3. A competência sancionatória.....	159
4.6.4. Atuação prospectiva.....	161
4.6.5. A questão fundamental da transparência.....	161
4.6.6. O controle externo do contrato administrativo.....	162
4.7. A competência normativa do TCU.....	163
4.7.1. As consultas ao TCU e o caráter normativo de suas respostas.....	163
4.7.2. O poder regulamentar previsto em Lei.....	165
4.8. Atuação <i>informal</i> ou residual.....	167
4.9. A deferência do Poder Judiciário às decisões do TCU.....	169
4.10. A importância da abertura regulatória.....	171
<b>5. CONSIDERAÇÕES FINAIS.....</b>	<b>173</b>

<b>5.1. O necessário aprimoramento da Lei de processo administrativo.....</b>	<b>173</b>
<b>5.2. A necessidade de alterações na Lei de Acesso à Informação.....</b>	<b>173</b>
<b>5.3. A criação de mecanismos de participação na fase interna das licitações.....</b>	<b>174</b>
<b>5.4. A necessidade de aprimoramento da regulação contratual.....</b>	<b>175</b>
<b>5.5. Melhorias nos mecanismos de transparência ativa.....</b>	<b>175</b>
<b>5.6. A eliminação ou restrição de prerrogativas exorbitantes.....</b>	<b>176</b>
<b>5.7. A arbitragem nos contratos administrativos.....</b>	<b>176</b>
<b>5.8. Por uma regulação de interesse público do mercado de compras públicas.....</b>	<b>179</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>182</b>
<b>ANEXO I.....</b>	<b>199</b>
<b>ANEXO II.....</b>	<b>204</b>

## INTRODUÇÃO

Em decorrência da promulgação da Constituição Federal de 1988, em 1992 a Câmara dos Deputados debatia a necessidade de instituição de um novo regramento jurídico para as contratações públicas no Brasil, em substituição ao Decreto-Lei nº 2.300/1986<sup>1</sup>.

Em 20.05.1992, em uma das sessões destinadas à discussão e à votação do Projeto de Lei nº 1.491/1991 – que veio a ser aprovado e transformou-se na Lei nº 8.666/1993 (atual Lei de Licitações e Contratos Administrativos) –, o então Deputado Federal Aloizio Mercadante (PT/SP) afirmou:

Sr. Presidente, gostaria de dizer - e penso que a Casa inteira também entende desta forma - que este tema é bastante complexo, pela abrangência da problemática que envolve. Trata-se da política das compras da União, Estados e Municípios ao setor privado, o que tem sido um dos principais alvos de denúncias e um dos motivos da crise, inclusive institucional, em que a sociedade brasileira vive. Basta analisarmos os recentes casos de escândalos públicos a que temos assistido pela televisão e lido nos jornais para ressaltarmos a importância e o rigor com que a Casa tem de tratar esta matéria<sup>2</sup>.

Esse excerto revela que há muito a prática de desvios no âmbito das contratações públicas é objeto de preocupação da sociedade brasileira. A cada novo grande escândalo de corrupção, o Congresso Nacional, sob pressão da imprensa e da sociedade de modo geral, retoma o assunto e propõe novas reformas legislativas<sup>3</sup>.

Mais de duas décadas depois, em 11.04.2017, o Ministro Edson Fachin, do Supremo Tribunal Federal, levantou o sigilo que incidia sobre os depoimentos das dezenas de delatores do Grupo Odebrecht, colhidos no âmbito dos acordos de colaboração premiada celebrados com o Ministério Público Federal no âmbito da chamada “Operação Lava Jato”.

Entre tantos relatos, divulgados simultaneamente, de vantagens ilícitas trocadas entre agentes públicos e as empresas do Grupo Odebrecht, um dos depoimentos, em especial, chamou a atenção do país. Nele, Marcelo Bahia Odebrecht, o ex-presidente do grupo, traz à luz o enredo de um sistemático padrão de intercâmbio ilícito de vantagens mútuas entre as esferas pública e privada no Brasil:

---

<sup>1</sup> Interessante análise histórica sobre os debates parlamentares que antecederam a aprovação da Lei nº 8.666/1993 pode ser conferida na obra **Licitação no Brasil**, do autor André Rosilho (São Paulo: Malheiros, 2013).

<sup>2</sup> **Sessão do Plenário da Câmara dos Deputados de 20.05.1992**. Ata publicada no Diário do Congresso Nacional de 21.05.1992, Ano XLVII, nº 71. Disponível em: <<http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCCD21MAI1992.pdf#page=184>>.

<sup>3</sup> Na atualidade, o Projeto de Lei do Senado Federal nº 559/2013, já aprovado pelo Senado Federal e que está sob o exame da Câmara dos Deputados como PL nº 6.814/2017, é a mais relevante iniciativa legislativa nesse sentido. Por meio dele, pretende-se instituir um novo regime jurídico de contratações públicas, em substituição à Lei nº 8.666/1993.

Eu não conheço nenhum político no Brasil que tenha conseguido fazer qualquer eleição sem caixa 2. O caixa 2 era três quartos, o que estimo. Não existe ninguém no Brasil eleito sem caixa 2. O cara pode até dizer que não sabia, mas recebeu dinheiro do partido que era caixa 2. Não existe, não existe. Era o círculo vicioso que se criou. Tanto é assim que na hora que resolveram cancelar o que se começou a discutir a mais, teve que aumentar o fundo partidário, para início de conversa (...). Não existe. O político que disser que não recebeu caixa 2, está mentindo (...). Essa questão de eu ser um grande doador, de eu ter esse valor, no fundo é o quê? É também abrir portas. É você... É... Apesar de que não veio um pedido específico, é o que eu digo. Toda relação empresarial com político infelizmente era assim, especialmente quando se podia financiar, os empresários iam pedir, por mais que eles pedissem pleitos legítimos – investimentos, obras, geração de empregos – no fundo, tudo que você pedia, sendo legítimo ou não, gerava uma expectativa de retorno, então, quanto maior a agenda que eu levava, mais criava expectativa de que eu iria doar tanto<sup>4</sup>.

Como contrapartida aos recursos entregues a agentes públicos, Marcelo Odebrecht se refere a certa *agenda* de interesse do grupo empresarial. As palavras do delator, que até recentemente presidia um dos maiores grupos empresariais do Brasil, causa inúmeras perplexidades.

Para o que interessa ao presente trabalho, a principal perplexidade se refere às contrapartidas exigidas por agentes privados em troca das propinas entregues. A perplexidade não reside propriamente na existência das contrapartidas, o que é até mesmo uma obviedade, já que a empresa não distribuiria recursos a agentes públicos de forma desinteressada. O problema central aqui é tentar compreender como tais contrapartidas eram, por vezes, operacionalizadas por meio de benefícios ilícitos proporcionados no âmbito de contratações públicas.

Daí surgem diversos questionamentos: como é possível aos agentes públicos propiciar a empresas privadas um padrão tão sistemático de contrapartidas por meio de vantagens ilícitas oferecidas em contratações públicas? Como é possível que essas contrapartidas ilícitas sejam prestadas no contexto do regime jurídico de licitações e contratos administrativos, que impõe uma série de procedimentos e regras de conduta para assegurar a isonomia e a moralidade? Como é possível burlar as regras para dar a determinado particular benefícios não assegurados a outros concorrentes?

Em contrapartida a essas inquietações, pode-se questionar o que precisa e o que pode ser feito para que as licitações e os contratos administrativos não constituam meros procedimentos formais (e caros) e possam produzir benefícios efetivos para a sociedade.

Para examinar essas questões, o presente trabalho parte da premissa de que a atividade contratual do Estado configura um mercado *sui generis*, que exige regulação

---

<sup>4</sup> Transcrição de trecho do depoimento, disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=gluCSVGeAp8>>. Acesso em: 14 abr. 2017.

específica e detalhada<sup>5</sup>. O conceito de *falhas de mercado*, que identifica a insuficiência dos mecanismos próprios do mercado para a produção de resultados eficientes e de bem-estar social, permite afirmar que, no âmbito das contratações públicas, a regulação não é uma opção, mas um imperativo do sistema jurídico-constitucional brasileiro.

Todavia, assim como ocorre na regulação incidente sobre os mercados privados, a regulação do mercado de contratações públicas está sujeita à captura por interesses de agentes que visam à obtenção de rendas extraordinárias ou retornos supercompetitivos. No limite, essa captura pode conduzir a padrões sistêmicos de corrupção e práticas anticompetitivas, o que corresponde ao que Cass Sunstein chama de *paradoxos do Estado regulatório*<sup>6</sup>.

Nesse cenário, a licitação e o contrato administrativo deixam de ser instrumentos de realização dos princípios democrático e republicano e passam a servir a duas finalidades básicas, no interesse de certos agentes privados: instituir barreiras de mercado a novos entrantes e legitimar formalmente retornos econômicos acima do que seria viável no mercado privado.

Surge, então, a necessidade de verificar se toda e qualquer regulação do mercado de contratações públicas está fadada ao fracasso ou se é possível estabelecer uma regulação que permita o bom funcionamento do mercado e contribua para o bem-estar coletivo.

Para essa análise, examina-se a teoria processual administrativa da regulação, desenvolvida nos Estados Unidos a partir da observação empírica da atuação das agências independentes. Desse arcabouço teórico, o trabalho adota a premissa de que, por meio da processualização da atividade regulatória, é possível institucionalizar e democratizar o relacionamento entre o regulador e os regulados.

O pressuposto essencial dessa teoria é que, por meio da abertura ou da ampliação de canais de acesso, com a conseqüente diversificação dos fluxos de informações, os entes reguladores poderiam ser capazes de reduzir as influências de interesses específicos e de ampliar as possibilidades de uma regulação voltada ao interesse público e ao bem-estar da coletividade.

Em outras palavras, esta tese se debruça sobre o seguinte problema: de que forma a regulação pode contribuir para que os processos de aquisição de bens e serviços pela

---

<sup>5</sup> De acordo com Christopher McCrudden, a particularidade desse mercado resulta da combinação de três funções de governo a ele relacionadas: *participação* no mercado, *regulando-o* ao mesmo tempo, por meio da utilização de seu *poder de compra* para promover concepções de justiça social, particularmente de igualdade e não discriminação. (MCCRUDDEN, Christopher. **Buying Social Justice: Equality, Government Procurement, and Legal Change**. Oxford: Oxford University Press, 2007, p. 538).

<sup>6</sup> Com essa expressão, Sunstein se refere a estratégias regulatórias autodestrutivas, que produzem resultados precisamente opostos aos pretendidos pela regulação ou aos resultados esperados pela coletividade. (SUNSTEIN, Cass R. **Free Markets and Social Justice**. New York and Oxford: Oxford University Press, 1999, p. 271).

Administração Pública brasileira atinjam suas finalidades econômica (contratação vantajosa) e jurídica (respeito ao princípio da isonomia)?

Em face desse problema, o trabalho apresenta as seguintes hipóteses:

- a) a insuficiente ou inadequada regulação do mercado de contratações públicas promove insegurança jurídica, favorece a captura dos reguladores e estimula práticas ilícitas (atos de corrupção ou condutas anticompetitivas), a revelar o funcionamento do mercado em desacordo com os interesses e necessidades da coletividade;
- b) o efetivo exercício do poder regulatório, de forma processualizada, aberta e democrática é condição essencial para que as contratações públicas atendam a suas finalidades constitucionais em benefício da coletividade.

Para a verificação dessas hipóteses sob as lentes da teoria processual administrativa da regulação, o primeiro capítulo examina os pressupostos da teoria para que a atividade regulatória se desenvolva de forma independente, porém permeada por *inputs* oriundos dos diversos interesses existentes na sociedade.

O segundo capítulo, por sua vez, traça um diagnóstico sobre o atual regime jurídico brasileiro de contratações públicas e sobre sua aplicação prática por alguns entes públicos. Examinam-se as regras legais que conformam um regime privilegiado para a Administração no âmbito dos contratos públicos. Por meio desse regime, que contém fortes traços autoritários, a Administração Pública submete o contratado a diversas prerrogativas exorbitantes e a espaços desnecessários de discricionariedade que, em conjunto, apresentam um quadro de evidente insegurança jurídica.

Diante da insuficiência do regime jurídico legal para a regulamentação das contratações públicas, o terceiro capítulo defende que, sem prejuízo das necessárias reformas legislativas, as falhas desse mercado devem ser corrigidas, preferencialmente, por meio da autovinculação. Ela corresponde, em primeiro lugar, à atividade normativa pela qual os entes públicos podem produzir normas gerais para disciplinar suas futuras contratações.

Além disso, a autovinculação corresponde à atribuição de elaborar os documentos da licitação, que abrangem especialmente o instrumento convocatório e a minuta do futuro contrato. Salienta-se a importância que a autovinculação apresenta para a etapa contratual, permitindo o controle das prerrogativas exorbitantes e a restrição da discricionariedade administrativa. Esse capítulo também aponta a necessidade de que a autovinculação se desenvolva por meio de procedimentos abertos e com ampla participação, desde a fase interna da licitação.

O capítulo quatro examina a atuação do Tribunal de Contas da União (TCU) como espécie de agência reguladora do mercado de contratações públicas. A escolha por abordar especificamente o TCU decorre de sua abrangente e profunda atuação no âmbito das contratações públicas.

Diferente do que ocorre no Poder Judiciário, o TCU não se restringe ao controle da legalidade dos atos administrativos. A análise do Tribunal abarca a verificação da legitimidade e da economicidade desses atos, por meio de parâmetros de eficiência e de eficácia. Essa possibilidade de interferência de mérito sobre o mercado regulado (no caso, o mercado de contratações públicas) é o que aproxima o TCU das agências reguladoras.

A partir da exposição da abrangente atuação regulatória que tem sido manifestada pelo Corte de Contas, o trabalho demonstra a necessidade de que essa regulação se desenvolva em caráter complementar, de forma a supervisionar, mas não tolher, a autovinculação desenvolvida pelos entes públicos que licitam e contratam. De igual modo, salienta-se a necessidade da abertura procedimental da atividade regulatória que vem sendo desempenhada pelo TCU.

Em síntese, o trabalho baseia sua análise em três vertentes, adotadas com base nos princípios interpretativos delineados por Sunstein para o Estado Regulatório: normas constitucionais, preocupações institucionais e esforços para corrigir falhas dos estatutos regulatórios, relacionadas a defeitos da própria regulação ou a falhas de aplicação<sup>7</sup>.

Ao final, a título de *considerações finais*, são propostas medidas concretas para se avançar no Brasil rumo a uma regulação que promova o funcionamento do mercado de contratações públicas de acordo com suas finalidades legais e constitucionais.

---

<sup>7</sup> SUNSTEIN, Cass R. **After the Rights Revolution: Reconceiving the Regulatory State**. Cambridge: Harvard University Press, 1990, pp. 163-186.

## CAPÍTULO 1. O mercado de compras públicas sob a perspectiva regulatória

O objetivo deste capítulo é situar o problema de pesquisa e sua correspondente hipótese, estabelecer as premissas do estudo e expor o marco teórico que propiciará os instrumentos conceituais para a análise do problema e das hipóteses propostas.

### 1.1. A amplitude do fenômeno regulatório

O fenômeno regulatório e suas implicações podem ser explicados por diversas teorias, cujas abordagens podem variar de acordo com as características do objeto regulado e com as políticas regulatórias adotadas<sup>8</sup>.

Márcio Iorio apresenta a regulação como “uma força de coerência sistêmica – de resgate da ordem – quando as contradições internas em determinado sistema social revelam uma disfuncionalidade”<sup>9</sup>. O autor também enuncia alguns elementos conceituais essenciais da regulação:

a) a manifestação da atuação reguladora como uma atuação de poder político, caracterizando-a como um projeto de direito público; b) a consciência de que se regula algo que tem suas próprias leis, e que, portanto, a regulação potencializa as forças da iniciativa privada em um ambiente parcialmente preexistente e parcialmente criado pela própria atividade reguladora; c) a finalidade da regulação como o alcance de um equilíbrio dinâmico das interações dos atores setoriais em conformidade com um objetivo de interesse geral e não o de mera potencialização de um mercado regulado pretensamente indiferente ao contexto dos direitos políticos e sociais circundantes<sup>10</sup>.

Enfatizando o aspecto finalístico da função regulatória, Marçal Justen Filho sustenta que “A regulação econômico-social consiste na atividade estatal de intervenção indireta sobre a conduta dos sujeitos públicos e privados, de modo permanente e sistemático, para implementar as políticas de governo e a realização dos direitos fundamentais”<sup>11</sup>.

---

<sup>8</sup> Vital Moreira salienta o caráter *essencialmente ambivalente* do conceito de regulação: “[...] por um lado, designa um estado de equilíbrio e de regularidade no funcionamento de um sistema ou mecanismo; por outro lado, aponta para o estabelecimento de regras (regulamentos) a serem observadas num determinado comportamento ou situação, tendo precisamente como objetivo garantir ou repor o seu equilíbrio e/ou a regularidade do seu funcionamento”. (MOREIRA, Vital. *Auto-Regulação Profissional e Administração Pública*. Coimbra: Livraria Almedina, p. 21). Para um apanhado a respeito da literatura internacional sobre política regulatória, confira-se: MELO, Marcus André. Política regulatória: uma revisão da literatura. *Revista Brasileira de Informação Bibliográfica em Ciências Sociais*. n° 50, pp. 7-43, 2000.

<sup>9</sup> ARANHA, Marcio Iorio. *Manual de Direito Regulatório*. 3ª ed. London: Laccademia Publishing, 2015, p. 29.

<sup>10</sup> *Ibidem*.

<sup>11</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 10ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 669.

No Brasil, a ideia de regulação se consolidou a partir da decisão política de que o Estado deveria reduzir sua intervenção direta em atividades econômicas ou se retirar da prestação direta de alguns serviços públicos<sup>12</sup>. A partir da década de 1990, intensos processos de alienação de bens públicos (*privatização patrimonial*) e, em especial, de delegação de serviços públicos antes prestados diretamente pelo Estado (*privatização de tarefas*) abriram espaço para o desenvolvimento de atividades privadas em diversos setores econômicos<sup>13</sup>.

Em contrapartida a esse movimento de reforma do Estado, que viabilizou a abertura de mercados antes dominados pela atuação pública direta, “entendeu-se necessário ‘regular’ as atividades objeto de concessão a empresas privadas, para assegurar regularidade na prestação dos serviços e o funcionamento equilibrado da concorrência”<sup>14</sup>.

Retomando as palavras de Iorio, trata-se de instituir mecanismos com a finalidade de alcançar um “equilíbrio dinâmico das interações dos atores setoriais em conformidade com um objetivo de interesse geral”<sup>15</sup>.

Sob essa perspectiva, é interessante notar que o refluxo da intervenção estatal direta no ambiente econômico impulsiona a atividade jurídico-regulatória do próprio Estado sobre os espaços ocupados pela iniciativa privada. A importância do direito regulatório, nesse particular, é enfatizada por Canotilho de modo assertivo:

O Estado não tem de construir e manter infraestruturas rodoviárias, de energia, de telecomunicações, de tratamento de resíduos, mas deve assumir a responsabilidade regulativa dos serviços públicos de interesse geral. Neste sentido se diz que o Estado Social assume hoje a forma moderna de Estado regulador de serviços públicos essenciais<sup>16</sup>.

De modo geral, portanto, a doutrina costuma relacionar a função regulatória à intervenção estatal externa destinada a produzir normas de organização e de conduta que

---

<sup>12</sup> GUERRA, Sérgio. Regulação estatal sob a ótica da organização administrativa brasileira. *In*: GUERRA, Sérgio (org.). **Regulação no Brasil: Uma visão multidisciplinar**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2014.

<sup>13</sup> As expressões são utilizadas por Pedro Gonçalves para se referir aos mecanismos por meio dos quais o Estado usualmente transfere bens e atribuições a particulares (GONÇALVES, Pedro. **Entidades Privadas com Poderes Públicos**. Coimbra: Almedina, 2005, p. 152).

<sup>14</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Limites da função reguladora das agências diante do princípio da legalidade. Maria Sylvia Zanella di Pietro (coord.). **Direito Regulatório: Temas Polêmicos**. pp. 27-59. Belo Horizonte: Fórum, 2003, p. 28.

<sup>15</sup> ARANHA, 2015, p. 29.

<sup>16</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª ed., Coimbra: Livraria Almedina, 2003, p. 351-352.

incidam sobre atividades desempenhadas por agentes de mercado, possuam eles natureza jurídica de direito público ou privado<sup>17</sup>.

Logo, submetem-se à regulação todos os entes que integram o mercado, inclusive os da Administração Pública, como é comum no caso das empresas estatais. Marçal Justen Filho acentua que “Isso se obtém pela consagração de entidades administrativas dotadas de forte autonomia e de competência para vincular a própria Administração direta centralizada”<sup>18</sup>. O autor se refere às agências reguladoras independentes, cuja posição institucional vem se consolidando no Brasil desde a década de 1990<sup>19</sup>, abrangendo funções planejadoras, normativas e decisórias<sup>20</sup>.

Nesse sentido, Márcio Iorio sustenta que a regulação atual ampliou sua abrangência para além dos “comandos jurídicos destinados a evidenciar quando uma atividade regulada tornou-se disfuncional”, passando a “encarnar o conjunto interdisciplinar de planejamento e gerenciamento conjuntural de atividades de interesse geral – o poder público como partícipe do setor regulado [...]”<sup>21</sup>.

Diante disso, o autor conceitua a regulação como “uma tecnologia social de sanção aflitiva ou premial orientadora de setores relevantes via atividade contratual, ordenadora, gerencial ou fomentadora”<sup>22</sup>.

Esse conceito é importante para situar, do ponto de vista regulatório, o mercado de compras públicas, em que o Estado possui o monopólio da posição contratual de adquirente. Se a regulação é útil nos mercados em que o Estado se afasta ou nos quais reduz sua presença, passando a conviver em regime de competição com a iniciativa privada, defende-se aqui a necessidade de situar a importância da regulação também para promover o desempenho

---

<sup>17</sup> Nesse sentido: “A regulação dirige-se a disciplinar preponderantemente a conduta dos particulares, mas isso não exclui a submissão dos sujeitos públicos à regulação. Aliás, a submissão inclusive das entidades estatais à regulação é uma característica marcante da concepção regulatória” (JUSTEN FILHO, 2014, p. 670).

<sup>18</sup> *Ibidem*.

<sup>19</sup> De acordo com Alketa Peci, “o estabelecimento das agências brasileiras deve ser encarado como parte de um movimento maior de mudança estrutural, a flexibilização da gestão pública, que encontrou espaço fértil de proliferação no contexto da desestatização”. PECCI, Alketa. Regulação e administração pública. In: GUERRA, Sérgio (org.). **Regulação no Brasil: Uma visão multidisciplinar**. pp. 57-80. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2014, p. 69.

<sup>20</sup> Para um panorama sobre a evolução das funções institucionais assumidas pelas agências reguladoras nos primeiros anos de sua introdução no Brasil, conferir: GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. Agências Reguladoras. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**, n. 6, mai./jul. 2006.

<sup>21</sup> ARANHA, 2015, p. 30.

<sup>22</sup> *Ibidem*, p. 31.

concorrencial do mercado de compras públicas<sup>23</sup>. Afinal, trata-se de mercado relevante para a sociedade, cujo planejamento e gerenciamento constituem atividades de interesse geral.

A seguir, será apresentado o mercado de aquisições públicas para explicar a necessidade e a importância de sua compreensão como um setor regulado.

## 1.2. O mercado de aquisição de bens e serviços pelo Poder Público

Soa evidente que qualquer ente estatal, para o exercício de suas funções, necessita adquirir bens e serviços produzidos por agentes privados. Mesmo diante do progressivo afastamento do Estado da prestação direta de serviços públicos, por meio de delegações desses serviços a particulares, o mercado de compras governamentais representa expressiva parcela do Produto Interno Bruto de diversos países<sup>24</sup>.

Por sua dimensão e pelas implicações sociais que representa, é de interesse geral que o mercado de compras governamentais funcione de modo eficiente, equilibrado e competitivo. Daí porque este trabalho propõe que as aquisições públicas deixem de ser percebidas como procedimentos isolados, decorrentes da mera concatenação formal de atos administrativos exigidos pelo ordenamento jurídico como requisitos para a compra de bens e serviços pelo Estado.

Isso porque, ao promover aquisições, o Estado atua como agente econômico, mas não como um agente econômico qualquer. A dimensão dos agentes estatais e de suas contratações, as formalidades dos mecanismos de acesso via licitações públicas e o regime

---

<sup>23</sup> Nesse sentido: “Se, por um lado, é ampla a literatura e a jurisprudência disponíveis a respeito das atividades de regulação e intervenção administrativas na Economia, a análise específica dos problemas de natureza concorrencial decorrentes de o Estado atuar também como um agente econômico (seja diretamente mediante órgãos estatais, seja por meio de empresas públicas ou sociedades de economia mista), isto é, como um ofertante ou demandante de bens e serviços, tem sido (abstração feita das considerações sobre os monopólios naturais nos serviços de utilidade pública) até agora e em certa medida, negligenciada pelos especialistas” (SCHUARTZ, Luís Fernando; POSSAS, Mario Luiz. Habilitação em licitações públicas e defesa da concorrência. **Revista do IBRAC – Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional**, vol. 5, pp. 33-65, jan.1998, p. 35).

<sup>24</sup> Estudo sobre o assunto revela que “o mercado de compras governamentais brasileiro é equiparável ao mercado de compras do setor público dos países da OCDE. Para o ano de 2011, considerando a média dos países-membros, o mercado em questão foi calculado em 12% do PIB, podendo subir para 17%, em média, no caso dos países em relação aos quais estão disponíveis dados relativos às compras das empresas estatais” (RIBEIRO, Cássio Garcia; INÁCIO JÚNIOR, Edmundo. **Mensurando o mercado de compras governamentais brasileiro**. Cadernos de Finanças Públicas, Brasília, n. 14, p. 265-287, dez. 2014, pp. 283-284). Com dados semelhantes, recente relatório da União Européia, que apresenta indicadores do mercado de compras públicas, revela que, em 2015, a aquisição pública de bens e serviços correspondeu, em média, a 13,1% do PIB dos países que integram o bloco (EUROPA – European Union. **Public Procurement Indicators 2015**, dez. 2016. Disponível em: <<http://ec.europa.eu/DocsRoom/documents/20679>>. Acesso em: 15 ago. 2017).

jurídico próprio dos contratos administrativos conformam um mercado próprio, aqui denominado de *mercado de aquisições públicas*.

Essas circunstâncias, a nosso sentir, justificam a utilização da linguagem regulatória para o mercado de compras públicas<sup>25</sup>. A partir do aparato conceitual da regulação, pretende-se examinar as diversas alternativas disponíveis para a dupla atuação estatal sobre esse mercado (Estado-regulador e Estado-consumidor), com o objetivo de torná-lo mais eficiente e competitivo<sup>26</sup>.

Sob outra lógica, note-se que, fosse dada aos entes públicos a possibilidade de livremente contratar no mercado privado, sem quaisquer procedimentos ou formalidades, simplesmente não existiria um mercado regulado de contratações públicas. Bastaria ao ente público eleger o fornecedor do bem ou do serviço, negociar as condições da contratação e celebrar o negócio jurídico, tudo isso no âmbito de um mercado privado específico.

Afinal, do ponto de vista econômico, seria indiferente a circunstância de um dos contratantes integrar o poder público. Se o ente público desejasse realizar uma obra rodoviária, teria de se submeter às regras comumente aplicáveis a esse mercado em relação a metodologias de execução, padrões e qualidade, prazos de pagamento *etc.* O mesmo raciocínio se aplicaria ao mercado de livros didáticos, ao mercado de automóveis ou a qualquer outro.

Do ponto de vista jurídico, pode-se afirmar que, no Brasil, a regulação das contratações públicas não consiste em uma alternativa, mas em um imperativo decorrente do texto constitucional. Fundada nos princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade e da eficiência, a Constituição brasileira de 1988 estabelece que o relacionamento da Administração Pública com seus fornecedores de bens e serviços deve ser formalizado por meio de contrato administrativo que, em regra, deve ser precedido de processo licitatório conduzido de forma isonômica e republicana (art. 37, inciso XXI)<sup>27</sup>.

---

<sup>25</sup> De acordo com Marçal Justen Filho, “A função administrativa regulatória envolve uma manifestação diferenciada e peculiar da função conformadora antes referida. É composta pelos poderes para disciplinar setores empresariais, dispondo sobre a conduta individual e coletiva. Vale-se de medidas jurídicas de permissão e proibição, mas também se utiliza de mecanismos de incentivo e desincentivo, o que compreende inclusive o fomento a atividades privadas. O vocábulo ‘regulatória’ vem sendo aplicado, de modo especial, para referir a atuação estatal mais recente, em que o atendimento diretamente pelo Estado das necessidades coletivas (função administrativa prestacional) é substituído pela atuação da iniciativa privada. A regulação consiste no conjunto de providências por meio das quais o Estado busca disciplinar o desempenho pela iniciativa privada de atividades de interesse coletivo” (JUSTEN FILHO, 2014, p. 127).

<sup>26</sup> Laffont, J-J. e J. Tirole apontam que as aquisições de bens e serviços pelo Estado constituem um caso especial de regulação, no qual os papéis de *principal* (regulador ou designer de contratos) e de comprador-consumidor são combinados (LAFFONT, Jean-Jacques; TIROLE, Jean. *A Theory of Incentives in Procurement and Regulation*. Cambridge: The MIT Press, 1993).

<sup>27</sup> No Brasil, é antiga a preocupação com a formatação jurídica de um sistema concorrencial para as compras públicas: “[...] o regimen das concurrencias é o que melhores condições offerece para satisfação das necessidades

Além destes, é importante mencionar o princípio da livre concorrência, da competitividade ou da competição, instituído pela Constituição como um dos princípios da ordem econômica (art. 170, inciso IV). Trata-se de princípio intrínseco à própria ideia de licitação e que é essencial para o desenvolvimento da proposta de examinar as compras públicas no contexto de um mercado com características próprias.

Nesse sentido, Diogo de Figueiredo Moreira Neto defende que o princípio da concorrência é o mais relevante entre os princípios constitucionais que informam a atividade contratual do Estado, “não sendo, os demais, senão instrumentais em relação a ele”. Apesar disso, segundo o autor, a doutrina e a jurisprudência tradicionalmente enfatizam o princípio da igualdade, “de modo que gravitavam em torno dessa exigência de tratamento igualitário dos licitantes, todos os demais”<sup>28</sup>.

Por isso, o presente trabalho se preocupa não apenas em abordar as regras que disciplinam a atividade contratual do Estado com vistas a assegurar a isonomia entre os agentes de mercado, mas também pretende enfatizar as alternativas disponíveis para contribuir com o funcionamento equilibrado e competitivo desse mercado.

Dito isso, pode-se concluir que o Brasil, assim como outros tantos países, regulamenta as contratações públicas por meio de um direito próprio, que compreende um conjunto de regras destinadas a disciplinar a atividade contratual do Estado, desde o processo seletivo do contratado até o cumprimento das obrigações contratuais pactuadas<sup>29</sup>.

---

do Estado. É o princípio, aliás, consagrado pelas nossas leis e praxes administrativas. O regime da concorrência não exclui, porém, o exercício de um certo poder da administração na escolha, no critério de cotejo das diversas ofertas, respeitados os princípios legais. Nem todos os países adotam esse regime. Na França, segundo se vê em GASTON JÉZE, o regime normal é o da livre escolha, discricionária, da administração pública (*contrat gré à gré*), a menos que a lei não imponha o regime da concorrência. Entre nós, porém, outra tem sido a doutrina dominante. O que prevalece é o regime da concorrência, que só excepcionalmente pode ser preterido pelo da livre escolha” (CAVALCANTI, Themistocles Brandão. **Instituições de direito administrativo brasileiro**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1938, p. 122).

<sup>28</sup> Sobre a importância do princípio da competição, prossegue o autor: “Assim, a pouca preocupação com o princípio da competição e excessiva ênfase com os da igualdade e o da formalidade, acabam não só reduzindo o universo dos licitantes, como se prestando admiravelmente às formas mais sutis de corrupção que, conforme recentemente, em sucinto artigo, tive oportunidade de apontar, não se aninham no curso do processo licitatório, mas nos conluios envolvendo os agentes administrativos” (MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Licitações e contratos administrativos: Observações para hoje e para amanhã. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, vol. 3, pp. 168-181, abr./jun. 1993, pp. 177-178).

<sup>29</sup> Para verificar o panorama da regulação do mercado de compras públicas em diferentes países, confirmam-se os seguintes artigos: VERDEAUX, Jean-Jacques. *Public Procurement in the European Union and in the United States: A Comparative Study*. **Public Contract Law Journal**, vol. 32, nº 4, pp. 713-738, 2003. VAGUE, Kara. *Public Procurement Rules around the World*. **Construction Law International**, vol. 3, nº 2, pp. 35-38, 2008. TAYLOR, Robert C.; BOLTON, Lisa M. *Overview of Canadian Government Procurement Law*. **American Bar Association – The Procurement Lawyer**, vol. 42, nº 1, pp. 14-20, 2006.

Em outras palavras, enquanto na esfera privada os mercados se formatam a partir das peculiaridades inerentes aos interesses dos diversos agentes econômicos envolvidos, o mercado de contratações públicas surge diretamente por meio da regulação estatal. Portanto, o mercado de contratações públicas já nasce regulado. E a regulação desse mercado submete tanto os próprios entes públicos, como todos os agentes privados que com eles pretendam contratar.

Interessante notar que a regulação do mercado de contratações públicas é voltada à criação de mecanismos que permitam uma espécie de mimetização com o mercado privado de contratações<sup>30</sup>. Ao mesmo tempo em que, por meio do princípio da legalidade, se pretende evitar que os agentes públicos tomem decisões que privilegiem determinados agentes privados em detrimento de outros, é necessário que a contratação pública assegure para o Estado níveis de eficiência equivalentes ou próximos daqueles obtidos nas aquisições de bens e serviços existentes na esfera privada.

Em outras palavras, a regulação das contratações públicas institui um mercado que pretende propiciar à Administração Pública realizar negócios vantajosos, caracterizados por uma relação de máximo equilíbrio possível entre o preço e a qualidade dos bens e serviços.

Diante da necessidade de delimitação do problema, a análise do trabalho se restringirá ao mercado de compras públicas realizadas pelo Governo Federal. Portanto, apesar da possibilidade de se fazer referências pontuais para além dessa delimitação, não constitui objeto do trabalho a análise de outros mercados, como o de concessões públicas ou o de Parcerias Público-Privadas, que possuem regimes jurídicos e lógicas econômicas próprias.

### **1.3. A finalidade da regulação do mercado de compras públicas**

A determinação constitucional de que as compras públicas, em regra, necessitam de prévia licitação revela a importância da concorrência para esse mercado. O modelo concorrencial consagrado pela Constituição decorre da premissa de que a ausência de parâmetros para a tomada de decisão abriria espaços para a escolha do contratado e para a definição das regras da contratação com base em interesses não republicanos<sup>31</sup>.

---

<sup>30</sup> Como destaca Gesner Oliveira Filho, “a boa regulação é aquela que mimetiza da melhor maneira possível o mercado”. (OLIVEIRA FILHO, Gesner José de. Aspectos Concorrenciais da Privatização em Setores Regulados: Diretrizes para a Defesa da Concorrência. EAESP/FGV/NPP – Núcleo de Pesquisas e Publicações, Relatório de Pesquisa nº 21, 1998, p. 45).

<sup>31</sup> “O preceito fundamental, agora inserido no texto maior, constitucional, é o de que todos os serviços, obras, compras e alienações, dependem de uma licitação [...] A licitação é um dos mecanismos pelos quais se assegura a moralidade dos atos administrativos, não só possibilitando igualdade de oportunidades para os licitantes, como

A efetiva concorrência entre os agentes de mercado tenderia a ser substituída por acordos escusos e pela troca de vantagens ilícitas. Por conseguinte, os bens e serviços acabariam sendo adquiridos pelo poder público a preços superiores aos de mercado e com qualidade inferior à necessária, com evidentes prejuízos à coletividade<sup>32</sup>. Daí a necessidade de regulação do mercado de aquisição governamental de bens e serviços<sup>33</sup>.

De modo geral, sustenta-se que a regulação estatal sobre os mercados decorre da necessidade de corrigir falhas intrínsecas ao sistema econômico capitalista, especialmente aquelas que têm potencial para reduzir o bem-estar coletivo. De acordo com Joseph Stiglitz, “quando os mercados falham em produzir resultados eficientes, existe uma razão para a intervenção estatal”<sup>34</sup>.

Criticando esse olhar tradicional, que sugere uma visão naturalística dos mercados, Ana Frazão sustenta que “a regulação jurídica não apenas é possível, como é pressuposto da existência dos mercados”<sup>35</sup>. Defendendo que não existem mercados espontâneos, a autora destaca a importância do direito para o desenho da arquitetura dos mercados. Logo, “o mercado não é um *locus naturalis* e sim um *locus artificialis*, derivando de uma técnica de direito que, em dependência com decisões políticas, confere forma à economia”<sup>36</sup>.

Em sentido semelhante, Neil Fligstein salienta:

Meu ponto é que os atores econômicos são totalmente dependentes de arranjos sociais para fazer lucros. Está claro que certas formas de intervenção extrema nas relações econômicas causam ineficiência. Mas também está claro que, sem leis, Estados e a capacidade de encontrar métodos legais não predatórios da concorrência, as empresas

---

também selecionando as melhores condições para a Administração” (REIS, Palhares Moreira. As Licitações no Texto da Constituição de 1988. **Revista de Informação Legislativa**. Ano 29, nº 113, jan./mar. 1992, p. 259).

<sup>32</sup> Confira-se, nesse sentido, o segundo capítulo do livro *Corruption and Government: Causes, Consequences and Reform*, denominado *The Economic Impact of Corruption*. O capítulo que apresenta “as mais relevantes situações em que a corrupção disseminada pode determinar quem obtém os benefícios e quem suporta os custos da ação governamental” (tradução livre). Do original: “*This chapter isolates the most important situations where widespread corruption can determine who obtains the benefits and bears the costs of government action*” (ROSE-ACKERMAN, Susan. New York: Cambridge University Press, 1999, p. 9).

<sup>33</sup> Salientando que a participação da Administração Pública como reguladora ou agente de mercado substitui as regras comuns do mercado privado, Carlos Ari Sundfeld utiliza a expressão *direito administrativo dos negócios* para se referir “à parcela do direito administrativo que cuida ou resulta da regulação administrativa dos negócios ou que trata dos negócios de que a administração é parte”. (SUNDFELD, Carlos Ari. Direito público e regulação no Brasil. In: GUERRA, Sérgio (org.). **Regulação no Brasil: Uma visão multidisciplinar**. pp. 111-142. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2014, p. 112).

<sup>34</sup> Tradução livre. Do original: “*When markets fail to produce efficient outcomes there is a rationale for government intervention*” (STIGLITZ, Joseph E. *Government Failure vs. Market Failure: Principles of Regulation*. In: BALLEISEN, Edward; MOSS, David (ed.). **Government and Markets: Toward a New Theory of Regulation**. New York, NY: Cambridge University Press, 2009. p. 18).

<sup>35</sup> FRAZÃO, Ana. **Direito da Concorrência: Pressupostos e Perspectivas**. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 79.

<sup>36</sup> *Ibidem*. p. 77.

não podem existir. (...) A verdadeira questão para construir mercados é criar as condições políticas e sociais que produzem estabilidade suficiente para viabilizar investimentos<sup>37</sup>.

Essa perspectiva é interessante para a presente tese porque permite estabelecer pontes entre o mercado de compras públicas e os mercados econômicos de modo geral. Afinal, segundo esse raciocínio, o mercado de aquisições governamentais teria a mesma origem que os demais: a regulação estatal.

Retomando o raciocínio de Stiglitz, as falhas de mercado (*market failures*) podem ser categorizadas de acordo com sua natureza. Para cada categoria, haveria distintas formas de regulação estatal<sup>38</sup>.

Existem falhas de mercado relacionadas a *externalidades*, que correspondem a consequências produzidas por determinadas atividades econômicas em desfavor de terceiros, sem qualquer espécie de compensação. Em contrapartida, o Estado dispõe de regras para mitigar essas externalidades (por exemplo, por meio de restrições impostas pelo zoneamento urbano ou por regras destinadas à proteção do meio-ambiente).

As falhas de mercado relacionadas à *concorrência* demandam regulação para coibir práticas anticompetitivas ou para assegurar que, nas hipóteses em que a concorrência não seja viável (monopólios naturais), o agente de mercado não abuse da posição de monopolista<sup>39</sup>. Em outras palavras, como salienta Paula Forgioni, trata-se da intervenção estatal destinada a “estimular o funcionamento de um mercado concorrencial”, para “que se tenha como resultado o melhor grau de eficiência alocativa possível”<sup>40</sup>.

Ainda segundo Stiglitz, diversas formas de regulação se relacionam com a existência de assimetrias de informação entre os agentes de mercado<sup>41</sup>. No mesmo sentido, David Baron observa que os agentes do mercado regulado geralmente possuem, inclusive, informações mais completas que os entes reguladores. Os reguladores, portanto,

---

<sup>37</sup> Tradução livre. Do original: “My point is that economic actors are totally dependent on social arrangements to make profits. It is clear that certain forms of extreme intervention in economic relations can cause inefficiency. But it is also clear that without laws, states, and the ability to find nonpredatory legal methods of competition, firms cannot exist. [...] The real issue for making markets is to create political and social conditions that produce enough stability so as to allow investment”. (FLIGSTEIN, Neil. **The Architecture of Markets: Na Economic Sociology of Twenty-First-Century Capitalist Societies**. Princeton NJ: Princeton University Press, 2001, p. 23).

<sup>38</sup> STIGLITZ, 2009, p. 19.

<sup>39</sup> De acordo com Ana Frazão, “Para conter os males do sistema de livre mercado, há necessidade de instituições e autoridades que funcionem como uma espécie de ‘disjuntor’, interrompendo a incoerência dos processos econômicos e impondo novas condições para a renovação da economia” (FRAZÃO, 2017, p. 92).

<sup>40</sup> FORGIONI, Paula Andrea. Análise econômica do direito: paranóia ou mistificação? **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**. São Paulo, v. 54, n. 139, pp. 243-256, jul./set. 2005, p. 246.

<sup>41</sup> STIGLITZ, op. cit., p. 22.

frequentemente se deparam com a tarefa de regular mercados com base em informações “incompletas, privadas ou ocultas” (v.g. custo de produção, demanda, custo marginal)<sup>42</sup>.

No caso do mercado de compras governamentais, o problema da assimetria de informações afeta o Poder Público de duas maneiras, pois o Estado atua concomitantemente nas posições de consumidor e de regulador<sup>43</sup>.

Pode-se afirmar, então, que a regulação do mercado de compras públicas destina-se, em primeiro lugar, a coibir ou corrigir *falhas de mercado* que produzem resultados incompatíveis com os *valores supremos*<sup>44</sup> que lastreiam o sistema constitucional brasileiro. Em especial, busca-se, por meio da regulação desse mercado, a obtenção de contratações vantajosas e competitivas.

Em outras palavras, a finalidade primeira da regulação das compras públicas é assegurar o funcionamento saudável e equilibrado desse mercado, com fundamento nos princípios da competitividade e da isonomia. Este trabalho defende que, com o funcionamento do mercado sob essas condições, o Estado tende a obter contratações vantajosas, ou seja, a adquirir bens e serviços com preço e qualidade compatíveis com os praticados no âmbito do mercado privado<sup>45</sup>.

Nesse cenário, poder-se-ia referir à existência de uma regulação de interesse público, em que as relações entre a Administração e seus fornecedores se desenvolve de modo transparente e com segurança jurídica. Contudo, o caráter não unívoco da expressão *interesse público* torna necessário que esse conceito seja preenchido de conteúdo sempre que diante de circunstâncias concretas.

Logo, é da essência do mercado de compras públicas que os prepostos da Administração, com fundamento em competências instituídas em leis ou regulamentos,

---

<sup>42</sup> BARON, David. The economics and politics of regulation: Perspectives, agenda, and approaches. In: J. Banks & E. Hanushek (Eds.), **Modern Political Economy: Old Topics, New Directions (Political Economy of Institutions and Decisions)**. pp. 10-62. Cambridge: Cambridge University Press, 1995, p. 15.

<sup>43</sup> Nesse sentido: “Em relação ao mercado de compras públicas, constata-se ampla assimetria de informações entre a Administração ‘consumidora’ e os seus fornecedores. A especialização dos agentes privados deste mercado jamais poderia ser alcançada pelo Estado, que cotidianamente contrata uma infinidade de bens e serviços de empresas diversas, cada qual especializada em sua respectiva atividade” (FRAZÃO, 2017, p. 20)

<sup>44</sup> A expressão é utilizada por Norberto Bobbio para examinar os fundamentos valorativos dos ordenamentos jurídicos: “Para nós, basta constatar que todo ordenamento jurídico persegue certos fins, e convir sobre o fato de que estes fins representam os valores a cuja realização o legislador, mais ou menos conscientemente, mais ou menos adequadamente, dirige sua própria obra. No caso de se considerar que existam valores supremos, objetivamente evidentes, a pergunta se uma norma é justa ou injusta equivale a perguntar se é apta ou não a realizar esses valores” (BOBBIO, Norberto. **Teoria da Norma Jurídica**. Bauru: EDIPRO, 2001, p. 46).

<sup>45</sup> Desse modo, a contratação vantajosa pela Administração Pública não corresponderia à obtenção do menor preço possível a partir de uma disputa predatória, mas à obtenção de preços e condições (especialmente relacionadas à qualidade dos bens e serviços) compatíveis com a realidade do mercado privado.

produzam atos administrativos no exercício de certos poderes discricionários. Diante da abertura conceitual do significado de *interesse público*, é necessário recorrer a parâmetros regulatórios para assegurar que as decisões administrativas sejam praticadas em harmonia com os valores de um mercado equilibrado e competitivo.

Nesse contexto, nem sempre o interesse público conduzirá a que prevaleça a decisão mais benéfica para o Estado ou para o erário. Caberá à Administração, mesmo em sua posição contratual privilegiada, adotar decisão compatível com os parâmetros regulatórios, ainda que o resultado seja favorável ao fornecedor e contrário aos interesses do Estado-consumidor. Daí a importância, para o mercado de compras públicas, da distinção entre Estado-regulador e Estado-consumidor.

Por outro lado, é necessário que a regulação desse mercado ofereça ferramentas para a produção de condutas lícitas por parte dos agentes públicos e privados envolvidos, na tentativa de se evitar ao máximo a apropriação do conceito de interesse público em favor de interesses não republicanos.

Portanto, a segunda finalidade da regulação do mercado de compras públicas é a formatação de mecanismos procedimentais que viabilizem, em cada caso concreto, a construção coletiva e transparente do significado do *interesse público*. Como se verá a seguir, a teoria processual administrativa da regulação apresenta importantes contribuições nesse sentido.

Por esses fundamentos, revela-se a importância da regulação para a organização do mercado de compras públicas e para o fomento de sua competitividade. Demonstradas as finalidades da regulação no âmbito das aquisições de bens e serviços pelo Estado, é necessário examinar a seguir as objeções da teoria econômica dos grupos de interesse (*public choice*) à regulação de modo geral.

O objetivo dessa análise não será negar a importância da regulação – que aqui se defende – mas verificar as contribuições que essa teoria pode apresentar para a identificação dos riscos envolvidos na regulação e para o aprimoramento da atividade regulatória.

#### **1.4. As contribuições da escola da *public choice***

A possibilidade de a regulação estatal produzir resultados indesejáveis é bastante explorada pelos autores que criticam a intervenção regulatória na economia, em especial por aqueles que se filiam à teoria econômica dos grupos de interesse (ou teoria da *public choice*). Esses autores propugnam que o processo regulatório institui as condições ideais para a atuação

de grupos de interesse, que encontrariam espaço para influenciar a atividade regulatória (normativa, fiscalizatória, de fomento *etc.*), de modo a obter vantagens e rendas adicionais ou extraordinárias, em prejuízo do interesse da coletividade.

Apesar de se voltar contra a regulação de modo geral, essa teoria agrega contribuições à análise do mercado de aquisições governamentais porque expõe possíveis fragilidades regulatórias e permite a proposição de alternativas, ainda que por intermédio de outras teorias. Em outras palavras, a teoria da *public choice* é aqui adotada como instrumento de auxílio ao diagnóstico do atual regime jurídico das compras públicas.

Sob esse aspecto, este trabalho se alinha à visão de Philip Frickey e Daniel Farber a respeito da utilidade prática da teoria da *public choice*:

Neste livro, nós tentamos seguir um caminho intermediário entre o cinismo e o romantismo. A teoria da *public choice* pode nos ajudar a entender as reais patologias do governo e isso é bom para se ponderar como é melhor agir para evitá-las. Assim como na medicina, entretanto, os meios mais efetivos de tratar a doença podem ser confiar nas próprias forças do paciente. Na verdade, algumas partes importantes da nossa estrutura governamental podem ser melhor entendidas como parte do sistema imunológico político, projetado especificamente para combater problemas tais como a influência de grupos de interesse e a incoerência legislativa. Um dos problemas mais urgentes que agora desafia o nosso sistema jurídico é como fortalecer esse sistema imunológico, de modo que o governo democrático possa desempenhar seus potenciais ao invés de sucumbir a essas patologias<sup>46</sup>.

Daí a importância da teoria da *public choice* como instrumento de análise dos mercados e da regulação estatal. Afinal, como bem defende Sunstein, “a resposta apropriada para os paradoxos da regulação não é retornar ao sistema do ‘laissez faire’, mas aprender com as falhas do passado”<sup>47</sup>.

#### 1.4.1. Os fundamentos da teoria

Os juristas e economistas norte-americanos James M. Buchanan e Gordon Tullock, dois dos precursores da teoria econômica da *public choice*, afirmam que, idealmente, “O Estado, ou a política, podem ser concebidos como um conjunto de regras ou de instituições

---

<sup>46</sup> Tradução livre. Do original: “*In this book, we try to steer a middle course between cynism and romanticism. Public choice theory can help us understand the all-too-real pathologies of government, and it is well to consider how best to avoid them. Just as in medicine, however, the most effective ways to treat the disease may rely on the patient’s own strengths. Indeed, some importante parts of our government structure can best be understood as part of the political ‘immune system’, designed specifically to combat problems such as special interest influence and legislative incoherence. One of the most pressing problems now facing our legal system is how to strengthen this immune system, so that democratic government can realize its potentials rather than succumb to its pathologies*”. (FRICKEY, Philip P.; FARBER, Daniel A. **Law and Public Choice: A Critical Introduction**. Chicago and London: The University of Chicago Press, 1991, p. 11).

<sup>47</sup> SUNSTEIN, 1999, p. 71.

por meio dos quais seres humanos individuais agem coletivamente ao invés de individualmente ou privadamente”<sup>48</sup>.

Nessa obra, publicada na década de 1960, os dois autores já apontavam para o fenômeno do surgimento de grupos de pressão capazes de interferir no processo de escolhas políticas para fazer prevalecer interesses particulares em detrimento do modelo tradicional, que pressupunha o funcionamento do aparato estatal com base em escolhas democráticas.

A observação empírica da atuação desses grupos de interesse colocaria em xeque a premissa comportamental de que o legislador exerce suas funções por meio de uma busca desinteressada do *interesse público* ou do *bem-estar geral*, de forma independente de interesses econômicos privados<sup>49</sup>.

Para Buchanan e Tullock, o primeiro problema da regulação baseada no *interesse público* residiria na possibilidade de apropriação individual do próprio conceito de *interesse público*. Na construção desse conceito, salvo nas raras hipóteses em que haja consenso, não seria possível escapar de uma decisão individual de natureza ética, pela qual o *interesse público* é o que o indivíduo diz que é<sup>50</sup>.

Além disso, os autores apontam que cada indivíduo terá uma compreensão própria do que corresponde ao interesse público, de modo que, para alcançá-lo, haverá tantas concepções possíveis quanto houver de indivíduos no grupo. Por isso, partem da premissa de

---

<sup>48</sup> BUCHANAN, James M.; TULLOCK, Gordon. *The Calculus of Consent: Logical Foundations of Constitutional Democracy*. Ann Arbor: University of Michigan Press, 1965, p. 220. Tradução livre. Do original: “*The State, or the polity, may be conceived as a set of rules or institutions through which individual human beings act collectively rather than individually or privately*”.

<sup>49</sup> *Ibidem*, p. 204. Nesse sentido, oportuna a distinção doutrinária entre a autonomia da agência em face da direção política de outros entes públicos (*independence from above*) e a independência em face da influência política dos entes regulados (*independence from below*), ambas relevantes para o funcionamento das agências. (HALBERSTAM, Daniel. *The Promise of Comparative Administrative Law: A Constitutional Perspective on Independent Agencies*. In: ROSE-ACKERMAN, S.; LINDSETH, P. (eds.). *Comparative Administrative Law*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2010, p. 191.

<sup>50</sup> Marcio Pestana salienta a complexidade de se definir, em cada caso, o significado do *interesse público* e aponta o papel que os agentes públicos acabam assumindo em relação a essa difícil tarefa: “Há, ainda, para lançar mais ofuscamento a esta expressão de sentido instável, um fator relevante que não pode ser desconsiderado. A intensa participação da burocracia brasileira estatal em dizer no que consistiria o interesse público para aplicar-se, concretamente, à relação contratual à mão, as cláusulas exorbitantes. Mais: antes disso, a de dizer quais cláusulas deveriam ser insertas nos contratos administrativos a serem celebrados, nas hipóteses em que o ordenamento jurídico admite tal margem de discricionariedade. Esta realidade, em si mesma considerada, já nos permite visualizar o quão difícil e verdadeiramente imprecisa é a definição do conteúdo e da extensão do interesse público, mormente tendo em conta que as diferenças observáveis na própria Administração Pública e de seus agentes, nos seus diversos planos, e nas diversas regiões brasileiras, apresentam realidades culturais, sociais e econômicas díspares e, na maioria das vezes, bastante acentuadas” (PESTANA, Marcio. A exorbitância nos contratos administrativos. *Revista de Direito Administrativo e Infraestrutura*, vol. 1, pp. 141-161, abr-jun. 2017, p. 153).

que os indivíduos, em realidade, são bastante ignorantes a respeito do que seja o melhor ou o pior para o grupo<sup>51</sup>.

Por outro lado, os grupos de interesse tendem a constituir interesses organizados e com objetivos definidos, que se utilizam do processo político para obter vantagens econômicas. Quanto maior a intervenção do Estado na economia e na sociedade, maiores seriam as possibilidades de atuação dos grupos de interesse para alcançar seus próprios interesses. Isso porque não seria possível determinar o grau de alcance do interesse público pelo funcionamento das regras ordinárias do processo legislativo<sup>52</sup>.

Indo além no âmbito da escola da *public choice*, George Stigler desenvolveu a *teoria da captura*, segundo a qual as características do processo político conduzem a que a atividade regulatória seja exercida em favor de grupos de interesse relativamente pequenos, que se beneficiam de recursos e poderes públicos para melhorar seu *status* econômico<sup>53</sup>.

Como aponta Horwitz, entre as teorias da escola da *public choice*, a teoria da captura é a mais incisiva porque concluiu que uma agência capturada age *sistematicamente* a favor dos interesses privados de certos agentes regulados, ao passo que tende a ignorar *sistematicamente* o interesse público<sup>54</sup>.

Em outras palavras, a escola da *public choice* defende que a regulação, que se justificaria pela necessidade de para coibir falhas de funcionamento dos mercados (*Market failures*), acabaria, ela própria, introduzindo disfunções na livre organização dos agentes econômicos. Segundo essa visão, ao invés de melhorar o desempenho do mercado, a regulação seria responsável por estabelecer vantagens competitivas para os agentes que dispõem de força política ou econômica suficiente para interferir na regulação em favor de seus interesses.

Ainda, de acordo com as palavras críticas de Horwitz, nas investigações empíricas dos adeptos das teorias da *public choice* estaria implícita a premissa de que a regulação corresponderia a um meio oficial de mero gerenciamento de cartéis<sup>55</sup>.

A atividade dos grupos de interesse, que Buchanan e Tullock afirmam ser “inerente e previsível parte do moderno processo democrático” e qualificam como atividades

---

<sup>51</sup> BUCHANAN; TULLOCK, 1965, p. 205.

<sup>52</sup> Ibidem, p. 206-207.

<sup>53</sup> STIGLER, George J. *The Theory of Economic Regulation. The Bell Journal of Economics and Management Science*. vol. 2, nº 1, pp. 3-21, 1971.

<sup>54</sup> HORWITZ, Robert Britt. *The Irony of Regulatory Reform: The Deregulation of American Telecommunications*. New York and Oxford: Oxford University Press, 1989, p. 29.

<sup>55</sup> Ibidem, p. 35.

em busca do lucro (*profit-seeking*)<sup>56</sup>, corresponde ao que posteriormente veio a se denominar atividades *rent-seeking*, que serão detalhadas no tópico a seguir.

Considerando a atuação simultânea de diversos grupos de interesse, essa atividade compreenderia verdadeira competição por benefícios oriundos do processo regulatório e envolveria estratégias de todo tipo, inclusive o pagamento de propinas e outras vantagens indevidas aos agentes públicos envolvidos nos processos de decisão regulatória, dos legisladores aos burocratas.

De acordo com essa visão, o interesse público será mais bem realizado à medida que o Estado se abster de intervir na economia por meio da regulação. Essa perspectiva, contudo, não enfrenta o problema identificado pela teoria das falhas de mercado, que, como explicado por Stiglitz, veio exatamente para justificar a necessidade de regulação estatal<sup>57</sup>.

#### 1.4.2. Regulação e *rent-seeking*

Em 1967, logo após ter publicado em conjunto com Buchanan a obra precursora da teoria da *public choice*, Tullock divulgou o artigo *The Welfare Costs of Tariffs, Monopolies, and Theft*<sup>58</sup>. O texto examina a atuação de produtores nacionais que pressionam governos pela instituição de barreiras de importação e de empresas que atuam para instituir e manter monopólios.

De acordo com Tullock, assim como ocorre com o ladrão, as atividades desses grupos para restringir ou eliminar a concorrência não se voltam à produção de riqueza, mas à elevação de preços e à ampliação de lucros. Assim, os esforços destinados à instituição de tarifas alfandegárias, à constituição de monopólios e ao roubo visariam, tão somente, à obtenção de rendas transferidas de outros agentes econômicos.

A princípio, essas transferências de rendas não acarretariam custos sociais porque o resultado líquido das transferências seria nulo. Do ponto de vista aritmético, não haveria redução da renda global, mas apenas transferências entre distintos agentes econômicos<sup>59</sup>. Tullock, entretanto, chama atenção para o fato de que essas atividades envolvem

---

<sup>56</sup> BUCHANAN, James M.; TULLOCK, Gordon, 1965, pp. 210-212.

<sup>57</sup> STIGLITZ, Joseph E., 2009, p. 18.

<sup>58</sup> Tradução livre: “Os custos sociais das tarifas, dos monopólios e do roubo” (TULLOCK, Gordon. *Western Economic Journal*, 5:3, jun. 1967, pp. 224-232).

<sup>59</sup> *Ibidem*, p. 228.

custos tanto para os que pretendem obter rendas transferidas, quanto para os que pretendem resistir à transferência de rendas.

Assim como o monopolista e o produtor nacional investem recursos em defesa dos seus interesses anticoncorrenciais (*e.g.* para exercer *lobby* perante os legisladores)<sup>60</sup>, o Estado investe recursos na tentativa de preservar a concorrência de mercado (*e.g.* por meio da regulação) e os demais agentes econômicos tentam resistir às transferências de rendas (*e.g.* por meio de *lobby* contra o *lobby*). Todos esses custos são estéreis porque não se voltam à produção de riquezas, mas apenas às transferências de rendas.

Tullock conclui que, no contexto do sistema econômico, as atividades voltadas a transferir rendas possuem efeito cíclico, pois os custos estéreis dispendidos pelos *rentistas* exigem reações por parte do Estado e dos agentes econômicos atingidos, que também envolvem custos estéreis.

O autor também salienta que o êxito das iniciativas voltadas à transferência de rendas possui efeito sistêmico, na medida em que estimula atuação semelhante por outros agentes econômicos:

O problema das transferências de renda não é que elas diretamente imponham perdas de bem-estar, mas que elas conduzem as pessoas a empregar recursos na tentativa de obter ou prevenir essas transferências. Um roubo a banco bem-sucedido inspirará potenciais ladrões a maiores esforços, conduzirá à instalação de equipamentos de proteção mais avançados em outros bancos e talvez resultará na contratação de policiais adicionais. Esses são os custos sociais e eles podem ser muito consideráveis<sup>61</sup>.

Essa perspectiva é especialmente importante para este trabalho, por revelar que, em um contexto de regulação inexistente ou ineficaz, os movimentos privados pela apropriação das rendas alheias tendem a ser crescentes diante da sensação de que há, no sistema econômico ou no ordenamento jurídico, incentivos a práticas dessa natureza.

Em 1974, a economista Anne Krueger aprofundou as ideias de Tullock e cunhou a expressão *rent-seeking* (ou *rentismo*) para designar o fenômeno da procura pela extração de rendas de terceiros sem a correspondente produção de riqueza.

---

<sup>60</sup> De acordo com Olson, “O número e o poder das organizações lobísticas que representam as empresas norteamericanas é de fato surpreendente em uma democracia que opera de acordo com a regra da maioria” (OLSON, Mancur. **A lógica da ação coletiva**. Trad. Fabio Fernandez. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1999, p. 158).

<sup>61</sup> Tradução livre. Do original: “*The problem with income transfers is not that they directly inflict welfare losses, but that they lead people to employ resources in attempting to obtain or prevent such transfers. A successful bank robbery will inspire potential thieves to greater efforts, lead to the installation of improved protective equipment in other banks, and perhaps result in the hiring of additional policemen. These are its social costs, and they can be very sizable*” (*The Welfare Costs of Tariffs, Monopolies, and Theft*. **Western Economic Journal**, 5:3, jun. 1967, p. 231).

No artigo *The Political Economy of the Rent-Seeking Society*<sup>62</sup>, Krueger parte de um cenário em que empresas nacionais logram estabelecer barreiras de importação por meio da imposição pelo Estado de limites para a emissão de licenças de importação. A partir daí, passaria a haver competição pela quantidade restrita de licenças. É o que a autora denomina *rentismo competitivo (competitive rent-seeking)*, que apresentaria custos ainda maiores para o bem-estar coletivo que o rentismo analisado por Tullock.

De acordo com Krueger, a atividade regulatória do Estado, ao impor restrições ao livre mercado, tende a originar a apropriação de rendas adicionais em relação às que seriam esperadas para a mesma atividade econômica em um ambiente sem intervenção estatal<sup>63</sup>.

A autora indica, ainda, que o rentismo e a competição dos agentes econômicos pela apropriação dessas rendas pode ser perfeitamente legal. Mas, em níveis elevados, o *rent-seeking* pode colocar sob suspeita o funcionamento dos mecanismos de mercado, pela desconexão entre a produção e o retorno financeiro, bem como pela revelação de que a desigualdade de renda não necessariamente decorre da maior eficiência econômica de certos indivíduos, mas eventualmente de sua capacidade de ser um rentista bem-sucedido<sup>64</sup>.

Ainda para Krueger, o *rent-seeking* também pode tomar a forma de práticas ilícitas, como propinas, corrupção, contrabando e atuação por meio de *mercados negros*<sup>65</sup>.

Em síntese, a autora propõe que a regulação seja sempre adotada de forma moderada, ponderando-se, em cada caso concreto, os benefícios da intervenção estatal para o mercado específico em face das possibilidades que essa intervenção propicia para que certos agentes econômicos se apropriem de rendas excessivas.

Tratando especificamente sobre o mercado de compras públicas, os economistas franceses Jean-Jacques Laffont e Jean Tirole chamam atenção para o fenômeno da *seleção*

---

<sup>62</sup> Tradução livre: “Economia política da sociedade rentista” (*The American Economic Review*. vol. 64, nº 3, jun. 1974, p. 291-303).

<sup>63</sup> A afirmação não permite concluir que a atividade regulatória estatal está sempre fadada ao fracasso (*government failures*). Joseph Stiglitz, por exemplo, admite que o processo regulatório envolve custos e pode produzir efeitos econômicos nem sempre benéficos, desde que os custos e efeitos adversos sejam inferiores aos prejuízos que a ausência de regulação acarretaria para a sociedade. Em artigos publicados quando da eclosão da crise do *subprime*, Stiglitz atribuiu a grave crise à quase ausência de regulação do mercado financeiro (*market failures*) e salientou que a aversão do mercado financeiro à regulação partia justamente do argumento de que a intervenção estatal produziria ineficiência e custos adicionais (*The fruit of hypocrisy*. *The Guardian*, set. 2008. Disponível em: <<https://www.theguardian.com/commentisfree/2008/sep/16/economics.wallstreet>>. Acesso em: 18 jun. 2017; *Markets can't rule themselves*. Newsweek, dez. 2008. Disponível em: <<http://www.newsweek.com/markets-cant-rule-themselves-82951>>. Acesso em: 18 jun. 2017).

<sup>64</sup> *The Political Economy of the Rent-Seeking Society*. *The American Economic Review*. vol. 64, nº 3, jun. 1974, p. 302.

<sup>65</sup> *Ibidem*, p. 291.

*adversa*, que decorre da assimetria de informações existente entre o Estado consumidor e seus fornecedores sobre relevantes variáveis envolvidas na contratação. Conhecendo melhor que o governo as características do mercado e do bem ou serviço que se pretende adquirir, as empresas privadas são capazes de extrair rendas adicionais de sua interação com o Poder Público<sup>66</sup>.

### 1.4.3. Regulação, *rent-seeking* e corrupção

Partindo das premissas da teoria do *rent-seeking*, o economista alemão Johann Graf Lambsdorff vai além, para afirmar que a teoria tradicional não identifica corretamente os efeitos da corrupção sobre o bem-estar social, que seriam muito superiores aos efeitos negativos provocados pelo *lobby*<sup>67</sup>.

Segundo Lambsdorff, a teoria tradicional do *rent-seeking* apresenta os seguintes problemas:

Falha em entender que a corrupção motiva a criação de regras ineficientes que geram rendas; falha em notar que o tamanho das rendas que um tomador de decisão público controla crescerá naturalmente com a extensão da corrupção e que a corrupção envolve interesses que são ainda mais estreitos que os envolvidos no *lobby* competitivo [...]. Visto que a corrupção impede a organização de interesses mais amplos, ela anda de mãos dadas com a elevação de custos para o *rent-seeking* e com a ampliação dos incentivos para que os tomadores de decisão criem distorções de mercado<sup>68</sup>.

As observações de Lambsdorff são importantes porque incorporam à análise regulatória os efeitos sistêmicos da corrupção. Assim, a captura dos tomadores de decisão por intermédio da corrupção – o que o autor não vê como inevitável – é capaz de subverter completamente o sentido da regulação, que pode passar a ser utilizada como mero mecanismo de *rent-seeking* em favor de um seleto grupo de agentes privados.

Para o Professor italiano Enrico Colombatto, o fenômeno da corrupção no setor público é inevitável, porém é possível estabelecer mecanismos institucionais de mitigação. Segundo ele, de modo geral, a corrupção encontra terreno fértil quando há amplas

<sup>66</sup> LAFFONT, Jean-Jacques; TIROLE, Jean, 1993, p. 107.

<sup>67</sup> LAMBSDORFF, Johann Graf. *Corruption and rent-seeking*. **Public Choice**. nº 113, Kluwer Academic Publishers, 2002, p. 97–125.

<sup>68</sup> *Ibidem*, p. 121. Tradução livre. Do original: “It failed to understand that corruption motivates the creation of inefficient rules that generate rents. It failed to notice that the size of the rent a public decision-maker controls will commonly increase with the extent of corruption, and that corruption involves interests which are narrower than those of competitive lobbying. [...] Since corruption impedes the organizing of broad interests it goes hand in hand with larger expenses for rent-seeking and higher inducements for public decision-makers to create market distortions”.

oportunidades para criação e extração de rendas, o que tende a ocorrer quando barreiras de entrada e custos relativamente elevados de monitoramento e controle afastam potenciais competidores e impedem que haja concorrência efetiva<sup>69</sup>.

