

1990

TEXTO PARA DISCUSSÃO

A AGENDA PERDIDA DAS COMPRAS PÚBLICAS: RUMO A UMA REFORMA ABRANGENTE DA LEI DE LICITAÇÕES E DO ARCABOUÇO INSTITUCIONAL

Eduardo Pedral Sampaio Fiuza
Bernardo Abreu de Medeiros



A AGENDA PERDIDA DAS COMPRAS PÚBLICAS: RUMO A UMA REFORMA ABRANGENTE DA LEI DE LICITAÇÕES E DO ARCABOUÇO INSTITUCIONAL¹

Eduardo Pedral Sampaio Fiuza²

Bernardo Abreu de Medeiros³

1. Este trabalho estende Fiuza e Medeiros (2013), nota técnica que pode ser vista como uma versão resumida deste *Texto para discussão*. Os autores agradecem os comentários de Ângelo Henrique Lopes da Silva, Leonardo Rezende, Eliana Penna, Flávio Faria, Ana Maria Vieira dos Santos Neto e demais participantes dos seminários realizados no Ipea, na Fundação para o Desenvolvimento de Recursos Humanos do Estado do Rio Grande do Sul (FDRH/RS) e no Centro de Estudos e Debates Estratégicos da Câmara dos Deputados (Cedes), mas os eximem de responsabilidade sobre o conteúdo do texto.

2. Técnico de Planejamento e Pesquisa da Diretoria de Estudos e Políticas do Estado, das Instituições e da Democracia (Diest) do Ipea.

3. Chefe de Gabinete da Presidência do Ipea.

Governo Federal

**Secretaria de Assuntos Estratégicos da
Presidência da República**
Ministro Marcelo Côrtes Neri

ipea Instituto de Pesquisa
Econômica Aplicada

Fundação pública vinculada à Secretaria de Assuntos Estratégicos da Presidência da República, o Ipea fornece suporte técnico e institucional às ações governamentais – possibilitando a formulação de inúmeras políticas públicas e programas de desenvolvimento brasileiro – e disponibiliza, para a sociedade, pesquisas e estudos realizados por seus técnicos.

Presidente

Sergei Suarez Dillon Soares

Diretor de Desenvolvimento Institucional

Luiz Cezar Loureiro de Azeredo

Diretor de Estudos e Políticas do Estado, das Instituições e da Democracia

Daniel Ricardo de Castro Cerqueira

Diretor de Estudos e Políticas Macroeconômicas

Cláudio Hamilton Matos dos Santos

Diretor de Estudos e Políticas Regionais, Urbanas e Ambientais

Rogério Boueri Miranda

Diretora de Estudos e Políticas Setoriais de Inovação, Regulação e Infraestrutura

Fernanda De Negri

Diretor de Estudos e Políticas Sociais, Substituto

Carlos Henrique Leite Corseuil

Diretor de Estudos e Relações Econômicas e Políticas Internacionais

Renato Coelho Baumann das Neves

Chefe de Gabinete

Bernardo Abreu de Medeiros

Assessor-chefe de Imprensa e Comunicação

João Cláudio Garcia Rodrigues Lima

Texto para Discussão

Publicação cujo objetivo é divulgar resultados de estudos direta ou indiretamente desenvolvidos pelo Ipea, os quais, por sua relevância, levam informações para profissionais especializados e estabelecem um espaço para sugestões.

© Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – **ipea** 2014

Texto para discussão / Instituto de Pesquisa Econômica
Aplicada.- Brasília : Rio de Janeiro : Ipea , 1990-

ISSN 1415-4765

1. Brasil. 2. Aspectos Econômicos. 3. Aspectos Sociais.
I. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada.

CDD 330.908

As opiniões emitidas nesta publicação são de exclusiva e inteira responsabilidade do(s) autor(es), não exprimindo, necessariamente, o ponto de vista do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada ou da Secretaria de Assuntos Estratégicos da Presidência da República.

É permitida a reprodução deste texto e dos dados nele contidos, desde que citada a fonte. Reproduções para fins comerciais são proibidas.

SUMÁRIO

SINOPSE

ABSTRACT

1 INTRODUÇÃO 7

2 PRINCÍPIOS QUE DEVEM NORTEAR O NOVO ARCABOUÇO INSTITUCIONAL
BRASILEIRO DE COMPRAS PÚBLICAS..... 10

3 QUADROS COMPARATIVOS DA LEGISLAÇÃO 116

4 OUTRAS MUDANÇAS INSTITUCIONAIS A SEREM INTRODUZIDAS OU
REGULAMENTADAS EM DISPOSITIVOS LEGAIS COMPLEMENTARES À LEI
DE LICITAÇÕES 121

5 SÍNTESE DAS PRINCIPAIS CONTRIBUIÇÕES..... 147

6 EXTENSÕES 149

REFERÊNCIAS 150

SINOPSE

Promover a eficiência da Administração Pública é, sem sombra de dúvida, um dos maiores desafios da atualidade no Brasil. As dimensões técnica e alocativa da eficiência do Estado passam necessariamente pela eficiência dos órgãos públicos na aquisição dos insumos de suas funções de produção e provisão de bens e serviços públicos à população. Só que, diferentemente das firmas privadas, o Estado normalmente obedece a critérios bem mais rígidos de seleção de fornecedor e de apreçamento de suas compras, pois suas aquisições devem obedecer a critérios de impessoalidade, isonomia e publicidade, e seguir estritas regras legais. A legislação brasileira de licitações completa agora 21 anos e exibe claros sinais de esgotamento: a lei de licitações é demasiado detalhada e está desatualizada em relação às melhores práticas. O arcabouço institucional e o capital humano envolvido também necessitam ser revistos e reforçados. Convidado pelo Senado a contribuir com a reforma desse arcabouço, o Ipea submeteu propostas que aqui são expostas com maior profundidade de análise e melhor fundamentação com base nas teorias e evidências econômicas e num amplo *benchmarking* internacional de arcabouços institucionais. Elas podem ser resumidas em: *i*) consolidação das múltiplas leis hoje existentes numa só peça legislativa; *ii*) criação de agências normatizadora e executiva de compras públicas, com carreiras próprias de perfis adequados e dotadas dos devidos incentivos; *iii*) transição paulatina da regulamentação dos formatos de licitações e de outras normas para a nova agência normativa.

Palavras-chave: licitações; contratações públicas; compras públicas; regulação econômica; leilões; desenho de instituições.

ABSTRACT

Raising the public administration's efficiency is, without any doubt, one of the greatest challenges nowadays in Brazil. The State's technical and allocative efficiency dimensions necessarily require efficiency of public agencies in the acquisition of inputs for their production and supply functions of public goods and services to the population. However, unlike private firms, the State generally follows stricter criteria in selecting suppliers and pricing their purchases, as their purchases must abide to such criteria as impartiality, equality and publicity, and must follow strict legal rules. The Brazilian public procurement legislation is now 21 years old and shows clear signs of exhaustion:

the main Public Procurement Act is both too detailed and outdated with respect to the best practices. The institutional framework and human capital involved should also be reviewed and strengthened. Invited by the Brazilian Senate to contribute to the reform of this institutional framework, IPEA submitted proposals that are exposed here in greater depth of analysis and with a better grounding based on sound economic theory and evidence and on a broad international benchmarking of institutional frameworks. They can be summarized as follows: *i)* consolidation of the multiple laws existing today in one piece of legislation; *ii)* creation of normative and executive agencies for public procurement, with appropriate personal career profiles and equipped with adequate incentives; *iii)* gradual transition of the current regulation of bidding formats and other rules to the new normative agency regulations.

Keywords: public biddings; public procurement; economic regulation; auctions; institutional design.

1 INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 (CF/1988), em seu Artigo 22, inciso XXVII, atribuiu privativamente à União a competência em legislar sobre as normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, estados, Distrito Federal e municípios e para as empresas públicas e sociedades de economia mista. A Lei nº 8.666/1993, que rege as compras públicas, estabelecendo princípios gerais e definições, veio como uma resposta aos sucessivos escândalos do governo Collor e dos “Anões do Orçamento”, e instituiu controles mais rígidos sobre as licitações. Como bem salienta Jacoby Fernandes (Fernandes, 2013; Brasil, 2013), no entanto, esta lei mal conseguiu ser posta em prática integralmente, visto que, ao longo dos vinte anos de sua existência, ela foi alterada por 61 medidas provisórias (MPs) e dezenove leis, um total de oitenta normas, ou quatro por ano.

Além das modificações levadas a cabo, outras tantas iniciativas tramitaram no Congresso desde 2003, quando foi proposto o Projeto de Lei (PL) nº 146/2003 na Câmara dos Deputados (18/3/2003), ao qual foram apensados outros oito projetos.¹ Em 24/1/2007, o Poder Executivo submeteu ao Congresso o PL nº 7.709/2007, que tramitou bem mais rapidamente, e teve seu substitutivo aprovado em 25/4/2007 pela Comissão Especial que o analisou. Em vista disso, a Mesa da Câmara declarou o PL nº 146/2003 prejudicado e arquivou-o em 2/5/2007. O substitutivo recém-aprovado ao PL nº 7.709/2007 foi então remetido ao Senado em 9/5/2007, onde foi renomeado e renumerado como Projeto de Lei da Câmara (PLC) nº 32/2007, e esteve em regime de urgência até 27/6/2007, quando o Executivo solicitou a extinção da urgência. Foram aprovados os pareceres das Comissões de Constituição e Justiça (CCJ) de 30/5/2007 e de Ciência e Tecnologia (CCT) de 12/6/2007 e foi aprovado o substitutivo do relator (senador Eduardo Suplicy) na Comissão de Assuntos Econômicos (CAE) em 23/10/2007. Em 6/4/2009, o relator solicitou a tramitação do PLC nº 32 em conjunto com o Projeto de Lei do Senado (PLS) nº 68, mas voltou atrás seis dias depois, e desde então a matéria dormitava na Subsecretaria de Coordenação Legislativa do Senado aguardando a inclusão na Ordem do Dia.

1. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=104909>>.

Neste ínterim, o Poder Executivo interveio na legislação com uma ação paralela. O motivo era a avaliação unânime de que a Lei de Licitações vigente propiciava o atraso e a paralisia de obras. Diante da necessidade de acelerar obras com vistas à preparação da infraestrutura brasileira para os grandes eventos esportivos, e diante do prazo indefinido de tramitação da reforma então em pauta, o Executivo optou por uma minirreforma temporária e localizada. A estratégia de tramitação também foi alvo de críticas: o tema foi incluído num PL de conversão de uma MP cujo objeto era bem diferente, qual seja, a regulamentação de matérias afetas à Agência Nacional de Aviação Civil (ANAC). Assim, os Artigos de 1 a 47 da Lei nº 12.462/2011 nada mais são do que uma lei de licitações paralela, adstrita apenas a uma parcela das compras de bens, serviços e obras, quais sejam, as referentes a Copa do Mundo, Olimpíadas e Programa de Aceleração do Crescimento (PAC), e que institui o regime diferenciado de contratações (RDC). Posteriormente, o RDC foi estendido também às obras e aos serviços de engenharia no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS) pela Lei nº 12.745/2012, Artigo 4º.²

Em 3 de junho de 2013, pelo Ato do Presidente do Senado Federal nº 19/2013, foi criada uma Comissão Especial Externa para Modernização da Lei de Licitações e Contratos (CTLICON). Ela foi instalada em 13/6/2013 e composta pelos senadores Vital do Rêgo, Kátia Abreu, Wilder Morais, Waldemir Moka, Francisco Dornelles, Eduardo Suplicy, Aloysio Nunes Ferreira e Armando Monteiro, funcionando sob a presidência do primeiro, relatoria da segunda e relatoria revisora do terceiro. Na mesma data foi aprovado o plano de trabalho, e em 25/6/2013 foi realizada a primeira audiência pública da comissão, na qual foram feitas exposições orais e submissões por escrito por representantes da iniciativa privada. Convidado pela relatora a manifestar-se durante a consulta pública, o Ipea produziu um documento cujo resumo foi divulgado em 1º/11/2013 como nota técnica (Fiuza e Medeiros, 2013). Este artigo recupera e estende – na medida em que incorpora comentários recebidos na ocasião do lançamento da nota técnica – a versão completa das contribuições enviadas ao Senado, incluindo quadros comparativos detalhados das principais alterações propostas em comparação com as últimas versões da lei em vigor,

2. No fechamento desse texto tramitava no Congresso a MP nº 630, que estende o RDC para obras em presídios. O PL de Conversão da relatora da Comissão Mista, senadora Gleisi Hoffmann, no entanto, estende o RDC a todas as obras nas três esferas de governo, o que foi criticado pela oposição como o virtual sepultamento da Lei de Licitações nº 8.666/1993. Exageros à parte, é significativo que a tramitação desta MP tenha passado completamente ao largo da comissão encarregada justamente de rever a Lei nº 8.666/1993, descrita a seguir.

do substitutivo ao PLC nº 32 e da Lei nº 12.462/2011 (ver apêndice³). De fato, em que pese ter sido aprovada sem muita discussão, na avaliação dos autores é esta última lei que deveria ser o ponto de partida para a reforma da Lei de Licitações. Na análise que se segue procura-se demonstrar os pontos listados a seguir.

- 1) É na Lei nº 12.462 que devem ser buscados os principais pontos da reforma da Lei nº 8.666, e não no PLC nº 32/2007 nem no seu substitutivo.
- 2) Para uma reforma cabal do arcabouço de compras públicas brasileiro, é necessário reformar mais que a Lei nº 8.666. Aqui se propõe, além da consolidação em uma única lei de matéria hoje tratada em leis diversas, a remissão na nova lei à criação de mais três peças legislativas complementares, que são extremamente necessárias para dar-lhe plena eficácia:
 - a) uma lei regulamentando uma agência normativa de compras;
 - b) uma lei regulamentando uma agência executiva federal de compras centralizadas, encarregada de agregar demandas de bens e serviços de uso corrente dos diversos órgãos das administrações federais direta, autárquica e fundacional, e disponibilizar a estas e a outros órgãos interessados das demais esferas de governo os contratos-marco de fornecimento ao setor público (CMFSPs), que substituirão o Sistema de Registro de Preços; e
 - c) uma lei criando e regulamentando as carreiras de: *i*) especialista em compras públicas; *ii*) técnico em compras públicas; e *iii*) especialista em regulação de compras públicas – além de eventualmente uma carreira de nível médio para a regulação de compras públicas.

A próxima seção deste texto enunciará os princípios que deveriam nortear a nova Lei de Licitações. Para isto, serão analisados os pontos fracos da atual legislação que demandam reforma. Em cada um deles, será feita uma comparação da presente proposta

3. O apêndice *Quadros comparativos entre a lei de licitações atual, o PLC nº 32/2007, o substitutivo do Senado, a lei do regime diferenciado de contratações públicas e a proposta do Ipea, com justificativas*, está disponível no site do Ipea em link separado deste texto.

com as demais expostas ao longo da consulta pública já encerrada, seja discordando seja concordando total ou parcialmente.

A terceira seção resume as principais alterações propostas pelos autores ao Senado, e que constam do apêndice – neste se encontram quadros comparativos, um para cada seção da lei atual (exceto a seção de alienações), e com as respectivas justificativas. A comparação do apêndice é feita com a Lei nº 8.666/1993 compilada – isto é, com o seu texto hoje vigente, já incorporando o resultado líquido de todas as modificações que sofreu ao longo de seus vinte anos –, com o substitutivo aprovado do PLC nº 32/2007, e com a Lei nº 12.462.

A quarta seção indicará com um pouco mais de detalhe o conteúdo a ser incluído nos dispositivos legais complementares no item 2, subitens (a) a (c) já mencionados, sem, no entanto, apresentar enunciados para os textos respectivos. Também serão feitos comentários sobre deficiências atuais dos sistemas de informações disponíveis.

A quinta seção resume as principais contribuições deste texto. A sexta seção aponta a extensão mais imediata para este trabalho.

2 PRINCÍPIOS QUE DEVEM NORTEAR O NOVO ARCABOUÇO INSTITUCIONAL BRASILEIRO DE COMPRAS PÚBLICAS

Promover a eficiência da Administração Pública é, sem sombra de dúvida, um dos maiores desafios da atualidade no Brasil. Sem isso, a carga tributária continuará onerando a economia e a sociedade, freando o crescimento e reforçando ou criando desigualdades sociais. Sem isso, os cidadãos não poderão exercer seus direitos ou fazê-los respeitados, nem a corrupção será efetivamente combatida, nem a ordem nem a justiça vigerão.

Uma maior eficiência da máquina estatal significa que os recursos dos impostos e contribuições arrecadados da sociedade sejam revertidos para que ela cumpra seu principal objetivo, que é o de prover bens e serviços públicos à população.

De fato, a eficiência do Estado na provisão de bens e serviços, assim como a eficiência de qualquer firma do setor privado, compreende três dimensões principais: técnica, alocativa e distributiva.⁴ A primeira diz respeito à capacidade do Estado em usar a tecnologia disponível de modo a produzir o máximo de produto a um dado nível de insumo, ou, visto de outra forma, dado um nível de produto, consumir o mínimo de insumo. A segunda dimensão significa que, dado que a produção esteja sendo realizada com eficiência técnica – isto é, sobre a fronteira de possibilidade de produção –, ela também esteja consumindo uma combinação de insumos tal que minimize o custo de produção, e produza uma combinação de produtos que maximize o bem-estar dos cidadãos, de acordo com suas preferências. Por fim, a dimensão distributiva permite ao planejador central ponderar as “utilidades” (no sentido econômico, sob a perspectiva da escola utilitarista) dos cidadãos de modo a satisfazer objetivos de equidade distributiva (equidade de acesso à educação, à saúde, à segurança, ao transporte etc.).

As dimensões técnica e alocativa da eficiência do Estado passam necessariamente pela eficiência dos órgãos públicos na aquisição dos insumos de suas funções de produção, tanto os insumos ditos fixos (cuja aquisição é considerada investimento, pois geram fluxos de retornos no longo prazo) como os variáveis, cujo consumo é contabilizado nas Contas Nacionais como custeio. Diferentemente das firmas privadas, no entanto, que escolhem com relativa liberdade seus fornecedores e muitas vezes praticam preços de transferência com eles (se guardam com eles uma relação de propriedade comum), o Estado normalmente obedece a critérios bem mais rígidos de seleção de fornecedor e de apreçamento de suas compras. Suas aquisições devem obedecer a critérios de impessoalidade, isonomia e publicidade, entre outros, e, segundo a ordem legal brasileira, só podem ser efetuadas dentro de regras legais, deixando ao gestor público pouca margem de manobra, ainda mais que, como se verificará, o detalhamento da legislação brasileira é demasiado alto.

Dado que os retornos à eficiência produtiva são bastante difusos, o gestor dificilmente tem os incentivos econômicos adequados para tomar decisões eficientes do ponto de vista da sociedade (Milgrom e Roberts, 1992, cap. 9). A abordagem adotada pela tradição brasileira para solucionar o problema tem sido controlar o fluxo de insumos, inclusive de pessoal, sem atentar à função de produção dos bens e serviços públicos. A eficiência

4. Para mais detalhes, ver Coelli *et al.* (2005).

nesta função de produção está mais relacionada à eficiência técnica e alocativa na atividade-fim. Contudo, mesmo nas atividades-meio, a aplicação de um mero controle do fluxo de insumos, no Brasil, tornou o processo de compras ainda mais engessado por formalidades burocráticas⁵ – por exemplo, o Brasil tem o maior número de requisitos para habilitação de fornecedores numa abrangente amostra de países feita por Carpineti, Piga e Zanza (2006). Como resultado, até mesmo gestores benevolentes têm enorme dificuldade de adquirir insumos essenciais ao seu trabalho com tempestividade ou mesmo qualidade. Isso, por sua vez, leva a estratégias defensivas e ineficientes, como, por exemplo, a manutenção de estoques excessivos. E, pior de tudo, cria numerosas barreiras à entrada, o que gera o efeito oposto ao desejado, isto é, causa redução no nível de concorrência.

Em Fiuza (2009), aponta-se uma série de problemas no arcabouço institucional de compras públicas, começando pelo fato de que, no Brasil, em contraste com outros países, optou-se por prever em leis e decretos quase tudo o que rege o processo licitatório e os contratos públicos, embora a CF/1988, no Artigo 22, XXVII, tenha previsto que a competência da União para legislar seja apenas sobre normas gerais.⁶ Por outro lado, quando a legislação é omissa, os órgãos têm grande poder discricionário. No meio do caminho, há pouca normatização infralegal – como diretrizes para a formulação de editais e contratos, a padronização de produtos, ou a formatação de leilões licitatórios.

Esta seção delinea a visão que norteia a proposta de Reforma da Lei de Licitações submetida pelo Ipea ao Senado. Ela é uma visão econômica, gerencial e estratégica sobre o tema das licitações e contratos e, portanto, consideramo-la como complementar à tradicional literatura do direito. Aqui se busca mapear o arcabouço institucional de compras públicas, de modo a:

- identificar os principais pontos fracos ou controversos do arcabouço atual; e

5. Nesse ponto, os autores deste texto estão em concordância com a contribuição do Sindicato Nacional das Empresas de Arquitetura e Engenharia Consultiva (Sinaenco) à consulta pública do Senado.

6. A título de referência, os países da União Europeia (UE), para compras acima de um limiar de valor considerado de escala comunitária, seguem as Diretivas da UE nº 2004/17/CE e nº 2004/18/CE, que dão apenas linhas gerais sobre os tipos de licitações permitidos. A transposição das regras dessas diretivas para as legislações nacionais foi resenhada pelo PPN (2010) e pela OCDE (2010). A discussão sobre a extensão da competência da União para legislar já foi apreciada em algumas ocasiões pelo Supremo Tribunal Federal (STF), como na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 927-3/RS. Nesta ocasião, o STF entendeu que determinadas disposições do Artigo 17 da Lei nº 8.666/1993 só teriam eficácia no âmbito da União, e não no âmbito de estados, municípios e Distrito Federal.

- elencar os meios para atacar esses pontos fracos e como eles deveriam ser previstos na nova lei.

Referências na área de licitações e contratos, juristas como Meirelles (1991) e Justen Filho (2005) definem a licitação da seguinte forma: “procedimento administrativo mediante o qual a Administração Pública seleciona a proposta mais vantajosa para o contrato de seu interesse” (Meirelles, 1991, p. 19), e que visa “afastar a arbitrariedade na seleção do contratante” (Justen Filho, 2005, p. 44) de modo a “propiciar a qualquer interessado participar da disputa pela contratação” (*op. cit.*, p. 35). O pressuposto de usar a licitação é que ela é a via adequada para conseguir esses objetivos.

Os princípios que devem reger legislação de compras públicas estão dados pela CF/1988. O *caput* do Artigo 37 da CF/1988 estabelece, conforme a redação dada pela Emenda Constitucional (EC) nº 19/1998, que “a Administração Pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos estados, do Distrito Federal e dos municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência” (Brasil, 1988). O inciso XXI do mesmo artigo tratou especificamente das licitações, estabelecendo que

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 (Brasil, 1988).

Seguindo os preceitos constitucionais, a licitação regulada pela Lei nº 8.666/1993 visa:

Artigo 3º (...) garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a Administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos (Brasil, 1993).

Na UE, os únicos princípios a serem observados (Diretiva nº 2004/17/CE, Artigo 14) são tão somente a igualdade de tratamento, a não discriminação, e a transparência.

Pode-se perguntar se a licitação é a única forma de aquisição baseada nesses princípios. A rigor, sim: um sorteio idôneo também seria impessoal, isonômico, poderia ser amplamente divulgado e com acesso irrestrito, seguir trâmites legais e o contrato dele derivado poderia ser vinculado ao instrumento convocatório, mas não tem nenhum instrumento para garantir que aferiria a proposta mais vantajosa.

As compras também poderiam ser personalizadas, com a dispensa de licitação, o que, se por um lado, possibilita maior poder discricionário do agente público para comprar produtos melhores ou de fornecedores mais idôneos, por outro lado é uma porta aberta para a corrupção do agente ou, ao menos, para julgamentos subjetivos. É o que Milgrom (2004) e Klemperer (2004) chamam de “concursos de beleza”, em que o mais importante não é a experiência do fornecedor e a qualidade do produto, mas apenas o trabalho de convencimento ou *lobbying* dos candidatos. É também a avaliação de Dini, Pacini e Valletti (2006). Para eles, avaliar *ex post* quais dimensões de qualidade são relevantes, sem revelar publicamente *ex ante* os critérios de seleção, é vantajoso quando não se tem suficiente informação sobre o valor ou as características dos atributos extra preço para ponderar a sua importância *ex ante*, mas, caso haja preocupação com discricionariedade e corrupção, como é a tônica da legislação brasileira, ela justifica o custo da perda dessa flexibilidade.

O RDC já introduz uma mudança de mentalidade na formulação dos objetivos da licitação. Logo, no Artigo 1º da Lei nº 12.462/2011, fica explicitado que o RDC tem por objetivos:

- ampliar a eficiência nas contratações públicas e a competitividade entre os licitantes;
- promover a troca de experiências e tecnologias em busca da melhor relação entre custos e benefícios para o setor público;
- incentivar a inovação tecnológica; e

- assegurar tratamento isonômico entre os licitantes e a seleção da proposta mais vantajosa para a Administração Pública.

Embora a redação atual da Lei nº 8.666/1993, dada pelo Plano Brasil Maior, já fale em utilização das licitações para a promoção do desenvolvimento sustentável, o RDC é o primeiro a enumerar claramente os vetores de desenvolvimento a nortear o processo e a falar em eficiência e competitividade. Essa recente diferença de mentalidade, por si só, já é revolucionária. A busca por maior eficiência, inovação, competição e melhor relação custo-benefício para o setor público brasileiro foi completamente negligenciada pela legislação anterior, presa tão somente ao formalismo e ao cumprimento de ritos que, no mais das vezes, não guardam qualquer correlação com a eficiência do processo produtivo de um órgão público, muito menos com o bem-estar do cidadão e são unanimemente criticados por gestores de compras.

O legislador precisa ser tão ou mais ambicioso na presente reforma; é preciso pensar “fora da caixa”. A ênfase da legislação de compras sempre se ateve aos procedimentos de formulação de editais, à contratação e ao objeto contratado. Os focos deveriam ser outros: resultados esperados com a contratação; objetivos do comprador; e condições de mercado para se comprar o que se pretende. Ora, isso requer que *eficiência, inovação, competição e melhor relação custo-benefício para o setor público brasileiro façam parte da lista de princípios da nova lei de licitações*.

A reforma proposta pelo Ipea ao Senado tem os seguintes objetivos, conforme a seguir.

- 1) Privilegiar o foco no resultado da licitação, e não no processo.
- 2) Incrementar o poder de compra do Estado a favor do cidadão, ampliando o leque de critérios que o administrador pode levar em conta na seleção do fornecedor para cumprir com objetivos sociais amplos e permitindo-lhe combinar os critérios da maneira mais eficiente possível. Esses critérios podem incluir, mas não necessariamente se limitam a:
 - a) menor custo total de propriedade para o Estado;

- b) desenvolvimento produtivo local, regional ou nacional;
 - c) sustentabilidade ambiental;
 - d) promoção de valores culturais e éticos e resguardo do comércio justo;
 - e) concorrência leal e sem barreiras artificiais à entrada;
 - f) prevenção de abuso de posição dominante por fornecedores;
 - g) tempestividade e confiabilidade da execução do serviço ou entrega do bem;
 - h) ressocialização de detentos;
 - i) segurança nacional; e
 - j) favorecimento a instituições de promoção humana e de deficientes físicos.
- 3) Gerar os incentivos de carreira corretos para os administradores de compras públicas.
 - 4) Reduzir ou eliminar as possibilidades de manipulação de resultados e de práticas corruptas.
 - 5) Reduzir o quanto possível os custos de transação das compras públicas, aumentando a eficiência técnica do processo de compras com a adoção e a difusão das melhores práticas de compras.
 - 6) Aumentar a transparência e a previsibilidade do processo de compras para toda a sociedade.

A reforma deve ter os seguintes pilares:

- consolidação das Leis n^{as} 8.666/1993 (Licitações), 10.520/2002 (Pregão Eletrônico) e 12.462/2011 (RDC); de elementos da Lei Complementar

nº 123/2006; da Portaria nº 306 do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão (MPOG), de 13/12/2001; e de parte do Decreto nº 7.892/2013 (Registro de Preços) numa só peça legislativa;⁷

- criação de agências normatizadora e executiva de compras públicas, com carreiras próprias de perfis adequados às atividades de regular, normatizar e executar compras públicas, e dotadas dos devidos incentivos para desempenhar suas funções; e
- transição paulatina da regulamentação dos formatos dos leilões de compras e outras normas, hoje presente em decretos presidenciais – por exemplo, Decretos nºs 3.555/2000 e 5.450/2005, que regem o pregão eletrônico – e instruções normativas do MPOG, para novas instruções normativas e resoluções da Agência Normativa de Compras Públicas (ANCP).

As subseções 2.1 a 2.3 cobrem matéria relativa ao primeiro pilar. A subseção 2.4 cobre também matéria do primeiro pilar e introduz a matéria do segundo e do terceiro pilares. A subseção 2.5 também cobre matérias dos pilares segundo e terceiro.

2.1 Da necessidade de licitação, da eficiência processual e das situações de contratação direta

Quando a Administração Pública necessita de um bem ou serviço, sua árvore de decisão tem basicamente três nós de decisão, ilustrados na figura 1.

No primeiro nó de decisão, o administrador se pergunta se o próprio órgão pode atender à necessidade do bem ou serviço com os recursos humanos e materiais disponíveis ou se deve contratar o fornecimento do bem ou mesmo contratar serviços de terceiros que o gerem, independentemente ou em combinação com os recursos do órgão (*make or buy*). No Brasil, dada a impossibilidade de se contratar e demitir pessoal próprio rapidamente, devido à obrigatoriedade de concurso e à estabilidade do servidor público, tipicamente os recursos humanos disponíveis a serem levados em conta nesta primeira decisão, pelo menos quando a necessidade do bem ou serviço é premente, devem ser

7. Isso se coaduna com as sugestões da Controladoria-Geral da União (CGU) e do Exército à referida consulta pública do Senado.

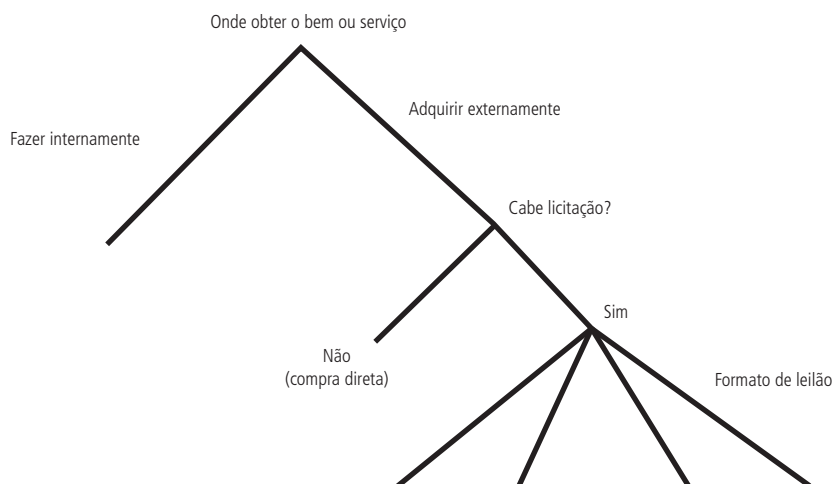
considerados como dados ou fixos, e a mudança no seu quantitativo tem um impacto duradouro na folha de pagamento.

No segundo nó de decisão, o administrador deve verificar se a licitação é inexigível ou não, isto é, se faz sentido economicamente abrir um processo de concorrência entre empresas em que elas ofereçam o produto requerido. A Lei nº 8.666/1993, em seu Artigo 25, enuncia três situações exemplificativas em que a licitação é inexigível, isto é, quando é inviável a competição:

- quando só há um produtor ou representante exclusivo (desde que não seja por delimitação de marca comercial);
- em caso de contratação de serviços técnicos de natureza singular, de profissionais de notória especialização; e
- em caso de contratação direta ou indireta de profissional de qualquer setor artístico consagrado pela crítica ou pelo público.

FIGURA 1

Árvore de decisão de compras de bens e serviços da Administração Pública



Elaboração dos autores.

O administrador pode ainda decidir dispensar a licitação, desde que justificadamente. A lei atual enumera 33 situações que permitem dispensa.⁸ Embora atualmente haja uma distinção jurídica bastante clara entre a inexigibilidade e a dispensa – nesta a ausência de licitação seria por decisão do administrador, enquanto naquela a licitação seria inócua por inexistência de concorrência – do ponto de vista das ciências econômicas, e dentro da sequência de decisões desenhada na figura 1, todas estas situações podem ser caracterizadas por um traço comum: não vale a pena economicamente abrir um processo de licitação, seja porque não aparecerão concorrentes (caso de inexigibilidade) seja porque, mesmo aparecendo estes, o eventual ganho não justificará os custos de transação envolvidos com a mais simples licitação possível ou não atenderá a algum critério objetivo ou subjetivo de “qualidade” (casos de dispensa), e portanto ambas levam à contratação direta.