Esse é um raciocínio importante porque permite a este trabalho adotar, como premissa, a circunstância de que existe, também no mercado de compras públicas, uma relação efetiva entre problemas concorrenciais e a prática de desvios éticos.

Ainda de acordo com Colombatto, o contexto regulatório e institucional pode apresentar conjuntos de incentivos equivocados e, portanto, contribuir para a produção de padrões comportamentais inadequados. Daí porque os esforços contra a corrupção “coincidem com o desenho de estruturas institucionais que reforcem a concorrência, intensifiquem o controle e, assim, minimizem os benefícios esperados por meio do ‘rent seeking’”<sup>70</sup>.

Com essas palavras, pretende-se afirmar outra premissa adotada neste estudo: a regulação insuficiente ou inadequada do mercado de compras públicas pode apresentar estímulos à prática de atos de corrupção. O tema da corrupção, portanto, não se insere no problema de pesquisa desta tese, mas a ele serve como instrumento analítico.

#### **1.4.4. Falhas de governo no mercado de compras públicas**

Também Stiglitz admite que a regulação, sob determinadas circunstâncias, pode provocar resultados socialmente indesejáveis. Após categorizar o que denomina *falhas de mercado* e relacionar os principais mecanismos à disposição do Estado para lidar com esses problemas, o autor alerta que a regulação não é uma panaceia para todos os problemas. Na prática, são inúmeras as possibilidades de a regulação produzir resultados indesejáveis para o bem-estar da coletividade, o que o autor denomina *falhas de governo* (*government failures*).

De acordo com o autor, falhas de governo podem decorrer de diversos fatores, como incompetência, corrupção ou comprometimentos ideológicos que inviabilizam as ações necessárias ao atendimento dos objetivos da regulação<sup>71</sup>.

---

<sup>69</sup> COLOMBATTO, Enrico. *Discretionary power, rent-seeking and corruption*. Disponível em: <ftp://ftp.repec.org/opt/ReDIF/RePEc/icr/wp2001/EC24-01.pdf>. Acesso em: 19 jun. 2017. p. 2.

<sup>70</sup> Ibidem. p. 3. Tradução livre. Do original: “From this standpoint, it thus seems clear that the recipes to eliminate corruption coincide with the design of institutional frameworks that enhance competition, intensify monitoring, and therefore minimize the expected benefits of rent-seeking”.

<sup>71</sup> STIGLITZ, 2009, p. 22.

Falhas de governo são compreendidas como decorrência natural da regulação, porém Stiglitz salienta que sua ocorrência de modo sistêmico não é inevitável, desde que haja a concentração de esforços para melhorar a eficiência e a capacidade de resposta do Estado, o que seria possível por meio da ampliação da competição e da transparência nas ações de governo e no processo político<sup>72</sup>:

Falhas de governo – ao menos na escala que temos visto nos anos recentes – não são inevitáveis. De fato, a iniciativa ‘Reinventando o Governo’, promovida pelo Vice-Presidente Gore mostrou que esforços concentrados para melhorar a eficiência e a capacidade de resposta do governo poderiam ser bem-sucedidos. Além disso, algumas das mesmas reformas que funcionam no setor privado são relevantes no setor público: aumentar a competitividade e a transparência melhorando estruturas de incentivos, onde resultados possam ser razoavelmente bem definidos e atribuídos a indivíduos em particular. Enquanto houver suficiente transparência e competição, há um processo corretivo. Governos que falham são trocados; eles perdem sua credibilidade e legitimação. De fato, alguns no processo político tentam reduzir a competição (e.g., por meio de estratégias para obter resultados eleitorais distorcidos) e escondem falhas (por meio da falta de transparência), exatamente como fazem alguns nos mercados<sup>73</sup>.

No caso das compras públicas, os tipos de falhas de governo que frequentemente decorrem da regulação do mercado correspondem precisamente às falhas de mercado que se pretendeu coibir com a instituição de regras para disciplinar a atividade contratual do Estado, ou seja, com a criação regulatória desse mercado.

Diante dessa constatação, é de se esperar que a regulação das compras governamentais seja, ao menos, capaz de evitar ou eliminar parte da ineficiência e dos desvios éticos que acarretam perdas econômicas para a coletividade.

O Estado brasileiro investe vultosos recursos para custear estruturas administrativas voltadas à regulação das contratações públicas. Praticamente todos os entes públicos dispõem de servidores e de recursos materiais para realizar licitações e acompanhar a execução de contratos administrativos. As atividades desses entes públicos, por sua vez, são

---

<sup>72</sup> Estache e Wren-Lewis sustentam a *fragilidade institucional* como um dos pontos mais sensíveis da regulação nos países em desenvolvimento. Os autores categorizam essas fragilidades em quatro grupos distintos: a) limitada capacidade regulatória; b) limitado comprometimento; c) limitada transparência (*accountability*); e d) limitada eficiência fiscalizatória (ESTACHE, Antonio; WREN-LEWIS, Liam. *Toward a Theory of Regulation for Developing Countries: Following Jean-Jacques Laffont's Lead*. *Journal of Economic Literature*, vol. 47, nº 3, pp. 729-770, set. 2009, pp. 732-733).

<sup>73</sup> Tradução livre. Do original: “Government failure – at least on the scale that we have seen it in recent years – is not inevitable. Indeed, the Reinventing Government initiative undertaken by Vice President Gore showed that concerted efforts to improve the efficiency and responsiveness of government could succeed. Beyond that, some of the same reforms that work in the private sector are relevant in the public sector: increasing competitiveness and transparency improving incentive structures, where outputs can be reasonably well defined and attributed to particular individuals. As long as there is sufficient transparency and competition, there are corrective processes. Governments that fail will be replaced; they lose their credibility and legitimacy. To be sure, those in the political process try to reduce competitiveness (e.g., by gerrymandering) and to hide failures (through a lack of transparency), just as do those in markets” (STIGLITZ, 2009, p. 36).

supervisionadas por órgãos de controle que funcionam como espécies de segunda e terceira instâncias regulatórias.

Contudo, esse aparato regulatório abrangente e dispendioso não tem sido eficaz para assegurar minimamente a finalidade da regulação das contratações públicas. Em um cenário de corrupção e de ineficiência endêmicos, a sociedade não tem sido capaz de perceber os benefícios de investir recursos financeiros na regulação de um setor que, na prática, parece funcionar à margem das regras estabelecidas.

De acordo com Stiglitz, “alguns processos regulatórios são mais sujeitos a falhar publicamente que outros, e parte da arte de desenhar regimes regulatórios consiste em identificar os processos menos propensos a serem capturados ou corrompidos”<sup>74</sup>. Daí a relevância de se examinar o regime jurídico das compras públicas para identificar sob quais parâmetros os processos regulatórios inerentes a esse mercado podem ser aprimorados.

### 1.5. Síntese do objeto de estudo

Do que se viu até aqui, a ideia de regulação pressupõe a intervenção do Estado como centro produtor de normas jurídicas destinadas a corrigir falhas de mercado e a propiciar o bem comum ou o interesse da coletividade.

Em contraposição a essa perspectiva, a teoria econômica da *public choice* enfatiza que, muito ao revés, a intervenção estatal sobre os mercados produz espaços em que grupos de interesse são capazes de manipular a atividade regulatória (e o conceito de interesse público) em seu próprio benefício. Portanto, a regulação tenderia a produzir desajustes nos mercados, e não o contrário.

Em outras palavras, diferente de Stiglitz, que vislumbra a possibilidade de controle das falhas de governo, a teoria da *public choice* considera inevitável que a regulação acabe sendo desvirtuada em favor de interesses específicos.

Esta tese filia-se às premissas postas por Stiglitz, de que a regulação é importante para corrigir as falhas de mercado e de que é possível estabelecer uma regulação em prol do bem comum. Afinal, como se disse, a atividade contratual do Estado, por sua própria natureza, não pode ser vislumbrada fora de um ambiente regulado.

---

<sup>74</sup> STIGLITZ, 2009, p. 36. Tradução livre. Do original: “*Finally, some regulatory processes are more subject to public failure than others, and part of the art of design of regulatory regimes is to identify those that are less likely to be captured or abused*”.

Sob a perspectiva das falhas de mercado, o trabalho pretende centrar sua análise sobre as questões de natureza concorrencial do mercado de compras públicas e sobre os problemas de assimetria de informações entre o governo e seus fornecedores.

Em relação às falhas de governo, o estudo examinará a questão da discricionariedade dos agentes públicos nas etapas pré e pós contratações, o que envolve o problema da definição concreta do sentido e do conteúdo do conceito de *interesse público*.

## 1.6. O marco teórico: a teoria processual administrativa da regulação

Com vistas a parametrizar esse esforço analítico sobre o mercado de compras governamentais, o trabalho adotará como referência a teoria processual administrativa da regulação. A escolha do marco teórico decorre das ferramentas que essa teoria disponibiliza para o enfrentamento do problema das escolhas regulatórias ou, melhor dizendo, da discricionariedade do processo de tomada de decisão regulatória. Como se verá, a teoria apresenta abordagens que permitem propor novos parâmetros para a construção transparente e democrática do conceito de interesse público em cada caso concreto<sup>75</sup>.

### 1.6.1. A contraposição entre as teorias econômica e jurídica

O jurista norte-americano Steven Croley desenvolveu a teoria processual administrativa da regulação justamente para questionar a perspectiva fatalista que a teoria da *public choice* apresenta sobre a atividade regulatória do Estado<sup>76</sup>.

Em sua obra *Manual de Direito Regulatório*, Marcio Iorio Aranha sintetiza com precisão a contraposição existente entre as duas teorias:

A teoria processual administrativa da regulação afasta os pressupostos da teoria da *public choice*, de que haveria inafastáveis incentivos à cooptação dos reguladores rumo a uma regulação de grupos de interesse ou *special interest regulation*. A teoria jurídica conhecida como processual administrativa, pelo contrário, revela a dimensão jurídico-processual da regulação como uma regulação de interesse público ou *public-*

<sup>75</sup> A justificativa da escolha dessa teoria, e não da teoria da *public choice*, decorre do fato de que o presente trabalho se debruça sobre o mercado de contratações públicas, que, no Brasil, é instituído e regulado por expressa determinação constitucional. Como se viu, portanto, esse é um mercado peculiar, porque é criado artificialmente pela própria regulação estatal. Em outras palavras, não há como se cogitar da existência de um mercado desregulado de contratações públicas. Afinal, a desregulação acabaria inserindo a atividade contratual do Estado nos diversos mercados privados de bens e serviços. Por isso, reputa-se inviável utilizar a teoria da *public choice* como instrumento de análise do mercado de contratações públicas, pois essa teoria, ao questionar a regulação estatal, conduziria ao questionamento da própria existência desse mercado.

<sup>76</sup> CROLEY, Steven P. *Regulation and Public Interests: The Possibility of Good Regulatory Government*. Princeton: Princeton University Press, 2008.

*interest regulation*. Em outras palavras, a teoria jurídica da regulação enfoca um aspecto pouco aprofundado pela teoria econômica: o processo jurídico-institucional de preservação da dicção funcional do direito. [...] Ambos os enfoques – econômico e jurídico – portanto, detêm categorias conceituais para aquilatarem a regulação como prejudicial à sociedade em benefício de grupos de interesse, ou como virtuosa ao interesse público<sup>77</sup>.

Como se viu, portanto, a teoria econômica da *public choice* entende que a regulação e o seu aparato jurídico-processual inevitavelmente produzem mecanismos que facilitam a criação e a identificação de oportunidades para extração de rendas regulatórias por grupos de interesse que possuem acesso aos reguladores e que têm a oportunidade de influenciar o processo decisório.

Por outro lado, para a teoria processual administrativa da regulação, a evolução da regulação estatal se dá de forma gradual e responsiva. Geralmente reflete períodos de crise e trauma nacional, em que o Estado regulador é convocado a intervir para mitigar ou eliminar falhas de mercado. Nesse contexto, a autoridade regulatória exercida pelas agências independentes, por intermédio do devido processo administrativo, criaria oportunidades para uma regulação em benefício do interesse geral<sup>78</sup>.

O debate entre as duas teorias, então, centra-se na divergência entre as vantagens e as desvantagens da regulação ou da desregulação dos mercados.

Assim como Stiglitz e como a própria teoria da *public choice*, Croley e sua teoria processual administrativa também admitem que a atividade regulatória do Estado pode acabar se voltando para uma *special interest regulation*, ou seja, uma regulação em favor de grupos de interesse, e não da coletividade.

Esse padrão deturpado produziria decisões regulatórias que entregam, para determinados grupos de interesse, rendas ou benefícios que excedem o eficiente e competitivo retorno econômico que lhes caberia em condições normais.

De acordo com Croley, esses retornos supercompetitivos (*supercompetitive returns*) necessariamente afetam o bem-estar do restante da sociedade, causando prejuízos aos cidadãos consumidores ou aos outros competidores que não disponham de mecanismos para influenciar o processo de tomada de decisão regulatória em seu próprio benefício.

Em contraposição a essa realidade, a teoria processual administrativa da regulação vislumbra a possibilidade de uma regulação voltada à realização do interesse público

---

<sup>77</sup> ARANHA, 2015, p. 36.

<sup>78</sup> A importância da procedimentalização da atividade regulatória para o controle da atuação dos grupos de interesse já era objeto de debate antes da formulação da teoria processual administrativa da regulação. Nesse sentido, confira-se, por exemplo: PROSSER, Tony. *Theorising Utility Regulation*. *Modern Law Review*. vol. 62, 2ª ed., pp. 196-207, mar. 1999, pp. 209-210.

(*public interested regulation*). Para o atingimento dessa finalidade essencial, a teoria centra sua análise sobre o processo de tomada de decisão regulatória, examinando como restrições procedimentais podem conduzir os tomadores de decisão a atuar para promover a maximização do bem-estar coletivo<sup>79</sup>.

### 1.6.2. A aplicabilidade do marco teórico ao mercado de compras públicas

A teoria processual administrativa da regulação é construída fundamentalmente a partir da análise do funcionamento das agências independentes norte-americanas<sup>80</sup>. Contudo, o próprio Croley admite a aplicação dos pressupostos básicos da teoria também para entes que não dispõem de completa independência, como é o caso das agências executivas norte-americanas, que, no Brasil, corresponderiam, por exemplo, aos órgãos e às autarquias<sup>81</sup>.

Ainda que assim não fosse, a teoria seria pertinente para a análise do mercado de compras públicas do Governo Federal brasileiro. Isso porque, a despeito de não haver formalmente uma agência reguladora para esse mercado, este trabalho se propõe a analisar a posição institucional e a atuação do Tribunal de Contas da União, que revelam estreitas semelhanças entre a Corte de Contas e as agências reguladoras independentes.

Além disso, como será examinado neste trabalho, com base em experiências verificadas nos Estados Unidos e nos países da União Europeia, é possível cogitar a adoção, pela Administração Pública brasileira, de um modelo de gestão centralizado de compras públicas, fundado na organização de uma estrutura regulatória semelhante à adotada pelas agências independentes<sup>82</sup>.

---

<sup>79</sup> Nesse sentido: “Pode afirmar-se sem hesitar que o procedimento administrativo constitui hoje um instituto jurídico que merece ser considerado como eixo fulcral do direito administrativo na medida em que interage com praticamente todos os outros elementos estruturais desse ramo do direito. É, pois, central, o papel que desempenha na moderna dogmática do direito administrativo. Ele é, por outras palavras, a forma do exercício da função administrativa” (CORREIA, 2016, p. 55).

<sup>80</sup> Em artigo publicado em 2013, a cientista política norte-americana Jennifer Selin apontou a existência de 321 agências federais nos Estados Unidos, que apresentam níveis distintos de independência. Segundo a autora, boa parte da independência de uma agência decorre de sua organização estrutural. (*What Makes an Agency Independent? American Journal of Political Science*, 59, 2015, pp. 971–987).

<sup>81</sup> “A noção de agências executivas nos Estados Unidos refere a uma enorme variedade de estruturas organizativas, incluindo departamentos ministeriais, serviços e órgãos que os integram, bem como serviços autônomos destituídos de estabilidade dos seus dirigentes. Na verdade, a expressão *executive agency* não refere a nenhum título padrão, sendo esclarecido antes por exclusão, mediante o confronto com o conceito de agência reguladora independente” (MODESTO, Paulo. *Agências executivas: A organização administrativa entre o casuísmo e a padronização*. *Revista de Direito Administrativo*. Ed. FGV, Rio de Janeiro, vol. 228, pp. 75-84, abr./jun. 2002, p. 83).

<sup>82</sup> De acordo com pesquisa recente, todos os países que integram a União Europeia dispõem de “organismos específicos para a regulação dos contratos públicos”, sendo que seis dessas entidades gozam de independência em

De qualquer modo, independentemente dessas possíveis abordagens, os pressupostos da teoria processual administrativa são úteis para examinar a atuação regulatória dos próprios entes públicos que promovem licitações e celebram contratos. Como se verá, o trabalho defende a ideia de que, neste mercado, a competência regulatória existe e deve ser exercida também de modo pulverizado pelos diversos entes estatais que necessitam licitar e contratar para prover suas necessidades operacionais.

### **1.6.3. As premissas da teoria processual administrativa da regulação**

A teoria processual administrativa da regulação estabelece cinco premissas básicas para viabilizar que a regulação seja voltada ao interesse público:

- a) premissa da motivação do administrador: é necessário que o comportamento dos administradores reflita comprometimento com alguma regulação de interesse público;
- b) premissa da autonomia da agência: as regras legais que disciplinam o processo regulatório devem assegurar às agências autonomia para tomar decisões que possam não refletir as preferências do Congresso Nacional;
- c) premissa do ambiente institucional: influências não legislativas sobre as agências, especialmente a supervisão do Poder Executivo e a jurisdição do Poder Judiciário, protegem a autonomia das agências em face dos legisladores e dos grupos de interesse que agem para que a regulação favoreça interesses restritos, ao invés do interesse público;
- d) premissa da neutralidade administrativa: os procedimentos legais, pelos quais as agências regulam, atenuam as vantagens que, na arena legislativa, os grupos de interesse mais poderosos possuem sobre grupos de interesse menos poderosos. Os recursos políticos mais valiosos na política eleitoral não são tão valiosos na política regulatória;
- e) premissa do bem-estar social: os processos administrativos de tomada de decisões identificam resultados regulatórios socialmente desejáveis, ou seja, as regras do processo administrativo geram informações que revelam os custos e

---

face do Governo: Autoridade de Concorrência dinamarquesa, Autoridade Independente para os Contratos Públicos da Grécia, Autoridade Nacional para os Contratos Públicos da Hungria, Autoridade Nacional Anticorrupção italiana, Gabinete para a Proteção da Concorrência da República Checa e Autoridade da Concorrência sueca. (SILVA, Fernando Oliveira. **A regulação dos contratos públicos: modelo para uma autoridade reguladora**. Coimbra: Livraria Almedina, 2016, pp. 104-105).

benefícios das alternativas regulatórias e, assim, possibilitam às agências escolher a via mais benéfica para o bem-estar social.

Croley testa a validade dessas premissas examinando, com maior ênfase, três processos regulatórios que, segundo o autor, permitiram a edição de normas contrárias a poderosos e organizados interesses políticos e econômicos: a decisão da Agência norte-americana de Proteção do Meio-ambiente que desenvolveu regras mais restritas em matéria de poluição e mudanças climáticas; a decisão da *Food and Drug Administration*, agência que regula produtos de uso humano, que regulamentou produtos de tabaco; e a decisão do Serviço Florestal dos Estados Unidos, que limitou a construção de estradas em florestas nacionais<sup>83</sup>.

Para essa análise, Croley categoriza a atuação das agências reguladoras independentes dos Estados Unidos em três grupos de competências distintas:

- a) competência normativa, função que se assemelha às atividades desempenhadas por um comitê legislativo, que compreende a elaboração de regras materiais ou substantivas;
- b) competência decisória, função que se assemelha ao processo decisório de um tribunal judicial, por meio da qual as agências proferem ordens que afetam diretamente os regulados (contencioso administrativo), cabendo às agências assumir, além da competência judicante, as funções de persecução e instrução do processo;
- c) competência residual das agências, que abrange a condução de inspeções, a definição de objetivos de políticas, o fomento ao desenvolvimento econômico *etc.*<sup>84</sup>

O processo decisório referente às duas primeiras espécies de decisão é detalhadamente regulamentado pelo *Administrative Procedure Act* (APA) de 1946<sup>85</sup> e por normas processuais que as próprias agências estabelecem.

A competência residual, por outro lado, é referida por Croley como “atuação informal das agências” (*informal agency action*) justamente porque não há exigências de

---

<sup>83</sup> No capítulo 12 do livro *Regulation and Public Interests: The Possibility of Good Regulatory Government* (2008), Croley examina, ainda que mais brevemente, outros processos regulatórios em que, a despeito da forte resistência de grupos de interesse, as agências reguladoras puderam produzir resultados socialmente benéficos.

<sup>84</sup> Miguel García traça um paralelo entre as funções regulatórias e aquelas tipicamente desempenhadas pelos distintos poderes do Estado: função de estabelecer normas, de controlar sua execução e de levar a cabo a resolução de controvérsias (GARCÍA, Miguel Ángel Sendín. *Regulación y Servicios Públicos*. Granada: Editorial Comares, 2016, p. 7).

<sup>85</sup> A Lei de Processo Administrativo norte-americana (APA) determina as regras processuais que devem ser seguidas pelos entes públicos vinculados o Poder Executivo, incluindo as agências reguladoras independentes.

atuação conforme procedimentos específicos, de modo que a agência pode estabelecer o processo que entender mais adequado, ou mesmo pode atuar sem nenhum procedimento previamente definido.

Para o que interessa ao escopo do presente estudo, serão detalhados a seguir os principais instrumentos processuais que guiam a produção de normas gerais e abstratas pelas agências e os mecanismos processuais do contencioso administrativo, pelos quais as agências proferem ordens que vinculam determinadas partes (*formal adjudication*).

#### **1.6.3.1. A competência regulatória de natureza normativa**

Croley salienta o caráter participativo do processo administrativo de elaboração de normas regulatórias das agências norte-americanas. Trata-se de um processo inclusivo e de livre acesso, em relação ao qual qualquer interessado em influenciar a decisão da agência pode tomar parte, por meio da apresentação de escritos, de intervenções em audiências públicas *etc.* O processo normativo pode, inclusive, ser iniciado por provocação de qualquer cidadão.

O processo também é transparente, pois as agências publicam todos os subsídios (estudos, dados estatísticos *etc.*) que motivam a iniciativa regulatória e, de igual modo, dão ampla publicidade aos resultados da deliberação e aos motivos que conduziram à decisão final.

Para a teoria processual administrativa, as regras processuais que se destinam a assegurar transparência e pluralismo têm o mérito de reduzir o impacto da atuação de grupos de interesse voltados a interesses específicos, ao tempo que elevam as chances de que a atividade regulatória contribua para o interesse da coletividade. O processo decisório, portanto, acaba sendo mais amplo porque, diferente do que ocorre no parlamento, não se restringe às partes que possuem considerável poder político e econômico.

A abertura regulatória também confere maior grau de legitimidade às decisões das agências e, em geral, assegura às decisões regulatórias maior deferência por parte das cortes judiciais que exercem o controle jurisdicional das agências.

#### **1.6.3.2. A competência regulatória de natureza decisória**

Em contraste com o processo normativo, os processos decisórios das agências que resultam em ordens específicas (atuação contenciosa ou *formal adjudication*) ainda se desenvolvem por meio de procedimentos relativamente fechados. O processo não é facilmente penetrável por partes que busquem influenciar a agência ou afetar o resultado do julgamento.

A própria parte não pode se comunicar com a área da agência responsável pela instrução processual.

Portanto, de acordo com Croley, em relação ao processo normativo, o processo contencioso apresenta maiores vantagens comparativas para que grupos de interesse, ou mesmo legisladores, influenciem os julgadores administrativos (*administrative law judges*) que integram as agências reguladoras.

Em outras palavras, quanto mais fechado e menos transparente, o processo se torna mais sujeito à influência privilegiada de grupos que detêm maior poder econômico e político.

De qualquer modo, Croley aponta que, mesmo no âmbito do processo contencioso, as agências adotam medidas para dar transparência ao processo e tentar que se obtenha uma decisão imparcial (v.g. as sessões de julgamento são públicas e as conclusões jurídicas e fáticas que ensejaram a decisão são publicadas em fontes acessíveis ao público em geral).

### 1.6.3.3. O papel do controle judicial

O controle jurisdicional das decisões das agências reguladoras, ao invés de ser considerado negativo, é visto positivamente pela teoria processual administrativa da regulação. De acordo com a análise empírica que fundamenta a teoria, a atuação do Poder Judiciário não é percebida como a última instância do processo decisório das agências e, tampouco, implica necessariamente o reconhecimento da ocorrência de falhas materiais na decisão resultante do processo decisório.

Segundo Croley, a revisão judicial das decisões administrativas funciona como um mecanismo de *feedback*, inclusive quanto ao respeito aos procedimentos, para assegurar a participação e a motivação das decisões em face dos argumentos apresentados pelos interessados. É comum, por exemplo, que o Judiciário, reputando que alguma garantia foi violada, devolva a decisão à agência, que deverá refazer o processo de acordo com as determinações do tribunal<sup>86</sup>.

---

<sup>86</sup> O papel do controle judicial das garantias do processo administrativo não afasta, contudo, a possibilidade de o Poder Judiciário examinar também o mérito do ato administrativo, em relação às suas causas, aos seus motivos e às suas finalidades. Para uma análise jurisprudencial sobre o tema, confira-se: RIBAS, Carolline Leal; CASTRO, Gustavo Almeida Paolinelli de. O controle jurisdicional dos atos administrativos discricionários. **Revista de Direito Administrativo**. Ed. FGV, Rio de Janeiro, vol. 268, p. 83-116, jan./abr. 2015.

E o principal: nas circunstâncias em que a agência eventualmente não assegurar paridade aos diversos interessados envolvidos e aos seus respectivos argumentos, a revisão judicial das decisões administrativas pode reequilibrar as forças dos grupos de interesse perante a agência reguladora.

#### **1.6.4. As garantias processuais e a regulação de interesse público**

A teoria processual administrativa, portanto, propugna que o interesse público pode ser atendido por meio de garantias processuais. Essas garantias devem assegurar não apenas a existência de um rito processual detalhado, mas também propiciar ampla participação, para que a decisão regulatória possa tomar em consideração as diversas perspectivas existentes na sociedade<sup>87</sup>.

Segundo Croley, os seus estudos de caso permitiram sistematizar a ação regulatória das agências de acordo com o seguinte roteiro: 1) notícia da iniciativa proposta pela agência; 2) divulgação dos fundamentos da proposta da agência; 3) oportunidades para que o público apresente subsídios relacionados à proposta; 4) adoção de um processo decisório racional; 5) exposição transparente das razões para a atuação da agência<sup>88</sup>.

O autor afirma que, diversamente do que ocorre no âmbito do processo legislativo, em que votos ou potenciais contribuições de campanha podem influenciar a decisão, a moeda de troca do processo decisório administrativo é a informação. Logo, aqueles interessados que dispõem de informações mais precisas terão maior oportunidade de influenciar os tomadores de decisão<sup>89</sup>.

Em razão das garantias processuais, a regulação administrativa é mais eficiente que a produzida pelo parlamento justamente por ser menos permeável a fatores alheios às

---

<sup>87</sup> Em 1986, em artigo escrito para simpósio destinado a marcar os quarenta anos do *Administrative Procedure Act* (APA), Martin Shapiro já indicava que desde a década de 1950 vinha crescendo o debate sobre a realização de alterações no APA para fortalecer as garantias das partes nos processos decisórios das agências (SHAPIRO, Martin. *APA: Past, Present, Future*. *Virginia Law Review*, 72, pp. 447-492, 1986, p. 481).

<sup>88</sup> Cada uma dessas etapas compreende diversas iniciativas por meio das quais as agências buscam legitimar o processo regulatório. Por exemplo, as agências podem se engajar em sucessivas rodadas de audiências públicas para o recebimento de impugnações e apresentação de respostas; podem recorrer ao apoio de acadêmicos, cientistas ou *experts* em geral; podem estimular de forma contundente a participação do público, entre outras iniciativas.

<sup>89</sup> Partindo da teoria processual administrativa da regulação, Guilherme Pereira Pinheiro afirma precisamente que “Entre os elementos principais do processo administrativo estão a informação, a participação e a *accountability*. A informação reflete o aspecto da tecnicidade e se desdobra tanto nos dados e análises feitas pelo próprio órgão regulador, quanto pelas informações que devem ser distribuídas ao público em geral” (PINHEIRO, Guilherme Pereira. *A regulação do espectro de radiofrequências no Brasil: uma visão crítica sob a perspectiva dos bens públicos*. Tese de Doutorado em Direito. Brasília: Universidade de Brasília – UnB, 2015, p. 316).

informações pertinentes ao objeto da deliberação regulatória. Um processo regulatório aberto, democrático e transparente, portanto, apresentaria mais chances de produzir decisões imparciais<sup>90</sup>.

De acordo com José Manuel Sérvulo Correia, “São múltiplos os papéis do procedimento administrativo que lhe conferem uma posição nuclear na estática e na dinâmica do direito administrativo contemporâneo”:

- o procedimento assegura, de modo preordenado, racional e sequenciado, a recolha e o processamento de informação pela Administração, a fim de preparar, tomar e (se necessário) executar as decisões administrativas sob forma de regulamento, ato administrativo ou contrato administrativo;
- o procedimento serve de interface preestabelecida para a colaboração e a coparticipação de várias entidades públicas, órgãos ou serviços na preparação de decisões complexas;
- o procedimento constitui um instrumento de participação democrática, de *accountability* e de legitimação das decisões, graças ao modo como assegura a argumentação a favor das suas pretensões pelos interessados e o acesso destes à informação relevante;
- o procedimento constitui a matriz ideal para a realização das operações de ponderação no exercício da discricionariedade administrativa, assegurando os meios e as ocasiões ritualizadas para a deteção dos fatores relevantes presentes na situação concreta e para a sua análise de acordo com princípios fundamentais, como os da igualdade de tratamento, proporcionalidade, proteção da confiança e imparcialidade<sup>91</sup>.

Essa análise não se restringe à esfera jurídica. Também a doutrina econômica ressalta a importância do processo aberto e transparente. O economista italiano Vito Tanzi, ao chamar atenção para a relação entre *déficits* de transparência e corrupção, afirma:

Em muitos países, a falta de transparência nas regras, leis e processos cria um terreno fértil para a corrupção. As regras são frequentemente confusas, os documentos que as especificam não estão disponíveis publicamente e, por vezes, as normas são alteradas sem a publicidade adequada. Leis e regulamentos são escritos de uma forma que somente advogados preparados podem entender e comumente são conceitualmente opacos sobre aspectos importantes, deixando, portanto, espaços para diferentes interpretações. Processos ou procedimentos em matéria de políticas públicas e outras ações como, por exemplo, competições por projetos públicos, são igualmente opacos, de modo que, às vezes, é difícil entender ou determinar o processo que foi seguido para a tomada de uma decisão. Torna-se difícil determinar se a corrupção teve papel em algumas importantes decisões<sup>92</sup>.

---

<sup>90</sup> De acordo com Rafael Carvalho Rezende Oliveira, “a transparência é condição necessária para efetividade do controle social e institucional. A atuação administrativa obscura e sigilosa é típica dos Estados autoritários. No Estado Democrático de Direito, a regra é a publicidade dos atos estatais” (OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **As novas ferramentas do Direito Administrativo para combater o velho problema da corrupção: perspectivas da Lei 12.846/2013**. Crise Econômica e Soluções Jurídicas, ed. RT- Thomson Reuters, nº 76, fev. 2016).

<sup>91</sup> CORREIA, José Manuel Sérvulo. Os grandes traços do direito administrativo no século XXI. **Revista de Direito Administrativo & Constitucional**. Belo Horizonte, ano 16, n. 63, p. 45-66, jan./mar. 2016, p. 57.

<sup>92</sup> TANZI, Vito, *Corruption Around the World: Causes, Consequences, Scope, and Cures*. *International Monetary Fund Staff Papers*. Vol. 45, nº 4, pp. 559-594, dez. 1998, pp. 575-576. Tradução livre. Do original: “In many countries, the lack of transparency in rules, laws, and processes creates a fertile ground for corruption. Rules are often confusing, the documents specifying them are not publicly available, and, at times, the rules are changed without properly publicized announcements. Laws or regulations are written in a way that only trained lawyers can understand and they are often conceptually opaque about important aspects, thus leaving grounds for

Ao fazer um balanço dos estudos de caso que fundamentam a teoria processual administrativa da regulação no capítulo quatorze de sua obra, Croley sustenta que a análise empírica realizada ilustra como os procedimentos administrativos de tomada de decisão promovem a autonomia e a autoridade das agências e, por conseguinte, como agências autônomas podem produzir regulação socialmente desejável.

O autor, então, elenca padrões de conduta e resultados que teriam sido verificados nos diferentes estudos de caso, que permitiriam compreender as razões pelas quais as garantias processuais conduzem à regulação de interesse público:

- 1) processos administrativos robustos habilitaram as agências a reunir e fornecer informações sobre suas propostas regulatórias;
- 2) as agências solicitaram informações sobre suas iniciativas a agentes externos que detinham conhecimento que as próprias agências não possuíam. Isso permitiu às agências atrair para suas propostas o apoio de partes simpáticas às iniciativas regulatórias. Essas partes puderam fornecer apoio técnico e político às iniciativas das agências;
- 3) a abertura do processo regulatório permitiu às agências medir a extensão e a natureza da oposição às suas propostas. Em outras palavras, permitiu que as agências testassem suas propostas sob os vieses científico, econômico e político;
- 4) a adoção de um generoso processo administrativo, especialmente devido às sucessivas rodadas de audiências públicas sobre as propostas (*notice-and-comment*), deu às agências a oportunidade de alterar e refinar suas propostas em face das informações recebidas dos seus apoiadores e dos seus críticos;
- 5) as agências estudadas aplicaram a dinâmica do processo administrativo decisório para estabelecer, reestabelecer, modificar, justificar e, sobretudo, proteger suas propostas;
- 6) as decisões finais das agências que seguiram robustos processos administrativos foram menos vulneráveis a ataques de grupos de interesses, legisladores e partes litigantes;

---

*different interpretations. Processes or procedures on policy matters and other actions, for example, competitions for public projects, are equally opaque, so that at times it is difficult to understand or to determine the process that was followed before a decision was reached. This makes it difficult to determine whether corruption has played a role in some important decisions”.*

- 7) o processo administrativo habilitou as agências estudadas a identificar todas as objeções às suas propostas, facilitando estratégias para lidar com os diferentes focos de resistência às iniciativas regulatórias.

Em síntese, a pesquisa empírica de Croley revela que o processo administrativo, ao invés de criar constrangimentos e obstáculos, empoderou as agências e as permitiu levar adiante sua agenda regulatória.

É possível concluir, portanto, que os mecanismos de abertura procedimental, desde que utilizados concretamente, por meio do efetivo contraditório em face das posições divergentes, podem não apenas legitimar o processo decisório das agências, mas tendem também a fortalecer as próprias regras que resultam do processo regulatório<sup>93</sup>.

Por isso, Croley, percebendo os efeitos positivos do processo administrativo, afirma que as agências têm incentivos para assegurar que suas decisões regulatórias sejam cuidadosamente consideradas, completamente arejadas e bem justificadas. Isso justificaria por que as agências geralmente têm adotado procedimentos administrativos até mesmo mais abertos e detalhados que o mínimo necessário exigido pelo APA.

Por fim, Croley defende que sua análise empírica afirma a conclusão geral de que o processo administrativo ajuda a promover uma regulação de interesse público. Segundo ele, “O processo administrativo constrange as agências que apresentam propostas regulatórias ruins, assim como empodera as agências que buscam fazer o que é benéfico para a coletividade”<sup>94</sup>.

Essas premissas da teoria processual administrativa da regulação serão utilizadas nos próximos capítulos deste trabalho como instrumentos para a análise do regime jurídico das aquisições governamentais ou, do ponto de vista econômico, do mercado de compras públicas.

---

<sup>93</sup> Nesse sentido: “Importa mais à democracia brasileira, em substituição a uma ojeriza antiquada e injustificada contra o poder regulamentar, que se dê maior transparência e se proporcione participação mais efetiva da população interessada nos processos decisórios do poder Executivo [...]. Ao tornar mais visíveis e inteligíveis os processos decisórios do Estado, ao revelar as nuances dos atritos e das composições entre Executivo e Legislativo em torno da abrangência das leis e dos regulamentos, abre-se caminho para uma repolitização da democracia brasileira. Torna-se possível que o cidadão deixe de ser apenas um espectador dos governantes ou um contestador pontual de políticas públicas, e ganhe os instrumentos que o permitam ser um também um ator político, capaz de colaborar positivamente com a proposição de políticas públicas” (TEIXEIRA, Victor Epitácio Cravo. **A trajetória do poder regulamentar no pensamento político francês e seus reflexos no Brasil: um olhar para além dos manuais jurídicos**. Dissertação de Mestrado em Direito. Brasília: Universidade de Brasília – UnB, 2012, pp. 143-144).

<sup>94</sup> CROLEY, Steven P. *Regulation and Public Interests: The Possibility of Good Regulatory Government*. Princeton: Princeton University Press, 2008. Tradução livre. Do original: “*The administrative process constrains agencies with poor regulatory proposals, as well as empowers agencies seeking to do what is socially beneficial*”.

### 1.7. A maldição do regime jurídico

O principal objetivo da regulação do mercado de compras públicas é produzir regras e decisões que estimulem a ampliação da competitividade nas licitações e a segurança jurídica dos contratos administrativos. Para isso, é importante que as regras sejam desenhadas de acordo com as especificidades de cada necessidade pública que se pretende satisfazer com a contratação.

Nessa seara, a atividade regulatória ganha ainda mais importância porque a Lei nº 8.666/1993, que dispõe sobre normas gerais de licitações e contratos administrativos, foi editada com uma espécie de pretensão uniformizante.

A construção de um regime jurídico único para as contratações públicas, envolvendo objetos dos mais diversos, não vem do acaso. Como indica Floriano de Azevedo Marques Neto, as regras da Lei nº 8.666/1993 foram inspiradas no contrato de empreitada para obras de engenharia. Por isso, diversas de suas normas não são compatíveis com outros objetos contratuais. Outras tantas, para que fossem minimamente ajustáveis a outros objetos, foram redigidas de modo extremamente genérico<sup>95</sup>.

A tentativa de atribuir tratamento jurídico uniforme a questões concretas tão distintas, que naturalmente surgem na realidade das contratações públicas, corresponde ao que Marques Neto chama de *maldição do regime jurídico*<sup>96</sup>.

De acordo com o autor, a doutrina, a legislação e a jurisprudência, de modo geral, incorporaram a premissa de que um regime jurídico único pode abranger todas as contratações, o que ignora as nuances e peculiaridades que distintos objetos contratuais podem possuir em contextos diversos. Esse fato conduz a diversos prejuízos, não apenas ao particular, mas à própria Administração Pública contratante:

Tal unicidade é a origem de várias mazelas. Impede a modulação de regime em virtude da finalidade da ação administrativa. Obsta a maior eficiência da máquina pública. Tende a tornar todas as relações de que participa o Estado relações de autoridade, marcadas pelo poder extroverso, em detrimento dos direitos dos administrados. Pois bem. Tal maldição recai também sobre os contratos administrativos. Embora

---

<sup>95</sup> Importante também mencionar a oportuna crítica de Adilson Abreu Dallari, formulada à época da elaboração da Lei nº 8.666/1993, quanto à pretensão uniformizadora de uma lei com abrangência nacional: "Embora superada a controvérsia, é preciso insistir neste ponto porque a competência, a liberdade, a autonomia das pessoas jurídicas de capacidade política são diferentes quando se trata de assuntos de natureza administrativa e de natureza financeira [...] Sendo a licitação matéria de direito administrativo, deve ser ela disciplinada pela legislação de cada pessoa jurídica de capacidade política, de acordo com suas peculiaridades" (DALLARI, Adilson Abreu. **Aspectos Jurídicos da Licitação**. 3ª ed., Saraiva: São Paulo, 1992, p. 11).

<sup>96</sup> MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Do contrato administrativo à administração contratual**. Revista do Advogado. AASP, Ano XXIX, nº 107, pp. 74-82, dez. 2009, p. 78.

possamos cogitar de uma enormidade de tipos distintos de contratos de que o poder público pode participar, nosso Direito Administrativo (aqui não só a doutrina, mas também a Lei) procura reduzir tudo a um único regime contratual. E, pior, inspirado num tipo de contrato: a empreitada para obras de engenharia, molde das disposições da Lei nº 8.666/1993. [...] Essa tendência, digamos, unicista e uniformizadora traz grandes malefícios ao tema dos contratos administrativos. Primeiro, porque faz perder a maior vantagem do instituto do contrato: dispor de normas específicas, vinculantes entre as partes numa dada relação específica. Normas estas, presume-se, melhor amoldadas para aquela situação concreta, adequadas à consecução de objetivos específicos. [...] Segundo, porque o regime jurídico único dos contratos administrativos jamais conseguirá abarcar todas as modalidades de ajustes obrigacionais que podem interessar à Administração<sup>97</sup>.

Por outro lado, para que possa ser capaz de disciplinar minimamente outros tipos de contratos, esse regime jurídico único acaba sendo permeado por regras excessivamente genéricas, que são inapropriadas para regular de forma eficiente e eficaz as relações entre a Administração e o particular<sup>98</sup>. Diante disso, Marques Neto defende a importância dos contratos atípicos, que já são uma realidade em países como Portugal e Espanha:

No Direito Comparado é comum termos leis de contratos administrativos prevendo uma gama bastante diversificada de contratos típicos e cometendo à Administração Pública uma margem de liberdade para adotar contratos atípicos conforme as necessidades contingentes e específicas, devidamente justificadas<sup>99</sup>.

Além da relevância de a Lei dispor sobre tipos contratuais específicos e autorizar a Administração a celebrar contratos atípicos, este trabalho defende que, mesmo no regime instituído pela Lei nº 8.666/1993, a Administração já dispõe de autonomia para melhor regulamentar suas contratações.

Ocorre que os entes públicos geralmente se abstêm de exercer seu poder regulatório quando elaboram os editais e minutas de contratos que disciplinam o modelo de seleção das propostas e as regras do futuro relacionamento entre a Administração e o particular. Isso produz contratações excessivamente baseadas apenas no texto genérico da Lei e, por conseguinte, permeadas por dúvidas, incertezas e insegurança jurídica.

Entende-se aqui que a competência regulatória dos entes públicos em matéria de licitações e contratos consiste em poder-dever atribuído diretamente pela Lei. O art. 55 da Lei nº 8.666/1993, por exemplo, indica as cláusulas essenciais a quaisquer contratos

<sup>97</sup> MARQUES NETO, 2009, p. 78-79.

<sup>98</sup> No mesmo sentido, Marcos Souto critica a generalidade de uma lei que se destina “tanto à compra de cliques quanto para construção de uma usina nuclear” (SOUTO, Marcos Juruena Villela. Licitações e controle de eficiência: repensando o princípio do procedimento formal à luz do “placar eletrônico”. In: ARAGÃO, Alexandre Santos; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo [coord.]. **Direito Administrativo e seus novos paradigmas**. 2ª ed. pp. 531-544. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 560).

<sup>99</sup> MARQUES NETO, 2009, p. 79.

administrativos, porém deixa aos entes públicos contratantes a incumbência de detalhar essas cláusulas de acordo com as características do objeto contratado.

Nesse passo, não se ignora o problema da *maldição* do regime jurídico único. Todavia, como bem aponta Marques Neto, mesmo que a legislação disciplinasse detalhadamente diversos tipos de contratos, sempre será necessário deixar aos entes públicos alguma margem de discricionariedade para regulamentar contratos atípicos ou para ajustar as regras legais à realidade específica do objeto licitado.

Diante desse cenário, de um regime jurídico pretensamente uniformizante e que não se revela eficaz para disciplinar a realidade, a questão da discricionariedade ganha especial importância no âmbito da atividade regulatória (normativa e decisória) indispensável ao bom desempenho das contratações públicas.

O problema, então, desloca-se para o desafio de assegurar o exercício da discricionariedade em consonância com os princípios legais e constitucionais que inspiram o mercado de compras governamentais. Trata-se, ao fim e ao cabo, da difícil tarefa de definir, em cada caso concreto, o conteúdo e o significado do conceito jurídico indeterminado de *interesse público*<sup>100</sup>.

### **1.8. Interesse público e poder discricionário**

Desde logo, uma ressalva é necessária. Este trabalho não cogita e não pretende o banimento da discricionariedade. Muito pelo contrário. Entende-se que algum nível de discricionariedade é essencial para uma regulação de interesse público no âmbito do mercado de contratações públicas.

A absoluta ausência de discricionariedade inviabilizaria a atividade contratual da Administração Pública, pois as normas gerais evidentemente não abarcam as diversas situações que os gestores públicos verificam cotidianamente.

O regime jurídico, então, deve atribuir aos gestores públicos espaços de discricionariedade para a compatibilização das licitações e dos contratos administrativos às

---

<sup>100</sup> “O conceito jurídico indeterminado, exatamente por ser vago e impreciso, pode ser preenchido por vários conteúdos diversos (p. ex., ‘injúria grave’, ‘falta grave’, ‘conduta desonrosa’, ‘segurança nacional’, ‘utilidade pública’, ‘perigo’, ‘noite’, ‘moralidade pública’, ‘interesse social’), em contraste com outros conceitos jurídicos definidos e exatos (p. ex., a velocidade de 80 km horários; o prazo de 24 horas)” (SILVA, Almiro do Couto e. Poder discricionário no direito administrativo brasileiro. **Revista de Direito Administrativo**. Ed. FGV, Rio de Janeiro, vol. 179, p. 51-67, jan./jun. 1990, p. 58).

peculiaridades que eventualmente possam surgir em cada caso concreto. Não há dúvidas a esse respeito.

A discricionariedade que este trabalho rejeita é aquela que decorre dos espaços criados pela abstenção do poder regulatório atribuído aos entes públicos no âmbito do mercado de contratações públicas. Tanto o poder regulatório geral, de caráter normativo, como aquele que deve ser exercido no curso dos procedimentos que antecedem a formação do contrato administrativo (*autovinculação*<sup>101</sup>).

Portanto, não se rejeita a discricionariedade baseada em normas jurídicas, mas a discricionariedade que decorre da inexistência de parâmetros normativos mínimos para a tomada de decisão<sup>102</sup>. Rejeita-se a discricionariedade que advém da ausência de regras procedimentais básicas, como a instituição de prazos, o que inviabiliza a própria aplicação da norma legal que impõe aos agentes públicos o dever de decidir fundamentadamente e em tempo razoável.

Daí porque a teoria processual administrativa da regulação aporta relevantes contribuições para este trabalho. Afinal, como se viu, os estudos de caso realizados por Croley revelaram que um processo administrativo racional, com regras claras e transparentes, pode propiciar o fortalecimento dos entes reguladores e reduzir a capacidade de pressão dos agentes que se valem das falhas regulatórias para extrair rendas extraordinárias em prejuízo da coletividade<sup>103</sup>.

Portanto, a teoria processual administrativa da regulação será útil para auxiliar na difícil tarefa de definir o significado do conceito de interesse público no âmbito da regulação do mercado de compras públicas. A ideia, nesse particular, não é substituir a decisão do administrador público nem negar a discricionariedade, mas permitir que a discricionariedade possa ser exercida de forma procedimentalizada, fundamentada, transparente e democrática<sup>104</sup>.

---

<sup>101</sup> A aplicação do conceito de *autovinculação* ao mercado de compras públicas será proposta no segundo capítulo.

<sup>102</sup> Hartmut Maurer caracteriza a não-utilização ou a subutilização da discricionariedade como um dos tipos de vícios que podem ser verificados relativamente ao exercício do poder discricionário (MAURER, Hartmut. **Elementos de Direito Administrativo Alemão**. Tradução de Luis Afonso Heck. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2001, p. 51).

<sup>103</sup> Carlos Ari Sundfeld acrescenta que “[...] a atividade decisória como um todo da Administração Pública é sujeita a condicionamentos jurídicos de tipo adjetivo, relativos ao modo como ela decide. Assim, as características dessa atividade administrativa seriam moldadas por direitos de natureza processual, individuais ou coletivos (como os direitos à ampla publicidade ou à informação pessoal prévia, à manifestação, à motivação da decisão, de impugnar ou recorrer *etc.*”) (SUNDFELD, Carlos Ari. As leis de processo administrativo e o desenvolvimento institucional. In: BICALHO, Alécia Paolucci Nogueira; DIAS, Maria Tereza Fonseca (coord.). **Contratações públicas**. pp. 51-71. Belo Horizonte: Fórum, 2013, pp. 65-66).

<sup>104</sup> Sobre a procedimentalização da atividade regulatória, confira-se: BLACK, Julia. *Proceduralizing Regulation: Part I*. **Oxford Journal of Legal Studies**, vol. 20, Issue 4, pp. 597-614, jan. 2000.

### 1.8.1. Abertura conceitual e construção concreta do interesse público

Para os fins deste trabalho, o interesse público não corresponde a um princípio dado aprioristicamente e que vincula a atividade administrativa de modo universal. Na linha do que propõe Gustavo Binimbojm, “não se nega, de forma alguma, o conceito de interesse público, mas tão-somente a existência de um princípio da supremacia do interesse público”<sup>105</sup>.

No que diz respeito à atuação do Poder Público no mercado de compras públicas, entende-se que o conceito jurídico indeterminado de *interesse público* é importante para o exercício do poder discricionário na medida em que o conteúdo e a abrangência desse conceito devem sempre resultar da ponderação concreta de todos os valores e interesses envolvidos:

[...] se o interesse público, por ser um conceito jurídico indeterminado, só é aferível após juízos de ponderação entre direitos individuais e metas ou interesses coletivos, feitos à luz de circunstâncias concretas, qual o sentido em falar-se num princípio jurídico que apenas afirme que, no final, ao cabo do processo ponderativo, se chegará a uma solução (isto é, ao interesse público concreto) que sempre prevalecerá? Em outras palavras, qualquer que seja o conteúdo desse ‘interesse público’ obtido em concreto, ele sempre prevalecerá. Ora, isso não é um princípio jurídico. Um princípio que se presta a afirmar que o que há de prevalecer sempre prevalecerá não é um princípio, mas uma tautologia. Daí propor-se que é o postulado da proporcionalidade, na verdade, que explica como se define o que é o interesse público, em cada caso. O problema teórico verdadeiro não é a prevalência, mas o conteúdo do que deve prevalecer<sup>106</sup>.

Desse modo, o desempenho da atividade regulatória de definir concretamente o significado do interesse público se submete a alguns parâmetros. De acordo com a natureza desses parâmetros, poderá haver maiores ou menores margens para exercício de poderes discricionários<sup>107</sup>.

### 1.8.2. A teoria dos graus de vinculação à juridicidade

Para o desempenho da atividade regulatória destinada a definir concretamente o conceito de interesse público, pode-se aplicar a teoria dos *graus de vinculação à juridicidade*

---

<sup>105</sup> BINENBOJM, Gustavo. **Uma Teoria do Direito Administrativo: Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Revonar, 2014, p. 325.

<sup>106</sup> Ibidem.

<sup>107</sup> “Esse poder de escolha que, dentro dos limites legalmente estabelecidos, tem o agente do Estado entre duas ou mais alternativas, na realização da ação estatal, é que se chama poder discricionário. Poder discricionário é poder, mas poder sob a lei e que só será válida e legitimamente exercido dentro da área cujas fronteiras a lei demarca. O poder ilimitado é arbítrio, noção que briga com a do Estado de Direito e com o princípio da legalidade que é dela decorrente. [...] O poder de escolha, característico do poder discricionário, relaciona-se com o “se” e com o “como” da ação administrativa ou com ambos. O Poder de eleição entre praticar ou deixar de praticar determinado ato (escolha quanto ao “se”) exprime a margem mínima de poder discricionário” (SILVA, 1990, p. 54-55).

ou dos graus de discricionariedade dos atos administrativos, desenvolvida por Gustavo Binenbojm.

O autor propõe a classificação dos atos administrativos em três categorias, de acordo com os parâmetros normativos (constitucionais, legais ou regulamentares) a que se vinculam:

- a) atos vinculados por regras, que exigem o mais alto grau de vinculação à juridicidade<sup>108</sup>;
- b) atos vinculados por conceitos jurídicos indeterminados, que “proporcionam um grau intermediário de vinculação à juridicidade”<sup>109</sup>; e
- c) atos vinculados diretamente por princípios, “impropriamente denominados de atos discricionários”<sup>110</sup>.

A classificação desenvolvida por Binenbojm é importante para a superação da perspectiva tradicional de separação entre atos administrativos vinculados e discricionários. Partindo da constatação de que mesmo os atos administrativos vinculados por regras podem, excepcionalmente, apresentar espaços de discricionariedade<sup>111</sup>, é possível concluir que a atividade administrativa não corresponde à mera aplicação mecânica de parâmetros normativos previamente fixados.

No mercado das compras públicas, a atividade administrativa regulatória abrange a prática de atos, normativos ou decisórios, das três categorias propostas por Binenbojm. Por sua natureza, que os tornam mais facilmente sindicáveis pelo Poder Judiciário, os atos vinculados por regras, em tese, não envolvem maiores dificuldades. A tomada de decisões desse tipo, em princípio, não exige grandes esforços procedimentais.

Por outro lado, os atos vinculados por conceitos jurídicos indeterminados e por princípios, por sua fluidez, exigem que a atividade administrativa seja exercida com base em parâmetros como os propostos pela teoria processual administrativa da regulação. Trata-se de atividade que exige esforço hermenêutico baseado em parâmetros mais ou menos rígidos, mas

---

<sup>108</sup> “[...] verificando a correspondência entre as representações conceituais que faz da descrição normativa e dos fatos, deverá o administrador adotar a conduta prescrita” (BINENBOJM, 2014, p. 243).

<sup>109</sup> “Em virtude de sua estrutura peculiar, eles exigem valorações ou avaliações técnicas dos administradores como condição para sua concretização” (Ibidem, p. 244-245).

<sup>110</sup> “Aqui, à míngua de regras ou conceitos indeterminados a preordenar a atuação administrativa, recairá sobre o administrador a tarefa de escolher, dentre as opções jurídica e materialmente disponíveis, aquela que melhor concretiza os fins colimados pela norma de competência. A vinculação direta a princípios proporciona o mais baixo grau de vinculação administrativa à juridicidade” (Ibidem, p. 246-247).

<sup>111</sup> Binenbojm salienta que, em determinadas circunstâncias excepcionais, pode ser necessário afastar o comando expresso da regra para verificar se houve ou não violação à finalidade subjacente a ela (Ibidem, p. 244).

que, na maior parte das vezes, demandará o preenchimento do significado concreto de princípios ou conceitos jurídicos indeterminados<sup>112</sup>.

### 1.8.3. O interesse público no mercado de compras públicas

A análise da regulação estatal sobre o mercado de compras públicas abrange dois momentos distintos: a etapa pré-contratual ou licitatória, que corresponde aos procedimentos administrativos destinados a selecionar no mercado a proposta mais vantajosa; e a etapa contratual, em que cabe à Administração gerenciar e fiscalizar a execução do contrato administrativo.

Do ponto de vista do interesse público, a licitação tem, como principal objetivo, a realização de certame competitivo e isonômico que permita a seleção da proposta mais vantajosa para a Administração. Esse objetivo corresponde precisamente à contratação de bens e serviços em condições de preço e qualidade semelhantes às praticadas pelos agentes econômicos no mercado privado.

A finalidade do contrato administrativo, por sua vez, é assegurar um relacionamento profícuo e harmônico entre as duas partes, de modo a viabilizar o cumprimento das obrigações mutuamente pactuadas.

Nas duas etapas da contratação pública, compete aos agentes públicos a adoção de uma série de atos administrativos para a consecução dessas finalidades de interesse público. Para o desempenho desse encargo, o principal desafio dos agentes públicos é compatibilizar a decisão que necessita ser adotada com o interesse público. O desafio é complexo porque, para isso, cabe a esses prepostos do Estado, em cada caso concreto, preencher de conteúdo e sentido o conceito de *interesse público*.

Comparando a definição do *interesse público* à alegoria do *Santo Graal*, Mike Feintuck aponta para a necessidade de se deixar de lado os generalismos e de se expor, em cada caso concreto, os objetivos substantivos de interesse público que justificam a regulação, sob pena de não haver parâmetros para se verificar em que consistiria uma intervenção estatal bem-sucedida. De acordo com o autor, “[...] a identificação de objetivos significativos e legítimos

---

<sup>112</sup> “Na zona cinza, que é o limite entre o ‘conceito’ e o ‘não-conceito’, isto é, entre o campo coberto pela norma jurídica e a área que por ela não é atingida, é que surgem todas as dificuldades” (SILVA, 1990, pp. 58).

será impossível na ausência de justificativas claramente expressas para a intervenção. Nunca é suficiente simplesmente afirmar o interesse público”<sup>113</sup>.

Ainda conforme Feintuck, “o estabelecimento de uma estrutura coerente de valores e princípios substantivos específicos para cada contexto é uma tarefa prévia necessária para uma regulação efetiva em busca de objetivos de interesse público”<sup>114</sup>.

Aplicando-se esse raciocínio à regulação do mercado de compras públicas, é possível afirmar que a busca do *Santo Graal* ou do *interesse público* exige a definição dos objetivos pretendidos com a atividade governamental de aquisição de bens e serviços.

Em seguida, com base em balizas determinadas por esses objetivos, cabe ao Poder Público regular o mercado. Inevitável, portanto, o exercício de certa discricionariedade, que aqui corresponde à atividade hermenêutica de definir concretamente o significado do *interesse público* com base em determinados parâmetros estabelecidos pelo ordenamento jurídico.

Na etapa licitatória, esses parâmetros correspondem aos princípios da competitividade e da isonomia. Na fase contratual, o principal parâmetro é o princípio da segurança jurídica, que corresponde ao cumprimento fiel e tempestivo das obrigações pactuadas no contrato administrativo ou à possibilidade de dispor de instrumentos que, diante de situações não previstas pelo contrato, permitam a manutenção de um equilíbrio dinâmico das relações estabelecidas entre as partes contratantes<sup>115</sup>.

Por fim, é importante referir que a regulação do mercado de compras públicas envolve competências normativas e decisórias. Em ambas, naturalmente existem margens de discricionariedade para a atividade administrativa.

Em relação à função normativa, além do dever de produzir normas gerais para regulamentar a legislação sobre compras governamentais, os entes públicos exercem tal competência quando elaboram os documentos referentes a cada processo licitatório, o que inclui

---

<sup>113</sup> Tradução livre. Do original: “[...] *the identification of meaningful and legitimate objectives will be impossible in the absence of clearly expressed rationales for intervention. It is never enough to simply assert public interest*”. (FEINTUCK, Mike. Regulatory rationales beyond the economic: in search of the public interest. In: BALDWIN, Robert; CAVE, Martin; LODGE, Martin. **The Oxford Handbook of Regulation**. Oxford: Oxford University Press, 2010, p. 43).

<sup>114</sup> Tradução livre. Do original: “[...] *Thus, the establishment of a coherent structure of context-specific substantive value and principle is a necessary prior task to effective regulation in pursuit of public interest objectives*”. (Ibidem).

<sup>115</sup> Curtis J. Milhaupt e Katharina Pistor apontam para a importância de o direito, além de propiciar previsibilidade às relações jurídicas, possuir mecanismos adaptativos diante das alterações fáticas que a realidade socioeconômica impõe. (MILHAUPT, Curtis J; PISTOR, Katharina. **Law and Capitalism: What Corporate Crises Reveal about Legal Systems and Economic Development around the World**. Chicago and London: The University of Chicago Press, 2008).

a produção da minuta do futuro contrato. Essa última é denominada por este trabalho como função regulatória normativa de efeitos concretos. A função decisória, por sua vez, está presente tanto na etapa licitatória quanto durante a execução do contrato.

O que este trabalho se propõe a fazer é verificar como a teoria processual administrativa pode contribuir para que a regulação do mercado de contratações públicas, que compreende processos normativos e decisórios, seja desempenhada com base nos referidos parâmetros legais e constitucionais que conformam o interesse público.

#### 1.8.4. A importância do controle da discricionariedade

O maior desafio da regulação do mercado de compras governamentais é propiciar instrumentos para a orientação da discricionariedade com vistas à consecução dos objetivos constitucionais da atividade contratual do Estado<sup>116</sup>.

Parte-se da premissa de que, no exercício da regulação, a discricionariedade exercida sem parâmetros claros e sem procedimentos objetivos e transparentes abre flancos para a captura dos reguladores por interesses incompatíveis com o interesse público e estimula a prática de atos de corrupção<sup>117</sup>.

Para David Kennedy, “às vezes a ‘corrupção’ é simplesmente um código para a discricionariedade pública – o Estado atua corrompidamente quando age discricionariamente, e não mecanicamente, por meio de regras”<sup>118</sup>. Nessa linha, Ana Frazão salienta que “se a

---

<sup>116</sup> Sob a perspectiva principiológica, também relevante para a delimitação da discricionariedade, confira-se a posição de Tarcisio Vieira de Carvalho Neto: “Ganha, pois, relevo a aplicação do princípio da razoabilidade, como um dos principais limites à discricionariedade administrativa. Reconhece-se que uma providência administrativa desarrazoada – em que se configure a falta de proporcionalidade entre os meios e os fins, diante dos fatos (motivos) ensejadores da decisão administrativa – estará desconforme com a finalidade da lei e, assim, violará o princípio da legalidade, do qual a finalidade não é mais do que uma inerência” (CARVALHO NETO, Tarcisio Vieira. Controle jurisdicional da administração pública. Algumas ideias. *Revista de Informação Legislativa*, v. 199, pp. 121-141, 2013, p. 136). Sobre o controle dos atos discricionários da Administração por intermédio dos princípios, confira-se também importante obra de Juarez Freitas: **O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2013.

<sup>117</sup> Sobre a prática de atos de corrupção relacionados ao exercício da discricionariedade, inclusive no âmbito de licitações e contratos, confira-se: KLITGAARD, Robert. *Controlling Corruption*. Berkeley: University of California Press, 1988, p. 141.

<sup>118</sup> Tradução livre. Do original: “Indeed, sometimes ‘corruption’ is simply a code word for public discretion – the state acts corruptly when it acts by discretion rather than mechanically, by rule” (KENNEDY, David. *The “rule of law”, political choices, and development common sense*. In: TRUBEK, David M.; SANTOS, Alvaro. *The New Law and Economic Development: a critical appraisal*. New York: Cambridge University Press, 2006, pp. 144-145).

corrupção é um *code word* para a discricionariedade pública, eliminá-la requer um reforço do formalismo, reduzindo a discricionariedade administrativa e judicial”<sup>119</sup>.

O mercado de compras governamentais naturalmente apresenta oportunidades para a prática de desvios. Mesmo nos países em que o poder público possui estrutura enxuta, são relevantes os recursos públicos que os entes estatais investem para a consecução de seus objetivos institucionais.

Susan Rose-Ackerman aponta que, em diversas partes do mundo, “Escândalos de corrupção frequentemente envolvem aquisições governamentais de bens e serviços. Propinas podem não apenas determinar quem obtém um contrato, mas também o tamanho e as especificações das compras públicas”<sup>120</sup>.

Nesse sentido, Rose-Ackerman aponta para o desafio de se encontrar o ponto de equilíbrio entre regulação e discricionariedade:

Reformas anticorrupção deveriam focar não apenas em reduzir condutas ilegais, mas também em melhorar a eficiência das decisões relacionadas às aquisições públicas. A reforma das contratações públicas realça os dilemas entre evitar a corrupção e dar aos funcionários públicos a flexibilidade de tomar decisões baseadas nos seus próprios conhecimentos. A discricionariedade aumenta os incentivos à corrupção, mas críticos a códigos de licitações e contratos complexos enfatizam sua excessiva rigidez. Ainda assim, mesmo os céticos não defendem o seu completo abandono. Muitos escândalos envolvem situações em que não há nenhum código ou em que comissões de licitação são simplesmente anuladas por líderes corruptos ou egocêntricos. Especialmente se tribunais imparciais aplicam as regras, os códigos protegem o processo contra influências impróprias oriundas de autoridades de alto escalão<sup>121</sup>.

O mercado de compras públicas é alvo de numerosos casos de corrupção porque oferece amplo espectro para a atuação de agentes privados que pretendem obter rendas extraordinárias (*rent-seeking*) em comparação com o retorno financeiro que uma atividade semelhante lhe apresentaria no mercado privado.

Não se ignora a existência de corrupção no mercado estritamente privado. Também não se apresenta aqui a ideia de que seria possível eliminar a corrupção no setor

---

<sup>119</sup> FRAZÃO, 2017, p. 66.

<sup>120</sup> Tradução livre. Do original: “*Corruption scandals frequently involve government procurement of goods and services. Bribes can not only determine who obtains a contract, but also the size and specifications of government purchases*” (ROSE-ACKERMAN, Susan. *Corruption and Government: Causes, Consequences and Reform*. New York: Cambridge University Press, 1999, p. 59).

<sup>121</sup> Ibidem, p. 59. Tradução livre. Do original: “*Anti-corruption reforms should focus not just on reducing malfeasance but also on improving the efficiency of government purchasing decisions. Procurement reform highlights the tradeoffs between avoiding corruption and giving official the flexibility to make decisions in the light of their own knowledge. Discretion increases corrupt incentives, but critics of elaborate procurement codes point to their excessive rigidity. Nevertheless, even skeptics do not call for their complete abandonment. Many scandals involve situations where no codes exist or where tender boards are simply overruled by corrupt or self-seeking political leaders. Especially if impartial courts enforce the rules, codes protect the process against improper high-level influence*”.

público. Entretanto, no Brasil, recentes pesquisas de opinião indicam que, pela primeira vez a população passou a considerar que a corrupção é o mais grave problema do país<sup>122</sup>.

Essa informação pode decorrer de diversos fatores. Não necessariamente houve um aumento dos níveis de corrupção. Diante das revelações dos últimos anos no âmbito de sucessivas operações policiais e iniciativas na área criminal, é possível que tenha apenas aumentado a sensação geral de que a corrupção representa um grave problema a ser enfrentado.

Em qualquer caso, o problema é inequivocamente grave porque a regulação das contratações públicas parece estar incorrendo exatamente nos mesmos vícios que a Constituição pretendeu evitar quando instituiu esse mercado regulado.

Indo além, os adeptos da teoria da *public choice* poderiam afirmar que, diante do cenário atual, seria mais vantajoso desregular o mercado. Afinal, além de envolver relevantes custos com a estruturação de todo um aparato estatal, a regulação das contratações públicas também representa oportunidades para grupos de interesse que pretendem a maximização de seus lucros.

Diante de tantos desafios, as palavras de Stiglitz dão certo alento:

Nós dispomos de muitas informações sobre como processos regulatórios funcionaram em contextos particulares. Nós temos algumas teorias gerais de estruturas de incentivos ideais e desenho institucional para fazer face à falibilidade humana. O desafio da pesquisa daqui para frente é combinar esses corpos de conhecimento para proporcionar diretrizes para a construção de regimes jurídicos robustos<sup>123</sup>.

No mesmo sentido, em obra essencial sobre o tema, Susan Rose-Ackerman aponta a necessidade de as reformas de combate à corrupção também abrangerem mudanças no desenho regulatório das compras públicas, de modo a se reduzir os incentivos à corrupção:

Há, entretanto, uma lição fundamental. Reformas não devem ser limitadas à criação de “sistemas de integridade”. Pelo contrário, mudanças fundamentais no modo como o governo faz negócios devem estar no centro da agenda de reformas. O objetivo primordial deve ser reduzir os incentivos implícitos para pagar ou receber propinas, não endurecer os sistemas de controle *ex post*. A aplicação da Lei e o seu monitoramento são necessários, mas terão pequeno impacto de longo prazo se as condições básicas que estimulam subornos não são reduzidas. Se esses incentivos permanecem, a eliminação de um conjunto de maçãs podres logo conduzirá à criação de um novo grupo de oficiais corruptos e pagadores de propinas<sup>124</sup>.

---

<sup>122</sup> **Pela 1ª vez, corrupção é vista como maior problema do país, diz Datafolha.** Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/poder/2015/11/1712475-pela-1-vez-corrupcao-e-vista-como-maior-problema-do-pais.shtml>>. Acesso em: 6 jul. 2017.

<sup>123</sup> STIGLITZ, Joseph E., 2009, p. 50. Tradução livre. Do original: “*We have a wealth of information about how regulatory processes have worked in particular contexts. We have some general theories of optimal incentive structures and institutional design in the presence of human fallibility. The research challenge going forward is to combine these bodies of knowledge to provide guidelines for the construction of robust regulatory frameworks*”.

<sup>124</sup> ROSE-ACKERMAN, 1999, p. 5-6. Tradução livre. Vide texto original: “*There is one fundamental lesson, however. Reform should not be limited to the creation of ‘integrity systems’. Instead, fundamental changes in the*

Também nessa linha, Ana Frazão salienta que “Com regras mais claras, transparentes e seguras, o mercado funciona melhor, a difusão da informação é mais eficiente e os espaços para a corrupção diminuem”<sup>125</sup>.

Portanto, com o objetivo de enfrentar os estímulos existentes à prática de desvios, este trabalho pretende apresentar diretrizes para o exercício da discricionariedade administrativa e, portanto, para a definição do conceito de interesse público no bojo do mercado de compras governamentais.

---

*way government does business ought to be at the heart of the reform agenda. The primary goal should be to reduce the underlying incentives to pay and receive bribes, not to tighten systems of ex post control. Enforcement and monitoring are needed, but they will have little long-term impact if the basic conditions that encourage payoffs are not reduced. If these incentives remain, the elimination of one set of ‘bad apples’ will soon lead to the creation of a new group of corrupt officials and private bribe payers”.*

<sup>125</sup> FRAZÃO, 2017, p. 66.

## CAPÍTULO 2. A regulação na fase pré-contratual

O objetivo deste capítulo é examinar a etapa pré-contratual (ou licitatória) da regulação do mercado de compras governamentais de bens e serviços.

Como se viu, o mercado de compras públicas e o seu próprio regime jurídico são instituídos pela Constituição Federal e regulamentados por diversas leis, sendo a principal delas a Lei nº 8.666/1993. Dessa legislação, entretanto, remanesce um vasto campo sujeito à edição de regulamentos. Portanto, uma das marcas do regime jurídico de compras públicas é a multiplicidade de fontes normativas.

Além da Constituição e das Leis, há Decretos, Portarias, Instruções Normativas, Instruções de Serviço *etc.* Em alguns casos, o ente público possui o seu próprio regulamento<sup>126</sup>. Em outros, determinado ente público possui competência para produzir regulamentos que vinculam terceiros<sup>127</sup>. Por fim, diversas normas são produzidas pelos órgãos de controle interno e externo<sup>128</sup>.

Ao lado de todo esse acervo normativo, também é possível afirmar que todo e qualquer ente público que promove licitações e celebra contratos possui e pode vir a exercer competência regulatória. Como as normas gerais quase sempre são insuficientes para disciplinar a diversidade de possíveis contratações, nas lacunas deixadas pela legislação, cada edital de licitação e cada contrato administrativo, ao menos em tese, podem ser instrumentos de exercício do poder regulatório<sup>129</sup>.

Portanto, a elaboração dos documentos da licitação (editais de licitação, projetos básicos, termos de referência *etc.*) consiste na produção de atos normativos de efeitos concretos,

---

<sup>126</sup> É o caso, por exemplo, da estatal Petróleo Brasileiro S.A. – PETROBRÁS, cujas licitações são regidas por regulamento simplificado, editado exclusivamente para a sociedade de economia mista (Decreto nº 2.745/1998); e da Empresa Brasil de Comunicação, cujas contratações são disciplinadas pelo Decreto nº 6.505/2008.

<sup>127</sup> Nesse sentido, por exemplo, a competência regulamentar atribuída pela Medida Provisória nº 782/2017 ao Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão, que é exercida por meio de diversos órgãos que integram a referida Pasta.

<sup>128</sup> No âmbito da União, por exemplo, a atuação da Controladoria-Geral da União, responsável pelo controle interno, e do Tribunal de Contas da União, a quem cabe auxiliar o Poder Legislativo no controle externo, não se limita à análise da regularidade das contas e dos atos dos gestores públicos. Esses entes cada vez mais produzem regras vinculantes e com efeitos gerais.

<sup>129</sup> Pode-se referir aqui ao que Márcio Iorio denomina *função normativa conjuntural* do Poder Executivo, “destinada a acompanhar o setor [regulado] no seu dinamismo, mas dentro da legalidade” (ARANHA, 2015, p. 81).

que aqui se denomina atividade de *autovinculação*<sup>130</sup>. O ente público licitante, por meio desses instrumentos, normatiza a condução da licitação e apresenta a estrutura e o conteúdo do futuro contrato.

Por esse intermédio, o Estado-consumidor estabelece as características da contratação, os requisitos mínimos exigidos dos eventuais interessados e as condições da futura contratação. Em outras palavras, por meio da *autovinculação* o Estado cria, no âmbito do mercado de compras públicas, diversos submercados, cada qual correspondente a uma licitação específica.

A licitação, portanto, se destina a simular um ambiente de concorrência o mais próximo possível da dinâmica do mercado privado, que permita à Administração obter condições contratuais semelhantes às praticadas nas transações entre os agentes econômicos que não integram o Poder Público<sup>131</sup>. Pedro Gonçalves Costa chama atenção para esse fenômeno:

Se bem virmos, este fenômeno de “fabricação” da concorrência ou, em versão próxima, de “*mise en concurrence*” verifica-se sempre que uma entidade do setor público se dirige ao mercado e convida os agentes econômicos à apresentação de propostas para a celebração de um contrato. [...] Na verdade, o dever de licitar de forma pública e aberta corresponde ao dever de criar um mercado em que os players com direito de acesso (market access) vão concorrer – *id est*, entrar em competição ou disputa – por alcançar uma determinada vantagem econômica (inerente à celebração do contrato)<sup>132</sup>.

Essa função regulatória se diferencia da função regulamentadora, que abrange a elaboração pelos entes públicos de normas e diretrizes internas com vistas à regulamentação da Lei e à regulação das licitações e contratos com efeitos gerais<sup>133</sup>.

---

<sup>130</sup> A expressão, em sua concepção original, é utilizada por Canotilho para se referir à autovinculação administrativa em decorrência do dever de atuar em conformidade com o princípio da igualdade (CANOTILHO, J. J. Gomes. **Estado de Direito**. Editora Gradiva: Lisboa, 1999).

<sup>131</sup> “A licitação atua como um mecanismo regulador *a priori*, criando uma concorrência institucional, por assim dizer, destinada a simular uma situação de competitividade de mercado [...]”. (AGUILLAR, Fernando Herren. **Controle social de serviços públicos**. São Paulo: Max Limonad, 1999, p. 266).

<sup>132</sup> GONÇALVES, Pedro Costa. **Integração de preocupações concorrenciais nas regras da contratação pública**. Revista de Contratos Públicos – RCP. Ano 1, nº 1, p. 251-284, 2012, p. 253).

<sup>133</sup> Um exemplo concreto e positivo do exercício do poder regulamentar consiste na Instrução Normativa STJ/GDG nº 1, de 20 de fevereiro de 2017, editada pelo Superior Tribunal de Justiça. A norma regula os procedimentos internos do STJ para a apreciação e decisão de pleitos de reajustamento de preços e de repactuação e revisão contratual. O normativo institui um roteiro interno para a tramitação dos processos e estipula prazos para cada uma das etapas de análise e de decisão. Trata-se de norma que reduz a insegurança jurídica do particular e viabiliza o efetivo controle judicial da omissão administrativa. Por outro lado, o cumprimento das normas internas fortalece juridicamente a decisão final adotada pela Administração.

As duas funções são imprescindíveis ao bom desempenho do mercado de compras públicas. Afinal, tanto é necessário preencher determinadas lacunas deixadas pelos textos legais, como é essencial adaptar o regime jurídico de contratações públicas às realidades de cada processo licitatório e de cada contrato específico.

Nota-se que, apesar de diversas dificuldades verificadas no mercado de compras públicas serem perfeitamente solúveis no nível regulatório do ente público que licita e que contrata, por meio de regulação customizada às necessidades de cada distinta demanda por bens e serviços, a experiência prática revela que os editais de licitação e os contratos administrativos praticamente reproduzem a legislação, inclusive as normas genéricas que mereceriam detalhamento conforme as peculiaridades do objeto licitado e contratado<sup>134</sup>.

Um exemplo concreto permite verificar claramente esse fato. Entre as sanções do art. 87 da Lei nº 8.666/1993, há a penalidade de advertência e a penalidade de suspensão temporária do direito de licitar e contratar. De acordo com a Lei, a hipótese fática de aplicação de uma ou de outra sanção é a mesma: “inexecução total ou parcial do contrato”. Sob quais parâmetros, então, decidirá o administrador?

Para responder a essa pergunta, argumentos de razoabilidade e de proporcionalidade não são suficientes para dar ao contratado o mínimo de segurança jurídica. Por outro lado, seria impossível exigir que a Lei detalhasse minuciosamente as hipóteses concretas de aplicação de cada tipo de penalidade. A conclusão, portanto, é que caberia aos administradores públicos, no exercício de sua competência regulatória, especificar, em cada licitação e em cada contrato, os tipos de conduta reprováveis e as respectivas sanções legais.

Por exemplo, o atraso imputável ao contratado pode ter efeitos completamente diferentes a depender do objeto da contratação. O atraso relativo ao fornecimento de *cafezinho* para a repartição não causa maiores danos. Já o atraso da conclusão das obras de uma linha de transmissão pode deixar uma região sem energia elétrica. Em ambos os casos, há descumprimento parcial do contrato, porém as consequências jurídicas evidentemente não podem ser as mesmas.

---

<sup>134</sup> Nesse sentido, interessante a análise de Eduardo Fiuza, ex-economista-chefe da antiga Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça, estrutura hoje absorvida CADE: “No caso brasileiro, em particular, em contraste com outros países, optou-se por prever em leis e decretos quase tudo que rege o processo licitatório e os contratos públicos. Por outro lado, onde a legislação é omissa, os órgãos têm grande poder discricionário. No meio do caminho, há pouca normatização infralegal – como *guidelines* para formulação de editais, contratos ou padronização de produtos. O resultado é que os gestores de compras torcem para que algum deles faça um bom trabalho e todos possam sair copiando-o, ou aderindo à sua ata de registro de preços, num típico e ineficiente comportamento caronista (ineficiente porque gera níveis subótimos de esforço de aprimoramento das práticas de compras e de contratos”. (FIUZA, Eduardo. **Licitações e Governança de Contratos: a Visão dos Economistas**. Rio de Janeiro: Ipea, 2008, p. 240).

Apesar disso, em geral, os editais de licitação e os contratos, da compra de *cafezinho* à construção de uma linha de transmissão, possuem diversas cláusulas idênticas, ali incluídas por mera transcrição do teor genérico da Lei.

Diante dessas observações, como oportunamente alerta Carlos Ari Sunfeld a propósito da atividade regulatória de modo geral, o desafio que se coloca é regular o mercado de compras públicas “sem desnaturar os negócios, sem comprometer sua lógica econômica”, pois, “se esse comprometimento ocorrer, o sistema não fará sentido”<sup>135</sup>.

Segundo esse raciocínio, a própria omissão do exercício da atividade regulatória de forma precisa e detalhada configura para os particulares que contratam com a Administração riscos inexistentes no mercado estritamente privado. Daí a importância da regulação para o atingimento da finalidade de assegurar ao Poder Público a obtenção de condições contratuais semelhantes às praticadas na esfera privada.

## 2.1. O poder normativo regulamentar

A produção de regulamentos com efeitos gerais e abstratos é também essencial para o bom funcionamento do mercado de compras públicas. Trata-se de constatação que decorre da inviabilidade de o legislador regulamentar em detalhes a enorme variedade de negócios jurídicos que a Administração necessita celebrar para executar suas finalidades essenciais.

Esses regulamentos, que podem veicular regras substantivas ou procedimentais, devem considerar a realidade de cada ente público que licita e contrata, numa perspectiva *policêntrica* da Administração Pública<sup>136</sup>.

Retomando as premissas da teoria processual administrativa da regulação, pode-se afirmar, também aqui, a importância de tais regulamentos serem produzidos com ampla participação da sociedade e dos agentes de mercado.

Cabe à Administração Pública, antes mesmo da elaboração da minuta preliminar do regulamento, tornar pública sua intenção de elaborar normas com efeitos gerais para disciplinar suas contratações ou para disciplinar os processos administrativos licitatórios ou de acompanhamento dos contratos administrativos.

---

<sup>135</sup> SUNDFELD, Carlos Ari. Direito público e regulação no Brasil. In: GUERRA, Sérgio (org.). **Regulação no Brasil: Uma visão multidisciplinar**. pp. 111-142. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2014, p. 116.

<sup>136</sup> BINENBOJM, 2014, p. 257.

De acordo com Carlos Ari Sundfeld, “para que o direito administrativo dos negócios atinja seus fins, certas virtudes gerais precisam estar presentes em suas normas: racionalidade, simplicidade, previsibilidade, estabilidade e adaptabilidade”. Além disso, o autor destaca a necessidade de se evitar *falhas regulatórias nocivas aos negócios*<sup>137</sup>.

Considerando as inúmeras assimetrias de informação existentes entre o Estado-consumidor e seus fornecedores, a abertura procedimental do processo de elaboração de regulamentos é essencial para que a Administração possa apreender as características e a lógica econômica que conformam os mercados com os quais tem de lidar.

## 2.2. O poder normativo de efeitos concretos

Como a lei se limita a dispor sobre normas gerais, a definição das regras específicas do edital e das cláusulas do futuro contrato exige intensa atividade regulatória. Trata-se de atividade administrativa por meio da qual a Administração elabora as regras que a submeterão diretamente durante o processo licitatório e ao longo de toda a execução contratual.

Essa *autovinculação* administrativa, como mecanismo de limitação do poder discricionário, demanda intenso exercício de poder normativo de efeitos concretos<sup>138</sup>.

A definição e a especificação do objeto licitado, a estipulação das condições de participação e a elaboração da minuta do futuro contrato são exemplos da *autovinculação* administrativa no âmbito das contratações públicas. Desse modo, como diz Pedro Gonçalves, idealmente “[...] a discricionariedade exerce-se no momento da celebração do contrato, e fica como que congelada”<sup>139</sup>.

Se a Administração tiver o cuidado de elaborar o edital e a minuta do contrato de forma minuciosa e detalhada, sem se limitar a apenas transcrever disposições de documentos

---

<sup>137</sup> SUNDFELD, 2014, p. 17.

<sup>138</sup> “Sabendo-se que a predeterminação do poder discricionário ou a autolimitação administrativa ainda consubstancia uma forma de exercício da discricionariedade, registra-se que, se a obrigatoriedade de ponderação casuística da discricionariedade pelos órgãos administrativos resulta da lei, a verdade é que também decorre da lei a competência regulamentar que tais órgãos gozam para, dentro da margem de liberdade formadora resultante das fontes supra-ordenadas, fixarem normativamente as condições, os pressupostos ou os requisitos de exercício em concreto do poder discricionário. Tudo se resume, deste modo, a uma ponderação de equilíbrio entre dois poderes conferidos por lei aos órgãos administrativos (o poder regulamentar e o poder discricionário), sabendo-se que ambos se encontram alicerçados em princípios constitucionais” (OTERO, Paulo. **Legalidade e Administração Pública: O sentido da vinculação administrativa à juridicidade**. Coimbra: Livraria Almedina, 2003, pp. 852-853).

<sup>139</sup> GONÇALVES, Pedro Costa. Regulação Administrativa e Contrato. In: MIRANDA, Jorge (coord.). **Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia**. vol. II. pp. 987-1023. Coimbra: Coimbra Editora, 2010. p. 1018.

anteriores, a regulação normativa de efeitos concretos pode trazer para a contratação resultados positivos em termos econômicos e concorrenciais<sup>140</sup>. Com regras claras, há a tendência de mais *players* de mercado se interessarem pelo certame.

Portanto, relativamente às compras públicas, a função regulatória normativa de efeitos concretos (ou *autovinculação*) corresponde à produção de regras próprias, decorrentes da lei, porém não limitadas à reprodução automática das regras genéricas ali contidas.

Também é importante que o ente público licitante desenhe as regras do edital de acordo com as características do objeto do certame, evitando a repetição mecânica de dispositivos de licitações anteriores realizadas por si próprio ou por outros entes da Administração, que não necessariamente são compatíveis com as peculiaridades de outras contratações.

### 2.3. A regulação como mecanismo de orientação da discricionariedade

Além de serem relevantes do ponto de vista substantivo, as funções normativas abstrata e concreta também se relacionam com a necessidade de a Administração Pública estabelecer mecanismos de autolimitação ou autocontenção de seu poder discricionário. Nesse particular, destaca-se a criação de regras procedimentais que orientam o processo de tomada de decisão dos entes públicos<sup>141</sup>.

Por meio da análise da conduta de diversas agências norte-americanas – incluindo agências independentes e agências executivas, que no Brasil corresponderiam aos órgãos públicos e autarquias – Elizabeth Magill constata que os entes públicos rotineiramente editam normas, adotam diretrizes ou definem interpretações que regulamentam sua própria atuação, mesmo quando não há nenhum estatuto legal que determine essa autocontenção estatal<sup>142</sup>.

---

<sup>140</sup> “Mesmo os termos e condições de uma licitação são uniformizantes, frequentemente resultado de modificações pontuais de textos anteriores e sem inovações reflexivas, pelos quais cada contrato da Administração tem seu regulamento próprio, único, exclusivo e ruim”. Tradução livre. Do original: “*Hasta los pliegos de bases y condiciones de una licitación son reglamentarios, frecuentemente modificatorios en minucias de textos anteriores y sin innovaciones reflexivas, con lo cual cada contrato de la administración tiene su reglamento propio, único, exclusivo y malo*” (GORDILLO, Agustín. *Tratado de Derecho Administrativo*. Tomo 1. 1ª ed. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 2017, p.VII-21).

<sup>141</sup> Christopher DeMuth aponta que os entes públicos costumam produzir diversas regras para disciplinar sua própria operação, inclusive no que se refere à aquisição de bens e serviços (DEMUTH, Christopher. *Can the Administrative State Be Tamed?* *Journal of Legal Analysis*, vol. 8, pp. 121-190, 2016, p. 122).

<sup>142</sup> MAGILL, Elizabeth Mary. *Agency Self-Regulation*. *George Washington Law Review*, vol. 77, pp. 859-903, jun. 2009.

A autoconexão, vista como espécie do gênero *autovinculação*, revela o reconhecimento da importância da procedimentalização para o controle da discricionariedade inerente à atividade regulatória.

Magill indica que essa atuação, por vezes, ocorre no contexto de lacunas legislativas. Diante do silêncio da Lei de processo administrativo norte-americana (APA), por exemplo, sobre o processo que as agências devem seguir antes do anúncio público da proposta de edição de normas regulatórias, a autoconexão pode estabelecer regras para dar transparência também à etapa interna dos trabalhos das agências.

Em outras circunstâncias, a autoconexão funciona até mesmo quando há regras legais a respeito. Nesses casos, os entes públicos editam regras próprias para assegurar ainda mais participação e procedimentalização que o mínimo exigido pela lei.

A autoconexão, conforme constatou Magill, abrange a limitação da discricionariedade nas esferas procedimental e substantiva:

Isto é, elas limitam suas opções quando nenhuma fonte de autoridade as determina a fazê-lo. Elas voluntariamente restringem sua discricionariedade. Elas adotam regras, orientações e interpretações que limitam substantivamente suas opções, limitando a gama de resultados que podem ser alcançados ou as razões que podem ser usadas para defender suas escolhas. Elas também limitam sua liberdade procedimental, comprometendo-se a oferecer procedimentos adicionais, como audiências, avisos e recursos, que não são exigidos por nenhuma fonte de autoridade<sup>143</sup>.

Essa atuação espontânea, no que diz respeito à criação de normas de autoconexão material e procedimental, também é identificada por Croley em sua teoria processual administrativa da regulação. Para o autor, essa autoconexão fortalece a posição institucional das agências e amplia a legitimidade dos seus processos decisórios e, conseqüentemente, da própria regulação produzida em face de terceiros<sup>144</sup>.

Na linha do que apregoa a teoria processual administrativa da regulação, Magill sustenta que uma autoconexão adequada também contribui para frustrar ou reduzir os efeitos das tentativas de agentes externos, como políticos ou agentes econômicos, de influenciar ou controlar o comportamento dos entes públicos<sup>145</sup>.

---

<sup>143</sup> Tradução livre. Do original: “*That is, they limit their options when no source of authority requires them to do so. They voluntarily constrain their discretion. They adopt rules, guidelines, and interpretations that substantively limit their options – limiting either the range of outcomes they can reach or the rationales that can be used to defend their choices. They also limit their procedural freedom by committing to afford additional procedures, such as hearings, notices, and appeals, that are not required by any source of authority*” (MAGILL, 2009, p. 860).

<sup>144</sup> CROLEY, Steven P. *Regulation and Public Interests: The Possibility of Good Regulatory Government*. Princeton: Princeton University Press, 2008.

<sup>145</sup> MAGILL, op. cit. p. 895. No mesmo sentido, William Sherman clama pela divulgação irrestrita até mesmo dos atos internos de deliberação das agências. Para o autor, o acesso público a informações pode ajudar a reduzir a influência de interesses específicos (*special interests*), por meio de sua diluição ou da competição com outros interesses. A exposição ao escrutínio público também induziria os agentes públicos a aprimorar sua performance e

Por fim, além de ampliar as possibilidades de controle institucional e social, a autocontenção também produz efeitos sobre a revisibilidade judicial das decisões regulatórias do Poder Público. É que as regras instituídas espontaneamente passam a ter aplicabilidade vinculante, de modo que o seu eventual descumprimento pode ser impugnado judicialmente.

Portanto, a autocontenção cria novas possibilidades de controle da discricionariedade administrativa, pois passa a ser possível examinar aspectos da atuação do Poder Público mesmo quando se trata de decisões técnicas complexas, em que a intervenção judicial sobre o mérito da atividade administrativa seria extremamente difícil devido à assimetria de informações existente entre o Poder Judiciário e a Administração Pública<sup>146</sup>.

Em síntese, para o bom desempenho do mercado de compras governamentais de bens e serviços, afirma-se a importância das funções normativas. Por meio da instituição de regras claras, é possível orientar a atividade administrativa e controlar a discricionariedade no âmbito dos processos decisórios. O problema, então, desloca-se para a própria atividade regulatória normativa, ou seja, para os processos de elaboração de regras gerais e de normas específicas de efeitos concretos.

A regulação normativa, portanto, se exercida de forma aberta e transparente, pode resultar em um primeiro bom filtro para a discricionariedade.

Todavia, por mais bem-acabadas que sejam as normas produzidas pelos entes públicos, sempre haverá espaços para o exercício da discricionariedade nos processos decisórios. Então, os mecanismos procedimentais instituídos para a tomada de decisões podem orientar a que o resultado final da atividade regulatória seja compatível com os interesses da coletividade, ou seja, com as finalidades que a Constituição e as leis estabelecem para o mercado de compras públicas.

Nessa linha, este capítulo e o próximo apresentarão um panorama sobre as etapas licitatória e contratual que integram a atividade estatal relativamente às compras públicas, com vistas a analisar as possibilidades de a teoria processual administrativa da regulação contribuir para o desempenho das funções normativas e decisórias a cargo do Poder Público.

No quarto e último capítulo, o trabalho analisará a atuação regulatória do Tribunal de Contas da União sobre o mercado de compras públicas.

---

a motivar melhor suas ações. (SHERMAN, William R. *The Deliberation Paradox and Administrative Law*. *Brigham Young University Law Review*, pp. 413-470, 2015, pp. 445-446).

<sup>146</sup> MAGILL, 2009, p. 895.

Em primeiro lugar, o objetivo será examinar como as funções desempenhadas pelo TCU têm se relacionado com as funções normativa e decisória desempenhadas pelos entes públicos que atuam no mercado de compras governamentais. Em segundo lugar, essa análise pretenderá verificar como a teoria processual administrativa da regulação pode contribuir para aprimorar a atuação do TCU.

## **2.4. A regulação na fase interna da licitação**

Idealmente, a licitação deve permitir que o Estado contrate, a preços de mercado, um particular capaz de fornecer, de modo eficiente, os produtos ou serviços necessários às ações públicas finalísticas. A licitação também deve permitir que a seleção desse particular seja realizada de forma isonômica e republicana. A partir dessas duas premissas, quanto mais competitiva for uma licitação, melhores seriam os resultados obtidos.

Para viabilizar uma licitação, os entes públicos devem promover diversas escolhas com base nas diretrizes gerais do regime jurídico de contratações. Essas escolhas são realizadas na fase interna da licitação, por meio da definição das regras que constarão dos documentos licitatórios.

Este é o momento em que a Administração define o objeto licitado, estima o orçamento do bem ou serviço, relaciona os requisitos de habilitação que serão exigidos dos licitantes, entre outras providências. A fase interna da licitação corresponde, portanto, ao momento em que cabe à Administração planejar a contratação, por meio da elaboração de projetos básicos, termos de referência, estudos técnicos preliminares *etc.* Em seguida, com base nesses elementos, a Administração produz as minutas do instrumento convocatório (ou edital) e do futuro contrato<sup>147</sup>.

### **2.4.1. A escassa transparência na fase interna da licitação**

Apesar de constituir etapa relevantíssima para o sucesso da contratação, a fase interna da licitação, em regra, desenvolve-se de forma pouco transparente, sem a existência de mecanismos formais de participação que permitam à sociedade civil e aos agentes de mercado

---

<sup>147</sup> Sobre a necessidade de procedimentalização da fase interna da licitação, conferir: NAVES, Luís Emílio Pinheiro. *Accountability* horizontal, procedimentalização e a fase interna das licitações, dispensas e inexigibilidades. **Fórum de Contratação e Gestão Pública**. pp. 50-60, Belo Horizonte, v. 11, nº 128, ago. 2012. SANTOS, José Anacleto Abduch. As decisões administrativas na fase interna do processo licitatório. **Boletim de Direito Administrativo**, São Paulo, v. 25, n. 2, pp. 167-183, fev. 2009.

aportar elementos ou sugestões para o aprimoramento da ação administrativa. A Lei de Licitações brasileira nada dispõe a respeito do tema<sup>148</sup>.

A inexistência de regras para assegurar transparência à fase interna das licitações amplia as possibilidades de captura do ente público por interesses privados ainda no nascedouro da licitação.

O enclausuramento da ação administrativa dá as condições ideais para que agentes externos interfiram para direcionar as escolhas do ente público. Essa interferência pode pretender que a Administração inclua no edital regras para beneficiar determinada empresa e/ou para afastar outros potenciais licitantes<sup>149</sup>.

Sendo mais explícito, no Brasil é bastante comum que os documentos que integram a fase interna do certame, e até mesmo os editais de licitação e minutas de contrato, sejam redigidos por agentes privados<sup>150</sup>. Como essa prática contumaz envolve negócios escusos, essa realidade só costuma vir à tona quando são desbaratados esquemas de corrupção<sup>151</sup>.

Essa captura da ação administrativa pode envolver agentes públicos de alto escalão, mas também pode se dar no nível técnico do departamento ou setor que demanda a

---

<sup>148</sup> A Diretiva 2014/24/EU do Parlamento e do Conselho europeus expressamente regulamenta procedimentos preliminares de consulta ao mercado. De acordo com o art. 40, “Antes de lançar um processo de contratação, as autoridades podem conduzir consultas de mercado com o objetivo de preparar a contratação e de informar os agentes econômicos sobre os planos e requisitos da contratação. Para este fim, as autoridades podem, por exemplo, buscar ou aceitar conselhos de especialistas independentes, de autoridades ou de participantes do mercado. Essas informações podem ser usadas no planejamento e na condução do procedimento de contratação, desde que esses elementos não tenham o efeito de distorcer a competição e não resultem na violação dos princípios da não discriminação e da transparência”. Tradução livre. Do original: “*Before launching a procurement procedure, contracting authorities may conduct market consultations with a view to preparing the procurement and informing economic operators of their procurement plans and requirements. For this purpose, contracting authorities may for example seek or accept advice from independent experts or authorities or from market participants. That advice may be used in the planning and conduct of the procurement procedure, provided that such advice does not have the effect of distorting competition and does not result in a violation of the principles of non-discrimination and transparency*” (UE, **Diretiva 2014/24/EU do Parlamento e do Conselho europeus sobre contratações públicas**. *Official Journal of the European Union*, L 094, 28.3.2014, p. 65).

<sup>149</sup> Nesse sentido, para se referir às licitações conduzidas por meio da Lei nº 8.666/1993, André Rosillo utiliza a expressão “*jogo de dados viciados*” (ROSILHO, André. **Licitação no Brasil**. São Paulo: Malheiros, 2013).

<sup>150</sup> “Todos os que têm prática em procedimentos licitatórios sabem que os ‘habilitados’ licitantes, que logram satisfazer as formalidades vestibulares, copiosamente exigidas nos editais, não raro contam com a ajuda dos próprios agentes administrativos, tanto para estipular as exigências quanto, depois, para satisfazê-las” (MOREIRA NETO, 1993, p. 177).

<sup>151</sup> Confiram-se, apenas exemplificativamente, as seguintes notícias: **Odebrecht escreveu edital de licitação. E depois venceu**. Disponível em: <<http://veja.abril.com.br/blog/maquiavel/odebrecht-escreveu-edital-de-licitacao-e-depois-venceu/>>. **Delatores revelam fraude em licitação para obras no Maracanã**. Disponível em: <<http://radioagencianacional.etc.com.br/politica/audio/2017-04/delatores-revelam-fraude-em-licitacao-para-obras-no-maracana/>>. **Operador de Pimentel redigiu edital de licitação no Ministério da Saúde vencida por ele**. Disponível em: <<http://politica.estadao.com.br/blogs/coluna-do-estado/operador-de-pimentel-elaborou-edital-de-licitacao-do-ministerio-da-saude/>>. Acesso em: 16 jul. 2017.

contratação e que, por essa razão, é responsável por especificar o objeto do certame e por definir as exigências para a demonstração da capacidade técnica pelos licitantes<sup>152</sup>.

Não há regra que imponha sequer a divulgação da existência de procedimentos licitatórios ainda em sua fase interna. Então, a interferência desses interesses que pretendem capturar a decisão administrativa encontra espaço para ocorrer livremente e pode abranger todas as decisões relevantes prévias à publicação do aviso de licitação.

Uma das exceções a esse enclausuramento da Administração decorre do art. 39 da Lei nº 8.666/1993, que impõe a realização de audiência pública quando o valor estimado da contratação for superior a R\$ 150 milhões. De acordo com a regra, a audiência pública deve ser promovida pelo menos 15 (quinze) dias úteis antes da data prevista para a publicação do edital.

Todavia, o efeito da regra é praticamente nenhum.

Primeiro, porque é tardia a realização da audiência pública a poucos dias da publicação do edital, quando o instrumento convocatório já está pronto e, se for o caso, devidamente direcionado a determinados interesses.

Por outro lado, ainda que não exista corrupção na fase interna da licitação, a Administração dificilmente aceitará alterar o edital a poucos dias de sua publicação. Desse modo, o ideal seria exigir a realização da audiência pública imediatamente quando a Administração decidir por realizar a contratação e ainda no início dos estudos técnicos.

Segundo, porque a Lei de Licitações não prevê procedimentos para a participação nessas audiências públicas. Por isso, em regra, os entes públicos costumam tratar tais audiências apenas como mais uma etapa formal da contratação, sem maiores considerações a respeito das contribuições que podem aprimorar o processo licitatório<sup>153</sup>.

Em síntese, o fato é que a fase interna da licitação compreende e sempre compreenderá amplos espaços de discricionariedade material, pois não é possível estabelecer regras que abranjam e se ajustem às múltiplas necessidades contratuais da Administração.

---

<sup>152</sup> Práticas semelhantes são descritas pela doutrina estrangeira e apontadas como relativamente comuns, especialmente nos países em desenvolvimento (DEASES, Anne Janet. *Developing Countries: Increasing Transparency and Other Methods of Eliminating Corruption in the Public Procurement Process*. *Public Contract Law Journal*, vol. 34, pp. 553-572, 2005, p. 555).

<sup>153</sup> “Obviamente a audiência pública não é para que a Administração apresente categoricamente sua escolha, efetuada anteriormente e cumpra, apenas e tão-somente, etapa formal. Sua finalidade precípua é a ampla discussão, a ampla transparência, para que sejam exibidos os fundamentos necessários para o modelo escolhido e para que se ouça, se questione a possibilidade da proposição de outras formas. Enfim, faz-se necessária intercomunicação. Não se trata de um monólogo, mas, sim, de diálogo entre as autoridades e os cidadãos” (FIGUEIREDO, Lúcia Valle. Instrumentos da Administração consensual: A audiência pública e sua finalidade. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*, nº 11, ago./set. 2007, p. 7).

Todavia, essa discricionariedade existente na fase interna deve ser suprida por meio de procedimentos que assegurem transparência e participação desde o primeiro momento do planejamento da atividade contratual<sup>154</sup>.

Adotando-se os pressupostos da teoria processual administrativa da regulação, a abertura da fase interna da licitação pode ser viabilizada por procedimentos destinados a organizar a participação dos diversos interessados, tornando públicos os interesses privados envolvidos e reduzindo as possibilidades de captura do ente público por interesses específicos<sup>155</sup>.

Essa abertura, em tese, também permitiria à Administração colher informações e conhecer melhor o mercado em que se insere o objeto da licitação. Afinal, sempre haverá significativa assimetria de informação entre o Poder Público, cuja atividade contratual abrange diferentes objetos, e os agentes de um mercado específico<sup>156</sup>.

Nos tópicos a seguir, serão examinadas algumas decisões discricionárias relevantes que os gestores públicos têm de tomar durante a fase interna da licitação. Também serão analisados os efeitos dessas escolhas e as possibilidades de sua manipulação por interesses específicos em detrimento do bem-estar da coletividade.

#### **2.4.2. A definição do objeto licitado**

Não apenas os requisitos de habilitação constituem obstáculos à participação em licitações públicas. Antes, a própria especificação do objeto licitado pode restringir o acesso de eventuais interessados.

Por exemplo, ao contratar produtos e serviços de tecnologia da informação, se diferentes soluções tecnológicas forem admissíveis para as necessidades da Administração, a

---

<sup>154</sup> A doutrina sustenta que a falta de *accountability* por parte dos líderes políticos e burocratas influencia negativamente o comportamento da sociedade civil. Por isso, a transparência na gestão pública é vista como tão relevante quanto a efetiva punição de agentes públicos corruptos (GOUVEA, Raul; MONTOYA, Manuel; WALSH, Steve. *How the Corruption Quadruple Helix Affects BRIC: A Case Study of Corruption in Big Emerging Economies*. *Journal of Politics and Law*, vol. 6, pp. 1-12, jun. 2013, p. 9).

<sup>155</sup> Tratando da importância da atuação transparente do Estado, Ana Frazão salienta que “a necessidade da implementação de maior transparência nos mercados começa pela *accountability* da atuação daquele que é o principal ator econômico e arquiteto da própria estrutura dos mercados” (FRAZÃO, 2017, p. 66).

<sup>156</sup> Analisando a relação entre a indústria e as agências independentes norte-americanas, Dorit Rubinstein Reiss propõe uma maior aproximação entre as agências e os seus regulados. Sem ignorar os riscos que esse relacionamento pode apresentar, a autora também aponta benefícios, como a troca de informações técnicas e a ampliação das perspectivas de análise das agências (*The Benefits of Capture*. *Wake Forest Law Review* 47.3, pp. 569-610, 2012).

escolha pelo edital de determinada solução, em detrimento de outras, afastará do certame todas as empresas que não dispõem daquela expertise<sup>157</sup>.

O mesmo se passa com outras espécies de contratação de bens e serviços.

Em relação à contratação de serviços de engenharia, a definição do objeto licitado também compreende questões complexas relacionadas à elaboração de projetos diversos, ao detalhamento das características das obras, à definição das tecnologias construtivas *etc.* Ao tomar essas decisões, o Poder Público se coloca diante de escolhas que podem restringir o caráter competitivo da licitação. Essa dificuldade é agravada pela constatação de que o Estado não dispõe de informações completas sobre o mercado privado de engenharia<sup>158</sup>.

Esses problemas podem ser mitigados pela abertura procedimental dos processos licitatórios, desde sua fase interna. O Projeto de Lei nº 6814/2017, já aprovado pelo Senado Federal (PLS nº 559/2013) e atualmente em trâmite na Câmara dos Deputados, contempla importante iniciativa nesse sentido. De acordo com seu art. 18, *caput*, “A Administração poderá convocar audiência pública, presencial ou a distância, na forma eletrônica, sobre proposta de especificações para bens ou serviços que pretenda licitar”.

Trata-se da introdução de importante mecanismo de transparência, que tem potencial para suavizar as assimetrias de informação existentes entre a Administração e os agentes privados do mercado, bem como para tornar as licitações mais eficientes e competitivas.

### 2.4.3. A composição do orçamento estimativo

A Lei nº 8.666/1993 determina que o edital da licitação apresente o “orçamento estimado em planilhas de quantitativos e preços unitários” (art. 7º, §2º, inciso II). Não há, entretanto, maior detalhamento sobre como a Administração deve estimar os preços unitários para compor o orçamento estimado para a contratação.

---

<sup>157</sup> Ao examinar o esforço da União Europeia de integrar os mercados de contratações públicas dos diversos países que a compõem, Christopher Bovis aponta que a definição das especificações técnicas do objeto licitado consiste em um dos mais relevantes meios para a criação de obstáculos injustificáveis à abertura competitiva das contratações públicas. O autor salienta, portanto, que as especificações técnicas devem assegurar acesso igualitário aos licitantes. (*Public Procurement in the European Union: A Critical Analysis of the New Regime. Legal Issues of Economic Integration*, vol. 33, pp. 29-60, 2006).

<sup>158</sup> A doutrina econômica, especialmente em relação a contratos de serviços de engenharia, salienta que, quanto maior o detalhamento dos projetos e dos serviços licitados, menores serão as chances de custos de transação *ex post* decorrentes da necessidade de alterações e renegociações contratuais já durante a execução dos serviços. Por outro lado, em relação a serviços muito complexos, os custos *ex ante* seriam tão elevados que o Estado poderia atribuir ao futuro contratado a responsabilidade por, sob determinados parâmetros técnicos, definir a forma mais eficiente de executar os serviços (BAJARI, Patrick; TADELIS, Steven. *Incentives versus transaction costs: a theory of procurement contracts. RAND Journal of Economics*, vol. 32, nº 3, pp. 387-407, 2001).

No caso específico das compras por meio do sistema de registro de preços, a Lei de Licitações menciona a necessidade de “*ampla pesquisa de mercado*” (art. 15, §1º), porém também não indica procedimentos para sua realização.

No âmbito da Administração Pública Federal, para regulamentar a realização de pesquisas de preços, editou-se o Decreto nº 7.983/2013<sup>159</sup>, que abrange obras e serviços de engenharia, e a Instrução Normativa nº 5/2014 da Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação do Ministério do Planejamento (SLTI/MPOG), que abrange a aquisição e bens e a contratação de serviços em geral.

O Decreto nº 7.983/2013 oferece mecanismos para a elaboração do orçamento previsto para obras e serviços de engenharia, como os sistemas SINAPI e SICRO<sup>160</sup>, que consolidam dados referenciais de custos. O art. 6º também autoriza, na hipótese de ser inviável definir os custos com base nas informações desses sistemas, a adoção de outros meios, inclusive “*pesquisa de mercado*”.

Já a Instrução Normativa nº 5/2014 apresenta quatro parâmetros para a realização de pesquisas de preços, sendo um deles a consulta direta a fornecedores (art. 2º, inciso IV). A norma também autoriza a utilização isolada de apenas um dos quatro parâmetros (art. 2º, §§1º e 2º). Por fim, admite-se, “excepcionalmente, mediante justificativa da autoridade competente”, a realização de pesquisa de preços com menos de três preços ou fornecedores.

Sobre o modo de consulta aos agentes de mercado, a Instrução Normativa apenas exige que “Quando a pesquisa de preços for realizada com os fornecedores, estes deverão receber solicitação formal para apresentação de cotação” (art. 3º).

Como se pode verificar, não há nessas regras nenhum critério objetivo para a definição de quais fornecedores serão escolhidos a participar da pesquisa de preços. Também não há procedimentos que tornem a pesquisa de preços transparente.

Na prática, a ausência de transparência na realização dessas pesquisas de mercado pode acarretar duas consequências.

Em primeiro lugar, haverá violação da isonomia, pois determinados agentes de mercado terão informações privilegiadas sobre a intenção do ente público de promover a licitação.

---

<sup>159</sup> O Decreto se aplica às contratações que envolvam recursos da União, ainda que promovidas por outros entes da federação.

<sup>160</sup> Sistema Nacional de Pesquisa de Custos e Índices da Construção Civil – Sinapi e Sistema de Custos Referenciais de Obras – Sicro.

Em segundo lugar, trata-se de oportunidade para que agentes de mercado atuem para elevar artificialmente o orçamento referencial, acarretando sobrepreço em desfavor da Administração. Essa conduta pode ser praticada por apenas um dos fornecedores consultados ou por meio de um conluio entre alguns ou todos eles.

Por fim, se a prática ilícita contar com a participação dos agentes públicos responsáveis pela pesquisa, a pesquisa de preços consistirá em mera formalidade para legitimar o sobrepreço<sup>161</sup>.

Por tudo isso, é essencial que as pesquisas de preços no setor público sejam realizadas por meio de mecanismos amplamente divulgados, que permitam o conhecimento e a participação de todos os potenciais interessados em participar da disputa.

#### **2.4.4. A formação do edital da licitação: os requisitos de habilitação**

Para tentar assegurar que a licitação propicie a contratação de alguém efetivamente capaz de atender às necessidades estatais, o regime jurídico das aquisições de bens e serviços admite a formulação de exigências de habilitação. Por meio da aplicação de critérios objetivos na etapa licitatória, pretende-se, em tese, a avaliação das possibilidades de desempenho do futuro contratado<sup>162</sup>.

Tais exigências abrangem a demonstração de:

- a) capacitação técnico-profissional, que corresponde à demonstração de que a empresa possui recursos humanos com experiência técnica e gerencial compatíveis com complexidade do objeto licitado;
- b) capacitação econômico-financeira, que abrange a comprovação, por meio de dados e índices contábeis, de que a empresa possui saúde financeira para executar o objeto; e

---

<sup>161</sup> Confira-se, nesse sentido, estudo que aponta a ausência de transparência nas pesquisas de mercado realizadas pela Administração para a formação do orçamento estimativo em licitações públicas: “na maioria dos órgãos pesquisados a pesquisa de preços para aquisição de bens e contratação de serviços tem sido realizada apenas por meio da pesquisa com fornecedores [...] Este tipo de cotação [...] além de elevar muitas vezes os preços cotados a patamares acima dos praticados no mercado, viola o princípio da isonomia, uma vez que o conhecimento do projeto foi proporcionado apenas para um grupo de fornecedores, que o receberam para a devida cotação” (REIS, Paulo Ricardo da Costa. **Desempenho nos contratos de compras públicas: Evidências empíricas das mudanças institucionais no Brasil**. Tese de Doutorado em Administração. Salvador: Universidade Federal da Bahia – UFBA, 2015, p. 128).

<sup>162</sup> Esse problema, evidentemente, não se restringe à realidade brasileira. A respeito das contratações públicas nos Estados Unidos, Eric Singer relata as dificuldades que a Administração Pública enfrenta para assegurar a aptidão dos seus contratados (SINGER, Eric M. *Competitive Public Contracts*. *Virginia Law Review*, vol. 102, set. 2016, p. 1297-1354).

c) capacitação técnico-operacional, que se refere à apresentação de documentos que comprovem experiência anterior da empresa na execução de objetos idênticos ou semelhantes.

Verifica-se, então, uma certa ambivalência da licitação. Ao tempo que oferece a possibilidade de que diversos interessados possam competir pelo fornecimento de bens ou serviços ao Estado, suas condições de participação necessariamente restringem a competição ao universo de interessados que se enquadram nos requisitos técnicos e econômicos mínimos exigidos<sup>163</sup>.

No Brasil, a Lei nº 8.666/1993 autoriza a formulação de exigências de habilitação jurídicas, técnicas e econômico-financeiras, com a ressalva de que os requisitos sejam motivados, por meio da demonstração de suas finalidades, e que não acarretem excessiva restrição à competitividade<sup>164</sup>.

Todavia, como visto anteriormente, apesar de a Lei apresentar lista taxativa de requisitos de habilitação, a abrangência e a generalidade dos requisitos previstos<sup>165</sup> deixa ampla margem a que, no âmbito da autovinculação, argumentos *técnicos* possam ser manipulados para legitimar a formulação de exigências excessivamente restritivas à concorrência.

Eis, portanto, mais um aspecto que revela a importância de se ter mais transparência ao longo da fase interna da licitação<sup>166</sup>.

---

<sup>163</sup> “Outro efeito concorrencial relevante dos requisitos de habilitação técnico-operacional consiste na tendência ao ‘congelamento’ do mercado em razão das dificuldades criadas ao acesso de novos entrantes. Daí porque, em cada caso concreto, deve ser avaliada até mesmo a pertinência de se formularem exigências dessa natureza nos editais de licitação. Será incabível exigir experiência anterior quando for viável aos agentes econômicos obter no mercado todos os elementos técnicos e operacionais (profissionais, equipamentos *etc.*) necessários para executar o objeto licitado” (KLEIN, Aline Lícia; ANDRADE, Ricardo Barretto de. *Licitações e concorrência: o direito concorrencial na atividade contratual da administração pública. Revista de Direito Administrativo Contemporâneo*. vol. 20. Ano 3. São Paulo: Ed. RT, pp. 101-119, set.-out. 2015, p. 108).

<sup>164</sup> A própria expressão “limitar-se-á”, contida no *caput* dos artigos 30 e 31 já revela que as exigências de habilitação previstas na Lei nº 8.666/1993 são taxativas e devem se restringir ao mínimo necessário. Apesar disso, as hipóteses abstratamente previstas na Lei já são bastante abrangentes. De acordo com pesquisa realizada com o Brasil, os Estados Unidos e mais vinte e cinco países da União Europeia, Brasil e Turquia apresentaram a maior quantidade de requisitos de habilitação jurídicos, técnicos e econômico-financeiros (CARPINETI, L.; PIGA, G.; ZANZA, M. *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, p. 18).

<sup>165</sup> Confira-se, por exemplo, a amplitude da exigência de qualificação técnica autorizada pelo art. 30, inciso II, da Lei nº 8.666/1993: “A documentação relativa à qualificação técnica limitar-se-á a: [...] II - comprovação de aptidão para desempenho de atividade pertinente e compatível em características, quantidades e prazos com o objeto da licitação, e indicação das instalações e do aparelhamento e do pessoal técnico adequados e disponíveis para a realização do objeto da licitação, bem como da qualificação de cada um dos membros da equipe técnica que se responsabilizará pelos trabalhos”.

<sup>166</sup> Carlos Ari Sundfeld vai além ao afirmar que “A lei de 1993, filha do *lobby* de empreiteiras emergentes de obras públicas (isto é, de empresas medidas, já atuantes no mercado público de obras e engenharia), regulamentou a disputa de modo a dificultar o acesso de empresas novas a esse mercado. Isso porque a lei exigiu a demonstração

Além disso, há na doutrina concorrencial críticas incisivas à própria previsão legal de determinados requisitos de habilitação.

Luís Fernando Schuartz e Mario Luiz Possas sustentam que a exigência de que o licitante comprove experiência prévia na execução de obras ou serviços semelhantes aos licitados (capacidade técnico-operacional) “é suficientemente restritiva para produzir efeitos anticompetitivos no mercado de serviços de engenharia de grande porte”<sup>167</sup>.

Para os autores, em primeiro lugar, a exigência é desnecessária, porque a capacidade técnica da empresa pode ser suficientemente demonstrada pelos recursos humanos que ela dispõe. Em segundo lugar, afirmam que essa espécie de exigência cria barreiras artificiais à entrada ou ao desenvolvimento de novas empresas no mercado.

Por fim, ao restringir o universo de competidores e facilitar que as empresas identifiquem entre si quais estariam aptas a participar da licitação, esses requisitos de habilitação contribuiriam para a cartelização do mercado<sup>168</sup>.

O fato é que a definição dos requisitos de habilitação é questão das mais sensíveis em quaisquer processos licitatórios destinados à aquisição de bens e serviços pelo Estado. Trata-se da escolha dos critérios que definirão diretamente quem está dentro ou fora da disputa pela contratação.

Apesar de sua relevância, os requisitos de habilitação são definidos pela Administração de forma fechada e pouco transparente. De modo geral, o Poder Público se limita a apresentar sucinta motivação para o requisito de habilitação, fazendo-o, porém, com base em alegações *técnicas* que dificilmente serão desconstituídas pelo Poder Judiciário<sup>169</sup>.

A instituição dos requisitos de habilitação envolve questões complexas. Para assegurar um certame competitivo, a Administração deve conhecer as características do mercado em que se inserem os bens ou serviços que pretende contratar.

---

de experiência anterior em contratos similares como requisito básico para participar e não deu espaço para alternativas (como seria o oferecimento de garantias financeiras amplas pela empresa novata) [...] a lei de 1993 procurou não só reservar o mercado público para empresas emergentes de atuação regionalizada, como também impedir e neutralizar uma guerra de preços entre elas. Por esse ângulo, trata-se de lei cujo objetivo evidente foi o de controlar e limitar a incidência do princípio da concorrência nesse mercado”. (SUNDFELD, Carlos Ari. *Contratações Públicas e o Princípio da Concorrência*. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Org.). **Contratações Públicas e seu Controle**. 1ª ed. pp. 15-41. São Paulo: Malheiros, 2013, pp. 22-23).

<sup>167</sup> SCHUARTZ; POSSAS, 1998, p. 45.

<sup>168</sup> *Ibidem*, p. 46.

<sup>169</sup> Para uma análise a respeito do controle judicial da chamada *discricionariedade técnica*, confira-se: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade técnica e discricionariedade administrativa*. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**, nº 9, fev./abr. 2007.

Também deve possuir razoável noção do funcionamento do mercado e do comportamento de seus agentes econômicos. Isso para que as exigências de habilitação sejam formuladas pelo edital em consonância com as práticas comumente aplicáveis ao mercado. Na prática, contudo, as assimetrias de informação são diversas e relevantes. Afinal, o Estado jamais conhecerá as peculiaridades de todos os mercados privados que se relacionam com as suas demandas por produtos e serviços<sup>170</sup>.

A mitigação dessas assimetrias de informação é importante sob dois aspectos. Primeiro, para assegurar que a contratação resultante do processo licitatório seja eficiente e eficaz, devendo, para isso, ser compatível com a lógica do mercado privado em que se inserem os bens ou serviços que o Estado pretende adquirir. Depois, o enfrentamento das assimetrias de mercado pode contribuir para afastar ou reduzir a interferência de agentes *rent-seeking* por intermédio da captura da regulação estatal sobre o mercado de compras públicas<sup>171</sup>.

Nesse cenário, uma vez mais, o melhor antídoto para a captura da regulação parece ser a abertura procedimental das escolhas que a Administração necessita promover durante a fase interna das licitações.

Submetendo publicamente sua intenção de contratar determinados bens ou serviços, o Estado pode obter *inputs* de origens diversas, como empresas, instituições acadêmicas ou entidades da sociedade civil. Essas informações tendem a ampliar o conhecimento da realidade de mercado e, assim, aumentam as chances de o Poder Público ser capaz de *mimetizar* as condições de contratação existentes no mercado privado<sup>172</sup>.

---

<sup>170</sup> “Assimetria de informação deve ser entendida no seguinte contexto: ela ocorre quando as informações de conhecimento das firmas reguladas não são observadas ou detectadas pelo órgão regulador ou estão disponíveis em quantidade e qualidade insuficientes para uma regulação eficiente. O regulado tem um conhecimento consideravelmente maior do esforço empreendido na prestação do serviço, de suas atividades, etapas de produção e estrutura de custos, que o órgão regulador. Outrossim, a obtenção dessas informações pelo regulador demonstra-se bastante onerosa, de sorte que as decisões tomadas pelo regulador muitas vezes se subordinam ao conjunto de informações fornecidas pelos próprios regulados” (FIGUEIREDO, Alexandre Carlos Leite de. Assimetria de informação, competição e leilões de energia. **Revista do Tribunal de Contas da União**, pp. 15-24, jan./abr. 2009, p. 16).

<sup>171</sup> Nessa hipótese, a captura pode assumir formas diversas. Por exemplo, agentes privados podem simplesmente induzir a Administração a fazer as escolhas erradas em relação aos requisitos de habilitação, de modo a se restringir a competição ou direcionar o certame. A captura também pode envolver condutas colusivas por parte de diferentes agentes privados. Por fim, no limite, a captura pode assumir a forma da corrupção, por meio da participação de agentes públicos nas condutas destinadas a fraudar o caráter competitivo da licitação.

<sup>172</sup> Evidentemente, se os mercados estritamente privados estiverem corrompidos por práticas anticompetitivas, tais práticas também tendem a ser replicadas nas contratações públicas. Nesse cenário, por sua amplitude, o problema deve ser enfrentado pela autoridade concorrencial, eventualmente com o auxílio da Administração-consumidora.

#### 2.4.5. A formação do edital da licitação: subcontratação e consórcios

Outros dois aspectos da formação do edital, por sua relevância, merecem ser mencionados em separado. Trata-se das possibilidades de o instrumento convocatório prever a subcontratação ou a participação de consórcios em licitações.

A subcontratação é admitida em diversos países como um importante elemento do desenho das contratações públicas porque, em princípio, facilita a participação de fornecedores pequenos<sup>173</sup>. No Brasil, a Lei de Licitações admite a subcontratação parcial “até o limite estabelecido, em cada caso, pela Administração” (art. 72).

Por sua vez, o art. 78, inciso VI, da Lei indica que o contrato poderá ser rescindido se houver subcontratação não admitida no edital e no contrato<sup>174</sup>.

A participação de licitantes reunidos em consórcio, por sua vez, é autorizada genericamente pelo art. 33 da Lei nº 8.666. O dispositivo remete aos editais de licitação a admissão sobre a aplicação ou não do instituto em cada caso concreto<sup>175</sup>.

Esses dois instrumentos podem ser úteis para ampliar a competitividade da licitação, porém em determinados contextos podem surtir efeito inverso, estimulando condutas anticompetitivas. Por exemplo, em mercados oligopolizados, a admissão da subcontratação ou da participação de empresas por meio de consórcios pode estimular práticas colusivas e reduzir excessivamente a competitividade.

Diante disso, o que se quer afirmar é que esses dois instrumentos que estão à disposição dos gestores públicos também podem ser objeto de manipulação ou captura por certos interesses ainda na fase interna da licitação, quando da elaboração da minuta do instrumento convocatório.

---

<sup>173</sup> De acordo com a já referida pesquisa conduzida por CARPINETI, L.; PIGA, G.; ZANZA, M. (op. cit. p. 26), a subcontratação é admitida por dezenove das vinte e uma instituições que responderam esse quesito.

<sup>174</sup> O Tribunal de Contas da União adota uma interpretação restritiva dos dispositivos: “[...] de acordo com o art. 72 c/c o art. 78, VI, da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, a subcontratação deve ser tratada como exceção, de tal modo que a jurisprudência do TCU só tem admitido, em regra, a subcontratação parcial e, ainda assim, quando não se mostrar viável sob a ótica técnico-econômica a execução integral do objeto por parte da contratada e desde que tenha havido autorização formal do ente contratante”. (**Acórdão nº 834/2014-TCU-Plenário**, TC 033.061/2010-6, relator Ministro-Substituto André Luís de Carvalho, julgamento em 02.04.2014).

<sup>175</sup> Nesse sentido, o TCU tem entendido que “[...] cabe ao gestor definir qual o caminho a tomar relativamente à participação ou não de consórcios, de forma motivada no âmbito do processo licitatório”. (**Acórdão nº 1165/2012-TCU-Plenário**, TC 037.773/2011-9, relator Ministro Raimundo Carreiro, julgamento em 16.05.2012).

#### 2.4.6. A formação do edital da licitação: participação de empresas estrangeiras

A realização ou não de licitação de caráter internacional também é uma decisão a ser tomada na fase interna da licitação. Apesar de a Lei nº 8.666/1993 autorizar a participação de empresas estrangeiras em licitações públicas no Brasil, na prática, para que seja viável atrair competidores de outros países, a regra precisa ser regulamentada pelo edital da licitação, inclusive para efeito de equalização das propostas estrangeiras com as nacionais<sup>176</sup>.

Trata-se de decisão relevante que pode ter grande impacto na competitividade do certame e no preço final contratado pela Administração<sup>177</sup>. O ingresso de empresas estrangeiras no Brasil, isoladamente ou por meio de consórcios, também poderia oxigenar o mercado e contribuir para a melhoria dos padrões de qualidade dos bens e serviços fornecidos ao Poder Público<sup>178</sup>.

Apesar disso, é evidente que as empresas nacionais não desejam competir com empresas de outros países e, para evitar a realização de licitações internacionais, adotarão todos os esforços possíveis para influenciar os tomadores de decisões que definem os requisitos e condições de participação nos certames públicos.

Diante disso, especialmente para contratações que envolvam a realização de vultosos investimentos, seria recomendável a instituição, como regra, de licitações internacionais, o que acarretaria a obrigatoriedade de se formatar o edital do certame para viabilizar a participação de empresas estrangeiras, isoladamente ou em consórcio com empresas brasileiras.

Além disso, para atrair empresas estrangeiras para o mercado brasileiro de compras públicas, é necessário divulgar as licitações no exterior e, por suposto, dar segurança jurídica aos investidores estrangeiros.

---

<sup>176</sup> Estudo do Senado Federal aponta que, além dessa dificuldade, diversos outros fatores funcionam como barreiras de entrada a empresas estrangeiras no mercado de aquisição de bens e serviços pelo Estado brasileiro: MENDES, Marcos. **Restrições Legais à Abertura do Mercado Brasileiro de Projetos e Serviços de Engenharia**. Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/Senado, mar. 2015.

<sup>177</sup> A doutrina aponta a importância da abertura do mercado brasileiro de compras públicas para licitantes estrangeiros, com vistas a se “fomentar a competitividade”: MOREIRA, Egon Bockmann; GUIMARÃES, Bernardo Strobel; TORRALBA, Lino. Licitação internacional e empresa estrangeira: os cenários brasileiro e europeu. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 269, pp. 67-106, maio/ago. 2015, p. 94.

<sup>178</sup> Para uma análise aprofundada sobre o tema das licitações internacionais, confira-se: SCHWIND, Rafael Wallbach. **Licitações internacionais: Participação de estrangeiros e licitações realizadas com financiamento externo**. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

#### 2.4.7. A formação da minuta do contrato administrativo

É também na fase interna da licitação que a Administração define unilateralmente as cláusulas do futuro contrato. Uma primeira observação relevante é que a escolha das cláusulas contratuais pode influenciar o interesse dos agentes de mercado pela licitação, contribuindo para a ampliação da competitividade do certame ou para o afastamento de potenciais concorrentes.

Além disso, o nível de detalhamento das cláusulas contratuais definirá a amplitude da discricionariedade que os agentes públicos deverão dispor durante a execução do contrato administrativo.

Logo, a previsão de cláusulas demasiadamente genéricas, por vezes equivalentes a meras transcrições de texto de leis ou regulamentos, pode reduzir a segurança jurídica indispensável ao bom relacionamento futuro entre a Administração e seu fornecedor.

Daí a importância de a fase interna da licitação produzir minutas de contratos com cláusulas detalhadas, desenhadas para atender às peculiaridades de cada contratação.

O art. 41, *caput*, da Lei nº 8.666/1993 determina que “A Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada”. Trata-se da positivação do chamado princípio da vinculação ao instrumento convocatório.

Por meio dessa norma, a Lei reconhece a competência regulatória dos entes públicos para instituir nos documentos da licitação regras específicas, para além da generalidade do texto legal. Em contrapartida, a Administração se vincula ao cumprimento das normas que dispuser no edital e nas cláusulas contratuais.

Quanto mais intenso for o exercício da regulação normativa de efeitos concretos, mais detalhadas tendem a ser as regras do edital e do futuro contrato. Por conseguinte, ampliam-se as possibilidades para o controle da atuação administrativa ao longo do certame e durante a execução contratual. Funciona aqui a lógica, exposta por Magill, de que o poder regulatório acarreta o comprometimento dos entes públicos com a observância das regras instituídas<sup>179</sup>.

A estipulação de regras claras nos documentos da licitação, especialmente no edital e na minuta do contrato, agrega segurança jurídica e previsibilidade ao processo licitatório e à futura contratação. Essa maior transparência da fase externa da licitação pode atrair mais interessados e ampliar a competitividade do certame.

---

<sup>179</sup> MAGILL, 2009, p. 861.

Ademais, a celebração de contratos com cláusulas suficientemente claras e abrangentes revela-se importante para o interesse público. Quanto mais transparentes forem as obrigações assumidas pelo contratado, mais eficiente será o controle incidente sobre a atuação administrativa responsável por fiscalizar o cumprimento das obrigações contratuais.

Afinal, ainda que a licitação se desenvolva de forma absolutamente idônea, desvios podem ser praticados ao longo do cumprimento do contrato.

## **2.5. A limitada participação na fase externa da licitação**

Como se viu, a fase interna da licitação exige intensa atividade regulatória por parte dos entes públicos licitantes. É ali que a Administração define as regras da disputa e as cláusulas do futuro contrato. Após a publicação do edital, se não tiver havido a oportunidade de influenciar propositivamente a fase interna da licitação, resta aos agentes de mercado concordar com as regras estabelecidas, desistir da disputa ou impugnar o certame.

O art. 41 da Lei nº 8.666/1993 autoriza qualquer cidadão ou potencial licitante a impugnar o edital do certame após sua publicação. Apesar de ser relevante permitir a impugnação do instrumento convocatório, nota-se que essa oportunidade não costuma ter a eficácia desejada.

Se a licitação já tiver sido capturada por interesses de determinado agente político ou econômico, a tendência é que nenhuma impugnação ao edital seja admitida.

Por outro lado, mesmo que os documentos licitatórios tenham sido elaborados de forma idônea, sem favorecimento a agentes específicos, ainda assim haverá resistência do ente público quanto ao acolhimento de impugnações. Isso porque as modificações que possam afetar a formulação das propostas implicam na necessidade de republicação do edital e na reabertura do prazo original<sup>180</sup>.

Em outras palavras, depois de publicar a convocação para o certame, dificilmente a Administração espontaneamente admitirá alterações nos documentos da licitação. Essa circunstância reforça a necessidade de se abrir a fase interna do certame à consulta pública de modo transparente e procedimentalizado.

---

<sup>180</sup> Nos termos do §4º do art. 21 da Lei nº 8.666/1993, “Qualquer modificação no edital exige divulgação pela mesma forma que se deu o texto original, reabrindo-se o prazo inicialmente estabelecido, exceto quando, inquestionavelmente, a alteração não afetar a formulação das propostas”.

Diante da resistência da Administração em acolher impugnações, o interessado que identifica no edital requisitos ou condições restritivas pode questionar a legalidade do certame no Judiciário ou no Tribunal de Contas competente.

Na esfera judicial, a impugnação tende a se tornar difícil por conta de questões técnicas complexas que costumam permear a definição do objeto da licitação e dos requisitos de habilitação.

Resta, assim, a via do Tribunal de Contas, cuja atuação será objeto de análise específica no capítulo 4. Desde logo, é possível afirmar que, nas Cortes de Contas, os debates sobre as regras do processo licitatório costumam ser amplos e admitem aprofundamento em questões técnicas que dificilmente poderiam ser adequadamente examinadas pelo Poder Judiciário.

### CAPÍTULO 3. A regulação durante a execução contratual

A elaboração das cláusulas contratuais se dá ainda na fase interna da licitação, quando cabe à Administração exercer intensa função normativa. Já durante a execução do contrato administrativo, diferente do que ocorre na etapa pré-contratual ou licitatória, o poder regulatório do Estado concentra-se na função decisória (*adjudication*).

O ordenamento jurídico atribui ao Estado-contratante o poder de decidir os conflitos que eventualmente surgirem ao longo da execução contratual.

Ao fazê-lo, como se viu no capítulo anterior, é importante que a Administração possa contar com cláusulas contratuais bem redigidas, claras e detalhadas, que limitem ao máximo a discricionariedade dos agentes públicos responsáveis pela decisão e dê ao contratado a possibilidade de recorrer ao Poder Judiciário, quando entender oportuno<sup>181</sup>.

Nesse sentido, interessante a perspectiva apresentada por Phillip Cooper, segundo a qual a bilateralidade do contrato administrativo acarreta uma espécie de regulação de mão-dupla, que se impõe tanto ao contratado quanto ao próprio Estado:

Então, há o fato de que os contratos governamentais representam não somente a regulação do contratado, por meio do qual o governo obtém bens ou serviços, mas também regulação do governo pelo contratado. Ao contrário de outras formas de regulação, em que o governo tem poder discricionário para impor ou não o que presumivelmente não será revisível pelo Poder Judiciário, a parte contratante tem a possibilidade jurídica de exigir o cumprimento do contrato<sup>182</sup>.

Todavia, evidentemente não é possível eliminar por completo a discricionariedade. Sempre haverá espaços decisórios de maior ou menor amplitude para o exercício das competências atribuídas aos gestores públicos.

Isso ocorre, em primeiro lugar, devido à inevitável incompletude das normas em face da realidade, que se impõe independentemente das regras previstas e que pode demandar

---

<sup>181</sup> Idealmente, é importante que as regras contratuais assegurem a maior previsibilidade possível na relação jurídica estabelecida entre a Administração e o contratado, de modo que nessa etapa o Estado atue mais como parte da relação contratual (Estado-consumidor) e tenha de atuar menos como regulador. Nesse sentido: “Se o ato administrativo representa o ponto de atrito entre as prerrogativas públicas e as liberdades individuais, o contrato é o meio de conciliação das duas vertentes, tal a sua importância como instrumento do modelo de administração horizontal, pactuada ou concertada, que pretende ser uma espécie de novo testamento da Administração Pública. A eleição da finalidade pública como centro sistêmico da teoria dos contratos administrativos facilita a evolução para esse estágio” (MOREIRA, João Batista Gomes. *Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região*, Brasília, v. 12, n. 1, pp. 49-65, jan./mar. 2000, p. 63).

<sup>182</sup> Tradução livre. Do original: “*Then there is the fact that government contracts represent not only regulation of the contractor from which the government obtains goods or services, but also regulation of the government by the contractor. Unlike other forms of regulation in which government has discretion to enforce or not enforce that which is presumptively unreviewable in court, the contracting party has the legal ability to trigger enforcement*” (COOPER, Phillip J. *The war against regulation: From Jimmy Carter to George W. Bush*. Lawrence: University Press of Kansas, 2009, p. 209).

a produção de decisões regulatórias concretas diante de situações em que não há previsão normativa.

Por outro lado, o regime jurídico brasileiro de compras públicas, em especial a Lei nº 8.666/1993, atribui à Administração pública posição jurídica privilegiada diante de seus contratados. Trata-se das chamadas cláusulas exorbitantes, que introduzem espaços adicionais e amplos para o exercício de poderes discricionários.

### 3.1. As prerrogativas exorbitantes da Administração

No Brasil, por inspiração do direito francês, os contratos administrativos tradicionalmente apresentam cláusulas exorbitantes ou “cláusulas de privilégio”, na expressão de José Cretella Júnior<sup>183</sup>. De acordo com o administrativista, essas cláusulas atribuem à Administração posição jurídica incomum no âmbito dos contratos típicos de direito civil:

“Cláusulas de privilégios”, “cláusulas de prerrogativas”, “cláusulas exorbitantes” ou “cláusulas derogatórias” são as que permitem à Administração, dentro do contrato, inegável posição de supremacia, de desnível, verticalizando o Estado em relação ao particular contratante, mostrando ao intérprete que, ao contratar, a Administração não desce, não se nivela, não se privatiza, não abdica de sua potestade pública (*puissance publique*), mas, ao contrário, dirige o contratante, fiscaliza-lhe os atos, concede-lhe benefícios, aplica-lhe penalidades, baixa instruções, transfere-lhe alguns privilégios de que é detentora, impõe-lhe sujeições, sempre fundada no interesse público, do qual é guardiã ininterrupta<sup>184</sup>.