Mas seriam todas as situações de dispensa disponíveis na lei atual justificativas cabais para a contratação direta? Ao examiná-las uma por uma, pode-se dizer que não, nem todas. Muitas vezes o direcionamento da compra ocorre simplesmente porque as modalidades de licitação que a lei elenca não admitem nenhum critério de qualidade. Em outras a dispensa é feita porque a escala da compra é baixa, e os custos de transação para aquela compra isolada tornam economicamente contraproducente a realização de licitação. Esses dois obstáculos podem ser removidos ou mitigados respectivamente pela adoção de critérios adicionais de adjudicação além do preço e pela agregação de compras (com formação de cadastro de reserva de fornecedores). Além disso, mesmo que não seja viável a adoção de procedimentos com algum tipo de concorrência (livre ou restrita), a negociação das condições de compras pode ser disciplinada por uma regulamentação específica. E mesmo que haja apenas um fornecedor em todo o mercado para um determinado bem, o poder de negociação do Estado brasileiro será reforçado se os órgãos negociarem conjuntamente as condições de financiamento. De fato, como se verá na subseção 2.4, uma fatia de 34,36% (em valor) do total de compras registradas no Sistema Integrado de Administração de Serviços Gerais (SIASG)⁹ entre 1999 e junho de 2013 – e que hoje é classificada como dispensas e inexigibilidades – poderia, em tese, passar por um processo de negociação conjunto ou mesmo ser licitada competitivamente,

8. O Artigo 24 da Lei nº 8.666/1993 enumera 33 incisos com hipóteses de dispensa, muitas delas acrescentadas por leis posteriores. Há outras hipóteses no Artigo 17 da mesma lei, bem como em outras leis, como a de consórcios públicos (Lei nº 11.107/2005, Artigo 2º, §1º, inciso III).

9. O SIASG é o sistema informatizado que registra, controla e compatibiliza as atividades e os procedimentos relativos ao Sistema de Serviços Gerais (SISG), em tempo real.

desde que as modalidades de licitação atuais fossem completamente revistas, conforme proposto na subseção 2.2. Para se ter uma ideia do quanto é excessiva a parcela do valor comprado pela Administração Federal mediante contratação direta (dispensa e inexigibilidade), basta dizer que a participação das compras por procedimento negociado nas compras da UE (aquelas feitas sem licitação) era de 14% do valor e apenas 9% em volume (PwC, London Economics e Ecorys, 2011).

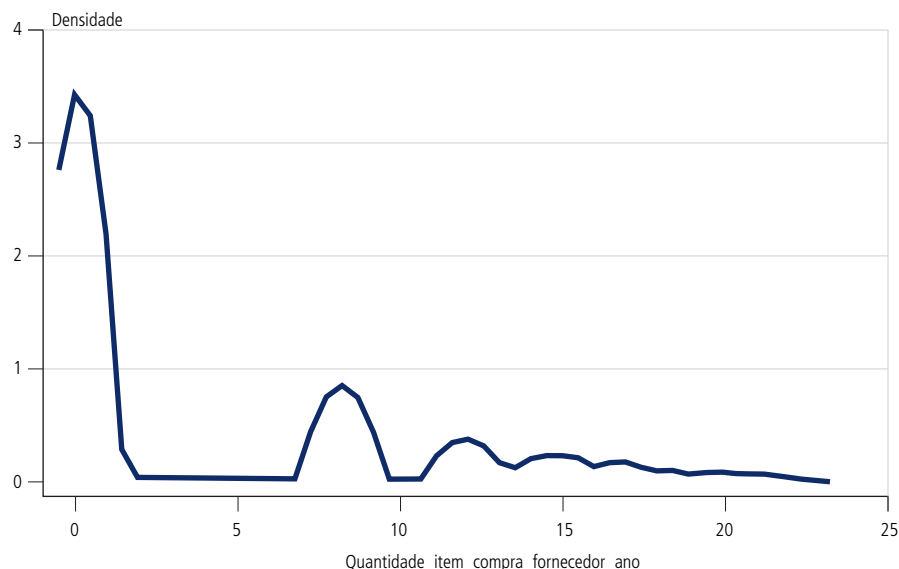
Outro dado importante que vale a pena trazer é o número de inexigibilidades para um mesmo fornecedor por ano. Para essa estatística, foram extraídas do Data Warehouse Comprasnet (DW Comprasnet), do MPOG, todas as compras por inexigibilidade que evocavam o *caput* ou o inciso I do Artigo 25 da Lei nº 8.666, isto é, todas as compras para as quais a concorrência era inviável, com resultado de compra datado de 2003 a 2012. O gráfico 1 plota a distribuição suavizada – densidade não paramétrica (*kernel*) com janela ótima de Epanechnikov – do número médio anual de itens de compras de um mesmo fornecedor por inexigibilidade. Verifica-se que 63,34% dos fornecedores tiveram adjudicados até um objeto por ano em média; 15,66% tiveram entre oito e dez contratos por ano; e 16,56% tiveram entre doze e 16,2 contratos por ano. Usando-se o custo médio de transação por compra por inexigibilidade estimado pelo MPOG (Brasil, 2007a), chega-se a uma estimativa de replicação (desperdício) de custos que pode chegar à casa de R\$ 31 mil por fornecedor no segundo grupo e R\$ 49 mil no terceiro grupo. No total, estimou-se que a unificação de inexigibilidades para um contrato por fornecedor/ano traria uma economia anual mínima de R\$ 48 milhões por ano apenas do lado do governo – sem considerar economias por parte dos fornecedores, que poderiam, por sua vez, ser repassados parcial ou totalmente aos preços praticados. Admitindo que contratos repetidos anualmente com o mesmo fornecedor também poderiam ser substituídos por contratos multianuais, essa economia pode ser ainda maior. Isso só nos órgãos federais do SIASG. Não estão computadas todas as compras de órgãos do Legislativo, Judiciário, empresas públicas e estatais.

Infelizmente faltou a todas as contribuições da consulta pública do Senado esse questionamento sobre os limites da contratação direta. Apenas as contribuições do MPOG e do Tribunal de Contas da União (TCU), na medida em que favorecem o RDC, indiretamente contribuem para um enxugamento da lista de situações em que ela é indicada.

GRÁFICO 1

Distribuição do número médio anual de itens de compras de um mesmo fornecedor – estimador de densidade pelo método do núcleo (*kernel*) (2003-2012)

Estimador de densidade Kernel



Kernel = Epanechnikov, *bandwidth* = 0.6138

Fonte: DW Comprasnet/MPOG.

Elaboração dos autores.

Ora, embora se possa manter a distinção entre dispensa e inexigibilidade no novo arcabouço porque são situações distintas, o tratamento dado não deve se prender ao tipo de fator motivador da contratação direta, mas sim, deve ser pensado como uma maneira eficiente de atacar e resolver o problema em questão, o que pode ser completamente independente do fator motivador. Na subseção 2.4, apresentam-se algumas soluções pensadas para diversas situações em que a lei atual prevê a contratação direta.

2.1.1 Da eficiência processual da compra pública

A normatização da atividade de compra pública: regras formais, imprevisibilidade e falta de padronização de documentos e procedimentos

Além da baixa qualificação, que será abordada na subseção 2.4.1, outra imensa dificuldade para se extrair um bom desempenho dos funcionários do setor de compras é a falta de uma normatização única para a atividade. Na ausência de um órgão central designado para a função de normatização, o vácuo é ocupado pelos órgãos de auditoria interna

(no caso da União, a CGU) e externa (tribunais de contas), os quais, infelizmente, acabam provendo orientações conflitantes – conforme apontam os relatórios do Banco Mundial (2004) e do MPOG (Brasil, 2007b). Além disso, embora tenha havido um sensível progresso na capacitação de tais órgãos (especialmente TCU e CGU), ainda se percebe uma grande ênfase dada a questões formais dos processos. Segundo dados do TCU, 79,5% das auditorias realizadas pelo órgão em 2013 (responsáveis por 61,8% dos homens-dias empregados pelo tribunal em auditorias) eram de conformidade, e praticamente nenhuma era operacional.¹⁰

Auditoria operacional (ANOp1) é o exame independente e objetivo da economicidade, eficiência, eficácia e efetividade de organizações, programas e atividades governamentais, com a finalidade de promover o aperfeiçoamento da gestão pública. As auditorias operacionais podem examinar, em um mesmo trabalho, uma ou mais das principais dimensões de análise (Brasil, 2010a).

Auditoria de conformidade – Instrumento de fiscalização utilizado pelo Tribunal para examinar a legalidade e a legitimidade dos atos de gestão dos responsáveis sujeitos a sua jurisdição, quanto ao aspecto contábil, financeiro, orçamentário e patrimonial (Brasil, 2010b).

A figura 2 ilustra as principais dimensões de análise da auditoria operacional e suas inter-relações.

Ora, o excesso de apego a regras formais pode obscurecer o entendimento do fim precípua da licitação, que é comprar da maneira mais vantajosa e isonômica possível para a Administração Pública, sujeito a critérios de transparência.

Segundo o relatório do MPOG (Brasil, 2007b): *i)* para os fornecedores, os procedimentos são demasiadamente formais e burocráticos; *ii)* os processos são tratados caso a caso, sem aproveitamento do conhecimento produzido pela Administração; e *iii)* a preocupação com o atendimento das regras formais supera o de “comprar bem”.

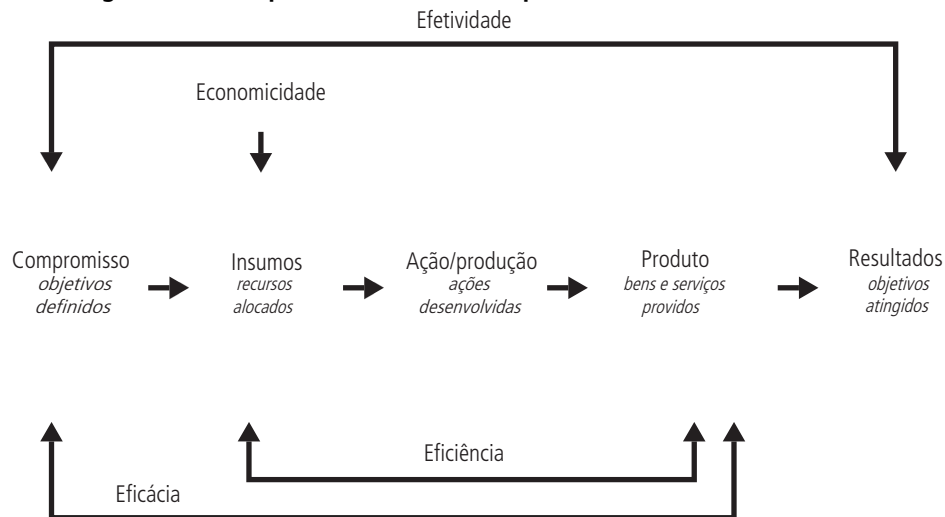
Note-se também que os funcionários de compras atualmente são extremamente avessos ao risco e não recebem incentivos associados ao cumprimento de metas de qualidade ou preço do que compram (Brasil, 2007b). O resultado é uma preocupação

10. Fonte: Sistemas Sinergia e Fiscais do TCU. Números gentilmente cedidos por Carlos Eduardo de Queiroz Pereira, da Secretaria de Controle Externo no Estado do Rio de Janeiro (Secex-RJ) do TCU, a quem os autores agradecem.

excessiva dos funcionários com o aspecto formal das normas e procedimentos, mesmo quando eles têm consciência de que tais normas não são eficazes. Parece faltar um canal permanente em que eles expressem sugestões para melhoria dos processos, além dos incentivos econômicos para tal.

FIGURA 2

Diagrama insumo-produto da auditoria operacional



Fonte: Brasil (2010b, p.11).

Também o Banco Mundial (2004) verificou que faltam ou são inadequados os procedimentos básicos para um bom planejamento de compras, incluindo controle de estoques, gerência de projetos, cronograma físico-financeiro e levantamento de preços no mercado.

Uma visão global do processo de aquisições só é possível se o Estado tiver um órgão com a atribuição de normatizar. Embora a Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação (SLTI) do MPOG tenha tido e ainda conserve um papel de liderança na formulação e implementação de regulamentos e diretrizes para administração de material, obras e serviços, licitações e contratos do governo federal, administração direta, autárquica e fundacional, ela não exerce um papel normatizador pleno, até porque a legislação atual já é extremamente detalhada e enumera uma série de elementos que devem ser definidos em edital, não em instruções normativas.

Uma experiência de harmonização de normatizações que vale a pena estudar é a da Comunidade Europeia. Há dois níveis de tamanho de contratos públicos no arcabouço europeu, de acordo com o valor potencial do contrato. Compras abaixo dos limiares estabelecidos pelo Regulamento da Comissão nº 2.083/2005 são regulamentadas pelos próprios países-membros. Compras acima desses limiares seguem diretrizes para compras públicas estabelecidas no âmbito da UE. Compilações como Lacava e Zuccolotto (2005) e Public Procurement Network (PPN, 2010) resenham quais diplomas legais transpõem as diretivas da Comunidade Europeia e quais regulam as compras abaixo do limiar comunitário. Vale notar que, em países com regime federativo, como Alemanha, Áustria, Bélgica e Suíça, as unidades federativas adequam-se às mesmas diretivas europeias, transpondo-as para suas legislações próprias, caso dos três primeiros, ou têm um instrumento disciplinador, que é o Acordo Intercantonal, caso da Suíça (Lacava e Zuccolotto, 2005; PPN, 2010).

Regras que entravam o processo licitatório

A primeira coisa que se nota nos processos licitatórios é a sua muito longa duração (Fiuza, a publicar). A Lei nº 8.666/1993 prevê prazos mínimos e máximos entre diversos eventos externos, mas não prevê prazos internos para tramitação de pedidos de compras, e não existe um sistema gerencial no Executivo Federal que forneça os tempos despendidos em cada fase dos processos de compras.

Além disso, não se visualiza no sistema quanto tempo e quantos recursos foram despendidos na elaboração do projeto básico e no projeto executivo de obras. Infelizmente, muitas vezes esses projetos são mal feitos ou nem feitos. As explicações mais plausíveis para isso são o mau planejamento e a necessidade de garantir recursos para a obra antes que o recurso seja contingenciado ou devolvido. Mau planejamento é uma questão cultural e administrativa. Não é uma reforma da Lei de Licitações que irá resolver. Por sua vez, o comportamento estratégico de garantir recursos advém do modelo de orçamento que o setor público adota, em que as verbas para contratações podem excessivamente ser revistas.

Erros ou insuficiência de projetos significam que as obras serão revistas mais que o desejável, e que haja excesso de aditamentos, como é salientado na subseção 2.3.1. Estes aditamentos atrasam e/ou encarecem obras. O problema é apenas parcialmente resolvido com a contratação integrada.

Mas o que foi detectado como maior fonte de atrasos durante o processo licitatório é o excesso de possibilidades de recursos. O efeito suspensivo dos recursos acaba, muitas vezes, tumultuando o andamento regular do processo. Vale notar que grande parte dos recursos refere-se à habilitação de licitantes e outra parte deve-se à rejeição de lances por questões formais e insignificantes sobre a documentação de habilitação, com pouca relação com o objeto da licitação ou com a capacidade efetiva do licitante em cumprir o fornecimento do bem ou serviço.

Em verdade, o relatório do Banco Mundial (2004) entende que os recursos são até usados estrategicamente pelos perdedores das licitações, de modo a arrancar alguma compensação dos vencedores. A antiga Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça (SDE/MJ) também entendia que o fato de os licitantes se conhecerem antes do encerramento do processo licitatório – no caso das modalidades por envelope fechado, que atualmente são todas presenciais – confere à apelação o uso potencial como instrumento de barganha entre empresas para se chegar a resultados colusivos: a firma com melhor preço pode acabar saindo do certame e a segunda mais bem colocada reparte com ela os ganhos (a diferença entre o primeiro e o segundo lance), seja em pagamentos diretos seja em subcontratação.

Esse problema de excesso de recursos pode ser mitigado por meio de **seis medidas**, que não são todas mutuamente exclusivas.

A **primeira** é a prevista no PLC nº 32/2007, o qual remove o efeito suspensivo dos recursos. Por esta solução, as licitações poderão ir até o final antes que os recursos sejam julgados, mesmo se não for alterada a ordem entre as fases da habilitação e do certame.

A **segunda** medida, mais radical, foi adotada no RDC (Lei nº 12.462/2011, Artigo 12): inverter as fases, de modo que o padrão passa a ser que a habilitação ocorra depois do certame, mas permitindo que, em alguns casos, e justificadamente, o gestor da compra restaure a ordem prevista na Lei nº 8.666. Tal medida parece mais adequada que a anterior, em vista de a evidência empírica nos estados brasileiros apontar para o sucesso da inversão de fases (Blancas *et al.*, 2011).¹¹

11. Teste efetuado por Blancas *et al.* (2011) comparando licitações em São Paulo e Minas Gerais evidenciou efeito significativo da inversão de fases sobre a redução do tempo do processo, mas não encontrou efeito significativo sobre os preços pagos.

A **terceira**, também adotada no RDC, consiste em tornar a fase recursal única (Artigo 27), na qual são analisados os recursos referentes ao julgamento das propostas ou lances e à habilitação do vencedor. É uma inovação bem-vinda que deve ser incorporada à nova legislação, como também defendeu a CGU em sua manifestação.

A **quarta** medida, também instituída para compras pelo RDC (Artigo 28), permite ao homologador devolver o processo se encontrar vício sanável – é a chamada fase de saneamento do processo, que os consultores do MPOG (Brasil, 2007a; 2007b) já propunham; o Banco Mundial (2004) entendia como legítima a publicação de emendas, desde que pelos mesmos meios. Entende-se aqui que as sugestões da Marinha ao Artigo 38 também são nessa direção e são bem-vindas: mudanças que facilitem o saneamento de erros meramente formais ajudariam enormemente na agilidade dos processos licitatórios.

A **quinta** medida seria mais profunda: envolveria a adoção de um sistema de pontuação para a qualificação técnica, mesmo que se continuasse usando como critério de adjudicação o menor preço.

Por fim, vale notar que, embora o governo tente amigavelmente resolver as disputas com seus fornecedores, a judicialização do conflito é inegável. Assim, a **sexta** medida seria a criação de uma câmara de arbitragem para resolver essas disputas, seguindo a sugestão dos consultores do MPOG (Brasil, 2007a, 2007b), e das contribuições do Sinaenco; e da Federação do Comércio de Bens, Serviços e Turismo de Santa Catarina (Fecomércio-SC) à consulta pública do Senado.

Vale notar também que o custo da habilitação, incluindo a manutenção de certidões, é um componente importante dos custos de transação dos fornecedores, chegando a 26% do custo de materiais e serviços (Brasil, 2007a). Esse custo, que é incorrido sempre que a habilitação é prévia, supostamente passaria a ser despendido apenas pelas empresas que vencessem alguma licitação no período em caso de inversão de fases. Por isso, a antiga SDE/MJ – hoje Superintendência-Geral do novo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) – entendia que a inversão de fases também favorece a redução do custo de entrada de novos concorrentes e, portanto, o aumento da concorrência, nas licitações que não estão sendo feitas hoje nem por pregão nem por RDC.

Dessa forma, a inversão de fases comumente conhecida – deixar a fase de habilitação para o final – é uma medida que deve valer para qualquer tipo de procedimento de licitação na nova lei (aberto, restrito ou negociado), seja qual for o formato do leilão, o critério de adjudicação, o regime de contratação ou a forma de compra (com ou sem contrato-marco). As outras medidas, como câmara arbitral, fase recursal única e fim do efeito suspensivo automático dos recursos, são complementares e também bem-vindas.

Outras mudanças que podem diminuir o tempo de execução dos processos de contratação e das execuções dos contratos em si estariam relacionadas a mudanças nas regras processuais, tais como: custos de interposição de recursos; reversão de pagamentos; sucumbências etc. Também seriam beneficiadas as contratações públicas se o Judiciário agisse com mais celeridade e eficiência, o que também estaria fora do escopo da Lei de Licitações. A esse respeito, recomenda-se a leitura do recente estudo acerca do impacto do *enforcement* legal sobre a eficiência das contratações públicas na Itália (Coviello *et al.*, 2013).

2.2 Das modalidades de licitação e dos critérios de adjudicação

Esta subseção começa enunciando de forma clara e objetiva a mensagem dos autores:

- 1) A lei que regerá as compras públicas nacionais deve abandonar por completo o conceito de modalidade de licitação. Ele é um conceito obsoleto e engessa o formulador de política, pois o progresso tecnológico e operacional na forma de contratação acaba requerendo mudanças legislativas, e isso é ineficiente para o setor público. A licitação é um leilão reverso, e o seu formato envolve dimensões que não podem ser previstas em lei sem que essa lei se torne obsoleta ou esbarre em casos omissos em poucos meses.
- 2) A lei deve apenas prever aquelas condições em que se aplicam licitações e aquelas em que não. Para as compras por licitação, a lei deve ainda prever apenas princípios básicos para a formatação e implementação de leilões reversos. Esta lei ou uma que a complemente pode prever o escopo de normatização infralegal.

Dito isso, cumpre justificar essa posição.

Do ponto de vista da teoria econômica, uma licitação para compra nada mais é que um leilão reverso. Um leilão reverso é um jogo no qual um jogador chamado comprador recebe cotações para aquisição de um bem ou serviço de dois ou mais jogadores chamados vendedores ou licitantes, após anunciar as regras para a escolha da oferta mais vantajosa (Krishna, 2002). Os leilões podem ser classificados de acordo com vários critérios:

- pela ordem dos lances: com lances seguidos (tais como os leilões chamados inglês e holandês) ou por envelopes fechados;
- pelo número de objetos: objeto único ou multiobjeto;
- em caso de múltiplos objetos, pela ordem de licitação dos objetos: sequenciais ou simultâneos;¹²
- pelas dimensões dos lances: unidimensionais (tipicamente apenas o preço) ou multidimensionais (por exemplo, técnica e preço, em que técnica, por sua vez, pode ser decomposta em uma variedade de dimensões ou critérios); e
- pelo lance que é efetivamente pago: primeiro lance (ou primeiro preço) e segundo lance, ou segundo preço (conhecido como leilão de Vickrey).

Além dessas regras, o comprador pode determinar, por exemplo, uma parte ou a totalidade das seguintes regras:

- a fórmula de pontuação dos lances, quando multidimensionais, pela qual os diversos critérios são ponderados para se obter a pontuação (*score*);

12. As definições de leilões simultâneo e sequencial da literatura econômica não coincidem com as definições atuais da Lei nº 8.666/1993 (Artigo 39, parágrafo único). Segundo a lei, as licitações simultâneas são aquelas com objetos similares e com realização prevista para intervalos não superiores a trinta dias, enquanto as sucessivas são aquelas, também com objetos similares, em que o edital subsequente tem uma data anterior a 120 dias após o término do contrato resultante da licitação antecedente. Quando a literatura econômica se refere a leilões sequenciais, tem-se em mente a realização de certames separados e literalmente sequenciais para os diversos itens de um mesmo leilão multiobjeto, enquanto os leilões simultâneos começam a receber lances para todos os itens ao mesmo tempo, podendo encerrar todos os lances simultaneamente ou em momentos diferentes.

- a pontuação (*score*) de reserva (no caso dos leilões reversos, o valor máximo que o comprador está disposto a pagar, ou a pontuação mínima que a proposta deve atingir), que pode ser revelada ou não pelo comprador;
- regras de aceitabilidade das propostas ou lances;¹³
- restrições aos “incrementos” (no caso das licitações, os decréscimos) entre os lances dos jogadores, isto é, à diferença de valores entre um lance e o lance posterior (caso o leilão seja descendente ou tenha uma fase como tal);
- divisão dos lotes e regras sobre quantos lotes cada licitante pode arrematar;
- limites à subcontratação e formação de consórcios;
- regra de encerramento do leilão, como, por exemplo, um tempo máximo de duração, ou um número de lances válidos;
- se são de conhecimento público as identidades de todos os licitantes ou apenas a do vencedor da disputa, e se durante ou só após o certame;
- regras de saída da disputa (por exemplo, eliminação de licitantes que não fizerem lances durante três rodadas seguidas); e
- requisitos de habilitação técnica e financeira das empresas para participação na licitação.

Entretanto, *nenhuma dessas regras acima* deveriam estar definidas na Lei de Licitações.¹⁴ Algumas devem constar nas diretrizes traçadas por um órgão normatizador,

13. A terminologia utilizada na legislação brasileira distingue a *proposta*, apresentada nas fases de envelopes fechados, do *lance*, oferecido nas fases de leilão reverso descendente. Na literatura econômica, ambos são chamados de lances, distinguindo-se apenas entre envelopes fechados (*sealed bids*) e abertos (*open bids*), correspondendo os primeiros a leilões simultâneos e os últimos aos leilões sequenciais (mesmo que a identidade do licitante não seja revelada). Doravante será usada esta terminologia. Quando o lance puder ser, no contexto, tanto aberto quanto selado será chamado simplesmente de lance.

14. Por consequência, fica prejudicada boa parte das contribuições da Marinha à consulta pública do Senado, que se circunscrevem a modalidades e situações de dispensa de licitações.

que possa revê-las rapidamente na medida em que a avaliação do desempenho dessas regras apontar para problemas de ineficiência (no sentido mais amplo possível); outras ainda podem ser decididas caso a caso em cada edital, mas também atendendo a diretrizes do órgão normatizador. Por exemplo, o edital não pode inventar uma regra de submissão de lances nova; ela deve constar de um cardápio de regras oferecido pelo órgão normatizador. Este cardápio, por sua vez, pode ser subdividido em subconjuntos, tais como: tipos de leilões adequados para obras de engenharia; tipos de leilões adequados para terceirização de serviços etc. A criação desse órgão normatizador, chamado de *agência normatizadora*, poderia, portanto, servir para estruturar melhor essa hierarquia de decisões e responder de uma maneira mais ágil e dinâmica à evolução das necessidades das licitações sem a necessidade de apelar para mudanças na lei.

Os objetivos do comprador ao formular as regras do leilão podem ser vários, de acordo com a situação:

- favorecer a participação e a capacitação das pequenas empresas nas licitações;
- favorecer a entrada contínua de novas empresas como fornecedoras do comprador, ampliando a sua base de fornecedores;
- atenuar desequilíbrios regionais ou favorecer os fornecedores locais;
- estimular a concorrência leal mediante exigência da adimplência fiscal;
- obter o menor preço do bem licitado para a Administração;
- obter a melhor qualidade ou técnica de bem ou serviço;
- obter o menor custo total de propriedade;¹⁵

15. Segundo a Wikipedia (disponível em: <http://en.wikipedia.org/wiki/Total_cost_of_ownership>), o custo total de propriedade é uma “estimativa financeira que pretende ajudar os compradores e os proprietários a determinar os custos diretos e indiretos de um sistema” (tradução nossa). Isto inclui os custos de aquisição e os custos de operação. O conceito – bastante usado nos setores de tecnologia da informação (TI), de material de transporte e de material de escritório – foi particularmente indicado pelo TCU (Brasil, 2012) para as aquisições públicas de TI. No primeiro caso (TI), inclui gastos com *software* e *hardware* de terminais, servidores, redes e estações de trabalho, licenças, garantias, consumo de energia, homens-horas de manutenção e programação, escalabilidade etc. No segundo caso (material de transporte), inclui custos de depreciação e manutenção (inclusive peças), combustíveis e seguros, entre outros. Os autores agradecem a Edvaldo Noleto por lhes ter chamado a atenção para a existência do *Guia de boas práticas em contratação de soluções de tecnologia da informação*, do TCU (Brasil, 2012).

- atender a padrões de sustentabilidade ambiental;
- favorecer o uso de *software* livre;
- evitar conluio entre fornecedores;
- obter o menor custo de operação ao utilizar o bem licitado como insumo de serviço;
- atribuir o contrato à empresa mais eficiente atualmente;
- atribuir o contrato à empresa mais eficiente ao longo do tempo;
- permitir às empresas a realização de economias de escopo (sinergias) no atendimento de mais de um lote;
- prevenir brechas que favoreçam a corrupção e o favoritismo; e
- minimizar riscos de inexecuibilidade do contrato, principalmente os relacionados à *maldição do vencedor* – vitória, na licitação, não do concorrente mais eficiente, mas sim daquele que avaliou mal o custo da execução do serviço ou da produção do bem.

Há vários potenciais dilemas (*trade-offs*) entre alguns objetivos acima. O mais óbvio é entre obter o menor preço e a maior qualidade. Mas existem inúmeros outros. Por exemplo, a necessidade de prevenir a corrupção costuma ser buscada pela máxima publicidade e transparência dos atos do comprador, o que favorece a vigilância da sociedade. Ocorre, no entanto, que muitas informações públicas – como, por exemplo, a identidade dos licitantes e de seus lances – favorecem a coordenação destes, ainda que tácita (isto é, sem uma combinação formal), de modo que a economia obtida com a eliminação de propinas pode acabar sendo jogada fora por causa da redução da concorrência entre os licitantes.

Estes dilemas são mais agudos ou menos agudos de acordo com o mercado em que está inserida a licitação. Por exemplo, um histórico de coordenação entre empresas

num mercado, diagnosticado pelos órgãos de defesa da concorrência, pode sugerir ao formulador da licitação uma preocupação extra em blindar as regras do edital contra a divisão do mercado pelas empresas, seja nos requisitos financeiros, seja na divisão dos lotes a serem licitados etc.

Seria um despropósito – e mesmo impossível – tratar aqui de todas as combinações de regras de licitação e de objetivos perseguidos por meio delas, principalmente porque regras que se mostram superiores sob certas condições deixam de sê-lo em outras. Sumarizam-se aqui apenas os principais resultados teóricos e empíricos da literatura.

2.2.1 As principais conclusões teóricas e práticas sobre licitações

Na literatura sobre leilões, o clássico *trade-off* de objetivos na escolha entre o leilão descendente e o de envelopes fechados é o que relaciona o objetivo de aumentar a concorrência e de evitar a *maldição do vencedor*, de acordo com as condições de informação entre os competidores. A presença de valores (principalmente custos) comuns ou interdependentes faz com que os licitantes sejam mais cautelosos em seus lances, e a observação dos lances dos demais em sequência favorece o aprendizado de cada um sobre o verdadeiro valor do contrato. Entretanto, as licitações com lances descendentes podem favorecer o monitoramento de um conluio (ainda que tácito) entre os licitantes, que deve ser um motivo de preocupação mais séria quando a interdependência de valores é fraca,¹⁶ tendendo a valores privados independentes. Assim, o comprador deve preferir uma licitação por envelopes fechados a leilões descendentes, quando se acreditar que o componente comum de custos de produção seja pequeno ou não muito incerto ou quando os licitantes provavelmente tiverem informação relativamente similar sobre o custo comum, enquanto vale a preferência reversa, pelo leilão descendente, quando se acreditar que o componente comum seja sutil e incerto, ou se esperar que os licitantes possuam diferentes – ainda que correlacionados – “pedaços” de informação e/ou experiências nos custos comuns.¹⁷

O uso de leilões descendentes, por sua vez, é passível de ajustes finos, de acordo, por exemplo, com os objetivos quanto à defesa da concorrência, ao processo

16. Definições técnicas para valores interdependentes e afiliados estão disponíveis em Krishna (2002, cap. 6).

17. Para mais informações, ver Albano *et al.* (2006b) e referências lá citadas.

de aprendizado de valores, ou da duração do leilão. A busca de leilões mais ágeis¹⁸ costuma ser feita por meio:

- da administração do decréscimo entre os lances da fase descendente;
- da regra de atividade ou de saída; e
- da regra de encerramento do pregão.

Albano *et al.* (2006b) propõem também que, se a duração não for uma preocupação tão importante, pode-se recorrer a uma sequência de leilões por envelopes fechados, que emularia um leilão descendente. Se o tempo for importante, a sequência pode ser reduzida a duas rodadas.

Outro *trade-off* importante acontece nos leilões multiobjeto, quando os custos de fornecer os bens ou serviços de lotes diferentes são interdependentes. Por um lado, o risco de exposição é maior nos leilões de envelopes fechados que nos leilões descendentes, pois nestes os licitantes têm como ajustar seus lances e evitar ganhar lotes isolados com preços que só seriam viáveis sob condição de vitória em outros lotes, enquanto naqueles os licitantes podem, no máximo, renegar seus lances (o que normalmente lhes acarreta alguma penalidade). Por outro lado, entre os leilões descendentes, a licitação sequencial dos objetos é menos eficiente que a simultânea, pois nesta, se o licitante perceber que não vai arrematar um dos objetos, ele pode rever sua estratégia, enquanto naquela o fechamento de um objeto preclui esta revisão. Assim, a simultaneidade pode ser ruim de um lado e benéfica do outro. Para completar, o problema da exposição pode ser resolvido no leilão de envelopes fechados como o uso de lances em pacote (*package bidding*). Neste sistema, um licitante pode fazer propostas condicionadas à adjudicação conjunta de um grupo específico de contratos, como também pode fazê-la para um único contrato. Este sistema, segundo Dimitri *et al.* (2006, p. 201), tem sido empregado para a alocação de *slots* de aeroportos, em transporte de cargas rodoviárias, rotas de ônibus e compras.