Portanto, essas prerrogativas são ditas *exorbitantes* porque asseguram a uma das partes da relação contratual – no caso, o Estado – posição assimétrica e privilegiada, atribuindo-lhe certos direitos e garantias que não encontram equivalência no regime jurídico de direito privado.

A legislação que disciplina as contratações públicas assegura ao Estado brasileiro uma série de prerrogativas contratuais diferenciadas. Elas derivariam da necessidade de se resguardar interesses de natureza pública, como o patrimônio público ou a regularidade e continuidade dos serviços públicos<sup>185</sup>.

<sup>183</sup> CRETELLA JÚNIOR, José. As cláusulas de "privilégio", nos contratos administrativos. **Revista de informação legislativa**, pp. 303-322, v. 23, n. 89, jan./mar., 1986, p. 304.

<sup>184</sup> *Ibidem*, p. 304.

<sup>185</sup> “Há um vínculo indissociável entre a idéia de funcionamento regular e contínuo do serviço público, pedra angular de toda a teoria dos contratos administrativos, e regime especial de direito público; vale dizer, o contrato está de tal modo relacionado com o funcionamento do serviço público que enseja, pela própria natureza do serviço, o regime especial que derroga as regras de direito comum” (PELLEGRINO, Carlos Roberto. Os contratos da Administração Pública. **Revista de direito administrativo**, n. 179/180, pp. 68-91, jan./jun. 1990, p. 77)

Apesar de haver, no Brasil e em diversos países, amplo entendimento doutrinário a respeito da importância desse regime jurídico diferenciado para a condução da atividade contratual da Administração<sup>186</sup>, a intensidade dessas cláusulas de privilégio encontra críticas na doutrina jurídica brasileira<sup>187</sup> e estrangeira<sup>188</sup>.

Sob esse aspecto, o denominado *interesse público* presta-se a servir de fundamento para a diferenciação dos regimes contratuais público e privado.

Todavia, outra circunstância diferencia os regimes público e privado de contratações. Enquanto a Administração Pública se submete ao princípio da legalidade, os agentes privados – entre si – dispõem de amplos espaços para exercer a autonomia de sua vontade.

Da submissão ao princípio da legalidade derivam outros três princípios, que acarretam três deveres principais para a Administração:

- a) tratar todos os contratados de maneira isonômica;
- b) motivar validamente os atos praticados no curso da execução contratual; e
- c) dar a devida publicidade aos seus atos.

Esses deveres vinculam a Administração com o objetivo de assegurar a eficácia dos princípios democrático e republicano e, assim, promover o interesse da coletividade.

Em síntese, para aplicar as cláusulas exorbitantes que a legislação assegura em favor da Administração, propõe-se que os agentes públicos se submetam aos pressupostos da teoria processual administrativa da regulação.

É dizer: a construção do significado concreto do interesse público subjacente à decisão administrativa deve se dar por meio de mecanismos transparentes e abertos, que

---

<sup>186</sup> Conferir, nesse sentido: SOUSA, Guilherme Carvalho e. **O Direito Privado na Administração Pública**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

<sup>187</sup> Nesse sentido, entre outros trabalhos, confirmam-se: GUIMARÃES, Fernando Vernalha. **Alteração unilateral do contrato administrativo: interpretação de dispositivos da Lei nº 8.666/1993**. São Paulo: Malheiros, 2003. VASCONCELOS, Giovanna Gabriela do Vale. **A relativização das cláusulas exorbitantes dos contratos administrativos à luz da cláusula geral da boa-fé objetiva**. Revista Zênite de Licitações e Contratos-ILC, v. 01, p. 43-56, 2008; GIACOMUZZI, José Guilherme. **Estado e contrato: supremacia do interesse público versus igualdade: um estudo comparado sobre a exorbitância no contrato administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2011.

<sup>188</sup> Ao comentar o poder da Administração de promover alterações contratuais unilateralmente, que constitui uma das prerrogativas exorbitantes, Maria João Estorninho salienta: “O que é fundamental é que se entende que este poder não resulta do contrato, mas sim da própria posição jurídica geral da Administração, de natureza extracontratual. Afasta-se, assim, a ideia tradicional de que o contrato administrativo, pela própria natureza especial, atribuiria prerrogativas exorbitantes à Administração, para se passar a entender que, pelo contrário, é a própria Administração que, pela sua natureza, é dotada de poderes especiais aos quais não pode renunciar mesmo quando celebra contratos” (**Réquiem pelo Contrato Administrativo**. Coimbra, Livraria Almedina, 1990, pp. 145-146).

permitam a tomada da decisão regulatória com base nos princípios da isonomia e da segurança jurídica.

Trata-se, nas palavras de Gustavo Binbenbojm, do exercício de um *esforço de harmonização* que exige a ponderação concreta dos diversos interesses envolvidos:

A preservação, na maior medida possível, dos direitos individuais constitui porção do próprio interesse público. São metas gerais da sociedade política, juridicamente estabelecidas, tanto viabilizar o funcionamento da Administração Pública, mediante instituição de prerrogativas materiais e processuais, como preservar e promover, da forma mais extensa quanto possível, os direitos dos particulares. Assim, esse esforço de harmonização não se coaduna com qualquer regra absoluta de prevalência a priori dos papéis institucionais do Estado sobre os interesses individuais privados<sup>189</sup>.

Nesse sentido, este capítulo tem por objetivo identificar as principais prerrogativas exorbitantes e os principais espaços de discricionariedade existentes no regime jurídico do mercado de compras públicas.

A partir disso, pretende-se demonstrar a importância de que, em cada caso concreto, o conceito de *interesse público* seja construído por meio de atividade regulatória processualizada e transparente. Do contrário, de forma paradoxal, o *interesse público* pode ser capturado e manipulado em favor de uma regulação voltada a interesses particulares, como teoriza a escola da *public choice*.

### 3.2. As dificuldades do contratado para receber o pagamento devido

Os regimes jurídicos de direito público e de direito privado possuem distinções evidentes. Não se distinguem, todavia, quanto ao reconhecimento de que, no âmbito de um contrato de fornecimento ou prestação de serviços, o cumprimento das obrigações que cabem ao contratado deve acarretar o adimplemento da contraprestação assumida pelo contratante.

O direito do contratado pelo Poder Público de receber o pagamento que lhe é devido não decorre apenas da Lei ou do contrato, mas da própria Constituição Federal<sup>190</sup>.

Ocorre que, na prática, uma conjugação de fatores fragiliza a posição jurídica do contratado relativamente ao recebimento dos valores que lhe são devidos pela Administração. São razões de natureza jurídico-normativa, processual e até mesmo sociológica, que têm o potencial de interferir no direito do particular e impedir o pagamento de sua contraprestação.

---

<sup>189</sup> BINENBOJM, 2014, p. 325.

<sup>190</sup> “Art. 37, inciso 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”.

Há na sociedade brasileira um sentimento disseminado de que o Estado deve ser robusto e situar-se em posição jurídica privilegiada para assegurar o interesse público da coletividade em contraposição aos interesses das empresas e do *capital* em geral.

Daí decorre certa tolerância com o descumprimento das obrigações assumidas pela Administração Pública em face dos seus contratados. A tolerância é tamanha que, em geral, relativiza a expressa previsão constitucional.

O problema, entretanto, não se restringe à proteção dos direitos individuais dos contratados. A grande questão, nesse particular, se refere aos efeitos adversos decorrentes dessa tolerância com a mora da Administração Pública.

Os efeitos mais imediatos são evidentes e nefastos: corrupção e elevação dos custos incorridos pela Administração e, portanto, por toda a sociedade.

Ao comentar alguns dos principais fatores que contribuem para a prática de atos de corrupção nas contratações administrativas, Marçal Justen Filho salienta “a recusa pela Administração do cumprimento fiel do contrato”:

Um caso emblemático é a ausência de adimplemento do contrato pela Administração, depois de o particular ter executado aquilo que lhe cabia. Em muitas hipóteses, a Administração nem mesmo invoca alguma razão jurídica. Pura e simplesmente deixa de executar a prestação que lhe cabe. Em outros casos, atrasa o recebimento formal do objeto, embora passe a dele usufruir imediatamente. Enfim, há casos em que a Administração alude ao art. 78, inc. XV, da Lei 8.666 (que prevê a possibilidade de rescisão do contrato em caso de atraso superior a noventa dias), tal como se o prazo contratual fosse irrelevante. Em todas essas situações, é muito provável existir uma tentativa de constranger o particular a oferecer vantagens indevidas para agentes públicos<sup>191</sup>.

A fragilidade da posição jurídica do contratado relativamente ao recebimento dos valores que lhe são devidos pela execução do contrato representa um dos problemas mais críticos para a moralidade das contratações públicas.

O contratado empreende esforços e recursos para executar o contrato, na expectativa de receber sua contraprestação logo em seguida. Ao trabalhar em favor da Administração, incorre em custos dos mais diversos e, por vezes, necessita recorrer ao mercado financeiro para financiar o cumprimento de suas obrigações.

Quando entrega a prestação que lhe cabe de acordo com o que foi pactuado, o contratado naturalmente espera e necessita receber o pagamento que lhe é devido em um prazo razoável. Do contrário, sua atividade empresarial poderá ser gravemente afetada.

---

<sup>191</sup> Seis indícios de corrupção nas contratações administrativas. Disponível em: <<http://www.gazetadopovo.com.br/vida-publica/justica-e-direito/colunistas/marcal-justen-filho/seis-indicios-de-corrupcao-nas-contratacoes-administrativas-c12wsts9nxdg424gs823825t6>> . Acesso em: 18.02.2017).

Por outro lado, o pagamento de uma fatura decorrente de serviços prestados à Administração frequentemente serve de instrumento para a exigência de vantagens ilícitas. Como não há regras e prazos claros para o pagamento, também não há sanções explícitas para a omissão do gestor público a quem compete realizar o pagamento.

Portanto, em muitos casos o contratado fica submetido a fazer escolhas difíceis, entre atender a pedido de vantagem ilícita ou recorrer, com pouca eficácia, aos órgãos de controle e ao Poder Judiciário. Dessa forma, o problema não reside apenas no arcabouço legal.

A seguir, serão examinados os fatores que mais comumente interferem no direito do particular de receber os pagamentos que lhe são reconhecidamente devidos pela Administração Pública e, por conseguinte, as principais razões que viabilizam ambiente propício para a prática de atos de corrupção.

### **3.2.1. Os problemas relacionados a prazos de pagamento**

O art. 40 da Lei nº 8.666/1993 define as regras básicas que os editais de licitação devem veicular. O inciso XIV, que disciplina as condições de pagamento, determina que os instrumentos convocatórios devem prever “a) prazo de pagamento não superior a trinta dias, contado a partir da data final do período de adimplemento de cada parcela”.

Portanto, depois de executar as obrigações que lhe cabem, o contratado terá de esperar até trinta dias para receber sua contraprestação, sem que a Administração tenha de pagar nada além do valor original.

Todavia, o prazo de trinta dias para pagamento só se inicia quando a Administração autoriza a emissão da fatura. Para que isso ocorra, é necessário que a Administração ateste que o contratado executou a obrigação que lhe cabia.

De acordo com o art. 73 da Lei nº 8.666/1993, após comunicação escrita do contratado, a Administração dispõe de até quinze dias para formalizar o recebimento provisório da obra ou a execução do serviço (inciso I, “a”). Esse recebimento provisório, em regra, permite que se dê continuidade ao processo de pagamento.

O mesmo artigo, entretanto, estabelece que o contrato poderá prever que o pagamento ocorra somente depois do recebimento definitivo do objeto. Isso é possível quando houver necessidade de decurso de prazo de observação ou de realização de vistoria para se comprovar “a adequação do objeto aos termos contratuais” (inciso I, “b”).

Nessa hipótese, o §3º do art. 73 da Lei estabelece que, em regra, a Administração dispõe do prazo de até noventa dias para promover o recebimento definitivo do objeto. Mas,

“em casos excepcionais, devidamente justificados e previstos no edital” (§3º), esse prazo poderá ser ainda maior.

Em relação a compras ou a locações de equipamentos, a situação é ainda mais grave. A Lei não estipula prazos para o recebimento provisório ou definitivo do bem, limitando-se a indicar que o recebimento provisório ocorrerá “para efeito de posterior verificação da conformidade do material com a especificação” (inciso II, “a”) e que o recebimento definitivo será formalizado “após a verificação da qualidade e quantidade do material e consequente aceitação” (inciso II, “b”).

Por fim, a Lei também não indica prazo para que a Administração autorize a emissão da fatura. A rigor, caberia a emissão da fatura pelo contratado imediatamente após o formal recebimento do objeto contratado. Contudo, na prática, sabe-se que a Administração comumente exige que os contratados aguardem sua autorização antes da emissão da nota fiscal.

O caráter lacônico da Lei nº 8.666/1993 sobre a matéria torna ainda mais relevante o exercício da competência regulatória na fase pré-contratual. Cabe à Administração Pública definir procedimentos detalhados para o pagamento do fornecedor, incluindo regras para disciplinar o recebimento formal dos bens ou serviços contratados, bem como as desconformidades específicas que justificariam o não pagamento ao fornecedor.

A mera reprodução no contrato das regras genéricas da Lei nº 8.666/1993 acarreta insegurança jurídica e riscos desnecessários para o contratado, sem que haja correspondente benefício à coletividade. Afinal, a postergação do pagamento de obrigações pode atender aos interesses circunstanciais de caixa do ente público, mas em nada prestigiam o chamado *interesse público*.

Também são evidentes as oportunidades que essas regras genéricas propiciam para a prática de atos de corrupção. São prerrogativas da Administração que interferem diretamente no momento em que ocorrerá o pagamento do contratado e que atribuem aos agentes públicos margens de discricionariedade desnecessárias, que podem ser negociadas para a obtenção de vantagens ilícitas.

### **3.2.2. A autorização legal para a postergação do pagamento por noventa dias**

De acordo com o art. 78, inciso XV, da Lei de Licitações, constitui motivo para rescisão do contrato administrativo:

O atraso superior a 90 (noventa) dias dos pagamentos devidos pela Administração decorrentes de obras, serviços ou fornecimento, ou parcelas destes, já recebidos ou

executados, salvo em caso de calamidade pública, grave perturbação da ordem interna ou guerra, assegurado ao contratado o direito de optar pela suspensão do cumprimento de suas obrigações até que seja normalizada a situação.

Em outras palavras, a Lei obriga o contratado a seguir executando normalmente o contrato por até noventa dias, mesmo sem receber da Administração qualquer pagamento durante esse período<sup>192</sup>.

Trata-se de previsão legal instituída a pretexto de se preservar a continuidade e a regularidade dos serviços públicos. Todavia, como a redação legal é abrangente, a prerrogativa acaba sendo aplicada inclusive na ausência do princípio da continuidade dos serviços públicos, como, de modo geral, ocorre em relação à execução de obras contratadas pela Administração<sup>193</sup>.

A regra, entretanto, é inadmissível porque consiste numa espécie de *salvo-conduto* para que a Administração atrase os pagamentos de seus contratados de forma deliberada e sistêmica. Note-se que a Lei sequer impõe ao agente público que decline formalmente os motivos que ensejam o retardo do pagamento. Daí porque tornou-se rotina nas contratações públicas a realização de pagamentos após o vencimento da obrigação.

Em tese, o atraso por longo período da realização de pagamento devido pela Administração só poderia decorrer da insuficiência de recursos públicos disponíveis. Essa hipótese, todavia, revela patologia incompatível com o planejamento financeiro-orçamentário que deve anteceder qualquer contratação pública<sup>194</sup>.

Isso porque, o art. 8º da Lei nº 8.666/1993 determina que “A execução das obras e dos serviços deve programar-se, sempre, em sua totalidade, previstos seus custos atual e final e considerados os prazos de sua execução”.

O parágrafo único do art. 8º excepcionalmente autoriza o retardamento da execução de obra ou serviço se estiver demonstrada a insuficiência financeira. Logo, diante da insuficiência de caixa o agente público tem até mesmo a opção de determinar a alteração do

---

<sup>192</sup> Sobre o tema, confira-se: MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Aspectos jurídicos da interrupção de obras públicas por inadimplência da administração. **Revista trimestral de direito público**, nº 27, pp. 108-122, São Paulo, Malheiros Editores, 1999.

<sup>193</sup> A oportuna crítica é de Celso Antônio Bandeira de Mello, que questiona a desmedida utilização da regra mesmo quando a contratação sequer se relaciona diretamente com a prestação de serviços públicos que pudessem atrair o princípio da continuidade (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. São Paulo, Malheiros, 22ª ed., 2007, p. 292).

<sup>194</sup> Na linha de assegurar a disponibilidade financeira e orçamentária para a realização tempestiva de pagamentos pela Administração Pública, o Tribunal de Contas da União tem determinado a “observância das fases da despesa pública, de modo que o empenho seja prévio ou contemporâneo à contratação, consoante artigos 58 a 70 da Lei nº 4.320/1964” (TCU, Acórdão nº 1.404/2011, 1ª Câmara, Rel. Min. Ubiratan Aguiar, DOU de 11.03.2011).

cronograma de execução do objeto, porém não é aceitável que autorize o particular a cumprir suas obrigações e, em seguida, deixe de realizar o correspondente pagamento sob o argumento de que não há recursos financeiros disponíveis.

Com a precisão que lhe é peculiar, Marçal Justen Filho ressalta o fato de que a inadimplência estatal, em si mesma, revela a prática de uma ilegalidade:

Tendo em vista o princípio da legalidade, não seria cogitável a Administração deixar de saldar os encargos derivados de contrato administrativo. Sob um certo ângulo, essa conduta é mais agressiva ao Estado de Direito do que a prática de ilícito absoluto. A Administração apenas pode realizar um contrato após cumprir minuciosas formalidades prévias. A Administração tem o dever de avaliar, previamente, a necessidade da contratação, apurar a existência de recursos orçamentários e programar os desembolsos. Logo, a ausência de recursos efetivos para o pagamento é um contrassenso injustificável. Pressupõe, necessariamente, a ofensa à Lei orçamentária. O “inadimplemento” somente pode chegar a ocorrer se, em algum momento, um agente administrativo tiver descumprido a lei. Mais ainda, o descumprimento à lei ocorreu de modo consciente e planejado, pois os agentes administrativos encontram-se em situação de prever, com antecedência, o desenlace dos fatos. É destituído de razoabilidade afirmar que o inadimplemento da Administração não acarretaria qualquer consequência. Isso representa negar a eficácia do princípio da legalidade e liberar a Administração para adotar condutas arbitrárias. É incompatível com o Estado de Direito. Além das severas punições aos agentes administrativos responsáveis pela infringência à lei, a Administração está obrigada a reparar estritamente todas as consequências de sua inadimplência<sup>195</sup>.

Ora, se o atraso de pagamento devido pela Administração revela conduta incompatível com diversas regras jurídicas e com o planejamento financeiro que se impõe ao Estado, não há sentido prático algum na regra do art. 78, inciso XV, da Lei de Licitações. Afinal, esse dispositivo acaba por institucionalizar uma prática que o ordenamento jurídico de direito público como um todo rechaça veementemente.

Por outro lado, a autorização legal para que a Administração permaneça em mora por até noventa dias possui consequências gravíssimas para o particular, que durante esse período é obrigado a seguir prestando serviços sem qualquer remuneração em contrapartida, sob pena de ser sancionado pelo ente público contratante<sup>196</sup>.

A depender da alavancagem financeira de suas operações e de sua disponibilidade de caixa, os atrasos de pagamento da Administração podem conduzir à

---

<sup>195</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 16ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 1.010.

<sup>196</sup> Em situações extremas, Carvalho Filho defende até mesmo a possibilidade de o contratado lançar mão da via judicial para interromper o dever de manter o cumprimento de suas obrigações: “Entendemos, entretanto, que, em situações especiais, se o prejudicado, mesmo antes desse prazo, ficar impedido de dar continuidade ao contrato por força da falta de pagamento, tem ele direito à rescisão do contrato com culpa da Administração. Fora daí, é admitir-se a ruína do contratado por falta contratual imputada à outra parte, o que parece ser inteiramente iníquo e injurídico”. (CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 28ª ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 200).

insolvência da empresa contratada e à paralisação dos serviços prestados, o que revela um cenário danoso também para o interesse da coletividade.

O estrangulamento do contratado pelo binômio *ausência de pagamento v.s. dever legal de continuidade da prestação* propicia terreno fértil para a prática de atos ilícitos. Como o art. 78, inciso XV, não exige fundamentação específica do agente público para deixar de realizar o pagamento, há grande margem para se negociar o pagamento das faturas em aberto<sup>197</sup>.

E, sem dúvida alguma, a disposição do particular para ceder a pedidos de vantagens ilícitas será diretamente proporcional à ampliação das suas dificuldades financeiras, que se vinculam também diretamente aos atrasos de pagamentos devidos pela Administração.

Trata-se, ademais, de situação danosa não apenas aos particulares, mas também ao próprio Estado, que se vê obrigado a pagar encargos moratórios e atualização monetária quando realiza pagamentos em atraso<sup>198</sup>.

Por fim, há que se mencionar os efeitos concorrenciais dessa regra legal para a etapa pré-contratual. A simples previsão normativa de que a Administração pode atrasar os pagamentos em até noventa dias tem o potencial de afastar da disputa potenciais licitantes que não desejam se submeter ao risco ou que simplesmente não dispõem de condições financeiras para suportar os atrasos de pagamentos.

Diante dessas circunstâncias, este trabalho propõe a eliminação do inciso XV do art. 78 da Lei nº 8.666/1993<sup>199</sup>.

---

<sup>197</sup> Em contraposição à ausência de dever legal de motivação para o atraso de pagamentos, pode-se mencionar o art. 78, inciso XII, da Lei nº 8.666, que veicula outra prerrogativa exorbitante da Administração. A regra autoriza entes públicos a promover a rescisão unilateral de contratos públicos quando houver “razões de interesse público, de alta relevância e amplo conhecimento”. Todavia, há expressa determinação para que as razões sejam “justificadas e determinadas pela máxima autoridade da esfera administrativa a que está subordinado o contratante e exaradas no processo administrativo a que se refere o contrato”. Portanto, nessa hipótese a Lei obriga o agente público a motivar o ato rescisório de forma específica, para que haja transparência e para viabilizar ao contratado a eventual contestação judicial da validade dos motivos apresentados.

<sup>198</sup> Nesse sentido, vide, por exemplo as disposições do art. 36, §4º, da Instrução Normativa SLTI/MPOG nº 02/2008, aplicável aos entes públicos federais.

<sup>199</sup> Atualmente em trâmite na Câmara dos Deputados, o Projeto de Lei nº 6814/2017, já aprovado pelo Senado Federal (PLS nº 559/2013), pretende instituir um novo estatuto jurídico para as licitações e contratos administrativos. Uma das novidades se refere à redução, pela metade, do atual período de noventa dias que a Lei nº 8.666/1993 impõe ao contratado suportar a execução contratual sem o recebimento da contraprestação que lhe é devida (art. 102, inciso IV).

### 3.2.3. O somatório dos sucessivos prazos e a postergação do pagamento

A combinação do prazo de até 90 dias para o recebimento do bem ou serviço, do prazo de 30 dias para pagamento da fatura emitida e do prazo de 90 dias em que a Administração pode permanecer inadimplente revela que, após executar a contento a prestação que lhe cabia, o particular pode ter de aguardar até sete meses para receber os valores que lhe são devidos.

Tudo isso no âmbito de uma situação absolutamente ordinária, sem que a Lei exija do agente público a apresentação de qualquer motivação específica.

É evidente que essa conjugação de regras viola os princípios da legalidade, da moralidade e da segurança jurídica, o que impõe urgência à revisão dos métodos de pagamento que disciplinam a atividade da Administração Pública.

### 3.2.4. O direito à ordem cronológica e as dificuldades de sua implementação

No que se refere à realização de pagamentos aos contratados, a Lei de Licitações institui diversas prerrogativas exorbitantes em favor da Administração. Algumas dessas prerrogativas, como se demonstrou, atribuem aos agentes públicos extensa e desnecessária margem de discricionariedade quanto ao momento do efetivo pagamento.

Em tese, após a execução do objeto contratual, o agente público poderá simplesmente postergar o pagamento do contratado por até sete meses, sem apresentar qualquer justificativa. É evidente que essa discricionariedade origina amplas oportunidades para a prática de atos de corrupção. Na tentativa de coibir práticas indevidas, o art. 5º, *caput*, da Lei nº 8.666/1993, instituiu uma ordem cronológica de pagamentos das obrigações assumidas pelos entes públicos:

Todos os valores, preços e custos utilizados nas licitações terão como expressão monetária a moeda corrente nacional, ressalvado o disposto no art. 42 desta Lei, devendo cada unidade da Administração, no pagamento das obrigações relativas ao fornecimento de bens, locações, realização de obras e prestação de serviços, obedecer, para cada fonte diferenciada de recursos, a estrita ordem cronológica das datas de suas exigibilidades, salvo quando presentes relevantes razões de interesse público e mediante prévia justificativa da autoridade competente, devidamente publicada.

O art. 92 da Lei 8.666/1993, por sua vez, tipifica o ato de “pagar fatura com preterição da ordem cronológica de sua exigibilidade”, que constitui crime punível com detenção de dois a quatro anos e multa.

### 3.2.4.1. O fundamento da regra

O sentido da regra é bastante claro. Ela estabelece o direito subjetivo público dos contratados de não serem preteridos no momento de receberem os pagamentos que lhe são devidos pela execução total ou parcial de um contrato administrativo.

De acordo com Marçal Justen Filho:

O efeito normativo fundamental produzido pelo art. 5º consiste na exclusão de ocorrência de pagamentos *per saltum*. Eliminam-se expedientes reprováveis que conduziram à escolha por parte da Administração do sujeito que seria beneficiado pelo pagamento. Logo, a ordem de preferência deverá ser observada, o que significa que a Administração será constrangida a realizar os pagamentos segundo critério objetivo, com exclusão de qualquer margem para escolhas norteadas por preferências subjetivas e arbitrárias<sup>200</sup>.

O dever da Administração Pública de efetuar os pagamentos na ordem cronológica de suas exigibilidades é decorrência direta dos princípios da isonomia, da impessoalidade, da moralidade e da boa-fé.

A Administração não pode pagar determinado fornecedor sem antes efetuar os pagamentos dos demais, cujos créditos já eram exigíveis. Do contrário, haverá o tratamento dos particulares mediante critérios díspares, o que é vedado pelo ordenamento jurídico.

A aplicação desses princípios já é suficiente para se afastar toda e qualquer realização de pagamentos pelo Poder Público fora da ordem cronológica de suas exigibilidades, bem como para preservar os direitos dos particulares que contratam com a Administração. O respeito a esse direito é condição fundamental para a atuação moralizada da Administração Pública.

Na prática, todavia, a efetiva aplicação da regra que determina o cumprimento da ordem cronológica apresenta diversas dificuldades concretas.

### 3.2.4.2. O momento da inscrição na ordem cronológica

Questão importante se relaciona ao momento em que deverá ocorrer a inscrição do crédito na ordem cronológica. De acordo com o art. 5º da Lei nº 8.666, o pagamento das obrigações assumidas pelo Poder Público deve ocorrer em “estrita ordem cronológica das datas de suas exigibilidades”.

---

<sup>200</sup> JUSTEN FILHO, 2014, p. 132.

Para melhor compreender a regra, é necessário examinar brevemente as três etapas procedimentais necessárias à realização da despesa pública: o empenho, a liquidação e a emissão da ordem de pagamento.

Após celebrar o contrato administrativo, em decorrência de licitação ou de contratação direta, a Administração deve empenhar, em favor do contratado, recursos orçamentários suficientes para realizar o pagamento futuro dos valores relacionados ao objeto da contratação<sup>201</sup>.

O empenho, que é formalizado pela emissão da nota de empenho, constitui procedimento essencial para organizar as finanças públicas e para dar ao contratado segurança quanto à efetiva disponibilidade dos recursos necessários ao pagamento do seu futuro crédito.

Ao empenhar os recursos em favor do particular, cabe ao gestor público deduzir o valor empenhado da correspondente dotação orçamentária, de modo a evitar que as obrigações assumidas pela Administração superem os créditos orçamentários disponíveis.

A etapa seguinte da despesa pública deve ocorrer quando, de acordo com as regras pactuadas, o contratado tiver direito ao recebimento de sua contraprestação, o que geralmente demanda a execução de pelo menos parte do objeto contratual.

Trata-se da etapa de liquidação da despesa, que “consiste na verificação do direito adquirido pelo credor tendo por base os títulos e documentos comprobatórios do respectivo crédito” (art. 63 da Lei nº 4.320/1964). Nessa fase, o gestor público deverá atestar se o contratado cumpriu ou não as obrigações que lhe cabiam, certificando que de fato ocorreu, por exemplo, o fornecimento de certos bens ou a prestação de determinados serviços.

Realizada a liquidação, a autoridade competente deverá emitir a ordem de pagamento dos valores reconhecidos (art. 64 da Lei nº 4.320/1964) e autorizar o contratado a emitir a correspondente fatura.

De acordo com a regulamentação instituída pela Instrução Normativa nº 2/2016 da Secretaria de Gestão do Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão, “A ordem cronológica de exigibilidade terá como marco inicial, para efeito de inclusão do crédito na sequência de pagamentos, o recebimento da nota fiscal ou fatura pela unidade administrativa responsável pela gestão do contrato” (art. 3º).

---

<sup>201</sup> De acordo com o art. 58 da Lei nº 4.320/1964, “O empenho de despesa é o ato emanado de autoridade competente que cria para o Estado obrigação de pagamento pendente ou não de implemento de condição”.

Indo além, o §1º desse mesmo dispositivo indica que “Considera-se ocorrido o recebimento da nota fiscal ou fatura no momento em que o órgão contratante atestar a execução do objeto do contrato”.

Diante disso, para todos os efeitos, o crédito deve ser inscrito na ordem cronológica de pagamentos na data em que for atestado o cumprimento das obrigações que cabiam ao contratado.

Todavia, o período anterior à atestação não é protegido pela regra, de modo que os agentes públicos mal-intencionados podem criar embaraços diversos com o objetivo de evitar ou postergar a atestação do cumprimento das obrigações, inviabilizando, por conseguinte, a inscrição do crédito na ordem cronológica de pagamentos.

Se ficar demonstrado ter havido omissão ou mora ilegal da Administração em relação à adoção das providências que lhe cabiam para o reconhecimento do crédito, o contratado, quando for autorizado a emitir sua fatura, terá direito à sua inscrição na ordem cronológica de pagamentos de forma retroativa, na data em que a omissão estatal tiver se tornado evidente<sup>202</sup>.

### **3.2.4.3. A ausência de divulgação da ordem cronológica**

Inexistem regras específicas para disciplinar o dever da Administração de realizar pagamentos em ordem cronológica.

Faltam, em essência, regras de procedimento para que sejam divulgadas informações relativamente aos pagamentos devidos e realizados pelo Poder Público. Não há padronização sobre quais informações devem ser divulgadas e como e em qual periodicidade a divulgação deve ocorrer, assim como não há determinação de prazos.

Pelo menos no âmbito do Governo Federal, é possível consultar informações atualizadas sobre os pagamentos realizados diariamente por todos os entes públicos que integram a União<sup>203</sup>, exceto em relação às empresas estatais não dependentes<sup>204</sup>. Mas, não se

---

<sup>202</sup> Mais adiante o trabalho sugerirá critérios para a definição do momento em que a omissão estatal deverá ser reputada ilegal no âmbito dos processos de pagamento.

<sup>203</sup> Informações disponíveis em: <<http://transparencia.gov.br/despesasdiarias/>>.

<sup>204</sup> De acordo com o glossário do Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão, empresa estatal dependente é a “Empresa controlada que recebe do ente controlador recursos financeiros para pagamento de despesas com pessoal ou de custeio em geral ou de capital, excluídos, no último caso, aqueles provenientes de aumento de participação acionária” ([http://portal.convenios.gov.br/ajuda/glossario/empresa-estatal-dependente\\_](http://portal.convenios.gov.br/ajuda/glossario/empresa-estatal-dependente_)).

divulgam as listas das obrigações em ordem cronológica, o que inviabiliza verificar se os pagamentos estão sendo realizados de forma isonômica.

A propósito, a divulgação dessas informações, que já deveria ser praxe na Administração Pública desde a edição da Lei nº 8.666/1993, foi recentemente regulamentada pela Instrução Normativa nº 2/2016 da Secretaria de Gestão do Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão<sup>205</sup>. Apesar disso, como se verá adiante neste capítulo, a maior parte dos entes públicos ainda não observa a Lei e o seu regulamento.

A criação de obstáculos ao amplo acesso dessas informações mantém os pagamentos do setor público sob uma espécie de sigilo de fato, inviabilizando o efetivo controle dos pagamentos pelos contratados e pela sociedade de modo geral.

#### **3.2.4.4. A ausência de divulgação dos repasses entre entes públicos**

A lei orçamentária contempla rubricas específicas para praticamente todos os entes públicos. Todavia, como a arrecadação em geral ocorre por meio de um ente central<sup>206</sup>, ao longo do ano as verbas orçamentárias são descentralizadas por meio de saques dos órgãos ou de repasses aos entes da Administração indireta<sup>207</sup>.

Ocorre que as informações sobre esses repasses não são divulgadas diariamente ou em tempo real, o que as torna praticamente inacessíveis. A divulgação do saldo de recursos que estão disponíveis para cada ente público é essencial para que os contratados e a sociedade saibam se há dinheiro para suficiente para pagar tais ou quais fornecedores.

Trata-se de evitar que o ente público, mesmo tendo à disposição recursos disponíveis para pagar o contrato que está na fila da ordem cronológica, permaneça omissos sob o argumento de pretensa ausência de caixa.

#### **3.2.4.5. A questão das diferentes fontes de recursos**

O art. 5º, *caput*, da Lei nº 8.666, determina que cada unidade da Administração observe a ordem cronológica de exigibilidade das faturas “para cada fonte diferenciada de

---

<sup>205</sup> “Art. 5º, § 2º - Com o fim de salvaguardar a transparência administrativa, nos termos da Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011, o órgão ou entidade deverá disponibilizar, mensalmente, na seção específica de acesso à informação de seu sítio na Internet, a ordem cronológica de seus pagamentos, bem como as justificativas que fundamentam a eventual quebra da ordem”.

<sup>206</sup> Conferir, no âmbito da União, o art. 1º do Decreto-Lei nº 1.755/1979.

<sup>207</sup> A unificação dos recursos de caixa no Tesouro Nacional e a descentralização desses recursos para órgãos e entes da Administração indireta são disciplinados pelo Decreto nº 93.872/1986.

recursos”. Portanto, é inequívoco que uma mesma unidade administrativa poderá organizar mais de uma ordem cronológica para realizar os seus pagamentos.

Todavia, a multiplicidade de ordens cronológicas sem um critério objetivo e eficaz poderia inviabilizar a própria aplicação da Lei, pois, para privilegiar um dos fornecedores, bastaria incluí-lo em ordem cronológica distinta em relação aos demais.

A preocupação da Lei nesse particular é de natureza orçamentária. Quando da edição da Lei de Licitações, a expressão “para cada fonte diferenciada de recursos” foi incluída pela Emenda nº 239, de autoria do Deputado Cesar Bandeira (PFL-MA), apresentada sob o argumento de que “A dotação orçamentária, através do Quadro de Detalhamento de Despesas da Lei Orçamentária Anual é vinculada a tipos específicos de fontes de recursos. A emenda visa deixar claro que os pagamentos respeitarão essa vinculação”<sup>208</sup>.

Pretendeu-se compatibilizar as regras de pagamento e as normas de direito financeiro que estabelecem correlação entre diferentes categorias de receitas e despesas nas leis orçamentárias. Do contrário, a aplicação dos recursos financeiros do Estado perderia o seu referencial orçamentário, que é essencial para o planejamento e para o controle da ação pública.

Nesse sentido, o primeiro desafio para interpretar o art. 5º, *caput*, da Lei nº 8.666/1993 consiste em estabelecer o conceito de *fonte de recursos* que deve ser adotado para a organização cronológica dos pagamentos. Trata-se de questão relevante porque é a definição desse conceito que estabelecerá a amplitude das diferentes ordens cronológicas de cada ente federativo.

De acordo com o Senado Federal, “Entende-se por fonte de recursos a origem ou a procedência dos recursos que devem ser gastos com uma determinada finalidade [...] atendendo a uma determinada regra de destinação legal, e servem para indicar como são financiadas as despesas orçamentárias”<sup>209</sup>.

Esse conceito é baseado na Portaria nº 1, de 19.02.2001, da Secretaria de Orçamento Federal (SOF) do Ministério do Planejamento, que apresenta uma extensa classificação por fontes de recursos<sup>210</sup>. A norma estabelece grupos de fontes de recurso que indicam se os valores são ou não oriundos do Tesouro Nacional e se pertencem ao exercício financeiro corrente ou a exercícios pretéritos.

---

<sup>208</sup> Disponível em: <<http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD21MA11992.pdf#page=184>>.

<sup>209</sup> Glossário de Orçamento do Senado Federal. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/orcamento/glossario/fonte-de-recursos>>.

<sup>210</sup> Disponível em: <[http://www.orcamentofederal.gov.br/orcamentos-anuais/orcamento-2001/portarias-sof/Anexo\\_I\\_2001.pdf](http://www.orcamentofederal.gov.br/orcamentos-anuais/orcamento-2001/portarias-sof/Anexo_I_2001.pdf)>.

Em seguida, no âmbito dos grupos de fontes, a Portaria estabelece noventa e nove fontes diferenciadas que indicam a origem efetiva dos recursos (v.g. “00 – Recursos Ordinários”; “18 – Contribuições sobre Concursos de Prognósticos”; “40 – Contribuições para os Programas PIS/PASEP”; etc.).

A classificação da Portaria SOF nº 1/2001 não é adequada para os objetivos do art. 5º da Lei de Licitações porque não permite a organização dos débitos do Poder Público em ordem cronológica. Seria inviável instituir distintas ordens cronológicas de pagamento para cada uma das noventa e nove fontes de recursos.

Além de inviável, seria providência ineficaz para assegurar o objetivo da Lei, que é o respeito ao princípio da isonomia quando da realização de pagamentos aos fornecedores da Administração. É necessário, portanto, encontrar outro meio para se interpretar o dispositivo da Lei nº 8.666/1993 de forma razoável e compatível com as regras orçamentárias.

Uma primeira pista para solucionar a questão reside no fato de que a Lei nº 8.666/1993 é anterior à Portaria SOF nº 1/2001, de modo que o conceito de *fonte de recursos* instituído pela Portaria não necessariamente foi aquele adotado à época pelo legislador.

É necessário, então, recorrer à Lei nº 4.320/1964, que estabelece normas gerais orçamentárias e contábeis para todos os entes federativos. A redação original da Lei estabeleceu uma classificação da receita pública *por fontes* e vinculou as diferentes fontes de recursos a duas categorias econômicas essenciais: receitas correntes e receitas de capital (art. 11).

O Decreto-Lei nº 1.939/1982 alterou esse dispositivo, retirando a menção à classificação *por fontes*, mas, na prática, manteve a lógica da redação original de agrupar diferentes espécies de receitas (ou *fontes de recursos*) às categorias de receitas correntes e de capital<sup>211</sup>.

Ao tratar das despesas públicas, por sua vez, o art. 12 da Lei nº 4.320/1964 classifica-as em despesas correntes (custeio) e de capital (investimentos e inversões), estabelecendo uma clara e essencial vinculação contábil entre receitas e despesas. Afinal, em

---

<sup>211</sup> “Art. 11 - A receita classificar-se-á nas seguintes categorias econômicas: Receitas Correntes e Receitas de Capital. § 1º - São Receitas Correntes as receitas tributária, de contribuições, patrimonial, agropecuária, industrial, de serviços e outras e, ainda, as provenientes de recursos financeiros recebidos de outras pessoas de direito público ou privado, quando destinadas a atender despesas classificáveis em Despesas Correntes. § 2º - São Receitas de Capital as provenientes da realização de recursos financeiros oriundos de constituição de dívidas; da conversão, em espécie, de bens e direitos; os recursos recebidos de outras pessoas de direito público ou privado, destinados a atender despesas classificáveis em Despesas de Capital e, ainda, o *superávit* do Orçamento Corrente”.

regra, receitas correntes devem ser utilizadas para custear despesas correntes<sup>212</sup> e receitas de capital devem ser aplicadas em despesas de capital<sup>213</sup>.

Portanto, para atingir o objetivo da Lei nº 8.666/1993, que consiste em garantir que os pagamentos da Administração Pública sejam realizados de forma moralizada e isonômica, não se deve observar apenas as origens das receitas públicas, mas especialmente a natureza da correspondente despesa.

Todavia, não bastaria criar para cada ente público apenas uma lista de ordem cronológica para despesas correntes e outra para despesas de capital. Isso porque no âmbito dessas duas categorias existem despesas que possuem natureza bastante diversa entre si, o que conduziria a dificuldades intransponíveis.

Por exemplo, no âmbito das despesas correntes incluem-se tanto as despesas com pessoal e encargos sociais, como despesas de custeio da máquina pública devidos a fornecedores diversos. Fornecedores do setor público e servidores públicos são particulares que mantêm relações jurídicas completamente distintas com o Estado, de modo que não atenderia ao princípio da isonomia inseri-los na mesma ordem cronológica de pagamentos.

É necessário, então, encontrar um critério que sirva tanto aos objetivos da Lei de Licitações quanto à legislação de direito financeiro.

Compulsando as alternativas disponíveis no direito financeiro, a solução mais razoável é no sentido de que cada ente público organize listas de ordem cronológica de pagamentos separadas por Grupos de Natureza de Despesa (GND).

De acordo com a Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO) 2016-2017<sup>214</sup>, os Grupos de Natureza de Despesa (art. 7º, §2º):

[...] constituem agregação de elementos de despesa de mesmas características quanto ao objeto de gasto, conforme a seguir discriminados:

- I - pessoal e encargos sociais (GND 1);
- II - juros e encargos da dívida (GND 2);
- III - outras despesas correntes (GND 3);

---

<sup>212</sup> Havendo *superávit* no balanceamento entre receitas e despesas correntes, o saldo será considerado receita de capital, podendo ser aplicado na realização de despesas de capital (art. 11, §2º, da Lei nº 4.320/1964).

<sup>213</sup> A utilização de receitas de capital para custear despesas correntes é vedada pela legislação, sendo admissível apenas em situações excepcionalíssimas. O art. 167, inciso III, veda a realização de operações de créditos (receitas de capital) que excedam o montante previsto para as despesas de capital, “ressalvadas as autorizadas mediante créditos suplementares ou especiais com finalidade precisa, aprovados pelo Poder Legislativo por maioria absoluta”. Trata-se da chamada *regra de ouro* do direito financeiro, que visa coibir o aumento do endividamento estatal para a realização de despesas de custeio. Seguindo a mesma lógica de restringir a utilização de receitas de capital para pagar despesas correntes, o art. 44 da Lei Complementar nº 101/2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal) determina que “É vedada a aplicação da receita de capital derivada da alienação de bens e direitos que integram o patrimônio público para o financiamento de despesa corrente, salvo se destinada por lei aos regimes de previdência social, geral e próprio dos servidores públicos”.

<sup>214</sup> Lei nº 13.408/2016.

IV - investimentos (GND 4);  
 V - inversões financeiras, incluídas quaisquer despesas referentes à constituição ou ao aumento de capital de empresas (GND 5); e  
 VI - amortização da dívida (GND 6).

Ao reunir diferentes fontes de recursos (ou de receitas) em grupos de despesas que possuem as mesmas características quanto ao objeto do gasto, a categoria GND apresenta-se como alternativa viável para nortear a aplicação concreta do art. 5º da Lei nº 8.666/1993.

Por exemplo, na Lei Orçamentária de 2017 o GND “3 – Outras Despesas Correntes” do Poder Judiciário é integrado por seis das noventa e nove fontes de recursos listadas pela Portaria SOF nº 1/2001: “00 - Recursos Ordinários, 27 – Custas Judiciais; 50 – Recursos Próprios Não-Financeiros; 74 – Taxas e Multas pelo Exercício do Poder de Polícia e Multas Provenientes de Processos Judiciais; 75 – Taxas por Serviços Públicos; e 81 – Recursos de Convênios”<sup>215</sup>.

No exemplo concreto, o que importará é que valores decorrentes dessas seis fontes integrarão o grupo “Outras Despesas Correntes”, que abrange “gastos com a manutenção das atividades dos órgãos, cujos exemplos mais típicos são: material de consumo, material de distribuição gratuita, passagens e despesas de locomoção, serviços de terceiros, locação de mão de obra, arrendamento mercantil, auxílio alimentação *etc.*”<sup>216</sup>.

Isso porque, para assegurar isonomia entre os diversos fornecedores, é irrelevante saber se os recursos disponíveis para seu pagamento são oriundos de uma ou outra dessas seis fontes de recursos.

Até porque, do ponto de vista orçamentário, uma determinada fonte de recursos pode ser alocada para abastecer diferentes GNDs. O exemplo mais comum é a fonte “00 – Recursos Ordinários”, que se refere a valores que “não estão vinculados a nenhum órgão ou programação e que estão disponíveis para livre aplicação”<sup>217</sup>.

Logo, cabe ao ente público utilizar as diferentes receitas que alimentam esse GND para pagar, em ordem cronológica, os fornecedores dos bens e serviços que se enquadram no conceito de “*Outras Despesas Correntes*”.

Do mesmo modo, para pagar as faturas decorrentes da construção de obras públicas e outros investimentos, o ente público deve manter atualizada e em ordem cronológica a lista de pagamentos devidos no âmbito do GND “4 – Investimentos”.

<sup>215</sup> Volume 1 do Projeto de Lei Orçamentária Anual de 2017. Disponível em: <<http://www.orcamentofederal.gov.br/orcamentos-anuais>>.

<sup>216</sup> Conceito disponível em: <<http://www.orcamentofederal.gov.br/glossario-1/outras-despesas-correntes>>.

<sup>217</sup> **Manual de Contabilidade Aplicada ao Setor Público**. 3ª edição. Ministério da Fazenda, Brasília: 2010, p. 26. Disponível em: <[http://www3.tesouro.gov.br/legislacao/download/contabilidade/MCASP\\_Volume\\_Anexo.pdf](http://www3.tesouro.gov.br/legislacao/download/contabilidade/MCASP_Volume_Anexo.pdf)>.

Conclui-se, portanto, que apesar de a Lei de Licitações se referir à instituição de ordem cronológica de pagamentos “para cada fonte diferenciada de recursos”, a interpretação mais compatível com o princípio da isonomia é no sentido de que a expressão *fonte diferenciada* se refere à organização das diversas fontes de recursos em grupos diferenciados de despesas que possuem características comuns entre si.

Logo, é cabível organizar uma ordem cronológica de pagamentos para cada Grupo de Natureza de Despesa, e não para cada uma das fontes de recursos isoladamente consideradas.

Nesse sentido, a Instrução Normativa nº 2/2016 da Secretaria de Gestão do Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão estabeleceu que a ordem cronológica deve ser observada separadamente de acordo com as seguintes categorias de despesas: fornecimento de bens; locações; prestação de serviços; realização de obras; e pequenos credores. O regulamento, desse modo, contribui para solver as dúvidas que havia em relação à aplicação da Lei.

#### **3.2.4.6. A impossibilidade de estabelecer limites temporais**

No âmbito de um mesmo GND, é necessário que a ordem cronológica de pagamentos preserve sua unidade. Em outras palavras, o estabelecimento de diferentes cronologias para um mesmo grupo de despesas tenderá a acarretar tratamento não isonômico, desvios de natureza ética e descontrole fiscal.

Uma das hipóteses de rompimento da unicidade que se pode cogitar é de natureza temporal, por meio da instituição de uma cronologia para cada exercício financeiro ou da separação entre ordem cronológica do exercício financeiro em curso e ordem cronológica de exercícios anteriores.

A separação da lista de pagamentos por períodos de tempo, por qualquer mecanismo que seja, conduz a graves problemas.

Em primeiro lugar, seria impossível estabelecer critérios objetivos para a alocação de recursos para pagar obrigações listadas numa ou noutra lista.

Em segundo lugar, o gestor público mal-intencionado poderia pressionar determinado fornecedor com a ameaça de atrasar quaisquer das etapas de tramitação do processo de pagamento de sua fatura (atesto, liquidação, faturamento e pagamento), de modo

que o pagamento da obrigação seria incluído como *restos a pagar*<sup>218</sup> em ordem cronológica reservada aos exercícios financeiros anteriores.

A multiplicidade de ordens cronológicas por períodos de tempo abriria amplas possibilidades para a prática de atos de corrupção, tanto durante o processo legislativo de definição das dotações orçamentárias destinadas a cada ordem cronológica, como no âmbito da definição da aplicação efetiva dos recursos financeiros disponíveis para cada ente público.

A ideia de instituir uma ordem cronológica para o passado, diversa da aplicável ao exercício financeiro em curso, costuma florescer no início de mandatos eletivos, notadamente quando o gestor anterior não é aliado do novo governante.

Essa solução, entretanto, deve ser afastada, inclusive em razão do princípio da continuidade aplicável às contas públicas, segundo o qual “as obrigações não pagas no exercício de origem são transferidas para o exercício seguinte, acompanhadas do saldo de caixa que contém as disponibilidades não utilizadas nos pagamentos dessas obrigações”<sup>219</sup>.

Desse modo, a disponibilidade de caixa não aplicada a um exercício financeiro deve ser transferida para o seguinte de modo a honrar as obrigações assumidas pelo ente público em ordem cronológica.

Se o gestor público em final de mandato descumprir a legislação que lhe impõe responsabilidade fiscal<sup>220</sup>, deixando para o exercício seguinte despesas sem a correspondente disponibilidade financeira, deverá ser responsabilizado com as sanções cabíveis. Essa circunstância, todavia, não autoriza o novo gestor a instituir ordens cronológicas distintas para tratar o exercício financeiro em curso separadamente dos pretéritos.

---

<sup>218</sup> De acordo com o art. 36 da Lei nº 4.320/1964, “Consideram-se Restos a Pagar as despesas empenhadas mas não pagas até o dia 31 de dezembro distinguindo-se as processadas das não processadas”. Por sua vez, o art. 67, §1º, do Decreto nº 93.872/1986 esclarece que “Entendem-se por processadas e não processadas, respectivamente, as despesas liquidadas e as não liquidadas, na forma prevista neste decreto”.

<sup>219</sup> REIS, Heraldo da Costa; MACHADO JÚNIOR, José Teixeira. **A Lei 4.320 comentada e a Lei de Responsabilidade Fiscal**. 33ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, IBAM: 2010, p. 83. No mesmo sentido, o art. 15 do Decreto nº 93.872/1986 determina que “Os restos a pagar constituirão item específico da programação financeira, devendo o seu pagamento efetuar-se dentro do limite de saques fixado”.

<sup>220</sup> Para evitar a assunção de compromissos pela Administração em valores superiores aos assegurados nas rubricas orçamentárias, o art. 73 do Decreto-Lei 200/1967 determina que “Nenhuma despesa poderá ser realizada sem a existência de crédito que a comporte ou quando imputada a dotação imprópria, vedada expressamente qualquer atribuição de fornecimento ou prestação de serviços cujo custo exceda aos limites previamente fixados em lei”. Nessa linha, o art. 25 do Decreto nº 93.872/1986 prescreve que “O empenho importa deduzir seu valor de dotação adequada à despesa a realizar, por força do compromisso assumido” e, do mesmo modo, o Art. 42 da Lei Complementar nº 101/2000 indica que “É vedado ao titular de Poder ou órgão referido no art. 20, nos últimos dois quadrimestres do seu mandato, contrair obrigação de despesa que não possa ser cumprida integralmente dentro dele, ou que tenha parcelas a serem pagas no exercício seguinte sem que haja suficiente disponibilidade de caixa para este efeito”.

Isso porque, sobretudo em situações de escassez de recursos públicos, o pagamento de todas as obrigações em ordem cronológica, sem quaisquer condições ou concessões, além de permitir melhor organização das contas públicas e propiciar transparência, também viabiliza um mecanismo de proteção dos gestores públicos em face de pressões decorrentes de interesses dos diversos credores.

### 3.2.4.7. O afastamento excepcional da regra

O art. 5º, *caput*, da Lei nº 8.666 admite a realização de pagamentos fora da ordem cronológica de forma excepcionalíssima<sup>221</sup>, “quando presentes relevantes razões de interesse público”. Não basta, portanto, que se alegue alguma razão trivial ou de menor gravidade. Para afastar a ordem cronológica, a Administração deverá demonstrar a existência de grave e efetivo risco de danos concretos ao erário ou à coletividade<sup>222</sup>.

Será imprescindível, em primeiro lugar, que se indique por qual razão, entre todas as faturas pendentes de pagamento, aquela específica, daquele determinado fornecedor, merecerá tratamento diferenciado em relação às demais que foram apresentadas em data anterior.

A justificativa não poderá ter por fundamento o interesse privado do contratado, já que este possui a mesma relevância do interesse dos demais fornecedores em receber o pagamento que lhe é devido.

---

<sup>221</sup> Há na doutrina, inclusive, consistente defesa no sentido de que a exceção legal não poderia ser aplicada em razão do manifesto risco de ofensa ao princípio da isonomia: “A previsão de alteração da ordem cronológica dos pagamentos sem razão de ‘relevantes razões de interesse público’ é potencialmente apta a ofender o princípio da isonomia. A Administração não pode beneficiar determinados particulares e estabelecer privilégios no tocante aos pagamentos. Muito menos poderia fazê-lo por meio da invocação do ‘interesse público’, o qual exige, isto sim, que a Administração trate os particulares de modo isonômico” (JUSTEN FILHO, 2014, p. 129).

<sup>222</sup> No âmbito do Poder Executivo federal, a IN nº 02/2016 da Secretaria de Gestão do Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão disciplinou as hipóteses em que a ordem cronológica pode ser excepcionalmente afastada: “Art. 5º - A quebra da ordem cronológica de pagamentos somente ocorrerá quando presentes relevantes razões de interesse público e mediante prévia justificativa da autoridade competente. § 1º - Consideram-se relevantes razões de interesse público as seguintes situações: I - grave perturbação da ordem, situação de emergência ou calamidade pública; II - pagamento a microempresa, empresa de pequeno porte e demais beneficiários do Decreto nº 8.538, de 6 de outubro de 2015, desde que demonstrado o risco de descontinuidade do cumprimento do objeto do contrato; III - pagamento de serviços necessários ao funcionamento dos sistemas estruturantes do Governo Federal, desde que demonstrado o risco de descontinuidade do cumprimento do objeto do contrato; IV - pagamento de direitos oriundos de contratos em caso de falência, recuperação judicial ou dissolução da empresa contratada; ou V - pagamento de contrato cujo objeto seja imprescindível para assegurar a integridade do patrimônio público ou para manter o funcionamento das atividades finalísticas do órgão ou entidade, quando demonstrado o risco de descontinuidade da prestação de um serviço público de relevância ou o cumprimento da missão institucional”.

A motivação do ato que afastar a ordem cronológica também deverá ser objetiva e específica. Não será admissível afastar a aplicação do princípio da isonomia apenas com alegações genéricas de que há relevante interesse público no pagamento daquele fornecedor de forma prioritária.

A fundamentação também não poderá ser elaborada para autorizar sucessivas interferências na ordem cronológica. Os motivos deverão ser apresentados, de forma específica, previamente ao pagamento de cada fatura.

Em tese, podem constituir relevantes razões para a inobservância da ordem cronológica, por exemplo, os motivos que ensejam a contratação direta por dispensa de licitação nas hipóteses dos incisos III e IV do art. 24 da Lei nº 8.666/1993 (guerra, grave perturbação da ordem, emergência ou calamidade pública, com risco para “a segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens, públicos e particulares...”).

Todavia, mesmo nessas hipóteses deverão ser examinadas as circunstâncias concretas, inclusive a situação dos demais fornecedores.

Por exemplo, seria admissível o afastamento pontual da ordem cronológica para pagar despesas indispensáveis à reconstrução de uma ponte que tenha desabado em meio a um temporal, deixando populações inacessíveis, ou para pagar pelo aluguel de helicópteros para resgate das vítimas.

Contudo, a mera existência de contratação direta por razões emergenciais não enseja o afastamento automático da cronologia. Há, na Administração Pública de todo o Brasil, inclusive de Estados e Capitais de grande porte, problemas crônicos relativamente à aplicação do princípio licitatório, pela realização sistemática de contratações diretas<sup>223</sup> e até mesmo pela reiterada admissão do fornecimento de bens ou da prestação de serviços sem base contratual.

Nesse cenário de contratações emergenciais generalizadas, não haverá motivo plausível para pagar um dos contratados sem licitação com prioridade e sem observar o art. 5º da Lei de Licitações.

A Lei também exige que o afastamento da regra seja precedido da publicação, pela autoridade competente, da justificativa do ato excepcional. Mais uma vez, a publicação deve se referir a fatos específicos e a uma determinada fatura, não sendo possível que o ato

---

<sup>223</sup> Por meio do Decreto nº 36.279, de 19 janeiro de 2015, por exemplo, o Governador do Distrito Federal declarou situação de emergência no âmbito da saúde pública por cento e oitenta dias, autorizando a realização de contratações diretas em todas as áreas da saúde durante esse período. O decreto de emergência foi renovado pelo menos quatro vezes, o que corresponde a mais de dois anos sem a realização de licitações regulares na área.

administrativo estabeleça situações hipotéticas nas quais a ordem cronológica poderá ser afastada<sup>224</sup>.

Quanto ao aspecto procedimental, a publicação dos fundamentos deverá ocorrer por meio idôneo, como no Diário Oficial do respectivo ente federativo, que permita fazer prova de que a divulgação ocorreu previamente à quebra da ordem cronológica. Desse modo, não bastará ao ente público promover a divulgação do ato no seu *website*.

A publicação também deverá ser realizada com antecedência razoável em relação à data da realização do pagamento fora da cronologia. Essas providências são essenciais para assegurar aos potenciais interessados, credores ou cidadãos, o exercício efetivo do direito de impugnar os fundamentos apresentados para a prática do ato administrativo, inclusive, se entenderem cabível, perante o Poder Judiciário.

### **3.3. Os pleitos de fornecedores durante a execução contratual**

Ao longo da execução dos contratos administrativos, sobretudo dos que têm por objeto a construção de obras ou a prestação de serviços continuados, é comum a ocorrência de fatos que ensejam a possibilidade de os contratados formularem pleitos perante a Administração Pública com o objetivo de assegurar a preservação da remuneração que lhes é devida.

#### **3.3.1. O direito ao equilíbrio econômico-financeiro**

Entende-se por equação econômico-financeira do contrato administrativo a correlação entre direitos e obrigações que resulta da conjugação das regras contidas no edital da licitação, com os valores ofertados na proposta vencedora do certame e com as cláusulas pactuadas do contrato administrativo<sup>225</sup>.

---

<sup>224</sup> A VALEC – Engenharia, Construções e Ferrovias S.A., Estatal vinculada ao Governo Federal, chegou a editar Resolução (nº 03/2015), que descreveu cinco situações abstratas que, de tão abstratas, poderiam ser utilizadas para legitimar a inobservância da ordem cronológica em favor de qualquer fornecedor. O fato foi criticado em editorial publicado pelo Jornal O Estado de São Paulo em 27.08.2015 com o título: “A prática da Valec para institucionalizar o calote” (Disponível em: <<http://economia.estadao.com.br/noticias/geral,a-pratica-da-valec-para-institucionalizar-o-calote,1751460>>).

<sup>225</sup> De acordo com Hely Lopes Meirelles, “Equação econômico-financeira é a relação que as partes estabelecem inicialmente no contrato administrativo, entre os encargos do particular e a retribuição devida pela entidade ou órgão contratante, para a justa remuneração do seu objeto. Essa correlação encargo-remuneração deve ser conservada durante toda a execução do contrato, mesmo que alteradas as cláusulas de serviço, modificados os projetos e programas, liberados trabalhos em quantidades inferiores às previstas, ou superados os prazos contratuais por mora da administração, a fim de que se mantenha o equilíbrio econômico-financeiro, que como observa Waline, é ‘direito fundamental’, de quem contrata com a administração” (MEIRELLES, Hely Lopes. Reajustamento e recomposição de preços em contrato administrativo. **Revista de Direito Administrativo**. Ed.

Por meio do instrumento convocatório da licitação, o Poder Público expõe ao mercado o seu interesse de contratar determinados bens ou serviços, explicitando as características e condições do objeto licitado. Os agentes de mercado potencialmente interessados no certame poderão ofertar propostas de preços para executar aquele objeto pretendido pela Administração.

Após examinar as propostas dos diversos licitantes sob todos os aspectos e condições técnicos e financeiros previstos no edital, o ente público declara um deles vencedor do certame, adjudicando em seu favor o objeto licitado. Firma-se, nesse instante, a equação econômico-financeira do futuro contrato administrativo.

O particular passa a assumir um conjunto de obrigações, a serem executadas segundo determinadas condições e pagas por valor suficiente para assegurar a cobertura dos custos e, ainda, propiciar remuneração ao contratado, que evidentemente visa obter lucro em contrapartida aos seus esforços.

Durante a execução do contrato, se sobrevierem fatos que imponham custos extraordinários, assim considerados aqueles que não podiam ter sido previstos quando da formulação da proposta de preços, o contratado tem direito ao reequilíbrio econômico-financeiro do contrato<sup>226</sup>. Para preservar o seu lucro, portanto, o contratado pode exigir da Administração Pública que eleve contraprestações na medida da elevação dos custos<sup>227</sup>.

A remuneração do contratado deverá ser preservada tanto em face de atos da própria Administração<sup>228</sup> como diante de eventos que acarretam consequências que não podiam ter sido estimadas à época do certame.

---

FGV, Rio de Janeiro, vol. 139, pp. 11-21, jan./mar. 1980, p. 12). Em sentido semelhante: "Equilíbrio econômico-financeiro (ou equação econômico-financeira) é a relação de igualdade formada, de um lado, pelas obrigações assumidas pelo contratante no momento do ajuste e, de outro, pela compensação econômica que lhe corresponderá. A equação econômico-financeira é intangível". (MELLO, 2007, p. 619-620).

<sup>226</sup> O direito ao equilíbrio econômico-financeiro é assegurado constitucionalmente: "Art. 31, inciso 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".

<sup>227</sup> O aumento dos valores pagos ao contratado é a maneira mais comum de promover a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos. Todavia, em determinados contratos tem-se admitido outros mecanismos. Nos contratos de concessão de rodovias, por exemplo, a extensão do prazo de vigência do contrato é um dos mecanismos disponíveis para restabelecer a remuneração pactuada originalmente com o concessionário.

<sup>228</sup> Por exemplo, art. 65, §6º, da Lei nº 8.666/1993, determina que "Em havendo alteração unilateral do contrato que aumente os encargos do contratado, a Administração deverá restabelecer, por aditamento, o equilíbrio econômico-financeiro inicial".

Daí porque o art. 65, inciso II, “d”, da Lei nº 8.666/1993 elenca, entre as hipóteses que ensejam a alteração do contrato administrativo, a superveniência de “fatos imprevisíveis, ou previsíveis porém de consequências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do ajustado, ou, ainda, em caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe” que configuram “álea econômica extraordinária e extracontratual” e que impõem a necessidade de “restabelecer a relação que as partes pactuaram inicialmente entre os encargos do contratado e a retribuição da administração para a justa remuneração da obra, serviço ou fornecimento, objetivando a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato”.

A necessidade de promover o reequilíbrio econômico-financeiro do contrato pode se originar de fato provocado pela Administração<sup>229</sup> ou mesmo de fato alheio às partes contratantes. Por exemplo, se o ente público der causa a atraso na conclusão de obras contratadas, deverá pagar os custos adicionais de mobilização de trabalhadores e equipamentos. Do mesmo modo, o contrato deverá ser reequilibrado se o atraso decorrer de fatos imprevisíveis (v.g. eventos de natureza arqueológica ou ambiental).

Os pleitos de reequilíbrio econômico-financeiro poderão ter causas das mais diversas, de modo que caberá ao ente público instaurar processo administrativo para instruir e decidir o pedido do contratado. Nesse processo, a Administração não deverá atuar como antagonista do contratado, mas de forma isenta e idônea para apurar a existência do direito e, se for o caso, os respectivos valores. Caberá, inclusive, a realização de perícia por intermédio de profissionais que não possuam vínculos com as partes.

Como é evidente, esses pleitos tendem a envolver significativa complexidade do ponto de vista técnico. Nem por isso a Administração poderá alongar indefinidamente a conclusão do processo administrativo, seja para reconhecer ou para rejeitar o pedido do contratado.

### **3.3.2. O direito ao reajuste de preços**

O reajustamento de preços se destina a preservar a remuneração do contratado em face da variação efetiva dos custos de seus insumos. É, portanto, mecanismo que também se destina a preservar o equilíbrio econômico-financeiro da contratação.

---

<sup>229</sup> Carlos Roberto Pellegrino sustenta que o direito do particular à preservação de sua remuneração, especialmente em relação a atos da Administração, consiste numa espécie de contrapartida às prerrogativas contratuais exorbitantes: “A desigualdade resulta da própria supremacia da Administração Pública, mas, exatamente por isso, é plenamente compensada por mecanismos implicitamente contidos no pacto, como o equilíbrio econômico e financeiro ou o dever de indenizar” (1990, p. 72).

Diante da previsibilidade e da recorrência das alterações dos custos de insumos, a Lei nº 8.666/1993 determina que tanto o edital da licitação quanto o contrato administrativo devem indicar os critérios, a data-base e a periodicidade do reajustamento de preços (art. 40, inciso XI, e art. 55, inciso III).

Por sua vez, a Lei que dispõe sobre medidas complementares ao Plano Real<sup>230</sup> estipula que, para incidir o índice de reajustamento, deve haver o transcurso de pelo menos um ano a partir da data-base do preço contratado (art. 2º, §1º). Cumprido esse requisito, o particular tem direito ao recebimento das faturas seguintes já com a aplicação do índice previsto no contrato.

Se o contrato administrativo tiver prazo superior a um ano, o reajustamento deverá ser aplicado automaticamente pela Administração. Se o contrato possuir vigência de doze meses, caberá ao contratado, antes da celebração do termo aditivo de prorrogação, pleitear o reajuste de preços, sob pena de incorrer em preclusão lógica<sup>231</sup>.

Em qualquer caso, na hipótese de aplicação automática ou havendo requerimento do contratado, a Administração não poderá criar embaraços à implementação do reajustamento. Trata-se de questão objetiva, que não demanda instrução probatória e que depende apenas de simples cálculos aritméticos.

### **3.3.3. O direito aos encargos moratórios por atrasos de pagamento**

Após o recebimento do bem ou serviço pela Administração, o contratado tem o direito de ser remunerado em até trinta dias (art. 40, inciso XIV, da Lei nº 8.666/1993). Transcorrido esse período sem o pagamento do valor pactuado, o contratado terá direito a receber encargos moratórios em decorrência do inadimplemento do ente público<sup>232</sup>.

Além de multa – se houver previsão contratual – a Administração deverá pagar ao contratado juros de mora e correção monetária (Lei nº 8.666/1993, art. 5º, §1º; art. 40, inciso XIV, “c” e “d”; e art. 55, inciso III)<sup>233</sup>.

---

<sup>230</sup> Lei nº 10.192/2001.

<sup>231</sup> Acórdão nº 1828/2008 – TCU – Plenário, Rel. Ministro BENJAMIN ZYMLER, julgamento em 27.08.2008.

<sup>232</sup> O direito é assegurado, inclusive, pelo art. 395 do Código Civil, segundo o qual “Responde o devedor pelos prejuízos a que sua mora der causa, mais juros, atualização dos valores monetários segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado”. No âmbito do Governo Federal, o direito é regulamentado pelo art. 36 da Instrução Normativa SLTI/MPOG nº 02/2008.

<sup>233</sup> O direito à correção monetária dos valores pagos com atraso é reconhecido mesmo se não houver cláusula contratual que o assegure, como já reconheceu, inclusive, a Advocacia-Geral da União, por meio do Parecer nº 04/2016/CPLC/DEPCONSU/PGF/AGU, aprovado pelo Procurador-Geral Federal em 09.07.2016: “[...] o

Os valores de encargos moratórios deverão ser apurados tendo como termo inicial o dia em que se iniciou a mora e, como termo final, a data em que ocorrer o efetivo pagamento da obrigação principal.