18. Pregões excessivamente longos têm os seguintes inconvenientes: maior probabilidade de circulação de informação e de colusão; custos psicológicos aos licitantes; e custo do pessoal administrativo especializado (Albano *et al.*, 2006b).

Por fim, como se verá adiante, outro *trade-off* importante dá-se entre o nível de concorrência desejado e a necessidade de regras para prevenir propostas e lances inexequíveis.

2.2.2 As modalidades atuais

Apesar de toda riqueza e variedade de leilões disponíveis na literatura econômica e da farta evidência empírica e experimental sobre em que condições cada tipo de leilão é mais vantajoso, *depara-se com a mais absoluta pobreza de formatos de leilões nas licitações brasileiras*. No quadro 1, nota-se que as modalidades de licitação propriamente ditas resumem-se a três leilões de envelopes fechados (concorrência, tomada de preço e convite) e dois leilões híbridos (pregões presencial e eletrônico). Os leilões híbridos, ao contrário do leilão anglo-holandês – que é, de longe, um formato muito mais bem estudado na literatura econômica –, começam com os envelopes fechados e terminam com os lances sequenciais. A única abordagem teórica disponível para esse tipo de leilão híbrido é o de Dutra e Menezes (2001a), que aponta uma superioridade teórica desse tipo de leilão – utilizado na privatização do setor de telecomunicações brasileiro em 1998 – sobre o leilão-padrão (primeiro preço dentre envelopes fechados) em termos de receita. Mesmo assim, o artigo não chega a modelar a segunda fase do leilão como ascendente (inglês), mas sim como um leilão de Vickrey – leilão de segundo preço por envelopes fechados –, usando a equivalência de resultados entre os dois formatos. Além disso, o leilão de privatização tinha uma regra que foi excluída do pregão eletrônico: na primeira fase, se a diferença entre o primeiro e o segundo colocados fosse maior que 10%, o objeto já seria adjudicado ao primeiro colocado.¹⁹

Ocorre que a equivalência de resultados entre o leilão de Vickrey e o inglês requer a satisfação de uma série de condições, tais como: neutralidade ao risco, valores privados independentes, ausência de restrição de crédito e distribuições simétricas. Além disso, outro artigo dos mesmos autores, ao realizar experimentos, aponta resultados ambíguos em termos de receita (Dutra e Menezes, 2001b), ainda que os dois leilões híbridos experimentados tenham atingido resultados eficientes e induzido menos lances exagerados.

19. O Decreto nº 3.555/2000, que regulamenta o pregão presencial, prevê a exclusão. Ele diz, no seu Artigo 11, que: “VI - o pregoeiro procederá à abertura dos envelopes contendo as propostas de preços e classificará o autor da proposta de menor preço e aqueles que tenham apresentado propostas em valores sucessivos e superiores em até dez por cento, relativamente à de menor preço; VII - quando não forem verificadas, no mínimo, três propostas escritas de preços nas condições definidas no inciso anterior, o pregoeiro classificará as melhores propostas subseqüentes até o máximo de três, para que seus autores participem dos lances verbais, quaisquer que sejam os preços oferecidos nas propostas escritas” (Brasil, 2000). Por sua vez, o Decreto nº 5.450/2005, que regulamenta o pregão eletrônico, não traz qualquer dispositivo que restrinja o número de participantes entre as fases de propostas e de lances.

QUADRO 1
Comparativo de modalidades

Modalidade ¹	Habilitação	Tipos possíveis			Prazos mínimos entre publicação do edital e recebimento das propostas	Valores		Encaminhamento das propostas
		Melhor técnica	Melhor preço	Técnica e preço		Obras e serviços de engenharia	Compras e outros serviços	
Concorrência	Acesso a qualquer interessado qualificado na habilitação preliminar.	X	X	X	Quarenta e cinco dias (técnica e preço); 30 dias (outros)	Acima de R\$ 1,5 milhão	Acima de R\$ 650 mil	Envelopes fechados
Tomada de preços	Acesso apenas a interessados cadastrados, qualificados até três dias antes do certame. ²	X	X	X	Trinta dias (técnica e preço); quinze dias (outros)	De R\$ 150 mil a R\$ 1,5 milhão	De R\$ 80 mil a R\$ 650 mil	Envelopes fechados
Convite ³	Se for convidada, a firma não precisa ser cadastrada. Mas cadastrados (e só eles) não convidados podem solicitar participação, desde que 24 horas antes do certame.	X	X	X	Cinco dias úteis	De R\$ 15 mil a R\$ 150 mil	De R\$ 8 mil a R\$ 80 mil	Envelopes fechados
Pregão presencial	A entrega dos documentos de habilitação é no início do certame, mas o exame de sua validade é posterior. Os requisitos são definidos no edital.		X		Oito dias	Não se aplica	Qualquer valor	Envelopes fechados e lances ao vivo (presenciais)
Pregão eletrônico	A entrega dos documentos de habilitação é no início do certame, mas o exame de sua validade é posterior. Os requisitos são definidos no edital.		X		Oito dias	Não se aplica	Qualquer valor	Envelopes fechados (propostas) e lances <i>online</i>

Fonte: Brasil (1993, 2000, 2002, 2003, 2005).

Notas: ¹ Exclui-se do comparativo a modalidade leilão, destinada exclusivamente para a venda de bens móveis inservíveis para a Administração ou de produtos legalmente apreendidos ou penhorados, bem como a modalidade de consulta prevista nos Artigos 54 e 55 da Lei nº 9.472/1997, para uso pela Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel) em compras de bens e serviços de engenharia comuns. Exclui-se também a modalidade concurso, que “é a modalidade de licitação entre quaisquer interessados para escolha de trabalho técnico, científico ou artístico, mediante a instituição de prêmios ou remuneração aos vencedores, conforme critérios constantes de edital” (Lei nº 8.666, Artigo 22, parágrafo 4º).

² Data de recebimento das propostas ou de início do pregão, conforme o caso.

³ Valores inferiores aos do convite já são justificativa suficiente para a dispensa de licitação (Artigo 24, inciso II).

À luz do que já foi discutido na subseção anterior, há um forte indício teórico de que essa diferente ordem das fases (simultânea em primeiro e sequencial depois) é danosa à concorrência. Se o principal benefício do lance descendente é prevenir a maldição do vencedor, e o principal benefício do envelope fechado é dificultar o conluio, o mais lógico é começar pelo sequencial e, no final, efetuar uma fase de envelopes fechados. Exatamente como funciona o leilão anglo-holandês reverso. Não à toa, o Artigo 24, inciso II, do Decreto nº 7.581/2011, que regulamenta a Lei nº 12.462, instituiu a possibilidade de inverter a ordem entre a fase de propostas (lances simultâneos em envelope fechado) e a de lances (lances sequenciais), o que converte o pregão num leilão anglo-holandês reverso de livro-texto. Isso também precluiria a esdrúxula figura da negociação do preço pós-certame entre o pregoeiro e o vencedor. Esdrúxula porque, primeiro, cria incentivos perversos para que os licitantes sejam menos agressivos em seus lances e, segundo, porque cria um tratamento desigual, negociando-se com um licitante sem que se dê posterior chance aos demais de cobrir o preço.

Atualmente, o critério básico para escolha entre as modalidades por envelopes fechados e os pregões é a possibilidade de especificar completamente os bens e serviços. A Lei nº 10.520/2002 possibilitou a adoção de pregão apenas quando tais bens ou serviços fossem comuns, assim entendidos como “aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais no mercado” (Brasil, 2002, Artigo 1º, parágrafo único),²⁰ e apenas quando o critério de adjudicação fosse o melhor preço. O Decreto nº 5.450/2005 (Artigo 4º) tornou obrigatório o pregão nesses casos.

20. Esta é a mesma redação utilizada pelo Decreto nº 5.450/2005, Artigo 2º, § 1º. Os Decretos nºs 3.784/2001 e 3.555/2000 traziam, em seus anexos II, as listas da classificação de quinze tipos de bens e 52 tipos de serviços comuns. Contudo, o Decreto nº 7.174/2010, em seu Artigo 14, revogou o anexo até então em vigor (o do Decreto nº 3.555/2000), e o Artigo 12 estabelece que são considerados bens e serviços comuns “aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos em edital, por meio de especificações usuais *praticadas* no mercado” (grifo nosso) – uma redação quase idêntica à de 2002. Isto, na prática, transfere ao gestor da compra um enorme poder de decidir sobre a modalidade autonomamente, podendo um órgão optar por pregão e outro entender que ele não se aplica ao mesmo objeto de compra.

Fomentando o uso do pregão, o governo optou por uma modalidade bastante expedita e simples em termos de requerimentos:

- os prazos são mais curtos;
- a habilitação só é verificada após o certame; e
- como os bens e serviços supostamente estão especificados por completo, o único critério possível de julgamento é o preço.

Seu sucesso depende, portanto, de uma satisfatória especificação dos bens e/ou serviços que constam do objeto da licitação; se ele for falho, a Administração pode comprar produtos de qualidade inferior (seleção adversa). O Decreto nº 5.450/2005 prevê que

para o julgamento das propostas, serão fixados critérios objetivos que permitam aferir o menor preço, devendo ser considerados os prazos para a execução do contrato e do fornecimento, as especificações técnicas, os parâmetros mínimos de desempenho e de qualidade e as demais condições definidas no edital (Brasil, 2005).

Mas o máximo que se pode obter são regras de aceitabilidade da oferta, isto é, parâmetros que, se não atendidos, desclassificam o melhor lance. Como se comentou anteriormente, este tipo de classificação de lances é muito pobre, porque não se permite ao comprador ponderar a importância de cada critério no julgamento das propostas, exigindo que se passe a outra modalidade quando se precisa selecionar um fornecedor pelo critério de técnica e preço.

O caminho natural, então, seria permitir o uso de pregão em licitações por técnica e preço, desde que a proposta técnica estivesse presente nos envelopes fechados e os lances descendentes seguintes se resumissem ao preço. De certa maneira, é assim que funciona o RDC, só que as regras de submissão e de retirada de lances parecem variar de um edital para outro. Infelizmente essa liberdade total de formatação de regras para a retirada e submissão de lances acarreta uma considerável responsabilidade a mais para o órgão adjudicador, e não favorece a gestão do conhecimento dos melhores formatos de leilões disponíveis na literatura. Mas a principal vulnerabilidade desse excesso de discricionariedade ao comprador é quanto à corrupção. Uma excessiva liberdade na

definição da fórmula de pontuação, por exemplo, expõe o responsável pelo edital à influência de empresas interessadas em direcioná-lo para que a licitação atribua maior peso a itens nos quais elas têm maior eficiência de custo ou qualidade (Lambert-Mogiliansky e Kosenok, 2009).

Nos casos em que a especificação do bem ou serviço puder realmente ser completa e a ponderação dos critérios técnicos for bem desenhada, o uso do pregão poderá representar um grande avanço, mas o ganho mais importante, na realidade, é que licitações que já eram feitas por pregão poderão ser aperfeiçoadas pelo uso de critérios técnicos. Isso poderá resolver um grande problema, apontado pelos fornecedores, de que os pregões selecionam apenas os produtos mais baratos, sem levar em conta a qualidade. Na medida em que a qualidade (medida por indicadores bastante objetivos) puder ser utilizada como critério de julgamento, esse tipo de reclamação poderá ser resolvido adequadamente na grande maioria das vezes. Mas, se é uma medida eficaz, não é nem completamente necessária nem completamente suficiente. Dini, Pacini e Valletti (2006) consideram um erro a percepção comum de que a qualidade é baixa em licitações por menor preço com requisitos mínimos de qualidade, pois, na verdade, essas licitações podem acomodar altíssimos padrões de qualidade. Observa-se, no entanto, que, nesses casos, os preços ficam bem altos, já que o comprador abre mão do *trade-off* típico entre preço e qualidade das fórmulas de pontuação.

O ponto que se quer destacar aqui é que, exceto nos casos de padronização de bens e serviços definida pelo órgão competente para o planejamento central de compras, os compradores dentro do setor público podem ter funções-objetivos diferentes e cada um deve poder escolher o critério de adjudicação mais adequado à sua respectiva função-objetivo do momento e, mais ainda, não precisa renunciar a padrões mínimos de qualidade quando usa um critério de técnica e preço. O comprador pode atingir uma boa qualidade com o requisito de qualidade mínimo e direta ou indiretamente criar um piso para o preço: indiretamente pelo requisito, diretamente com a fórmula de pontuação que desestimula cortes no preço abaixo de certo limite. Em outros casos, ele pode querer ficar apenas com o mínimo de qualidade, e economizar recursos. Em outros ainda, ele pode querer testar o quanto de qualidade ele pode obter, pois podem faltar-lhe medidas suficientes da capacidade do mercado em elevar a qualidade, ou simplesmente ele pode querer induzir a indústria ou setor a elevar o seu padrão de qualidade sem o uso de soluções de comando e controle. Isso porque o custo que o comprador avalia como necessário para

prover qualidade a mais pode estar subestimado ou superestimado. O leilão de compra serve justamente para extrair essa informação; é para isso que ele existe.

Infelizmente a realidade da legislação brasileira está longe de oferecer ao comprador essa flexibilidade para formular uma licitação de acordo com os seus objetivos, por mais legítimos que sejam. Atualmente, as modalidades por envelopes fechados se diferenciam entre si pelos valores, pelo universo de empresas habilitáveis e pelos prazos, mas o critério para enquadramento numa ou noutra é *exclusivamente* o valor envolvido. A partir do valor envolvido é que se seleciona a modalidade, a qual, por sua vez, já conta com prazos e requisitos mínimos de habilitação definidos, de acordo com o(s) critério(s) de julgamento das propostas (técnica e/ou preço). *Cristalizar as modalidades de licitações simplesmente por um critério é, sem dúvida, uma categorização muito pobre*, sobretudo porque o valor de referência é uma mera estimativa e normalmente não ganha nenhuma função de limitar os lances como preço de reserva, o que significa que o valor licitado pode acabar excedendo o limite superior da modalidade, conforme será visto adiante. Talvez por isso a legislação franqueie ao comprador a possibilidade de escolher uma modalidade referente a uma faixa de valor superior.

Essa pobreza de critérios é evidente quando se nota que boa parte das autuações dos órgãos de fiscalização refere-se à escolha indevida da modalidade em vista da faixa de valores em que se insere. Uma tentativa comum das unidades de compras, e combatida por estes órgãos, é fracionar as despesas de modo a enquadrá-las em modalidades com prazos mínimos mais curtos. Isso agiliza os processos licitatórios e pode reduzir a exigência de documentos. Os órgãos de fiscalização já consolidaram jurisprudência estabelecendo que os valores de referência para a escolha das modalidades são as despesas esperadas para todo o ano de exercício. O entendimento é que o fracionamento denota um mau planejamento de compras da Administração.²¹

De fato, fracionar compras reduz escala de compras, mas isso não parece ser a justificativa das ostensivas da fiscalização, que está muito mais preocupada com a lisura, a qual, costuma-se pressupor, depende da quantidade de documentos exigidos e procedimentos percorridos – um pressuposto para lá de duvidoso. Além disso, ignora-se

21. Limiares de valores também são adotados na UE, não diretamente para se escolher o formato de leilão, mas para definir se a licitação deve ser feita no âmbito comunitário ou do país. O Artigo 17 da Diretiva nº 2004/17/CE também deixa claro que o limiar se aplica ao quantitativo agregado dos vários lotes de um mesmo objeto durante doze meses (§ 4º a 7º).

outro ganho de escala tão óbvio quanto aquele que é o obtido pela agregação de compras por várias unidades gestoras diferentes.

Ainda: como a legislação permite que, na dúvida, o gestor opte por uma modalidade de valor mais alto (Lei nº 8.666/1993, Artigo 23, § 4º), cria-se um incentivo perverso à montagem de licitações mais custosas e demoradas, devido ao crescente nível de exigências burocráticas (meios de divulgação do instrumento convocatório, prazos etc.), sem falar que um valor estimado que não serve como valor de reserva do leilão acaba só servindo como parâmetro de lances a valores mais altos e desinteressantes à Administração Pública (Duarte, 2004, p. 44). Não à toa o RDC não faz distinção entre os valores de reserva e o estimado, podendo, inclusive, torná-lo sigiloso.

Adicionalmente, se o gestor pode migrar para uma modalidade mais alta, não pode fazer nenhuma mescla entre modalidades, o que reduz severamente sua margem de manobra para fazer face às condições apresentadas em cada compra.²² De fato, é importante notar que *a superioridade de um formato de leilão sobre outro depende de uma série de elementos, direta ou indiretamente ligados aos objetivos do comprador* listados no início desta seção, entre os quais:

- existência ou não de valores comuns entre os jogadores: valores comuns, valores afiliados ou valores independentes;
- aversão ao risco dos licitantes;
- risco de corrupção e favoritismo;
- risco de colusão;

22. O Artigo 22, § 8º, da Lei nº 8.666/1993 veda a combinação das modalidades numa mesma licitação, bem como a criação de outras modalidades. Esta vedação, assim como o próprio conceito de modalidade, deveria ser peremptoriamente excluída da nova legislação. Isto porque ela limita sobremaneira a capacidade de uma agência central de licitações de pesquisar e experimentar novos tipos de mesclas de leilões descendentes e de envelopes fechados, com diferentes regras de encerramento, de atividade e de decréscimo; critérios de adjudicação; introdução de leilões em pacote (*package biddings*) etc. Assim, fica prejudicada qualquer discussão no âmbito da nova lei sobre incorporar ou não a ela o pregão, como é a intenção do Exército em sua contribuição à consulta pública do Senado. A nova lei não deveria prever nem mesmo o formato do pregão, pois isto não é função de uma lei, mas sim de um regulamento.

- diferenças (assimetrias) nas distribuições de valores entre os licitantes;
- complementaridade de oferta (ganhos de escopo no fornecimento) dos bens e serviços;
- barreiras à entrada;
- restrições ao crédito e outras imperfeições nos mercados de crédito e de seguros que atendem aos licitantes;
- importância de assistência técnica pós-venda e de outras condições comerciais que não preço;
- ganhos de aprendizado no fornecimento do bem ou serviço;
- importância da qualidade e da técnica no fornecimento do bem ou serviço; e
- externalidades de rede no fornecimento do bem ou serviço.

A lei deve prever, portanto, no que tange às regras que disciplinam as até hoje chamadas modalidades, apenas o que se lista a seguir.

- 1) A existência de três tipos de procedimentos de compras:
 - a) aberto, livre ou competitivo (qualquer fornecedor pode disputar o contrato), que chamaremos de *licitação competitiva*;
 - b) restrito ou convidado, que chamaremos de *licitação restrita*; e
 - c) negociado, que chamaremos de *contratação direta*.
- 2) A previsão de que os critérios de adjudicação, a fórmula de pontuação, o formato do leilão (que compreende todas as dimensões discutidas na subseção 2.2.3 e possivelmente mais algumas), o regime de execução e a forma de compra (com ou sem contrato-marco, conforme a subseção 2.4)

serão definidos pelos órgãos adjudicatadores a partir de um cardápio de opções predefinido por uma agência normatizadora. Em particular, os critérios de adjudicação podem ser o menor preço ou a proposta globalmente mais vantajosa (PGMV), e esta, por sua vez, pode ser uma combinação de preço e diversos atributos de qualidade.

- 3) Regras de transição até que a agência normatizadora entre em pleno funcionamento.

Uma vez extinto o conceito de modalidade, fica prejudicada qualquer discussão sobre limites de valor entre as modalidades atuais. Como já se mencionou, usar valor para escolher formato de leilão é adotar um critério muito pobre.

Na subseção 2.4, não só se verá como cada justificativa de dispensa e inexigibilidade pode ser revista nesse novo arcabouço, como será fornecida uma matriz de transição das modalidades atuais e de cada um dos incisos legais de contratação direta para o novo arcabouço legal aqui proposto.

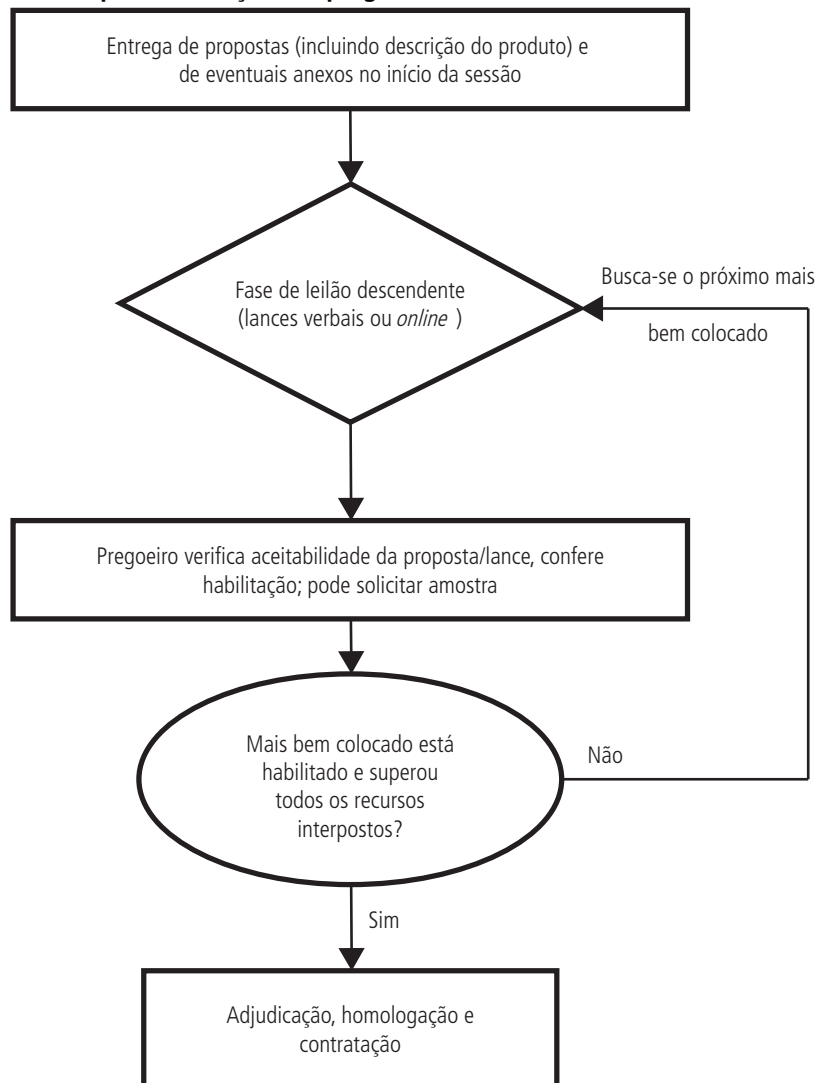
2.2.3 Importantes lições sobre a condução das licitações

Todo tipo de leilão está sujeito a vulnerabilidades. Mesmo o pregão não é imune. Nesta subseção, elencam-se algumas lições sobre as regras de leilões que podem afetar o grau de concorrência e o risco de manipulação. Algumas se aplicam apenas a leilões que contêm pelo menos uma fase de lances sequenciais, como é o caso do pregão eletrônico. Outras se aplicam também a leilões de envelopes fechados.

A figura 3 descreve um pregão eletrônico. O quadro 2 traz aspectos mais detalhados sobre a fase de lances, comparando o pregão eletrônico brasileiro com seus congêneres britânico e da UE.

FIGURA 3

Sequência de ações do pregão eletrônico



Elaboração dos autores.

QUADRO 2

Vulnerabilidades das licitações brasileiras – comparação com os modelos da UE e do Reino Unido

Regra ou característica	Leilão eletrônico, segundo o Artigo 56 da Diretiva nº 2007/17/CE – UE	Escritório de Comércio Governamental (OGC) – Reino Unido	Brasil	Vantagens e possíveis vulnerabilidades do modelo brasileiro	Observações e recomendações para o processo brasileiro
1. Ordem das fases	A diretiva não define ordem, nem quantas fases devem ser usadas.	Leilão reverso puro, com uma fase descendente.	Pregão: o leilão descendente ocorre apenas após a fase de envelopes fechados.	Em caso de afiliação de valores, os licitantes não têm como observar sinais antes de dar lances. Podem errar na fase de propostas e não conseguir desfazer o erro na fase de lances se tiverem sido excessivamente agressivos. Também fica impossível aos licitantes redirecionarem seus esforços para outros lotes se perceberem que têm poucas chances nos lotes inicialmente pretendidos. Isto aumenta o <i>risco de exposição</i> e inibe lances mais agressivos.	No caso do pregão, pode-se inverter a ordem das fases: <i>i/</i> fase de lances; e <i>ii/</i> envelopes fechados com os mais bem colocados na fase descendente.
2. Valor de reserva	A diretiva não proíbe o uso, ficando a critério de cada órgão comprador.	Há um valor inicial que deverá ser baixado pelos licitantes até o final do leilão, que pode ser entendido como um preço de reserva.	Não é obrigatório. O valor de referência estimado pelo governo é publicado, mas não tem função de teto para os lances. Se justificado, é perfeitamente possível licitar e não obter o preço estimado. ¹	O comprador deixa de valer-se de um instrumento dos mais importantes e eficazes apresentados pela literatura de leilões para baixar o preço pago. Além disso, há controvérsias sobre se anunciar o valor estimado, se isso não cria um <i>porto faca</i> para os licitantes coordenarem-se e concentrarem-se naquele preço mais alto.	<i>Tornar obrigatória a fixação de um valor de reserva</i> para cada licitação, com base em dados do mercado. Em alguns casos, não revelar este valor para o público, mas apenas para os órgãos de auditoria.

(Continua)

(Continuação)

Regra ou característica	Leilão eletrônico, segundo o Artigo 56 da Diretiva nº 2007/17/CE – UE	Escritório de Comércio Governamental (OGC) – Reino Unido	Brasil	Vantagens e possíveis vulnerabilidades do modelo brasileiro	Observações e recomendações para o processo brasileiro
3. Estimação do valor de referência	A diretiva não proíbe o uso, deixando-o a critério de cada órgão comprador.	Informação não disponível.	É baseada em cotações no mercado privado e/ou em valores pagos em licitações anteriores. A Lei nº 8.666/1993, Artigo 15, inciso V, prevê que as compras, sempre que possível, devem “balizar-se pelos preços praticados no âmbito dos órgãos e entidades da Administração Pública” (Brasil, 1993). Por outro lado, o § 6º do mesmo artigo prevê que “qualquer cidadão é parte legítima para impugnar preço constante do quadro geral em razão de incompatibilidade desse com o preço vigente no mercado” (<i>idem, ibidem</i>).	As cotações no mercado privado não levam em conta os altos custos de transação causados pelas exigências de formalidades burocráticas. As cotações de licitações anteriores podem causar uma <i>dependência temporale</i> , em consequência, uma rigidez nos preços praticados.	Aperfeiçoar o cálculo do valor de referência, levando-se em conta a distinta formação de preço do setor público em relação à do setor privado. Pode-se contratar ou desenvolver internamente – por exemplo, no Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) – o acompanhamento de preços dos produtos mais representativos do consumo do governo, como já se faz atualmente com os preços de materiais de construção. Medicamentos, material hospitalar, combustíveis, veículos e peças, e material de escritório seriam candidatos naturais.
4. Ordem dos lotes	Não há regras ou restrições na diretiva.	Informação não disponível.	Lotes são licitados <i>simultaneamente</i> .	Se a fase descendente fosse a primeira, essa simultaneidade seria mais bem potencializada; como está, incentiva os licitantes a concentrarem-se em poucos lotes, diminuindo a competição.	<i>Manter a simultaneidade</i> , desde que a fase dos lances descendentes seja executada em primeiro lugar.

(Continua)

(Continuação)

Regra ou característica	Leilão eletrônico, segundo o Artigo 56 da Diretiva nº 2007/17/CE – UE	Escritório de Comércio Governamental (OGC) – Reino Unido	Brasil	Vantagens e possíveis vulnerabilidades do modelo brasileiro	Observações e recomendações para o processo brasileiro
5. Identidade dos licitantes	É terminantemente proibida a identificação dos proponentes durante qualquer fase do leilão.	Não pode ser divulgada, como especificado na diretiva da UE. Antes do leilão descendente, o licitante tem acesso apenas ao seu próprio lance de entrada.	Pregão: lances não são identificados aos participantes durante o pregão, mas ao final (fase de aceitação) os lances que sobreviveram são identificados, e <i>na ata constam todos os lances e propostas identificadas</i> . Envelopes fechados: todos são presenciais.	Pregão: <i>licitantes podem coordenar-se</i> , passando pistas em seus lances, ou, ao final, retirando lances em troca de <i>side payments</i> (pagamentos “por fora”). Envelopes fechados: os licitantes veem quantos e quais concorrentes participam, e podem ajustar suas propostas.	<i>Vedar completamente a identidade dos participantes desde a fase de propostas</i> . O participante só deveria visualizar os lances o tempo todo, e nunca saber com quem está concorrendo. Poderia visualizar as identidades apenas após a proclamação do resultado final. Envelopes fechados: todas as propostas devem ser submetidas eletronicamente e sem identificação pública. Em qualquer tipo de leilão com critério de adjudicação por técnica e preço (PGMV): nas fases de propostas e de lances de preços ou outras condições objetivamente mensuráveis, os licitantes não devem observar a identidade dos demais, mesmo que as propostas técnicas já tenham sido avaliadas e reveladas. Deve-se estudar quais as vantagens e as desvantagens de se fazer a avaliação técnica antes ou depois do certame.

(Continua)

(Continuação)

Regra ou característica	Leilão eletrônico, segundo o Artigo 56 da Diretiva nº 2007/17/CE – UE	Escritório de Comércio Governamental (OGC) – Reino Unido	Brasil	Vantagens e possíveis vulnerabilidades do modelo brasileiro	Observações e recomendações para o processo brasileiro
6. Decréscimos nos lances	O comprador poderá fixar o limite de valor que achar mais conveniente, porém tal limite deverá ser pré-especificado no edital.	Há que se especificar um decréscimo.	Não são regulados; apenas é requerido que o lance numa rodada seja inferior ao lance anterior do mesmo licitante.	<p>Ausência de regulação pode:</p> <ul style="list-style-type: none"> ● favorecer a ocorrência de <i>jump bidding</i>: licitantes mais agressivos ou bem informados podem espantar os outros, baixando muito rapidamente os lances, acelerando a saída dos concorrentes, e depois parando os decréscimos mais cedo, resultando em preços mais altos; ● favorecer a ocorrência de comportamentos cautelosos, do tipo <i>snake in the grass</i>, pelos quais os licitantes escondem informação sobre custos comuns, quando há; e ● favorecer a transmissão de mensagens a partir dos valores dos lances, permitindo aos licitantes coordenarem colusivamente seus lances (<i>code bidding</i>). 	<p>Possibilidades:</p> <ul style="list-style-type: none"> i) estabelecer <i>decréscimos fixos</i>; ii) limitar os lances a <i>valores redondos</i> ou não divulgar todos os lances; ou iii) instituir outros tipos de pregão, tais como <i>leilão do relógio e leilão relógio-proxy</i> (Ausubel e Cramton, 2006, p. 242); ou ainda, iv) instituir o <i>leilão de sobrevivência</i> e o leilão de envelopes fechados multirrodadas (Albano <i>et al.</i>, 2006b).
7. Regra de atividade	Não há regra especificada.	Não há regra especificada.	Inatividade em uma rodada impede lances em rodadas subsequentes.	Junto com a ausência de controle sobre decréscimo, essa regra, muito severa, pode estar reduzindo a concorrência na fase de lances.	Estudar a possibilidade de o <i>licitante voltar à atividade</i> , ainda que pagando alguma penalidade.
8. Retirada de proposta	Não há regra especificada.	Não há regra especificada.	Empresa só é penalizada se desistir depois de assinar o contrato; <i>não existe penalização</i> por abandonar a licitação antes da adjudicação.	Há estudos (por exemplo: Cramton e Schwartz, 2000) que apontam que a retirada de lances pode fazer parte de uma <i>estratégia de sinalização e/ou negociação com concorrentes</i> , alternando posições entre licitações.	Sugere-se proibi-la ou impor custo à sua execução.
9. Visibilidade dos lances aos órgãos fiscalizadores	A diretiva não aborda o tema	Todo o histórico do leilão deve ser gravado, porém não há informação sobre fiscalização.	Tudo é registrado no sistema. Os órgãos fiscalizadores podem requerer os registros dos pregões ao Comprasnet.	Atuação apenas relativa dos órgãos fiscalizadores pode atrasar o aproveitamento desses dados.	Criar uma <i>área de inteligência</i> numa nova agência central de licitações, em estreita cooperação com a Superintendência-Geral do novo Cade.

(Continua)

(Continuação)

Regra ou característica	Leilão eletrônico, segundo o Artigo 56 da Diretiva nº 2007/17/CE – UE	Escritório de Comércio Governamental (OGC) – Reino Unido	Brasil	Vantagens e possíveis vulnerabilidades do modelo brasileiro	Observações e recomendações para o processo brasileiro
10. Regra de encerramento	As entidades adjudicantes encerrarão o leilão eletrônico de acordo com uma ou mais das regras listadas a seguir: 1) Indicação no convite para participação no leilão a data e a hora previamente fixadas. 2) Quando não receberem novos valores que correspondam às exigências relativas às diferenças mínimas: neste caso, as entidades adjudicantes especificarão no convite para participação do leilão o prazo que será observado a partir da recepção da última oferta antes de encerrarem o leilão eletrônico. 3) Quando tiver sido atingido o número de fases de leilão fixado no convite para participação no leilão.	Mesma regra da Diretiva da UE.	<i>Licitação é encerrada aleatoriamente dentro de um intervalo de trinta minutos, quando há inatividade em todos os lotes, mas apenas após acionamento do pregoeiro.</i>	Leilão pode estender-se demais. Vulnerável a robôs.	Sugere-se fechamento de objeto por objeto e extensão da fase de lances enquanto houver atividade.
11. Negociação final	Uma vez encerrado o leilão eletrônico e em função dos seus resultados, as entidades adjudicantes adjudicarão o contrato nos termos do Artigo 53. Não há mais negociações.	Não há negociação final.	Existe. Pregoeiro pode tentar baixar mais ainda o melhor lance válido.	Saber que o pregoeiro tentará baixar ainda mais o preço pode inibir os licitantes na formulação dos lances, levando a lances mais cautelosos e, portanto, preços mais altos. Além disso, há visões na UE de que a negociação final aumenta a pressão sobre o fornecedor para baixar preço, podendo levar a preços inexequíveis.	Recomenda-se abolir a negociação final em qualquer hipótese. Em particular, com a inversão da ordem das fases, vale a proposta final vencedora.

Elaboração dos autores.

Nota: ¹ "Preço máximo não se confunde com o valor orçado ou de referência" (Brasil, 2011a, p. 3). "A fixação de preços máximos, tanto unitários quanto global, seria obrigatória (...) no caso de obras e serviços de engenharia, nos termos da Súmula TCU nº 259/2010, donde se concluiria que, para outros objetos, não relacionados a obras e serviços de engenharia, essa fixação é meramente facultativa" (*idem, ibidem*).

2.2.4 Critérios de adjudicação

Como se viu no quadro 1, existem três critérios de adjudicação no Brasil, denominados tipos de licitação pela Lei nº 8.666/1993: menor preço, melhor técnica e técnica e preço.

Ocorre, no entanto, que:

- 1) Menor preço é o critério predominante nas licitações. Uma mísera parcela de 0,43% do valor empenhado em licitações registradas no SIASG – predominantemente compras federais da administração direta, autarquias e fundações do Poder Executivo – nos últimos quinze anos era oriunda de licitações por melhor técnica ou técnica e preço, segundo dados do DW Comprasnet, do MPOG.
- 2) O critério de técnica e preço atualmente só é usado para bens e serviços de informática (Lei nº 8.666/1993, Artigo 45, § 4º) e para a contratação de elaboração de projetos, cálculos, fiscalização, supervisão e gerenciamento e de engenharia consultiva em geral e, em particular, para a elaboração de estudos técnicos preliminares e projetos básicos e executivos (Lei nº 8.666/1993, Artigo 46, *caput*). Só excepcionalmente, e desde que expressamente autorizados e devidamente justificados (Artigo 46, § 3º), os tipos de licitações por melhor técnica e técnica e preço podem ser adotados

para fornecimento de bens e execução de obras ou prestação de serviços de grande vulto majoritariamente dependentes de tecnologia nitidamente sofisticada e de domínio restrito, atestado por autoridades técnicas de reconhecida qualificação, nos casos em que o objeto pretendido admitir soluções alternativas e variações de execução, com repercussões significativas sobre sua qualidade, produtividade, rendimento e durabilidade concretamente mensuráveis, e estas puderem ser adotadas à livre escolha dos licitantes, na conformidade dos critérios objetivamente fixados no ato convocatório (Brasil, 1993, Artigo 46, § 3º).

- 3) O critério de melhor técnica, na verdade, é uma sequência de negociações de preço – dentro um teto estipulado em edital – com os candidatos com melhor técnica. Não se tem nenhum parâmetro objetivo para se precificar o quanto o comprador valora a técnica. O ideal mesmo seria usar a técnica e preço.

O privilégio dado ao critério de menor preço tem graves consequências para as compras públicas. O comprador que quer insistir num nível de qualidade do bem ou serviço fornecido tem à sua disposição as estratégias defensivas listadas a seguir, que alguns preferem chamar de *arte de saber comprar bem* ou de *saber usar a Lei de Licitações com competência*.

- 1) O comprador cerca-se de *muitos* cuidados na hora de especificar os objetos no edital e pede amostras dos bens a serem fornecidos. Cita especificações técnicas e, no RDC, também marcas como referência de qualidade.²³
- 2) O comprador escolhe um fornecedor que tem um produto de qualidade conhecida e especifica o bem ou serviço de tal modo que apenas aquele fornecedor possa oferecê-lo. Com essa especificação, ele recorre a uma inexigibilidade de licitação (e se ele citasse marca, não poderia realizar licitação a não ser por RDC ou justificando tecnicamente – Artigo 7º, § 5º da Lei nº 8.666/1993). De fato, 47% do valor empenhado oriundo de compras por contratação direta (inexigibilidade ou dispensa) entre 1998 e junho de 2013 referiam-se a inexigibilidades de licitação por razões de exclusividade ou inviabilidade de competição. Outros 2% referiam-se a serviços prestados por profissionais de notória especialização. É difícil acreditar que todos os bens e serviços contratados nesse conjunto não tivessem qualquer tipo de substituto possível.
- 3) No caso de obras e serviços, o comprador exige uma série de atestados de fornecimento e prestação de serviços, sem, no entanto, poder usá-los para compor um *score* (pontuação) de qualidade para selecionar os melhores fornecedores, mas tão somente excluir as firmas ostensivamente inexperientes e/ou incapazes.

23. Aqui é inevitável citar a especificação técnica do Departamento de Defesa dos Estados Unidos que descrevia os biscoitos de chocolate com aveia e os *brownies* a serem comprados para os soldados. Ela continha 23 páginas e foi objeto de piada pelo mundo afora. Um dos *sites* que contém a cópia desta especificação era: <http://www.everyspec.com/MIL-SPECS/MIL-SPECS-MIL-C/MIL-C-44072C_24608/>. Acesso em: 20 ago. 2013. Note-se que se tratava de uma especificação técnica aplicável a qualquer edital, e não uma especificação feita dentro de um edital. Pode-se imaginar como seria especificar bem o produto no Brasil se cada gestor quisesse definir seu próprio produto.

Se o comprador não tem essa experiência e competência para *comprar bem*, corre o severo risco de seleção adversa apontado por Akerlof (1970) em seu clássico artigo sobre o mercado para carros ruins: por um preço mais baixo só se atraem bens e serviços de qualidade inferior.

Além disso, como parece ter se tornado um tabu questionar o critério de menor preço, a legislação brasileira começou a receber todo tipo de remendo para se poderem direcionar licitações de modo a atender objetivos de política dos mais diversos:

- fomentar as micro e pequenas empresas: reservando parte dos itens de compras, instituindo o empate ficto (Lei Complementar nº 123/2006);
- fomentar a produção nacional: instituindo margem de preferência num teto percentual fixo (Lei nº 12.349/2010);
- promover a sustentabilidade: também leva a especificações bastante detalhadas de bens e serviços ou o requerimento de certificações de sustentabilidade; e
- favorecer fornecedores que estão em situação de desvantagem competitiva e necessitam de apoio de compras governamentais, como instituições de pesquisa, ensino ou recuperação de presos; associações de portadores de deficiência física; subsidiárias e controladas de empresas públicas e de capital misto; e organizações sociais.

Boa parte desse aparato de estratégias seria desnecessária, entretanto, se:

- fosse possível ao comprador usar técnica e preço em um número maior de situações; e
- estivesse à disposição dos compradores um cadastro positivo de fornecedores, nos moldes do recém-criado cadastro positivo de crédito (detalhes na subseção 2.3).

A seguir, discute-se como melhor usar a técnica e preço – rebatizada neste texto como proposta globalmente mais vantajosa (PGMV) – e como ela pode substituir esse

aparato acima no todo ou em boa parte. O que se propõe é que a PGMV seja o critério predominante de adjudicação no Brasil.²⁴

As licitações do tipo técnica e preço e as fórmulas de pontuação (scoring)

As poucas licitações por técnica e preço realizadas no Brasil são todas nas modalidades de envelopes fechados (concorrência, tomada de preço e convite) e seus procedimentos foram estipulados na própria Lei nº 8.666/1993, Artigo 46, com redação dada pela Lei nº 8.883/1994:

§ 2º Nas licitações do tipo “técnica e preço” será adotado, adicionalmente ao inciso I do parágrafo anterior [de melhor técnica], o seguinte procedimento claramente explicitado no instrumento convocatório:

I - será feita a avaliação e a valorização das propostas de preços, de acordo com critérios objetivos preestabelecidos no instrumento convocatório;

II - a classificação dos proponentes far-se-á de acordo com a média ponderada das valorizações das propostas técnicas e de preço, de acordo com os pesos preestabelecidos no instrumento convocatório (Brasil, 1993).

Já o PLC nº 32/2007 permite o uso de pregão em licitações por técnica e preço, desde que a proposta técnica esteja presente nos envelopes fechados e os lances descendentes seguintes se resumam ao preço. Isto – como se verá no tópico *O uso de pregões e cotações eletrônicas para aquisição por critério PGMV*, nesta subseção 2.2.4 – ainda é insuficiente.

Diferentemente do Brasil, as diretivas da UE sobre licitações e contratos públicos admitem textualmente a possibilidade de conduzir leilões descendentes com critérios de adjudicação multidimensionais, formando o que lá se chama de proposta economicamente mais vantajosa (EMV). O anexo ao relatório do Grupo de Trabalho da UE sobre Propostas Anormalmente Baixas (European Commission, 1999c), seguindo os princípios dispostos no guia de compras do Tesouro Britânico, propôs que três conjuntos de elementos essenciais determinassem os critérios de adjudicação:

- critérios de qualidade (o equivalente ao critério brasileiro de técnica);

24. Como aqui se defende que o PGMV seja o critério predominante, não se poderia concordar ainda mais com o Sinaenco, quando ele defende que os profissionais de suas áreas também sejam escolhidos por critérios técnicos.

- ponderações dos critérios de qualidade; e
- critérios obrigatórios.

Entre os critérios de qualidade, constam:

- aspectos organizacionais para efetuar a entrega do bem ou serviço contratado: trabalho em equipe, cooperação com o cliente, relacionamento com fornecedores e subcontratados;
- serviços de outras fontes: arranjos contratuais de *joint ventures* e de subcontratação;
- aspectos organizacionais da equipe de projeto: qualificações e experiências relevantes para o projeto, dos membros da equipe e dos gerentes;
- governança contratual: planejamento, metas e produtos intermediários, identificação de riscos e propostas para sua gestão, arranjos de comunicação, plano de qualidade, demonstração de inovação em propostas;
- processo de entrega – controle de qualidade do processo: grau de flexibilidade em executar o contrato, gestão de mecanismos de desenvolvimento limpos, gestão de saúde e segurança, qualidade da documentação, método de apresentação de informação, checagens de materiais e inspeções independentes, procedimentos para minimizar defeitos, demonstração de inovação em propostas;
- produto ao ser concluído: *design* (aparência, estética, inovação, limpeza, segurança, toxicidade), facilidade de uso (funcionalidade, operabilidade), adaptabilidade a mudanças no uso, manutenibilidade (acessibilidade, intercambialidade, reparabilidade, testabilidade, rastreabilidade), disponibilidade de peças sobressalentes, durabilidade (confiabilidade, susceptibilidade, vulnerabilidade), inflamabilidade; e

- custo da vida útil do produto: custos de operação (como, por exemplo, o consumo de energia), custos de manutenção e custos de reposição.

A Diretiva nº 2007/17/CE acabou fazendo a seguinte lista não exaustiva de critérios de adjudicação quando esta for concedida à proposta EMV:

Quando a adjudicação for feita à proposta economicamente mais vantajosa do ponto de vista da entidade adjudicante, diversos critérios ligados ao objecto do contrato em questão: por exemplo, prazo de entrega ou de execução, custo de utilização, rentabilidade, qualidade, características estéticas e funcionais, características ambientais, valor técnico, serviço pós-venda e assistência técnica, compromissos em matéria de peças sobressalentes, segurança de abastecimento e preço (Parlamento Europeu e Conselho da União Europeia, 2004a, Artigo 55, § 1^o).

O mesmo artigo da diretiva, no segundo parágrafo, estabelece também que:

Sem prejuízo do disposto no terceiro parágrafo, no caso previsto na alínea a) do nº 1, a entidade adjudicante especificará a ponderação relativa que atribui a cada um dos critérios escolhidos para determinar a proposta economicamente mais vantajosa.

Essa ponderação pode ser expressa por um intervalo de variação com uma abertura máxima adequada.

Sempre que, no entender da entidade adjudicante, a ponderação não for possível por razões demonstráveis, a entidade adjudicante indicará a ordem decrescente de importância dos critérios (*op. cit.*, § 2^o).

A ponderação deve vir indicada no instrumento convocatório (edital, convite ou caderno de encargos).

Note-se que estes critérios de qualidade são naturalmente contratáveis, por serem verificáveis juridicamente. Mas é bom salientar também que critérios como os aspectos organizacionais e os de governança contratual são excelentes sinalizadores de qualidade e podem servir como indicadores para a construção de classificações (*ratings*), que serviriam para mitigar os riscos contratuais.

O documento do grupo de trabalho também propõe seis tipos alternativos de mecanismo de adjudicação, mas todos eles se resumem a estabelecer um índice de qualidade, pontuando cada critério de qualidade a partir de uma escala preestabelecida.

Normalmente a pontuação total da proposta pelo critério EMV ou técnica e preço acaba sendo uma soma ponderada das pontuações de preço (proposta comercial, que pode ser entendida pelo conceito mais amplo de custo total de propriedade, isto é, preço de aquisição mais o custo da vida útil do bem, serviço ou obra) e de qualidade (proposta técnica), como descrito anteriormente na lei brasileira:

$$\text{pontuação total} = \text{pontuação de preço} + \text{pontuação técnica}$$

Tipicamente, tais pontuações situam-se numa escala de 0 a 100, o que significa que cada subpontuação também pode ser escalada num índice de 0 a 100, e depois combinada com a outra por meio de uma média ponderada:

$$\text{Índice total} = \text{ICP} * w_{\text{ICP}} + \text{ITP} * w_{\text{ITP}}$$

onde:

- ICP é o índice comercial da proposta;
- ITP é o índice técnico da proposta; e
- w_{ICP} e w_{ITP} são os pesos dos índices comercial e técnico no índice total.

Ainda que o edital não use tal escala, sempre se podem normalizar as pontuações de modo a que se enquadrem nela, pois, em última análise, o que importa é o peso relativo que se dá à proposta comercial e à técnica. Este peso relativo tem uma correspondência direta com a utilidade marginal do consumidor, pois atribui um valor monetário ao índice de qualidade, com a importante diferença: o típico *trade-off* com que se depara o consumidor do bem é entre pagar menos e obter maior qualidade. Ora, para que a pontuação da proposta premie preços menores e qualidades maiores, é necessário que, ou se premie (adjudique) a proposta com menor índice total, e o índice técnico seja decrescente na qualidade, ou então se premie a proposta com maior índice e o índice comercial seja decrescente no preço. As duas abordagens são absolutamente equivalentes em resultado, mas a segunda é a mais usada.

Admitindo o uso da segunda abordagem, Dini, Pacini e Valletti (2006) definem dois conceitos-chave para a determinação, pelo comprador, da fórmula de pontuação que melhor atende sua maximização de utilidade, dada sua restrição orçamentária, ou a minimização de gasto, dada uma utilidade mínima: são o equivalente monetário do comprador (EMC) e o valor monetário de um ponto (VMP) – no caso, de um ponto da proposta comercial.

O VMP é simplesmente o inverso da derivada (em valor absoluto) da pontuação de preço em relação ao abatimento do preço (ou, de maneira mais ampla, no custo total de propriedade), reescalada pelo peso da proposta comercial. Em outras palavras, é quanto custa para o licitante ganhar um ponto dando desconto no preço:

$$VMP = -\frac{1}{w_{ICP}} \frac{\partial b}{\partial ICP} = -\frac{1}{w_{ICP}} \frac{1}{\frac{\partial ICP}{\partial b}}$$

onde b é o valor da proposta comercial.

O EMC é o valor total dos pontos da proposta técnica. Os autores, em seu exemplo inicial, simplesmente multiplicam o VMP pelo número de pontos da proposta técnica para obter o EMC; contudo, eles mesmos apontam, logo depois, que o VMP pode não ser constante ao longo dos abatimentos, dependendo da fórmula utilizada de pontuação da proposta comercial, como se verá a seguir.²⁵ Uma maneira mais garantida de calcular o EMC seria, portanto, simplesmente a diferença entre os preços de reserva e limiar, em que o preço de reserva, naturalmente, deve ser o que confere menor pontuação na proposta comercial, e o preço-limiar é aquele abaixo do qual não pode pontuar mais (isto é, descontos maiores não impactam a pontuação da proposta comercial).²⁶ Assim, se uma licitação atribui maior pontuação a um desconto de 100%, o preço-limiar é zero

25. A notação de pontos utilizada neste *Texto para discussão* contrasta um pouco com a de Dini, Pacini e Valletti (2006), que considera como números de pontos o produto da presente subpontuação (ICP ou ITP, que estão sempre na escala de 0 a 100) pelo seu peso respectivo (w'_{ICP} ou w'_{ITP}), obtendo subpontuações máximas de $100 * w'_{ICP}$ ou $100 * w'_{ITP}$, respectivamente. As fórmulas descritas a seguir possuem, portanto, algumas diferenças em relação às apresentadas por Dini, Pacini e Valletti (2006). Em particular, neste texto as fórmulas de pontuação também variam na escala de 0 a 100, enquanto as daqueles autores variam de 0 a $100 * w'_{ICP}$.

26. Vale notar que o Artigo 40, inciso X, da Lei nº 8.666/1993 (redação dada pela Lei nº 9.648/1998) veda a fixação de preços mínimos. Como o preço-limiar acabaria tendo a mesma função de um preço mínimo, este dispositivo da lei teria que ser modificado caso se quisesse fixar um preço-limiar acima de zero.

e o EMC é simplesmente o preço de reserva. Dividindo-se o EMC pelo total de pontos da proposta técnica, obtém-se a média do VMP.²⁷

Os autores também listam cinco fórmulas básicas de pontuação de propostas comerciais – naturalmente sem pretender exaurir todas as possibilidades. As duas primeiras são consideradas regras simples.

Pontuação linear (Ls: linear scoring)

$$ICP_{Ls} = \min \left\{ 100 * \frac{p_R - b}{p_R - p_L}, 100 \right\}$$

onde:

- p_R é o preço de reserva;
- p_L é o preço-limiar; e
- b é o preço contido na proposta comercial do licitante.

Neste caso, o VMP é constante, e dado por:

$$VMP = \frac{p_R - p_L}{100 * w_{ICP}}$$

para lances acima do preço-limiar, e é infinito para lances abaixo do preço-limiar.

Note-se que, uma vez definidos o preço de reserva e o peso da proposta comercial, o comprador pode ajustar em sintonia fina – por meio do preço-limiar – o incentivo dos licitantes a serem mais ou menos agressivos nas propostas comerciais. O VMP é um excelente indicador da agressividade que se obtém na disputa: quanto menor o

27. Os autores notam, inclusive, que as penalidades previstas pelo descumprimento da proposta técnica do contrato devem ser iguais ao produto do VMP pelo desvio em relação ao estipulado naquela proposta, para que haja uma coerência com o resultado da licitação.

VMP, mais facilmente os licitantes aumentam sua pontuação dando descontos, o que os torna mais agressivos em suas propostas comerciais. Um VMP maior, ao contrário, faz com que os licitantes prefiram aumentar a qualidade. Portanto, o comprador que quiser mais qualidade ao usar uma fórmula de pontuação linear, deve manipular p_R , p_L e w_{ICP} de modo que VMP seja alto.

Pontuação parabólica (Ps: parabolic scoring)

$$ICP_{Ps} = 100 * \left[1 - \left(\frac{b}{p_R} \right)^2 \right]$$

Neste caso, o VMP é crescente nos descontos ou, visto de outra forma, vale cada vez mais a pena incrementar a qualidade à medida que o preço cai, pois a pontuação de preço cresce a taxas decrescentes à medida que os descontos aumentam. Usando a fórmula geral do VMP, verifica-se que ela assume a forma:

$$VMP = -\frac{1}{w_{ICP}} \frac{\partial b}{\partial ICP} = \frac{p_R}{100w_{ICP}} \frac{1}{\sqrt{\left(1 - \frac{ICP}{100}\right)}}$$

No limite em que o licitante não concede nenhum desconto em relação ao preço de reserva, o ICP é zero e a fórmula do VMP assemelha-se à da fórmula linear, com preço limiar zero. Já na direção contrária, isto é, no limite em que a pontuação da proposta comercial se aproxima do seu máximo (na nossa escala, exatamente 100), o VMP é infinito; em outras palavras, não adianta mais conceder descontos, pois seriam necessários descontos infinitos para substituir o aumento da qualidade de modo a manter a pontuação total constante. Naturalmente, o custo de aumentar a qualidade também pode ser crescente, logo se deve comparar a receita marginal dos pontos técnicos com o seu custo marginal.

Como na fórmula linear, o comprador deve designar preço de reserva maior e peso da proposta comercial menor, se quiserem mais qualidade e menos agressividade no preço.

As próximas três regras de pontuação, chamadas alternativas, são mais complexas e menos previsíveis quando comparadas com as regras linear e parabólica. Nestas regras

alternativas, o licitante não sabe *a priori* seu VMP, logo não sabe quanto valerá o seu preço na proposta comercial nem o quanto terá que incrementar sua qualidade, pois sua pontuação depende da distribuição de todas as propostas comerciais, e não só na dele, como nas duas primeiras fórmulas.

Pontuação do lance mais baixo (Lo: lowest bid scoring)

$$ICP_{Lo} = 100 * \underline{b} / b$$

onde \underline{b} é a proposta de preço mais baixo do certame.

Os autores salientam que essa fórmula depende crucialmente da melhor oferta. Se esta for rejeitada como inexequível, o novo *ranking* das propostas pode mudar de maneira imprevisível, pouco se assemelhando à ordenação original.

Pontuação do lance mais alto (Hs: highest bid scoring)

$$ICP_{Hs} = 100 * \frac{\bar{b} - b}{\bar{b} - \underline{b}}$$

onde \bar{b} é a proposta de preço mais alto do certame.

Essa fórmula depende apenas de saber a melhor e a pior oferta.

Pontuação do lance médio (As: average scoring)

$$ICP_{As} = \begin{cases} 100 & \text{se } b < \tilde{b} \\ 100 * \frac{\bar{b} - b}{\bar{b} - \tilde{b}} & \text{c.c.} \end{cases}$$

onde \tilde{b} é a média dos lances de preços.

Neste sistema, a pontuação cresce linearmente à medida que o lance de preço decai em direção à média, e se torna máxima assim que ele alcança a média. Não há incentivos a baixar mais ainda o preço no lance, o que pode fazer com que os preços alinhem-se na

média a um nível relativamente alto. Este sistema atua contra propostas anormalmente baixas, mas de uma maneira ineficiente, às custas de preços sensivelmente mais altos.

Por fim, os autores ranqueiam as diversas fórmulas de acordo com os critérios de simplicidade, previsibilidade, nível de competição e sensibilidade à distribuição dos lances. O resultado está reproduzido no quadro 3.

QUADRO 3

Ranqueamento das fórmulas de pontuação segundo critérios diversos

Critério	Regra de pontuação				
	<i>As</i>	<i>Lo</i>	<i>Hs</i>	<i>Ls</i>	<i>Ps</i>
Simplicidade	0	3	1	3	2
Previsibilidade	0	0	1	3	3
Nível de competição	0	3	3	1	2
Sensibilidade à distribuição dos lances	2	3	1	0	0

Fonte: Dini, Pacini e Valletti (2006).

Obs.: O nível mínimo é denotado por 0, e o nível máximo, por 3.

Os autores recomendam, pela sua simplicidade, previsibilidade e invariância à distribuição dos lances, as regras linear e parabólica, e lembram que elas, embora gerem menos incentivo à competição que as regras de menor e maior lance, podem ser ajustadas por meio da manipulação dos pesos relativos das propostas e do preço-limiar.

Mas por que a previsibilidade e a sensibilidade são boas propriedades para uma regra de pontuação? É que a incerteza sobre os lances dos demais, que afetam o VMP, faz com que os licitantes deem lances mais como apostas que como realmente revelação de seus valores ou custos para o objeto do contrato, e isso acarreta ineficiências alocativas. Os autores alegam também que a maior ou menor previsibilidade do VMP não altera os incentivos à traição dentro dos cartéis.

Como se vê, há espaço para se incluir qualquer dimensão de *qualidade* como parte do critério de adjudicação. Isso não preclui a manutenção de reservas de lotes, empates fictos nem margens de preferência, mas a modelagem acima mostra que é sempre possível extrair da regra de pontuação o valor marginal de um ponto, em qualquer fórmula, o que torna muito mais transparente para a sociedade quanto ela está pagando por aquele objetivo de política, e lhe permite cobrar o Executivo e o Legislativo se considerar que não está disposto a pagar esse VMP com seus impostos. Visto que a dimensão técnica

ou de qualidade pode ser qualquer objetivo de política governamental, é desejável que o critério de adjudicação seja chamado simplesmente de PGMV. Não é essencial que seja *economicamente mais vantajosa*, pois o objetivo de política pode não ser econômico. Mas também não é necessariamente nem de técnica nem de qualidade.

A análise acima também indica que as dispensas de licitação e inexigibilidades que envolvem a indicação de um fornecedor exclusivo ou de qualidade notória podem perfeitamente ser substituídas por licitações por PGMV, sem graves alterações na carga de trabalho dos gestores. Isso porque esse tipo de dispensa já funciona atualmente, na verdade, como um procedimento restrito ou convidado: o gestor chama três ou mais fornecedores cadastrados, cota propostas e escolhe uma delas por um conjunto de atributos de *qualidade*, no sentido mais amplo da palavra. Ora, os detalhes desses procedimentos passam ao largo dos sistemas de registros de compras com informações estruturadas, e por isso fica prejudicada fortemente a transparência do processo e dificultado o trabalho das auditorias. Transformando-os em licitações, ainda que restritas, os critérios de seleção do fornecedor adjudicado e mesmo a pré-seleção dos convidados seriam obrigatoriamente objetivos ou julgados por uma comissão formalmente designada para tal, e explicitados e registrados. O tempo da tramitação de cada fase do processo seria controlado e monitorado, ao contrário do que acontece hoje. E a assessoria jurídica do órgão teria uma justificativa bem concreta e mensurável da escolha do fornecedor, o que agilizaria a homologação e compensaria o tempo despendido nas formalidades do processo. Outro conjunto de dispensas desapareceria por meio do enxugamento do catálogo de materiais e serviços (subseção 2.4).

Outra conclusão a ser extraída da análise acima é que fica prejudicado todo o debate sobre a permissão ou não para a citação da marca na especificação do produto. Esta discussão está presente, por exemplo, na contribuição da Marinha à consulta pública do Senado. Um bom trabalho de especificação e padronização do produto deve ser geral o suficiente para agregar as demandas de vários órgãos com o objetivo de dar escala às compras públicas. Isto, combinado com o uso da PGMV como critério de adjudicação, permitirá aos fornecedores concorrer em qualidade, e fomentará a inovação e o aperfeiçoamento da qualidade do setor produtivo. Requerer marca, neste sentido, é não só desnecessário mas também indesejado.

Vale notar, mais uma vez, que o objetivo principal dessa resenha das fórmulas de pontuação não é incorporá-las à lei, mas sim sublinhar a variedade de opções que um comprador tem para acomodar suas preferências e privilegiar mais ou menos as dimensões de qualidade em relação ao preço obtido, de modo que se compreenda a importância de se prever o critério de adjudicação pela PGMV, como fazem na UE as Diretivas nºs 2004/17/CE e 2004/18/CE, sem especificar nenhuma fórmula em seus bojos.

O uso de pregões e cotações eletrônicas para aquisição por critério PGMV

O PLC nº 32/2007 propôs o uso de pregões para adjudicação de contratos com o critério de técnica e preço, o que não é permitido ainda. Isoladamente, esta medida, sem dúvida, será um grande avanço para a legislação brasileira. Vale notar, é claro, que nem sempre é possível recorrer-se ao pregão como é definido hoje. Na UE, a Diretiva nº 2004/17/CE estabelece que:

tais leilões eletrônicos incidam apenas sobre contratos de empreitada de obras, de fornecimento e de serviços para os quais as especificações possam ser estabelecidas de forma suficientemente precisa. Tal pode ser nomeadamente o caso dos contratos recorrentes de fornecimento, de empreitada de obras e de serviços. Para o mesmo efeito, convém igualmente prever que a classificação respectiva dos proponentes possa ser claramente determinada em cada momento do leilão eletrônico. O recurso ao leilão eletrônico permite às entidades adjudicantes pedirem aos proponentes que apresentem novos preços, revistos no sentido da baixa e, quando o contrato é adjudicado à proposta economicamente mais vantajosa, que melhorem igualmente elementos da proposta diferentes do preço. A fim de garantir o respeito pelo princípio da transparência, apenas os elementos suscetíveis de avaliação automática por meios eletrônicos, sem intervenção e/ou apreciação da entidade adjudicante, poderão ser objeto de leilões eletrônicos, ou seja, apenas os elementos quantificáveis que possam ser expressos em valores absolutos ou em percentagens. Por outro lado, esses aspectos das propostas que impliquem a apreciação de elementos não quantificáveis não deverão ser objeto de leilões eletrônicos. Por conseguinte, certos contratos de empreitada de obras e certos contratos de serviços relativos a realizações intelectuais, tais como a concepção de uma obra, não deverão ser objecto de leilões eletrônicos (Parlamento Europeu e Conselho da União Europeia, 2004a, Considerando nº 22).

O leilão eletrônico incidirá:

- a) Unicamente nos preços, quando o contrato for adjudicado ao preço mais baixo;
- b) Nos preços e/ou nos valores dos elementos das propostas indicados no caderno de encargos, quando o contrato for adjudicado à proposta economicamente mais vantajosa (*op. cit.*, Artigo 56, § 2º).

Como funciona então um leilão eletrônico com critério EMV na UE? Ele deve seguir critérios bem objetivos, como orienta a mesma diretiva:

3. (...) O caderno de encargos incluirá, nomeadamente, as seguintes informações:

- a) Os elementos cujos valores serão objeto do leilão electrónico, desde que esses elementos sejam quantificáveis, por forma a serem expressos em valores absolutos ou em percentagens;
- b) Os limites eventuais dos valores que poderão ser apresentados, decorrentes das especificações do objeto do contrato;
- c) As informações que serão facultadas aos proponentes durante o leilão electrónico e em que momento, eventualmente, o serão;
- d) As informações pertinentes sobre o desenrolar do leilão electrónico;
- e) As condições em que os proponentes poderão fazer lances e, nomeadamente, as diferenças mínimas que serão exigidas para fazer lances;
- f) As informações pertinentes sobre o dispositivo electrónico utilizado e sobre as modalidades e especificações técnicas de conexão.

4. Antes de procederem ao leilão electrónico, as entidades adjudicantes efetuarão uma primeira avaliação completa das propostas em conformidade com o critério ou os critérios de adjudicação previamente definidos e a respectiva ponderação (Parlamento Europeu e Conselho da União Europeia, 2004a, Artigo 56).