Além disso, os encargos moratórios devem ser pagos em conjunto com a obrigação principal (art. 5º, §2º, da Lei nº 8.666/1993). Se isso não ocorrer, estará configurada nova mora da Administração, que ocasionará a incidência de novos encargos moratórios sobre os valores remanescentes.

É necessário, portanto, que haja seriedade na apuração dos encargos moratórios devidos aos particulares, para que os pagamentos sempre acompanhem o valor principal, o que evitará custos adicionais ao erário. Todavia, no atual quadro, em que há intensa disputa para o recebimento dos valores principais das faturas, a Administração Pública dificilmente tem realizado pagamentos de encargos moratórios.

Diante de eventual omissão da Administração, caberá aos contratados pleitear o pagamento dos juros de mora, da correção monetária e, se houver previsão, da multa contratual. Também poderão pleitear que esses créditos sejam incluídos no fluxo de caixa do ente público para pagamento em ordem cronológica, considerando a data de emissão da fatura principal.

No âmbito de processos administrativos em que se pleiteia o pagamento de encargos moratórios, a Administração deverá adotar conduta extremamente célere. Afinal, trata-se de obrigações para cujo pagamento a Administração sequer precisaria ser provocada.

Além disso, salvo raras exceções, trata-se de questões muito objetivas, de modo que a apuração do eventual crédito do contratado demandará providências e cálculos aritméticos bastante simplificados.

### **3.3.4. O dever de decidir e a escassez de regras procedimentais**

Em todos os casos anteriormente mencionados, o contratado não está a pleitear benefícios ou vantagens adicionais em face da Administração. Nesses casos, os direitos do contratado são assegurados pela Lei precisamente porque a Administração Pública não pode atuar de forma a inviabilizar a atividade econômica dos seus fornecedores.

---

contratado tem direito ao pagamento de correção monetária incidente sobre os valores das parcelas pagas com atraso imputável, exclusivamente, à Administração Pública (Art. 15 da Lei nº 10.192/2001, Arts. 394, 395 e 397 do Código Civil e Art. 54, caput, da Lei nº 8.666/93”.

Desse modo, a omissão estatal quanto ao enfretamento de questões essenciais à preservação da remuneração contratual não corresponde a simples omissão da Administração em face dos administrados em geral.

Trata-se, aqui, de omissão qualificada, reveladora de um comportamento que, se adotado sistematicamente, pode conduzir ao descrédito da Administração e à generalização na sociedade de um sentimento de que o descumprimento de obrigações contratuais é admissível, natural e corriqueiro.

A postura da Administração nessa matéria, em qualquer sentido que seja, além de ser pedagógica, produz efeitos econômicos e éticos dos mais diversos. Se o ordenamento jurídico permite aos agentes públicos postergar indefinidamente a decisão, ampliam-se as possibilidades de que interesses não republicanos interfiram no resultado do processo administrativo. Fortalece-se, assim, a possibilidade de que a decisão venha a ser adotada contra o interesse público.

Neste caso, o interesse público não corresponde à adoção de artimanhas para que a Administração se escuse de reconhecer e pagar o débito. Aqui, a consecução do interesse público se dá pelo exame do pedido do contratado de forma séria e por meio de um processo administrativo racional, que permita a prolação de uma decisão fundamentada e imparcial.

Evidentemente, a Administração não é obrigada a deferir automaticamente os pedidos dos contratados. Poderá rejeitá-los, desde que o faça fundamentadamente, de modo a que seja possível examinar se os motivos apresentados são válidos. Inadmissível é a ausência de resposta, a omissão ilegal.

Portanto, é essencial que o dever de decidir seja observado. Afinal, o art. 48 da Lei nº 9.784/1999 prescreve expressamente que “A Administração tem o dever de explicitamente emitir decisão nos processos administrativos e sobre solicitações ou reclamações, em matéria de sua competência”.

E a decisão deve ser adotada em prazo razoável, conforme assegura o art. 5º, inciso LXXVIII, da Constituição Federal, segundo o qual “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.

A razoável duração do processo pressupõe atuação diligente da Administração com o objetivo de responder com presteza e celeridade às demandas dos administrados. Essas regras, entretanto, têm sido amplamente ignoradas pela Administração Pública no Brasil.

Apesar de a Constituição expressamente indicar que o processo administrativo deve ser concluído em tempo razoável, faltam regras legais de organização e de procedimento para orientar a condução das diversas etapas do processo administrativo.

O art. 49 da Lei nº 9.784/1999, que disciplina os processos administrativos no âmbito Federal, determina que “Concluída a instrução de processo administrativo, a Administração tem o prazo de até trinta dias para decidir, salvo prorrogação por igual período expressamente motivada”. Todavia, a Lei simplesmente não estabelece normas e prazos para disciplinar a instrução processual.

Na prática, a inexistência de prazos para que a Administração adote providências ou diligências instrutórias na maior parte das vezes acaba deixando o processo estagnado na fase de instrução, inviabilizando sua conclusão. São raríssimas as situações em que processos administrativos dessa natureza são concluídos. Na maior parte dos casos, o contratado se vê obrigado a desistir do pleito ou a recorrer ao Poder Judiciário<sup>234</sup>.

A inexistência, no regramento dos processos administrativos, de normas processuais que são básicas e indispensáveis no âmbito das esferas judicial<sup>235</sup> e arbitral, abre para os agentes públicos, de modo desnecessário e indesejável, a discricionariedade de decidir quando decidir.

Na ausência de regras, a conclusão do processo administrativo deixa de ser o resultado de uma sequência concatenada de atos e fica submetida à vontade do gestor público competente para decidir. E a decisão, se e quando o processo é concluído, geralmente é adotada com pouca ou nenhuma transparência. Entre todos os processos, o gestor público pode simplesmente pinçar aquele que quer decidir, ignorando inclusive aqueles iniciados anteriormente.

---

<sup>234</sup> Confira-se, a respeito do tema, a análise empreendida no Anexo II deste trabalho.

<sup>235</sup> Carlos Ari Sunfeld salienta que, em comparação com outros países, a legislação brasileira sobre processo administrativo é bastante tímida quanto aos seus conteúdo e extensão. Outro aspecto relevante consiste no fato de que o legislador constituinte de 1988 não atribuiu ao Congresso Nacional competência para legislar sobre normas gerais de processo administrativo, cabendo a cada ente federativo editar sua própria lei. Essa opção é curiosa porque diverge, por exemplo, da solução utilizada para a legislação de licitações e contratos administrativos, que contempla normas gerais de abrangência nacional. Para o autor, a inexistência de lei geral e o reduzido detalhamento das leis editadas no Brasil sobre a matéria decorre da amplitude do texto constitucional: “Assim, a força simbólica e prática que o direito administrativo norte-americano recebeu do APA, e os direitos administrativos da Espanha e de vários Países latino-americanos receberam de suas respectivas leis de procedimento administrativo, no Brasil veio do próprio conteúdo (extenso) da Constituição de 1988. Por isso, para nós, brasileiros, a mobilização em torno da ideia de editar uma lei de processo (ou procedimento) administrativo não teve o mesmo significado que em outros Países. Era como se, no fundo, simplesmente não precisássemos de uma lei assim” (**Direito Administrativo para céticos**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 301).

Esse cenário facilita a interferência dos interessados em influenciar a decisão do agente público. Trata-se, portanto, de contexto exatamente oposto ao que preconiza a teoria processual administrativa da regulação.

### 3.4. O regime de precatórios

O regime de pagamentos via precatórios constitui prerrogativa exorbitante que propicia à Administração Pública o direito de não pagar imediatamente as dívidas decorrentes de condenações judiciais transitadas em julgado. Atribui-se a ele a finalidade de contribuir para o equilíbrio das finanças públicas, que poderiam ser afetadas pela imprevisibilidade do surgimento de dívidas oriundas de condenações judiciais<sup>236</sup>.

O regime de precatórios é criação brasileira e não encontra paralelo nos ordenamentos jurídicos de outros países. Em sua origem, em 1898, os precatórios não representavam exatamente um *regime de pagamentos*, mas apenas um simples *mecanismo de pagamento* que em nada se parecia com sua faceta atual de prerrogativa exorbitante da Administração Pública.

À época, o objetivo era apenas orientar a providência que os juízes deveriam adotar para intimar a Fazenda Pública a pagar a obrigação reconhecida judicialmente. Devia o Juiz expedir uma carta precatória ao Tesouro, para que se realizasse o pagamento. Não havia no mecanismo nenhuma espécie de ressalva quanto à postergação do pagamento para o exercício financeiro seguinte<sup>237</sup>.

A Constituição de 1934, primeira a tratar do tema, iniciou a montagem do que atualmente se denomina *regime de precatórios* ao estabelecer que o pagamento das

---

<sup>236</sup> “Estamos falando do pagamento que a Fazenda Pública é condenada a realizar após o trânsito em julgado de uma medida judicial promovida pelo particular em face do Estado. Tais condenações ocorrem constantemente e geram para o Estado uma despesa pública. Se fossem pagas imediatamente após o encerramento do processo judicial haveria um desequilíbrio orçamentário, já que o seu valor e o momento do seu pagamento são, como já dito, incertos e imprevisíveis. Para resolver esse problema, criou-se o mecanismo do pagamento através do denominado precatório” (ABRAHAM, Marcus. *Curso de Direito Financeiro Brasileiro*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 213).

<sup>237</sup> Conferir o Decreto nº 3.084/1898, que aprovou a Consolidação das Leis referentes à Justiça Federal: “Art. 41. Sendo a Fazenda condenada por sentença a algum pagamento, estão livres de penhora os bens nacionaes, os quaes não podem ser alienados sinão por acto legislativo. A sentença será executada, depois de haver passado em julgado e de ter sido intimado o procurador da Fazenda, si este não lhe offerecer embargos, expedindo o juiz precatoria ao Thesouro para effectuar-se o pagamento”. Disponível em: <<http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaTextoIntegral.action?id=46091>>. Acesso em 08.03.2017.

condenações judiciais se faria em ordem cronológica e nos limites do montante do crédito disponibilizado pelo Poder Executivo ao Poder Judiciário<sup>238</sup>.

A Constituição de 1967 acrescentou a regra de apresentação dos precatórios até primeiro de julho para pagamento por meio do orçamento do ano seguinte, bem como indicou ser obrigatória a inclusão no orçamento de verba para pagamento dos precatórios (§1º), porém admitiu a possibilidade de o orçamento não consignar verbas suficientes para saldar a totalidade dos débitos (§2º)<sup>239</sup>.

A Constituição de 1988, por fim, institui apenas duas inovações relevantes: excepcionou da ordem cronológica os créditos de natureza alimentar (*caput*) e indicou que o pagamento dos precatórios deveria ser realizado até o final do exercício financeiro seguinte (§1º). Manteve-se, entretanto, a orientação de que os pagamentos deveriam ser realizados “segundo as possibilidades do depósito”, admitindo-se que o orçamento pode não consignar valores suficientes para pagar as novas condenações<sup>240</sup>.

Eis o regime de precatórios, uma prerrogativa exorbitante da Administração que foi sendo construída aos poucos. Os seus resultados mais imediatos são amplamente

---

<sup>238</sup> Constituição de 1934: “Art. 182 - Os pagamentos devidos pela Fazenda federal, em virtude de sentença judiciária, far-se-ão na ordem de apresentação dos precatórios e à conta dos créditos respectivos, sendo vedada a designação de caso ou pessoas nas verbas legais. Parágrafo único - Estes créditos serão consignados pelo Poder Executivo ao Poder Judiciário, recolhendo-se as importâncias ao cofre dos depósitos públicos. Cabe ao Presidente da Corte Suprema expedir as ordens de pagamento, dentro das forças do depósito, e, a requerimento do credor que alegar preterição da sua precedência, autorizar o seqüestro da quantia necessária para o satisfazer, depois de ouvido o Procurador-Geral da República”.

<sup>239</sup> Constituição de 1967: “Art. 112 - Os pagamentos devidos pela Fazenda federal, estadual ou municipal, em virtude de sentença judiciária, far-se-ão na ordem de apresentação dos precatórios e à conta dos créditos respectivos, proibida a designação de casos ou de pessoas nas dotações orçamentárias e nos créditos extra-orçamentários abertos para esse fim. § 1º - É obrigatória a inclusão, no orçamento das entidades de direito público, de verba necessária ao pagamento dos seus débitos constantes de precatórios judiciais, apresentados até primeiro de julho. § 2º - As dotações orçamentárias e os créditos abertos serão consignados ao Poder Judiciário, recolhendo-se as importâncias respectivas à repartição competente. Cabe ao Presidente do Tribunal, que proferiu a decisão exequenda determinar o pagamento, segundo as possibilidades do depósito, e autorizar, a requerimento do credor preterido no seu direito de precedência, e depois de ouvido o chefe do Ministério Público, o seqüestro da quantia necessária à satisfação do débito”.

<sup>240</sup> Constituição de 1988, redação original: “Art. 100. À exceção dos créditos de natureza alimentícia, os pagamentos devidos pela Fazenda Federal, Estadual ou Municipal, em virtude de sentença judiciária, far-se-ão exclusivamente na ordem cronológica de apresentação dos precatórios e à conta dos créditos respectivos, proibida a designação de casos ou de pessoas nas dotações orçamentárias e nos créditos adicionais abertos para este fim. § 1º É obrigatória a inclusão, no orçamento das entidades de direito público, de verba necessária ao pagamento de seus débitos constantes de precatórios judiciais, apresentados até 1º de julho, data em que terão atualizados seus valores, fazendo-se o pagamento até o final do exercício seguinte. § 2º As dotações orçamentárias e os créditos abertos serão consignados ao Poder Judiciário, recolhendo-se as importâncias respectivas à repartição competente, cabendo ao Presidente do Tribunal que proferir a decisão exequenda determinar o pagamento, segundo as possibilidades do depósito, e autorizar, a requerimento do credor e exclusivamente para o caso de preterimento de seu direito de precedência, o seqüestro da quantia necessária à satisfação do débito”.

conhecidos: estoques bilionários de dívidas impagáveis e sucessivas emendas constitucionais promulgadas na tentativa de resolver o problema. O regime de precatórios, instituído a pretexto de organizar e equilibrar o orçamento do Estado, criou caos nas contas públicas.

O motivo do insucesso do regime de precatórios decorre de sua própria existência.

A outorga de discricionariedade para prever na Lei orçamentária dotações inferiores ao montante total das condenações é o principal motivo do problema. É evidente que, a partir dessa lógica, os gestores públicos detentores de mandato pretenderão gastar o máximo possível com outras finalidades e postergar o pagamento da maior quantidade possível de dívidas para as gestões e gerações futuras.

Também é evidente que o regime de precatórios desestimula a Administração Pública a deferir pleitos dos contratados dos quais possam resultar obrigações de pagamento, ainda que o direito do particular seja evidente. Isso porque, se reconhecer o crédito do particular pela via administrativa, o ente público deverá incluir a correspondente fatura na ordem cronológica de pagamentos (art. 5º da Lei nº 8.666/1993).

Todavia, se não responder ou indeferir o pleito do contratado, a distante e eventual condenação judicial postergará ainda mais o pagamento por conta da incidência do regime de precatórios.

Em decorrência dessa praxe administrativa, ampliam-se as condenações judiciais e avolumam-se os estoques de dívidas, o que contribui para a própria falência do regime de precatórios. Afinal, em algum momento o pagamento das dívidas do passado impõe-se para a sociedade, a revelar que o regime de precatórios produz justamente a patologia que lhe caberia prevenir: o desequilíbrio sistêmico das contas públicas.

Para o mercado, especialmente para as empresas que poderiam se interessar em contratar com o setor público, o caos financeiro produzido por meio do regime de precatórios impõe ao Estado brasileiro a fama de devedor contumaz, produz falta de confiança e acarreta insegurança jurídica.

No âmbito dos contratos administrativos, o fato de a Administração realizar seus pagamentos por meio de regime próprio, diverso do que se aplica ao setor privado, também contribui para a criação de ambiente propício à corrupção.

De antemão, os contratados sabem que, se tiverem de litigar com a Administração, terão de lidar com a morosidade do processo judicial<sup>241</sup> e, se obtiverem êxito,

---

<sup>241</sup> A realidade alarmante do congestionamento do Poder Judiciário é confirmada pelos dados divulgados no Relatório *Justiça em Números*, produzido pelo Conselho Nacional de Justiça. “Dados do Relatório Justiça em

não terão garantia de imediato recebimento do seu crédito. É evidente que tais circunstâncias tornam os particulares mais suscetíveis a ofertar vantagens ilícitas ou a concordar com pedidos nesse sentido.

Uma das alternativas para a resolução do problema passa pela eliminação do regime de precatórios. Do ponto de vista do direito financeiro, onde residiria o fundamento para a instituição dessa prerrogativa exorbitante, é possível criar mecanismos para que a Administração Pública passe a honrar imediatamente as dívidas decorrentes de condenações judiciais<sup>242</sup>.

Com base na experiência dos anos anteriores, o Orçamento pode, por exemplo, estimar a expectativa de despesa pública decorrente de sentenças judiciais transitadas em julgado. De todo modo, se ainda assim a dotação orçamentária não for suficiente, a Administração poderá criar créditos suplementares por meio da realocação de recursos de outras rubricas orçamentárias. Essa, aliás, é uma prática muito comum no âmbito da execução orçamentária.

### **3.5. A prerrogativa de promover alterações unilaterais nos contratos**

O art. 58 da Lei nº 8.666/1993 indica que “O regime jurídico dos contratos administrativos instituído por esta Lei confere à Administração, em relação a eles, a prerrogativa de: I - modificá-los, unilateralmente, para melhor adequação às finalidades de interesse público, respeitados os direitos do contratado”.

A regra é delimitada pelo art. 65, inciso I, da mesma Lei, que autoriza a alteração unilateral “a) quando houver modificação do projeto ou das especificações, para melhor adequação técnica aos seus objetivos” ou “b) quando necessária a modificação do valor

---

Números 2015 revelam que dos 99,7 milhões de processos que tramitaram no Judiciário brasileiro no ano de 2014, 91,9 milhões encontravam-se no primeiro grau, o que corresponde a 92% do total. Revelam também que o primeiro grau baixou 24,3 milhões de processos, a demonstrar que sua capacidade produtiva anual é de apenas 27% da demanda (casos novos + acervo) imposta à sua apreciação. Isso demonstra que para dar vazão ao estoque de processos seria necessário cessar a distribuição por quase 4 anos e, nesse período, baixar anualmente o mesmo número de processos de 2014. O problema maior está concentrado no primeiro grau da Justiça Estadual, no qual tramitaram em 2014 cerca de 70,8 milhões de processos, com baixa de 17,3 milhões, ou seja, 24,5% do total” (**Justiça em Números**. Brasília: CNJ, 2015).

<sup>242</sup> Reformas recentes no regime de precatórios já representam avanços, como as promovidas pelas Emendas Constitucionais nº 62 e nº 94. Apesar disso, permanece a regra de que as obrigações de um exercício financeiro são transferidas para o exercício seguinte.

contratual em decorrência de acréscimo ou diminuição quantitativa de seu objeto, nos limites permitidos por esta Lei”<sup>243</sup>.

Submete-se o contratado a um inevitável e inaceitável dilema: aceitar as alterações contratuais que lhe forem impostas; ou recusar-se a aceitá-las e ser sancionado pela Administração.

É evidente que tais regras introduzem profunda e desnecessária insegurança jurídica na relação contratual. Se a Administração pretende realizar alterações no contrato, caberia tentar negociar com o contratado.

Não se chegando a um consenso, o ente público sempre poderá optar pela realização de uma nova contratação, já que dispõe da prerrogativa de rescindir unilateralmente o contrato por “razões de interesse público, de alta relevância e amplo conhecimento” (art. 78, inciso XII, da Lei nº 8.666/1993).

Além do efeito danoso para a contratação em si, a regra que obriga o particular a aceitar alterações unilaterais também interfere diretamente na decisão dos diversos *players* de mercado de participar ou não do certame que antecede o contrato. Afinal, a regra agrega incerteza e riscos adicionais ao negócio, afastando potenciais licitantes.

Logo, a prerrogativa supostamente estatuída em favor da Administração converte-se em fator de prejuízo à competitividade do certame e ao próprio Poder Público, que poderá deixar de contratar a proposta mais vantajosa disponível no mercado<sup>244</sup>.

O § 2º do art. 58 determina que, na hipótese da realização de alterações unilaterais, “as cláusulas econômico-financeiras do contrato deverão ser revistas para que se mantenha o equilíbrio contratual”. A premissa da regra é louvável, porque se reconhece a necessidade de remunerar os custos adicionais decorrentes da alteração unilateral do contrato. Todavia, o dispositivo é insuficiente para propiciar segurança jurídica.

---

<sup>243</sup> Conforme o §1º do art. 65, “O contratado fica obrigado a aceitar, nas mesmas condições contratuais, os acréscimos ou supressões que se fizerem nas obras, serviços ou compras, até 25% (vinte e cinco por cento) do valor inicial atualizado do contrato, e, no caso particular de reforma de edifício ou de equipamento, até o limite de 50% (cinquenta por cento) para os seus acréscimos”.

<sup>244</sup> Essa concepção autoritária do contrato administrativo, por vezes, é incorporada pela jurisprudência dos Tribunais brasileiros. Confira-se, nesse sentido, o seguinte precedente do Superior Tribunal de Justiça: “Na relação contratual privada, a interpretação que uma das partes faz do contrato não se sobrepõe à interpretação atribuída pela outra. Se não for dirimida pelo consenso ou por uma solução de compromisso, a controvérsia será decidida pelo Judiciário quando provocado. Na relação administrativa de natureza contratual, prevalece a interpretação adotada pela Administração Pública. Trata-se do que a doutrina chama de ‘prerrogativa da decisão unilateral executória’, a revelar a subordinação de quem contrata com o Poder Público [...]” (Mandado de Segurança nº 20.432/DF, relator Ministro Ari Pargendler, relator para o acórdão Ministro Herman Benjamin, Primeira Seção, julgamento em 24.06.2015, publicação no DJe de 15.02.2016).

A regra não condiciona a efetividade da alteração contratual à necessidade de prévia apuração das suas consequências para a equação econômico-financeira do contrato, de modo que o contratado poderá ser submetido às novas regras antes da revisão das cláusulas econômico-financeiras. Além disso, a Lei não estabelece prazos e procedimentos para assegurar a efetiva apuração do desequilíbrio econômico-financeiro decorrente da alteração unilateral do contrato pela Administração.

### **3.6. A prerrogativa de ocupação provisória em caso de serviços essenciais**

O art. 58, inciso V, da Lei nº 8.666/1993, apresenta regra que deve ser analisada com muita cautela, já que sua aplicação pode representar grave intervenção do Estado na propriedade do particular:

[...] nos casos de serviços essenciais, ocupar provisoriamente bens móveis, imóveis, pessoal e serviços vinculados ao objeto do contrato, na hipótese da necessidade de acautelar apuração administrativa de faltas contratuais pelo contratado, bem como na hipótese de rescisão do contrato administrativo.

O dispositivo trata de duas situações diversas: a primeira, em que há suspeitas de faltas contratuais cometidas pelo contratado e a ocupação provisória dá-se com o objetivo de promover a apuração das falhas; e a segunda, que simplesmente poderá decorrer da rescisão do contrato administrativo.

No primeiro caso, será indispensável que o agente público especifique exatamente as falhas de responsabilidade do contratado e de que maneira a ocupação provisória dos recursos materiais e humanos do contratado contribuirá para a apuração dos fatos e para a instrução do processo administrativo.

No segundo caso, a situação é mais complexa porque a Lei sequer estabelece em quais circunstâncias a rescisão do contrato administrativo ensejaria a ocupação provisória. Nesse cenário, em tese, a Lei admite a ocupação provisória até mesmo quando o contrato administrativo for rescindido em decorrência de atos praticados pela própria Administração, como ocorre na hipótese de transcurso de noventa dias sem a realização de pagamentos ao contratado (art. 78, inciso XV).

Em hipótese como essa, a ocupação provisória é ilegal porque seria medida completamente desproporcional em face dos direitos do contratado que não deu causa à rescisão do contrato. Por isso, defende-se aqui que a ocupação provisória ocasionada pela rescisão do contrato deve ser limitada pelos arts. 79 e 80 da Lei nº 8.666/1993, que indicam que essa

providência poderá ter lugar apenas nas hipóteses de rescisão contratual unilateral do contrato administrativo, que correspondem aos incisos I a XII e XVII do art. 78.

Os incisos I a XI do art. 78 remetem a hipóteses em que a rescisão é causada por atos atribuíveis ao particular, o que em tese justificaria a ocupação provisória. Todavia, é necessário ter cautela com os espaços de discricionariedade deixados pela redação dos dispositivos.

Isso porque apenas alguns desses incisos tratam de situações objetivas (v.g. IX - a decretação de falência ou a instauração de insolvência civil; e X - a dissolução da sociedade ou o falecimento do contratado).

A maior parte dessas regras deixa margem a subjetividades. Por exemplo, os incisos I e II tratam do não cumprimento ou do cumprimento irregular “de cláusulas contratuais, especificações, projetos ou prazos”. É evidente que o descumprimento contratual apto a ensejar a rescisão não poderá ser algo trivial ou de menor relevância.

Será imprescindível que o agente público explicitamente quais são as consequências do descumprimento contratual e por que a rescisão e a ocupação provisória serão providências mais eficientes que a adoção de medidas para se tentar corrigir os rumos da contratação em curso.

Os incisos XII e XVII do art. 78, entretanto, são os que ensejam maior preocupação, porque se referem à rescisão do contrato em face de circunstâncias que não se relacionam com a conduta do contratado.

O inciso XII se refere a “razões de interesse público, de alta relevância e amplo conhecimento” e o inciso XVII menciona “a ocorrência de caso fortuito ou de força maior, regularmente comprovada, impeditiva da execução do contrato”. Os dois dispositivos, repletos de conceitos genéricos e indeterminados, deixam à disposição dos agentes públicos significativos espaços de discricionariedade que podem ser perigosamente utilizados para a prática de atos de corrupção.

A conjugação desses incisos com o art. 80, que admite a ocupação provisória nesses casos, também revela uma inquietude: como se poderia justificar a rescisão de um contrato por “*interesse público*” ou “caso fortuito ou de força maior impeditivo da execução do contrato” e, em seguida, promover a ocupação dos bens e instalações do antigo contratado para prestar os mesmos serviços? Parece haver aí uma contradição intransponível, a revelar a inaplicabilidade prática de tais regras.

Não se olvide que a ocupação provisória dos bens do contratado poderá acarretar sua ruína. Trata-se, portanto, da prática de atos que deve exigir dos agentes públicos intensa

motivação, inclusive para que o particular possa pleitear ao Poder Judiciário que examine as razões apresentadas.

Em qualquer caso, não é admissível que a ocupação provisória seja iniciada sem a indicação de data para seu encerramento, sob pena de se configurar a própria expropriação dos bens do particular. De igual modo, em qualquer cenário, ainda que o particular tenha dado causa à rescisão do contrato, a Administração deverá indenizá-lo pelos danos decorrentes da ocupação provisória dos seus bens.

### **3.7. A prerrogativa de rescindir unilateralmente o contrato administrativo**

A Lei elenca treze situações em que a Administração poderá rescindir o contrato administrativo unilateralmente (incisos I a XII e XVII do art. 78), sem a necessidade da concordância do contratado ou de atuação do Poder Judiciário.

Como já se comentou, tais hipóteses abrangem contextos diversos, que podem ou não estar relacionados a atos de responsabilidade do contratado.

Observa-se que as hipóteses de rescisão unilateral do contrato são tão amplas e abrangentes que, em tese, podem acomodar qualquer circunstância fática. Na prática, isso significa que, se houver deliberado intuito de prejudicar o contratado, os agentes públicos poderão tentar produzir motivação, até mesmo de ordem supostamente técnica, para justificar a rescisão do contrato.

Nesse particular, os princípios da motivação e do contraditório possuem grande relevância<sup>245</sup>. Mas não bastará que o ato apresente fundamentos.

É necessário que examine detalhadamente e que responda a cada uma das alegações de defesa do contratado, explicitando razões concretas que amparem suas conclusões. Não será admissível que a rescisão contratual seja fundada em razões abstratas, como alegações genéricas de risco de danos *ao interesse público, ao erário ou à coletividade*<sup>246</sup>.

---

<sup>245</sup> Não sem razão, o parágrafo único do art. 78 da Lei nº 8.666/1993 determina que “Os casos de rescisão contratual serão formalmente motivados nos autos do processo, assegurado o contraditório e a ampla defesa”.

<sup>246</sup> A propósito do dever de motivação, Marçal Justen Filho sustenta que “A Administração Pública detém uma pluralidade de competências anômalas, que lhe são atribuídas para melhor satisfazer os interesses coletivos. Não é admissível que tais poderes sejam utilizados para viabilizar a corrupção. O exercício desses poderes anômalos somente é válido quando realizado de modo transparente, com observância do princípio da publicidade e mediante a demonstração do inequívoco atendimento aos interesses públicos. Condutas sigilosas, destituídas de fundamentação satisfatória, consumadas de modo incompatível com as práticas usuais e sem respeito ao princípio da boa-fé devem ser reprovadas e invalidadas de modo imediato, especialmente porque há grande probabilidade de práticas relacionadas à corrupção”. (**Seis indícios de corrupção nas contratações administrativas**. Disponível

Em especial, os agentes públicos envolvidos deverão expor os custos decorrentes da rescisão, inclusive com a eventual necessidade de indenização do particular, e as vantagens de realizar nova contratação em face das possibilidades que podem haver de se tentar preservar a contratação em vigor.

A motivação e o contraditório têm por objetivo coibir desvios de finalidade nessa seara, ou seja, a rescisão do contrato administrativo movida por razões ilícitas, para prejudicar o contratado ou para beneficiar terceiros.

Todavia, por mais que o ato rescisório esteja motivado, a questão é sensível e sempre deverá merecer atento exame por parte do Poder Judiciário e dos órgãos de controle, a quem caberá analisar a fundamentação adotada em face da realidade, sem partir de qualquer presunção de legalidade ou de legitimidade do ato administrativo.

### **3.8. A prerrogativa de aplicar sanções**

Ao desenvolver sua atividade contratual, a Administração Pública precisa dispor de instrumentos para assegurar o cumprimento das obrigações assumidas pelos contratados e tentar evitar prejuízos ao interesse da coletividade (v.g. riscos à continuidade de serviços públicos essenciais, danos ao patrimônio público).

Em razão da incidência do regime jurídico de direito público, exige-se, por aplicação do princípio da legalidade, que todas as sanções às quais se submetem os contratados sejam previstas em Lei, de modo que os gestores públicos não podem inserir no contrato administrativo ou aplicar penalidades que não possuam previsão legal. Apesar dessa atuação administrativa vinculada às sanções expressamente estabelecidas pela Lei, a aplicação dessas penalidades deixa aos gestores públicos significativos espaços de discricionariedade.

As sanções administrativas no âmbito das contratações públicas estão disciplinadas na Lei de Licitações e Contratos Administrativos (nº 8.666/1993), na Lei do Pregão (nº 10.520/2002), na Lei que instituiu o Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC (nº 12.462/2011), na Lei Anticorrupção (Lei nº 12.846/2013) e, para as contratações que envolvam recursos federais, na Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União (nº 8.443/1992).

O art. 87 da Lei nº 8.666/1993 indica a possibilidade de aplicação de sanções “pela inexecução total ou parcial do contrato”, porém a norma não revela tipicidade suficientemente clara para a definição das condutas puníveis<sup>247</sup>.

As sanções cabíveis abrangem a aplicação de advertência, multa, suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração por até dois anos e declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública, esta última “enquanto perdurarem os motivos determinantes da punição ou até que seja promovida a reabilitação perante a própria autoridade que aplicou a penalidade, que será concedida sempre que o contratado ressarcir a Administração pelos prejuízos resultantes” e após decorrido o prazo de dois anos.

O §2º do art. 87 prescreve que a multa pode ser aplicada conjuntamente com qualquer das outras três penalidades e, segundo o §3º, a sanção de inidoneidade “é de competência exclusiva do Ministro de Estado, do Secretário Estadual ou Municipal, conforme o caso”.

Há uma evidente escala de gravidade entre as sanções. Desde a advertência, que não apresenta consequências mais sérias, até a declaração de inidoneidade, que inviabiliza a atuação do sancionado perante a Administração Pública. A Lei, entretanto, não apresenta nenhum critério objetivo que permita inferir em quais hipóteses as sanções devem ser aplicadas.

A Lei não descreve quais espécies de condutas devem ser puníveis com uma ou outra sanção. Também não estabelece as hipóteses em que a sanção de advertência seria aplicada como medida inicial, de forma a alertar o contratado que a reiteração de sua conduta reprovável poderia conduzir à aplicação de penalidades mais rigorosas.

Se a sanção escolhida pelo administrador público for a suspensão do direito de licitar e contratar ou a declaração de inidoneidade, a Lei também não estabelece balizas para a definição da extensão temporal da penalidade.

Portanto, diante da ausência de parâmetros legais, os gestores públicos acabam assumindo o encargo de, diante de condutas reprováveis dos contratados, realizar dosimetria não apenas para definir a extensão da penalidade, mas para definir a própria sanção aplicável.

---

<sup>247</sup> Toshio Mukai critica com veemência a “falta de tipicidade” do art. 87 da Lei nº 8.666/93, em razão de ser a norma “vaga e imprecisa”: “Ora, inexecução, no caso, significa não entrega do objeto, não realização de serviço, não execução (no sentido de construir) uma obra? Ou descumprir qualquer cláusula do contrato será inexecução?”. (MUKAI, Toshio. Reflexões sobre a aplicação pelos órgãos e entidades públicas das sanções previstas nos artigos 87 e 88 da Lei nº 8.666/93. In: BICALHO, Alécia Paolucci Nogueira; DIAS, Maria Tereza Fonseca [coord.]. **Contratações públicas**. pp. 161-172. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 168).

O art. 88 da Lei nº 8.666/1993 até tenta atribuir alguma objetividade à aplicação das sanções mais graves (declaração de inidoneidade e suspensão do direito de licitar e contratar), ao indicar que essas penalidades poderão ter lugar em face de contratados que:

- I - tenham sofrido condenação definitiva por praticarem, por meios dolosos, fraude fiscal no recolhimento de quaisquer tributos;
- II - tenham praticado atos ilícitos visando a frustrar os objetivos da licitação; ou
- III - demonstrem não possuir idoneidade para contratar com a Administração em virtude de atos ilícitos praticados.

A primeira hipótese constitui situação objetiva e delimitada, porém a Lei deixa margem de discricionariedade quanto à definição de qual das duas sanções será aplicada (suspensão ou inidoneidade).

As descrições fáticas das outras duas hipóteses, entretanto, são carregadas de conceitos demasiado genéricos, que não atribuem objetividade à atuação administrativa. Praticar atos visando a frustrar os objetivos da licitação ou praticar ilícitos que demonstrem ausência de idoneidade constituem tipificações abstratas, que podem amoldar-se indistintamente a diversas condutas.

O art. 58 da Lei nº 8.666/1993, por outro lado, indica que o regime jurídico dos contratos administrativos confere à Administração “a prerrogativa de: (...) IV - aplicar sanções motivadas pela inexecução total ou parcial do ajuste”, todavia não esclarece quais penalidades poderiam ser aplicadas às hipóteses de inexecução total ou parcial do contrato.

A ausência de parâmetros para a aplicação de sanções administrativas acarreta dificuldades porque o agente público sequer possui critérios para distinguir condutas culposas e dolosas ou para diferenciar atos de mero descumprimento contratual de desvios éticos ou atos de corrupção.

De igual modo, para a aplicação de sanções, a Lei não diferencia as penalidades quanto às circunstâncias práticas de a conduta reprovável ter ou não produzido danos para a Administração ou ter ou não beneficiado o contratado.

Por exemplo, se a Administração identifica defeitos na execução do objeto contratual, não caberia aplicar ao contratado sanções graves, como a suspensão do direito de licitar e contratar, se o próprio contratado corrigir os defeitos sem causar prejuízos relevantes para o Poder Público<sup>248</sup>.

---

<sup>248</sup> O art. 69 da Lei nº 8.666/1993, a propósito, determina que “O contratado é obrigado a reparar, corrigir, remover, reconstruir ou substituir, às suas expensas, no total ou em parte, o objeto do contrato em que se verificarem vícios, defeitos ou incorreções resultantes da execução ou de materiais empregados”.

Essa afirmação, que se baseia nos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, pode até coincidir com o senso de justiça da maioria dos intérpretes aplicadores da Lei.

Todavia, tratando-se de regras de direito sancionatório, caberia à legislação explicitar tais circunstâncias. Afinal, a existência de tais espaços de discricionariedade acarreta insegurança jurídica e cria oportunidades para a prática de atos de corrupção.

O mesmo problema envolve a sanção prevista no art. 7º da Lei que instituiu o pregão como modalidade de licitação (nº 10.520/2002):

Quem, convocado dentro do prazo de validade da sua proposta, não celebrar o contrato, deixar de entregar ou apresentar documentação falsa exigida para o certame, ensejar o retardamento da execução de seu objeto, não mantiver a proposta, falhar ou fraudar na execução do contrato, comportar-se de modo inidôneo ou cometer fraude fiscal, ficará impedido de licitar e contratar com a União, Estados, Distrito Federal ou Municípios e será descredenciado no Sicaf, ou nos sistemas de cadastramento de fornecedores a que se refere o inciso XIV do art. 4º desta Lei, pelo prazo de até 5 (cinco) anos, sem prejuízo das multas previstas em edital e no contrato e das demais cominações legais.

O dispositivo contempla algumas hipóteses objetivas, porém deixa igualmente amplas margens de discricionariedade ao indicar, por exemplo, que se sujeita à sanção o contratado que “falhar ou fraudar na execução do contrato” ou que “comportar-se de modo inidôneo”. Trata-se de expressões genéricas que podem abranger qualquer tipo de conduta, desde a inexecução contratual mais irrelevante até a prática de atos de corrupção.

Também neste caso, a Lei não apresenta parâmetros para a definição da gravidade da conduta que ensejaria a aplicação da penalidade de suspensão do direito de licitar e contratar. Logo, em tese, qualquer das condutas descritas genericamente no art. 7º acarretaria para o agente público responsável o dever de sancionar o contratado, o que não é razoável.

Nesse caso, caberia ao gestor público apenas promover a dosimetria em relação ao tempo da pena, fazendo-o por meio de atuação discricionária, já que a Lei igualmente não apresenta parâmetros para a definição da gravidade das condutas.

No âmbito do RDC, o art. 47 da Lei nº 12.462/2011 praticamente reproduz a sanção da Lei do Pregão, apresentando os mesmos problemas<sup>249</sup>.

---

<sup>249</sup> “Art. 47. Ficar impedido de licitar e contratar com a União, Estados, Distrito Federal ou Municípios, pelo prazo de até 5 (cinco) anos, sem prejuízo das multas previstas no instrumento convocatório e no contrato, bem como das demais cominações legais, o licitante que: I - convocado dentro do prazo de validade da sua proposta não celebrar o contrato, inclusive nas hipóteses previstas no parágrafo único do art. 40 e no art. 41 desta Lei; II - deixar de entregar a documentação exigida para o certame ou apresentar documento falso; III - ensejar o retardamento da execução ou da entrega do objeto da licitação sem motivo justificado; IV - não mantiver a proposta, salvo se em decorrência de fato superveniente, devidamente justificado; V - fraudar a licitação ou praticar atos fraudulentos na execução do contrato; VI - comportar-se de modo inidôneo ou cometer fraude fiscal; ou VII - der causa à inexecução total ou parcial do contrato”.

Indo adiante, o art. 46 da Lei n° 8.443/1992 atribui ao Tribunal de Contas da União competência sancionatória, ao dispor que “Verificada a ocorrência de fraude comprovada à licitação, o Tribunal declarará a inidoneidade do licitante fraudador para participar, por até cinco anos, de licitação na Administração Pública Federal”.

Essa regra decorre do exercício do controle externo da Administração Pública, de modo que o TCU deve atuar apenas subsidiariamente, na hipótese em que o próprio ente público não adotar as providências necessárias à apuração da conduta supostamente fraudulenta.

Ademais, a regra também é problemática porque atribui ao TCU amplos espaços de discricionariedade, tanto na definição do conteúdo da expressão “*fraude a licitação*”, como na dosimetria temporal da sanção.

Por fim, cabe tecer considerações sobre as sanções administrativas da Lei n° 12.846/2013, conhecida como Lei Anticorrupção.

O art. 6° da Lei estabelece duas espécies de sanção: multa “no valor de 0,1% (um décimo por cento) a 20% (vinte por cento) do faturamento bruto do último exercício anterior ao da instauração do processo administrativo, excluídos os tributos, a qual nunca será inferior à vantagem auferida, quando for possível sua estimação” e “publicação extraordinária da decisão condenatória”.

O art. 5°, que tipifica as condutas puníveis, lista quatro condutas gerais (incisos I a III e V<sup>250</sup>) e sete condutas especificamente relacionadas às licitações e contratos administrativos (inciso IV<sup>251</sup>).

Em relação às outras leis anteriormente referidas, nota-se que, aqui, o legislador foi mais cuidadoso ao descrever as condutas puníveis, reduzindo substancialmente os campos

---

<sup>250</sup> “I - prometer, oferecer ou dar, direta ou indiretamente, vantagem indevida a agente público, ou a terceira pessoa a ele relacionada; II - comprovadamente, financiar, custear, patrocinar ou de qualquer modo subvencionar a prática dos atos ilícitos previstos nesta Lei; III - comprovadamente, utilizar-se de interposta pessoa física ou jurídica para ocultar ou dissimular seus reais interesses ou a identidade dos beneficiários dos atos praticados; (...) V - dificultar atividade de investigação ou fiscalização de órgãos, entidades ou agentes públicos, ou intervir em sua atuação, inclusive no âmbito das agências reguladoras e dos órgãos de fiscalização do sistema financeiro nacional”.

<sup>251</sup> “IV - no tocante a licitações e contratos: a) frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo de procedimento licitatório público; b) impedir, perturbar ou fraudar a realização de qualquer ato de procedimento licitatório público; c) afastar ou procurar afastar licitante, por meio de fraude ou oferecimento de vantagem de qualquer tipo; d) fraudar licitação pública ou contrato dela decorrente; e) criar, de modo fraudulento ou irregular, pessoa jurídica para participar de licitação pública ou celebrar contrato administrativo; f) obter vantagem ou benefício indevido, de modo fraudulento, de modificações ou prorrogações de contratos celebrados com a administração pública, sem autorização em lei, no ato convocatório da licitação pública ou nos respectivos instrumentos contratuais; ou g) manipular ou fraudar o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos celebrados com a administração pública;”.

de discricionariiedade disponíveis aos agentes públicos responsáveis por instaurar e conduzir o processo administrativo sancionatório. É notável a descrição mais clara e objetiva das condutas.

Por outro lado, a Lei Anticorrupção também teve o mérito de estabelecer parâmetros objetivos que devem ser considerados na aplicação das sanções:

Art. 7º Serão levados em consideração na aplicação das sanções:

I - a gravidade da infração;

II - a vantagem auferida ou pretendida pelo infrator;

III - a consumação ou não da infração;

IV - o grau de lesão ou perigo de lesão;

V - o efeito negativo produzido pela infração;

VI - a situação econômica do infrator;

VII - a cooperação da pessoa jurídica para a apuração das infrações;

VIII - a existência de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e a aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta no âmbito da pessoa jurídica;

IX - o valor dos contratos mantidos pela pessoa jurídica com o órgão ou entidade pública lesados;

A definição desses critérios é de grande relevância porque reduz a discricionariiedade, na medida em que norteia a atuação dos agentes públicos por meio de parâmetros para o exercício do poder sancionatório.

Por conseguinte, caberá ao agente público, como condição de validade de seu ato, motivar a decisão, enfrentando cada um dos nove critérios previstos no art. 7º da Lei, em cotejo com as características e peculiaridades do caso concreto. Além de propiciar mais transparência, esse dever de motivação permite algum controle do ato sancionatório pelos órgãos de fiscalização da própria Administração e pelo Poder Judiciário.

Diante da ausência de parâmetros semelhantes nas outras leis que tipificam sanções administrativas no âmbito das contratações públicas, é plenamente possível e salutar defender que esses critérios da Lei Anticorrupção sejam adotados pelos agentes públicos no âmbito da aplicação de quaisquer penalidades a licitantes e a contratados. Essa medida já reduziria significativamente a discricionariiedade dos gestores públicos.

Em síntese, nota-se que, apesar da pluralidade de instrumentos normativos prevendo sanções administrativas, as regras existentes, em sua maioria, não são satisfatórias porque deixam a atividade sancionatória da Administração intensamente submetida à discricionariiedade dos agentes públicos.

A ausência de parâmetros objetivos para a definição da penalidade aplicável e para dosar a intensidade da sanção estimula a ocorrência de dois efeitos adversos.

Da parte dos agentes públicos inidôneos, as margens excessivas de discricionariiedade dificultam o controle do poder sancionatório e abrem oportunidades para sua utilização como instrumento de chantagem destinado à prática de atos de corrupção.

Por outro lado, a intensa discricionariedade produz efeitos negativos também sobre a atuação dos gestores públicos probos. É que, diante da amplitude dos conceitos legais e da ausência de parâmetros, a tendência do gestor público probo deverá ser pelo máximo rigor, ou seja, pela aplicação da penalidade em seu grau máximo.

Em um contexto de suspeição generalizada, esse rigorismo excessivo geralmente decorre do receio do agente público em face dos órgãos de controle, especialmente dos tribunais de contas. Diante da escassez de parâmetros objetivos, na dúvida adota-se o máximo rigorismo, evitando-se o risco de que a absolvição do particular ou a dosimetria da sanção seja reputada irregular.

Também é necessário salientar desde logo que o exercício do poder sancionatório pelo Poder Público tende a produzir efeitos concorrenciais desfavoráveis, pois a aplicação das sanções mais graves acarreta o afastamento de potenciais licitantes aptos a concorrer no âmbito do já restrito mercado de contratações públicas.

Nesse contexto, ao mesmo tempo que tende a ser prejudicial para a Administração, a redução do universo de licitantes tende a favorecer outros particulares que atuam no mercado, que poderão cogitar a ampliação de sua participação e a elevação dos preços praticados.

Por tudo isso, a aplicação das sanções administrativas de inidoneidade e de suspensão do direito de licitar e contratar devem ser reservadas para situações excepcionais, quando realmente houver *necessidade* de afastar determinado particular do mercado. Para proceder essa avaliação, parece necessário superar a concepção de que o poder sancionatório da Administração possui finalidade precipuamente punitiva.

A rigor, para preservar o próprio interesse estatal na mais ampla concorrência, as penalidades que acarretam a eliminação de concorrentes deveriam ser reservadas para situações excepcionais, como medidas aptas a garantir a contratação de *empresas responsáveis*<sup>252</sup>.

---

<sup>252</sup> A expressão é utilizada em interessante trabalho publicado por Cesar Pereira e Rafael Wallbach a respeito da necessidade de superação da concepção meramente punitiva do poder sancionatório da Administração no âmbito das contratações públicas (Autossaneamento [*self cleaning*] e reabilitação no direito brasileiro anticorrupção. **Revista de Direito Administrativo Contemporâneo**. vol. 20. ano 3. p. 13-34. São Paulo: Ed. RT, set.-out. 2015, p. 22).

### 3.9. Uma análise concreta sobre a transparência da atividade administrativa

A Lei nº 12.527/2011, conhecida como Lei de Acesso à Informação (LAI), estabeleceu procedimentos que devem ser observados pela Administração de todos os entes federativos para assegurar transparência à gestão pública. Para verificar concretamente o exercício do poder regulatório durante a execução contratual, elaborou-se o questionário que consta do Anexo I deste trabalho.

A aplicação do questionário não teve por objetivo a confirmação de premissas, mas apenas a obtenção de um panorama, ainda que parcial e incompleto, de como os entes públicos federais têm conduzido suas contratações.

Com base na LAI, em 04.04.2017 o questionário foi submetido a dezesseis entes públicos que integram a União. Todos foram selecionados aleatoriamente, porém de forma a abranger todos os Poderes da União. As informações prestadas estão sistematizadas e são analisadas no Anexo II do trabalho. Aqui, importa sumariar alguns aspectos verificados.

Faltam mecanismos de transparência e de acesso público a informações. Diversos dados e informações solicitados, por serem de interesse da sociedade, deveriam estar permanentemente disponíveis, de forma sistematizada, para acesso por qualquer interessado ou cidadão. Por isso, diversas informações não podem ser checadas.

Por exemplo, a resposta quase generalizada de que não há débitos vencidos com fornecedores contrasta com o discurso público de que a crise fiscal tem causado graves problemas à gestão administrativa-financeira da Administração<sup>253</sup>. Apesar disso, não há no Portal da Transparência ou em outras fontes públicas a possibilidade de consultar o estágio dos processos de pagamento e o *status* de cada fatura considerando a data de sua emissão e o prazo contratual de pagamento<sup>254</sup>.

De igual forma, treze dos dezesseis entes públicos pesquisados não divulgam regularmente sua ordem cronológica de pagamentos, descumprindo instrução normativa do

---

<sup>253</sup> Confira-se, nesse sentido: **UnB tem déficit de R\$ 100 milhões e prevê 'dificuldades' em setembro, diz reitora**. Disponível em: <<http://g1.globo.com/distrito-federal/noticia/unb-tem-deficit-de-r-100-milhoes-e-preve-dificuldades-com-contas-em-setembro-diz-reitora.ghtml>>. Acesso em: 25 jul. 2017.

<sup>254</sup> Pesquisa realizada em 2014 pela Universidade de Brasília sobre a percepção pública da eficácia do Portal da Transparência revela que 72% (setenta e dois por cento) dos entrevistados “responderam que o Portal é eficaz na divulgação dos gastos do governo federal”, no entanto, de acordo com os entrevistados, “as informações mais difíceis de serem encontradas e entendidas são as que se relacionam aos tópicos de ‘quanto e em que o governo gasta’, ‘como e o que o governo compra’ e ‘quanto e quais empresas ou entidades recebem do governo’” (SILVA, Alice Rocha da; SANTOS, Ruth Maria Pereira dos. **A influência do Direito Administrativo Global no processo brasileiro de Contratação Pública à luz do Princípio da Transparência**. Revista Brasileira de Políticas Públicas, Brasília, v. 6, nº 2, pp. 65-88, 2016, pp. 74-75).

Ministério do Planejamento que regulamenta a publicação. Além disso, instados a apresentar as informações, todos esses treze entes da Administração federal informaram não dispor de meios para sistematizar as informações ou alegaram o subterfúgio do art. 13, inciso III, do Decreto nº 7.724/2012<sup>255</sup> para indeferir o acesso às informações.

Chama atenção que até mesmo a CGU, a quem cabe o controle interno da Administração federal, tenha invocado o dispositivo do Decreto, mesmo havendo regulamento vinculante que obriga os entes federais a organizar e publicar suas cronologias de pagamento.

Os dados obtidos também permitem constatar problemas no âmbito dos pleitos dos contratados. Entre todos os entes públicos, apenas o STJ informou possuir normas internas prevendo procedimentos e prazos para a decisão de pedidos de reajustamento de preços e de revisão e repactuação contratual. Outros revelaram haver simples pedidos de reajuste de preços pendentes de apreciação há mais de um ano.

As informações também permitem especular a possibilidade de violação do princípio da isonomia, pois revelam que pleitos posteriores foram apreciados antes de outros mais antigos, mesmo possuindo, em tese, complexidade semelhante<sup>256</sup>.

Ainda, foi possível notar que os entes públicos, como era de se esperar, têm exercido plenamente as prerrogativas exorbitantes que lhes são atribuídas pelo ordenamento jurídico (v.g. rescisão unilateral do contrato ou aplicação de sanções). Entretanto, não há informações públicas que permitam avaliar a razoabilidade e a proporcionalidade das sanções.

Por exemplo, não há dados que permitam comparar o nível de rigor que um mesmo ente público adota diante de erros atribuídos ao contratado durante a execução da avença. Em tese, um erro pode conduzir à rescisão do contrato e à penalização do contratado, ao passo que, em situação semelhante, pode ser relevado em face de outro contratado.

Em outras palavras, trata-se de verificar a atuação administrativa de forma sistêmica para assegurar a efetiva aplicação do princípio da impessoalidade<sup>257</sup>. Relevante

---

<sup>255</sup> “Art. 13. Não serão atendidos pedidos de acesso à informação: [...] III - que exijam trabalhos adicionais de análise, interpretação ou consolidação de dados e informações, ou serviço de produção ou tratamento de dados que não seja de competência do órgão ou entidade”.

<sup>256</sup> Afinal, pedidos de reajuste, por exemplo, possuem pouca ou nenhuma complexidade. Basta verificar o índice previsto no contrato e multiplicá-lo pelo valor da contratação. Portanto, é injustificável que pleitos dessa natureza sejam decididos fora da ordem cronológica de sua apresentação.

<sup>257</sup> “A impessoalidade é uma das suas razões de ser, para que o Poder Público, na contratação de obras, serviços, compras e alienações, não se deixe levar por subjetivismos e preferências pessoais dos administradores”. (CARVALHO NETO, Tarcisio Vieira. **O princípio da impessoalidade nas decisões administrativas**. Tese de Doutorado em Direito. São Paulo: Universidade de São Paulo – USP, 2014, p. 111).

também notar a importância de assegurar aos que contratam com o Poder Público a possibilidade de acesso a informações essenciais à sua defesa na esfera judicial.

Como os atos da Administração possuem fé pública e presunção de legalidade e de legitimidade, é necessário assegurar ao particular que com ela se relaciona amplo acesso a informações. Essa é uma questão primordial, pois o exame isolado da situação do contratado pode tornar impossível sua insurgência perante o Poder Judiciário.

Sem poder se socorrer da postura adotada pela própria Administração em casos semelhantes, o contratado fica à mercê do que disser o Estado. Basta o agente administrativo se vestir com o manto da *técnica* e acusar o contratado de ter causado riscos ou danos à atividade administrativa.

Nessa linha de argumentação, é de se notar que, no Brasil, apesar da crescente importância do contencioso administrativo, não se tem notícia de nenhum ente público que publique sistematicamente suas decisões por meio de mecanismos de busca de jurisprudência, como ocorre com os Tribunais e com as Agências reguladoras.

Em síntese, a permanente publicação dessas informações de interesse público poderia servir de instrumento de controle da atuação dos gestores públicos e, portanto, de estímulo à eficiência e à probidade administrativa.

### **3.10. Os efeitos da incompleta regulação da atividade contratual**

Como se viu, este trabalho propõe duas vertentes para o debate sobre as compras públicas no Brasil: a introdução de mecanismos de transparência e a abertura procedimental, desde a fase interna da licitação até a execução do contrato administrativo; e o aprofundamento da regulação das licitações e dos contratos administrativos, objetivando, na etapa licitatória, a ampliação da competitividade e, na etapa contratual, a atribuição de parâmetros para o exercício do poder discricionário, por meio de regras claras que ampliem a segurança jurídica e possibilitem o controle da ação pública.

Nesse sentido, a doutrina especializada na matéria salienta a necessidade de que o Estado promova uma governança voltada a estimular a competitividade do mercado de contratações públicas:

Em todas as economias, a governança das contratações públicas afeta enormemente “a alocação eficiente de recursos e o bem-estar dos cidadãos”. Mas para que esse

importante mercado funcione eficientemente, a governança deve garantir efetiva competição entre fornecedores<sup>258</sup>.

De acordo com a autora norte-americana Lauren Brinker, os entes públicos poderiam desempenhar três papéis distintos com o objetivo de incrementar a competitividade das contratações públicas:

- a) engajamento em esforços internos para promover o uso de procedimentos de contratação que reduzam barreiras à competição;
- b) aplicar eficientemente as regras que estimulam competição; e
- c) adotar regras que previnam ou detenham comportamentos colusivos<sup>259</sup>.

Na realidade brasileira, a abstenção do poder regulatório atribuído aos entes públicos que realizam licitações e celebram contratos, e seu exercício de modo fechado ou pouco transparente, expõem com maior intensidade as falhas de mercado e de governo relacionadas à atividade contratual do Estado: assimetrias de informação, restrições à competitividade e estímulos à captura do regulador.

A indefinição a respeito de parâmetros essenciais ao exercício da discricionariedade, nas etapas pré-contratual e contratual, contribui para a ampliação das possibilidades de atuação de agentes em busca das rendas extraordinárias que esse contexto pode propiciar, em detrimento do erário (*rent-seeking*).

A incerteza reduz o universo de licitantes, especialmente dos bem-intencionados, estimula acordos para a prática de condutas anticompetitivas entre agentes de mercado e promove terreno fértil para a prática de desvios. Esse cenário em nada se assemelha ao que seria esperado de uma regulação de interesse público<sup>260</sup>.

O insuficiente ou escasso exercício do poder regulatório de efeitos concretos corresponde à realização de licitações e à celebração de contratos públicos por meio de regras incompletas, genéricas ou não devidamente detalhadas. Portanto, a atuação pública tende a ocorrer com pouca previsibilidade e pouca transparência.

---

<sup>258</sup> Tradução livre. Do original: “*In all economies, the governance of the public procurement market greatly affects the efficient allocation of resources and the well-being of citizens. Yet in order for this important market to operate efficiently, governance must ensure effective competition between suppliers*”. (BRINKER, Lauren. **Introducing New Weapons in the Fight against Bid Rigging to Achieve a More Competitive U.S. Procurement Market**. *Public Contract Law Journal* 43.3, pp. 547-566, 2014, p. 548).

<sup>259</sup> Ibid. p. 549.

<sup>260</sup> Em um dos depoimentos de seu acordo de colaboração premiada com o Ministério Público Federal, o Sr. Emílio Odebrecht, ex-Presidente do Grupo Odebrecht, declarou: “Todos os companheiros da organização já passaram pelo exterior para ter uma visão de mundo. Conviver com concorrência efetiva, real. Disputa baseada em produtividade. Porque nos outros países, principalmente no Brasil, não se fazia muita engenharia”. Disponível em: <<http://www.valor.com.br/politica/4938208/para-saber-o-que-era-concorrencia-diretor-da-odebrecht-ia-ao-exterior>>. Acesso em: 16 abr. 2017.

O ideal seria que os entes públicos, com base nos parâmetros legais, efetivamente exercessem a competência regulatória que possuem de elaborar editais de licitação e minutas de contratos com regras detalhadas.

Portanto, reconhece-se a importância da discricionariedade especialmente na etapa pré-contratual, quando os agentes de mercado, diante das regras estabelecidas nos documentos da licitação, podem decidir por participar ou não do certame. Além disso, essa discricionariedade *ex ante* é perfeitamente passível de fiscalização pelos órgãos de controle interno e externo, bem como pelo Poder Judiciário.

De outro lado estão as prerrogativas exorbitantes que a legislação brasileira atribui à Administração Pública. Elas inserem ampla discricionariedade na etapa contratual, quando caberia ao Estado atuar estritamente com base nas cláusulas do contrato, portanto com mínima discricionariedade. Tais prerrogativas restringem direitos dos particulares, especialmente quando criam desnecessária insegurança jurídica no que se refere ao recebimento da contraprestação devida pelos bens ou serviços fornecidos.

Em qualquer cenário, é fundamental regular e assegurar acesso público confiável às informações referentes à execução dos contratos administrativos. Afinal, “A liberdade de informação na Administração pode efetivamente limitar a arbitrariedade necessária a que ocorram transações corruptas. Uma cultura de transparência corporativa inibe a tolerância ao suborno”<sup>261</sup>.

### 3.10.1. A restrição do universo de potenciais licitantes

A conjugação de um regime jurídico que coloca a Administração em posição privilegiada com a escassa regulamentação do poder discricionário produz, como primeiro efeito, concentração de mercado. Isso porque, para além dos requisitos formais exigidos pelo edital, o particular sabe que as contratações administrativas impõem condições *informais* ou não explicitamente formuladas.

No Brasil, quem contrata com a Administração Pública sabe dos riscos envolvidos, especialmente quanto a atrasos de pagamentos.

---

<sup>261</sup> Tradução livre. Do original: “Freedom of information in administration can effectively limit the arbitrariness required for corrupt transactions. A culture of corporate transparency inhibits the condoning of bribery”. (LAMBSDORFF, Johann Graf. *The Institutional Economics of Corruption and Reform: Theory, Evidence, and Policy*. Cambridge, UK: Cambridge University Press, 2007, p. 227).

Sabe-se que o Poder Público tem a prerrogativa de atrasar o pagamento por até noventa dias sem que o contratado possa se eximir de cumprir suas obrigações.

Sabe-se que a legislação não regulamenta adequadamente os procedimentos administrativos para a análise de pleitos dos contratados, inclusive quanto à apuração de encargos moratórios por atrasos de pagamento.

Sabe-se, enfim, que o Estado pode se recusar a realizar o pagamento imputando falhas *técnicas* ao contratado e que, ao final de longa disputa judicial, se procedente a ação, os valores entrarão numa fila de precatórios.

Esse cenário é agravado pelos riscos de rescisão ou alteração unilateral do contrato por parte da Administração, de aplicação de sanções que podem pôr fim às atividades da empresa e de sancionamento pelos mecanismos de controle interno ou externo (*v.g.* ações de improbidade, ações civis públicas e fiscalização dos Tribunais de Contas).

Em outras palavras, o regime jurídico das contratações públicas submete o particular a riscos imprevistos e incalculáveis.

Todas essas circunstâncias *informais*, porque não decorrem de restrição explícita nos editais de licitação, têm potencial, isolada ou conjuntamente, para afastar do mercado de contratações públicas eventuais interessados que teriam plenas condições técnicas de atender às necessidades da Administração.

Sob o aspecto econômico, o regime jurídico impõe restrições especialmente a pequenas e médias empresas, que normalmente não dispõem de capital de giro expressivo ou de grande capacidade de endividamento junto ao mercado financeiro<sup>262</sup>.

A principal consequência imediata desses fatores consiste na possibilidade de redução do universo de potenciais licitantes.

---

<sup>262</sup> Até mesmo o Tribunal de Contas da União reconhece expressamente que o Estado brasileiro é um mal pagador contumaz. Por meio do Acórdão nº 1214/2013 – Plenário, o TCU suscitou a seguinte questão sobre os serviços de terceirização prestados ao Poder Público: “Ao contrário das empresas de fornecimento de bens, as de terceirização de serviços são altamente demandantes de recursos financeiros de curto prazo e de alta liquidez, como moeda corrente, pois se faz necessário que disponham de recursos suficientes no ativo circulante para suportar despesa com a folha de pagamento e outros encargos a cada mês, independentemente do recebimento do pagamento do órgão para o qual presta os serviços [...] O pagamento somente pode ocorrer após o ateste do serviço realizado, normalmente no decorrer do mês posterior à prestação dos serviços. Assim, faz sentido exigir das licitantes que tenham recursos financeiros suficientes para honrar no mínimo 2 (dois) meses de contratação sem depender do pagamento por parte do contratante. Uma empresa que não tenha esta capacidade quando da realização do processo licitatório, certamente terá dificuldades de cumprir todas as obrigações até o fim do contrato”. Diante disso, o TCU propôs que as licitações para a contratação de serviços continuados passassem a exigir, como mais um requisito de habilitação, a disponibilidade de capital de giro mínimo equivalente a 16,66% do valor da contratação objeto do certame (TC 006.156/2011-8, relator Ministro Aroldo Cedraz, julgado em 22/05/2013). A recomendação do TCU foi acolhida pelo Ministério do Planejamento por meio da Instrução Normativa nº 6/2013, que obriga a inclusão do requisito de qualificação nos instrumentos convocatórios. Trata-se de mais um exemplo concreto de como a prerrogativa exorbitante da Administração de atrasar pagamentos cria barreiras de mercado.

Revelando preocupação com esses aspectos do regime jurídico brasileiro de contratações públicas, estudo da Fundação Getúlio Vargas aponta os efeitos econômicos da insegurança jurídica que abrange, sobretudo, a expectativa do particular de receber sua contraprestação:

Prazos de pagamento extensos aumentam a necessidade de capital de giro para as empresas fornecedoras, o que, por sua vez, tem dois principais efeitos. O primeiro é a elevação das despesas financeiras das companhias fornecedoras e a subsequente transferência para as propostas ofertadas. O segundo efeito é inibir que empresas com pouco acesso a linhas de financiamento e capital de giro participem da disputa, o que potencialmente reduz o número de participantes e o grau de competitividade do processo de contratação. Neste sentido, prazos de pagamento constituem uma variável de risco nas contratações públicas porque eles afetam a atratividade e podem ampliar barreiras de acesso ao processo licitatório, na medida em que eles impõem um custo de capital de giro adicional aos fornecedores<sup>263</sup>.

Ao lado dessas restrições *informais*, o regime jurídico das contratações públicas também impõe aos agentes de mercado restrições formais. Como se viu, tais restrições se materializam por meio de obstáculos diretos (v.g. requisitos de qualificação técnica e econômico-financeira) e obstáculos indiretos (v.g. delimitação excessiva do objeto licitado e vedação à participação de empresas em consórcio).

### 3.10.2. A precificação dos custos e dos riscos adicionais

O regime jurídico de contratações públicas, portanto, apresenta custos e riscos extraordinários, não verificados no contexto dos contratos privados.

A expectativa de custos financeiros adicionais costuma ser repassada para a Administração Pública ainda na etapa licitatória de disputa entre os licitantes, que tendem a já partir de ofertas iniciais mais elevadas que os preços comumente praticados no mercado privado. Outra reação dos *players* desse mercado consiste na elevação da margem de lucro para compensar os riscos futuros, inclusive os financeiros, relacionados à execução contratual.

---

<sup>263</sup> Tradução livre. Do original: “*Extensive payment deadlines increase the need for working capital in supplier companies, which in turn has two main effects. The first is the increase in the supplier companies’ financial expenses and the subsequent transfer to the tenders offered. The second effect is to inhibit companies with restricted access to lines of financing, and hence working capital, from participating in the auctions, which potentially reduces the number of participants and the level of competitiveness in the procurement process. In this sense, payment deadlines are a risk variable in the procurement process for they affect attractiveness and may even increase the barrier to access to the bidding process since they impose an additional working-capital cost on the supplier*”. (BLUMENSCHNEIN, Fernando. **Government Procurement Strategies in Brazil: Auction Theory and “Big Data”**. FGV Projetos, nº 18, 2013, p. 20).

Trata-se de reações econômicas naturais, criadas pelas incertezas inerentes ao padrão de relacionamento contratual estabelecido entre a Administração Pública brasileira e os seus contratados.

Diante de tais circunstâncias, a Administração geralmente paga um sobrepreço decorrente das características do regime jurídico de contratações por ela própria instituído.

### 3.10.3. A consequências da concentração de mercado

As restrições *formais e informais* que reduzem a competitividade das licitações públicas também tendem a produzir, como efeito econômico direto, preços mais elevados. Isso porque, com a participação de menos *players* de mercado, reduz-se a propensão pela disputa do objeto licitado.

De todo modo, a verificação de condutas anticompetitivas no âmbito de licitações públicas consiste em um problema mundial. Diversos estudos internacionais examinam esse fenômeno e apresentam propostas de iniciativas para prevenir ou coibir práticas colusivas.

De acordo com a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) “é amplamente sabido que as contratações públicas são um cenário propício para a atuação de cartéis e outros esquemas de fraude”. Entre os fatores que contribuem para essa constatação, a OCDE aponta o grande volume de recursos públicos que os governos investem para obter os bens e serviços necessários às suas atividades finalísticas<sup>264</sup>.

Diante disso, não se pode afirmar que práticas anticompetitivas em licitações sejam um problema autóctone brasileiro<sup>265</sup>. Tampouco é possível alegar que esse problema decorre exclusivamente do regime jurídico de contratações públicas.

O que este trabalho defende é que, entre outros fatores relevantes em jogo, as características do regime jurídico contribuem de forma significativa para o cenário endêmico

---

<sup>264</sup> OCDE. *Policy Roundtables: Collusion and Corruption in Public Procurement*, OECD, Paris, 2010, p. 72.