Esses critérios soam bastante lógicos e razoáveis. Nunca é demais destacar que, uma vez bem definidas e quantificáveis objetivamente as dimensões da proposta que a tornarão economicamente mais vantajosa, todas elas podem ser objeto de modificação numa eventual fase de lances sucessivos, ficando de fora, portanto, apenas aquelas dimensões cuja avaliação envolva um julgamento subjetivo.²⁸

Vale notar que o uso de plataformas eletrônicas para a submissão de propostas não se prende a um único modelo de leilão, portanto o disposto acima não vale apenas para pregões. As plataformas eletrônicas podem servir para diferentes tipos de leilão (inglês, holandês, anglo-holandês, anglo-holandês reverso, Vickrey, combinatórios etc.) e,

28. Se fosse possível separar o projeto e a execução em licitações diferentes, naturalmente a contratação do projeto – em virtude de envolver valores menores e devido à sua própria natureza de criação – poderia ter um maior peso de critérios subjetivos para sua adjudicação que a contratação da execução. Os autores agradecem a Leonardo Rezende por este ponto.

no caso de leilões sequenciais descendentes, podem comportar diferentes regras de fechamento, e de decréscimo e podem servir para a recepção de propostas técnicas e cálculo das pontuações dos diversos critérios de avaliação destas propostas. Existe uma infinidade de combinações possíveis de funcionalidades em um ou mais sistemas de *e-procurement*.²⁹ De fato, as instituições que responderam à pesquisa de Carpineti, Piga e Zanza (2006, p. 21) tinham em comum a sensação de que o leilão *online* “é muito útil porque permite o uso de diferentes formatos de leilões”. Nossa posição reforça, portanto, o entendimento da CGU de que se devem incorporar ao máximo os recursos da internet nas compras públicas.

Portanto, não há como não discordar da PLC nº 32/2007 e da contribuição do Sinaenco, que propõem que não seja instituído pregão por técnica e preço. A PGMV é um critério de adjudicação perfeitamente válido para qualquer formato de leilão aprovado para licitações, incluindo o pregão como é hoje conhecido. Não que esse formato de pregão seja o ideal; muito pelo contrário, a ordem das fases de lances sequenciais e de propostas (lances simultâneos) deveria ser invertida, de modo que os lances simultâneos (“envelopes fechados”) ficasse por último. O importante é que os lances sejam em cima de componentes objetivamente mensuráveis. Não se precisa ter, no entanto, uma posição definitiva neste momento sobre se os componentes mais subjetivos devem ser julgados antes ou depois da fase de lances e, sendo antes, se o resultado dessa avaliação deve ser público durante aquela fase. O ideal, como dito antes, é que este tipo de detalhe seja regulamentado abaixo da lei. Também não se deve impor em lei qualquer limite aos pesos dos critérios na pontuação da PGMV, como propõe o PLC nº 32/2007. Tais limites, se os houver, devem ser deixados para a regulação infralegal.

Por fim, vale notar que a cotação eletrônica, que hoje é usada para compras de baixo valor (inciso II do Artigo 24 da Lei nº 8.666), também pode passar a adotar a PGMV como critério de adjudicação, e com isso tornar-se um formato de leilão enquadrável como procedimento aberto. No quadro 4, sintetizam-se as diferenças entre o pregão e a cotação eletrônica como funcionam hoje, e acrescenta-se uma coluna com as mudanças propostas na cotação eletrônica, rotuladas aqui como *cotação eletrônica estendida*.

29. Ver Banco Multilateral de Desenvolvimento (2007) ou Wikipedia, disponível em: <http://en.wikipedia.org/wiki/Public_eProcurement>.

QUADRO 4

Comparação entre o pregão eletrônico e a cotação eletrônica

	Pregão eletrônico	Cotação eletrônica	Cotação eletrônica estendida
É uma licitação	Sim	Não	Sim. É um procedimento aberto (licitação competitiva) simplificado. ¹
Limite de valor	Não há	<=R\$ 8 mil	A definir
Cotação do valor de referência	A praxe é obter três cotações, no mínimo.	Uma cotação	Uma cotação, lembrando que os meios para a estimação de um valor de referência podem ser ampliados na nova lei.
Critério de adjudicação	Menor preço	Menor preço	Menor preço ou PGMV, desde que a pontuação técnica tenha apenas uma ou duas dimensões, todas elas de mensuração objetiva (por exemplo: prazo máximo de entrega).
Antecedência da divulgação da sessão	Oito dias úteis	Os fornecedores são convidados diretamente. Não há referência a prazos.	Os fornecedores são convidados diretamente, mas outros fornecedores já cadastrados podem participar, enquanto a cotação estiver aberta.
Número máximo de classes do catálogo de materiais (CATMAT) que podem constar do processo e da sessão	Não há limite máximo	Um	Um
Validade do preço	Sessenta dias, se outro prazo não estiver fixado no edital (Lei nº 10.520/2002, Artigo 4º).	Trinta dias	A definir
Fornecedores participantes	Qualquer um que atenda à convocação pública.	Selecionados aleatoriamente, em "quantitativo que garanta competitividade (...) entre aqueles registrados na correspondente linha de fornecimento e que tenham indicado possibilidade de entrega no município onde esteja localizado o Órgão Promotor da Cotação" (Brasil, 2001, Artigo 6º, Indso I).	Os convidados serão selecionados aleatoriamente, em "quantitativo que garanta competitividade (...), entre aqueles registrados na correspondente linha de fornecimento e que tenham indicado possibilidade de entrega no município onde esteja localizado o órgão promotor da cotação".
Fases	Duas: fase dos "envelopes fechados" (propostas) e fase descendente (lances, no pregão propriamente dito).	Uma: descendente. A partir da primeira rodada de propostas, todos os participantes estão livres para baixar os lances em rodadas sucessivas.	Uma, que pode ser descendente ou por envelope fechado. Se for descendente, já a partir da primeira rodada de propostas todos os participantes estão livres para baixar os lances em rodadas sucessivas.

(Continua)

(Continuação)

	Pregão eletrônico	Cotação eletrônica	Cotação eletrônica estendida
Identidade dos lances durante a sessão pública virtual	Não revelada	Não revelada	Não revelada
Identidade dos lances após o encerramento da sessão pública virtual	Revelada na ata	Revelada no relatório de classificação de fornecedores.	Revelada no relatório de classificação de fornecedores.
Regra de encerramento	Encerramento aleatório numa janela de trinta minutos após o aviso de fechamento iminente.	Encerramento aleatório numa janela de trinta minutos após o aviso de fechamento iminente.	Tempo de abertura e regra de fechamento podem seguir o que for definido para outros procedimentos abertos (licitações competitivas).

Fonte: Brasil (2001; 2002).

Nota: ¹ Com isso, e com a extinção das modalidades, fica prejudicada a sugestão da Marinha, submetida à consulta pública do Senado, de criar-se uma modalidade intitulada consulta.

A cotação eletrônica não pode ser negligenciada, pois ela dá muito mais flexibilidade ao gestor quando se torna difícil fazer a estimativa do valor de referência. Nenhum fornecedor consultado diretamente pelo setor público para formalizar um preço terá os devidos incentivos para entregar um preço realista. A consulta a bancos de preços do governo ou de fontes privadas especializadas deveria ser uma prática corrente. Este é um exemplo importante de melhoria operacional que dispensa alterações da lei, como já salientou com propriedade o professor Jacoby Fernandes (Fernandes, 2013) em sua apresentação na consulta pública do Senado.

2.2.5 Resumo da análise das modalidades, com recomendações

- 1) A Lei de Licitações deve enunciar apenas três categorias de procedimentos de compras públicas.
 - a) aberto, livre ou competitivo – qualquer fornecedor pode disputar o contrato –, que será chamado de licitação competitiva;
 - b) restrito ou convidado, que será chamado de licitação restrita; e
 - c) negociado, que será chamado de contratação direta.³⁰
- 2) Tanto a licitação restrita como a competitiva podem ter critérios de adjudicação de menor preço ou de PGMV – que é um nome mais adequado que *técnica e preço*, e mais amplo que *proposta economicamente mais vantajosa*, pois pode envolver outros objetivos de política governamental.

30. Nessa última categoria poderia ainda ser enquadrado o procedimento chamado de diálogo concorrencial (*competitive dialogue*), previsto pelas diretivas europeias como de adoção opcional pelos Estados-Membros. Neste procedimento, conforme a Diretiva nº 2004/18/CE, Artigo 29, os fornecedores são convocados a participar de negociações abertas e transparentes sobre as especificações de certos bens ou serviços particularmente complexos antes de apresentarem suas propostas finais. Na UE, este procedimento se concentra em compras da faixa mais alta de valor – apenas 0,4% do número de compras dos Estados-Membros e 4% do valor total, mas o valor tem crescido ao longo dos anos, e é particularmente adotado em compras conjuntas, predominantemente em serviços (63%) e obras (15% do subtotal) – ver PwC, London Economics e Ecorys (2011). O número de fornecedores participantes é bastante restrito – eles são convidados, mas os não convidados podem também participar. Como este formato de compra seria previsto em regulamento, sua especificação ficou de fora da proposta apresentada pelo Ipea para a lei de licitações.

- 3) Tanto os critérios de adjudicação como as fórmulas de pontuação, regimes de contratação, formatos dos leilões e forma de compra devem ser apenas mencionados como parte do escopo de uma regulação infralegal, que definiria cardápios de cada um destes elementos.
- 4) O procedimento negociado (contratação direta) deve substituir a inexigibilidade e deve ter um roteiro de ações bem definido para o gestor público.
- 5) As dispensas de licitação devem ser substituídas por procedimentos restritos ou convidados (licitações restritas), preferencialmente adjudicados à PGMV. Nos casos de dispensa em que hoje é usada a cotação eletrônica, pode ser adotada a cotação eletrônica estendida, que seria classificada como um procedimento aberto.

2.3 Dos regimes de contratação, das garantias, dos incentivos e da governança contratuais

Segundo Albano *et al.* (2006a), economistas e executores de contratos concordariam que *i)* a flexibilidade do contrato, *ii)* os incentivos à qualidade e à redução de custos e *iii)* a alocação do risco da compra são as dimensões mais importantes a influenciar a escolha do contrato de compra pelo comprador.

A primeira diz respeito à capacidade das partes contratantes de adaptar o contrato a contingências não previstas e/ou não escritas no contrato original. A terceira (risco da compra) refere-se aos eventos que podem afetar a realização do desempenho contratual, e cuja ocorrência não pode ser acuradamente prevista e influenciada pelas partes contratantes. Por exemplo: descoberta de uma rocha particularmente resistente durante a construção de um túnel, requerendo uma broca especial; mau tempo ou alta do combustível afetando a tempestividade ou custo de entrega de leite fresco para merenda escolar etc. Por um lado, a regra de reembolso de custos define o quanto do risco desses eventos é absorvido por cada parte. Por exemplo, se a firma contratada recebe um pagamento que reembolsa 100% de seus custos, ela não tem nenhum risco, cabendo todo o risco ao comprador. Já se o contrato envolve um pagamento fixo, independentemente do custo, todo o risco é alocado para a firma contratada. Por outro lado, a regra de reembolso de custos também afeta os incentivos à qualidade e à redução de custos (segunda dimensão): no reembolso de custos, a firma contratada não tem nenhum incentivo a reduzir custos, enquanto no

pagamento fixo ela tem todo o incentivo. A literatura econômica de contratos tipicamente identifica um *trade-off* entre incentivo e segurança contra riscos.

Assim, segundo Albano *et al.* (2006a), os tipos de contratos podem ser enquadrados em três amplas categorias: *i*) contratos de reembolso de custos ou *cost-plus*; *ii*) contratos a preço fixo; ou *iii*) contratos de incentivos.

Faltava na legislação brasileira uma provisão para que as empresas contratadas por licitação para obras e serviços tivessem sua remuneração baseada no desempenho, como nas categorias de reembolso *cost-plus* e de contratos de incentivos. A novidade apareceu no RDC. Pelo Artigo 10 da Lei nº 12.462/2011, que rege o RDC, está previsto que:

na contratação das obras e serviços, inclusive de engenharia, poderá ser estabelecida remuneração variável vinculada ao desempenho da contratada, com base em metas, padrões de qualidade, critérios de sustentabilidade ambiental e prazo de entrega definidos no instrumento convocatório e no contrato (Brasil, 2011b).

Cabe notar que já existe uma literatura pulsante sobre a questão da tempestividade das obras, afinal os aditivos de valor não são o único estorvo para os contribuintes. Quando se fecha uma pista de uma estrada para obras, por exemplo, e os motoristas enfrentam engarrafamentos, há uma perda de bem-estar que pode ser reduzida se a empreiteira do contrato tiver incentivo a ser mais eficiente, seja pagando multas por atraso (D'Alpaos *et al.*, 2009; Lewis e Bajari, 2011) seja pagando diretamente pelo “aluguel” da pista (Bajari e Lewis, 2011). Além disso, pesquisa recente com dados de obras públicas italianas mostra que, nas regiões onde as durações dos processos são mais longas, as autoridades contratantes se empenham menos em defender-se dos recursos das empreiteiras contra o pagamento das multas por atraso, já que têm muito mais a perder com a demora no julgamento do processo (Coviello *et al.*, 2013).

2.3.1 Tipos de contratos

Contratos de reembolsos de custos (CRCs)

Neste tipo de contrato, todos os custos de produção (documentados) relacionados ao projeto são reembolsados pelo comprador, que também paga uma taxa pela supervisão. Este tipo de contrato segura completamente o contratado contra excedentes de custo e, por isso mesmo, traz incentivo zero a esforços de redução de custos. Seu uso nos Estados

Unidos está restrito a circunstâncias em que “incertezas envolvidas no desempenho do contrato não permitem que os custos sejam estimados com acurácia suficiente para usar nenhum tipo de contrato a preço fixo” (United States, 2005, cláusula 16.301-30, tradução nossa). No Reino Unido, o Departamento de Comércio e Indústria adota uma versão especial de CRC chamado contrato a preço limitado – *capped price contract* (CPC). Nesta versão, há um limite superior para o valor a ser desembolsado. Por exemplo, se foi acordado um valor de £ 500 por dia por um máximo de trinta dias, o limite superior é de £ 15 mil, e se o contrato for executado em menos tempo, o contratado recebe proporcionalmente pelos dias de execução.

Os CRCs são indicados em situações em que a qualidade é não verificável. Eles também são indicados para casos em que falhas de desenho, condições ambientais ou locais ou mudanças em regulações causam desequilíbrio econômico-financeiro, visto que eles reduzem os custos de renegociação do contrato.

Contratos a preços fixos (CPFs)

Um contrato a preço fixo é um acordo contratual pelo qual o contratante paga um preço fixo para realizar um projeto que satisfaça um nível mínimo predeterminado de qualidade. O preço fixo resulta tipicamente de um processo licitatório (Albano *et al.*, 2006a). Os CPFs são, portanto, apropriados para projetos com pouca ou nenhuma complexidade nem incerteza, pois não seguram os contratados contra imprevistos de custos.

A contratação integrada do RDC se insere nessa categoria, com o detalhe que o projeto executivo também é da responsabilidade do contratado, o que aumenta ainda mais o seu risco, mas, por outro lado, protege o Estado de comportamentos oportunistas de aditamento. É que os aditamentos são prática corriqueira na Administração Pública: ocorrem em pelo menos um terço dos contratos de obras e majoram essa parcela de contratos cerca de 30% em média (Fiuza, 2009).

Contratos de incentivos (CIs)

Os contratos de incentivos são situações intermediárias entre os contratos a preços fixos e os de reembolso. Podem ser representados por uma função afim para o reembolso de custos:

$$T = P + bC$$

onde T é a transferência total ao contratado, P é um pagamento fixo, C é o custo realizado (verificável) e b uma constante positiva entre zero e um, representando a fração do custo incorrida pelo comprador. Esta fórmula naturalmente engloba como casos particulares os contratos a preço fixo ($b = 0$) e de reembolso de custos ($b = 1$). Este tipo de contrato, com valores de b fora dos extremos, permite o compartilhamento de risco entre contratante e contratado, ao mesmo tempo que cria incentivos ao esforço em reduzir custos por parte do contratado, sem que este se aproprie de todo o montante economizado. Entre os fatores que determinam b , estão (sinal da derivada entre parênteses; se positivo, quanto maior o fator, maior b , e vice-versa): *i*) a variância dos choques incidentes sobre os custos (–); *ii*) a responsividade dos custos às atividades de redução (+); *iii*) a aversão ao risco por parte do contratado (–); *iv*) o detrimento das atividades de redução de custos à qualidade (–); e *v*) o custo de monitoramento ou auditoria (–). Contratos de incentivos podem ser leiloados, de modo que os licitantes deem lances para cada parâmetro P e b .

Esse regime de contrato está completamente ausente da legislação brasileira de licitações, o que impede uma alocação mais eficiente de risco entre governo e seus fornecedores. A figura mais próxima desse tipo de contrato são as parcerias público-privadas (PPPs), em que o governo e o sócio privado dividem os riscos da obra. A nova lei de licitações poderia perfeitamente incluir este tipo de contratação.

Comentários

Note-se que tanto os contratos de incentivo como os de reembolsos de custos envolvem significativo esforço de auditoria de custos. Além disso, é um resultado cediço na literatura que os contratos de incentivo premiam maior esforço nas tarefas cujo desempenho é mais bem medido e que, conseqüentemente, constam do contrato, enquanto tarefas talvez igualmente ou mais importantes recebam menos atenção e empenho. Por fim, vale lembrar que algumas tarefas compartilham custos comuns, e que a alocação destes custos pode ser manipulada pelas firmas contratadas se não houver uma fiscalização adequada, o que pode requerer que o contratante divida as contratações entre diferentes firmas.³¹ Como regra de bolso, bem lembram Albano *et al.* (2006a, p. 87): “contratos

31. Albano *et al.* (2006a) sugerem que: *i*) as tarefas sejam agrupadas em lotes ou contratos os mais homogêneos possíveis em termos de mensurabilidade; *ii*) a potência dos incentivos seja calibrada de acordo com a mensurabilidade da tarefa como uma relação direta; e *iii*) que os lotes/contratos sejam concedidos a fornecedores diferentes. Isto permitiria extrair o esforço correto de cada um deles em cada tarefa.

mais complexos tendem a ser associados com custos de gerenciamento mais altos, e não pode existir um sistema de compras eficiente sem uma gestão de contratos eficiente”.

Admitindo-se que um contratante incorra num custo não desprezível para fazer uma especificação abrangente de um projeto de construção e que ele não seja capaz de distinguir o custo de produção (que é função de um esforço não observável) dos custos adicionais de uma mudança de projeto, ele terá então que balancear os custos de adaptação e renegociação contra os incentivos de custos de produção proporcionados pelo formato de contrato. Quanto menos completo é o projeto em termos de cobertura dos possíveis estados da natureza, maiores (e/ou mais prováveis) serão esses custos de adaptação e renegociação, e neste caso os contratos *cost-plus* são mais vantajosos ao contratante. No entanto, quando a especificação do projeto fornece uma descrição mais completa, a probabilidade de adaptação é mais baixa e o contrato a preço fixo domina. Ora, sob o pressuposto razoável de que os custos de especificação de projeto sejam não decrescentes no número de estados da natureza cobertos – a medida de complexidade da obra adotada aqui –, os contratos *cost-plus* serão preferidos (Bajari, Houghton e Tadelis, 2014). E não se pode leiloar um contrato de *cost-plus* de maneira razoável.

Traduzindo para uma linguagem menos técnica, isso significa que a complexidade de um serviço de construção civil torna muito difícil escrever contratos completos entre as partes descrevendo todos os estados contingentes da natureza e as ações a serem tomadas em cada um deles. O resultado inevitável é a profusão de termos aditivos, muitos deles celebrados poucos dias depois de assinado o contrato. Além disso, a contratação a preço fixo desestimula a revelação, pelas empreiteiras participantes, de falhas e vícios no projeto antes do certame licitatório. Elas preferem detectá-los sozinhas e aproveitar-se da assimetria de informação para submeter propostas desbalanceadas (*unbalanced bids*) (Athey e Levin, 2001), conhecidas no Brasil como “jogo de planilha”, para só depois lucrar renegociando o contrato após a assinatura. A demonstração de que as empreiteiras guardam estas informações para si são os números obtidos no Comprasnet, de 2002 a 2008, que indicam que as obras recebem aditivos com 10% a 20% do tempo de execução decorrido (gráfico 2).³² Outra referência, já incluindo um tratamento econométrico dos dados, é o artigo de Jung *et al.* (2013), que mostrou que a probabilidade de *underbidding* é maior em itens de obras públicas nos quais há revisão dos quantitativos para cima,

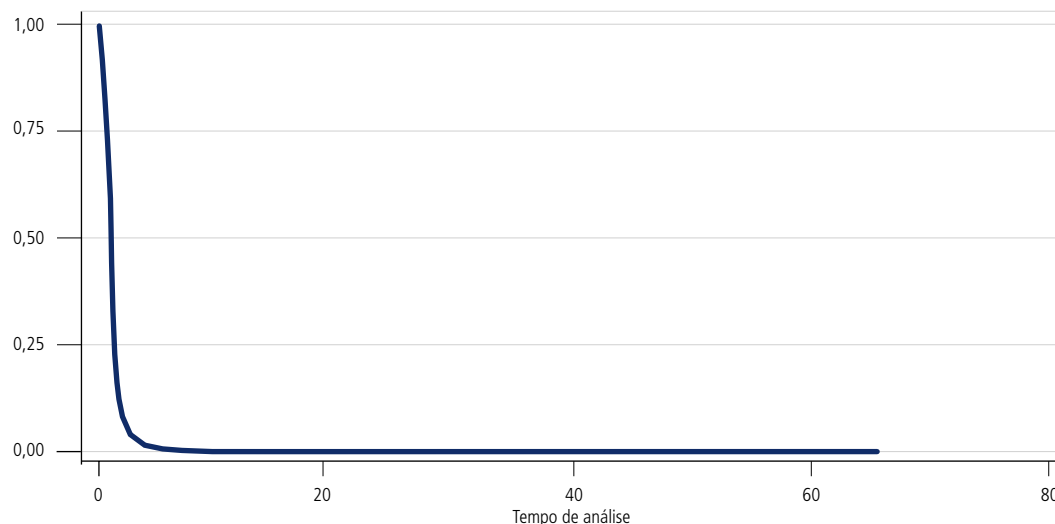
32. A este respeito, ver Fiuza (2009).

usando dados de lances por item de planilha em licitações de obras públicas realizadas no estado norte-americano de Vermont.

GRÁFICO 2

Distribuição de probabilidade da porcentagem de tempo do contrato decorrido do início da vigência até a data do primeiro aditivo de valor – estimador de sobrevivência de Kaplan-Meier (2002-2008)

Distribuição acumulada



Fonte: DW Comprasnet/MPOG.

Elaboração dos autores.

É aí que entra o regime de contratação integrada. Este regime permite que todas as etapas de uma obra sejam contratadas com uma única empresa, que faz os projetos básico e executivo e realiza a obra, entregando-a pronta para a Administração. Ele está definido no Artigo 9º da Lei nº 12.462/2011:

Artigo 9º. Nas licitações de obras e serviços de engenharia, no âmbito do RDC, poderá ser utilizada a contratação integrada, desde que técnica e economicamente justificada.

§ 1º A contratação integrada compreende a elaboração e o desenvolvimento dos projetos básico e executivo, a execução de obras e serviços de engenharia, a montagem, a realização de testes, a pré-operação e todas as demais operações necessárias e suficientes para a entrega final do objeto.

§ 2º No caso de contratação integrada:

- I. o instrumento convocatório deverá conter anteprojeto de engenharia que contemple os documentos técnicos destinados a possibilitar a caracterização da obra ou serviço, incluindo:

- a) a demonstração e a justificativa do programa de necessidades, a visão global dos investimentos e as definições quanto ao nível de serviço desejado;
 - b) as condições de solidez, segurança, durabilidade e prazo de entrega, observado o disposto no *caput* e no § 1º do Artigo 6º desta Lei;
 - c) a estética do projeto arquitetônico; e
 - d) os parâmetros de adequação ao interesse público, à economia na utilização, à facilidade na execução, aos impactos ambientais e à acessibilidade;
- II. o valor estimado da contratação será calculado com base nos valores praticados pelo mercado, nos valores pagos pela Administração Pública em serviços e obras similares ou na avaliação do custo global da obra, aferida mediante orçamento sintético ou metodologia expedita ou paramétrica; e
- III. será adotado o critério de julgamento de técnica e preço (Brasil, 2011b).

2.3.2 A qualidade não contratável e a governança contratual

Em muitos casos, algumas dimensões de qualidade são impossíveis de se contratarem porque não são verificáveis, ainda que sejam observáveis. É a chamada qualidade não contratável. A sua provisão depende muito mais de outros tipos de incentivos, que podem ser agrupados em: *i)* pré-contratuais; *ii)* dentro do contrato; e *iii)* pós-contratuais.

No primeiro grupo, se inserem as estratégias de limitação da competição, tais como limitar o número de licitantes. Isso porque uma concorrência mais acirrada faz com que os licitantes cortem qualidade para reduzir custos. Como a redução da concorrência acaba sendo, pelo menos parcialmente, absorvida por margens de lucro mais altas, há que se combinarem estas estratégias com as do segundo grupo.

No segundo grupo, estão dispositivos para punir o contratado que tiver reduzido qualidade com suspensão de contrato ou multas, baseadas em aferições de satisfação dos usuários.³³ A suspensão do contrato fica mais crível se o contratante puder recorrer

33. A agência italiana de compras, Consip, adotou indicadores de satisfação de clientes em licitações na área de informática, pois isso tornaria a renovação do contrato menos sujeita a problemas de conflito de interesse e corrupção. O National Audit Office do Reino Unido também propôs que levantamentos de satisfação dos consumidores se tornassem parte do processo de avaliação, com vistas a testar o desempenho do contratado em seguida ao início do serviço. A "ficha corrida" do contratado, disponível no Sistema de Cadastramento Unificado de Fornecedores (SICAF) brasileiro, também tem a finalidade de prevenir a contratação de empresas com mau desempenho passado.

ao candidato segundo colocado na licitação e se não houver solução de continuidade na mudança.³⁴ Outra estratégia possível é, desde o início, trabalhar com mais de um fornecedor (o chamado *dual sourcing*, ou *multisourcing*, dependendo de quantos são)³⁵ e alocar maior parte do fornecimento a quem provê mais qualidade não contratável. As desvantagens destas estratégias são, além da possibilidade de solução de continuidade, a perda de economias de escala e aumento de custos de transação (monitoramento) e a elevação dos prêmios de risco embutidos nos lances em face do aumento da incerteza sobre a duração do contrato ou de seu montante.

No Brasil, a ameaça de rescisão de contrato é real. De fato, conforme reza o Artigo 77 da Lei nº 8.666/1993, uma inexecução do contrato, ainda que parcial, sujeita o contratado à rescisão do contrato. E, em caso de urgência, a Administração Pública pode até recorrer à contratação direta (sem licitação). A rescisão pode ser unilateral, amigável ou judicial (Artigo 79), e pode ter diversas motivações, listadas no Artigo 78, entre as quais se destacam: cumprimento irregular ou descumprimento; atraso injustificado ou lentidão que aponte para atraso futuro; paralisação injustificada e não comunicada; subcontratação não permitida no edital; descumprimento de determinações da autoridade fiscalizadora do contrato; insolvência, dissolução ou falecimento do contratado; e caso fortuito, calamidade pública ou força maior. Por outro lado, a Administração também pode alegar razões de interesse público, além de poder suprimir parte das obras, serviços ou compras e, com isso, modificar o valor inicial além do limite permitido.³⁶

Por fim, no terceiro e último grupo encontra-se a promessa ou a maior probabilidade de renovação de contrato ou de favorecer a empresa com bom desempenho em próximas licitações. O favorecimento em novas licitações é largamente utilizado nas compras privadas, mas nas compras públicas ainda varia entre países por razões legislativas. Ainda assim, é crescente o interesse dos compradores públicos no desempenho passado. Segundo

34. Esta solução de continuidade está associada, entre outras coisas, à curva de aprendizado presente na execução do contrato, que precisa ser percorrida novamente desde o princípio quando se troca de fornecedor. Justamente porque existe um aprendizado, o contratante pode precisar ser paciente com o período de “experiência” (*try-out*) do fornecedor. Vale notar também que, se a diferença dos lances entre o primeiro colocado e os demais for muito grande, pode ser necessário realizar outra licitação.

35. O *multisourcing* permite também ao contratante comparar desempenhos de produtividade e/ou custos, numa espécie de competição por padrão (*yardstick competition*). Além disso, esta solução não padece do problema de ter o segundo fornecedor partindo do zero em termos de aprendizado.

36. Ademais, a Administração pode nem mesmo contratar o vencedor da licitação.

Albano *et al.* (2006a), dispositivos nas diretrizes de compras da Europa, dos Estados Unidos, da Austrália e do Banco Mundial já premiam o bom desempenho passado. A Diretriz nº 2004/18/CE da UE, no seu Artigo 48, permite ao licitante demonstrar sua capacidade técnica com uma lista de referências das obras mais importantes dos últimos cinco anos. O Banco Mundial considera o desempenho passado e a experiência do licitante como elementos-chave na sua avaliação, especialmente para projetos grandes e complexos. Também na Austrália o desempenho passado faz parte da avaliação do candidato. Nos Estados Unidos, o Federal Acquisition Regulation (FAR) especifica, inclusive, como e de quais tipos devem ser coletadas as informações para avaliar o desempenho passado dos fornecedores. Carpineti, Piga e Zanza (2006) também relatam que a cláusula 9.104-1d do FAR requer que o governo só realize negócios com empresas responsáveis, assim definidas como aquelas que, entre outros requisitos, tenha um histórico satisfatório de desempenho. A agência francesa de compras públicas desqualifica candidatos com base em desempenho ruim de contratos anteriores.

As vantagens em usar contratos mais longos são várias, segundo os mesmos autores: primeiramente, ganhos de escala, permitindo diluir mais os custos dos investimentos.³⁷ Com contratos mais longos, também a incerteza do fornecedor se reduz, e tanto o fornecedor como o contratante economizarão nos custos de participação de licitações.

No Brasil, existe a possibilidade de renovar o contrato por meio de aditamentos, desde que o objeto do contrato (isto é, o bem ou serviço fornecido) seja o mesmo, e desde que o tempo total, com todas as extensões, não ultrapasse sessenta meses (48 meses no caso de aluguel de *hardware* e licenciamento de *software*).³⁸ Contudo, a experiência passada não é devidamente aproveitada, segundo a Lei nº 8.666/1993, para fins de demonstração da qualificação técnica, embora ela possa contar pontos no julgamento da proposta.³⁹ De fato, o Artigo 30 da lei prevê como peças da documentação relativa à qualificação técnica apenas inscrições em entidades profissionais, qualificação dos

37. Ganhos de aprendizado (*learning by doing*) também não são de se desprezar.

38. Lei nº 8.666/1993, Artigo 57º, incisos II e IV, redação dada pela Lei nº 9.648/1998.

39. A lei não diferencia a experiência da firma como um todo da experiência específica em serviços prestados à Administração Pública (Artigo 46, § 1º, inciso I). De fato, do ponto de vista da defesa da concorrência, privilegiar contratados anteriores parece uma barreira à entrada de novos fornecedores – esta é a posição manifestada pela extinta SDE/MJ em Brasil (2008) –, mas há que se levar em conta as possíveis eficiências deste arranjo, relacionadas aos incentivos ao fornecimento de qualidade.

profissionais e dos equipamentos, comprovação de entrega de documentos e atendimento a leis específicas (quando aplicável). Todos estes requisitos são por demais formais e pouco ou nada informam sobre a capacidade gerencial – que não deve ser confundida com a capacidade econômico-financeira – da firma para executar os serviços.

Criar um cadastro positivo de fornecedores seria, portanto, um avanço notável na legislação brasileira. O mais próximo que se chega disso é o que está previsto no RDC: os Artigos 29 a 31 da Lei nº 12.462/2011 preveem a criação de pré-qualificação e de cadastro de fornecedores. Destaca-se o Artigo 31, § 3º: “A atuação do licitante no cumprimento de obrigações assumidas será anotada no respectivo registro cadastral” (Brasil, 2011b).

O cadastro positivo de fornecedores seria o primeiro grande passo para a elevação da qualidade não contratável dos serviços de construção civil. O atual SICAF é insuficiente, pois dá conta apenas das faltas das empreiteiras, sem poder servir de base para o ranqueamento da qualidade dos serviços delas. A pré-qualificação está prevista no PLC nº 32/2007, e chegou a ser criticada pela SDE/MJ (Brasil, 2008) como restritiva à concorrência. Sem dúvida, pode resultar em barreira à entrada, mas deve-se lembrar de que não basta ter mais participantes, mas sim que eles disputem efetivamente o contrato e sejam agressivos em seus lances (Albano *et al.*, 2006b).

2.3.3 Qualidade contratável, especificação e padronização de produtos

A complexidade de um bem ou serviço pode ser medida pelo custo antecipado pelo comprador em descrevê-lo, especificá-lo e monitorá-lo. Se uma especificação completa for excepcionalmente custosa ou impossível, o projeto é dito *complexo*. Se, alternativamente, for fácil e relativamente pouco custoso desenhar o bem ou projetar a obra e prever e monitorar o desempenho, o projeto é considerado *simples*.