<sup>265</sup> Por exemplo, ao apontar as limitações encontradas pelo Departamento de Justiça norte-americano para fiscalizar condutas anticoncorrenciais em licitações públicas, Lauren Brinker busca alternativas a partir das experiências de países como Dinamarca, Rússia e Coreia do Sul. De acordo com a autora, esses países instituíram em favor das agências de defesa da concorrência mecanismos ativos, e não apenas reativos, de acompanhamento e avaliação do mercado de contratações públicas. A *Korea Fair Trade Commission* (KFTC), por exemplo, monitora esse mercado por meio de um sistema centralizado de detecção de condutas anticompetitivas (*Korea's Bid Rigging Indicator Analysis System – BRIAS*). O sistema automaticamente analisa o potencial de esquemas de fraude a grandes licitações realizadas por entes de governos dos níveis nacional, estadual e local (BRINKER, 2014, p. 560-561).

de desvios e de condutas anticompetitivas que se verifica relativamente às contratações públicas no Brasil.

Ao propiciar a criação de barreiras de mercado *formais e informais, diretas e indiretas*, o regime jurídico e sua aplicação prática tendem a restringir o universo de potenciais licitantes, tornando mais viável e factível a reunião dos competidores para a coordenação de condutas ilícitas.

Quanto menor o número de agentes de mercado interessados no certame, menores são as chances de haver agentes independentes entre os interessados. Daí a mútua relação de causa e consequência que Ana Frazão identifica entre a corrupção e as barreiras de entrada ou permanência:

A corrupção ainda pode aumentar as barreiras já existentes em determinados mercados, criando um círculo vicioso: quanto maiores as barreiras para a entrada ou permanência em determinados segmentos econômicos, maior o incentivo à corrupção e, quanto maior a corrupção, maiores as barreiras. Tal processo, que pode se retroalimentar indefinidamente, não raramente acaba privilegiando a macroempresa e estimulando ainda mais a concentração de poder econômico já existente<sup>266</sup>.

Portanto, indiretamente, a criação de barreiras de entrada no mercado de compras públicas, que corresponde à imposição de restrições ao universo de potenciais licitantes, estimula condutas anticompetitivas, como acordos colusivos e formação de cartéis. Por conseguinte, os preços pagos pela Administração Pública tendem a ser superiores<sup>267</sup>.

#### **3.10.4. Os elevados custos de transação**

A atividade contratual, pública ou privada, envolve *custos de transação*, conceito econômico que sintetiza os custos incorridos no curso da aquisição de produtos e serviços.

Os custos de transação abrangem os valores dispendidos para localizar e definir o contratado, minutar os contratos, fiscalizar o cumprimento do contrato e a performance do contratado, realizar modificações necessárias no curso da execução contratual *etc.*

---

<sup>266</sup> FRAZÃO, 2017, p. 63.

<sup>267</sup> Nesse sentido: “A competição insuficiente no processo licitatório também desperdiça recursos públicos. Esquemas colusivos duram por muitos anos e impõem ao governo e, em última análise, aos contribuintes a pagar mais que o que eles deveriam. Colusão nos mercados de contratações públicas pode elevar os preços em mais de vinte por cento acima dos níveis competitivos”. Tradução livre. Do original: “*Insufficient competition in the procurement process also wastes public funds. Collusion schemes last for many years and cause the government, and ultimately taxpayers, to pay more than they should. Collusion in procurement markets can set prices over twenty percent above competitive levels*”. (BRINKER, 2014, p. 550).

No âmbito das contratações públicas, em diferentes países esses custos de transação naturalmente tendem a ser mais elevados que no mercado privado, porque incluem os custos ou efeitos adversos dos objetivos dos regimes jurídicos de contratações públicas:

Portanto, nas contratações públicas os custos de transação não se restringem a considerações sobre eficiência porque os objetivos das trocas não são limitados ao preço e ao valor. Ao invés disso, os custos de transação podem incluir os impactos de quaisquer dos numerosos objetivos governamentais com as contratações públicas. Esses objetivos incluem (1) competição; (2) integridade; (3) transparência; (4) eficiência; (5) satisfação do cliente; (6) melhor valor; (7) distribuição de riqueza; (8) evasão de riscos; e (9) uniformidade. As empresas reconheceram a importância de gerenciar seus custos de transação nas contratações. Os governos também deveriam levar em conta os custos de transação porque governos tipicamente incorrem em custos de transação ainda maiores que o setor privado<sup>268</sup>.

No Brasil, como se viu, a esses custos de transação verificados em outros países, acrescem-se os custos decorrentes da insegurança jurídica criada por um regime de contratações públicas que carece de regulação e de transparência<sup>269</sup>.

### 3.10.5. Os retornos supercompetitivos e a corrupção sintomática

Em síntese, o regime jurídico brasileiro de contratações públicas carece de uma efetiva regulação de interesse público.

O modelo atual, baseado em prerrogativas exorbitantes, regras legais abstratas e escassez de autovinculação e de transparência, induz ao que a teoria processual administrativa da regulação denomina “retornos supercompetitivos” (*supercompetitive returns*).

<sup>268</sup> Tradução livre. Do original: “Accordingly, in public procurement, transaction costs are not restricted to efficiency considerations because the objectives of the exchange are not limited to price and value. Rather, transaction costs can include the impacts on any of the government's numerous procurement objectives. These objectives include (1) competition; (2) integrity; (3) transparency; (4) efficiency; (5) customer satisfaction; (6) best value; (7) wealth distribution; (8) risk avoidance; and (9) uniformity. Businesses have recognized the importance of managing their transaction costs in procurements. Governments, too, should consider taking account of transaction costs because governments typically incur even greater transaction costs than the private sector”. (RALPH, Aaron S. *Transaction Management: A Systemic Approach to Procurement Reform*. *Public Contract Law Journal* 43.4, p. 621-652, 2014, p. 632-633).

<sup>269</sup> Interessante, nesse sentido, a crítica de Rafael Véras em face dos intitutos tradicionais do direito administrativo brasileiro e, em especial, do regime jurídico dos contratos administrativos. Para Véras, o regime de contratações públicas equivale a uma “caixinha” que, de forma estanque e irrefletida, “continua sendo usada por todas as entidades contratantes brasileiras, ainda que ela não seja mais eficiente para dar conta da realidade que lhe é subjacente”. Ainda segundo o autor, “O conceito de ‘custos de transação’, oriundo da Análise Econômica do Direito, também põe em xeque a manutenção de um regime jurídico único para os contratos administrativos, sob o prisma da eficiência econômica” (VÉRAS, Rafael. **O que a Análise Econômica do Direito tem a ver com os contratos administrativos?** Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/Rafael-Veras/o-que-a-analise-economica-do-direito-tem-a-ver-com-os-contratos-administrativos>>. Acesso em: 2 jul. 2017).

Isso ocorre justamente porque a tibieza das regras do jogo incentiva os agentes de mercado a buscar rendas extraordinárias, geralmente por meio de condutas ilícitas que podem ou não envolver a participação de agentes públicos.

Portanto, como se não bastassem os elevados custos de transação incorridos pela Administração Pública no exercício de sua atividade contratual, esses retornos supercompetitivos elevam ainda mais o custo regulatório atribuído à sociedade em geral<sup>270</sup>.

Outro aspecto relevante a ser pontuado é que, nesse cenário, a corrupção não parece constituir uma das causas das falhas de governo verificadas na regulação do mercado de contratações públicas.

A corrupção, na realidade, apresenta-se como um dos sintomas do regime jurídico em que se baseiam as relações entre os governos e os agentes de mercado. Essas relações, permeadas por insegurança jurídica e *déficits* de transparência, promovem estímulos à captura regulatória e à adoção sistêmica de padrões de conduta não republicanos<sup>271</sup>.

Ultrapassada a análise da importância da autovinculação administrativa e de seus efeitos potencialmente benéficos, o próximo capítulo do trabalho examinará, à luz da teoria processual administrativa da regulação, o papel da heterorregulação.

Nesse sentido, será examinada a atuação do Tribunal de Contas da União como uma espécie de agência reguladora do mercado de contratações públicas.

---

<sup>270</sup> Examinando a possibilidade de formação de cartéis no mercado de compras públicas, Tereza Braga chama atenção para os custos sociais de práticas anticompetitivas: “Nos cartéis em licitações, a facilitação tem por escopo extrair a maior renda possível da Administração Pública sem a interferência de concorrente, distribuindo à sociedade a perda de bem-estar decorrente do cartel. Nesse contexto, os danos sociais oriundos dos cartéis em licitações são maiores que os dos cartéis clássicos, pois quem paga os lucros exorbitantes dos cartelistas são os cidadãos contribuintes” (BRAGA, Tereza Cristine Almeida. CADE, Cartéis e Licitações: um Novo Nicho da Política Antitruste Brasileira. **Revista de Defesa da Concorrência**. nº 1, vol. 3, pp. 108-132. Brasília: CADE, 2015, p. 115).

<sup>271</sup> Daí a necessidade de “assegurar maior transparência aos mercados, já que um ambiente de negócios excessivamente burocrático e que propicia aos agentes governamentais excessiva discricionariedade no tratamento com agentes econômicos é um grande incentivo à corrupção, estimulando que se criem dificuldades para depois se venderem facilidades” (FRAZÃO, 2017, p. 65).

## CAPÍTULO 4. O ambiente institucional do mercado de compras públicas

Como aponta Ana Frazão, a análise do contexto institucional é relevante para a compreensão dos “espaços sociais e políticos, criados e conformados por instituições, que são as regras do jogo” e para a proposição de alternativas destinadas a aprimorar o funcionamento dos mercados<sup>272</sup>:

No que diz respeito às condições concorrenciais, é fundamental que os mercados já viciados em razão das práticas de corrupção possam ser minimamente resstruturados, sob pena de permanecerem todos os incentivos para as práticas ilícitas. Afinal, estruturas que foram criadas ou consolidadas a partir da corrupção dificilmente serão totalmente alteradas apenas por meio de medidas punitivas, como multas, restrições comportamentais ou mesmo prisão de executivos ou funcionários<sup>273</sup>.

Do ponto de vista institucional, o mercado de compras públicas é conformado de modo pulverizado (ou *policêntrico*, na expressão de Binjenbojm<sup>274</sup>), por intermédio da atuação de inúmeros entes públicos que promovem suas próprias licitações e gerenciam a execução dos seus próprios contratos. Portanto, não há no âmbito do Governo Federal brasileiro um órgão central estruturado especificamente para regular o mercado de aquisição de bens e serviços pela Administração.

Como se viu, em especial no segundo capítulo, este trabalho louva o modelo policêntrico de contratações públicas adotado no Brasil e, inclusive, aponta a necessidade de aprofundamento da regulação por intermédio da competência de *autovinculação* regulatória que os entes públicos possuem nesse mercado.

Em outras palavras, o trabalho reputa salutar que os entes públicos disponham de competências para estabelecer regras específicas para as suas contratações. Essa circunstância, contudo, não afasta a possibilidade de exercício de competências regulatórias por órgãos reguladores externos aos entes públicos.

Em recente obra sobre a regulação dos contratos públicos em Portugal, Fernando Oliveira Silva analisa o modelo regulatório português, mas também traça um panorama sobre o ambiente regulatório do mercado de contratações públicas em todos os países da União Europeia<sup>275</sup>. De acordo com o autor, todos os países que integram o bloco europeu já dispõem

---

<sup>272</sup> FRAZÃO, 2017, p. 64.

<sup>273</sup> Idem.

<sup>274</sup> BINENBOJM, 2014, p. 257.

<sup>275</sup> SILVA, Fernando Oliveira. **A regulação dos contratos públicos: modelo para uma autoridade reguladora**. Coimbra: Livraria Almedina, 2016.

de estruturas públicas especializadas com competência regulatória em matéria de contratos públicos, sendo que seis dessas entidades gozam de autonomia em face do Governo<sup>276</sup>.

Ainda de acordo com Silva:

É assim visível a existência de um claro movimento, a nível europeu, no sentido da criação, em cada Estado, de um organismo nacional especializado na coordenação do sistema de contratação pública, com poderes de regulação e supervisão dos contratos públicos, sistema que é, como já se referiu, apoiado pela própria Comissão Europeia<sup>277</sup>.

Com base na experiência de outras nações europeias, o autor defende que Portugal adote o modelo de agências reguladoras independentes para a regulação das aquisições governamentais de bens e serviços. Segundo ele, o distanciamento e a neutralidade do regulador tendem a produzir decisões mais justas e imparciais, evitando-se especulações sobre o exercício do poder decisório para beneficiar a entidade pública envolvida<sup>278</sup>.

Nos Estados Unidos, apesar de não haver propriamente uma agência reguladora no âmbito do mercado de compras públicas, há uma estrutura governamental específica dotada de competências normativas gerais sobre o tema.

Criado em 1974, o *Office of Federal Procurement Policy* (OFPP), vinculado ao *Office of Management and Budget* (OMB), tem por objetivo fornecer orientação geral para todas as agências executivas norte-americanas em matéria de aquisições públicas, podendo estabelecer políticas, regulamentos, procedimentos e formas<sup>279</sup>.

Como órgão vinculado ao OFPP, há também o *Federal Acquisition Regulatory Council*, que tem por objetivo auxiliar na direção e coordenação da política de compras do Governo Federal e das atividades de regulação desempenhadas pelas agências executivas.

O Conselho monitora os regulamentos de compras expedidos pelas agências executivas e verifica sua compatibilidade com o Regulamento Federal de Aquisições (*Federal Acquisition Regulation – FAR*).

Por fim, também vinculado às duas outras estruturas, há o *Chief Acquisition Officers Council* (CAOC), que reúne executivos seniores da área de compras públicas das diversas agências executivas. O objetivo do Conselho é contribuir para o monitoramento e aprimoramento do sistema federal de aquisições públicas.

---

<sup>276</sup> São elas: a Autoridade de Concorrência dinamarquesa, a Autoridade Independente para os Contratos Públicos da Grécia, a Autoridade Nacional para os Contratos Públicos da Hungria, a Autoridade Nacional Anticorrupção italiana, o Gabinete para a Proteção da Concorrência da República Checa e a Autoridade da Concorrência sueca (SILVA, 2016, p. 105).

<sup>277</sup> *Ibidem*, p. 105.

<sup>278</sup> *Ibidem*, p. 122.

<sup>279</sup> PUBLIC LAW 93-400-AUG. 30, 1974.

Esse conjunto de instituições é responsável por elaborar diretrizes para o aprimoramento do código de normas sobre compras públicas aplicável ao Governo Federal dos Estados Unidos (FAR) e de monitorar o cumprimento dessas normas.

O FAR é editado sob a responsabilidade de três entes públicos (*Administrator of General Services, Secretary of Defense e National Aeronautics and Space Administration – NASA*) e consiste em um complexo e estruturado código de normas, aplicável a quase todas as agências executivas norte-americanas e que abrange praticamente todos os tipos de licitações e contratos públicos destinados ao fornecimento de bens e serviços<sup>280</sup>.

Por outro lado, a subparte 1.5. do código contempla procedimentos específicos para assegurar, nos processos de revisões significativas de normas, a participação da sociedade e das próprias agências executivas que se submetem ao FAR<sup>281</sup>.

A experiência norte-americana de regulação do mercado federal de compras públicas é interessante porque sua estruturação permite obter os benefícios de um código de normas – que contribui para dar organicidade, simplicidade, coerência e racionalidade à atuação pública – e, ao mesmo tempo, impede que a codificação produza efeitos completamente uniformizantes, pois todas as agências executivas submetidas às normas têm a possibilidade de propor revisões ou de apresentar os seus pontos de vista com base em suas peculiaridades.

Logo, com base num mesmo código, mas por meio de regras adaptáveis, é possível regulamentar os processos de compras públicas de diferentes agências com realidades completamente distintas.

No Brasil, não existe, do ponto de vista formal, um órgão regulador do mercado de compras públicas. Também não há um código de normas regulatórias semelhante ao norte-americano. Contudo, a evolução institucional brasileira acabou atribuindo posições de destaque a alguns entes públicos, que têm assumido importantes funções regulatórias no contexto do mercado de aquisição de bens e serviços pelo Governo Federal, ainda que de modo reativo e pouco coordenado.

Nessa linha, pode-se apontar a existência de três entes com alguma espécie de atuação regulatória heterônoma sobre o mercado de compras públicas: o Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão (MPDG)<sup>282</sup> e o Ministério da Transparência e

---

<sup>280</sup> Disponível em: < <https://www.acquisition.gov/?q=browsefar>>. Acesso em: 29 ago. 2017.

<sup>281</sup> A sociedade tem a oportunidade de participar por meio de procedimentos de *notice-and-comment*, que envolvem a possibilidade de apresentação de comentários escritos que devem ser respondidos pelas autoridades competentes.

<sup>282</sup> O MPDG corresponde ao antigo Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão (MPOG). O Decreto nº 9.035/2017, que aprovou a estrutura regimental do novo Ministério, previu em sua organização administrativa

Controladoria-Geral da União (CGU)<sup>283</sup>, que integram a Administração direta do Poder Executivo, e o Tribunal de Contas da União (TCU), órgão de controle externo que se vincula ao Poder Legislativo, mas que, como se verá, possui natureza jurídica *sui generis*.

Entre esses três órgãos públicos, o TCU é, sem dúvida alguma, o que mais desenvolveu competências regulatórias sobre o mercado de compras públicas. Como se verá, diversos regulamentos editados pelo MPDG, por exemplo, decorrem de recomendações ou determinações do TCU.

Por essa razão, o trabalho centrará sua análise sobre a atuação Corte de Contas federal, que tem exercido destacado papel de coordenação e de monitoramento do mercado de compras públicas do Governo Federal brasileiro.

#### **4.1. Do controle à regulação: o TCU como agência reguladora independente**

No primeiro capítulo do trabalho, verificou-se que, nos Estados Unidos, a autonomia decisória é premissa essencial para a qualificação das agências reguladoras independentes como tais. Também foi possível constatar que, naquele país, as agências independentes exercem essencialmente três espécies de competências: normativa, decisória de casos concretos (*adjudication*) e informal (ou residual).

No Brasil, a evolução institucional fez surgir no mercado das contratações públicas um ente regulador que apresenta características semelhantes às agências independentes sobre cuja atuação Croley produziu a teoria processual administrativa da regulação. Trata-se do Tribunal de Contas da União (TCU), que tem exercido um complexo feixe de atribuições e competências que não se limitam ao tradicional controle das contas públicas<sup>284</sup>.

---

diversos “órgãos específicos singulares” que dispõem de competências regulatórias normativas ou de gestão sobre o mercado de compras públicas da Administração Pública federal. Destacam-se os seguintes órgãos: a) Departamento de Normas e Sistemas de Logística; b) Central de Compras; c) Secretaria de Tecnologia da Informação e Comunicação; d) Departamento de Governo Digital; e) Departamento de Relacionamento e Governança de Tecnologia da Informação e Comunicação; f) Departamento de Estruturação de Soluções e Serviços de Tecnologia da Informação e Comunicação; e g) Departamento de Implementação e Operações de Soluções de Tecnologia da Informação e Comunicação.

<sup>283</sup> As competências do Ministério da Transparência e da Controladoria-Geral da União estão relacionadas no art. 65 da Medida Provisória nº 782/2017. Entre elas, destacam-se competências de natureza fiscalizatória e de promoção da transparência na gestão pública, que abrangem as contratações públicas (v.g. acompanhamento de procedimentos e processos administrativos em curso em órgãos ou entidades da administração pública federal; efetivação ou promoção da declaração da nulidade de procedimento ou processo administrativo e, se for o caso, da apuração imediata e regular dos fatos envolvidos nos autos e na nulidade declarada; execução das atividades de controladoria no âmbito do Poder Executivo federal).

<sup>284</sup> Os Tribunais de Contas dos Estados e dos Municípios, apesar de exercerem competências semelhantes às do Tribunal de Contas da União, ainda não apresentam o *status* institucional alcançado pelo TCU. Por essa razão, este estudo se limitará à análise da atuação da Corte de Contas federal.

O objetivo deste capítulo é examinar as competências exercidas pelo TCU como regulador do mercado de contratações públicas. Por meio de análise a respeito do conteúdo e da abrangência da atuação da Corte de Contas federal, pretende-se demonstrar que, na prática, o TCU exerce funções que vão muito além do tradicional exame e julgamento de contas públicas.

A despeito da controvérsia sobre a existência de competência legal para sua atuação em algumas circunstâncias, o fato é que as funções exercidas pelo TCU há muito já não se resumem ao que se entende pela competência de um tribunal, ou seja, à decisão de casos concretos que lhe são submetidos.

A evolução do conceito de controle externo e a consolidação do TCU no panorama institucional brasileiro permitiram que a Corte ocupasse amplos espaços de poder deixados pelos Poderes da República, inclusive pelo Poder Legislativo, de onde o TCU surgiu como um mero órgão auxiliar.

A atual posição jurídico-institucional do Tribunal de Contas da União foi sendo construída ao longo de mais de cem anos. De um órgão de controle externo meramente auxiliar, o TCU representa, na atualidade, um dos entes públicos mais poderosos do cenário institucional brasileiro. Essa notável evolução decorreu essencialmente da ocupação de espaços de poder que naturalmente caberiam aos Poderes Executivo e Legislativo.

No que concerne ao objeto deste trabalho, como o Governo Federal não possui estruturas institucionais especificamente dedicadas à regulação do mercado de compras públicas, o TCU acabou assumindo competências das mais diversas nessa esfera.

Como se demonstrará a seguir, a amplitude das competências atribuídas ao Tribunal de Contas, bem como os espaços de poder por ele ocupados, permitem sua caracterização, no âmbito do mercado de compras públicas, como verdadeira agência reguladora independente.

A análise destinada a demonstrar essa hipótese tomará em consideração os pressupostos gerais assentados pela teoria processual administrativa da regulação: o controle externo desempenhado pelo TCU apresenta competência normativa (com efeitos *erga omnes*), competência decisória (para julgar casos concretos) e competência informal (ou residual), pela qual o Tribunal adota recomendações para estimular condutas de agentes regulados<sup>285</sup>.

---

<sup>285</sup> A análise deste trabalho é centrada no Tribunal de Contas da União em razão da necessidade de limitação do seu escopo. Em tese, pode-se especular que as considerações aqui formuladas sobre o TCU seriam também aplicáveis aos tribunais de contas existentes no âmbito dos demais entes federativos. Essa afirmação, todavia, dependeria do exame da atuação institucional de cada tribunal, o que seria inviável nos limites deste estudo, que se volta ao mercado federal de compras públicas.

Nesse esforço, também serão consideradas as premissas que Fernando Oliveira Silva, em sua análise sobre o ambiente regulatório da União Europeia, reputa importantes para a caracterização de uma agência reguladora independente atuante especificamente sobre a regulação das contratações administrativas:

- a) poder normativo e regulamentar;
- b) poder de regulação *strictu sensu*;
- c) poder de produção de informação estatística e monitorização de contratos;
- d) poder consultivo;
- e) poder de inspeção/fiscalização de contratos públicos;
- f) poder sancionatório;
- g) poder em matéria de defesa do consumidor;
- h) poder em matéria de resolução extrajudicial de conflitos<sup>286</sup>.

Por fim, também examinaremos se a Corte de Contas federal tem atuado com base nos pressupostos que a teoria processual administrativa da regulação considera imprescindíveis para uma regulação de interesse público.

## **4.2. A evolução jurídico-institucional do controle externo**

O caminho institucional percorrido pelo TCU consiste na primeira questão a ser examinada para a compreensão dos espaços de poder atualmente ocupados pela instituição.

### **4.2.1. As origens e a criação do TCU**

Sob os auspícios de Ruy Barbosa, então Ministro da Fazenda do primeiro governo republicano brasileiro, em 07.11.1890 o Chefe do Governo Provisório Deodoro da Fonseca editou o Decreto nº 966-A, que criou um Tribunal de Contas ao qual se incumbiu “o exame, a revisão e o julgamento de todas as operações concernentes á receita e despesa da Republica” (art. 1º)<sup>287</sup>.

De acordo com o Decreto, quaisquer atos do Poder Executivo (inclusive decretos do Presidente) que criassem despesa ou fossem de interesse das “finanças da Republica” só

---

<sup>286</sup> SILVA, 2016, p. 136.

<sup>287</sup> De acordo com Alfredo Buzaid, desde 1826, quando recém instalado, o Senado já debatia a criação de um tribunal de contas. Buzaid salienta que, no início, “O sistema preconizado era o do exame *a posteriori*”. (**O Tribunal de Contas do Brasil**. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. v. 62, nº 2, pp. 37-62, 1967, p. 39).

poderiam ter publicidade e execução depois de serem examinados pelo Tribunal de Contas, a quem caberia registrar tais atos “quando reconheça que não violam disposição de lei, nem excedem os créditos votados pelo Poder Legislativo” (art. 2º).

Se identificasse quaisquer desses óbices, o Tribunal poderia se negar a registrar o ato. Se entendesse que o ato era imprescindível, o governo poderia aplicá-lo. Nessa hipótese, caberia ao Tribunal levar o fato ao conhecimento do Congresso (art. 3º). As demais competências do Tribunal eram relacionadas a atividades de controle contábil da atividade financeira do Poder Executivo, cabendo-lhe manter o Poder Legislativo sempre informado.

A composição do Tribunal seria formada por designação do Presidente da República, com a aprovação do Senado (art. 6º, §1º). Por fim, o Decreto determinava que “todas as autoridades da República” cumprissem as requisições e ordens do Tribunal de Contas, “sob pena da mais restricta responsabilidade”.

Por fim, de acordo com o art. 11 do Decreto nº 966-A/1890, caberia ao Ministro da Fazenda expedir regulamento estabelecendo a organização e especificando as atribuições e competências da Corte de Contas.

O Decreto do início da República apresenta o Tribunal de Contas, portanto, como uma espécie de órgão técnico destinado a auxiliar o Congresso na fiscalização das finanças públicas, porém com expressivas competências próprias, inclusive quanto à possibilidade de controle prévio jurídico e contábil dos atos do Executivo.

O Tribunal de Contas, entretanto, não chegou a ser instalado naquela ocasião, pois a comissão nomeada por Ruy Barbosa para elaborar o regulamento do Decreto não o concluiu antes de sua renúncia ao cargo de Ministro, ocorrida em 20.01.1891. Logo em seguida, em 24.02.1891, foi promulgada a Constituição republicana, que instituiu, ela própria, um Tribunal de Contas:

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.

Diante do texto constitucional, claramente mais tímido que o do Decreto de Deodoro e Ruy Barbosa, o então Ministro da Fazenda, Tristão de Alencar Araripe, decidiu não regulamentar o Decreto por entender que seu teor seria incompatível com a nova Constituição:

[...] cotejando o Decreto n.º 966 A com o artigo 89 da Constituição, discordara da fiscalização prévia, declarando que o legislador constituinte parecia ter-se inclinado ao sistema francês (fiscalização *a posteriori*), afastando-se da escola que exige o exame prévio da autorização ministerial, pois não se encontra tal exigência nos termos

da disposição citada da Constituição, mas sim a de serem as contas julgadas antes de prestadas ao Congresso<sup>288</sup>.

Coloca-se ali, já no nascedouro do Tribunal de Contas da União, o debate entre o controle prévio ou o controle finalístico (ou *a posteriori*), bem como controvérsia sobre a abrangência da atuação da Corte de Contas.

Outra questão digna de ser mencionada é que, em sua origem, o Tribunal de Contas não se relacionava diretamente com o Poder Legislativo. Cabia à Corte realizar um controle prévio das contas do Executivo antes de o Congresso Nacional sobre elas se debruçar, porém, institucionalmente, o Tribunal se relacionava primordialmente com o Executivo.

Em 30.10.1891, com Tristão de Alencar Araripe ainda Ministro, o Congresso Nacional aprova a Lei nº 23, que organiza a Administração federal. Entre outras medidas, a Lei determina a extinção do então Tribunal do Tesouro logo que fosse constituído o Tribunal de Contas previsto na Constituição.

O TCU, então, absorveria a posição do Tribunal do Tesouro enquanto tribunal administrativo para a tomada de contas que exercia jurisdição contenciosa e disciplinar sobre os responsáveis pela Fazenda Pública brasileira<sup>289</sup>. As funções consultivas e administrativas do Tribunal do Tesouro, por sua vez, seriam incorporadas pelo Ministério da Fazenda.

Na prática, a Lei, com base no que havia sido determinado pela Constituição de 1891, desdobrou o controle das finanças públicas no que atualmente se conhece como a divisão entre controle interno e controle externo.

Finalmente, em 17.12.1892, por meio do Decreto nº 1.166, o Tribunal de Contas foi formalmente constituído e suas competências foram detalhadamente regulamentadas. O Presidente da República já era Floriano Peixoto e o Ministro da Fazenda era Serzedello Corrêa. Não havendo mais a resistência de Tristão de Alencar Araripe, o Tribunal acabou sendo constituído com competências mais amplas até mesmo que as originalmente previstas no Decreto de Deodoro e Ruy Barbosa.

Do que havia sido intentado por ele, no entanto, houve uma alteração radical. O Tribunal foi constituído como órgão autônomo, porém suas decisões seriam reportadas ao Ministério da Fazenda, ao qual caberia executá-las, não ao Congresso Nacional.

O Tribunal de Contas surgiu com jurisdição autônoma e suas decisões tinham força executiva. Competia-lhe, como “Tribunal de Justiça Administrativo”, no exame *a*

---

<sup>288</sup> VASCONCELLOS, José Mattos de. **Direito administrativo**. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1936, p. 434.

<sup>289</sup> PESSOA, Gláucia Tomaz de Aquino. **Tribunal do Tesouro Público Nacional**. Disponível em: <<http://linux.an.gov.br/mapa/?p=8148>>. Acesso em: 21 jul. 2017.

*posteriori*, analisar as contas ministeriais e tomar as contas dos responsáveis por lidar com dinheiro público, julgando-as em instância única.

No âmbito do exame prévio, cabia-lhe verificar todos os atos dos ministérios relacionados às finanças públicas, inclusive as ordens de despesas autorizadas (arts. 29 e 30). Constatadas irregularidades, o Tribunal podia propor ao Ministro da Fazenda a suspensão e até a prisão dos responsáveis. Também lhe cabia aplicar multas e advertências (art. 31).

Por meio de relatórios anuais, também cabia ao Tribunal expor ao respectivo Ministro “[...] todas as considerações tendentes a demonstrar e tornar bem conhecido o estado da Fazenda Publica Federal, as reformas de que possa carecer e os abusos e omissões, porventura, praticados” (art. 32, §3º).

Do ponto de vista material, para a presente tese importa especialmente o art. 37 do Decreto, que estabeleceu a competência do Tribunal para analisar a legalidade e registrar contratos públicos:

Art. 37. Os contractos de obras publicas, de garantias de juros e subvenções a estradas de ferro, engenhos centraes e navegação, importação de immigrants, auxilios a emprezas de colonisação, construcção do dócas e do edificios publicos, e em geral todos os de compra e venda, celebrados por qualquer dos Ministerios, serão submettidos á apreciação do Tribunal.

Parapho unico. Exceptuam-se os contractos para fornecimento de objectos de expediente, compra de generos alimenticios, combustiveis e materia prima, para o serviço dos estabelecimentos e das estradas de ferro.

Portanto, a atuação do Tribunal se centrava sobre os contratos mais relevantes do ponto de vista material e financeiro.

Por fim, sobre esse período é interessante notar que o art. 22 do Decreto de 1892 já instituiu no âmbito do Tribunal de Contas da União a configuração, que permanece até os dias atuais, dividida entre um corpo técnico formado por servidores de carreira, responsável pela análise e instrução dos processos, e um colegiado nomeado politicamente, a quem competia julgar os processos e aplicar eventuais sanções<sup>290</sup>.

#### **4.2.2. O TCU na Constituição de 1934**

A Constituição de 1934 esmiuçou as competências do Tribunal de Contas federal. Do ponto de vista institucional, o Tribunal se fortaleceu porque suas atribuições

---

<sup>290</sup> O corpo técnico do TCU, em sua origem, era oriundo do Ministério da Fazenda: “Art. 22. Depois de organizado o Tribunal de Contas, serão os empregados de que trata o n. 1 do art. 20 tirados dentre os empregados de Fazenda, com exceção dos membros e secretario do Tribunal, que ficarão sempre de livre nomeação do Presidente da Republica”.

passaram a constar expressamente do texto constitucional. Além disso, pela primeira vez, os integrantes do colegiado da Corte passam a ter *status* de Ministros, com as mesmas garantias dos Ministros da Corte Suprema, atual STF (art. 100).

Além de manter sua autonomia decisória, o Tribunal permaneceu mais próximo do Poder Executivo, sobre cujos ministérios incidiam sua atuação, do que do Legislativo.

O art. 102 da Constituição, contudo, introduziu um primeiro elemento de aproximação entre o Tribunal e o Poder Legislativo, ao determinar expressamente que a Corte desse parecer prévio “sobre as contas que o Presidente da República deve anualmente prestar à Câmara dos Deputados”.

Além disso, o dispositivo previu que, se as contas não fossem prestadas em tempo útil, caberia ao Tribunal comunicar “o fato à Câmara dos Deputados, para os fins de direito, apresentando-lhe, num ou noutro caso, minucioso relatório do exercício financeiro terminado”. Em outras palavras, passaram a existir vínculos institucionais diretos entre o Tribunal e o Poder Legislativo.

No que diz respeito diretamente às contratações públicas, o art. 101 da Constituição determinou o seguinte:

Art. 101 - Os contratos que, por qualquer modo, interessarem imediatamente à receita ou à despesa, só se reputarão perfeitos e acabados, quando registrados pelo Tribunal de Contas. A recusa do registro suspende a execução do contrato até ao pronunciamento do Poder Legislativo.

§ 1º - Será sujeito ao registro prévio do Tribunal de Contas qualquer ato de Administração Pública, de que resulte obrigação de pagamento pelo Tesouro Nacional, ou por conta deste. [...]

Como se percebe, a Constituição de 1934 atribuiu ao Tribunal de Contas federal amplos poderes em matéria de contratações públicas. A Corte poderia, inclusive, suspender a execução de contratos administrativos até o pronunciamento final de competência do Congresso Nacional.

#### **4.2.3. O TCU na Constituição de 1937**

Retrocedendo em relação ao detalhamento do ordenamento constitucional anterior, a Constituição de 1937 tratou do Tribunal de Contas em apenas um artigo, que previu, sem maiores detalhes, as competências de acompanhamento da execução orçamentária, de julgamento das contas dos responsáveis por dinheiro e bens públicos e de exame da legalidade dos contratos celebrados pela União.

#### 4.2.4. O TCU na Constituição de 1946

A Constituição de 1946, de forma inédita, dispôs sobre o Tribunal de Contas federal como órgão auxiliar do Congresso Nacional (art. 22) e tratou da Corte na Seção VI do Capítulo II, denominado “Do Poder Legislativo”. A Constituição também inovou ao prever que o Tribunal passaria a ter “quadro próprio para o seu pessoal” (art. 76, §2º).

O texto constitucional manteve a previsão da Carta anterior sobre a suspensão de contrato administrativo que tivesse seu registro recusado pelo Tribunal. Todavia, não se tratando de recusa por falta de crédito orçamentário ou por utilização de crédito impróprio, despacho do Presidente da República autorizaria o prosseguimento das despesas contratadas, ao passo que o Tribunal registraria o ato sob reserva e remeteria o caso por meio de recurso *ex officio* ao Congresso Nacional (art. 77, §3º).

#### 4.2.5. O TCU na Constituição de 1967

A Constituição de 1967 tratou do Tribunal de Contas federal em seção própria denominada “Da Fiscalização Financeira e Orçamentária”, integrante do Capítulo destinado ao Poder Legislativo. Pela primeira vez, o texto constitucional utilizou as expressões *controle interno e controle externo*.

A Constituição também deu mais um passo para a consolidação institucional do Tribunal de Contas ao determinar que a auditoria financeira e orçamentária de competência da Corte submeteria todos os Poderes da República: “[...] sobre as contas das unidades administrativas dos três Poderes da União, que, para esse fim, deverão remeter demonstrações contábeis ao Tribunal de Contas, a quem caberá realizar as inspeções que considerar necessárias” (art. 71, §3º).

O art. 73, §5º, da Constituição também procedimentalizou minimamente o modo de atuação do Tribunal. Na hipótese de verificar ilegalidade de quaisquer despesas, inclusive decorrentes de contratos, caberia:

- a) assinar prazo razoável para que o órgão da Administração Pública adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei; b) no caso do não atendimento, sustar a execução do ato, exceto em relação aos contratos; c) na hipótese de contrato, solicitar ao Congresso Nacional que determine a medida prevista na alínea anterior, ou outras que julgar necessárias ao resguardo dos objetivos legais.

No caso de irregularidade em contrato, a Constituição acrescentou que caberia ao Congresso deliberar em trinta dias sobre solicitações do Tribunal para sustação de contratos administrativos, porém no seu silêncio a impugnação seria reputada insubsistente (art. 73, §6º).

Além disso, no caso de ato sustado pelo Tribunal com base na alínea “b” acima, o Presidente da República poderia ordenar a execução do ato *ad referendum* do Congresso Nacional (art. 73, §7º).

A Emenda Constitucional nº 1/1969, que alterou profundamente a Constituição de 1967, não modificou de modo relevante a matéria aqui tratada. É digno de nota, apenas, o fato de que a Constituição passou a denominar explicitamente a Corte de Contas federal como *Tribunal de Contas da União (TCU)*.

#### **4.2.6. O fortalecimento do TCU pela Constituição de 1988**

A Constituição de 1988 consolida a posição institucional do TCU e amplia significativamente suas competências. Neste tópico, serão examinados, além do texto constitucional em vigor, a Lei Orgânica do TCU (nº 8.443/1992) e o atual Regimento Interno da Corte de Contas (Resolução TCU nº 246/2011).

Pela primeira vez, o número de Ministros do TCU passou a constar da Constituição. Em relação ao modo de indicação dos integrantes, a Constituição alterou a regra, que remontava à fundação do TCU, de que todos os Ministros eram indicados pelo Presidente da República e por ele nomeados após a confirmação do Senado Federal.

A partir de 1988, dois terços dos Ministros passaram a ser escolhidos diretamente pelo Congresso Nacional (um terço por cada Casa) e um terço pelo Presidente da República (art. 73, §2º). As escolhas do Congresso Nacional são livres entre brasileiros que satisfaçam os requisitos do §1º do art. 73 da Constituição<sup>291</sup>. Já os nomes indicados pelo Presidente da República, além de preencherem esses requisitos, devem ser aprovados pelo Senado Federal.

Além disso, das três cadeiras disponíveis para a escolha do Presidente, apenas uma é de livre escolha. As outras duas devem ser preenchidas por meio de lista tríplice elaborada pelo próprio Tribunal, sendo uma vaga destinada a auditores de carreira do TCU e a outra a membros do Ministério Público junto ao Tribunal.

Indo adiante, a grande mudança institucional promovida pela Constituição decorreu do art. 70, que ampliou notavelmente as atribuições do TCU. Se o texto constitucional em vigor antes de 1988 se referia à competência de “fiscalização financeira e orçamentária”, a

---

<sup>291</sup> “§1º Os Ministros do Tribunal de Contas da União serão nomeados dentre brasileiros que satisfaçam os seguintes requisitos: I - mais de trinta e cinco e menos de sessenta e cinco anos de idade; II - idoneidade moral e reputação ilibada; III - notórios conhecimentos jurídicos, contábeis, econômicos e financeiros ou de administração pública; IV - mais de dez anos de exercício de função ou de efetiva atividade profissional que exija os conhecimentos mencionados no inciso anterior”.

nova Constituição passou a prever competência para “fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial”.

Ademais, a fiscalização, que tradicionalmente se restringia ao controle de legalidade dos atos administrativos, passou a abarcar também sua legitimidade e a economicidade (art. 70).

Essas alterações abriram a janela de oportunidade que, nos anos seguintes, levou o TCU a ocupar espaços de poder cada vez maiores, tornando-o a instituição forte e temida dos dias atuais.

Ainda sem manifestar juízo de valor sobre a opção adotada pelo Constituinte, o fato é que a competência para a fiscalização *operacional* e o controle de legitimidade e economicidade dos atos deram ao TCU a possibilidade de interferir sobre o mérito da atuação administrativa e, portanto, a oportunidade de interferir nos critérios de políticas públicas.

Em outras palavras, a Constituição colocou o TCU definitivamente no jogo político. A partir de 1988, de uma instituição de controle formal e pouco conhecida pela sociedade, o Tribunal passou a participar ativamente das grandes decisões nacionais<sup>292</sup>.

Apesar de formalmente permanecer sendo uma espécie de órgão auxiliar do Poder Legislativo para o exercício do controle externo, na prática, o Tribunal alcançou uma autonomia decisória e uma posição institucional que visivelmente suplantam essa condição.

Como se verá nos tópicos a seguir, a maior parte da atuação presente do TCU se desenvolve de forma independente e alheia às decisões e prioridades do Congresso Nacional.

### 4.3. As competências constitucionais do TCU

O art. 71 da Constituição de 1988 atribui ao TCU dez competências, que podem ser categorizadas em competências *materiais* e competências *instrumentais*<sup>293</sup>.

As competências materiais estão nos incisos I a VI: (I) apreciar as contas do presidente da República e emitir parecer prévio a ser votado pelo Congresso Nacional; (II) julgar as contas dos administradores e responsáveis por dinheiro e bens públicos; (III) apreciar a legalidade e registrar os atos de admissão de pessoal e concessão de aposentadorias, reformas

---

<sup>292</sup> Bastaria dizer que, muito recentemente, o TCU protagonizou momentos cruciais para a definição do *impeachment* de um Presidente da República.

<sup>293</sup> O art. 71 contempla onze incisos, todavia o inciso VII não se refere propriamente a uma competência, mas ao dever do TCU de “prestar as informações solicitadas pelo Congresso Nacional, por qualquer de suas Casas, ou por qualquer das respectivas Comissões, sobre a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial e sobre resultados de auditorias e inspeções realizadas”.

e pensões; (IV) realizar, por iniciativa própria ou de órgãos do Congresso Nacional, inspeções e auditorias nas unidades administrativas de todos os Poderes da República e do Ministério Público; (V) fiscalizar as contas nacionais das empresas supranacionais das quais a União participe; e (VI) fiscalizar a aplicação de recursos repassados pela União aos demais entes federativos.

Para o desempenho dessas tarefas, a Constituição atribuiu ao TCU competências instrumentais que abrangem a possibilidade de: (VIII) aplicação de sanções previstas em lei quando verificada ilegalidade de despesa ou irregularidade de contas; (IX) assinar prazo para que o órgão ou entidade adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, se verificada ilegalidade; (X) sustar, se não atendido, a execução do ato impugnado, comunicando a decisão à Câmara dos Deputados e ao Senado Federal; e (XI) representar ao Poder competente sobre irregularidades ou abusos apurados.

Especificamente em relação à sustação de atos e contratos administrativos reputados irregulares, a Constituição de 1988 também introduziu alterações relevantes em relação ao texto de 1967.

Na ordem constitucional anterior, o TCU podia sustar diretamente atos do Poder Executivo, porém o Presidente da República tinha a prerrogativa de assim mesmo ordenar a execução do ato *ad referendum* do Congresso Nacional (art. 73, §7º). Portanto, o poder do Tribunal de Contas era limitado e, ao fim e ao cabo, dependia do Poder Legislativo.

A partir de 1988, as decisões do TCU determinando a sustação de atos passaram a ser autoexecutórias e incondicionadas, cabendo à Corte apenas comunicar sua decisão às Casas do Congresso Nacional.

Trata-se de alteração essencial que, como se verá, deslocou completamente o TCU da posição de mero órgão auxiliar do Poder Legislativo. Isso porque, a partir de então, o Tribunal passa a poder aplicar diretamente suas decisões, sem que o Congresso Nacional possa interferir no cumprimento de suas ordens.

Em relação à sustação de contratos administrativos reputados irregulares, também houve uma alteração substancial. Como se viu, de acordo com a Constituição de 1967, tratando-se de contrato, cabia ao Tribunal “solicitar ao Congresso Nacional” a sustação do contrato ou outras medidas que julgasse necessárias. Todavia, no eventual silêncio do Congresso, a impugnação apresentada pelo TCU seria reputada insubsistente.

Já sob o regime da atual Constituição, apesar de o Congresso deter a competência originária de sustação de contratos, a Constituição estabeleceu uma dinâmica que também fortaleceu a posição do TCU:

Art. 71 [...] § 1º No caso de contrato, o ato de sustação será adotado diretamente pelo Congresso Nacional, que solicitará, de imediato, ao Poder Executivo as medidas cabíveis. § 2º Se o Congresso Nacional ou o Poder Executivo, no prazo de noventa dias, não efetivar as medidas previstas no parágrafo anterior, o Tribunal decidirá a respeito.

Em primeiro lugar, nota-se que a redação do texto constitucional pareceu deixar o Congresso Nacional em posição de mero agente formal do ato de sustação. Por outro lado, do ponto de vista institucional, não faria sentido atribuir ao Poder Legislativo uma competência previamente vinculada à decisão do TCU.

Em outras palavras, poderia o Congresso contrariar o TCU e manter a execução do contrato impugnado? Esse enfrentamento institucional ainda não se colocou, mas será interessante acompanhar como o Supremo Tribunal Federal se posicionará a respeito do tema<sup>294</sup>.

Em segundo lugar, diferente do que ocorria sob a égide da Constituição de 1967, a partir de 1988 o silêncio do Congresso não acarreta a preservação automática do contrato administrativo. Se o Legislativo não se manifestar em noventa dias, o TCU assume a competência plena para a prática do ato.

Também é relevante destacar que, segundo a Constituição de 1988, “As decisões do Tribunal de que resulte imputação de débito ou multa terão eficácia de título executivo” (art. 71, §3º)<sup>295</sup>.

Por fim, o art. 74, §2º, da Constituição, assegura que “Qualquer cidadão, partido político, associação ou sindicato é parte legítima para, na forma da lei, denunciar irregularidades ou ilegalidades perante o Tribunal de Contas da União”.

Essa regra, muito além de representar um mecanismo de abertura procedimental da Corte de Contas ao controle social, na prática também significa a oportunidade de o TCU ampliar sua atuação e seu poder.

Na medida em que é ampla a legitimação para recorrer à sua jurisdição, o Tribunal passa a ser instância decisória alternativa ao Poder Judiciário. Como se demonstrará a

---

<sup>294</sup> Como se verá mais adiante, possivelmente esse conflito institucional ainda não se estabeleceu porque a jurisprudência do STF acabou criando uma espécie de *atalho* para a atuação do TCU relativamente à sustação de contratos: “O TCU, embora não tenha poder para anular ou sustar contratos administrativos, tem competência, conforme o art. 71, IX, para determinar à autoridade administrativa que promova a anulação do contrato e, se for o caso, da licitação de que se originou. [MS 23.550, rel. p/ o ac. min. Sepúlveda Pertence, j. 4-4-2002, P, DJ de 31-10-2001.] Assim, perfeitamente legal a atuação da Corte de Contas ao assinar prazo ao Ministério dos Transportes para garantir o exato cumprimento da lei” (MS 26.000, relator Ministro Dias Toffoli, julgamento em 16.10.2012, 1ª Turma, publicado no DJE de 14.11.2012).

<sup>295</sup> Trata-se de constitucionalização de regra que remonta ao art. 28 do Decreto nº 1.166/1892: “Art. 28. O Tribunal de Contas tem jurisdição própria e privativa sobre as pessoas e as matérias sujeitas á sua competencia; funciona como Tribunal de Justiça, e as suas decisões definitivas teem força de sentença com execução aparelhada”.

seguir, tornou-se comum no âmbito das contratações públicas que agentes deste mercado pleiteiem ao TCU a adoção de providências regulatórias.

#### 4.4. As características típicas de agência reguladora

Como se demonstrou, a Constituição de 1988 atribuiu ao TCU ampla autonomia decisória nas matérias de sua competência<sup>296</sup>. Além disso, as decisões do Tribunal são vinculantes e autoexecutórias. Desse modo, a vinculação do TCU ao Congresso Nacional permanece apenas do ponto de vista formal, já que o Tribunal define suas próprias prioridades regulatórias e as persegue de forma independente e autossuficiente.

Por outro lado, tal como ocorre com as agências reguladoras independentes, o TCU apresenta um colegiado decisório estável, formado por Ministros indicados pelo Executivo e pelo Legislativo sob critérios relativamente discricionários, mas que, uma vez nomeados, dispõem de garantia de inamovibilidade.

Ao lado do colegiado, existe no Tribunal um corpo técnico de servidores estáveis que integram a carreira de Auditor Federal de Controle Externo<sup>297</sup>. Entre outras atribuições, cabe aos auditores de carreira do TCU instruir os processos que lhes forem designados e propor novas linhas ou iniciativas de fiscalização da Administração Pública<sup>298</sup>. No exercício dessas atribuições de controle externo, os Auditores do TCU gozam de amplas prerrogativas instrumentais<sup>299</sup>.

Desse modo, do ponto de vista organizacional, o TCU muito se assemelha às agências reguladoras independentes analisadas pela teoria processual administrativa da regulação. A seguir, o trabalho examinará de que modo o feixe de competências atribuído ao

---

<sup>296</sup> A amplitude material da atuação do TCU pode ser verificada nas normas jurídicas que disciplinam as atividades do Tribunal, mas também nos documentos que tratam do planejamento de sua atuação fiscalizatória: **Planos de controle externo e de diretrizes do Tribunal de Contas da União 2017-2019**. Brasília: TCU, Segepres, 2017.

<sup>297</sup> Confirmam-se as Leis nº 10.356/2001 e 11.950/2009.

<sup>298</sup> Resolução – TCU nº 154/2002, arts. 6º e 7º.

<sup>299</sup> Nesse sentido, confira-se o art. 87 da Lei nº 8.443/1992 (Lei Orgânica do TCU): “Ao servidor a que se refere o artigo anterior, quando credenciado pelo Presidente do Tribunal ou, por delegação deste, pelos dirigentes das unidades técnicas da secretaria do Tribunal, para desempenhar funções de auditoria, de inspeções e diligências expressamente determinadas pelo Tribunal ou por sua Presidência, são asseguradas as seguintes prerrogativas: I - livre ingresso em órgãos e entidades sujeitos à jurisdição do Tribunal de Contas da União; II - acesso a todos os documentos e informações necessários à realização de seu trabalho; III - competência para requerer, nos termos do Regimento Interno, aos responsáveis pelos órgãos e entidades objeto de inspeções, auditorias e diligências, as informações e documentos necessários para instrução de processos e relatórios de cujo exame esteja expressamente encarregado por sua chefia imediata”.

Tribunal de Contas da União no âmbito das contratações públicas também revela semelhanças com as atividades desempenhadas pelas agências.

#### **4.5. O controle do controle**

Antes de seguir adiante, é necessário pontuar desde logo que as decisões monocráticas ou colegiadas do TCU podem ser impugnadas judicialmente por meio de mandado de segurança perante o STF (art. 102, inciso I, “d”, da Constituição) ou por meio de ação ordinária contra a União, a ser ajuizada na Justiça Federal da primeira instância (art. 109, inciso I, da Constituição).

Já o controle contábil, financeiro, orçamentário, operacional e patrimonial das atividades do Tribunal de Contas da União cabe ao Congresso Nacional, na forma do seu regimento comum (art. 90 da Lei nº 8.443/1992).

#### **4.6. A competência julgadora do TCU em matéria de licitações e contratos**

O Tribunal de Contas historicamente desempenha função julgadora (*adjudication*) típica das agências reguladoras. Mais recentemente, contudo, sua atuação se ampliou para muito além da tradicional análise das Contas do Presidente da República e do julgamento das contas dos demais gestores públicos (por meio de procedimentos de tomada e prestação de contas).

Na atualidade, o TCU possui intensa atuação fiscalizatória que decorre de iniciativas próprias de seu corpo técnico e da provocação de terceiros (empresas, cidadãos, Ministério Público, Congresso Nacional *etc.*).

Por iniciativa própria, monitora o mercado de contratações públicas (diga-se, as licitações e os contratos administrativos) com base nas seguintes normas que constam de sua Lei Orgânica:

Art. 41. Para assegurar a eficácia do controle e para instruir o julgamento das contas, o Tribunal efetuará a fiscalização dos atos de que resulte receita ou despesa, praticados pelos responsáveis sujeitos à sua jurisdição, competindo-lhe, para tanto, em especial: I - acompanhar, pela publicação no Diário Oficial da União, ou por outro meio estabelecido no Regimento Interno: [...]

b) os editais de licitação, os contratos, inclusive administrativos, e os convênios, acordos, ajustes ou outros instrumentos congêneres, bem como os atos referidos no art. 38 desta Lei;

II - realizar, por iniciativa própria, na forma estabelecida no Regimento Interno, inspeções e auditorias de mesma natureza que as previstas no inciso I do art. 38 desta Lei; [...]

IV - fiscalizar, na forma estabelecida no Regimento Interno, a aplicação de quaisquer recursos repassados pela União mediante convênio, acordo, ajuste ou outros instrumentos congêneres, a Estado, ao Distrito Federal ou a Município.

Além disso, com base no art. 53 da Lei Orgânica, qualquer pessoa física ou jurídica pode representar perante o TCU para denunciar irregularidades ou ilegalidades em licitações e contratos.

#### **4.6.1. A competência cautelar**

O Regimento Interno do TCU (Resolução nº 246/2011) atribui aos Ministros da Corte de Contas competência para, de ofício ou por provocação, monocrática ou colegiadamente, com ou sem a oitiva prévia dos envolvidos, determinar medidas cautelares “em caso de urgência, de fundado receio de grave lesão ao erário, ao interesse público, ou de risco de ineficácia da decisão de mérito”, determinando, “entre outras providências, a suspensão do ato ou do procedimento impugnado, até que o Tribunal decida sobre o mérito da questão suscitada” (art. 276).

Na prática, para o que interessa a este trabalho, os Ministros do Tribunal de Contas têm aplicado esse dispositivo determinando a suspensão de licitações em curso<sup>300</sup>, a suspensão de atas de registro de preço assinadas<sup>301</sup>, a abstenção de celebração de contratos<sup>302</sup> e até mesmo a abstenção da execução de contratos administrativos<sup>303</sup>.

O regimento também autoriza expressamente, por exemplo, que o Tribunal determine cautelarmente o afastamento temporário de agentes públicos (art. 273) e a decretação da indisponibilidade de bens daquele em relação a quem se imputa a prática de irregularidades (art. 274).

---

<sup>300</sup> Entre inúmeras outras, confira-se a decisão cautelar que determinou a suspensão da Concorrência Pública 2/2011, promovida pela VALEC (Acórdão nº 1557/2017 – Plenário, TC 010.665/2011-0, relator Ministro Aroldo Cedraz, decisão cautelar referendada pelo Plenário em 31.05.2011).

<sup>301</sup> V.g. medida cautelar concedida nos autos do TC 004.066/2015-4, relatora Ministra Ana Arraes, referendada pelo Plenário em 01.04.2015.

<sup>302</sup> V.g. medida cautelar concedida nos autos do TC 008.642/2008-5, Acórdão nº 1425/2009 – Plenário, rel. Ministro Walton Alencar Rodrigues, julgamento em 01.07.2009.

<sup>303</sup> V.g. medida cautelar concedida nos autos do TC 025.201/2011-5, Acórdão nº 1060/2012 – Plenário, rel. Ministro Walton Alencar Rodrigues, julgamento em 02.05.2012.

#### 4.6.2. A regulação das contratações públicas via controle externo

Ao julgar o mérito de processos envolvendo licitações públicas ainda não concluídas, é bastante comum que o TCU determine alterações nos editais de licitação, nas minutas de contrato ou nos demais documentos do certame (v.g. supressão ou modificação de requisitos de habilitação, parcelamento do objeto, revisão da estimativa de preços)<sup>304</sup>.

Quando identifica irregularidades, o Tribunal também anula licitações ou determina que a Administração se abstenha de praticar algum ato, como, por exemplo, de celebrar novos contratos em decorrência de ata de registro de preços<sup>305</sup>.

Também são corriqueiras determinações que invalidam atos ou decisões adotadas pela Administração no curso de licitações (v.g. reputando indevida a habilitação ou inabilitação de determinado licitante, concluindo pela ilegalidade da aplicação das regras do edital)<sup>306</sup>.

Em relação a contratos administrativos, com base no *atalho* viabilizado pela jurisprudência do STF<sup>307</sup>, quando identifica irregularidades insanáveis o TCU não tem anulado os instrumentos, mas tem assinado prazo para que o próprio ente público promova a anulação<sup>308</sup>.

Em outras situações, o TCU tem determinado à Administração que exerça suas competências normativas relacionadas à autovinculação do mercado de contratações públicas<sup>309</sup>.

---

<sup>304</sup> V.g. TC 018.751/2016-4, Acórdão nº 218/2017 – Plenário, rel. Ministro José Múcio Monteiro, julgamento em 15.02.2017.

<sup>305</sup> Nesse sentido, por exemplo: “9.7. determinar à Companhia Energética de Alagoas, ao Departamento de Polícia Rodoviária Federal, ao Ministério da Cultura, o Ministério da Educação, ao Ministério da Integração Nacional, ao Ministério do Esporte, a Polícia Civil do Distrito Federal e à Secretaria de Direitos Humanos, com fundamento no art. 250, inciso II, do RI/TCU, que se abstenham de celebrar contrato com base na ata de registro de preços decorrente do Pregão Eletrônico AGU 52/2015, informando ao TCU, em quinze dias, as medidas adotadas”. (Acórdão nº 248/2017 – Plenário, TC 029.929/2015-6, relator Ministro Walton Alencar Rodrigues, julgamento em 15.02.2017).

<sup>306</sup> V.g.: “9.2. fixar prazo de 15 (quinze) dias para que a Capes torne sem efeito a inabilitação e a desclassificação da empresa Stefanini Consultoria e Assessoria em Informática S/A no pregão eletrônico 28/2014, anulando todos os atos subsequentes daquele certame” (Acórdão nº 1224/2015 – Plenário, TC 003.763/2015-3, relatora Ministra Ana Arraes, julgado em 20.05.2015).

<sup>307</sup> Ver nota de rodapé nº 294.

<sup>308</sup> V.g.: “9.1. assinar prazo de 15 (quinze) dias, a contar da ciência desta deliberação, para que a Centrais Elétricas do Norte do Brasil S.A. promova a anulação do contrato 4500083642, celebrado com o Consórcio Leme-Themag, decorrente da concorrência CC-012-4-0067, em razão das seguintes irregularidades: [...]”. (TC 008.681/2015-5, Acórdão nº 3096/2016 – Plenário, relator Ministro Weder de Oliveira, julgamento em 30.11.2016).

<sup>309</sup> Por meio do Acórdão nº 551/2016 – Plenário, o TCU decidiu “9.2. determinar à Secretaria de Gestão, do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão (Seges/MP) que elabore, no prazo de 90 (noventa) dias, norma que regulamente, no âmbito do Sistema de Serviços Gerais (Sisg), o disposto no art. 5º, caput, da Lei 8.666/1993, com vistas à observância da ordem cronológica de pagamento de obrigações decorrentes de fornecimento de bens, locações, realização de obras e prestação de serviços, atentando especialmente para os seguintes pontos: 9.2.1. a

Essa extensa atuação no curso de licitações e contratos administrativos demonstra que o TCU interfere ativamente na regulação das contratações públicas.

#### 4.6.3. A competência sancionatória

No âmbito do mercado de contratações públicas, o TCU também possui competência para a aplicação de sanções. De acordo com o art. 46 da Lei nº 8.443/1992, “Verificada a ocorrência de fraude comprovada à licitação, o Tribunal declarará a inidoneidade do licitante fraudador para participar, por até cinco anos, de licitação na Administração Pública Federal”.

De acordo com a jurisprudência do TCU, essa competência sancionatória é autônoma e pode ser exercida no contexto de quaisquer procedimentos em trâmite no Tribunal, inclusive na hipótese de eventual perda do objeto original do processo<sup>310</sup>.

Ainda de acordo com a jurisprudência, o campo de aplicação da sanção é abrangente. A penalidade pode ser imposta pelo TCU até mesmo no âmbito de licitações realizadas por outros entes federativos que envolvam recursos transferidos pela União<sup>311</sup>.

Pode ser aplicada, inclusive, a particulares que não tenham participado do certame, desde que tenham concorrido para a prática do ato ilícito (v.g. quando verificadas

---

ocasião em que o credor deverá ser inserido na sequência de pagamentos, considerando: 9.2.1.1 a demonstração, para o ingresso na fila, do adimplemento da parcela contratual mediante a apresentação de fatura ou documento equivalente pelo contratado; 9.2.1.2. o cumprimento das demais condições legais e contratuais exigíveis, esclarecido que, no caso de ausência de comprovação da regularidade trabalhista, inclusive salários e demais verbas trabalhistas, previdência social e FGTS, cabe o ingresso na fila e a correspondente retenção do valor devido no momento do pagamento; 9.2.2. as situações que poderão vir a constituir, ainda que não de forma taxativa, relevantes razões de interesse público, a permitir excepcionar a regra da ordem cronológica, a propósito do que estabelece a parte final do artigo 5º, caput, da Lei 8.666/1993” (TC nº 002.999/2015-3, relator Ministro Vital do Rêgo, julgamento em 09.03.2016).

<sup>310</sup> “A revogação de certame licitatório não configura impedimento para a aplicação da sanção de declaração de inidoneidade para licitar e contratar com a Administração Pública Federal, prevista no art. 46 da Lei nº 8.443/1992” (Acórdão nº 2425/2012 – Plenário, TC 013.658/2009-4, relator Ministro Aroldo Cedraz, julgamento em 05.09.2012).

<sup>311</sup> “As sanções de declaração de inidoneidade impostas pelo TCU (art. 46 da Lei 8.443/92) alcançam as licitações e contratações diretas promovidas por estados e municípios cujos objetos sejam custeados por recursos de transferências voluntárias da União” (Acórdão nº 348/2016 – Plenário, TC 027.014/2012-6, relator Ministro Walton Alencar Rodrigues, julgamento em 24.02.2016).

condutas colusivas entre agentes de mercado)<sup>312</sup>. Em qualquer caso, deve estar comprovada a existência de conduta dolosa por parte do agente privado envolvido<sup>313</sup>.

Essa competência legal tem sido amplamente exercida pelo TCU. De acordo com o *website* do Tribunal, atualmente cento e noventa e uma empresas cumprem a penalidade, que pode ser aplicada com prazo de até cinco anos de vigência<sup>314</sup>.

Também é importante ressaltar que a penalidade, por abranger toda a Administração Pública federal, acarreta forte impacto para as empresas sancionadas, podendo até mesmo inviabilizar as atividades de muitas delas.

Daí a necessidade de que as sanções sejam aplicadas de modo transparente e coerente pelo Tribunal. Apenas para citar um exemplo concreto, em 2013 o TCU proferiu dois acórdãos manifestamente contraditórios sobre a extensão de penalidades entre empresas do mesmo grupo econômico.

Por meio do Acórdão nº 2593/2013 – Plenário, em 25.09.2013 o Tribunal, por meio de desconsideração da personalidade jurídica, estendeu para a empresa de filhos penalidade de suspensão do direito de licitar que a Administração havia aplicado à empresa dos pais. Não havia sequer identidade de sócios entre as duas empresas. Portanto, na prática, o TCU transferiu a penalidade apenas em razão do vínculo familiar existente entre os sócios das distintas empresas<sup>315</sup>.

Sem entrar no mérito da duvidosa competência do Tribunal para estender a outras empresas penalidades aplicadas pela Administração<sup>316</sup>, o fato é que, apenas dois meses depois, em 20.11.2013, o TCU decidiu em sentido diametralmente oposto:

A penalidade administrativa de declaração de inidoneidade prevista no art.46 da Lei 8.443/92 é direcionada a empresas já devidamente constituídas que comprovadamente fraudaram procedimento licitatório. A punição aplicada não pode ser estendida a empresas que ainda não foram constituídas ou aos sócios das empresas declaradas

---

<sup>312</sup> “A sanção de declaração de inidoneidade para participar de licitação na Administração Pública Federal (art. 46 da Lei 8.443/1992) pode ser aplicada também à empresa que, embora não tenha participado da licitação, contribuiu para fraudar o certame” (Acórdão nº 2851/2016 – Plenário, TC 015.601/2009-0, relatora Ministra Ana Arraes, julgamento em 09.11.2016).

<sup>313</sup> “A conduta dolosa é elemento subjetivo indispensável à configuração de fraude à licitação, sendo requisito essencial para a aplicação da sanção de inidoneidade prevista no art. 46 da Lei 8.443/1992” (Acórdão nº 3156/2016 – Plenário, TC 015.239/2012-8, relator Ministro Augusto Nardes, julgamento em 07.12.2016).

<sup>314</sup> Disponível em: < <https://contas.tcu.gov.br/ords/f?p=1498:2:::NO:::>>. Acesso em: 24 jul. 2017.

<sup>315</sup> TC 000.723/2013-4, relator Ministro Walton Alencar Rodrigues, julgamento em 25.09.2013.

<sup>316</sup> A propósito, decisão liminar do STF suspendeu esse acórdão do TCU (Mandado de Segurança nº 32.494, relator Ministro Celso de Mello, julgado em 11.11.2013).

inidôneas, mesmo que, eventualmente, venham a constituir nova sociedade com o mesmo objeto. Recurso provido quanto ao ponto<sup>317</sup>.

A incoerência é manifesta. Em um caso, tratando de penalidade aplicada pela Administração, o Tribunal estendeu a penalidade entre empresas pertencentes a pessoas físicas distintas, pelo simples fato de essas pessoas serem familiares. No outro, analisando os efeitos de penalidade por si próprio aplicada, o TCU chegou a conclusão absolutamente diversa, admitindo, inclusive, que os mesmos sócios venham a constituir nova sociedade com o mesmo objeto, que estaria desimpedida para licitar e contratar com o Poder Público.

A exposição desse exemplo concreto visa demonstrar a necessidade de maior transparência e *accountability* das decisões do tribunal, em especial daquelas que aplicam gravosas sanções aos agentes do mercado de contratações públicas.

#### 4.6.4. Atuação prospectiva

Em outras situações, o TCU, apesar de constatar irregularidades, não determina a revisão ou a anulação dos atos administrativos. Sob determinadas circunstâncias, geralmente relacionadas ao dano inverso que a invalidação do ato acarretaria, a Corte opta por proferir decisões prospectivas, com recomendações futuras a serem observadas pelos entes públicos jurisdicionados. Trata-se de atuação que possui natureza nitidamente regulatória<sup>318</sup>.

Neste ponto, deve haver especial preocupação em relação ao tratamento atribuído pelo TCU em face dos agentes regulados, que deve ser isonômico. Desse modo, não pode a Corte, diante de situações semelhantes, concluir de modo distinto (por exemplo, em um caso, pela anulação da licitação e, no outro, pela preservação da eficácia do certame).

Afinal, o dever de fundamentação coerente, além de ser essencial à validade e à legitimidade das decisões, atende ao pressuposto básico da transparência regulatória.

#### 4.6.5. A questão fundamental da transparência

Um aspecto da atuação contenciosa do TCU chama atenção. É que, apesar de qualquer cidadão ou pessoa jurídica poder denunciar irregularidades ao Tribunal, a denúncia é

---

<sup>317</sup> Acórdão nº 3125/2013 – Plenário, TC 001.323/2006-5, relator Ministro Raimundo Carreiro, julgamento em 20.11.2013.

<sup>318</sup> Para um exame específico sobre o tema, conferir: ANDRADE, Ricardo Barretto de. A preservação dos efeitos de licitações e contratos reputados irregulares pelo Tribunal de Contas da União. **Revista de Direito Administrativo Contemporâneo**, v. 2, nº 5, pp. 119–133, São Paulo: Revista dos Tribunais, fev. 2014.

apurada em caráter sigiloso “até que se comprove a sua procedência” (art. 53, §3º, da Lei nº 8.443/1992).

A princípio, a representação ou denúncia tramita sigilosamente mesmo em face de seu autor. Ademais, a jurisprudência do Tribunal tem sido oscilante quanto à possibilidade de o denunciante ou representante ter acesso ao processo e acompanhá-lo na qualidade de interessado, pois não há critério objetivo para a demonstração do interesse que seria apto à admissão como tal<sup>319</sup>.

#### **4.6.6. O controle externo do contrato administrativo**

O TCU também tem atuado intensamente sobre os contratos administrativos já em curso. A Corte, em geral, o faz com base na necessidade de proteção do interesse público. Apesar disso, as decisões do Tribunal nem sempre se coadunam com as cláusulas estabelecidas entre a Administração Pública e o seu contratado.

Nesse sentido, não são poucos os casos em que o TCU determina à Administração que promova alterações que afetam diretamente os interesses do contratado (por exemplo, determinando a alteração do modo de execução do contrato ou, até mesmo, da remuneração do particular)<sup>320</sup>. Quando assim atua, o Tribunal de Contas lamentavelmente acaba

---

<sup>319</sup> De acordo com o Regimento Interno do TCU, cabe ao Ministro Relator do processo avaliar os pedidos de habilitação como interessados nos processos. A pessoa que pretender se habilitar, mesmo que seja o próprio denunciante ou representante, “deverá demonstrar em seu pedido, de forma clara e objetiva, razão legítima para intervir no processo” (art. 146, §1º). Confirma-se, nesse sentido, a jurisprudência do TCU: “2. O representante ou o denunciante não é considerado, automaticamente, parte processual, devendo, para ser reconhecido como parte, formular ao relator pedido de ingresso no processo como interessado e demonstrar razão legítima para intervir no processo, nos termos do art. 146, §1º, do RI/TCU, inclusive na fase recursal, na hipótese de pretender a reforma de decisão anterior da Corte no processo por ele provocado (acórdãos 1626/2010, 1218/2008, 1090/2010, 2873/2010, 2219/2012, 1881/2014, todos do Plenário)” (Acórdão nº 5386/2016 – 1ª Câmara, TC 016.357/2016-7, relator Ministro Weder de Oliveira, julgamento em 16.08.2016).

<sup>320</sup> Nesse sentido: “A retenção cautelar de pagamentos em percentual proporcional ao sobrepreço identificado não configura desequilíbrio econômico-financeiro do contrato nem compromete a exequibilidade do objeto, especialmente quando constatadas irregularidades como BDI excessivo, exigência indevida de qualificação técnica na licitação e ausência da retenção de tributos” (Acórdão nº 593/2009 – Plenário, TC 021.283/2008-1, relator Ministro Aroldo Cedraz, julgamento em 01.04.2009). Confirma-se, ainda, o Acórdão nº 865/2017 – Plenário, por meio do qual, após a adjudicação do objeto à empresa vencedora da licitação e à homologação do certame, o TCU condicionou a celebração do contrato à revisão da remuneração da empresa: “9.3. determinar ao Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes (DNIT) e à Secretaria de Infraestrutura do Estado da Bahia (Seinfra/BA) que, previamente à assinatura do contrato e ao início de sua execução, elaborem, no prazo de sessenta dias, novo orçamento de referência contemplando os critérios e metodologias abaixo indicados, para fins de comparação com a melhor proposta ofertada no RDC Eletrônico 001/2016, condicionada a contratação dos projetos básico e executivo e execução das obras de duplicação da rodovia BR-415/BA, trecho Itabuna-Ilhéus, à aceitação dos referidos critérios e às respectivas consequências contratuais pela empresa a ser contratada [...]” (TC 033.891/2016-8, relator Ministro Augusto Sherman, julgamento em 03.05.2017).

agregando mais riscos e insegurança jurídica ao já complexo regime jurídico de contratações públicas.

Por outro lado, em outras situações, instado por contratados a atuar sobre questões relevantes que envolvem a remuneração do particular, o Tribunal costuma se negar a examinar o reclamo sob a alegação de que o cumprimento do contrato representa interesse privado, que seria insuscetível de tutela pela Corte de Contas. O mesmo ocorre quando o particular procura o TCU para pedir providências em face de violação, pela Administração, de cláusulas contratuais<sup>321</sup>.

Essa reação do Tribunal de Contas da União não se revela oportuna ao próprio interesse público. Isso porque, em diversas situações, os interesses público e privado podem coincidir. Afinal de contas, se é interesse privado receber a remuneração que lhe é devida, também é interesse da coletividade que a Administração cumpra o ordenamento jurídico e que se evitem desvios éticos em decorrência de sua violação<sup>322</sup>.

#### **4.7. A competência normativa do TCU**

O TCU possui competências normativas amplíssimas, porém as exerce de forma pouco ou nada transparente. No âmbito das contratações públicas, o Tribunal tem produzido normas sobre questões relevantes, com efeitos gerais e vinculantes.

##### **4.7.1. As consultas ao TCU e o caráter normativo de sua resposta**

De acordo com o art. 1º, inciso XVII da Lei nº 8.443/1992, compete ao TCU “decidir sobre consulta que lhe seja formulada por autoridade competente, a respeito de dúvida suscitada na aplicação de dispositivos legais e regulamentares concernentes a matéria de sua competência, na forma estabelecida no Regimento Interno”. De acordo com o §2º do mesmo

---

<sup>321</sup> “A ilegalidade apontada seria resultante da inexistência de critério de reajuste que retratasse a variação efetiva do custo de produção, gerando desequilíbrio contratual e enriquecimento sem causa da Administração. [...] A matéria tutelada não é de competência deste Tribunal, observando-se ausência de interesse público, destacando-se o entendimento de que, entre as competências constitucionais do TCU, não se insere a solução de controvérsias instaladas no âmbito de contratos firmados entre seus jurisdicionados e terceiros, reclamados por particulares, visando a salvaguarda de seus direitos e interesses subjetivos, salvo se, de forma reflexa, afetarem o patrimônio público ou causarem prejuízo ao erário”. (Acórdão nº 2130/2016 – 1ª Câmara, TC 026.369/2015-0, relator Ministro Weder de Oliveira, julgamento em 2.8.2016).

<sup>322</sup> “Ocorre que, muitas vezes, a promoção do interesse público – entendido como conjunto de metas gerais da coletividade juridicamente consagradas – consiste, justamente, na preservação de um direito individual, na maior medida possível” (BINENBOJM, 2014, p. 324).

artigo, “A resposta à consulta a que se refere o inciso XVII deste artigo tem caráter normativo e constitui prejulgamento da tese, mas não do fato ou caso concreto”.

O Regimento Interno do TCU restringe a legitimidade para a formulação de tais consultas a algumas autoridades, como os Presidentes da República e das Casas do Congresso, os Ministros de Estado, o Procurador-Geral da República, entre outras (art. 264).

Portanto, os acórdãos proferidos pelo TCU sobre as consultas que lhe forem formuladas promovem verdadeira regulação, pois sua resposta produz norma geral vinculante, que a partir de então deve ser observada por toda a Administração Pública federal<sup>323</sup>.

O interessante é que, além da legitimidade restrita para a formulação de consultas, e apesar dos efeitos que a resposta à consulta produz, o TCU não admite no processo a intervenção de terceiros interessados.

O Tribunal decide a consulta de forma unilateral, sem admitir qualquer tipo de participação no processo decisório. Além disso, não dá conhecimento público a respeito das consultas que recebe. Portanto, eventuais interessados na norma a ser editada apenas tomam conhecimento da existência da consulta quando o Tribunal publica o acórdão que a responde<sup>324</sup>.

Instado a se manifestar sobre essa matéria, o STF não conheceu de mandado de segurança impetrado para impugnar acórdão do TCU que respondeu a consulta definindo tese a respeito da situação jurídica e da remuneração dos juízes classistas da Justiça do Trabalho.

---

<sup>323</sup> O efeito vinculante e a eficácia *erga omnes* dessas decisões normativas têm sido reiterados pelo TCU em sucessivos julgados: “Esse entendimento do Tribunal tem caráter normativo, pois o § 2º do art. 1º da Lei 8.443/92 estabelece que a resposta à consulta tem caráter normativo e constitui prejulgamento da tese. Significa dizer que a decisão a ser adotada em sede de consulta deve ser obedecida pelos órgãos sujeitos à jurisdição do Tribunal e que venham, de qualquer forma, a ser abrangidos pela matéria objeto do feito. Tais processos apresentam, por conseguinte, verdadeira eficácia *erga omnes*, pelo menos no que cabe à administração pública sujeita à matéria objeto da consulta” (Acórdão nº 1901/2009 – Plenário, TC 010.760/2009-4, relator Ministro Augusto Sherman, julgado em 26.08.2009).

<sup>324</sup> Nesse sentido: “CONSULTA SOBRE AS PARCELAS QUE INTEGRAM O TETO CONSTITUCIONAL. RESPOSTA AO CONSULENTE COM BASE NO DECIDIDO NOS ACÓRDÃOS 1.199/2009 E 2.274/2009, AMBOS DO PLENÁRIO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. AUSÊNCIA DE LEGITIMIDADE E DE INTERESSE RECURSAL. NÃO CONHECIMENTO. 1. A natureza jurídica do processo de consulta, pelo qual este Tribunal de Contas da União responde em caráter normativo, constituindo tal manifestação prejulgamento de tese, como regra não admite o ingresso de terceiro em razão da impossibilidade de se demonstrar interesse legítimo em intervir no processo, mediante exposição clara e objetiva do gravame direto imposto ao requerente. 2. Tal entendimento se aplica com maior razão na fase recursal, em que a participação tardia do terceiro dificulta uma contribuição efetiva ao processo. Não por outra razão, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal firmou-se no sentido não reconhecer legitimidade recursal ao *amicus curiae*” (Acórdão nº 1007/2015 – TCU – Plenário, relator Ministro Augusto Nardes, TC 016.165/2009-5, Embargos de Declaração, Órgão consulente: Senado Federal. Embargante: Sindicato dos Servidores do Poder Legislativo Federal e do Tribunal de Contas da União – Sindilegis, julgamento em 29.04.2015).

De acordo com o STF, a resposta à consulta “não afeta de imediato a situação individual dos filiados da impetrante”<sup>325</sup>.

A posição do STF sobre a questão parece equivocada porque o TCU, ao responder consultas, profere decisão de caráter normativo e vinculante, com efeitos *erga omnes* e que constitui prejulgamento da tese em questão. Logo, é evidente que a decisão do Tribunal possui efeitos diretos sobre todos os que estejam em situação fática semelhante.

Afinal, a Administração como um todo, e não apenas o ente público consulente, será obrigada a aplicar a conclusão adotada pelo TCU a todos os casos idênticos. Na prática, portanto, o entendimento do STF legitima o procedimento nada transparente adotado pelo Tribunal de Contas para exercer competência normativa<sup>326</sup>.

Também é interessante notar que, ao formular consultas ao TCU, a Administração Pública atribui à Corte de Contas o poder de proferir decisões gerais e vinculantes. Portanto, geralmente formuladas por receio dos gestores públicos de terem sua atuação reputada irregular, tais consultas empoderam ainda mais o Tribunal.

De acordo com dados disponíveis no *website* do TCU, desde 1992, quando foi instituída a competência legal do Tribunal para proferir decisões normativas em sede de consulta, foram proferidos 977 (novecentos e setenta e sete) acórdãos com efeitos vinculantes. Tem-se, assim, uma média de cerca de quarenta decisões normativas por ano<sup>327</sup>.

#### **4.7.2. O poder regulamentar previsto em Lei**

O TCU também possui competência para, de ofício, elaborar normas gerais e abstratas. Trata-se de poder regulamentar expressamente previsto no art. 3º da Lei nº 8.443/1992:

---

<sup>325</sup> Mandado de Segurança nº 21361, relator Ministro Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, julgamento em 18.08.1994, DJ 30.09.1994.

<sup>326</sup> Em matéria de licitações e contratos administrativos, são diversas as decisões normativas proferidas pelo TCU em sede de consulta. Confirmam-se, por exemplo: Acórdão nº 1406/2017 – Plenário, relator Ministro Walton Alencar Rodrigues, que decidiu sobre a participação de organizações sociais em licitações; Acórdão nº 213/2017 – Plenário, relator Ministro Bruno Dantas, que decidiu pela impossibilidade de contratação direta dos Correios para prestação de serviços de logística; Acórdão nº 1536/2016, relator Ministro Bruno Dantas, que decidiu sobre a possibilidade de compensação entre supressões e acréscimos de objetos de contratos administrativos; Acórdão nº 1866/2015 – Plenário, relator Ministro José Múcio Monteiro, que decidiu sobre a compatibilidade de regras licitatórias do Banco Mundial com a Lei nº 8.666/1993.

<sup>327</sup> O Ministro da Cultura chegou a formular ao TCU consulta sobre Projeto de Lei que instituiria o Programa Nacional de Fomento e Incentivo à Cultura – Profic. O Tribunal não conheceu da consulta por ausência de pressuposto de admissibilidade, porém “considerando a relevância da matéria”, acabou formulando considerações sobre o mérito do Projeto de Lei (Acórdão nº 1798/2009 – Plenário, relator Ministro André de Carvalho, julgado em 12.08.2009).

Art. 3º Ao Tribunal de Contas da União, no âmbito de sua competência e jurisdição, assiste o poder regulamentar, podendo, em consequência, expedir atos e instruções normativas sobre matéria de suas atribuições e sobre a organização dos processos que lhe devam ser submetidos, obrigando ao seu cumprimento, sob pena de responsabilidade.

No exercício desse poder regulamentar, o TCU tem editado normas sobre temas diversos de sua competência. A Instrução Normativa nº 27/1998, por exemplo, institui uma sistemática para a fiscalização dos processos de desestatização realizados pela Administração Pública, abrangendo a alienação de ativos (privatização) e as delegações de serviços públicos por meio de concessões, permissões e autorizações<sup>328</sup>.

A norma impõe que os editais e demais documentos de todas as licitações relacionadas a processos de desestatização sejam previamente submetidos à aprovação do Tribunal, por meio de cinco etapas ou estágios.

O controle prévio previsto na Instrução Normativa TCU nº 27/1998 atribui ao Tribunal amplos poderes regulatórios sobre cada um dos processos de desestatização. A norma possui impacto, em especial, no âmbito dos projetos de infraestrutura cuja viabilização demanda vultosos investimentos privados (energia elétrica, portos, aeroportos, rodovias, ferrovias *etc.*).

Como a norma determina que o TCU aprove previamente os documentos da licitação, o certame só pode ser lançado depois que o Tribunal se manifestar pela aprovação ou pela realização de alterações nos documentos. Essa sistemática de controle atribui à Corte de Contas poderes superlativos.

Em primeiro lugar, a sistemática transfere para o TCU o poder de dispor sobre o *timing* de realização de empreendimentos que geralmente são relevantíssimos para qualquer governo. Considerando o mandato presidencial de quatro anos, o Tribunal pode, se desejar, inviabilizar o programa de um governo eleito democraticamente<sup>329</sup>.

Em segundo lugar, esse poder atribuído à Corte pela referida norma, de aprovar previamente as regras do edital da licitação e do futuro contrato, permite ao TCU dispor sobre o mérito da atuação político-institucional do Poder Executivo.

---

<sup>328</sup> Para as concessões de rodovias federais há uma Instrução Normativa específica (nº 46/2004). E, nessa mesma linha regulatória, a Instrução Normativa nº 52/2007 “Dispõe sobre o controle e a fiscalização de procedimentos de licitação, contratação e execução contratual de Parcerias Público-Privadas (PPP), a serem exercidos pelo Tribunal de Contas da União”.

<sup>329</sup> É de se notar, por exemplo, que a Instrução Normativa não determina prazos para que o TCU decida sobre o primeiro e o segundo estágios do processo de desestatização, ou seja, não há prazo para que o Tribunal se manifeste sobre os documentos da licitação.

O Tribunal, portanto, atuará com a possibilidade de regular não apenas o mercado de contratações públicas<sup>330</sup>, mas poderá, inclusive, determinar alterações relativas a questões técnicas, objeto de regulação setorial de competência da respectiva agência reguladora<sup>331</sup>.

Apesar dessa ampla competência normativa que possui, o Tribunal de Contas da União desenvolve suas ações de controle sem nenhum tipo de abertura procedimental a eventuais interessados e à sociedade como um todo.

Tanto a edição de normas com efeitos gerais, como as revisões determinadas em editais de licitação e minutas de contratos, consistem em atos regulatórios que decorrem de análises e debates internos ocorridos no TCU, no âmbito de processos cujo acesso é restrito apenas às partes diretamente envolvidas.

#### **4.8. Atuação *informal* ou residual**

Por fim, adotando-se as categorias sugeridas pela teoria processual administrativa da regulação, é possível afirmar que o TCU também possui sobre o mercado de contratações públicas competências que a teoria denomina *informais* ou *residuais*.

Nesse sentido, ao decidir processos de auditoria, o TCU comumente formula recomendações que os entes públicos jurisdicionais devem adotar em suas futuras contratações<sup>332</sup>. Em outras situações, o Tribunal formula recomendações para que os seus

---

<sup>330</sup> Por exemplo, ao analisar os documentos referentes a leilão da Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL) para a concessão de serviços de transmissão de energia, o TCU determinou à Agência que, ao estimar os investimentos exigidos do futuro contratado, “9.2.1. utilize o menor valor de cotação obtida para o módulo de equipamentos das estações conversoras, ou seja, o da empresa Alstom, considerando-se uma tolerância de +20% no valor orçado, conforme informado pela fabricante;” (Acórdão nº 1293/2015 – Plenário, TC 005.865/2015-8, relator Ministro José Múcion Monteiro, julgamento em 27.05.2015).

<sup>331</sup> Por exemplo, ao examinar outorga de concessão rodoviária pretendida pela Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT), o TCU determinou à Agência que “9.2.15. revise os prazos para a execução das obras de melhorias em subtrechos a serem duplicados nos primeiros cinco anos de contrato – parte A das obras de ampliação no sentido de antecipá-los ou torná-los concomitantes com as obras de duplicação (itens 306-325 da instrução de peça 28 e subtópico VII.6 do voto que fundamenta este acórdão)” (Acórdão nº 943/2016 – Plenário, TC 033.634/2015-7, relator Ministro Augusto Nardes, julgamento em 20.04.2017).

<sup>332</sup> Nesse sentido: “AUDITORIA. FISCALIZAÇÃO DE ORIENTAÇÃO CENTRALIZADA (FOC). TRT 11ª REGIÃO. DEFICIÊNCIAS NA GOVERNANÇA E GESTÃO DAS AQUISIÇÕES PÚBLICAS. IDENTIFICAÇÃO DE FRAGILIDADES E DE OPORTUNIDADES DE MELHORIA. ATUAÇÃO DIDÁTICA E PREVENTIVA. DETERMINAÇÕES. RECOMENDAÇÕES” (Acórdão nº 2373/2016 – Plenário, TC 024.198/2014-5, relator Ministro Augusto Sherman, julgamento em 14.09.2016).

jurisdicionados exerçam sua competência de *autovinculação* em matéria de licitações e contratos administrativos<sup>333</sup>.

Nesses casos, o Tribunal atua fornecendo *inputs* ao exercício da autovinculação no mercado de contratações públicas, que cabe a todo e qualquer ente público que licita e contrata. E, é importante destacar, suas decisões costumam surtir efeitos, possivelmente porque os entes públicos jurisdicionados têm conhecimento de que, se não atenderem as recomendações, poderão ter problemas com o TCU em relação a contratações futuras.

Parece haver, nesse particular, uma espécie de *regulação responsiva*, assim entendida “a constante interação entre regulador e regulado na construção do ótimo regulatório de incentivos os mais efetivos para persuasão dos regulados via reavaliação de sucessos e fracassos das políticas regulatórias implementadas”<sup>334</sup>.

John Braithwaite, um dos teóricos da teoria responsiva da regulação, salienta que a “a teoria responsiva regulatória evoluiu para uma teoria deliberativa e circular de *accountability* democrática, em oposição a uma teoria hierárquica em que os guardiões máximos dos guardiões fazem parte do Estado”<sup>335</sup>.

Retoma-se aqui a crítica ao caráter fechado e pouco transparente das decisões do Tribunal de Contas da União. Para avançar em sua atuação regulatória, o TCU necessita de legitimidade democrática, que só poderá ser efetivamente alcançada a partir da abertura procedimental das decisões da Corte de Contas.

Sem procedimentos claros, transparência e possibilidade de controle social, a atividade regulatória desempenhada pelo TCU fica excessivamente exposta ao *rent-seeking* e à captura por interesses de determinados atores do mercado de compras públicas.

---

<sup>333</sup> Nesse sentido, por exemplo, no Acórdão nº 2637/2015 – Plenário, afirma-se que a IN-SLTI/MPOG nº 5/2014, que dispõe sobre os procedimentos administrativos básicos para a realização de pesquisa de preços para a aquisição de bens e contratação de serviços em geral, foi editada após recomendações do Tribunal. Em outra situação, por meio do Acórdão nº 1214/2013 – Plenário, em 22.05.2013 o TCU recomendou ao Ministério do Planejamento incluir na Instrução Normativa mais um requisito de qualificação econômico-financeira para a contratação de serviços continuados. Logo em seguida, em 23.12.2013, o MPOG editou a Instrução Normativa nº 6/2013 para incluir na IN nº 02/2008 a exigência de capital de giro mínimo para a contratação de serviços continuados.

<sup>334</sup> ARANHA, 2015, p. 41.

<sup>335</sup> Tradução livre. Do original: “[...] *responsive regulatory theory has evolved into a deliberative, circular theory of democratic accountability, as opposed to a hierarchical theory where the ultimate guardians of the guardians are part of the state*”. (BRAITHWAITE, John. *Responsive Regulation and Developing Economies*. **World Development**. vol. 34, nº 5, pp. 884-898, Elsevier, 2006, p. 885).

#### 4.9. A deferência do Poder Judiciário às decisões do TCU

Para a teoria processual administrativa da regulação, a deferência do Poder Judiciário pelas decisões das agências independentes corresponde a um dos efeitos da regulação exercida por meio de procedimentos abertos e transparentes, que legitimam a atuação do regulador. No Brasil, entretanto, o Judiciário tem manifestado essa deferência pelas decisões do Tribunal de Contas da União sem, necessariamente, tomar em consideração esses aspectos.

Um dos temas mais relevantes já enfrentados pelo STF a respeito do TCU se refere à competência para a sustação de contratos reputados ilegais. Como se viu, a Constituição expressamente atribui essa competência ao Congresso Nacional.

Apesar disso, o STF entendeu que “O TCU, embora não tenha poder para anular ou sustar contratos administrativos, tem competência, conforme o art. 71, IX, para determinar à autoridade administrativa que promova a anulação do contrato e, se for o caso, da licitação de que se originou”<sup>336</sup>. Com todo o respeito que merece a Suprema Corte, essa solução viola claramente a Constituição, que não deixa margem para dúvidas.

Nem se diga que o TCU estaria a notificar a Administração por meio de uma mera recomendação para a anulação do contrato. Afinal, a jurisprudência do próprio STF admite que a Corte de Contas determine ao ente público que anule o contrato administrativo. Logo, não restará alternativa para a Administração que não o desfazimento do contrato, sob pena de o gestor público correr o risco de ser até mesmo multado pelo TCU.

Em outras palavras, o entendimento do STF sobre a questão esvazia a competência atribuída ao Congresso Nacional pelo art. 71, §1º, da Constituição, segundo o qual “No caso de contrato, o ato de sustação será adotado diretamente pelo Congresso Nacional, que solicitará, de imediato, ao Poder Executivo as medidas cabíveis”.

Em contrapartida, a posição da Suprema Corte fortalece ainda mais a posição institucional do TCU, pois reconhece autoexecutoriedade às decisões do Tribunal que concluem pela existência de vícios em contratos administrativos.

Ultrapassada essa questão, é necessário destacar que, de modo geral, ao se deparar com impugnações a decisões proferidas pelo TCU, o Poder Judiciário tem entendido que o caráter *técnico* da atuação da Corte de Contas é suficiente para afastar a interferência judicial sobre o mérito das decisões por ela proferidas.

---

<sup>336</sup> MS nº 23.550, relator Ministro Sepúlveda Pertence, julgamento em 04.04.2002, publicado no DJ de 31.10.2001; e MS 26.000, relator Ministro Dias Toffoli, julgamento em 16.10.2012, 1ª Turma, publicado no DJE de 14.11.2012).

Segundo esse entendimento dominante, caberia ao Judiciário apenas realizar o controle formal de legalidade dos atos do TCU, verificando especialmente se a parte teve oportunidade ao contraditório.

No caso do STF, a quem compete processar e julgar os mandados de segurança impetrados contra as decisões monocráticas ou colegiadas da Corte de Contas, a natureza desse tipo de ação, de cognição restrita e que não admite dilação probatória, já representa uma circunstância processual que naturalmente contribui para a autocontenção da Corte Suprema em relação ao mérito dos atos do TCU:

[...] 1. Hipótese na qual os princípios da ampla defesa e do contraditório foram observados, pois a parte impetrante teve diversas oportunidades para se manifestar no processo, inclusive produzindo provas que considerava necessárias para a defesa de seus interesses. [...] 3. O mandado de segurança não comporta o reexame do conteúdo fático-probatório cuja análise foi realizada pelo TCU e que implicou decisão contrária aos interesses da parte impetrante. 4. É legítima a decisão do Tribunal de Contas da União que, ao constatar violação a princípios constitucionais em contrato firmado por particular com a Administração Pública, determina a correção das irregularidades e a devolução ao erário dos valores pagos indevidamente [...] <sup>337</sup>.

A alternativa processual disponível para impugnar judicialmente decisões do TCU é o ajuizamento de ação ordinária na Justiça Federal de primeiro grau. Entretanto, também por essa via o Poder Judiciário tem evitado rediscutir o mérito dos acórdãos do Tribunal de Contas da União.

O Tribunal Regional Federal da 1ª Região, por exemplo, reputa que o caráter *técnico* das decisões do TCU impede a interferência judicial:

[...] I - As decisões do Tribunal de Contas da União têm natureza jurídica de decisão técnico-administrativa, não susceptíveis de modificação irrestrita pelo Poder Judiciário, cuja competência limita-se aos aspectos formais ou às ilegalidades manifestas dessas decisões, notadamente a inobservância do contraditório e da ampla defesa, sendo vedado ao Judiciário substituir os critérios adotados por aquele Tribunal, salvo na hipótese de presença de nulidade por irregularidade formal ou de manifesta ilegalidade, sob o risco de inocuidade das decisões das Cortes de Contas. Precedentes [...] <sup>338</sup>.

Essas circunstâncias revelam que a deferência do Poder Judiciário sobre as decisões do Tribunal de Contas, na prática, afasta o controle judicial sobre a competência julgadora que o TCU exerce no âmbito da regulação do mercado de contratações públicas.

<sup>337</sup> MS 33414 AgR, relator Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgamento em 02.08.2016, publicado no DJe-198 de 15.09.2016). No mesmo sentido: MS 33726 AgR, relatora Ministra Rosa Weber, Primeira Turma, julgamento em 17.03.2017, publicado no DJe-068 de 04.04.2017).

<sup>338</sup> AC 0019082-27.2006.4.01.3400/DF, relator Desembargador Federal Souza Prudente, Quinta Turma, publicado no e-DJF1 de 07.10.2016). No mesmo sentido: “[...] Não compete ao Poder Judiciário analisar o mérito da decisão do TCU, mas apenas exercer o controle sobre a legalidade do ato. Precedentes deste Tribunal [...]” (AC 0019865-90.2000.4.01.3800/MG, relator Desembargador Federal Jirair Aram Meguerian, Sexta Turma, publicado no e-DJF1 de 10.02.2017).

Quanto às decisões normativas proferidas pelo TCU, o STF tem entendido não caber mandado de segurança por se tratar de ato em tese, com efeitos gerais, o que também dificulta a impugnação da atuação do TCU perante o Poder Judiciário<sup>339</sup>.

Em síntese, a posição do Poder Judiciário em face de impugnações dirigidas a decisões proferidas pelo TCU tem tornado praticamente insindicável o mérito da atuação da Corte de Contas no exercício de suas competências normativa e julgadora. O efeito imediato dessa deferência é a ampliação do poder institucional do TCU.

#### **4.10. A importância da abertura regulatória**

As circunstâncias relacionadas nos tópicos anteriores permitem afirmar que o TCU atua como verdadeira agência reguladora do mercado de contratações públicas. O Tribunal exerce competências diversas que submetem os entes públicos e os agentes privados que atuam no mercado.

A caracterização do Tribunal de Contas da União como agência reguladora de fato tem por objetivo utilizar os parâmetros da teoria processual administrativa da regulação para avaliar se a Corte de Contas exerce uma regulação de interesse público no mercado de contratações públicas.

Essa análise não desconhece a relevância e os benefícios da atividade regulatória desempenhada pelo TCU sobre o mercado de compras públicas. Apesar disso, do ponto de vista institucional, o Tribunal de Contas ainda é uma instituição extremamente fechada e pouco transparente.

Diferente do que fazem as agências independentes norte-americanas, a Corte de Contas profere decisões relevantíssimas, muitas delas com efeitos gerais, sem sequer ouvir a sociedade e os agentes do mercado de contratações públicas<sup>340</sup>.

---

<sup>339</sup> Nesse sentido: “MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO – PORTARIA TCU Nº 50/2014 – ATO EM TESE – INVIABILIDADE DA IMPUGNAÇÃO MEDIANTE AÇÃO MANDAMENTAL (SÚMULA 266/STF) – PRECEDENTES – RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. – Não se revelam sindicáveis, pela via jurídico-processual do mandado de segurança, os atos em tese, assim considerados aqueles – como as leis ou os seus equivalentes constitucionais – que dispõem sobre situações gerais e impessoais, que têm alcance genérico e que disciplinam hipóteses neles abstratamente previstas. Súmula 266/STF. Precedentes. – O mandado de segurança não se qualifica como sucedâneo da ação direta de inconstitucionalidade, não podendo ser utilizado, em consequência, como instrumento de controle abstrato da validade constitucional das leis e dos atos normativos em geral. Precedentes” (MS 32809 AgR, relator Ministro Celso de Mello, Segunda Turma, julgamento em 05.08.2014, publicado no DJe-213 de 29.10.2014).

<sup>340</sup> Nesse sentido, “Mais do que um discurso retórico, a defesa da participação social democrática nas atividades das agências reguladoras, especialmente em seus processos de produção das normas de regulação setorial, é de todo pertinente, não podendo o Estado oprimir as influências legítimas advindas da esfera pública para formatação e desenvolvimento das políticas públicas setoriais, sob pena de se subverter seu papel de garante de processos

Como se viu, nos Estados Unidos qualquer revisão importante do código federal de aquisições públicas contempla oportunidades para a participação da sociedade e dos entes públicos regulados. Isso, entretanto, não ocorre em relação ao TCU, que, no âmbito dos seus processos decisórios, não estabelece nenhum tipo de abertura procedimental, como a publicação de notícias a respeito da edição de normas ou a realização de audiências públicas.

O Tribunal de Contas é extremamente eficaz para dialogar com os seus jurisdicionados em relação aos procedimentos e processos desses entes públicos<sup>341</sup>, mas, em relação aos seus próprios processos, a Corte parece atuar de modo enclausurado.

Além disso, a maior parte dos processos do TCU tramita sob sigilo ou sob acesso restrito a determinados interessados. Como se não bastasse, até mesmo o sistema eletrônico de andamentos processuais do Tribunal é pouco explicativo a respeito da tramitação dos processos.

Na linha do que preconiza a teoria processual administrativa da regulação, esse certo enclausuramento institucional do TCU pode conduzir à captura regulatória por interesses específicos incompatíveis com o interesse público. O fato é que, diante da ausência de transparência dos processos de tomada de decisão, é praticamente inviável avaliar eventuais influências de agentes externos sobre as decisões do Tribunal.

O que se pode aqui afirmar, para efeito do que se pretende neste trabalho, é que a atuação do TCU, apesar de propiciar benefícios, tem também potencial para criar mais insegurança jurídica no mercado de compras públicas em razão de sua atuação unilateral e pouco (ou quase nada) transparente.

Isso, é claro, sem mencionar a possibilidade de que o fechamento institucional produza espaços propícios à prevalência de interesses específicos em detrimento do interesse público e do bem-estar da coletividade.

Daí a necessidade de se proceduralizar a atuação do TCU e de se promover a abertura de espaços públicos de debate sobre as atividades regulatórias desempenhadas pelo Tribunal no âmbito do mercado de aquisição de bens e serviços pelo Poder Público<sup>342</sup>.

---

inclusivos de formação da opinião e vontade política”. (FUNGHI, Luís Henrique Baeta. **Regulação e legitimidade democrática: O caso dos transportes terrestres no Brasil**. Dissertação de Mestrado em Direito. Brasília: Universidade de Brasília – UnB, 2012, p. 157).

<sup>341</sup> A Diretriz IV do Plano de controle externo do TCU para o biênio 2017-2019, nesse sentido, consiste na “Promoção da transparência na administração pública federal”. (**Planos de controle externo e de diretrizes do Tribunal de Contas da União 2017-2019**. Brasília: TCU, Segepres, 2017).

<sup>342</sup> Sobre o tema da abertura de espaços públicos de diálogo regulatório, Gustavo Binenbojm salienta: “Assim, é fundamental que as agências realizem investimentos na divulgação de seu papel institucional e dos seus mecanismos de participação social, de forma que o seu processo deliberativo seja o mais aberto, informado e transparente possível. Quanto ao mais, há que se trabalhar pelo aumento do grau de conscientização política, organização e participação da sociedade brasileira nos assuntos de interesse público”. (BINENBOJM, Gustavo.

## 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em síntese, reconhecer o mercado de contratações públicas como um mercado regulado é o objetivo central desta tese. A partir desse reconhecimento, que decorre do que se apresentou nos capítulos anteriores, este tópico apresenta, a título de considerações finais, algumas medidas concretas que podem contribuir para uma regulação do mercado de contratações públicas que persiga o interesse e o bem-estar da coletividade.

### 5.1. O necessário aprimoramento da Lei de processo administrativo

O aprimoramento da Lei de processo administrativo federal e a instituição dessas normas no âmbito de todos os entes federativos são medidas que parecem relevantes com vistas a uma regulação de interesse público do mercado de contratações públicas.

Na linha do que faz a APA nos Estados Unidos, é importante ter no Brasil instrumentos que propiciem efetiva participação nos processos de tomada de decisões regulatórias.

### 5.2. A necessidade de alterações na Lei de Acesso à Informação

De acordo com art. 7º, §3º, da Lei nº 12.527/2011 (Lei de Acesso à Informação), “O direito de acesso aos documentos ou às informações neles contidas utilizados como fundamento da tomada de decisão e do ato administrativo será assegurado com a edição do ato decisório respectivo”.

De acordo com esse dispositivo, a Lei autoriza que as autoridades públicas neguem acesso aos documentos produzidos durante o processo de tomada de decisão.

Em outras palavras, o direito de acesso aos documentos só será assegurado depois que o ente público já tiver tomado sua decisão, o que restringe sobremaneira a transparência e inviabiliza a participação durante o processo de tomada de decisão.

---

Agências Reguladoras Independentes e Democracia no Brasil. **Revista de Direito Administrativo**. Ed. FGV, Rio de Janeiro, vol. 240, pp. 147-165, abr./jun. 2005, p. 164). No mesmo sentido caminha a opinião de outros importantes administrativistas brasileiros: ARAGÃO, Alexandre. **Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico**. Rio de Janeiro: Forense, 2002. MARQUES NETO, Flávio de Azevedo. **Agências Reguladoras Independentes: fundamentos jurídicos e seu regime jurídico**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2005. AGUILLAR, Fernando Herren. **Controle social de serviços públicos**. São Paulo: Max Limonad, 1999.

Indo além, o art. 7º, inciso VII, “b”, da Lei assegura acesso a informações relativas “ao resultado de inspeções, auditorias, prestações e tomadas de contas realizadas pelos órgãos de controle interno e externo, incluindo prestações de contas relativas a exercícios anteriores”.

Como a redação do dispositivo transparece, o acesso às informações apenas é permitido após a conclusão dos procedimentos de controle e fiscalização. Essa regra acaba legitimando, por exemplo, a antiga prática do TCU de manter seus processos sob acesso restrito ou sigiloso até a prolação do julgamento final.

Nesse sentido, entende-se necessário promover alterações na Lei de Acesso à Informação para assegurar à sociedade não apenas acesso aos dados e informações produzidos pela Administração durante os processos de tomada de decisões, como também mecanismos públicos para a apresentação de contribuições que possam influenciar nos resultados da ação pública.

Na linha do que propõe a teoria processual administrativa da regulação, essa sugestão visa, ao menos, equilibrar os interesses em disputa, reduzindo o peso relativo dos grupos de interesse que possuem acesso privilegiado aos entes públicos reguladores.

### **5.3. A criação de mecanismos de participação na fase interna das licitações**

Como exposto no terceiro capítulo, a fase interna das licitações é o momento em que a Administração necessita desenvolver intensa atividade regulatória para produzir licitações eficientes e contratos administrativos bem formatados.

Como se trata de etapa essencial para a contratação, é de se supor que os *players* de mercado que possuem acesso privilegiado a agentes públicos buscarão exercer influência em seu favor desde então.

A fase interna pode definir se uma licitação será competitiva, restritiva ou direcionada. Suas regras podem estimular competição ou a prática de condutas colusivas. Daí a necessidade de se promover a abertura procedimental dessa fase que atualmente se denomina “interna”.

Entende-se que seria muito salutar se a Administração Pública instituísse e desenvolvesse mecanismos de recebimento de contribuições e se a análise desses subsídios fosse levada a sério, estabelecendo-se um diálogo público com base em decisões consistentes e bem fundamentadas.

#### 5.4. A necessidade de aprimoramento da regulação contratual

Como consequência da procedimentalização da fase interna da licitação, propõe-se também aprimorar a autovinculação no que concerne à elaboração dos contratos administrativos.

A produção de contratos com cláusulas específicas e pertinentes ao objeto licitado tende a reduzir desnecessária e perigosa discricionariedade durante a execução contratual. Com menos imprevisibilidade, reduzem-se os riscos dos particulares em participar das licitações e pode haver aumento da competitividade e redução dos preços.

#### 5.5. Melhorias nos mecanismos de transparência ativa

Para tornar as contratações públicas mais eficientes, é necessário promover melhorias nos mecanismos de transparência ativa. É preciso que a Administração divulgue informações melhor sistematizadas e que atendam a finalidades específicas.

Por exemplo, para verificar o cumprimento da ordem cronológica de pagamentos, é necessário que as informações sobre os diferentes fornecedores estejam disponíveis numa mesma planilha, indicando as datas em que cada obrigação se tornou exigível em face da Administração.

Também seria extremamente salutar se os entes públicos mantivessem em seus portais eletrônicos mecanismos de pesquisa de sua jurisprudência administrativa. A catalogação e disponibilização pública das decisões proferidas no âmbito de contratações públicas pode estimular a coerência das decisões e contribuir para evitar interferências indevidas nos processos decisórios<sup>343</sup>.

---

<sup>343</sup> Canotilho chama atenção para a relação entre a coerência da atuação administrativa e o princípio da igualdade, apontando sua importância para o controle do poder discricionário: "Mesmo nos espaços de exercício discricionário (*Ermessensrichtlinie*), o princípio de igualdade constitucional impõe que se a administração tem repetidamente ligado certos efeitos jurídicos a certas situações de fato, o mesmo comportamento deverá adotar em casos futuros semelhantes. O comportamento interno transforma-se, por força do princípio da igualdade, numa relação externa, geradora de direitos subjetivos dos cidadãos. A praxe administrativa ou o uso administrativo serão aqui um elemento importante para a demonstração de violação ou não do princípio da igualdade. Com razão se caracterizou o princípio da igualdade, nestes casos, como norma de comutação (*Umschaltnorm*), isto é, uma norma que opera a comutação de linhas de orientação interna discricionária em preceitos jurídicos externos, juridicamente vinculados" (CANOTILHO, 2003, p. 51). No mesmo sentido: ARAGÃO, Alexandre Santos de. Teoria das autolimitações administrativas: Atores próprios, confiança legítima e contradição entre órgãos administrativos. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**, nº 14, mai./jul. 2008, Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/redae-14-maio-2008-alexandre%20aragao.pdf>>, Acesso em: 7 ago. 2017.

Em outras palavras, trata-se de mecanismo de *autovinculação* que pode viabilizar o controle do poder discricionário<sup>344</sup>.

## 5.6. A eliminação ou restrição de prerrogativas exorbitantes

Uma regulação de interesse público do mercado de contratações públicas também pressupõe a eliminação ou a imposição de restrições a certas prerrogativas exorbitantes<sup>345</sup>.

A prerrogativa de atrasar pagamentos por até noventa dias, sem que o contratado possa suspender suas obrigações, deve ser eliminada porque é absolutamente incompatível com o regime jurídico brasileiro. Trata-se de regra autoritária que estimula práticas não republicanas e provoca efeitos econômicos e concorrenciais danosos para as contratações públicas.

Do mesmo modo, propõe-se a eliminação do regime de precatórios, que autoriza os entes federativos a não prever em seus orçamentos anuais a totalidade dos valores necessários ao pagamento das condenações judiciais transitadas em julgado no período anterior.

Outras prerrogativas exorbitantes, reconhece-se, são necessárias à atividade administrativa, como ocorre com a competência de aplicar as sanções de inidoneidade e de suspensão do direito de licitar e contratar.

Para essas sanções, a autovinculação, a imposição de constrições procedimentais e a instituição de mecanismos de transparência deve reduzir a discricionariedade do poder sancionatório e assegurar maior nível de coerência às decisões da Administração.

## 5.7. A arbitragem nos contratos administrativos

A redação original da Lei de Arbitragem (nº 9.307/1996) indicava que “As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a

---

<sup>344</sup> “A Administração Pública, como regra, portanto, mesmo diante de competência aparentemente discricionária, deve considerar-se ‘autovinculada ao precedente’, isto é, predeterminada na escolha de uma decisão dentre as possíveis no exercício de competência discricionária em razão da reiterada adoção por ela mesma de um mesmo padrão decisório” (MODESTO, Paulo. Autovinculação convencional da Administração Pública: O contrato de gestão no interior da Administração Pública Brasileira. *The International Journal of Public Contracts*. nº 1, fev. 2013, Disponível em: < [http://www.direitodoestado.com/revista/09\\_ricp-01-paulo-modesto.pdf](http://www.direitodoestado.com/revista/09_ricp-01-paulo-modesto.pdf)>. Acesso em: 13 ago. 2017, p. 2).

<sup>345</sup> Nesse sentido, oportuna a observação de Arnaldo Wald à época da elaboração da atual Lei de Licitações e Contratos Administrativos: “Na relação entre a Administração e o contratado, saímos da fase do comando que devia ser obedecido, de qualquer modo e a qualquer preço, para a criação de um clima de cooperação, tendo em vista os superiores interesses públicos” (WALD, Arnaldo. Algumas considerações sobre o novo projeto de Lei de Licitações (PL 59/92). *Revista Tributária e de Finanças Públicas*, vol. 4, pp. 198-220, 1993, p. 200).

direitos patrimoniais disponíveis” (art. 1º). Não havia menção expressa à possibilidade de os contratos administrativos considerarem a via arbitral como mecanismo de solução de controvérsias.

Por cerca de vinte anos, houve na doutrina e na jurisprudência intenso debate quanto ao cabimento e à extensão de cláusulas arbitrais nos contratos públicos<sup>346</sup>. Em caso emblemático que envolveu sociedade de economia mista, o STJ acabou firmando entendimento favorável à utilização do juízo arbitral pelos entes públicos de um modo geral<sup>347</sup>.

Especificamente em relação às sociedades de economia mista, o acórdão também destacou que a adesão à cláusula compromissória de submissão do litígio ao juízo arbitral impede o exercício de poderes de supremacia contratual previstos na Lei 8.666/93.

Em sentido oposto, o Tribunal de Contas da União determinou a revisão de edital de licitação do DNIT para que fossem suprimidas menções à arbitragem<sup>348</sup> e, em outra ocasião, concluiu que “É ilegal, com afronta a princípios de direito público, a previsão, em contrato administrativo, da adoção de juízo arbitral para a solução de conflitos”<sup>349</sup>.

Esse entendimento parecia ter origem na resposta que o Tribunal apresentou em 1993, ainda antes da Lei de Arbitragem, a consulta formulada pelo Ministro de Minas e Energia. Naquela ocasião, o TCU concluiu que:

---

<sup>346</sup> Para um sumário de tais controvérsias, confira-se artigo de Cesar Augusto Guimarães Pereira: Arbitragem e a Administração Pública na jurisprudência do TCU e do STJ. Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini, Curitiba, nº 5, julho de 2007. Disponível em <<http://www.justen.com.br/informativo>>. Acesso em: 12.03.2017.

<sup>347</sup> “[...] 9. O Estado, quando atestada a sua responsabilidade, revela-se tendente ao adimplemento da respectiva indenização, coloca-se na posição de atendimento ao ‘interesse público’. Ao revés, quando visa a evadir-se de sua responsabilidade no afã de minimizar os seus prejuízos patrimoniais, persegue nítido interesse secundário, subjetivamente pertinente ao aparelho estatal em subtrair-se de despesas, engendrando locupletamento à custa do dano alheio. 10. Destarte, é assente na doutrina e na jurisprudência que indisponível é o interesse público, e não o interesse da administração. 11. Sob esse enfoque, saliente-se que dentre os diversos atos praticados pela Administração, para a realização do interesse público primário, destacam-se aqueles em que se dispõe de determinados direitos patrimoniais, pragmáticos, cuja disponibilidade, em nome do bem coletivo, justifica a convenção da cláusula de arbitragem em sede de contrato administrativo [...]” (MS 11.308/DF, Rel. Ministro LUIZ FUX, 1ª Seção, julgado em 09/04/2008, DJe 19/05/2008). No mesmo sentido: REsp 612.439/RS, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, 2ª Turma, julgado em 25/10/2005, DJ 14/09/2006.

<sup>348</sup> O processo examinou contratação do DNIT para a execução de obras rodoviárias no Rio Grande do Sul. O Tribunal partiu da premissa de que o contrato administrativo compreende apenas interesses públicos indisponíveis, o que afastaria a possibilidade de arbitragem: “A Lei nº 9.307/96, em seu art. 1º, dispõe que as pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis. Segundo entendimento da Secex/RS, o interesse tutelado na relação jurídica que será estabelecida pelo contrato é inquestionavelmente de natureza pública, sendo, portanto, indisponível. Disso decorre serem nulas as cláusulas do edital que determinam a utilização de arbitragem para a solução de conflitos entre o DNIT e o contratado” (Acórdão nº 587/2003 – Plenário, Rel. Ministro ADYLLSON MOTTA, julgado em 28/05/2003).

<sup>349</sup> Acórdão nº 1.099/2006 – Plenário, Rel. Ministro AUGUSTO NARDES, julgado em 05/07/2006. Em seguida, por meio do Acórdão nº 2.145/2013 – Plenário, o TCU pareceu superar parcialmente sua resistência à arbitragem, passando a admitir sua aplicação nos contratos firmados por sociedades de economia mista exploradoras de atividade econômica, porém somente “[...] em situações peculiares devidamente justificadas e de modo a se seguir a comprovada prática de mercado” (Rel. Ministro BENJAMIN ZYMLER, julgado em 14/08/2013).

[...] é inadmissível em contratos administrativos, por falta de expressa autorização legal e por contrariedade a princípios básicos de direito público (princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, princípio da vinculação ao instrumento convocatório da licitação e à respectiva proposta vencedora, entre outros)<sup>350</sup>.

Superando a controvérsia relativa ao cabimento da arbitragem nos contratos públicos, a Lei nº 13.129/2015 alterou a Lei de Arbitragem para prever expressamente essa possibilidade<sup>351</sup>. A partir de então, não há dúvidas de que “A administração pública direta e indireta poderá utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis” (art. 1º, §1º).

O problema, então, passa a incidir sobre a definição do que seriam conflitos patrimoniais disponíveis no âmbito da Administração Pública.

Maria Sylvia Di Pietro apresenta interessante perspectiva para o exame do problema. Sugere a diferenciação das regras contratuais entre cláusulas regulamentares, que se relacionam com as prerrogativas exorbitantes da Administração, e cláusulas financeiras, que envolvem as garantias de remuneração do contratado, sugerindo que a arbitragem poderá incidir tanto em relação às cláusulas financeiras como sobre os efeitos financeiros decorrentes da aplicação das cláusulas regulamentares<sup>352</sup>.

---

<sup>350</sup> *Ibidem*.

<sup>351</sup> Antes disso, diversas leis já consagravam a utilização da arbitragem em contratos administrativos específicos: a) Lei nº 9.472/1997, nos contratos de concessão de serviços de telecomunicações (art. 93, inciso XV); b) Lei nº 9.478/1997, nos contratos de concessão celebrados para as atividades de exploração, desenvolvimento e produção de petróleo e de gás natural, inclusive com a possibilidade de realização de arbitragem internacional (art. 43, inciso X); c) Lei nº 10.233/2001, nos contratos decorrentes de concessões outorgadas pela ANTT e pela ANTAQ (art. 35, inciso XVI); d) Lei nº 11.079/2004, nos contratos de parcerias público-privadas (art. 11, inciso III); e e) Lei nº 8.987/1995, com redação dada pela Lei nº 11.196/2005, nos contratos de concessão em geral (art. 23-A).

<sup>352</sup> “Os contratos administrativos contêm cláusulas regulamentares e cláusulas financeiras. As primeiras referem-se ao próprio objeto do contrato, à forma de sua execução; elas decorrem do poder regulador da administração pública; são fixadas e alteradas unilateralmente pelo poder público. Mas as cláusulas financeiras, que dizem respeito à remuneração do contratado e ao equilíbrio econômico-financeiro do contrato têm natureza tipicamente contratual. Por isso mesmo, não podem ser alteradas unilateralmente pelo poder público, mas podem ser objeto de acordo entre as partes. Também não teria sentido a instalação de um procedimento de arbitragem para decisão de conflito que envolva prerrogativas de autoridade que só o poder público pode exercer. Não pode um tribunal de arbitragem decidir sobre as prerrogativas do artigo 58 da Lei 8.666 (alteração unilateral, rescisão unilateral, aplicação de penalidade etc). Mas pode decidir sobre os efeitos patrimoniais decorrentes do uso de prerrogativas próprias do poder público, como as de alterar e rescindir unilateralmente os contratos, que podem provocar o desequilíbrio econômico-financeiro. São aspectos que se incluem no conceito de direitos patrimoniais disponíveis, não porque a administração pública possa abrir mão de seus direitos, mas porque se trata de direitos passíveis de valoração econômica. Visto o mesmo argumento sob outro ângulo, pode-se partir da distinção entre atos de império e atos de gestão. Os primeiros são praticados pelo poder público como autoridade, como ente que atua em nome do Estado. As decisões sobre desapropriação, tombamento, servidão administrativa, por exemplo, não podem ser objeto de apreciação por árbitro, mas os efeitos patrimoniais dessas decisões podem, porque são passíveis de valoração econômica. Já os atos de gestão são praticados pelo poder público sem as prerrogativas próprias de autoridade, tal como ocorre com os contratos de direito privado celebrados pela administração pública, como compra e venda, locação, permuta *etc*. Os conflitos surgidos podem ser decididos pela via da arbitragem” (As possibilidades de arbitragem em contratos administrativos. Revista Consultor Jurídico, 24.02.2015. Disponível

A ideia não afasta as prerrogativas exorbitantes da Administração, que por si só representam riscos e custos adicionais para a contratação, mas pelo menos assegura ao contratado a possibilidade de se valer da arbitragem na hipótese de o ente público, utilizando-se de tais prerrogativas, praticar atos que afetem a remuneração pactuada inicialmente.

A convenção de arbitragem nos contratos públicos tem o potencial de eliminar os riscos decorrentes da submissão dos litígios com a Administração Pública ao Poder Judiciário, que se relacionam especialmente com a demora para a resolução das lides e com as dificuldades em lidar com questões técnicas e financeiras complexas, como as que usualmente estão presentes nas contratações públicas.

Seria muito positivo que os entes federativos, a começar pela União, editassem normas destinadas a regulamentar e a estimular a adoção da arbitragem nos contratos públicos, não apenas no âmbito de contratos de concessão ou de parcerias público-privadas, mas também nos contratos de fornecimento, de prestação de serviços e de execução de obras, comumente celebrados pela Administração.

Caberia, inclusive, estabelecer hipóteses em que a convenção de arbitragem deverá ser obrigatoriamente adotada. Nessa linha, também poderiam ser redigidas cláusulas-padrão de convenção de arbitragem a serem inseridas nos editais de licitação e nos contratos administrativos, observando-se, evidentemente, as peculiaridades de cada espécie de contratação.

Não se descarta que a aplicação da arbitragem às contratações públicas poderá originar variadas controvérsias e disputas, muitas das quais certamente terão de ser decididas pelo Poder Judiciário.

Por isso mesmo, é imprescindível que a Administração Pública dos diversos entes federativos adote providências para colocar em prática, de forma institucional e sistemática, a autorização legal de utilização da arbitragem em seus contratos.

## **5.8. Por uma regulação de interesse público do mercado de compras públicas**

Talvez o maior problema do mercado de contratações públicas seja o fato de que a própria Administração Pública parece não o reconhecer como um mercado regulado. Daí a escassez da autovinculação. Em decorrência disso, reproduzem-se editais de licitação e minutas

---

em: <<http://www.conjur.com.br/2015-set-24/interesse-publico-possibilidades-arbitragem-contratos-administrativos2>>. Acesso em 19 jul. 2017).

de contratos que são meras cópias de outras minutas, que por sua vez apenas transcrevem as regras gerais previstas na lei.

Por outro lado, quando a Administração exerce a autovinculação, o faz de modo pouco transparente, como se a elaboração de minutas de editais e contratos correspondesse a atos administrativos de rotina, que os entes públicos podem produzir de forma unilateral e sem procedimentos públicos de tomada de decisão.

Nesse sentido, a abertura procedimental do processo de tomada de decisões pela Administração pública revela-se urgente, na linha do que tem sido defendido pela doutrina, com vistas a propiciar efetivo diálogo com a sociedade no âmbito da atividade administrativa-regulatória:

A primeira oportunidade é a de se investir na articulação de “canais efetivos” de incremento da “participação da cidadania nos processos de escolhas públicas”; canais concebidos a partir de uma perspectiva “dialógica”, e não unilateral. Significa dizer que a efetiva incorporação da cidadania nos processos de escolha pública envolve não a simples divulgação de dados — afinal, essa prática transparente nada mais é do que a devida reverência ao princípio da publicidade — mas a oferta de uma “arena real de troca de informações e contribuições”, que pode e deve se estender não somente à gênese da escolha, mas a todo o processo de sua implementação e, principalmente, de avaliação. A proposta que aqui se enuncia — por isso a referência da participação a uma agenda de reformas — é de “institucionalização” desse vetor como efetivo (ainda que não o único) signo de “legitimidade da ação estatal”, e não como uma iniciativa reservada tão somente àquelas hipóteses em que a lei presume uma relevância que justifique a convocação cidadã<sup>353</sup>.

A elaboração dos documentos da licitação constitui atividade regulatória essencial. Afinal, como a atividade contratual do Estado é bastante ampla e diversa, é preciso compatibilizar as regras do certame e do futuro contrato às peculiaridades do objeto licitado, tanto para atrair a participação dos agentes de mercado, como para atribuir previsibilidade e segurança jurídica ao futuro relacionamento contratual.

Ao se buscar o reconhecimento da natureza regulatória desses atos, pretende-se que a Administração procedimentalize a fase interna das licitações, tornando-a transparente.

Trata-se de algo relevante, inclusive, para que o Poder Público possa receber, dos diferentes atores interessados (empresas, academia e instituições da sociedade civil em geral), subsídios que permitam a ampliação do conhecimento sobre o mercado específico em que se insere o bem ou serviço que se pretende contratar.

---

<sup>353</sup> VALLE, Vanice Regina Lírio do. A reforma administrativa que ainda não veio: dever estatal de fomento à cidadania ativa e à governança. **Revista de Direito Administrativo**. Ed. FGV, Rio de Janeiro, vol. 252, pp. 119-140, set./dez. 2009, pp. 133-134.

Quando se trata dos contratos administrativos, esse cenário se torna ainda mais complexo diante das prerrogativas exorbitantes que a Administração Pública possui em face do contratado no âmbito do regime jurídico de contratações públicas.

Como se viu, essas prerrogativas, bem como a desnecessária discricionariedade causada pelos *déficits* de autovinculação, produzem contratos administrativos permeados por insegurança jurídica e por riscos que produzem custos e estimulam condutas anticompetitivas e atos de corrupção.

O mesmo parece ocorrer com a atuação do Tribunal de Contas da União. Ao caracterizar o TCU materialmente como uma agência reguladora, este trabalho pretende que se apliquem à Corte de Contas as restrições procedimentais que a teoria processual administrativa da regulação reputa essenciais para que se alcance uma regulação de interesse público.

O TCU é uma instituição relevantíssima, porém, como se viu, geralmente tem exercido suas amplas competências com base em argumentos *técnicos* de autoridade e por intermédio de procedimentos pouco (ou nada) transparentes, que não permitem diálogo com a sociedade durante o processo de tomada de decisão. Esse diálogo regulatório não é relevante apenas para a sociedade e para os agentes de mercado, mas também para os entes públicos.

A regulação praticada pelo TCU, com base exclusivamente na emissão de ordens e de proibições, pode até mesmo inibir ou dificultar o desenvolvimento da autovinculação no âmbito da Administração, que é indispensável ao bom desempenho das contratações públicas. Por meio de uma atuação mais aberta e transparente, o TCU poderia promover a regulação por meio do estímulo ao exercício da autovinculação pelos próprios entes públicos regulados<sup>354</sup>.

Enfim, com base nas experiências europeias e norte-americanas, pode-se debater a possibilidade de se formatar no Brasil uma entidade pública voltada à regulação do mercado de compras públicas. Em qualquer cenário, será essencial que a atividade regulatória, em suas múltiplas facetas, se desenvolva de modo aberto, transparente e democrático.

---

<sup>354</sup> PREUSS, Ulrich K. *Rationality Potentials of Law - Allocative, Distributive, and Communicative Rationality*. *German Law Journal* 12.1 (1), pp. 488-515, 2011, pp. 506-507.

## REFERÊNCIAS

ABRAHAM, Marcus. **Curso de Direito Financeiro Brasileiro**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

AGUILLAR, Fernando Herren. **Controle social de serviços públicos**. São Paulo: Max Limonad, 1999.

ANDRADE, Ricardo Barretto de. A preservação dos efeitos de licitações e contratos reputados irregulares pelo Tribunal de Contas da União. **Revista de Direito Administrativo Contemporâneo**, v. 2, nº 5, pp. 119–133, São Paulo: Revista dos Tribunais, fev. 2014.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. Teoria das autolimitações administrativas: Ator próprios, confiança legítima e contradição entre órgãos administrativos. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**, nº 14, mai./jul. 2008, Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/redae-14-maio-2008-alexandre%20aragao.pdf>>, Acesso em: 7 ago. 2017.

\_\_\_\_\_. **Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

ARANHA, Marcio Iorio. **Manual de Direito Regulatório**. 3ª ed. London: Laccademia Publishing, 2015.

BAJARI, Patrick; TADELIS, Steven. Incentives versus transaction costs: a theory of procurement contracts. **RAND Journal of Economics**, vol. 32, nº 3, pp. 387-407, 2001.

BARON, David. The economics and politics of regulation: Perspectives, agenda, and approaches. In: J. Banks & E. Hanushek (Eds.), **Modern Political Economy: Old Topics, New Directions (Political Economy of Institutions and Decisions)**. pp. 10-62. Cambridge: Cambridge University Press, 1995.

BEMQUERER, Marcos. **O regime jurídico das empresas estatais após a emenda constitucional nº 19/1998**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

BINENBOJM, Gustavo. **Uma Teoria do Direito Administrativo: Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Revonar, 2014.

\_\_\_\_\_. Agências Reguladoras Independentes e Democracia no Brasil. **Revista de Direito Administrativo**. Ed. FGV, Rio de Janeiro, vol. 240, pp. 147-165, abr./jun. 2005.

BLACK, Julia. *Proceduralizing Regulation: Part I*. **Oxford Journal of Legal Studies**, vol. 20, Issue 4, pp. 597-614, jan. 2000.

BLUMENSCHNEIN, Fernando. *Government Procurement Strategies in Brazil: Auction Theory and “Big Data”*. FGV Projetos, nº 18, 2013.

BOBBIO, Norberto. **Teoria da Norma Jurídica**. Bauru: EDIPRO, 2001.

BOVIS, Christopher. *Public Procurement in the European Union: A Critical Analysis of the New Regime*. **Legal Issues of Economic Integration**, vol. 33, pp. 29-60, 2006.

BRAGA, Tereza Cristine Almeida. CADE, Cartéis e Licitações: um Novo Nicho da Política Antitruste Brasileira. **Revista de Defesa da Concorrência**. nº 1, vol. 3, pp. 108-132. Brasília: CADE, 2015.

BRAITHWAITE, John. *Responsive Regulation and Developing Economies*. **World Development**. vol. 34, nº 5, pp. 884-898, Elsevier, 2006.

BRINKER, Lauren. *Introducing New Weapons in the Fight against Bid Rigging to Achieve a More Competitive U.S. Procurement Market*. **Public Contract Law Journal** 43.3, pp. 547-566, 2014

BUCHANAN, James M.; TULLOCK, Gordon. *The Calculus of Consent: Logical Foundations of Constitutional Democracy*. Ann Arbor: University of Michigan Press, 1965.

BUZAID, Alfredo. O Tribunal de Contas do Brasil. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**. v. 62, nº 2, pp.37-62, 1967.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Sessão do Plenário da Câmara dos Deputados de 20.05.1992**. Ata publicada no Diário do Congresso Nacional de 21.05.1992, Ano XLVII, nº 71, Disponível em: <<http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD21MAI1992.pdf#page=184>>. Acesso em: 11.01.2017.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª ed., Coimbra: Livraria Almedina, 2003.

\_\_\_\_\_. **Estado de Direito**. Editora Gradiva: Lisboa, 1999.

CARPINETI, L.; PIGA, G.; ZANZA, M. *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.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 28ª ed. São Paulo: Atlas, 2015.

CARVALHO NETO, Tarcisio Vieira. **O princípio da impessoalidade nas decisões administrativas**. Tese de Doutorado em Direito. São Paulo: Universidade de São Paulo – USP, 2014.

\_\_\_\_\_. Controle jurisdicional da administração pública. Algumas ideias. **Revista de Informação Legislativa**, v. 199, pp. 121-141, 2013.

CARVALHO, Vinícius Marques. **Defesa da concorrência: estudos e votos**. São Paulo: Singular, 2015.

CAVALCANTI, Themistocles Brandão. **Instituições de direito administrativo brasileiro**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1938.

CGU. **Programa de Integridade: Diretrizes para Empresas Privadas**. Brasília: CGU, 2015. Disponível em: < <http://www.cgu.gov.br/Publicacoes/etica-e-integridade/arquivos/programa-de-integridade-diretrizes-para-empresas-privadas.pdf> >. Acesso em: 14 abr. 2017.

CNJ. **Justiça em Números**. Brasília: CNJ, 2015.

COLOMBATTO, Enrico. *Discretionary power, rent-seeking and corruption*. Disponível em: <<ftp://ftp.repec.org/opt/ReDIF/RePEc/icr/wp2001/EC24-01.pdf>>. Acesso em: 19 jun. 2017.

COOPER, Phillip J. *The war against regulation: From Jimmy Carter to George W. Bush*. Lawrence: University Press of Kansas, 2009.

CORREIA, José Manuel Sérvulo. Os grandes traços do direito administrativo no século XXI. **Revista de Direito Administrativo & Constitucional**. Belo Horizonte, ano 16, n. 63, p. 45-66, jan./mar. 2016.

CRETELLA JÚNIOR, José. As cláusulas de "privilégio", nos contratos administrativos. **Revista de informação legislativa**, pp. 303-322, v. 23, n. 89, jan.-mar., 1986.

CROLEY, Steven P. *Regulation and Public Interests: The Possibility of Good Regulatory Government*. Princeton: Princeton University Press, 2008.

DALLARI, Adilson Abreu. **Aspectos Jurídicos da Licitação**. 3ª ed., São Paulo: Saraiva, 1992.

DAL POZZO, Antonio Araldo Ferraz *et al.* **Lei Anticorrupção: Apontamentos sobre a Lei nº 12.846/2013**. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

DEASES, Anne Janet. *Developing Countries: Increasing Transparency and Other Methods of Eliminating Corruption in the Public Procurement Process*. *Public Contract Law Journal*, vol. 34, pp. 553-572, 2005.

DEMUTH, Christopher. *Can the Administrative State Be Tamed?* *Journal of Legal Analysis*, vol. 8, pp. 121-190, 2016.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Limites da função reguladora das agências diante do princípio da legalidade. Maria Sylvia Zanella di Pietro (coord.). **Direito Regulatório: Temas Polêmicos**. pp. 27-59. Belo Horizonte: Fórum, 2003.

\_\_\_\_\_. As possibilidades de arbitragem em contratos administrativos. **Revista Consultor Jurídico**, 24.02.2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-set-24/interesse-publico-possibilidades-arbitragem-contratos-administrativos2>>. Acesso em: 19 jul. 2017.

\_\_\_\_\_. Discricionariedade técnica e discricionariedade administrativa. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**, nº 9, fev./abr. 2007.

ESTACHE, Antonio; WREN-LEWIS, Liam. *Toward a Theory of Regulation for Developing Countries: Following Jean-Jacques Laffont's Lead*. **Journal of Economic Literature**, vol. 47, nº 3, pp. 729-770, set. 2009.

ESTORNINHO, Maria João. **Réquiem pelo Contrato Administrativo**. Coimbra: Livraria Almedina, 1990.

EUROPA – European Union. **Public Procurement Indicators 2015**, dez.2016. Disponível em: <<http://ec.europa.eu/DocsRoom/documents/20679>>. Acesso em: 15 ago. 2017.

\_\_\_\_\_. **Diretiva 2014/24/EU do Parlamento e do Conselho europeus sobre contratações públicas**. *Official Journal of the European Union*, L 094, 28.3.2014, p. 65.

FEINTUCK, Mike. *Regulatory rationales beyond the economic: in search of the public interest*. In: BALDWIN, Robert; CAVE, Martin; LODGE, Martin. **The Oxford Handbook of Regulation**. Oxford: Oxford University Press, 2010.

FIESP. **Corrupção: custos econômicos e propostas de combate**. São Paulo: FIESP, 2010.

FIGUEIREDO, Alexandre Carlos Leite de. Assimetria de informação, competição e leilões de energia. **Revista do Tribunal de Contas da União**, pp. 15-24, jan./abr. 2009.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. Instrumentos da Administração consensual: A audiência pública e sua finalidade. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**, nº 11, ago./set. 2007.

FIUZA, Eduardo. **Licitações e Governança de Contratos: a Visão dos Economistas**. Rio de Janeiro: Ipea, 2008.

FLIGSTEIN, Neil. *The Architecture of Markets: An Economic Sociology of Twenty-First-Century Capitalist Societies*. Princeton NJ: Princeton University Press, 2001, p. 23.

FOLHA DE SÃO PAULO. **Pela 1ª vez, corrupção é vista como maior problema do país, diz Datafolha**. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/poder/2015/11/1712475-pela-1-vez-corrupcao-e-vista-como-maior-problema-do-pais.shtml>>. Acesso em: 6 jul. 2017.

FORGIONI, Paula Andrea. Análise econômica do direito: paranóia ou mistificação? **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**. São Paulo, v. 54, n. 139, pp. 243-256, jul./set. 2005.

FRAZÃO, Ana. **Direito da Concorrência: Pressupostos e Perspectivas**. São Paulo: Saraiva, 2017.

FREITAS, Juarez. **O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2013.

FREITAS, Rafael Vêras de; MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **A juridicidade da Lei Anticorrupção – Reflexões e interpretações prospectivas**. Revista Fórum de Direito Administrativo. Belo Horizonte, ano 14, nº 156, p. 9-20, fev. 2014.

FRICKEY, Philip P.; FARBER, Daniel A. *Law and Public Choice: A Critical Introduction*. Chicago and London: The University of Chicago Press, 1991.

FUNGHI, Luís Henrique Baeta. **Regulação e legitimidade democrática: O caso dos transportes terrestres no Brasil**. Dissertação de Mestrado em Direito. Brasília: Universidade de Brasília – UnB, 2012.

GARCÍA, Miguel Ángel Sendín. *Regulación y Servicios Públicos*. Granada: Editorial Comares, 2016.

GIACOMUZZI, José Guilherme. **Estado e contrato: supremacia do interesse público versus igualdade: um estudo comparado sobre a exorbitância no contrato administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2011.

GONÇALVES, Pedro Costa. **Entidades Privadas com Poderes Públicos**. Coimbra: Almedina, 2005.