Uma das principais queixas de órgãos fiscalizadores, fornecedores, juristas (Justen Filho, 2005), organizações não governamentais (ONGs) (Abramo e Capobianco, 2004) e até do Banco Mundial (2004) é dirigida à extremamente deficiente especificação dos bens e serviços e à exagerada incompleteza contratual. Segundo o Banco Mundial, na ausência de contratos-padrão, são usados modelos que enfatizam mais as partes regulatórias do contrato – frequentemente se limitando a citar textualmente a lei –, mas lhes falta um tratamento aprofundado do escopo e da implementação do contrato em si. Os contratos frequentemente são pobres na descrição dos direitos e obrigações

do comprador e do fornecedor, na descrição do escopo do fornecimento ou das obras a serem implementadas, e das rotinas de entrega, aceite e pagamento e supervisão em geral, em parte porque o arcabouço legal do país inclui regulamentações para a maioria desses aspectos vistos em separado. Em boa parte também isso se deve a interpretações mecanicistas por parte dos gestores, que tratam a legislação como se fosse uma espécie de *manual de instruções*, a ser obedecido literal e textualmente.

A Lei nº 8.666/1993 fala em padronização do objeto:

Artigo 15. As compras, sempre que possível, deverão:

- I - atender ao princípio da padronização, que imponha compatibilidade de especificações técnicas e de desempenho, observadas, quando for o caso, as condições de manutenção, assistência técnica e garantia oferecidas (Brasil, 1993).

De fato, alguns avanços foram obtidos na padronização de materiais comprados pelo Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação (FNDE), como carteiras, ônibus escolares e computadores, e pelos órgãos de saúde da União, estados e municípios nos últimos anos (classe 6.505 de drogas e medicamentos). Contudo, de uma maneira geral, a falta de padronização de editais e contratos no serviço público federal é um sério problema. Por falta de uma agência centralizada de compras nos moldes da Consip italiana ou da OGC Buying Solutions britânica, tem-se um problema de suboferta de bons editais. Isso porque um bom edital é um bem público; uma vez publicado, qualquer um que saiba julgar a sua qualidade poderá copiá-lo. O raciocínio é análogo ao da gestão de ata de registro de preços: organizar um pregão com registro de preços beneficia todas as unidades administrativas participantes, que pegam carona no esforço da Unidade Responsável pela compra (Barbosa, 2012). Honrosas exceções existem, porém, em centros de excelência, tais como (novamente) o FNDE, que administra os registros de preço do Ministério da Educação (MEC), beneficiando principalmente as universidades federais (incluindo os hospitais-escolas) e as prefeituras e governos estaduais. Uma breve busca pela internet mostra que também existem iniciativas esparsas na esfera federal – Advocacia-Geral da União (AGU) – e em governos estaduais (Espírito Santo, Bahia, Alagoas, Santa Catarina) e municipais (Recife, São Paulo). Padronização de editais já é praxe também em organismos multilaterais, tais como o Banco Mundial e o Banco Africano de Desenvolvimento (BAD), e muito comum em países de colonização britânica e da América Latina.

O avanço concreto na direção da padronização, na verdade, veio por meio do Decreto nº 7.581/2011, que regulamenta o RDC, Artigos 109 e 110. Ele cria o Catálogo Eletrônico de Padronização, que conterá: especificações de bens, serviços e obras; requisitos de habilitação de licitantes, conforme o objeto da licitação; modelos de instrumentos convocatórios, minutas de contratos, termos de referência e projetos-referências; e outros documentos necessários ao procedimento de licitação que possam ser padronizados (Artigo 110).

O professor Jacoby Fernandes foi muito feliz em destacar em sua apresentação na consulta pública do Senado a necessidade de um órgão de certificação de qualidade para os produtos vendidos para o setor público. Na verdade, esse trabalho coaduna-se mais com o papel da nova agência normatizadora, para que os produtos adquiridos individual ou coletivamente – mas principalmente em compras conjuntas – passem por um processo de especificação e normatização permitindo ao sistema brasileiro de certificação atestar o atendimento dos requisitos das normas. Esta foi a experiência do FNDE em cooperação com o Instituto Nacional de Metrologia, Qualidade e Tecnologia (Inmetro) em vários dos processos de padronização citados acima, que serviram de base para o Registro de Preços Nacional, com uma plataforma específica para adesão de governos subnacionais às atas de registros de preços do órgão.⁴⁰

2.3.4 Riscos de parte a parte

A ordem e a tradição jurídicas brasileiras conferem ao Estado uma posição acima do contratado, fruto de seu poder de império, diferentemente do que acontece no direito privado, em que as partes estão em igualdade.⁴¹ Em particular, vale destacar que a licitação pode não resultar em nenhuma aquisição, sem que haja um mecanismo que garanta ao licitante vencedor qualquer seguro contra as mudanças de humores da Administração e seus consequentes contingenciamentos e cancelamentos. Em outras palavras, como deixa claro Justen Filho (2005, p. 428), a Administração tem o direito de não contratar, mesmo depois de licitar, selecionar, homologar e adjudicar.

40. Ver vários exemplos no portal da instituição: <<http://www.fnnde.gov.br>>.

41. Neste sentido, ver Di Pietro (2001, p. 234).

A falta de instrumentos financeiros privados para compensar os fornecedores agrava o problema e cria um incentivo à judicialização da solução do problema (Justen Filho, 2005, p. 475) e um custo “invisível” embutido nos preços cobrados nas licitações, referente aos riscos, não só de inadimplência ou mora no pagamento do contrato executado como, também, de não assinar o contrato – ainda que, em muitos casos, a decisão de não contratar tenha motivos bem razoáveis. Como consequência, o Estado acaba pagando por sua própria imprevidência, seja no preço cobrado seja nos custos judiciais. Dependendo do investimento requerido à firma para participar da licitação em todas as fases e em apresentar documentação complementar para ser contratada, esse pode ser um valor nada desprezível.

A esse respeito, vale a pena citar as reclamações sobre inadimplência e atrasos do governo, nos anexos do MPOG (Brasil, 2007a; 2007b). Infelizmente, embora tenham incluído nos questionários enviados aos fornecedores uma pergunta específica sobre o custo financeiro – como porcentagem do preço final – em função do prazo de pagamento contratual, do prazo excedente ao contratual e da incerteza dos pagamentos, os consultores não tabularam este custo em separado. Segundo os fornecedores entrevistados, o prazo médio de pagamento era de 54 dias, sendo 34 de prazo contratual médio e 20 dias de atraso médio. Além disso, 68% dos fornecedores entrevistados por meio dos questionários disseram que transferiam explicitamente seus custos com garantia ou prazo, sendo 31% desse total tanto com garantia como com prazo.

Além de o governo precisar de um grande esforço de melhoria do planejamento e execução orçamentária para tornar seus atos menos instáveis e menos sujeitos a contingenciamentos, cancelamentos ou injunções políticas, é possível melhorar a administração do risco do contratante. O que existe atualmente em comprovação de capacidade financeira para habilitação da empresa é essencialmente *backward looking*, e não dá conta dos riscos específicos da produção do bem ou serviço (a ser) contratado.⁴² Seria muito mais eficiente a contratação de seguros para garantir a execução da produção do bem ou serviço, em especial no caso de obras. Bajari, McMillan e Tadelis (2008) identificaram no mercado privado de

42. Em linguagem econômica, as exigências de capacidade financeira visam corrigir, ainda que o façam de maneira imperfeita, o problema da seleção adversa. Firms em pior situação financeira e, portanto, com maior risco de quebrarem sem conseguir cumprir cabalmente a execução do contrato, são justamente as que dão lances agressivamente mais baixos. Também a qualificação técnica se destina a corrigir a seleção adversa de firmas de baixa qualidade. Estas exigências, no entanto, são insuficientes para garantir que a firma se empenhe no contrato em termos de tempestividade, qualidade, boa gestão financeira e adimplência com fornecedores, o que configura um problema de risco moral.

construção três tipos de risco, e cada um deles é coberto por um seguro específico cuja contratação pela empreiteira é exigida pelo proprietário contratante nos Estados Unidos:

- seguro de garantia da proposta (*bid bond*)⁴³ – tipicamente de 10% do valor da proposta –, pelo qual a seguradora é responsável pelo montante se a empreiteira renegar o contrato;
- seguro-desempenho (*performance bond*) – tipicamente de valor igual ao montante da proposta –, pelo qual a seguradora é responsável até o valor do lance se a empreiteira é falha na construção de acordo com os planos e especificações (e, portanto, é falha em tempestividade, qualidade e/ou preço); e
- seguro de pagamento (*payment bond*) – também tipicamente de valor igual ao montante do lance –, que garante o pagamento aos subcontratados e fornecedores.

As licitações públicas federais, estaduais e locais dos Estados Unidos e Canadá também utilizam os mesmos instrumentos acima, mas o *bid bond* representa 5% do valor do contrato, e no Canadá o seguro de *performance* é de apenas 50% do valor do contrato. Na Europa, existem vários tipos de garantias exigidas, e tipicamente montam de 5% a 10% do valor do contrato; em alguns países, como a França (mercado habitacional privado) e a Itália (contratos públicos acima de € 100 milhões), são exigidos seguros-desempenho de 100% do valor. Não há harmonização das garantias e seguros entre os países europeus: definição legal, porcentagem, duração e obrigações legais variam substancialmente de um país para outro. O Grupo de Trabalho da União Europeia sobre Propostas Anormalmente Baixas (European Commission, 1999a) avaliou que o sistema existente na Europa à época não garantia que o contrato seria completado tempestivamente, de acordo com as especificações e sem custos extras para o cliente.

Bajari, McMillan e Tadelis (2008) comentam que, se a empreiteira for brutalmente negligente com seu trabalho, terá grande dificuldade em contratar seguros em futuros contratos. Assim, não só o seguro preservaria melhor o contratante público no decorrer

43. O nome técnico deste seguro, de acordo com a nomenclatura definida pelas Regras Uniformes para Seguros Contratuais – *Uniform Rules for Contract Bonds* (URCB) – da Câmara Internacional de Comércio, é *tender bond* (Uncitral, 2000, p. 594-599).

da prestação do serviço como também lhe permitiria extrair *ex ante* um sinal mais forte sobre o desempenho passado da empreiteira, com base no *rating* (classificação de risco) das seguradoras ou, no que é mais fácil observar, no ágio (prêmio de risco) pago pela empreiteira em relação a uma taxa de mercado. Isso preveniria novas ocorrências de casos como o da Gautama, empreiteira investigada pela Polícia Federal em 2007 na Operação Navalha e que, não obstante sua quantidade de obras não realizadas, continuou conquistando contratos de obras públicas – uma clara demonstração do quanto é falho, se não o monitoramento de desempenho dos contratados pelo sistema de compras federais, pelo menos a efetiva penalização ao mau desempenho.

No Brasil, a Lei nº 8.666/1993 prevê a possibilidade de exigência – a critério da autoridade competente e desde que prevista no instrumento convocatório – de uma prestação de garantia em obras e aquisição de bens e serviços (Artigo 56, §§ 1º a 3º), que pode ser feito de três maneiras alternativas, *a critério do contratado*: seguro-garantia, fiança bancária ou caução em dinheiro ou títulos. O valor pode ser 5% ou 10% do valor da obra, dependendo da complexidade técnica e riscos financeiros. Isto seria o equivalente ao seguro-desempenho, porém com dois problemas.

- 1) Engessa a porcentagem da garantia em valores que podem ser muito baixos.
- 2) Associa a porcentagem apenas à complexidade técnica e aos riscos financeiros. Ora, o risco de um projeto não se resume ao risco financeiro; há riscos técnicos que elevam os custos, mas não são riscos relacionados ao mercado financeiro ou mesmo à administração financeira da empresa contratada. O projeto pode envolver riscos de engenharia, e que podem ser completamente independentes da complexidade técnica do projeto.

Assim, aparentemente não existe a figura do seguro-desempenho nas licitações públicas brasileiras, exceto, talvez, em algumas licitações da Petrobras.⁴⁴ Quanto ao seguro de proposta, só está previsto em caso de propostas com preços excessivamente baixos – mas não considerados, pela regra de rejeição automática brasileira, inexequíveis – e, mesmo

44. No caso de licitações da Petrobras, a única estatal brasileira sujeita a regime especial, o decreto que institui o regulamento do procedimento licitatório simplificado (Decreto nº 2.745/1998) delega ao edital o poder de definir a natureza e o valor da garantia de propostas, quando exigida. Isto indica que há um tratamento mais flexível da questão da garantia nos setores em que a Petrobras atua como compradora.

assim, apenas cobrindo a diferença entre o lance e o valor estimado. A proposta atual de ampliar o uso do seguro de proposta enfrenta críticas de que reduziria a concorrência, justamente porque está condicionada a um critério que é endógeno, o de inexecuibilidade, como se verá na próxima subseção.

2.3.5 Inexecuibilidade

No exterior, é gigantesco o número de empresas contratadas por licitação para projetos de obras e que pedem falência. Nos Estados Unidos, entre 1990 e 1997, foram mais de 80 mil empreiteiras, deixando inacabadas obras que montavam a mais de US\$ 21 bilhões. Se os custos legais de liquidação dessas falências variam de 7,5% a 20% dos valores protestados, os custos indiretos, como atrasos, são ainda maiores (Engel *et al.*, 2006). A falência de uma empreiteira contratada pode dar-se quando os pagamentos contratados acabam ficando abaixo dos custos efetivamente realizados. As principais explicações para que uma empresa dê um lance abaixo do intervalo esperado de custos, ainda segundo Engel *et al.* (2006), são:

- maldição do vencedor: a firma vencedora subestima o custo e dá otimistamente lances baixos demais;
- expectativa de renegociação: a firma vencedora espera até renegociar o contrato quando for muito custoso para o comprador substituí-lo no contrato – esta renegociação gera custos supervenientes para o comprador e rendas econômicas para o contratado incumbente, que são descontados no lance; e
- má situação financeira e responsabilidade limitada (*limited liability*): fornecedores tentando sobreviver podem adotar, por desespero, estratégias arriscadas.

Nos dois últimos casos, como nos maus estados da natureza,⁴⁵ em que os custos são mais altos, eles podem pedir falência, suas perdas estão limitadas, mas seus ganhos potenciais não. Esta responsabilidade limitada das empresas torna-as mais propensas ao risco, despertando nelas um comportamento excessivamente agressivo nos lances propostos na licitação.

45. Estado da natureza, no jargão dos economistas, é qualquer cenário econômico, social etc. que afeta as recompensas (*payoffs*) dos agentes, e que são resultado da *natureza*, isto é, são exógenos àqueles agentes.

O relatório do Grupo de Trabalho da UE sobre Propostas Anormalmente Baixas (European Commission, 1999b) acrescenta outras razões para a submissão de tais propostas pelos licitantes: *i)* projeto e edital ou convite impreciso e ambíguo; *ii)* tempo insuficiente para preparar propostas; *iii)* erros na avaliação dos editais ou convites; *iv)* abuso de negociação pós-certame; *v)* uso do critério de menor preço, em vez de buscar a proposta EMV; e *vi)* submissão intencional de propostas anormalmente baixas, mesmo com prejuízo, por firmas com várias razões para tal.

O relatório também levanta as razões pelas quais as propostas anormalmente baixas são aceitas, mas a interpretação de propostas como tais vai muito além da inxequibilidade, e os membros do grupo detêm-se demoradamente nos riscos de execução com má qualidade, excesso de aditamentos, elevado custo de manutenção posterior, sendo o risco de falência apenas um entre tantos problemas que tais propostas acarretam. As razões apontadas são: *i)* insuficiente análise de risco; *ii)* falta de recursos ou qualificação de pessoal; *iii)* critérios inadequados de habilitação; e *iv)* necessidade de justificar para a opinião pública a adjudicação de contratos.

Por fim, o relatório propõe algumas recomendações para prevenir propostas anormalmente baixas: *i)* aplicar critérios qualitativos de habilitação apropriados em procedimentos de licitação abertos; *ii)* usar contratos que garantam a submissão de propostas que sejam EMVs; *iii)* contratar consultoria técnica no início da elaboração do projeto; *iv)* criar mecanismos de avaliação de desempenho que favoreçam a formação de relações de longo prazo com fornecedores qualificados; *v)* assegurar editais ou convites precisos e sem ambiguidades; *vi)* conceder prazos adequados para preparação de propostas; *vii)* *usar seguros de propostas, de performance e de pagamento*; *viii)* limitar negociações pós-licitações e mudanças contratuais; *ix)* selecionar propostas o mais frequentemente possível pelo critério de EMV; *x)* aumentar a transparência e o monitoramento das relações entre empresas contratadas e subcontratadas; *xi)* planejar e investir a longo prazo; e *xii)* conscientizar as autoridades sobre os efeitos adversos causados pelas propostas anormalmente baixas.

Essas recomendações aparecem em várias seções do presente trabalho. As recomendações (*i)*, (*ii*) e (*ix*) – uso de PGMV, com mecanismos contra direcionamento nos julgamentos qualitativo – aparecem na subseção 2.2.4. As recomendações (*iii*) e (*v*), que tratam de melhorias nos editais a partir de uma gestão de conhecimento proativa na arte da redação de editais, capitaneada pela agência normatizadora, são apresentadas na

subseção 4.1. A recomendação (iv) corresponde à implantação do cadastro positivo de fornecedores, conforme a subseção 2.3.2. A orientação (viii), sobre uso da contratação integrada, que veda os aditivos contratuais, consta da subseção 2.3. A proposta (x) implica a melhoria dos sistemas de informação, incluindo a implantação de um sistema de gerenciamento de contratos, como sugerido na subseção 4.3. As recomendações (xi) e (xii) dispensam comentários.

Dentre as recomendações para a detecção de propostas anormalmente baixas, o grupo de trabalho recomendou, embora sem unanimidade, alguns procedimentos de detecção pelo desvio em relação ao preço médio ou por análise estatística.

No Brasil, além de prever a desclassificação das propostas fora das especificações técnicas, o Artigo 48 da Lei nº 8.666/1993 prevê a desclassificação de propostas com valor global superior ao limite estabelecido ou com preços *manifestamente inexequíveis*, mas com a ressalva de que são permitidas propostas inicialmente consideradas muito baixas se forem efetuados esclarecimentos, a exemplo do que prevê a diretiva europeia. Contudo, em 1998 a redação do artigo foi alterada pela Lei nº 9.648, que inclui o § 1º prevendo um procedimento de rejeição automática para obras de engenharia:

§ 1º Para os efeitos do disposto no inciso II deste artigo consideram-se manifestamente inexequíveis, no caso de licitações de menor preço para obras e serviços de engenharia, as propostas cujos valores sejam inferiores a 70% (setenta por cento) do menor dos seguintes valores:

- a) média aritmética dos valores das propostas superiores a 50% (cinquenta por cento) do valor orçado pela Administração, ou
- b) valor orçado pela Administração (Brasil, 1993).

Na UE, as Diretivas nºs 2004/17/CE e 2004/18/CE estabelecem que propostas com preços anormalmente baixos sejam escrutinadas, devendo o licitante justificá-las. O Artigo 57 da primeira diretiva e o Artigo 55 da segunda estabelecem que

se, para um determinado contrato, houver propostas que se revelem anormalmente baixas em relação à prestação em causa, antes de as poder rejeitar, a entidade adjudicante solicitará por escrito os esclarecimentos que considere oportunos sobre os elementos constitutivos da proposta (Parlamento Europeu e Conselho da União Europeia, 2004a, Artigo 57, § 1º).

Propostas anormalmente baixas são aquelas cujos custos estão muito abaixo do estimado pelo órgão comprador.

Ora, estar ou não dentro da faixa de preços considerada exequível pelo critério descrito no parágrafo primeiro não guarda qualquer relação com os custos de insumos no mercado ou com a compatibilidade dos coeficientes de produtividade. Isto porque o critério brasileiro acima distorce o comportamento dos agentes em relação a seus custos, tornando os lances bem menos agressivos e concentrados em torno da média – comportamento semelhante à chamada *gambling for resurrection strategy*, da literatura de finanças corporativas. Quem ousar dar um lance um pouco mais vantajoso corre o risco de ser excluído do certame. A proposta atual da reforma da Lei nº 8.666 é meramente elevar a porcentagem do *caput*, o que claramente não desfaz as distorções que esta regra de corte impõe.

Outra consequência desastrosa deste artigo advém do § 3º, que prevê a concessão de um prazo extra de oito dias úteis para a revisão das propostas e apresentação de nova documentação. Isto é injustificável e inconstitucional, segundo Justen Filho (2005, p. 460), uma vez que impede a entrada de novos licitantes potenciais que não participaram da licitação ou que foram desclassificados em fases anteriores.

Existem várias abordagens semelhantes à brasileira, já resenhadas em outros trabalhos. Por exemplo, Itália, Bélgica, Portugal, Espanha e Grécia descartam propostas com preços menores, em uma determinada porcentagem, que a média das propostas submetidas ou dos descontos concedidos, com várias diferenças na porcentagem e/ou cálculo da média. Também no Peru e em Taiwan ganha o lance mais próximo da média, o que significa que os licitantes envidam seus esforços em adivinhar a média, não em baixar o preço. Na Suíça, o lance ganhador é o segundo menor, o que significa que os licitantes concorrem para ser o segundo colocado, não o primeiro.

Em outro grupo, países como Dinamarca, Finlândia, Suécia e Noruega preferem lidar com o problema das propostas anormalmente baixas no âmbito de suas legislações nacionais de concorrência.

Qualquer que seja a estratégia de minimização do risco de abandono do contrato, ela deverá reduzir de alguma maneira a concorrência, pois quanto mais acirrada a concorrência,

maior a probabilidade de seleção de um licitante em má situação financeira. Isto introduz um *trade-off* entre os objetivos do órgão comprador: de um lado, aumentar concorrência e baixar preços; do outro, minimizar risco. Mas Engel *et al.* (2006) consideram muito pouco eficientes as regras de rejeição automática citadas acima, pois o aumento de preços gerado pelo mecanismo é capaz de superar os ganhos com a redução do risco.

A regra de rejeição automática brasileira também é vulnerável a manipulações de licitantes em conluio para desclassificar concorrentes. Conforme aponta Justen Filho (2005), alguns dos licitantes em conluio podem fazer lances bem altos (*shill bids*), jogando para cima a média, de modo que o licitante mais agressivo (*maverick*, no jargão da defesa da concorrência) caia na cauda inferior da distribuição, abaixo do limiar de 70% e seja desclassificado. O membro designado pelo *bidding ring* (cartel de licitação) dá um lance um pouco mais baixo que os seus cúmplices e arremata o contrato.

Infelizmente, o uso do seguro vinha sendo completamente negligenciado no Brasil como instrumento de mitigação de riscos para o comprador público brasileiro. O Estado tomou para si a tarefa de analisar os riscos das empresas contratadas e, na maioria das vezes, a partir de um conjunto insuficiente de evidências, como documentos de habilitação, exclusão de lances inexequíveis e instrumentos antiquados de garantias. Chega-se ao cúmulo em que a lei brasileira *faculta à empresa contratada* escolher o tipo de garantia que oferecerá ao comprador em completa igualdade de condições entre as opções apresentadas: carta bancária, caução em dinheiro e seguro-bancário.

Ora, a caução em dinheiro compromete recursos da firma contratada reduzindo, assim, seu capital disponível e elevando o risco de falência ou dificuldades financeiras. Quanto à carta de fiança bancária (opção aparentemente mais adotada pelo contratado que o seguro-garantia), emití-la é uma atividade sem risco para o banco, pois ele apenas tem que ser depositário de um montante dos ativos da firma e, caso a carta seja executada, verificar se a execução é procedente. O banco não se envolve com os direitos e obrigações da firma contratada, e não tem que ser comprovada a quebra de contrato, portanto pode cobrar menos do fornecedor. Já ao emitir um seguro-garantia, a seguradora empenha seus próprios ativos e, dessa maneira, tem mais incentivo a investigar o histórico de seu cliente e as taxas que ela lhe cobrar serão menores se o risco for menor. Para pagar a execução de um seguro, a seguradora requererá uma verificação por terceiros. Pode exercer um papel

mais ativo em prevenir riscos. E a emissão do seguro não compromete colateral da firma segurada, o que alivia os seus índices de liquidez.

Engel *et al.* (2006) destacam que, se os fornecedores contratados forem livres para escolher eles mesmos as garantias oferecidas, dificilmente escolherão a eficiente, uma vez que não têm incentivos a internalizar as externalidades infligidas à Administração por sua escolha. Por esse raciocínio, aqueles autores concluem que o comprador deveria dar preferência a seguros-garantia em vez de cauções em dinheiro ou fianças bancárias porque o acesso do contratado ao seguro-garantia é um sinalizador muito mais eficaz de sua solvência, e o custo maior do seguro-garantia para firmas menos solventes será transmitido a seus lances, reduzindo suas chances de ganhar o contrato.⁴⁶ Esta é também a conclusão do Grupo de Trabalho da União Europeia sobre Propostas Anormalmente Baixas. Além disso, em caso de insolvência do contratado, a seguradora pode escolher entre reembolsar o comprador e ela mesma assumir a tarefa de completar o projeto. Assim, se o governo tiver uma boa fiscalização nas seguradoras,⁴⁷ não precisará duplicar o trabalho delas em investigar o risco de suas contratadas.

Cabe ainda notar que o valor do seguro-garantia, segundo os autores, deve ser proporcional ao risco do projeto, e não aos custos estimados, como fazem os Estados Unidos, onde o seguro-garantia (no caso, o seguro-desempenho) é feito no valor total do projeto. Basta imaginar dois projetos: um, barato, mas muito arriscado, e outro bem mais caro, mas basicamente sem riscos.

A lei brasileira atual estabelece porcentagens fixas de 5% a 10% sobre os custos estimados, de acordo com o risco, para garantir a execução. Não parece ser uma boa ideia delimitar a faixa de risco arbitrariamente em lei. Se o objetivo é impedir que a margem de discricionariedade do comprador manipule o valor da garantia como barreira à entrada de novos concorrentes em favor dos incumbentes, ao menos uma fórmula deveria ser

46. Outra possível explicação é o mau funcionamento do mercado de seguros, devido a alguma falha regulatória que limite indevidamente a oferta de seguros aos fornecedores governamentais. A solução para isso não é trivial, e requer um estudo mais aprofundado da regulação deste setor pela Superintendência de Seguros Privados (SUSEP), o que excede ao escopo deste trabalho.

47. Os autores julgam que é muito mais fácil para o governo regular as seguradoras que seus fornecedores. Primeiro, porque as seguradoras são em número muito menor. Segundo, porque a saúde financeira das seguradoras é mais fácil de observar.

fixada – e fórmulas normalmente são baixadas por portarias, resoluções ou instruções normativas –, refletindo o estado da arte da literatura econômica de finanças e seguros.

O Artigo 4º da Lei nº 12.462/2011 representa uma ruptura bem-vinda também nesse aspecto: prevê “condições de aquisição, de seguros e de pagamento compatíveis com o do setor privado” (Brasil, 2011b).

Quanto a um seguro contra a renegação ou abandono do contrato, que é o evento que se busca prevenir na regra de rejeição automática, a lei atual só estabelece a exigência de seguro caso a proposta caia numa zona cinzenta. É como se a regra de rejeição automática fosse um teste estatístico e a rejeição da hipótese nula de inexequibilidade tivesse um nível incômodo de significância. Ainda assim, o seguro exigido refere-se apenas ao montante da diferença entre a proposta vencedora e o valor de comparação citado no §1º do artigo. Fazendo as contas, o intervalo possível do valor deste *seguro de proposta* parte de zero (se a proposta for superior ou igual a 80% do valor de comparação), salta para aproximadamente 25% do valor da proposta (20% dividido por 80%) e pode chegar até 42,86% (30% dividido por 70%), proporções bem acima dos 10% estabelecidos no sistema norte-americano.

No setor público, em países da UE, são largamente utilizadas garantias contratuais na forma de garantias de desempenho, de pagamento adiantado e de manutenção.⁴⁸ Os seguros de propostas são raramente utilizados (European Commission, 1999a).

Vale notar, no entanto, que o relatório do Grupo de Trabalho da União Europeia sobre Propostas Anormalmente Baixas não conseguiu chegar a um consenso, nem de que as garantias normalmente exigidas pelos países europeus (cada um tem uma exigência dos seguros de *performance*), nem de que a simples exigência de seguros em geral, tivessem um efeito positivo de prevenção, detecção e eliminação de propostas anormalmente baixas. Além disso, um dos membros – a Federação da Indústria Europeia de Construção (FIEC) – aponta riscos no uso dos seguros durante as licitações, de que haja quebra de sigilo das propostas e de que estivessem sendo estabelecidos mecanismos de pré-qualificação concorrentes com os procedimentos aplicados pelos países.

48. Ver URCB, Artigo 2º, em Uncitral (2000, p. 594-599).

Diante do impasse que esse debate pode causar, a solução é simplesmente seguir as recomendações adiante do grupo de estudos europeu sobre propostas anormalmente baixas no que diz respeito à exigência de garantias.

1. No limite, a nova lei deve falar apenas em porcentagens mínimas e/ou máximas. Deve-se atribuir à agência normatizadora a regulação sobre a exigência de garantias: nem o licitante nem a entidade adjudicante devem ter o poder de definir o instrumento adequado de garantia, para evitar direcionamentos, colusão e lances anormalmente baixos.
2. Deve ficar prevista a exigência de garantias para a proposta, o desempenho e o pagamento, em percentuais que dependam do valor, da duração e do risco do projeto.
3. As garantias de proposta devem ser exigidas de *todos os licitantes*, e não apenas de quem tiver um lance anormalmente baixo. Isto derruba qualquer argumento de que tem caráter de redutor da concorrência. Se uma empresa isolada não tem escala suficiente para adquirir um seguro de proposta, é um indicador de que não tem estatura para assumir o projeto. Além disso, se a União patrocina fundos de garantia de risco de crédito para micro e pequenas empresas, pode-se perfeitamente estudar a extensão destes fundos para garantir propostas ou fornecer colaterais complementares no ato de contratação de seguros-garantias por essas empresas no mercado.
4. O padrão de garantias deve ser o de seguro-garantia, salvo disposição explícita em contrário.

O argumento de que a exigência de seguro-garantia encarecerá as propostas deve ser qualificado. Não se juntou aos autos da Comissão qualquer estudo que demonstre que isso é provável de acontecer. Existe pouca oferta desse tipo de seguro? Claro, se nenhum órgão do governo o exige... Assim como se pode imaginar que não haveria fundos de previdência suplementar para servidores públicos se a lei continuasse garantindo a estes a aposentadoria integral. No momento em que o seguro-garantia for sancionado como garantia preferencial, haverá massa crítica para o mercado começar a oferecer esse tipo de produto, e para haver entrada de novas seguradoras especializadas nesse segmento.

Isso dará escala ao mercado e possibilitará uma redução no prêmio cobrado. Tudo isso em tese. Novos estudos podem ser necessários para demonstrar isso. Só se alerta para que não se deixe o sistema de garantias como está hoje, pois não se pode avançar no combate à inexecução dos contratos de obras sem se introduzirem os incentivos corretos para as empresas de obras.

Quanto à concorrência no setor de seguros a ser criado, isso é matéria de competência da SUSEP e do Cade.

2.4 Da reforma do Sistema de Registro de Preços e da conveniência da criação de uma Agência Executiva de Compras Públicas (ABCP)

No desenho atual, o sistema de compras federais é bastante descentralizado e, até se poderia dizer, fragmentado. Por um lado, cada órgão, ministério ou autarquia tem seu próprio setor de compras e autonomia para geri-lo. Por outro lado, a comissão de licitação sempre tem que se reportar a uma autoridade competente responsável por homologar o contrato.

As unidades gestoras são responsáveis por:

- planejar a licitação;
- iniciar o processo – preencher formulários, cadastrar processo, redigir edital;
- codificar o produto e cadastrá-lo no sistema; e
- em alguns casos, controlar os estoques.

A necessidade de centralizar e disponibilizar cadastros de fornecedores, comparar preços praticados e introduzir outros aprimoramentos nos processos de licitação, principalmente relacionados ao advento do pregão eletrônico, levou à consolidação de um núcleo de gestão de tecnologia da informação (TI) no MPOG, mais precisamente a SLTI. É essa secretaria que gerencia o portal Comprasnet, pelo qual passam compras dos órgãos do governo federal cadastrados no chamado Sistema Integrado de Serviços Gerais (SISG) – isso inclui a administração direta, fundações e autarquias, mas não

as estatais, por exemplo, que usam apenas alguns módulos, e voluntariamente. Neste portal, fornecedores e órgãos públicos têm à sua disposição funcionalidades como consultas ao cadastro de fornecedores, catálogos de materiais e serviços, editais, atas de pregões e de registros de preços, controle de passagens aéreas e execução de pregões e cotações eletrônicas.