\_\_\_\_\_. Regulação Administrativa e Contrato. *In*: MIRANDA, Jorge (coord.). **Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia**. vol. II. pp. 987-1023. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

\_\_\_\_\_. Integração de preocupações concorrenciais nas regras da contratação pública. **Revista de Contratos Públicos – RCP**. Ano 1, nº 1, pp. 251-284, 2012.

GORDILLO, Augustín. **Tratado de Derecho Administrativo**. Tomo 1. 1ª ed. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 2017.

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. Agências Reguladoras. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**, n. 6, mai./jul. 2006.

GUERRA, Sérgio. Regulação estatal sob a ótica da organização administrativa brasileira. *In*: GUERRA, Sérgio (org.). **Regulação no Brasil: Uma visão multidisciplinar**. pp. 373-396. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2014.

GUIMARÃES, Fernando Vernalha. **Alteração unilateral do contrato administrativo: interpretação de dispositivos da Lei nº 8.666/1993**. São Paulo: Malheiros, 2003.

HALBERSTAM, Daniel. *The Promise of Comparative Administrative Law: A Constitutional Perspective on Independent Agencies*. *In*: ROSE-ACKERMAN, S.; LINDSETH, P. (eds.). **Comparative Administrative Law**. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2010.

HORWITZ, Robert Britt. *The Irony of Regulatory Reform: The Deregulation of American Telecommunications*. New York and Oxford: Oxford University Press, 1989.

JABÔR, Marcela Campos. **Repartição de riscos na execução dos contratos administrativos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 10ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

\_\_\_\_\_. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 16ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

\_\_\_\_\_. **Seis indícios de corrupção nas contratações administrativas**. Disponível em: <<http://www.gazetadopovo.com.br/vida-publica/justica-e-direito/colunistas/marcal-justen-filho/seis-indicios-de-corrupcao-nas-contratacoes-administrativas-c12wsts9nxdg424gs823825t6>>. Acesso em: 18.02.2017.

\_\_\_\_\_. Conceito de interesse público e a “Personalização” do Direito Administrativo. **Revista Trimestral de Direito Público**, São Paulo, n. 26, 1999, p. 115-136.

KENNEDY, David. *The “rule of law”, political choices, and development common sense*. In: TRUBEK, David M.; SANTOS, Alvaro. *The New Law and Economic Development: a critical appraisal*. New York: Cambridge University Press, 2006.

KLEIN, Aline Lícia; ANDRADE, Ricardo Barretto de. Licitações e concorrência: o direito concorrencial na atividade contratual da administração pública. **Revista de Direito Administrativo Contemporâneo**. vol. 20. Ano 3. São Paulo: Ed. RT, set.-out. 2015, p. 101-119.

KLITGAARD, Robert. *Controlling Corruption*. Berkeley: University of California Press, 1988.

KRUEGER, Anne O. *The Political Economy of the Rent-Seeking Society*. *The American Economic Review*. vol. 64, nº 3, jun. 1974, p. 291-303.

LAFFONT, Jean-Jacques; TIROLE, Jean. *A Theory of Incentives in Procurement and Regulation*. Cambridge: The MIT Press, 1993.

LAMBSDORFF, Johann Graf. *The Institutional Economics of Corruption and Reform: Theory, Evidence, and Policy*. Cambridge, UK: Cambridge University Press, 2007.

\_\_\_\_\_. *Corruption and rent-seeking*. *Public Choice*. nº 113, Kluwer Academic Publishers, 2002, p. 97-125.

LUNA, Guilherme Ferreira Gomes. *Controle de preços nos contratos administrativos*. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

MAGILL, Elizabeth Mary. *Agency Self-Regulation*. *George Washington Law Review*, vol. 77, pp. 859-903, jun. 2009.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Do contrato administrativo à administração contratual*. *Revista do Advogado*. AASP, Ano XXIX, nº 107, pp. 74-82, dez. 2009.

\_\_\_\_\_. *Agências Reguladoras Independentes: fundamentos jurídicos e seu regime jurídico*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2005.

\_\_\_\_\_. Aspectos jurídicos da interrupção de obras públicas por inadimplência da administração. *Revista trimestral de direito público*, nº 27, pp. 108-122, São Paulo, Malheiros Editores, 1999.

MAURER, Hartmut. *Elementos de Direito Administrativo Alemão*. Tradução de Luis Afonso Heck. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2001.

MCCRUDDEN, Christopher. *Buying Social Justice: Equality, Government Procurement, and Legal Change*. Oxford: Oxford University Press, 2007.

MEIRELLES, Hely Lopes. Reajustamento e recomposição de preços em contrato administrativo. **Revista de Direito Administrativo**. Ed. FGV, Rio de Janeiro, vol. 139, pp. 11-21, jan./mar. 1980.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. São Paulo, Malheiros, 22ª ed., 2007.

MELO, Marcus André. Política regulatória: uma revisão da literatura. **Revista Brasileira de Informação Bibliográfica em Ciências Sociais**. nº 50, pp. 7-43, 2000.

MENDES, Francisco Schertel; CARVALHO, Vinícius Marques de. **Compliance: Concorrência de Combate à Corrupção**. São Paulo: Ed. Trevisan, 2017.

MILHAUPT, Curtis J; PISTOR, Katharina. *Law and Capitalism: What Corporate Crises Reveal about Legal Systems and Economic Development around the World*. Chicago and London: The University of Chicago Press, 2008.

MENDES, Marcos. **Restrições Legais à Abertura do Mercado Brasileiro de Projetos e Serviços de Engenharia**. Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/Senado, mar. 2015.

MODESTO, Paulo. Autovinculação convencional da Administração Pública: O contrato de gestão no interior da Administração Pública Brasileira. *The International Journal of Public Contracts*. nº 1, fev. 2013. Disponível em: < [http://www.direitodoestado.com/revista/09\\_ricp-01-paulo-modesto.pdf](http://www.direitodoestado.com/revista/09_ricp-01-paulo-modesto.pdf)>. Acesso em: 13 ago. 2017

\_\_\_\_\_. Agências executivas: A organização administrativa entre o casuísmo e a padronização. **Revista de Direito Administrativo**. Ed. FGV, Rio de Janeiro, vol. 228, pp. 75-84, abr./jun. 2002.

MOREIRA, Egon Bockmann *et al.* Licitação internacional e empresa estrangeira: os cenários brasileiro e europeu. **Revista de Direito Administrativo**. Ed. FGV, Rio de Janeiro, vol. 269, p. 67-106, maio/ago. 2015.

MOREIRA, João Batista Gomes. **Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região**, Brasília, v. 12, n. 1, pp. 49-65, jan./mar. 2000.

MOREIRA, Vital. **Auto-Regulação Profissional e Administração Pública**. Coimbra: Livraria Almedina.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Licitações e contratos administrativos: Observações para hoje e para amanhã. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, vol. 3, pp. 168-181, abr./jun. 1993.

MUKAI, Toshio. Reflexões sobre a aplicação pelos órgãos e entidades públicas das sanções previstas nos artigos 87 e 88 da Lei nº 8.666/93. *In*: BICALHO, Alécia Paolucci Nogueira; DIAS, Maria Tereza Fonseca (coord.). **Contratações públicas**. pp. 161-172. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

NAVES, Luís Emílio Pinheiro. *Accountability* horizontal, procedimentalização e a fase interna das licitações, dispensas e inexigibilidades. **Fórum de Contratação e Gestão Pública**. pp. 50-60, Belo Horizonte, v. 11, nº 128, ago. 2012.

OCDE. **Policy Roundtables: Collusion and Corruption in Public Procurement**. Paris: OCDE, 2010

\_\_\_\_\_. **Fighting bid rigging in public procurement: Report on implementing the OECD Recommendation**. Paris: OCDE, 2016.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. As novas ferramentas do Direito Administrativo para combater o velho problema da corrupção: perspectivas da Lei 12.846/2013. **Crise Econômica e Soluções Jurídicas**, RT- Thomson Reuters, nº 76, fev. 2016.

OLIVEIRA FILHO, Gesner José de. Aspectos Concorrenciais da Privatização em Setores Regulados: Diretrizes para a Defesa da Concorrência. **EAESP/FGV/NPP – Núcleo de Pesquisas e Publicações**, Relatório de Pesquisa nº 21, 1998.

OLSON, Mancur. **A lógica da ação coletiva**. Trad. Fabio Fernandez. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1999.

OTERO, Paulo. **Legalidade e Administração Pública: O sentido da vinculação administrativa à juridicidade**. Coimbra: Livraria Almedina, 2003.

PECI, Alketa. Regulação e administração pública. *In*: GUERRA, Sérgio (org.). **Regulação no Brasil: Uma visão multidisciplinar**. pp. 57-80. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2014.

PELLEGRINO, Carlos Roberto. Os contratos da Administração Pública. **Revista de direito administrativo**, n. 179/180, pp. 68-91, jan./jun. 1990, p. 72.

PEREIRA, Cesar. WALLBACH, Rafael. Autossaneamento (*self cleaning*) e reabilitação no direito brasileiro anticorrupção. **Revista de Direito Administrativo Contemporâneo**. vol. 20. ano 3. p. 13-34. São Paulo: Ed. RT, set./out. 2015.

PEREIRA, Cesar Augusto Guimarães. Arbitragem e a Administração Pública na jurisprudência do TCU e do STJ. **Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini**, Curitiba, nº 5, julho de 2007. Disponível em <<http://www.justen.com.br/informativo>>. Acesso em: 12.03.2017.

PESSOA, Gláucia Tomaz de Aquino. **Tribunal do Tesouro Público Nacional**. Disponível em: <<http://linux.an.gov.br/mapa/?p=8148>>. Acesso em: 21 jul. 2017.

PESTANA, Marcio. A exorbitância nos contratos administrativos. **Revista de Direito Administrativo e Infraestrutura**, vol. 1, pp. 141-161, abr-jun. 2017.

PINHEIRO, Guilherme Pereira. **A regulação do espectro de radiofrequências no Brasil: Uma visão crítica sob a perspectiva dos bens públicos**. Tese de Doutorado em Direito. Brasília: Universidade de Brasília – UnB, 2015.

PREUSS, Ulrich K. *Rationality Potentials of Law - Allocative, Distributive, and Communicative Rationality*. **German Law Journal** 12.1 (1), pp. 488-515, 2011.

PROSSER, Tony. *Theorising Utility Regulation*. *Modern Law Review*. vol. 62, 2ª ed., pp. 196-207, mar. 1999.

RALPH, Aaron S. *Transaction Management: A Systemic Approach to Procurement Reform*. *Public Contract Law Journal* 43.4, pp. 621-652, 2014.

REIS, Palhares Moreira. As Licitações no Texto da Constituição de 1988. **Revista de Informação Legislativa**. Ano 29, nº 113, jan./mar. 1992.

REIS, Paulo Ricardo da Costa. **Desempenho nos contratos de compras públicas: Evidências empíricas das mudanças institucionais no Brasil**. Tese de Doutorado em Administração. Salvador: Universidade Federal da Bahia – UFBA, 2015.

REISS, Dorit Rubinstein. *The Benefits of Capture*. *Wake Forest Law Review* 47.3, pp. 569-610, 2012.

RIBAS, Carolline Leal. CASTRO, Gustavo Almeida Paolinelli de. O controle jurisdicional dos atos administrativos discricionários. **Revista de Direito Administrativo**. Ed. FGV, Rio de Janeiro, vol. 268, p. 83-116, jan./abr. 2015.

RIBEIRO, Cássio Garcia; INÁCIO JÚNIOR, Edmundo. **Mensurando o mercado de compras governamentais brasileiro**. Cadernos de Finanças Públicas, Brasília, n. 14, p. 265-287, dez. 2014.

ROSE-ACKERMAN, Susan. *Corruption and Government: Causes, Consequences and Reform*. New York: Cambridge University Press, 1999.

ROSILHO, André. **Licitação no Brasil**. São Paulo: Malheiros, 2013.

SANTOS, José Anacleto Abduch. As decisões administrativas na fase interna do processo licitatório. **Boletim de Direito Administrativo**, São Paulo, v. 25, n. 2, pp. 167-183, fev. 2009.

SANTOS, Manuel Porfírio de Oliveira. **Direito Administrativo e Ciencia da Administração**. Rio de Janeiro: Editor Jacintho Ribeiro dos Santos, 1919.

SAPPINGTON, David; STIGLITZ, Joseph. *Privatization, Information and Incentives*. **Journal of Policy Analysis and Management**, vol. 6, nº 4, 1987, pp. 567-582.

SCHILL, Stephan W. Abordagens jurídicas transnacionais sobre direito administrativo: A conceituação dos contratos públicos na globalização. **Revista de Direito Administrativo**. Ed. FGV, Rio de Janeiro, vol. 268, p. 13-53, jan./abr. 2015.

SCHUARTZ, Luís Fernando; POSSAS, Mario Luiz. Habilitação em licitações públicas e defesa da concorrência. **Revista do IBRAC – Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional**, vol. 5, pp. 33-65, jan.1998.

SCHWIND, Rafael Wallbach. **Licitações internacionais: Participação de estrangeiros e licitações realizadas com financiamento externo**. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

SELIN, Jennifer. L. *What Makes an Agency Independent?* **American Journal of Political Science**, 59, pp. 971–987, 2015.

SHAPIRO, Martin. *APA: Past, Present, Future*. **Virginia Law Review**, 72, pp. 447-492, 1986.

SHERMAN, William R. *The Deliberation Paradox and Administrative Law*. **Brigham Young University Law Review**, pp. 413-470, 2015.

SILVA, Alice Rocha da; SANTOS, Ruth Maria Pereira dos. A influência do Direito Administrativo Global no processo brasileiro de Contratação Pública à luz do Princípio da Transparência. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 6, nº 2, pp. 65-88, 2016.

SILVA, Almiro do Couto e. Poder discricionário no direito administrativo brasileiro. **Revista de Direito Administrativo**. Ed. FGV, Rio de Janeiro, vol. 179, p. 51-67, jan./jun. 1990.

SILVA, Fernando Oliveira. **A regulação dos contratos públicos: modelo para uma autoridade reguladora**. Coimbra: Livraria Almedina, 2016.

SHKABATUR, Jennifer. *Transparency with(out) Accountability: Open Government in the United States*. *Yale Law & Policy Review* 31.1, pp. 79-140, 2012.

SINGER, Eric M. *Competitive Public Contracts*. *Virginia Law Review*, vol. 102, set. 2016, pp. 1297-1354.

SOUSA, Guilherme Carvalho e. **O Direito Privado na Administração Pública**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. Licitações e controle de eficiência: repensando o princípio do procedimento formal à luz do "placar eletrônico". In: ARAGÃO, Alexandre Santos; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (coord.). **Direito Administrativo e seus novos paradigmas**. 2ª ed. pp. 531-544. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

STIGLER, George J. *The Theory of Economic Regulation*. *The Bell Journal of Economics and Management Science*. vol. 2, nº 1, pp. 3-21, 1971.

STIGLITZ, Joseph E. *Government Failure vs. Market Failure: Principles of Regulation*. In: BALLEISEN, Edward; MOSS, David (ed.). **Government and Markets: Toward a New Theory of Regulation**. New York, NY: Cambridge University Press, 2009. p. 13-51.

\_\_\_\_\_. *The fruit of hypocrisy*. *The Guardian*, set. 2008. Disponível em: <<https://www.theguardian.com/commentisfree/2008/sep/16/economics.wallstreet>>. Acesso em: 18.06.2017.

\_\_\_\_\_. *Markets can't rule themselves*. *Newsweek*, dez. 2008. Disponível em: <<http://www.newsweek.com/markets-cant-rule-themselves-82951>>. Acesso em: 18.06.2017

SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito Administrativo para Céticos**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

\_\_\_\_\_. Direito público e regulação no Brasil. In: GUERRA, Sérgio (org.). **Regulação no Brasil: Uma visão multidisciplinar**. pp. 111-142. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2014.

\_\_\_\_\_. As leis de processo administrativo e o desenvolvimento institucional. In: BICALHO, Alécia Paolucci Nogueira; DIAS, Maria Tereza Fonseca (coord.). **Contratações públicas**. pp. 51-71. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

\_\_\_\_\_. Contratações Públicas e o Princípio da Concorrência. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Org.). **Contratações Públicas e seu Controle**. 1ª ed. pp. 15-41. São Paulo: Malheiros, 2013.

\_\_\_\_\_. **Fundamentos de Direito Público**. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

SUNSTEIN, Cass R. *Simpler: The Future of Government*. Nova York: Simon & Schuster, 2013.

\_\_\_\_\_. *Free Markets and Social Justice*. New York and Oxford: Oxford University Press, 1999.

\_\_\_\_\_. *After the Rights Revolution: Reconceiving the Regulatory State*. Cambridge: Harvard University Press, 1990.

TANZI, Vito, *Corruption Around the World: Causes, Consequences, Scope, and Cures*. *International Monetary Fund Staff Papers*. Vol. 45, nº 4, pp. 559-594, dez. 1998.

TAYLOR, Robert C.; BOLTON, Lisa M. *Overview of Canadian Government Procurement Law*. *American Bar Association – The Procurement Lawyer*, vol. 42, nº 1, pp. 14-20, 2006.

TCU (Tribunal de Contas da União). **Planos de controle externo e de diretrizes do Tribunal de Contas da União 2017-2019**. Brasília: TCU, Segepres, 2017.

TEIXEIRA, Victor Eptácio Cravo. **A trajetória do poder regulamentar no pensamento político francês e seus reflexos no Brasil: um olhar para além dos manuais jurídicos**. Dissertação de Mestrado em Direito. Brasília: Universidade de Brasília – UnB, 2012.

TORGAL, Lino; MOREIRA, Egon Bockmann; GUIMARÃES, Bernardo Strobel. Licitação internacional e empresa estrangeira: os cenários brasileiro e europeu. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 269, pp. 67-106, maio/ago. 2015.

TULLOCK, Gordon. *The Welfare Costs of Tariffs, Monopolies, and Theft*. **Western Economic Journal**, 5:3, jun. 1967, p. 224-232.

VAGUE, Kara. *Public Procurement Rules around the World*. **Construction Law International**, vol. 3, nº 2, pp. 35-38, 2008.

VALLE, Vanice Regina Lírio do. A reforma administrativa que ainda não veio: Dever estatal de fomento à cidadania ativa e à governança. **Revista de Direito Administrativo**. Ed. FGV, Rio de Janeiro, vol. 252, p. 119-140, set./dez. 2009.

VASCONCELLOS, José Mattos de. **Direito administrativo**. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1936.

VASCONCELOS, Giovanna Gabriela do Vale. **A relativização das cláusulas exorbitantes dos contratos administrativos à luz da cláusula geral da boa-fé objetiva**. Revista Zênite de Licitações e Contratos-ILC, v. 01, p. 43-56, 2008.

VÉRAS, Rafael. **O que a Análise Econômica do Direito tem a ver com os contratos administrativos?** Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/Rafael-Veras/o-que-a-analise-economica-do-direito-tem-a-ver-com-os-contratos-administrativos>>. Acesso em: 2 jul. 2017.

VERDEAUX, Jean-Jacques. *Public Procurement in the European Union and in the United States: A Comparative Study*. **Public Contract Law Journal**, vol. 32, nº 4, pp. 713-738, 2003.

WALD, Arnaldo. Algumas considerações sobre o novo projeto de Lei de Licitações (PL 59/92). **Revista Tributária e de Finanças Públicas**, vol. 4, pp. 198-220, 1993.

# **ANEXO I**

**QUESTIONÁRIO PADRÃO APRESENTADO COM BASE NA LEI DE  
ACESSO À INFORMAÇÃO**

Excelentíssima Autoridade Responsável pelo monitoramento da implementação da Lei de Acesso à Informação no âmbito do \_\_\_\_\_.

**RICARDO BARRETTO DE ANDRADE**, brasileiro, solteiro, advogado, inscrito no CPF/MF sob o nº 013.939.465-69, portador do RG nº 09760110-18, SSP/BA, residente e domiciliado no SHN, quadra 1, bloco A, Ed. Le Quartier, sala 1015, Asa Norte, Brasília/DF, CEP 70701-010, comparece à presença de V. Exa. para, com fundamento na Lei nº 12.527/2011, **apresentar pedido de acesso a informações de interesse público, o que faz nos termos dos questionamentos indicados abaixo**, cujas respostas requer lhe sejam apresentadas no prazo legal.

- 1) Esse ente público possui débitos vencidos e não pagos com fornecedores de bens e serviços? Se sim, qual o valor total referente às dívidas vencidas e não pagas? Pede-se que a resposta seja apresentada indicando o total de débitos oriundos de cada exercício financeiro.
- 2) Esse ente público está em mora com algum fornecedor de bens e serviços por prazo superior a 90 (noventa) dias? Se sim, quantos fornecedores se enquadram nessa situação?
- 3) Esse ente público tem algum fornecedor contratado sem licitação? Se sim, solicita-se a indicação do fundamento legal da contratação direta, dos nomes dos contratados e dos objetos e valores das respectivas contratações.
- 4) Esse ente público tem algum fornecedor prestando serviços sem base contratual, ou seja, sem que haja contrato administrativo em vigor? Se sim, solicita-se a indicação dos nomes dos contratados e dos objetos e valores das respectivas contratações.

- 5) O art. 5º da Lei nº 8.666/1993 determina que os entes públicos paguem os seus fornecedores de acordo com a ordem cronológica de apresentação das faturas. Esse ente público costuma divulgar a ordem cronológica de pagamentos dos seus fornecedores? Se sim, com qual periodicidade e por quais meios a divulgação é feita?
- 6) O Requerente requer a disponibilização de cópia da ordem cronológica de pagamentos desse ente público, devidamente atualizada e com a indicação dos nomes dos fornecedores, das datas de emissão das faturas e dos valores de cada fatura.
- 7) Nos últimos 12 (doze) meses, esse ente público realizou pagamentos fora da ordem cronológica a que alude o art. 5º da Lei nº 8.666/1993? Se sim, pede-se a indicação dos fornecedores beneficiados, dos objetos contratuais e dos valores pagos.
- 8) Com qual frequência esse ente público recebe recursos de outros entes públicos para o pagamento de fornecedores? Se recebe, esses valores são divulgados? Se sim, com qual periodicidade e por quais meios a divulgação é feita?
- 9) Ao longo da execução dos contratos administrativos, é comum que os contratados apresentem pleitos administrativos que, se deferidos, acarretarão para a Administração dever de realizar desembolsos de valores (por exemplo, “reequilíbrio econômico-financeiro”; “pagamento de encargos moratórios”; “pagamento de reajuste de preços” etc.). Pergunta-se:
- 9.1. Há perante esse ente público pleitos dessa natureza que tenham sido apresentados há mais de 30 (trinta) dias e que ainda não foram objeto de decisão administrativa? Se sim, requer-se a apresentação de listagem contendo os nomes dos autores de cada pleito, a data de apresentação de cada pleito, os valores envolvidos em cada pleito, o assunto/objeto sucinto de cada pleito e o estágio atual em que se encontra a análise administrativa de cada pleito;
- 9.2. Ao longo dos últimos 12 (doze) meses, quantos pleitos administrativos dessa natureza foram recebidos por esse ente público?;
- 9.3. Ao longo dos últimos 12 (doze) meses quantos pleitos administrativos dessa natureza foram objeto de decisão de mérito por esse ente público? Quantos foram deferidos e quantos foram indeferidos?

9.4. Em quantas ações judiciais envolvendo pleitos administrativos dessa natureza esse ente público é Réu?

9.5. Ao longo dos últimos 12 (doze) meses, esse ente público foi citado/notificado de alguma ação judicial contra si promovida por contratado/ex-contratado com o objetivo de impugnar eventual omissão administrativa relacionada a pleito dessa natureza? Se sim, solicita-se indicar o nome do contratado/ex-contratado, o tipo, o número do processo e o juízo em que tramita a ação judicial.

9.6. Ao longo dos últimos 12 (doze) meses, qual foi o valor total referente a condenações judiciais que transitaram em julgado contra esse ente público? Qual percentual do valor dessas condenações tem origem em pleitos administrativos de contratados?

9.7. Em quantas ações judiciais esse ente público atualmente figura como Réu/Requerido? Qual percentual dessas ações tem sua origem vinculada a pleitos administrativos de contratados?

10) Esse ente público se submete ao regime de precatórios? Se não, qual o critério adotado por esse ente público para definir a ordem dos pagamentos das condenações judiciais irrecorríveis?

11) Esse ente público costuma inserir nos contratos administrativos que celebra cláusulas arbitrais? Se sim, há algum modelo ou padrão de cláusula arbitral definido? Em caso positivo, requer-se a disponibilização do teor da cláusula.

12) Nos últimos 12 (doze) meses, esse ente público exerceu em quantas vezes a prerrogativa legal de promover a rescisão unilateral de contratos administrativos? Requer-se a apresentação do nome do ex-contratado, do número do contrato administrativo rescindido e a indicação dos fundamentos legais adotados em cada rescisão.

13) Nos últimos 12 (doze) meses, em quantas ocasiões esse ente público aplicou sanções administrativas aos seus contratados? Requer-se a indicação dos nomes das empresas sancionadas, da sanção aplicada em cada caso e do fundamento legal utilizado para a aplicação de cada sanção.

O Requerente destaca que o seu direito de obter as informações públicas ora requeridas é expressamente assegurado pelo art. 7º, inciso VI, da Lei de Acesso à Informação, segundo o qual: “*Art. 7º O acesso à informação de que trata esta Lei compreende, entre outros, os direitos de obter: (...) VI - informação pertinente à administração do patrimônio público, utilização de recursos públicos, licitação, contratos administrativos*”.

Diante disso, considerando que as informações ora solicitadas são inequivocamente de interesse público e de fácil reunião, o Requerente pede sua imediata disponibilização, conforme lhe assegura o art. 11, *caput*, da Lei de Acesso à Informação.

Brasília, 4 de abril de 2017.

Ricardo Barretto de Andrade  
CPF nº 013.939.465-69

## **ANEXO II**

### **SISTEMATIZAÇÃO DAS RESPOSTAS AO QUESTIONÁRIO**

## **1. A abrangência dos questionários**

No Poder Executivo, o questionário foi distribuído, por meio do Sistema Eletrônico do Serviço de Informação ao Cidadão (e-SIC), a dez entes públicos de diferentes naturezas jurídicas, que integram a Administração direta e indireta: quatro órgãos (Presidência da República – PR, Controladoria-Geral da União – CGU, Ministério da Educação – MEC e Ministério da Saúde – MS), uma agência reguladora (Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL), duas autarquias (Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE e Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes – DNIT), duas empresas estatais (VALEC – Engenharia, Construções e Ferrovias S.A. e Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos – ECT) e uma fundação (Fundação Universidade de Brasília – FUB).

No âmbito do Poder Legislativo, o questionário foi enviado para a Câmara dos Deputados (CD), para o Senado Federal (SF) e para o Tribunal de Contas da União (TCU).

Para o Poder Judiciário, foram dirigidos questionários para o Supremo Tribunal Federal (STF) e para o Superior Tribunal de Justiça (STJ).

Por fim, o questionário foi também submetido ao Ministério Público Federal (MPF), por intermédio da Procuradoria-Geral da República (PGR).

## **2. O conteúdo e os objetivos do questionário**

O questionário (Anexo I) é composto por treze quesitos relacionados às contratações públicas desenvolvidas pelos entes públicos consultados. Sua apresentação teve os seguintes objetivos:

- a) testar a eficiência e a eficácia do Serviço de Informação ao Cidadão (e-SIC) instituído no âmbito do Poder Executivo pelo Decreto nº 7.724/2012 e dos canais de acesso à informação disponibilizados pelos demais Poderes;
- b) testar o nível de transparência dos entes públicos ao responder os quesitos;
- c) verificar como os entes públicos têm aplicado as principais regras do regime jurídico de contratações públicas.

### 3. Avaliação dos canais de acesso à informação

O sistema de acesso à informação que se mostrou mais eficiente e eficaz foi o e-SIC, que abrange os entes públicos que integram o Poder Executivo federal. O sistema eletrônico:

- a) possui mecanismos que tornam o acesso rápido, didático e intuitivo;
- b) não restringe o número de caracteres e possibilita anexar arquivos ao pedido;
- c) possibilita o acompanhamento da demanda via sistema, bem como a emissão de relatórios detalhando o histórico e as informações da demanda;
- d) notifica os usuários por *e-mail* quando a demanda é movimentada;
- e) permite, sem burocracias, a interposição de recursos contra decisões que indefiram o pedido ou prestem informações incompletas;
- f) apresenta questionário de avaliação do serviço.

A tabela abaixo sistematiza as características de cada sistema de acesso à informação dos entes públicos consultados.

**Tabela 1**

<b>Características do sistema</b>	<b>Executivo</b>	<b>CD</b>	<b>SF</b>	<b>TCU</b>	<b>MPF</b>	<b>STF</b>	<b>STJ</b>
Possui sistema eletrônico	x	x	x	x	x	x	x
Número livre de caracteres	x				x		x
Permite anexar arquivos	x			x	x		x
Permite emissão de relatórios	x	x					x
Notifica usuário por <i>e-mail</i>	x	x	x	x	x	x	x
Acompanhamento via sistema	x	x			x		x
Resposta pelo sistema	x	x			x		x
Permite interposição de recurso	x						x
Questionário de avaliação	x				x	x	x

Como se pode concluir, de acordo com os critérios acima, os sistemas mais completos e eficientes são os disponibilizados pelo Poder Executivo e pelo Superior Tribunal de Justiça.

De outro lado, os sistemas menos eficientes são os do Senado Federal, do Supremo Tribunal Federal e do Tribunal de Contas da União.

#### 4. Panorama das respostas

Dos dezesseis entes públicos consultados, quinze responderam, integral ou parcialmente, aos pedidos de acesso à informação recebidos. A Fundação Universidade de Brasília (FUB) foi o único que não apresentou qualquer resposta.

Quanto aos quinze que responderam, catorze responderam espontaneamente. Já o Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes (DNIT), de início, indeferiu o pedido. A resposta do DNIT veio após a intervenção da Controladoria-Geral da União, que deu provimento ao recurso interposto contra o indeferimento do pleito.

Por fim, a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT), de início, apresentou resposta incompleta. Após a interposição de recurso, o Vice-Presidente de Serviços da ECT respondeu os quesitos faltantes.

#### 5. Verificação formal do atendimento dos pedidos de acesso à informação

Os pedidos foram respondidos em graus distintos pelos diversos entes públicos. A tabela abaixo resume a abrangência das respostas e, quando a resposta não foi integral, o motivo alegado pelo ente público.

**Tabela 2**

<b>Ente público</b>	<b>Abrangência da resposta</b>	<b>Motivo alegado (se parcial)</b>
<b>ANATEL</b>	Integral	-
<b>CADE</b>	Integral	-
<b>CD</b>	Parcial	Art. 13, III, do Decreto nº 7.724/2012 <sup>355</sup>
<b>CGU</b>	Integral	-
<b>DNIT</b>	Indeferiu o pedido	Art. 13, III, do Decreto nº 7.724/2012
	Parcial (pós-recurso)	Limitações técnicas
	Parcial	Limitações técnicas

<sup>355</sup> “Art. 13. Não serão atendidos pedidos de acesso à informação: [...] III - que exijam trabalhos adicionais de análise, interpretação ou consolidação de dados e informações, ou serviço de produção ou tratamento de dados que não seja de competência do órgão ou entidade”.

<b>ECT</b>	Integral (pós-recurso)	-
<b>FUB</b>	-	-
<b>MEC</b>	Integral	-
<b>MPF/PGR</b>	Integral	-
<b>MS</b>	Integral	-
<b>PR</b>	Integral	-
<b>SF</b>	Parcial	Limitações técnicas
<b>STF</b>	Indeferiu o pedido	Art. 13, III, do Decreto nº 7.724/2012
<b>STJ</b>	Integral	-
<b>TCU</b>	Integral	-
<b>VALEC</b>	Parcial	Art. 13, III, do Decreto nº 7.724/2012

A compilação acima revela que, ao menos do ponto de vista formal, a experiência com a utilização da LAI foi positiva, pois a maior parte dos entes públicos consultados respondeu integralmente aos quesitos.

## 6. Avaliação do conteúdo das respostas apresentadas

Neste tópico serão analisados os conteúdos das respostas fornecidas para cada quesito, examinando-se as respostas em face das diversas questões suscitadas nos itens 2.1. a 2.7. deste capítulo.

- **1º Quesito:** Esse ente público possui débitos vencidos e não pagos com fornecedores de bens e serviços? Se sim, qual o valor total referente às dívidas vencidas e não pagas? Pede-se que a resposta seja apresentada indicando o total de débitos oriundos de cada exercício financeiro.

**Tabela 3**

<b>Ente público</b>	<b>Sim</b>	<b>Não</b>	<b>Não respondeu</b>	<b>Observação</b>
<b>ANATEL</b>		x		-
<b>CADE</b>		x		-
<b>CD</b>		x		-
<b>CGU</b>		x		-

<b>DNIT</b>			x	Dados disponibilizados são de 2015
<b>ECT</b>		x		-
<b>FUB</b>				-
<b>MEC</b>		x		-
<b>MPF/PGR</b>		x		-
<b>MS</b>		x		-
<b>PR</b>		x		-
<b>SF</b>	x			-
<b>STF</b>			x	Dados disponibilizados são de 2016
<b>STJ</b>		x		-
<b>TCU</b>		x		-
<b>VALEC</b>			x	“Não há processo pendente por falta de recurso na área financeira da empresa”.

O cenário geral das respostas foi positivo, apesar de não haver dados públicos consolidados disponíveis para checar a veracidade das respostas. O Portal da Transparência permite a visualização individual e separada das despesas liquidadas e das despesas pagas<sup>356</sup>, porém a consulta não permite relacionar, por exemplo, as despesas já liquidadas, porém ainda não pagas.

Além disso, o Portal da Transparência limita as consultas ao universo de um mês, o que também dificulta a obtenção de informações consolidadas<sup>357</sup>. Por outro lado, o SIAFI (Sistema Integrado de Administração Financeira do Governo Federal), que registra as informações de execução orçamentária e financeira em tempo real e que abastece o Portal da Transparência, não permite acesso público<sup>358</sup>.

<sup>356</sup> Disponível em: <<http://www.portaltransparencia.gov.br/despesasdiarias/>>. Acesso em: 9 jul. 2017.

<sup>357</sup> Em tese defendida no Programa de Doutorado da Escola de Administração da Universidade Federal da Bahia (FA-UFBA), Paulo Ricardo da Costa Reis chama a atenção para a “[...] dificuldade envolvida na coleta de dados sobre os indicadores de desempenho dos contratos de compras públicas no Brasil”. De acordo com o autor, “Em que pese os avanços proporcionados pelas plataformas *online* de compras, a transparência sobre os eventos que ocorrem após a seleção do fornecedor ainda é demasiadamente limitada”. Diante dessas limitações, “[...] o levantamento de dados sobre o desempenho *ex post* das contratações somente foi possível por meio de uma pesquisa documental direcionada às notas fiscais de compra arquivadas em diferentes unidades da organização pesquisada” (**Desempenho nos contratos de compras públicas: Evidências empíricas das mudanças institucionais no Brasil**. Tese de Doutorado em Administração. Salvador: Universidade Federal da Bahia – UFBA, 2015, p. 40).

<sup>358</sup> Nem sempre a volumosa divulgação *online* de informações públicas viabiliza adequado controle social. Para Jennifer Shkabatur, é possível que um ente público seja transparente sem que as informações por ele divulgadas propiciem *accountability* ou efetiva prestação de contas à sociedade. Por isso, para que as informações estejam efetivamente à disposição do cidadão comum, a autora sugere, entre outras medidas: a simplificação das informações divulgadas, que devem ser claras, concisas e bem organizadas; a sistematização dos dados de acordo

Entre as respostas, destaca-se a situação do DNIT. A autarquia não respondeu diretamente ao quesito e limitou-se a afirmar que “A informação requerida pode ser verificada nos Relatórios de Gestão disponibilizados pelo Departamento junto à sua página na internet, em: [...]”.

Todavia, em sua resposta, o próprio DNIT destaca que o relatório de gestão mais recente disponível se refere ao ano de 2015 e justifica que “isso se dá em razão de estar em custo o regular processo de Auditoria, da parte da Controladoria-Geral da União, processo este que tem previsão de conclusão para o mês de agosto”.

No relatório de gestão de 2015, disponível no site do DNIT<sup>359</sup>, é possível constatar que, naquela época, os débitos da empresa com fornecedores somavam R\$ 5.062.046.775,73 (cinco bilhões, sessenta e dois milhões, quarente e seis mil reais, setecentos e setenta e cinco reais e setenta e três centavos), referentes a restos a pagar que abrangem despesas processadas (liquidadas) e despesas não processadas (não liquidadas)<sup>360</sup>.

O relatório, entretanto, não indica as razões para um volume tão elevado de restos a pagar, tampouco revela os motivos para o não pagamento das despesas processadas e para a ausência de liquidação das despesas não processadas.

O SF relatou pagamentos em atraso devido a atrasos no processamento das despesas, porém o número de fornecedores e os valores não são significativos.

O STF não respondeu ao quesito e indicou que as informações estariam disponíveis no seu *website*. Todavia, no sítio eletrônico do STF as informações mais recentes se referem ao relatório de gestão de 2016<sup>361</sup>.

---

os diversos assuntos de interesse; a elaboração de padrões de divulgação de informações relevantes comuns aos entes públicos, a exemplo da aplicação das despesas públicas *etc.* (SHKABATUR, Jennifer. *Transparency with(out) Accountability: Open Government in the United States*. *Yale Law & Policy Review* 31.1, pp. 79-140, 2012, p. 127). No mesmo sentido, Cass Sunstein aponta que a ampla divulgação de informações constitui importante ferramenta regulatória, mas ressalta que as informações devem ser não apenas precisas, mas também úteis, significativas e simples (*Simpler: The Future of Government*. Nova York: Simon & Schuster, 2013).

<sup>359</sup> Disponível em: <<http://www.dnit.gov.br/aceso-a-informacao/relatorio-de-gestao/relatorio-de-gestao-2015/01VersoFinaldoRelatriodeGestodoExercicio2015DiretoriaColegiada20160524.pdf>>. Acesso em: 9 jul. 2017.

<sup>360</sup> De acordo com o art. 36 da Lei nº 4.320/1964, “Consideram-se Restos a Pagar as despesas empenhadas mas não pagas até o dia 31 de dezembro distinguindo-se as processadas das não processadas”. Por sua vez, o §1º do art. 67 do Decreto nº 93.872/1986, prescreve que “Entendem-se por processadas e não processadas, respectivamente, as despesas liquidadas e as não liquidadas, na forma prevista neste decreto”. Por fim, o art. 63 da Lei nº 4.320/1964 dispõe que “A liquidação da despesa consiste na verificação do direito adquirido pelo credor tendo por base os títulos e documentos comprobatórios do respectivo crédito”.

<sup>361</sup> Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/transparenciaRelatorioGestao/anexo/relatorio\\_de\\_gestao\\_2016.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/transparenciaRelatorioGestao/anexo/relatorio_de_gestao_2016.pdf)>. Acesso em: 9 jul. 2017.

Por fim, em relação à VALEC, nota-se que a estatal não respondeu ao quesito. A estatal não respondeu se possuía ou não débitos em aberto com fornecedores, limitando-se a afirmar que “Não há processo pendente por falta de recurso na área financeira da empresa”.

- **2º Quesito:** Esse ente público está em mora com algum fornecedor de bens e serviços por prazo superior a 90 (noventa) dias? Se sim, quantos fornecedores se enquadram nessa situação?

**Tabela 4**

Ente público	Sim	Não	Não respondeu	Observação
ANATEL		x		-
CADE		x		-
CD		x		-
CGU		x		-
DNIT			x	Dados disponibilizados são de 2015
ECT		x		-
FUB				-
MEC		x		-
MPF/PGR		x		-
MS		x		-
PR		x		-
SF		x		-
STF			x	Dados disponibilizados são de 2016
STJ		x		-
TCU		x		-
VALEC			x	“Não há processo pendente por falta de recurso na área financeira da empresa”.

Nenhum ente público reconheceu possuir débitos vencidos e não pagos há mais de 90 (noventa) dias. Todavia, não há informações públicas para checar essas informações. Além disso, não há na Administração Pública federal a possibilidade de acompanhar os processos de pagamento dos fornecedores.

Logo, não há como verificar se eventualmente os processos de pagamento estão sendo represados na etapa de liquidação, onde se verifica o cumprimento das obrigações do

contratato. Sem passar pela liquidação, o fornecedor não pode emitir a nota fiscal e a Administração não incorre em mora.

- **3º Quesito:** Esse ente público tem algum fornecedor contratado sem licitação? Se sim, solicita-se a indicação do fundamento legal da contratação direta, dos nomes dos contratados e dos objetos e valores das respectivas contratações.

**Tabela 5**

Ente público	Sim	Não	Não respondeu	Observação
ANATEL	x			Apresentou relatório
CADE	x			Apresentou relatório
CD			x	Remeteu ao <i>site</i> , que continha informações
CGU	x			Apresentou relatório
DNIT	x			Remeteu ao Portal da Transparência, que continha as informações
ECT	x			Remeteu ao <i>site</i> , que não continha as informações
FUB				-
MEC	x			Remeteu ao Portal da Transparência, que continha as informações
MPF/PGR	x			Apresentou relatório
MS	x			Apresentou relatório
PR	x			Remeteu ao Portal da Transparência, que continha as informações
SF	x			Remeteu ao <i>site</i> , que continha informações, porém não consolidadas
STF			x	Remeteu ao <i>site</i> , que continha informações
STJ	x			Apresentou relatório
TCU	x			Remeteu ao <i>site</i> , que não continha as informações
VALEC			x	“Todas as contratações da Valec são feitas de acordo com a legislação vigente”.

Também neste quesito, em geral, os resultados foram positivos. Os destaques negativos ficaram por conta da VALEC, que tergiversou e não respondeu, e da ECT, que remeteu a link que não indica quais contratações foram realizadas com dispensa ou inexigibilidade de licitação.

Quanto ao Senado Federal, o *site* permite verificar quando se trata de contratação direta apenas depois do acesso ao contrato específico, o que torna a consulta difícil em razão da ausência de dados consolidados por tipo de contratação.

- **4º Quesito:** Esse ente público tem algum fornecedor prestando serviços sem base contratual, ou seja, sem que haja contrato administrativo em vigor? Se sim, solicita-se a indicação dos nomes dos contratados e dos objetos e valores das respectivas contratações.

**Tabela 6**

Ente público	Sim	Não	Não respondeu	Observação
ANATEL		x		-
CADE		x		-
CD			x	Remeteu ao <i>site</i> , que não continha as informações
CGU	x			Apresentou relatório
DNIT		x		-
ECT	x			Apresentou relatório
FUB				-
MEC		x		-
MPF/PGR		x		-
MS		x		-
PR		x		-
SF		x		-
STF			x	Remeteu ao <i>site</i> , que não continha as informações
STJ		x		-
TCU		x		-
VALEC			x	“Todas as contratações da Valec são feitas de acordo com a legislação vigente”.

A ECT e a CGU, que reconheceram haver prestação de serviços sem base contratual, não apresentaram as justificativas legais com base no que dispõe o art. 62 da Lei nº 8.666/1993. No caso da CGU, foram elencadas apenas duas despesas de pequena relevância

(fornecimento de água mineral e serviços de chaveiro), porém no relatório da ECT as despesas somam cerca de R\$ 35 milhões.

A CD, o STF e a VALEC não prestaram as informações solicitadas.

- **5° Quesito:** O art. 5° da Lei nº 8.666/1993 determina que os entes públicos paguem os seus fornecedores de acordo com a ordem cronológica de apresentação das faturas. Esse ente público costuma divulgar a ordem cronológica de pagamentos dos seus fornecedores? Se sim, com qual periodicidade e por quais meios a divulgação é feita?
- **6° Quesito:** O Requerente requer a disponibilização de cópia da ordem cronológica de pagamentos desse ente público, devidamente atualizada e com a indicação dos nomes dos fornecedores, das datas de emissão das faturas e dos valores de cada fatura.

**Tabela 7**

<b>Ente público</b>	<b>Divulga periodicamente</b>	<b>Disponibilizou acesso</b>	<b>Observação</b>
<b>ANATEL</b>	Não	Não	Não se submete à IN nº 02/2016
<b>CADE</b>	Não	Não	Acesso em fase de implantação
<b>CD</b>	Não	Não	-
<b>CGU</b>	Não	Não	Indeferiu o acesso com base no art. 13, III, do Decreto nº 7.724/2012
<b>DNIT</b>	Sim	Sim	Indicou <i>site</i> <sup>362</sup>
<b>ECT</b>	Não	Não	-
<b>FUB</b>			Não respondeu e não divulga
<b>MEC</b>	Não	Não	-
<b>MPF/PGR</b>	Não	Não	Apresentou planilha com ordens de pagamento, sem indicar a data da exigibilidade
<b>MS</b>	Não	Não	-
<b>PR</b>	Não	Não	-
<b>SF</b>	Não	Não	Ainda não implementou acesso
<b>STF</b>			Não respondeu e não divulga
<b>STJ</b>	Não	Não	Aguarda regulamento do CNJ

<sup>362</sup> Disponível em: <<http://www.dnit.gov.br/custos-e-pagamentos/cronologia-de-pagamentos-1>>. Acesso em: 9 jul. 2017.

TCU	Sim	Sim	Indicou <i>site</i> <sup>363</sup>
VALEC	Não	Não	Divulgou dados de fevereiro de 2017

Dos dezesseis entes públicos pesquisados, apenas dois divulgavam regularmente a ordem cronológica de pagamentos e disponibilizaram as informações. O CADE, que respondeu estar em fase de implantação do acesso, passou a disponibilizar as informações em seu *website* a partir de maio de 2017<sup>364</sup>.

Os outros treze entes públicos não divulgam as informações com regularidade e tampouco deram acesso aos dados solicitados.

A ANATEL chegou a afirmar que não se submete à IN nº 02/2016 da Secretaria de Gestão do Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão. Esse, contudo, não é um argumento válido porque a ANATEL se submete à LAI e à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, que já asseguram a ampla divulgação das informações sobre a ordem cronológica de pagamentos.

A CGU, por outro lado, indeferiu o pedido com fundamento no art. 13, inciso III, do Decreto nº 7.724/2012, sob o argumento de que não possui as informações consolidadas e de que sua organização demandaria trabalho adicional.

O cenário revelado neste quesito é de pouca ou quase nenhuma transparência.

- **7º Quesito:** Nos últimos 12 (doze) meses, esse ente público realizou pagamentos fora da ordem cronológica a que alude o art. 5º da Lei nº 8.666/1993? Se sim, pede-se a indicação dos fornecedores beneficiados, dos objetos contratuais e dos valores pagos.

**Tabela 8**

Ente público	Pagou fora da ordem cronológica	Indicou os fornecedores	Justificativa para os pagamentos fora da cronologia
ANATEL	Sim	Não	Restrições orçamentárias
CADE	Não	Não	-
CD	-	-	-

<sup>363</sup> Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/ords/f?p=1365:3>>. Acesso em: 9. Jul. 2017.

<sup>364</sup> Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/acesso-a-informacao/licitacoes-contratos/pagamentos-de-contratos-administrativos>>. Acesso em: 9 jul. 2017.

<b>CGU</b>	Não	Não	-
<b>DNIT</b>	Não	Não	-
<b>ECT</b>	Não	Não	-
<b>FUB</b>	-	-	-
<b>MEC</b>	Não	Não	-
<b>MPF/PGR</b>	Não	Não	-
<b>MS</b>	Não	Não	-
<b>PR</b>	-	-	-
<b>SF</b>	-	-	-
<b>STF</b>	-	-	-
<b>STJ</b>	-	-	-
<b>TCU</b>	Não	Não	-
<b>VALEC</b>	Não	Não	-

Chama a atenção que apenas a ANATEL tenha admitido que nos últimos 12 (doze) meses realizou pagamentos fora da ordem cronológica, especialmente considerando a crise econômica que restringiu a disponibilidade orçamentária da União. A ANATEL, todavia, não apresentou os nomes dos fornecedores beneficiados, os objetos contratuais e os valores envolvidos.

Seis entes públicos não responderam o quesito.

Quanto aos que responderam negativamente, dois apresentaram respostas evasivas. O DNIT afirmou: “Desconhece-se qualquer situação relacionada ao questionamento formulado”; e a Presidência da República afirmou que “Os pagamentos são realizados obedecendo-se a ordem de entrada dos processos na Coordenação-Geral de Execução Orçamentária e Financeira, de acordo com o fluxo de recursos transferidos pelo Tesouro”.

Por fim, interessante destacar a resposta do SF, que assegurou que “Todas as despesas vêm sendo regularmente pagas, assim que apresentadas ao setor responsável pelo pagamento” e ressaltou que “Eventuais atrasos se devem a questões ligadas à regularidade das certidões e comprovação do ateste da execução do objeto, dentre outras impropriedades relacionadas à adequada instrução processual”.

- **8º Quesito:** Com qual frequência esse ente público recebe recursos de outros entes públicos para o pagamento de fornecedores? Se recebe, esses valores são divulgados? Se sim, com qual periodicidade e por quais meios a divulgação é feita?

Tabela 9

Ente público	Recebe	Frequência	Informações disponíveis
ANATEL	Sim	Esporadicamente	-
CADE	Não	-	-
CD	Sim	Mensal	-
CGU	Sim	Quinzenal	-
DNIT	Sim	Não indicou	-
ECT	Não	-	-
FUB	-	-	-
MEC	Sim	Conforme necessidade	Não divulga valores
MPF/PGR	Não	-	-
MS	Sim	Mensal	Não divulga valores
PR	Sim	Esporadicamente	Não divulga valores
SF	Sim	Esporadicamente	-
STF	-	-	-
STJ	Não	-	-
TCU	Sim	Esporadicamente	Site do TCU
VALEC	Sim	Mensal	Portal da Transparência

Nas respostas, chama a atenção que o MEC, o MS e a Presidência da República tenham sido assertivos ao afirmar que tais informações, que deveriam ser públicas, não são divulgadas com regularidade.

No âmbito das contratações públicas, ter conhecimento do fluxo de recursos entre distintos entes públicos é relevante para que haja transparência em relação à disponibilidade financeira para pagamento dos fornecedores.

- **9º Quesito:** Ao longo da execução dos contratos administrativos, é comum que os contratados apresentem pleitos administrativos que, se deferidos, acarretarão para a Administração o dever de realizar desembolsos de valores (por exemplo, “reequilíbrio

econômico-financeiro”; “pagamento de encargos moratórios”; “pagamento de reajuste de preços” etc.). Pergunta-se:

- 9.1. Há, perante esse ente público, pleitos dessa natureza que tenham sido apresentados há mais de 30 (trinta) dias e que ainda não foram objeto de decisão administrativa? Se sim, requer-se a apresentação de listagem contendo os nomes dos autores de cada pleito, a data de apresentação de cada pleito, os valores envolvidos em cada pleito, o assunto/objeto sucinto de cada pleito e o estágio atual em que se encontra a análise administrativa de cada pleito;
- 9.2. Ao longo dos últimos 12 (doze) meses, quantos pleitos administrativos dessa natureza foram recebidos por esse ente público?;
- 9.3. Ao longo dos últimos 12 (doze) meses quantos pleitos administrativos dessa natureza foram objeto de decisão de mérito por esse ente público? Quantos foram deferidos e quantos foram indeferidos?
- 9.4. Em quantas ações judiciais envolvendo pleitos administrativos dessa natureza esse ente público é réu?
- 9.5. Ao longo dos últimos 12 (doze) meses, esse ente público foi citado/notificado de alguma ação judicial contra si promovida por contratado/ex-contratado com o objetivo de impugnar eventual omissão administrativa relacionada a pleito dessa natureza? Se sim, solicita-se indicar o nome do contratado/ex-contratado, o tipo, o número do processo e o juízo em que tramita a ação judicial.
- 9.6. Ao longo dos últimos 12 (doze) meses, qual foi o valor total referente a condenações judiciais que transitaram em julgado contra esse ente público? Qual percentual do valor dessas condenações tem origem em pleitos administrativos de contratados?
- 9.7. Em quantas ações judiciais esse ente público atualmente figura como Réu/Requerido? Qual percentual dessas ações tem sua origem vinculada a pleitos administrativos de contratados?

**a) ANATEL**

A ANATEL respondeu a todos os quesitos. De acordo com a Agência, “Até 25 de abril de 2017, havia 16 (dezesseis) processos de reajuste, repactuação, revisão ou atualização

monetária do pagamento pendentes de decisão final há mais de 30 (trinta) dias”. Analisando a planilha enviada pela Agência, é possível constatar que sete dos dezesseis processos se iniciaram ainda em 2016.

Além disso, há situações não justificadas de demora na apreciação de pleitos dos contratados, por exemplo:

- a) pleito de revisão contratual da empresa *Claro S.A.* estava “em análise” desde 04.01.2016;
- b) Pedido de pagamento de atualização monetária formulado pela empresa *Isofreq Telecomunicações e Sistemas Ltda.* estava em análise também há mais de um ano (desde 22.03.2016);
- c) Pedidos de simples reajuste de preços de três fornecedores pendentes de apreciação desde outubro/novembro de 2016.

A ANATEL afirmou, ainda, que

Nos últimos 12 (doze) meses (desde abril de 2016 até 25 de abril de 2017), dos 43 (quarenta e três) processos de reajuste, repactuação, revisão ou atualização monetária do pagamento iniciados, 27 (vinte e sete) foram decididos definitivamente. Desses 27 (vinte e sete), 19 (dezenove) foram deferidos, ainda que parcialmente, e 8 (oito) foram indeferidos ou arquivados.

Por fim, em relação às ações judiciais, a Procuradoria Federal Especializada da ANATEL indicou que não teria como dispor dessas informações devido ao caráter descentralizado da representação judicial da Agência e da inexistência no sistema da Procuradoria de ferramenta de busca que permita extrair as informações solicitadas.

## **b) CADE**

O CADE também respondeu integralmente os quesitos do item 9 do questionário. A Autarquia indicou a existência de dois pleitos não decididos há mais de trinta dias, referentes a pedidos de repactuação contratual formulados por uma mesma empresa.

Nos doze meses anteriores, o CADE havia recebido 5 pedidos de reajuste, todos deferidos, e 13 demandas de repactuação, das quais 11 já haviam sido concedidas.

Em relação a processos judiciais, o CADE informa apenas a existência de uma ação ajuizada por fornecedores.

## **c) CD**

A Câmara dos Deputados não respondeu sobre processos administrativos iniciados por fornecedores. Suscitou a aplicação do art. 7º, §4º, do Ato da Mesa nº 45/12, que

reproduz o art. 13, inciso III, do Decreto nº 7.724/2012: “Não serão atendidos pedidos de acesso à informação que exijam trabalhos adicionais de análise, interpretação ou consolidação de dados e informações, ou serviço de produção ou tratamento de dados que não seja de competência do órgão ou entidade”.

Sobre eventuais ações judiciais, informou que a representação judicial da Câmara compete à Advocacia-Geral da União.

#### **d) CGU**

A CGU informou que não havia nenhum pleito de contratado pendente de conclusão há mais de trinta dias. Informou, ainda, que nos doze meses anteriores haviam sido recebidos vinte e seis pleitos, sendo que apenas três foram indeferidos. Outros dezesseis foram concluídos e sete estariam “em processo de efetivação”. A CGU, entretanto, não esclareceu o que significaria esse processo de efetivação.

Por fim, indicou não ter havido ações judiciais iniciadas por contratados da CGU nos doze meses anteriores.

#### **e) DNIT**

Em relação aos itens 9.1. e 9.2., o DNIT alegou sua impossibilidade técnica para responder:

Considerando a transição do sistema de controle de processos para o sistema SEI, no momento, não tem sido possível ao órgão apresentar o quantitativo de processos autuados relacionados ao assunto. Quando houver a fusão dos dados do SIGA para o SEI, tal demanda poderá ser respondida.

Sobre o item 9.3., que perguntou quantos pleitos de contratados foram decididos nos últimos doze meses, o DNIT afirmou que “Na página principal do Departamento, em Diretoria Colegiada, é possível verificar nas Atas de Reunião quais tenham sido os objetos de deliberação, inclusive o de interesse do demandante, podendo-se a partir dessas informações o demandante obter resposta precisa para o questionamento”.

Sobre eventuais ações judiciais, informou que quaisquer informações deveriam ser buscadas junto à Advocacia-Geral da União.

#### **f) ECT**

Em relação aos itens 9.1. e 9.2., a ECT respondeu: “Não é possível realizar buscas com os critérios solicitados. Dessa forma, com fundamento no art. 13 do Decreto nº

7.724, de 16 de maio de 2012, acima transcrito, tais informações deixam de ser disponibilizadas”.

Quanto ao item 9.3., a ECT apresentou uma planilha que apenas contempla os termos aditivos assinados, mas sem informações que permitam identificar quando os pleitos foram apresentados.

Sobre os itens 9.4. e 9.7., a ECT informou que é ré em quinhentas e cinquenta ações que se relacionam com pleitos de contratados atuais ou antigos. As demais informações prestadas pela ECT sobre a esfera judicial não são relevantes ao objeto desta pesquisa.

**g) FUB**

Não respondeu.

**h) MEC**

Em atenção ao item 9.1., o MEC apresentou planilha que contempla os processos administrativos em curso no órgão envolvendo pleitos de fornecedores. Quando o pedido foi respondido, havia vinte e dois pedidos apresentados há mais de trinta dias e ainda sem decisão. Alguns deles, inclusive de reajuste, iniciados ainda em 2016.

No período, o MEC recebeu oitenta e três pleitos, deferiu cinquenta e nove e indeferiu dois. Sobre eventuais ações judiciais, informou que quaisquer informações deveriam ser buscadas junto ao órgão de representação judicial da União, pois a matéria seria estranha à Consultoria Jurídica do Ministério.

**i) MPF/PGR**

Em atenção ao item 9.1., a PGR apresentou planilha que indica a existência de apenas oito pleitos pendentes de decisão há mais de trinta dias, sendo que não há nenhum pleito iniciado antes de fevereiro de 2017.

Informou, ainda, que entre 01.01.2016 e 20.04.2017 recebeu cento e oito pedidos referentes a repactuações, reajustes e reequilíbrios econômico-financeiro de contratos. Destes, cem foram analisados, sendo que três foram indeferidos, oitenta e cinco foram deferidos parcialmente e doze foram deferidos como solicitado.

Em resposta aos demais itens, indicou não haver nenhuma ação judicial.

**j) MS**

O Ministério da Saúde não respondeu as perguntas sob o fundamento de que “não possui um sistema integrado capaz de emitir relatórios com o nível de detalhamento solicitado”. Alternativamente, enviou uma planilha contendo a relação dos termos aditivos contratuais celebrados nos anos de 2016 e 2017, porém o documento não apresenta informações que permitam aferir como aquele Ministério costuma tratar os pleitos de seus contratados.

**k) PR**

Sobre a existência de pleitos apresentados há mais de trinta dias e ainda não respondidos, a Presidência da República apenas respondeu: “Sim. As informações solicitadas integram ato preparatório administrativo”. Nenhuma outra informação foi prestada, como as datas dos pleitos, os nomes dos contratados e os valores envolvidos.

A PR indicou, ainda, que nos últimos doze meses foram recebidos 56 pleitos, dos quais 53 foram examinados, 5 indeferidos e o restante deferido.

Quanto aos itens 9.4. a 9.7., a PR afirmou não haver nenhuma ação judicial.

**l) SF**

O Senado Federal não respondeu nenhum dos itens do quesito 9.

Em relação aos pleitos de contratados, não houve manifestação.

Sobre ações judiciais, o Senado alegou que “as informações solicitadas acerca das ações judiciais referentes aos incidentes de reequilíbrio econômico dos contratos não estão compiladas em relatório unificado, cuja consolidação demandaria elevada carga de trabalho que transbordaria as atividades ordinárias deste Órgão”.

**m) STF**

Não respondeu.

**n) STJ**

O Superior Tribunal de Justiça apresentou planilha contendo 11 pleitos que estavam tramitando há mais de trinta dias e ainda sem decisão. Apenas um deles, referente a reajuste de preços, havia se iniciado em 2016.

O STJ também acrescentou que, entre 04.04.2016 e 04.04.2017 recebeu 74 pleitos, respondeu 63, deferiu 58 e indeferiu 5.

Sobre ações judiciais, o STJ respondeu que há 30 ações judiciais relativas a licitações e contratos administrativos, porém não houve condenação no período de doze meses analisados.

Do ponto de vista institucional, a manifestação do STJ acrescentou uma informação relevante. De acordo com o Tribunal, “o roteiro de tramitação e a lista de verificação para repactuação, reajuste e revisão dos contratos administrativos do STJ é disciplinado pela Instrução Normativa STJ/GDG n. 1, de 20 de fevereiro de 2017”.

A edição desse ato normativo é louvável porque contempla, além do passo a passo da tramitação, prazos para cada etapa de análise dos pleitos dos contratados, o que reduz a insegurança jurídica e permite que o controle jurisdicional da omissão administrativa ocorra com base em parâmetros objetivos. Trata-se, portanto, de normas que vão ao encontro do que se propõe neste trabalho.

#### **o) TCU**

O Tribunal de Contas da União apresentou planilha contendo 16 pleitos apresentados e não respondidos há mais de um mês. Entre esses, 12 haviam sido protocolizados ainda em 2016 e, destes doze, 9 se referiam a simples pedido de reajustamento ou repactuação de preços.

O TCU também informou que, em doze meses, recebeu 94 pleitos, apreciou 68, deferiu 63 e indeferiu 5.

Por fim, em relação a ações judiciais, a Corte de Contas afirmou não dispor de informações. Disse, apenas, que somente acompanha diretamente os mandados de segurança impetrados no STF contra decisões do TCU, porém não prestou informações sobre essas ações.

Em complementação, o Tribunal afirmou que:

Em relação aos mandados de segurança, dificilmente alguma empresa escolherá essa via judicial para discutir eventuais direitos creditórios, porquanto o mandado de segurança requer prova pré-constituída, requer direito líquido e certo e, portanto, não admite dilação probatória. No entanto, informações adicionais podem ser verificadas junto à Conjur deste Tribunal.

#### **p) VALEC**

A VALEC negou resposta a todo o quesito 9º com base no seguinte argumento:

O Decreto 7.724, de 16 de maio de 2012, que regulamenta a Lei de Acesso à Informação, determina, em seu inciso III do art. 12 que o pedido de acesso à informação deve conter a “especificação, de forma clara e precisa, da informação requerida”; e determina, ainda, no inciso I do art. 13, que “não serão atendidos pedidos

de acesso à informação genéricos”. Neste caso, não ficou clara a especificação dos tipos de documentos, informações desejadas, datas, *etc.*

- **10º Quesito:** Esse ente público se submete ao regime de precatórios? Se não, qual o critério adotado por esse ente público para definir a ordem dos pagamentos das condenações judiciais irrecuráveis?

**Tabela 10**

<b>Ente público</b>	<b>Submete-se ao regime de precatórios?</b>	<b>Outro regime</b>
<b>ANATEL</b>	x	
<b>CADE</b>	x	
<b>CD</b>	x	
<b>CGU</b>	x	
<b>DNIT</b>	x	
<b>ECT</b>	x	
<b>FUB</b>	-	
<b>MEC</b>	x	
<b>MPF/PGR</b>	x	
<b>MS</b>	x <sup>365</sup>	
<b>PR</b>	x	
<b>SF</b>	x	
<b>STF</b>	-	
<b>STJ</b>	x	
<b>TCU</b>	x	
<b>VALEC</b>	Não respondeu <sup>366</sup>	Não respondeu

<sup>365</sup> O Ministério da Saúde respondeu que não se submeteria ao regime de precatórios, porém a informação evidentemente não procede em razão do que dispõe o art. 100 da Constituição Federal.

<sup>366</sup> A Valec limitou-se a responder que “é Empresa Pública Federal nos termos da Lei nº 11.772/08, com os consectários daí resultantes”, o que não consiste em informação suficiente para saber se a empresa se submete ao regime de precatórios.

- **11º Quesito:** Esse ente público costuma inserir nos contratos administrativos que celebra cláusulas arbitrais? Se sim, há algum modelo ou padrão de cláusula arbitral definido? Em caso positivo, requer-se a disponibilização do teor da cláusula.

**Tabela 11**

<b>Ente público</b>	<b>Cláusula arbitral</b>
<b>ANATEL</b>	Não
<b>CADE</b>	Não
<b>CD</b>	Não
<b>CGU</b>	Não <sup>367</sup>
<b>DNIT</b>	Não
<b>ECT</b>	Não
<b>FUB</b>	-
<b>MEC</b>	Não
<b>MPF/PGR</b>	Não
<b>MS</b>	Não
<b>PR</b>	Não
<b>SF</b>	Não
<b>STF</b>	-
<b>STJ</b>	Não
<b>TCU</b>	Não
<b>VALEC</b>	“As cláusulas contratuais são definidas nos editais próprios”.

- **12º Quesito:** Nos últimos 12 (doze) meses, esse ente público exerceu em quantas vezes a prerrogativa legal de promover a rescisão unilateral de contratos administrativos? Requer-se a apresentação do nome do ex-contratado, do número do contrato administrativo rescindido e a indicação dos fundamentos legais adotados em cada rescisão.

<sup>367</sup> Em realidade, a CGU respondeu afirmativamente à pergunta, porém fez menção a modelo de cláusula de eleição de foro judicial, não a cláusula arbitral: “Sim. Segue o exemplo de cláusula arbitral padrão em nossos contratos: “CLÁUSULA VIGÉSIMA PRIMEIRA - DO FORO O Foro para solucionar os litígios que decorrerem da execução deste Contrato será o da Justiça Federal, Seção Judiciária do Distrito Federal”.

Tabela 12

Ente público	Quantas vezes exerceu a prerrogativa	Principal fundamento
ANATEL	1	Cumprimento irregular do contrato
CADE	2	Inexecução contratual
CD	-	-
CGU	0	-
DNIT	-	-
ECT	7 ou 44 <sup>368</sup>	-
FUB	-	-
MEC	2	Fortuito/Força maior
MPF/PGR	0	-
MS	0 <sup>369</sup>	-
PR	3	Inexecução contratual
SF	3	Descumprimento e inexecução contratual
STF	-	-
STJ	1	Descumprimento contratual
TCU	2	Descumprimento contratual e relevantes razões de interesse público
VALEC	2	Descumprimento contratual

- **13º Quesito:** Nos últimos 12 (doze) meses, em quantas ocasiões esse ente público aplicou sanções administrativas aos seus contratados? Requer-se a indicação dos nomes das empresas sancionadas, da sanção aplicada em cada caso e do fundamento legal utilizado para a aplicação de cada sanção.

<sup>368</sup> A ECT apresentou duas planilhas. Uma delas indica ter havido 7 rescisões em doze meses. A outra, indica ter havido 44 no mesmo período.

<sup>369</sup> A resposta do Ministério da Saúde pode não ser fidedigna porque o próprio Ministério indicou que as informações foram prestadas parcialmente: “[...] referem-se, exclusivamente, aos processos conduzidos por este Departamento, visando à compra de insumos estratégicos para a saúde, não se estendendo às aquisições conduzidas pelo Ministério da Saúde por meio de outras Secretarias e/ou Departamentos”.

Tabela 13

<b>Ente público</b>	<b>Sanções aplicadas</b>	<b>Advertência</b>	<b>Multa<sup>370</sup></b>	<b>Suspensão/ Impedimento</b>	<b>Inidoneidade</b>
<b>ANATEL</b>	27	1	10	20	0
<b>CADE</b>	4	1	2	2	0
<b>CD</b>	-	-	-	-	-
<b>CGU</b>	17	8	17	-	-
<b>DNIT</b>	13	1	11	1	0
<b>ECT</b>	Milhares	1	Milhares	1	0
<b>FUB</b>	-	-	-	-	-
<b>MEC</b>	25	21	9	3	0
<b>MPF/PGR</b>	34	6	26	6	0
<b>MS</b>	44	15	24	18	0
<b>PR</b>	14	1	13	3	0
<b>SF</b>	130	5	123	2	0
<b>STF</b>	-	-	-	-	-
<b>STJ</b>	77	8	58	8	-
<b>TCU</b>	18	5	13	3	0
<b>VALEC</b>	2	0	1	1	0

<sup>370</sup> Os dados consideram multas aplicadas de forma isolada ou cumulada com outra sanção, nos termos do que autoriza o art. 87, §2º, da Lei nº 8.666/1993.