A introdução do pregão eletrônico em 2001 (chegando a 18,4% das compras em 2011), por um lado, foi eficaz em reduzir a porcentagem de número de compras por dispensa de licitação (que baixou de 90% para 72% entre 2001 e 2011), enquanto não se distingue uma tendência clara no que se refere a valor (tabelas 1 e 2). O pregão também parece ter substituído muitas compras das modalidades de envelopes fechados de valores mais baixos (convite e tomada de preços). Por outro lado, a inexigibilidade de licitação dobrou em participação quanto ao número de compras. Quanto ao valor empenhado, as participações das dispensas e inexigibilidades somadas caíram dez pontos percentuais (p.p.) entre 2005 e 2010, mas voltaram aos patamares originais entre 2011 e 2013.

Por que esse movimento em direção ao pregão? A obtenção de preços melhores não é necessariamente o motivo principal. Note-se que o pregão só perde para o convite em termos de agilidade: a meia-vida (mediana) de um processo de compra por pregão é de 26 dias entre a publicação do edital e a data do desfecho (resultado) da compra. O convite leva 16 dias e a concorrência, 72 (tempos medianos). Infelizmente, como a dispensa e a inexigibilidade não têm editais e as datas das cotações não são registradas no sistema, não há como estimar a agilidade desses processos.

TABELA 1

Número de compras por modalidade (2001-2011)

Ano do resultado da compra	Convite (%)	TP ¹ (%)	Concorrência ¹ (%)	Concorrência internacional ¹ (%)	Pregão (%)	Dispensa de licitação (%)	Inexigibilidade (%)	Total (números absolutos)
2001	4,33	0,98	0,33	0,02	0,58	90,17	3,58	395.357
2002	3,85	0,87	0,28	0,02	1,31	90,60	3,07	366.835
2003	5,30	0,76	0,22	0,01	2,18	88,28	3,24	324.927
2004	6,30	0,91	0,23	0,02	3,72	85,67	3,16	329.118
2005	4,59	0,72	0,21	0,03	6,57	84,30	3,58	320.096
2006	3,41	0,46	0,14	0,02	10,01	82,18	3,78	316.936
2007	2,63	0,48	0,18	0,02	12,18	80,24	4,27	310.468
2008	1,56	0,57	0,30	0,02	14,48	78,55	4,54	320.760
2009	0,51	0,57	0,47	0,01	15,78	77,50	5,15	321.242
2010	0,35	0,52	0,39	0,03	17,25	75,51	5,94	300.532
2011	0,26	0,48	0,44	0,02	18,36	72,81	7,64	273.704

Fonte: DW Comprasnet/MPOG. Elaboração dos autores.

Nota: ¹ Inclusive por técnica e preço.

TABELA 2

Valor empenhado total por modalidade (2001-2013)

Ano de referência da compra	Inexigibilidade (%)	Dispensa de licitação (%)	Pregão (%)	Concorrência (%)	Convite + TP (%)	Valor empenhado (R\$)
2001	5,61	6,40	2,13	76,21	9,64	4.763.487.335,97
2002	15,98	27,66	7,44	40,26	8,66	12.661.436.601,23
2003	14,32	15,56	15,03	47,64	7,45	12.825.738.717,01
2004	19,55	24,29	28,31	19,15	8,69	10.035.489.723,10
2005	14,73	22,54	33,16	23,72	5,85	16.640.747.948,70
2006	22,83	20,97	36,20	16,61	3,39	23.067.929.387,50
2007	17,89	20,37	37,40	21,67	2,66	25.035.201.926,99
2008	16,59	18,52	36,29	26,42	2,18	29.273.218.344,05
2009	13,67	24,48	30,97	29,06	1,82	41.236.409.791,14
2010	15,35	11,71	33,41	38,03	1,49	49.251.262.617,07
2011	18,63	15,29	40,59	24,22	1,27	43.571.299.907,57
2012	17,39	18,84	47,69	14,89	1,18	46.563.066.479,76
2013	25,45	18,35	45,55	9,28	1,37	27.409.970.639,90

Fonte: DW Comprasnet/MPOG.

Elaboração dos autores.

Os avanços no uso de ferramentas de governo eletrônico para fins de licitação colocam o Brasil em posição comparável às melhores práticas internacionais, e suas

funcionalidades têm sido copiadas por vários países da América Latina, graças a transferências de tecnologia fomentadas por organismos multilaterais, como o Banco Mundial. No entanto, persistem diversos fatores institucionais a provocar desperdício passivo (*passive waste*) no Brasil. Eles podem ser agrupados em cinco grandes eixos: *i*) estrutura de capital humano inadequada; *ii*) normatização incompleta e excessivamente formalista; *iii*) falta de harmonização dos procedimentos tanto administrativa como judicialmente; *iv*) agregação de compras predominantemente errática; e *v*) vulnerabilidade à corrupção.

Esses fatores são o foco das próximas subseções.

2.4.1 Capital humano

O que salta aos olhos na área de compras de qualquer órgão público é a baixa qualificação do pessoal lá lotado, como, aliás, é ressaltado pelo Banco Mundial (2004). Como não existe uma carreira específica para a função,⁴⁹ são aproveitados na atividade de compras funcionários administrativos de nível médio, basicamente treinados – quando muito – pela Escola Nacional de Administração Pública (ENAP) em habilidades específicas para: operar os sistemas que compõem o Comprasnet, mais os sistemas de gerenciamento de documentos dos órgãos; conferir documentos encaminhados; mediar encaminhamento de dúvidas entre os licitantes e os demandantes dos bens e serviços etc.

Também em parte devido à ausência da carreira, faltam incentivos inclusive de remuneração adicional, para que esses profissionais se qualifiquem no exercício da tarefa (Banco Mundial, 2004). Seus procedimentos, quando não estritamente baseados na letra da lei, também proveem da experiência dos seus pares e da jurisprudência dos tribunais de contas, cujos funcionários são muito mais qualificados, por estarem em carreiras mais bem estruturadas e bem remuneradas. Os cursos da ENAP sobre gestão de suprimentos, administração de estoques etc. estão acessíveis àqueles profissionais (não há um requisito de nível superior), e seu nível não é alto o suficiente para formar profissionais com uma visão estratégica de compras. Tal visão estratégica é dificultada também pela descentralização das compras, conforme se verificará adiante.

49. Na ausência de uma carreira específica, fica muito difícil levantar diretamente no Sistema Integrado de Administração de Recursos Humanos (Siape) o número de pessoas envolvidas com a atividade de compras – segundo o Banco Mundial (2004), seriam 30 mil funcionários espalhados por 2.050 unidades gestoras, realizando atividades de compras regularmente.

A criação de uma carreira específica de especialista em compras públicas permitiria selecionar profissionais já com o perfil desejado para a administração de compras: com um concurso focado na carreira de administração (tanto na prova escrita como na prova de títulos), seriam selecionados administradores ou profissionais com pós-graduação em Administração Pública ou de empresas. Suas qualificações seriam:

- nível superior em administração, economia, engenharia, comércio ou direito;
- experiência e conhecimento relevante em aspectos institucionais, técnicos e comerciais da atividade de compras;
- fortes habilidades conceituais, analíticas e avaliativas;
- integridade e comportamento altamente ético comprovados;
- boa compreensão das práticas de controle e auditoria de compras;
- noções básicas das diretrizes de compras públicas de instituições internacionais e das diretrizes de comércio internacional da Organização Mundial do Comércio (OMC), Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional – United Nations Commission ou International Trade Law (Uncitral) – e Mercado Comum do Sul (Mercosul); e
- capacidade de orientar e treinar outros colegas de *staff* e juniores de compras, e de encontrar soluções criativas para questões em licitações.

Outras competências, listadas como chaves pela Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE, 2011) para uma agência centralizada de compras, incluiriam: *i*) conhecimentos especializados de alguns produtos e mercados; *ii*) conhecimentos de informática; e *iii*) conhecimentos de finanças e contabilidade.

A insuficiente qualificação do pessoal, aliada à descentralização das compras, acaba prejudicando a qualidade da especificação dos produtos licitados. São inúmeras as queixas quanto à qualidade da compra pública, tanto relatadas pelo Banco Mundial (2004) como pelos fornecedores ouvidos pelos consultores do MPOG (Brasil, 2007a; 2007b). Foi por

essa razão que a contribuição do Ipea à consulta pública do Senado (Fiuza e Medeiros, 2013) enfatizou que uma reforma do arcabouço institucional de compras públicas nunca será completa enquanto não se reestruturar todo o efetivo de funcionários envolvidos com estas atribuições, criando uma carreira própria e evitando os persistentes desvios de função dos que hoje exercem essas atividades.

2.4.2 Centralização *versus* descentralização: quando e como agregar e coordenar as licitações

Desde o fim do regime militar e a adoção da CF/1988, tem havido movimentos de descentralização governamental, especialmente a repartição de recursos tributários. Para sustentar, reforçar e coordenar as ações dos entes federativos, no entanto, foram sendo criadas na legislação vinculações de verbas nos três níveis de governo, e o governo federal foi criando programas sociais com contrapartidas dos estados e municípios. Além disso, os gastos em saúde e a origem de seus recursos também são repartidos entre União, estados e municípios, formando o SUS. Alguns estados também descentralizaram compras entre regiões. Assim, fornecimento de material escolar, merenda escolar, material hospitalar, medicamentos etc. têm funcionado com transferências do governo federal e/ou estadual e contrapartidas estaduais e/ou municipais, enquanto os modelos de aquisição variam, ora sendo a aquisição delegada aos estados e municípios, ora sendo realizada pelo governo federal.

Parece haver certa confusão sobre os benefícios e malefícios da descentralização, porque não se costuma entender que há muito mais que uma única dimensão no processo de aquisição e usufruto dos bens e serviços adquiridos. Defensores das compras descentralizadas alegam que:

- elas fortalecem a economia local;
- elas reduzem a necessidade de deslocamentos dos vendedores a um centro distante, como a capital do país ou do estado;
- o comprador conhece melhor as necessidades e os costumes locais – é o exemplo da merenda escolar com produtos típicos da região, que fazem parte dos hábitos alimentares locais;

- não se incorre em excessivo custo de transporte, justamente porque se adquirem produtos no mercado local;
- compras centralizadas favorecem o aumento da concentração de mercado e dificultariam o acesso das pequenas e médias empresas (PMEs) aos mercados das licitações; e
- a agência que faz as compras em grandes volumes expõe-se a um risco comercial muito grande de que seus estoques encalhem por causa de alguma inadequação do produto selecionado às demandas dos órgãos consumidores finais.

Não só esses argumentos são apenas parcialmente procedentes como, também, não levam em conta as vantagens da compra centralizada, como, por exemplo, se vê a seguir:

- 1) Os ganhos com a maior escala de compra podem compensar os gastos mais altos com logística.
- 2) Agregar compras de bens e/ou serviços cuja provisão conjunta tem economias de escopo pode viabilizar a obtenção de lances mais baixos dos licitantes que auferem tais economias.
- 3) A proximidade do comprador ao mercado local eleva o risco de corrupção.
- 4) Os pregões eletrônicos reduzem sensivelmente as necessidades de deslocamentos físicos de profissionais de vendas; de uma maneira geral, os avanços na comunicação com TI proporcionam uma reversão da tendência anterior de descentralização, quando o tempo de resposta era um fator crucial; além disso, a existência de representações locais da agência central de compras também ajudaria.
- 5) É muito mais fácil criar uma massa crítica de gestores qualificados para administrar compras quando se tem maior escala, e isso só é obtido com a centralização. Esta qualificação é ainda mais necessária quando se trata de licitações em áreas que requeiram *expertise* específica num produto ou

mercado (OCDE, 2011). O que se observa é que, se a mão de obra empregada nas atividades de compras públicas tem baixa qualificação, isto é ainda mais verdadeiro quando se trata da mão de obra de estados e municípios pequenos.

- 6) Também é mais fácil coordenar as equipes de compras de modo a estabelecer um rodízio ou outras medidas com o objetivo de reduzir a vulnerabilidade do sistema à corrupção.
- 7) Reverter a pulverização de compras reduz as possibilidades que os fornecedores têm de se coordenarem colusivamente, dividindo os clientes entre si. Ao fazer uma única licitação para um mesmo produto em todo o território nacional, o Estado pode desenhar os lotes geográficos de modo que não haja lotes para todos os competidores, pode monitorar melhor como eles se comportam ao longo do tempo, pode impedir que haja subcontratação colusiva etc.
- 8) Mecanismos de compras como registro de preços e seus assemelhados (acordos-quadro, convênios-marco e contratos-marco) permitem o parcelamento de entregas, o que diminui o tamanho requerido dos estoques dos compradores.

Isso não é tudo. O próprio conceito de compra centralizada foi evoluindo ao longo do tempo. De fato, um processo de aquisição e usufruto dos bens e serviços adquiridos tem de três a quatro etapas (adaptado de OCDE, 2011).

- 1) Seleção e adjudicação do fornecedor ou conjunto de fornecedores pelo gestor da compra.
- 2) Seleção do fornecedor dentro de um cadastro – no caso de mais de um fornecedor adjudicado – pelo gestor do pedido ou comprador.
- 3) Contratação e/ou encaminhamento de pedido de compra pelo gestor do pedido ou comprador.
- 4) Logística de distribuição, pelo comprador ou fornecedor.

Portanto, a centralização da compra não deve ser confundida nem com a centralização da logística nem mesmo com a centralização dos pedidos. A centralização total remeteria o conceito ao modelo de monopólio, muito comum nos Estados-Membros da UE no passado, como bem aponta a OCDE (2011). Sob este modelo, o escritório central de compras era constituído pelo governo central para executar compras de grandes volumes diretamente dos fornecedores, e os órgãos e departamentos governamentais eram então obrigados a adquirir bens e serviços diretamente destes escritórios que tinham, portanto, a função dupla de atacadista e armazém.⁵⁰ Este modelo foi paulatinamente sendo abandonado em favor de abordagens mais descentralizadas e flexíveis, nas quais os compradores têm maior liberdade em comprar os bens e serviços de outras fontes se acharem que podem obter melhor valor pelo dinheiro gasto, e as agências centrais de compras têm maior autonomia administrativa e financeira e concentram seus esforços cada vez mais na celebração de acordos-quadro, em vez de exercerem a antiga função de atacadistas. Esses acordos têm similaridades com o sistema brasileiro de registro de preços: um ou mais órgãos compradores acordam com uma ou mais empresas um preço (ou conjunto de preços) e, se necessário, uma previsão de quantidade, tendo o contrato um período de vigência (isto é, os produtos não são fornecidos de uma só vez). A seleção dos fornecedores, no entanto, não se prende necessariamente ao menor preço, mas pode usar como critério de adjudicação a proposta economicamente mais vantajosa.

Assim, nem a localização da agência de licitações nem do órgão gestor do pedido na capital federal ou na capital de um estado significa que o produto deve ser entregue lá, nem que a União ou o estado tenha que assumir a logística da distribuição, atividade que certamente não faz parte do *core business* da Administração Pública. As licitações podem e devem ser formatadas de tal modo que os lotes sejam repartidos por critérios geográficos, e dentro da região do lote podem ser indicados diversos endereços locais onde entregar os produtos diretamente, em especial nas compras em regime de registro de preços. De fato, existem numerosos operadores de logística com capilaridade em regiões inteiras do território nacional que podem ser subcontratados pelas empresas ganhadoras dos contratos. Além disso, as pequenas empresas, quando não têm capacidade de atender a um lote inteiro, podem se organizar em consórcios para disputar as licitações. E o apoio às pequenas empresas já se dá de muitas outras formas (por exemplo, as quotas e

50. No Brasil, pode-se citar a experiência fracassada da Central de Medicamentos (Ceme), que abarcava todas as etapas de aquisição e distribuição dos medicamentos do governo federal. Ela foi desativada em 1997 pelo Decreto nº 2.283, de 24 de julho de 1997.

o empate ficto previstos pela Lei Complementar nº 123/2006), sem se criarem reservas de mercado que distorçam preços relativos.

Dimitri, Dini e Piga (2006, p. 55) e OCDE (2011, p. 19) listam os benefícios da administração de compras centralizada.

- 1) *Melhores preços de bens e serviços.*
- 2) *Sinergias:* economias de escala nos custos de transação, inclusive divulgação, padronização e aumento do poder de compra e poder de barganha para deter oportunismo pós-contratual.⁵¹ Isto não significa abandonar as PMEs, pois há uma maior atratividade para novos licitantes, que também teriam maiores escalas e menos custos de transação (como custos jurídicos e documentação) do que agindo em mercados fragmentados.
- 3) *Maior especialização e capacitação de pessoal:* recursos humanos dedicados consolidam a gestão da informação – inclusive os bancos de dados – e as análises.
- 4) *Maior simplicidade de uso.*
- 5) *Nível mais alto de padronização e maior eficiência administrativa.*
- 6) *Compartilhamento de conhecimento e recursos (gestão de conhecimento):* é mais favorecido em equipes centralizadas que em unidades de compras locais e dispersas.
- 7) *Dificultar favoritismo e corrupção* – em virtude de a corrupção no órgão centralizado ficar mais evidente.
- 8) *Maior suporte a objetivos de políticas públicas.*

51. Isso requer um monitoramento descentralizado, mas vale lembrar que o órgão centralizado pode coordenar a avaliação do desempenho.

- 9) Criar incentivos a que os solicitantes na repartição local revelem melhor suas necessidades de qualidade e melhorem a comunicação.
- 10) Favorecer a previsibilidade e a segurança (*certeza*) dos agentes compradores em vários aspectos-chave do processo – legais, técnicos, econômicos e contratuais –, o que reduz os riscos que seriam incorridos de outra forma pelo agente comprador, tais como riscos de reclamações e recursos, qualidade ruim ou insuficiente dos produtos, falha dos fornecedores e termos contratuais inadequados.

Além disso, a padronização dos produtos pode ser necessária para uma eficiência maior da Administração Pública, e favorece a execução de metas de políticas em setores específicos, tais como compras sustentáveis, inovações e participação de PMEs. A padronização favorece a centralização na medida em que:

- *facilita a coleta e o processamento de informação*: os produtos podem ser descritos com bastante precisão e sem ambiguidade, já que há uma limitada variedade de modelos; e
- *permite aos fornecedores explorar economias de escala* ao produzirem quantidades maiores do mesmo produto.

Vale notar que o número de acordos-quadro cresceu 18% ao ano (a.a.) entre 2006 e 2010 em trinta Estados-Membros europeus.⁵²

2.4.3 Proposta de criação do contrato-marco, em substituição ao registro de preços
Como foi comentado na subseção 2.4.2, há similaridades entre o instituto brasileiro do registro de preços e os acordos-quadro europeus. Aplicam-se ambos a bens e serviços padronizáveis, a serem adquiridos durante um longo período de tempo, sem quantitativos definidos. Isto reduz ao mesmo tempo o custo de celebrar várias licitações e o custo de manutenção de estoques.

52. Dados obtidos a partir dos 540 mil anúncios de compras do *Jornal oficial da União Europeia* (PwC, London Economics e Ecorys, 2011).

De uma maneira mais ampla, Albano e Sparro (2008) identificam três classificações de acordos-quadro de acordo com as práticas internacionais e a regulação.

- 1) Definição da União Europeia: “acordo entre uma ou mais entidades adjudicantes e um ou mais operadores econômicos, que tem por objeto fixar os termos dos contratos a celebrar durante um determinado período, nomeadamente em matéria de preços e, se necessário, de quantidades previstas”.
- 2) Os Estados Unidos têm adotado diferentes opções, tais como contrato de aquisição de amplitude governamental – government wide acquisition contract (GWAC) –, contratos de entrega indefinida ou quantidade indefinida e cronogramas de adjudicações múltiplas, que implicam múltiplos contratos vigentes com subseqüentes concorrências por encomendas de prestações ou entregas.
- 3) Definição da Uncitral: uma transação para assegurar o fornecimento de um produto ou serviço ao longo de um período de tempo – arranjos de compras periódicos e recorrentes, arranjos de aquisições periódicas, fornecimento periódico de veículos.

Segundo os autores, os três grupos têm dois traços em comum: a agregação de demanda de bens e serviços a serem entregues em diferentes momentos do tempo; e a adoção de um processo de compra em dois estágios.

Os autores trazem ainda uma tipologia de acordos-quadro, baseada no grau de completude e na quantidade de fornecedores adjudicados (quadro 5).

QUADRO 5

Tipologia de acordos-quadro

Completo: todas as condições estabelecidas no contrato-mãe. Adjudicação única: apenas um fornecedor habilitado.	Incompleto: nem todas as condições estabelecidas no contrato-mãe. Adjudicação única: apenas um fornecedor habilitado.
Completo: todas as condições estabelecidas no contrato-mãe. Adjudicação múltipla: mais de um fornecedor habilitado, ao menos três na Europa.	Incompleto: nem todas as condições estabelecidas no contrato-mãe. Adjudicação múltipla: mais de um fornecedor habilitado, ao menos três na Europa.

Fonte: Albano e Sparro (2008).

A diferença maior entre o sistema brasileiro e o europeu é que os acordos-quadro podem definir preços ou quantidades, enquanto a essência do registro de preços é definir um preço, deixando em aberto os quantitativos a serem efetivamente adquiridos. Além disso, onde foi possível detectar a existência dos acordos-quadro, havia um ou poucos órgãos com a responsabilidade de negociar ou licitar os contratos centralizadamente, recebendo, em seguida, as adesões dos órgãos compradores. É assim que funcionam, por exemplo, os acordos da Itália (Bandiera, Pratt e Valletti, 2009). No caso brasileiro, qualquer órgão pode fazer uma ata de registro de preços e convidar outros órgãos para participar da licitação, de modo a ganhar escala na compra. Isto por si só já é uma ineficiência, já que, embora o Artigo 15, inciso II, da Lei nº 8.666/1993, estipule que seja usado o registro de preços “sempre que possível”, não só sua ocorrência é baixa, mas, quando ela ocorre, inexistente uma coordenação entre os órgãos sobre quem gere qual registro de preços, o que leva a uma multiplicidade de registros para bens iguais ou semelhantes.

Fiuza (a publicar) mostra que os itens de compras não revogadas e feitas com registro de preços superaram o número de itens sem registro a partir de 2011. Além disso, o número de compras sem registro de preços caiu em um terço entre 2002 – quando apareceram os primeiros registros – e 2012. Por fim, quando se somam todos os itens de compra repetidos entre órgãos participantes de um mesmo registro de preços, é ainda mais notável o crescimento da participação destes itens no total, até 79% em 2012. Tudo isto indica um enorme crescimento das compras com registro de preços. Ainda assim, o número atual de compras com registro de preços ainda é um décimo do total. Como cada compra tem seus custos fixos de transação que independem do número de itens que ela contém,⁵³ pode-se imaginar o desperdício de custos de transação que ainda persiste, advindo da abertura de um número demasiado de processos de compras no Brasil.⁵⁴

Note-se ainda que o número de órgãos por item de compra com registro de preços é ridiculamente baixo: apenas 2,7. Isto significa que a agregação de compras por meio do

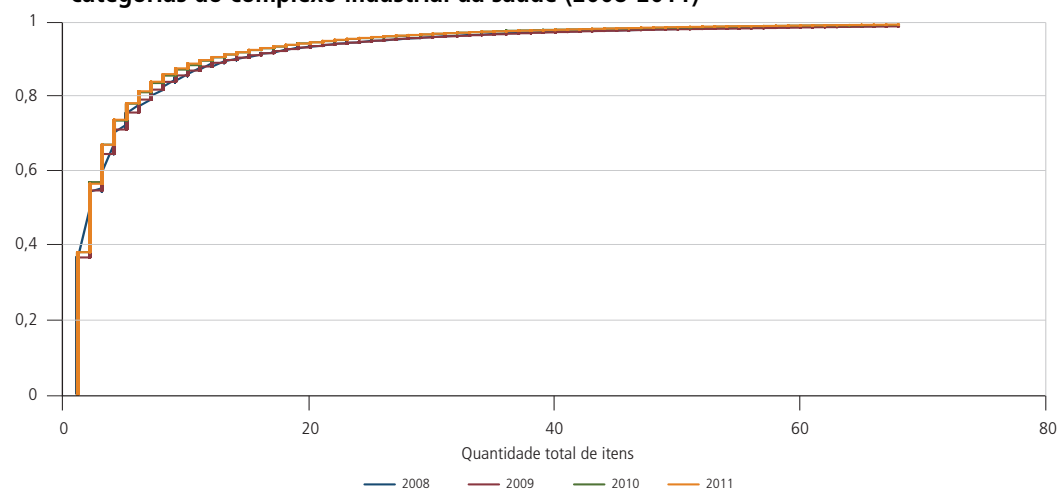
53. No jargão do DW Comprasnet, uma compra é um processo de licitação, dispensa ou inexigibilidade. O processo pode conter vários itens, um para cada tipo de material ou serviço, que podem ser arrematados por fornecedores diferentes. Assim, suponha-se, por exemplo, que um órgão realizou compras apenas por pregão, num total de dez pregões num ano, cada um com cem itens. O número total de compras é dez, e o de itens é mil. Mas, para um determinado código de material ou serviço, como não existe atualmente nenhuma compra com mais de um item dele, o número de compras coincide com o número de itens de compra.

54. Infelizmente, os dados agregados de valor total homologado não são confiáveis, devido a erros de digitação cuja crítica excederia os limites deste trabalho.

registro de preços ainda é insuficiente. É bastante plausível admitir que o número de órgãos por item de compra com registro de preços só se eleve pela queda do denominador, mais precisamente pela maior padronização dos bens numa lista de classificações mais enxuta que a atual. Segundo Fiuza (a publicar), a partir de uma amostra bastante abrangente de materiais do Complexo Industrial da Saúde, há uma enorme concentração da distribuição do número de itens de compras por categoria de produtos em apenas um ou dois entre 2008 e 2011 (gráfico 3). Baixa padronização de produtos resulta em um número excessivo de categorias e um número baixo de compras por produto.

GRÁFICO 3

Números de itens de compras por ano, segundo código de material ou serviço – categorias do complexo industrial da saúde (2008-2011)



Fonte: DW Comprasnet/MPOG.

Elaboração dos autores.

Obs.: Imagem cujos leiaute e textos não puderam ser padronizados e revisados em virtude das condições técnicas dos originais disponibilizados pelos autores para publicação (nota do Editorial).

Percebe-se um avanço do registro de preços em compras relacionadas ao complexo de saúde. Vê-se que há cada vez mais produtos com maior porcentagem de compras por registro de preços no total. O mesmo vale para a porcentagem de órgãos que compram por registro de preços no total (Fiuza, a publicar).

Em que pese o avanço do registro de preços, os incentivos a que os órgãos o celebrem ainda são relativamente escassos. Em particular, devido aos custos envolvidos na elaboração de edital, publicação e realização da licitação, o processo ganha ares de bem público, o que gera a ocorrência de comportamentos de caronas, e é assim mesmo

que eles são conhecidos no meio do setor público. Estes “caronistas” aderem a atas de registro de preços já existentes, mesmo não tendo participado da licitação com os demais. E mesmo este empréstimo de registro de preços é condicionado a certos requisitos. Em primeiro lugar, o órgão deve justificar por que não participou da licitação desde o início. Em segundo lugar, deve-se comprovar que o empréstimo não acarretará a frustração de qualquer dos requisitos de validade da licitação cabível; em particular, a publicidade deve ser a mesma ou maior, o que impede, por exemplo, que um órgão federal faça sua adesão a um registro de preços de um órgão estadual (o contrário é permitido). Finalmente, a entidade que pretende pegar carona deve comprovar que os termos da contratação são vantajosos para o órgão ou permitir que outros fornecedores evidenciem que poderiam atender à demanda em condições mais satisfatórias.

O simples fato de haver algum tipo de carona significa que o gestor da ata não está extraindo do fornecedor todo o ganho de escala na operação. O fornecedor, por sua vez, depara-se com uma grande incerteza no quantitativo a ser fornecido, já que o caronista não participou das estimativas iniciais descritas no edital. E o preço que o fornecedor oferece no certame é fixo. O mais eficiente seria criar-se um sistema de *rebates* (descontos por quantidade), de modo que o preço fosse baixando à medida que a quantidade efetivamente encomendada fosse subindo. Ao final de cada período, então, os membros da ata de registro de preços repartiriam os descontos concedidos na proporção de suas quantidades compradas.

Mas seriam os chamados “caronas” os únicos caronistas deste jogo? Na verdade, em última análise, na falta de um mecanismo de remuneração pelos serviços de seleção dos fornecedores, *todos os órgãos membros da ata de registro de preços são caronistas, exceto o gestor da compra. Todos eles se aproveitam do esforço e gastos despendidos pelo órgão gestor da compra.*

Outra diferença importante entre os dois sistemas é que os acordos-quadro europeus podem ser celebrados também nas compras sem licitação ou com concorrência limitada (os chamados procedimentos restritos e negociados), enquanto no Brasil só se pode usar o registro de preços em licitação. Isso quer dizer que se está desperdiçando a chance de ganhar em escala e poder de barganha nas compras cuja licitação é simplesmente inexigível. Por exemplo, se existe apenas um fornecedor para um determinado *software* sem substitutos diretos na praça, a licitação é inexigível (Lei nº 8.666/1993, Artigo 25,

inciso I). Mas como o registro de preços só pode ser usado em licitações (e pela legislação atual, especificamente em concorrências e pregões), cada órgão acaba tendo que negociar a compra individualmente, deixando de arrancar do fornecedor descontos e outras vantagens. Um órgão central de compras tem, inclusive, melhores condições de levantar alternativas de *softwares* para aumentar o seu poder de barganha junto a este fornecedor. Mas atualmente, para se agregarem as compras nestes casos, a única solução disponível legalmente é que um órgão execute todas as etapas da compra e, na melhor das hipóteses, contrate a entrega do produto em diferentes endereços ou sub-rogue a compra. Nunca é demais lembrar que as compras com inexigibilidade de licitação representam cerca de 12,77% dos valores comprados (valores totais homologados) pelo governo federal (média 2010-2012; DW Comprasnet). Isto reforça a importância da centralização para compras de bens e serviços comuns de uso corrente.

Estas e outras diferenças entre os sistemas europeu e brasileiro estão reunidas no quadro 6.

QUADRO 6

Comparativo: registro de preços *versus* acordos-quadro da UE e convênios-marco chilenos

Órgão gestor da compra	Registro de preços – Brasil Pode ser qualquer órgão	Acordos-quadro – UE Normalmente centrais de compras	Convênios-marco – Chile Dirección de Compras y Contratación Pública (DCCP)
Atribuições do órgão gestor da compra	Consolidar os pedidos, redigir o edital e divulgá-lo; realizar a licitação (certame), adjudicar o objeto ao(s) vencedor(es); gerir a ata de registro de preços – o que inclui redigir-la nomeando o vencedor, e intermediar a adesão dos “caronas”.	Consolidar os pedidos, redigir o edital e divulgá-lo (procedimento aberto); realizar a licitação (procedimento aberto ou restrito), adjudicar o objeto ao(s) vencedor(es); negociar contratos (procedimento negociado).	Consolidar os pedidos (planos atuais de compras de todas as entidades), redigir o edital e divulgá-lo; realizar a licitação; adjudicar o objeto ao(s) vencedor(es).
Atribuições do órgão participante	Especificar os bens ou descrever sua demanda e estimar seus quantitativos; fazer cronograma; realizar os empenhos e liquidá-los, pagando aos fornecedores; celebrar contratos, quando os há, e fiscalizá-los; fiscalizar a qualidade e conformidade do bem entregue, informando ao órgão gestor das irregularidades.	Especificar os bens ou descrever sua demanda e estimar seus quantitativos; fazer cronograma; realizar os empenhos e liquidá-los, pagando aos fornecedores; celebrar contratos, quando os há, e fiscalizá-los; fiscalizar a qualidade e conformidade do bem entregue, informando ao órgão gestor das irregularidades. Em casos de procedimentos abertos com mais de um fornecedor pré-selecionado pelo gestor da compra, pode realizar minicertames para definir vencedor. Em alguns países, remunera o órgão gestor da compra pelos seus serviços.	Especificar os bens ou descrever sua demanda e estimar seus quantitativos; fazer cronograma; realizar os empenhos e liquidá-los, pagando aos fornecedores; celebrar contratos, quando os há, e fiscalizá-los; fiscalizar a qualidade e conformidade do bem entregue, informando ao órgão gestor das irregularidades. ¹
Obrigatoriedade do uso	Não há	Pode haver, em alguns países	Sim. Se o produto já for objeto de um convênio-marco, o órgão deve dar preferência à compra por esse catálogo (Lei nº 19.886 de Compras Públicas), salvo se encontrar condições mais vantajosas alhures (mas levando em conta os custos administrativos de realizar nova licitação), e deverá informar a DCCP.
Bens que podem ser objetos das compras	Bens e serviços comuns, de uso corrente, com quantitativos indefinidos, entrega ao longo do período contratual até o limite estabelecido na ata.	Bens, obras e serviços comuns, de uso corrente, com quantitativos indefinidos, entrega ao longo do período contratual.	Bens, obras e serviços comuns, de uso corrente, com quantitativos indefinidos, entrega ao longo do período contratual.
Forma de adjudicação	Somente por licitação, e mesmo assim apenas nas modalidades de concorrência e pregão.	Podem ser adjudicados por procedimentos abertos, restritos ou negociados.	Licitação
Validade máxima do registro	Um ano	Quatro anos	Não disponível;

(Continua)

(Continuação)

	Registro de preços – Brasil	Acordos-quadro – UE	Convênios-marco – Chile
Carona	Existe, previsto em lei	Não existe, até porque a compra é centralizada	Não existe, até porque a compra é centralizada
Quantitativo máximo	Sempre definido no edital	O órgão pode definir preço e quantidade ou apenas preço	Não disponível. Mas há valor mínimo de compra
Critérios de adjudicação	Melhor preço, ou, excepcionalmente, e apenas na modalidade “concorrência”, por técnica e preço.	Melhor preço ou proposta economicamente mais vantajosa	Menor preço, mas o órgão comprador pode negociar em acordo complementar um preço até 5% maior para obter outras condições de fornecimento, por exemplo, prazo de entrega.
Adjudicação a múltiplos fornecedores	Só se o primeiro colocado na licitação oferta um quantitativo menor que o estimado pelo órgão gestor da compra.	É comum adjudicar a múltiplos fornecedores e depois o órgão comprador interessado pode realizar um minicertame dentre os fornecedores habilitados, com base em critérios próprios, que não podem ser os mesmos da pré-seleção.	É comum adjudicar a múltiplos fornecedores e depois o órgão comprador interessado pode realizar um minicertame dentre os fornecedores habilitados, com base em critérios próprios, a partir do catálogo eletrônico de fornecedores.

Fontes: Decretos nºs 3.931/2001 e 4.342/2002 (Brasil); Parlamento Europeu e Conselho da União Europeia (2004a; 2004b); OCDE (2011); Chile (I.s.d.); Albano e Sparro (2008).

Nota: ¹ “As entidades poderão solicitar à DCCP que leve a cabo um processo de compra para concretizar um Convênio-Marco de um bem ou serviço determinado (...). A DCCP avaliará a oportunidade e a conveniência de levar a cabo tais processos” (Chile, 2003, cap. III, Artigo 14, tradução nossa).

Neste sentido, a institucionalização e o aperfeiçoamento do registro de preços passam pela definição de uma série de tarefas, quais sejam:

- 1) Atribuir a um mesmo órgão a centralização de todas as compras de uma mesma classe de materiais; isso acabaria com o caronismo.
- 2) As compras seriam realizadas por um sistema mais parecido com os acordos-quadro, ao qual chamamos contrato-marco de fornecimento ao setor público (CMFSP), que é um nome sugerido pelo Banco Mundial na consulta pública do Senado, e já é usado no México, mas é inspirado principalmente no arranjo semelhante ao usado no Chile (onde se chama convênio-marco). As principais novidades em relação ao atual Sistema Brasileiro seriam:
 - a) possibilidade de adjudicação pelo menor preço ou à PGMV – daí a necessidade de se mudar o nome do registro de preços, já que as condições de fornecimento pactuadas não se limitariam ao preço;⁵⁵
 - b) variedade de formatos de leilões utilizáveis para seleção dos fornecedores;
 - c) adjudicação do CMFSP também por procedimentos negociados, em caso de inviabilidade de competição;
 - d) possibilidade de adjudicar o CMFSP de um mesmo bem a mais de um fornecedor, tanto para desconcentrar o mercado como para ter uma redundância em caso de *default* do fornecedor;
 - e) em alguns casos de múltiplos fornecedores adjudicados, os órgãos interessados no fornecimento podem fazer um sistema de pontuação próprio para selecionar a empresa que lhe atenderá;
 - f) possibilidade de celebrar CMFSP por períodos maiores e, no caso de haver múltiplos fornecedores adjudicados, estes CMFSPs serem de durações diferentes, para que haja uma substituição paulatina do quadro de fornecedores; e

55. O antigo Decreto nº 4.342/2002 (revogado) e o novo Decreto nº 7.892/2013 até preveem o uso do critério de adjudicação por técnica e preço em compras pelo Sistema de Registro de Preços (SRP), desde que justificado. Até o fechamento deste *Texto para discussão*, no entanto, havia apenas 37 compras listadas no DW Comprasnet usando o registro de preços e o critério de técnica e preço. Destas, 21 tinham resultado de compra, e uma delas era o único pregão da lista, com 337 itens. Dado que a legislação do pregão (Lei nº 10.520) ainda não prevê o uso de técnica e preço, e dado o risco jurídico que uma operação deste tipo oferece é, no mínimo, surpreendente que esta compra tenha sido levada a cabo.

- g) possibilidade de sofisticar o CMFSP com a adoção do sistema de aquisição dinâmico (SAD) (Diretiva da União Europeia nº 2004/18/CE).

Note-se que o SAD é como um acordo-quadro, só que permite a qualquer fornecedor baixar o seu lance anterior e ser incluído no catálogo de fornecedores do acordo-quadro. Teria que ser definido com que periodicidade isto poderia acontecer, mas, a exemplo dos acordos-quadro, o SAD pode ter duração de até quatro anos.

Como o CMFSP substituiria o SRP, resta claro que ficam prejudicadas as críticas levantadas durante a consulta pública do Senado – como as da Confederação Nacional do Comércio (CNC) – ao uso de pregão ou do registro de preços na contratação de terceirização de serviços justamente por causa do critério de adjudicação.

2.5 Combate à corrupção

A preocupação com o combate à corrupção passa pela criação de regras e instrumentos que dificultem a coordenação entre os agentes envolvidos e facilitem a detecção pelos órgãos fiscalizadores e pela sociedade em geral.

A manipulação de resultados por funcionários públicos pode dar-se de várias maneiras:

- direcionamento do edital para firmas ou grupos, por meio de requisitos de habilitação restritivos e irrelevantes para a qualidade do serviço, ou da distorção das fórmulas de pontuação (no caso de adjudicação por técnica e preço);
- o funcionário se encarrega de orquestrar um cartel, coordenando os lances antes do certame; e
- julgamento viesado (tendencioso) dos critérios qualitativos ou subjetivos presentes nas fórmulas de pontuação ou na aprovação de documentações que atendem aos requisitos de habilitação.

Note-se, primeiro de tudo, que os riscos de favoritismo e de conluio são bastante correlacionados: um funcionário tem mais renda a extrair de um cartel que de uma firma isolada. O segundo ponto é que a discricionariedade na definição de fórmulas de pontuação em técnica e preço é sujeita a captura pelas firmas. Outro ponto é que as firmas costumam ter melhor informação umas sobre as outras do que o governo tem. Elas são capazes de reconhecer quando uma fórmula de pontuação foi desenhada para

direcionar a compra para uma delas. As recomendações contra essas práticas formariam a seguinte lista (Lambert-Mogilianski e Kosenok, 2009; Lengwiler e Wolfstetter, 2006):⁵⁶

- 1) *A transparência durante todo o processo*: o princípio constitucional da publicidade visa garantir que todos os atos poderão ser acompanhados por qualquer cidadão.⁵⁷
- 2) *As padronizações dos procedimentos e das especificações* de bens e serviços por comitês de alta qualificação técnica, probidade e isenção, são muito bem monitoradas.
- 3) *A desconcentração do poder decisório*: quando nenhum funcionário sozinho tem o poder de afetar o resultado de uma licitação a favor de uma empresa A ou B, o corruptor tem que corromper vários funcionários, o que torna mais difícil, custoso e improvável levar a cabo uma fraude de licitação.⁵⁸
- 4) *A desconcentração dos privilégios de acesso aos sistemas* no caso das compras feitas por meio de plataformas de compras eletrônicas relaciona-se com a concentração do poder decisório; o Banco Mundial avalia que o pessoal engajado no Comprasnet tem acesso a informações demais, e que isso criaria um incentivo para que os licitantes tentassem influenciá-los na obtenção de informações às quais legalmente eles não teriam acesso.

56. Nunca é demais ressaltar que, nessa lista, absolutamente nenhuma referência é feita a usar menor preço como critério de adjudicação com o objetivo de combater a corrupção. Como o leitor deve se lembrar, o combate à corrupção foi a maior motivação para a Lei nº 8.666, que revogou, entre outros diplomas legais, o Decreto-Lei nº 2.300/1986. Este Decreto-Lei, em seu artigo 36 estabelecia que, no julgamento das propostas, a comissão de licitação levaria em consideração qualidade, rendimento, preço, prazo e/ou outros previstos no edital, enquanto a Lei nº 8.666/1993, artigo 46, limita o uso dos critérios de adjudicação "melhor técnica" e "técnica em preço" a casos especiais. Como se depreende desse raciocínio, a limitação do critério de adjudicação a melhor preço não só causa enormes transtornos ao gestor de compras, como também está longe de representar uma solução recomendada para o fim a que se propõe.

57. Há que se notar, no entanto, que a transparência, se por um lado favorece o combate à corrupção, por outro pode ser danosa ao combate ao colúlio. Por exemplo, o conhecimento da identidade dos lances em pregões após o encerramento dos certames pode favorecer comportamentos colusivos tácitos. Assim, se parece ser altamente recomendável, do ponto de vista do combate à corrupção, que qualquer cidadão conheça como se comportou cada licitante, a advocacia da concorrência defende justamente o contrário: só os administradores públicos, em especial os fiscalizadores, devem conhecer todo o histórico do certame, deixando público apenas o histórico dos lances sem identificá-los, e a identidade do vencedor com seu respectivo lance.

58. Essa recomendação reforça a proposta submetida pelo Ipea ao Senado de que haja uma instância regulatória com agilidade para definir e revisar editais-padrão, para que se saia da dicotomia, até agora reinante, entre colocar tudo na lei (no caso, a Lei nº 8.666/1993) ou deixar tudo a critério do comprador (como no RDC).

- 5) *Evitar-se um contato frequente e por longo período entre os vendedores e os funcionários públicos* encarregados de decisões importantes, como, por exemplo, da especificação de editais e da habilitação: o rodízio de funcionários cria um custo para as empresas recomencem a persuadi-los; além disso, o rodízio permite aos órgãos fiscalizadores correlacionar as identidades dos funcionários com as eventuais ocorrências de fraudes em unidades gestoras diferentes.⁵⁹
- 6) *Realizar leilões eletrônicos em sistemas com rastreamento para recepção das propostas*, de modo a impedir que um funcionário mal-intencionado faça acordos secretos.
- 7) Na medida do possível, *selecionar avaliadores de propostas técnicas aleatoriamente*, excluindo aqueles com potencial conflito de interesse.
- 8) *Usar mediana em vez de média* das notas dadas aos critérios qualitativos ou subjetivos das fórmulas de pontuação, ou adotar algum outro procedimento que descarte notas extremas, de modo a reduzir a influência de avaliadores que estejam deliberadamente favorecendo determinadas firmas. As notas extremas também devem ser facilmente coletáveis pelos sistemas eletrônicos para ajudar os órgãos de auditoria a detectar desvios e manipulações e abrir correções e investigações criminais.
- 9) Desenhar mecanismos para que as firmas revelem se enxergam algum direcionamento na fórmula de pontuação, como, por exemplo, realizar consultas anônimas às firmas sobre as fórmulas de pontuação adotadas nos editais.

2.6 Da matriz de transição

O quadro 7 resume tudo o que foi discutido em termos de modalidades e critérios de adjudicação, e incluindo os convênios-marco como partes integrantes da maioria das soluções.

59. O rodízio é considerado uma boa prática pela OCDE: <<http://www.oecd.org/daf/anti-bribery/anti-briberyconvention/44956834.pdf>>, p. 56. O governo alemão adotou este dispositivo como diretriz para seus postos-chave mais vulneráveis à corrupção (ver: <http://www.bmi.bund.de/SharedDocs/Downloads/DE/Themen/OED_Verwaltung/Korruption_Sponsoring/Richtlinie_zur_Korruptionspraevention_in_der_Bundesverwaltung_englisch.pdf?__blob=publicationFile>, anexo 2, item I.2.1, p. 7). O rodízio de pessoal também é uma realidade no governo britânico, e consta como recomendação de diversos departamentos de governo. A Transparência Internacional também recomenda esta prática no *Global corruption report 2005* (Transparency International, 2005). Lambert-Mogiliansky e Kosenok (2009), no entanto, discordam desta prática, pois entendem – a partir do modelo que formulam – que o rodízio apenas transfere mais renda da manipulação do resultado para o cartel em detrimento do agente público.

QUADRO 7

Matriz de transição do arcabouço de modalidades para o arcabouço de procedimentos

Modalidade de compra	Inciso do dispositivo legal que rege o processo de compra (em caso de dispensa – Artigo 24 – ou inexigibilidade – Artigo 25 da Lei nº 8.666/1993)	Participação no valor empenhado – jul./1998-jul./2013 (%)	Participação agregada (%)	Procedimento na nova legislação
Pregão	Não se aplica	34,69		
Concorrência	Não se aplica	22,99	59,99	Licitação competitiva por menor preço ou PGMV, com ou sem CMFSP/SAD.
Concorrência internacional	Não se aplica	2,30		
Inexigibilidade de licitação	Caput	11,04		
Inexigibilidade de licitação	Inciso I	6,22	22,47	CMFSP em contratação direta
Inexigibilidade de licitação	Inciso II	0,74		
Dispensa de licitação	Inciso XVI	4,48		
Dispensa de licitação	Inciso XIII	3,25		
Dispensa de licitação	Inciso X	1,03		
Dispensa de licitação	Inciso XXX	0,28	4,95	Inclusão de critério de adjudicação adicional na licitação competitiva ou restrita por PGMV.
Dispensa de licitação	Inciso IX	0,20		
Dispensa de licitação	Inciso XXIV	0,09		
Dispensa de licitação	Inciso XXVIII	0,06		
Dispensa de licitação	Inciso XX	0,03		
Tomada de preços	Não se aplica	1,99		
Convite	Não se aplica	0,77	2,75	Licitação competitiva com ou sem CMFSP/SAD ou restrita, com ou sem CMFSP, ambos podendo ser adjudicados por menor preço ou PGMV.
Dispensa de licitação	Inciso IV	2,51	2,51	Uso do cadastro de reserva do CMFSP (ver abaixo o inciso XI), SAD e/ou cotação eletrônica estendida.

(Continua)

(Continuação)

Modalidade de compra	Inciso do dispositivo legal que rege o processo de compra (em caso de dispensa – Artigo 24 – ou inexigibilidade – Artigo 25 da Lei nº 8.666/1993)	Participação no valor empenhado – jul./1998-jul./2013 (%)	Participação agregada (%)	Procedimento na nova legislação
Dispensa de licitação	Inciso II	1,85	2,13	Cotação eletrônica estendida ou licitação restrita por PGMV.
Dispensa de licitação	Inciso I	0,07		
Dispensa de licitação	Inciso XXI	0,21		
Dispensa de licitação	Inciso VIII	2,12	2,12	O órgão deveria estar cadastrado para CMFSP em contratação direta.
Dispensa de licitação	Inciso XXII	1,59	1,59	Ingresso em mercado livre, usando licitação competitiva ou restrita por menor preço ou PGMV.
Dispensa de licitação	Inciso XI	0,73	0,73	CMFSP ou SAD, com seleção de fornecedores para cadastro de reserva por licitação competitiva ou restrita.
Concorrência por técnica e preço	Não se aplica	0,36	0,41	Licitação competitiva por PGMV.
Concorrência internacional por técnica e preço	Não se aplica	0,05		
Dispensa de licitação	Inciso V	0,10	0,10	Contratação direta.
Tomada de preços por técnica e preço	Não se aplica	0,02	0,02	Licitação competitiva ou restrita por PGMV.

(Continua)

(Continuação)

Modalidade de compra	Inciso do dispositivo legal que rege o processo de compra (em caso de dispensa – Artigo 24 – ou inexigibilidade – Artigo 25 da Lei nº 8.666/1993)	Participação no valor empenhado – jul./1998-jul./2013 (%)	Participação agregada (%)	Procedimento na nova legislação
Dispensa de licitação	Caput	0,03		
Dispensa de licitação	Inciso XIV	0,02		
Dispensa de licitação	Inciso XIX	0,02		
Dispensa de licitação	Inciso VII	0,02		
Dispensa de licitação	Inciso XII	0,02		
Dispensa de licitação	Inciso VI	0,02		
Dispensa de licitação	Inciso XXIII	0,02		
Inexigibilidade de licitação	Inciso III	0,01		
Dispensa de licitação	Inciso XXXI	0,01		
Dispensa de licitação	Inciso XVIII	0,01		
Dispensa de licitação	Inciso XVII	0,01		
Dispensa de licitação	Inciso XV	0,00		
Dispensa de licitação	Inciso III	0,00		
Dispensa de licitação	Inciso XXV	0,00		
Dispensa de licitação	Inciso XXIX	0,00		
Dispensa de licitação	Inciso XXVI	0,00		
Dispensa de licitação	Inciso XXVII	0,00		
Total (R\$)		349.659.164.087,05	0,25	Outros

Fonte: DW Comprasnet/MPOG.

Elaboração dos autores.

Nota: ¹ Capes significa Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior e CNPq, Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico.

3 QUADROS COMPARATIVOS DA LEGISLAÇÃO

Em vista da radicalidade da proposta submetida pelo Ipea ao Senado, é fácil ver que a manutenção da Lei nº 8.666/1993 como ponto de partida causará muito mais problemas do que a redação de uma nova lei. Alguns precedentes podem ser citados de substituição radical da lei vigente. Por exemplo, a legislação de defesa da concorrência teve entre 1993 e 2011 três arcabouços jurídicos: o das Leis nºs 8.137/1990 e 8.158/1991, depois a Lei nº 8.884/1994 e, por fim, a Lei nº 12.529/2011 – cada uma substituiu completamente a anterior. Também a própria Lei nº 8.666/1993 substituiu a legislação de licitações e contratos anterior e, embora tenha copiado muitos conceitos e artigos, partiu do zero.

Algumas das mudanças propostas sugerem que esse é o caminho, conforme a seguir.

- 1) A remissão para uma regulamentação própria, infralegal, do formato dos leilões reversos, dos critérios de adjudicação e do ordenamento das fases da licitação, esvaziará uma boa parte dos artigos da lei. Isso permite enxugar o número de artigos. Hoje a Lei nº 8.666/1993 tem 126 artigos. Só o Artigo 3º tem treze parágrafos. O Artigo 25 tem 33 incisos, cada um com uma situação diferente de dispensa de licitação. Como referência, vale notar que a diretiva europeia para compras de serviços de utilidade pública (Diretiva nº 2004/17/CE) tem 75 artigos e a de obras, bens e serviços (Diretiva nº 2004/18/CE) tem 84. A Lei de Licitações e Contratos chilena tem apenas 39 artigos.
- 2) A extinção das modalidades requer que todas as menções a qualquer uma delas tenha que ser revista, o que cobre quase todos os artigos.

Ainda assim, entende-se que o caminho natural para a compreensão da contribuição para a consulta pública do Senado passa pela comparabilidade com o material já produzido anteriormente. Neste sentido, os quadros comparativos que constam do apêndice tentaram emparelhar os artigos propostos à ordem vigente. Esse trabalho é árduo e certamente deixou muitas incongruências no caminho, mas foi feito o possível para evitar lacunas e inconsistências. Pedem-se desculpas antecipadas pelos erros remanescentes.

Os artigos foram divididos de acordo com a ordem das seções da Lei nº 8.666/1993 e com os quadros comparativos anteriormente formulados pela relatoria do PLC nº 32/2007.

Por uma questão de exiguidade de espaço, em cada quadro foi preservado apenas o texto atual da lei, o PLC nº 32/2007 e o substitutivo do relator, e acrescentadas uma coluna com trechos da Lei nº 12.462/2011 (posterior àquele quadro), outra com a proposta de texto submetida pelo Ipea, e uma última coluna de justificativa ou remissão às seções do presente texto.

Uma importante observação é que a remissão de tantos detalhes sobre o formato dos leilões reversos, prazos etc. deixará um vácuo enquanto não estiver em pleno funcionamento uma agência normatizadora como se pregou na proposta. Em outras palavras, dado que se aponta para um sistema normativo composto não só pela “nova versão” da Lei nº 8.666 como núcleo, mas por legislações complementares como a que criará e estruturará a agência normatizadora, caso todo este sistema não entre em vigor simultaneamente, ter-se-á um problema de transição normativa.

Neste caso, isto é, da não concomitância da vigência de todo o novo sistema de licitações e contratos, alguns caminhos se descortinam: ou a nova legislação nuclear, além dos dispositivos aqui apontados, contaria com um capítulo de “disposições transitórias” para regular este vácuo normativo que surgiria, ou ele deveria ser preenchido com outros atos normativos como MPs e decretos a depender da matéria a ser regulamentada, que incluísse, em síntese, o funcionamento atual das licitações por envelope fechado e pregão eletrônico, e expandisse o funcionamento do RDC.

Naturalmente, é necessário que a lei nuclear seja complementada o quanto antes com a criação da agência normatizadora e de suas carreiras, e com o concurso de admissão de seus primeiros integrantes ou o enquadramento nessa carreira dos melhores funcionários da área com *expertise* em regulação, leilões e/ou cadeia de suprimentos. Não se aponta aqui um caminho ideal entre estes por entender que a estratégia de transição a ser adotada dependerá menos de questões técnicas e mais do ambiente político do momento de sua implementação. Uma vez criada a agência normatizadora, ela celebraria um contrato de gestão com a Casa Civil que previsse o cronograma de resoluções e o cronograma de revisão regulatória (incluindo a avaliação do impacto regulatório), em particular dos formatos de leilões que ela estabelecesse. Assim, o Poder Executivo teria um controle maior sobre a eficácia da regulação de compras, e uma maior flexibilidade para agir tempestivamente ao detectar problemas nessa área. Também o Poder Legislativo, por meio do TCU, teria os poderes de auditoria regulatória (auditoria operacional) para corrigir eventuais erros.

Aqui se destacam os artigos em que se efetuaram as mudanças mais significativas, profundas ou revolucionárias em relação às demais contribuições das quais foi dado conhecimento durante a consulta pública do Senado. Eles estão detalhados no quadro comparativo do apêndice.

- 1) Artigo 3º: inclusão da eficiência e da livre concorrência como princípios básicos das licitações.
- 2) Artigos 4º e 5º: relativização do sigilo em favor do combate ao conluio, já que muita transparência pode favorecer a manutenção de cartéis. Divulgação das informações somente após os certames.
- 3) Substituição das margens de preferência puras e simples por itens da fórmula de pontuação nos casos de compras pela PGMV; margens de preferência fazem sentido apenas quando se fala em adjudicação ao menor preço.
- 4) Artigo 6º: introdução de conceitos como lance combinatório, sequencial e simultâneo, entidade adjudicante e índice de desempenho passado.
- 5) Transposição, com adaptações, dos Artigos 6º, 8º e 9º da Lei nº 12.462, que introduziu a contratação integrada no âmbito do RDC, e o orçamento sigiloso.
- 6) Artigos 14, 21, 22, 23, 43: transferem à agência normatizadora atribuições que hoje são, ou da própria lei ou da entidade adjudicante. Por exemplo:
 - a) o poder de caracterização dos objetos, de maneira padronizada, seguindo uma lista exemplificativa de critérios (Artigo 14);
 - b) grau de publicidade dos editais (Artigo 21); e
 - c) as possíveis fases dos processos licitatórios, a ordem entre elas, as condições de progressão para os licitantes de uma fase para outra, e até os tipos de lances (Artigo 43).

- 7) Revogação da Lei nº 10.520, pois o pregão deve ser definido em regulamento, e não lei.
- 8) Artigo 15: além de prever a opção preferencial pelo contrato-marco (substituto do registro de preços) ou SAD, este artigo também prevê a sua regulamentação, estabelecendo alguns parâmetros para tal.

Também cria o Cadastro Nacional de Contratações Públicas (CNPC). Traz para a lei o Sistema de Preços Praticados (SISPP). E, por fim, torna a renovação de contratos um atributo exclusivo do CMFSP e dos contratos adjudicados por meio do SAD (CSAD). A criação do CNCP no Artigo 15 prejudica o antigo Artigo 16.

- 9) O Capítulo II, seção I, deve ser completamente revisto, em particular:
 - a) Artigo 20: torna preferenciais os leilões eletrônicos, que não devem ser confundidos com os pregões atuais, pois estes são um subconjunto daqueles;
 - b) Artigo 22: troca-se o nome modalidades por processos de adjudicação de objetos; extinguem-se todas as modalidades de compras e remete-se o detalhamento dos procedimentos aberto, restrito e negociado para a agência normatizadora;
 - c) extingue-se no Artigo 23 o critério de valor para definição do formato de leilão, ou, pelo menos, ele é remetido para definição da agência normatizadora;
 - d) cria-se novo artigo (23-A) para prever a criação de centrais de compras com exclusividade de celebração de contratos-marco e contratos de SAD – o artigo também prevê contratos de gestão a ser celebrado com estas centrais;
 - e) substituem-se completamente os Artigos 24 e 25 – que descreviam as situações de dispensa e inexigibilidade – por dois completamente novos com listas bem mais enxutas, inspiradas na Diretiva Europeia nº 17/2004/CE e na Lei de Licitações chilena; o Artigo 26 também é adaptado de acordo.

- 10) Artigo 31: melhora dos requisitos de habilitação para fortalecer o uso de garantias e melhor selecionar os candidatos com capacidade técnica e econômico-financeira de executar contratos. A nova redação torna dispensável o Artigo 56.
- 11) Artigo 33: submissão de consórcios ao Cade, quando as licitações atingirem um valor que a agência normatizadora, consultando o Cade, entender que atende aos filtros exigidos pelo conselho para analisar (“conhecer de”) operações de atos de concentração.⁶⁰
- 12) Artigo 34: criação do Cadastro Positivo Unificado dos Fornecedores (CPUF). Este novo artigo esvazia a necessidade do Artigo 36.
- 13) Artigo 41: introduzem-se a matriz de risco e os procedimentos arbitrais simplificados para solução de conflitos.
- 14) Artigo 45: revisa a lista de critérios de adjudicação, extinguindo o de melhor técnica e criando o critério da PGMV, que substitui o de técnica e preço e se torna o critério preferencial. Esta nova redação também prejudica o antigo Artigo 46, que se sugere extinguir.
- 15) Extingue-se o filtro automático de lances “inexequíveis” do Artigo 48 atual.
- 16) Artigo 55: torna obrigatório o cronograma de obras e serviços.

60. Há várias abordagens legais à formação de consórcios. Tradicionalmente vistos como arranjos facilitadores de conluio, os consórcios também podem ser mecanismos para aumentar a participação de empresas menores e, com isso, aumentar a concorrência. Onde há restrições à formação de consórcios, elas (as restrições) costumam seguir a seguinte abordagem: o nível de concorrência nas licitações será acentuado se for impedido o consórcio entre dois ou mais fornecedores capazes de submeter propostas individuais, mas deve-se permitir o consórcio entre fornecedores que não possam cumprir os contratos sozinhos. Albano, Spagnolo e Zanza (2009) fazem uma rica discussão sobre as várias possibilidades com que esta regra tem que lidar. Por exemplo, consórcios podem ocorrer apenas num subconjunto dos lotes. Pode-se perguntar se a mesma regra deve valer para todos os membros em todos os lotes; em particular, se é possível haver consórcios parciais num lote e noutro ser proibido. A questão é por demais complexa para ser exaurida neste trabalho, por isso o leitor deve reportar-se ao artigo supramencionado para mais detalhes. Mais uma razão para que esta matéria seja definida em regulamento: nem se liberem todos os consórcios indiscriminadamente nem sejam proibidos *per se*. Albano, Spagnolo e Zanza (2009) entendem, inclusive, que a agência compradora tem mais instrumentos que a agência antitruste para avaliar a conveniência ou não dos consórcios. Um entendimento com o Cade, portanto, conferindo à agência normatizadora poderes para estabelecer regras quanto a consórcios, parece ser a alternativa mais atraente.

- 17) Artigo 109 e seguintes: os recursos deixarão de ter efeito suspensivo automático; criação de fase recursal única e fase de saneamento de processo.

4 OUTRAS MUDANÇAS INSTITUCIONAIS A SEREM INTRODUZIDAS OU REGULAMENTADAS EM DISPOSITIVOS LEGAIS COMPLEMENTARES À LEI DE LICITAÇÕES

Viu-se nas subseções 2.1 e 2.4 como o Estado precisa de escala para definir, de um lado, regulamentações flexíveis e bem-estudadas para os procedimentos de compras e, de outro, exercer seu poder de compra. Em vista dos levantamentos acima descritos e das sugestões compiladas, apresenta-se a seguir uma proposta de desenho institucional de sistema de compras federais. Ele seria composto de duas camadas: uma normativa e uma executiva.

- 1) **A normativa:** para se ter agilidade e flexibilidade na busca das melhores soluções de compras públicas, a sua regulamentação deve ser atribuição de uma Agência Normativa criada para este fim, e não definida em leis ou decretos. Esta agência reuniria a *expertise* necessária para oferecer ao Poder Público o que há de mais avançado em teoria e prática sobre desenho de leilões, desenho de contratos, regulação e defesa da concorrência. Para operá-la, é necessário reunir uma elite de gestores com altos requisitos de formação e experiência e, para tal, muito bem remunerados. Esta agência está detalhada na subseção 4.1.
- 2) **A executiva:** para a execução de compras públicas centralizadas, na forma de CMFSPs, convém criar-se uma ou mais agência(s) executiva(s) de compras públicas, que também reuniria(m) uma nata de gestores qualificados em gestão e logística de cadeia de suprimentos e em prestação de serviços de *rating*. Descreve-se melhor este arranjo na subseção 4.2.

Além desse redesenho institucional, muito da agilidade, eficiência, transparência e *accountability* das compras públicas requer o aperfeiçoamento dos sistemas de informações de compras públicas. Algumas sugestões para tal são elencadas na subseção 4.3.

4.1 Da necessidade de uma regulação infralegal a ser exercida por uma Agência Normativa de Compras Públicas (ANCP)

Como exaustivamente enunciado na subseção 2.1, não se devem prever todos os detalhes de um leilão de compras em lei. Tampouco deveria estar presente em decretos. Deixar tudo para os editais também é atribuir aos compradores na ponta uma tarefa que normalmente está acima de sua capacidade, seja porque eles não têm o preparo para tal seja porque a visão deles é limitada ao objeto que o seu órgão pretende comprar quando, na verdade, o Estado deveria ter uma política articulada de compras públicas que atendesse aos seus diversos objetivos de promoção social, econômica, regional, científica e tecnológica.

Em vista disso, o ideal é que haja um *locus* no governo federal reunindo toda a *expertise* sobre compras públicas e a nata dos servidores públicos especializados em regulamentação de compras para que se consolide em normas e regulações o funcionamento dos processos de compras. As estruturas de oferta que atendem ao setor público moldam-se a como o governo compra delas. Ciente do impacto que suas compras têm em dezenas de setores, o governo precisa se preocupar em ter uma regulação coerente para todo o seu conjunto de compras, e não deixar que cada edital seja uma regulação; esta pulverização aumenta enormemente os custos de conformidade dos agentes, que têm que se adaptar a exigências diferentes e muitas vezes conflitantes a cada processo licitatório de que participam. Ter cardápios de editais, contratos e leilões cria escala para os departamentos comerciais e jurídicos das empresas produzirem suas propostas comerciais e técnicas e, conseqüentemente, reduz os seus custos.

Outra vantagem é o aumento da lisura dos processos. As características dos mercados de licitações, como a presença de exigências técnicas e outras barreiras à entrada, a interação repetida, a transparência etc. também propiciam que as compras públicas sejam um vasto território para a ocorrência de delitos à concorrência e de práticas de corrupção e favoritismo. A criação de uma agência normativa de compras públicas seria, primeiro, um valioso auxílio ao Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC), que já tem que investigar condutas anticompetitivas em todas as áreas da economia nacional; segundo, diminuiria o poder discricionário dos agentes de compras que estão na ponta do sistema, mais vulneráveis à influência das firmas interessadas no direcionamento de editais.

Dito isso, traçam-se a seguir alguns elementos necessários para essa agência, chamada aqui de ANCP.

- 1) Corpo técnico especializado: criação de uma carreira de especialista em regulação de compras públicas, equiparada às carreiras de especialistas em regulação das agências reguladoras. Também seria criada uma carreira de nível médio equiparável às das agências reguladoras.
- 2) Mandatos fixos para os diretores da ANCP.
- 3) Presença de um conselho consultivo, composto de representantes dos seguintes órgãos:
 - a) Casa Civil;
 - b) CGU;
 - c) Cade;
 - d) Secretaria de Acompanhamento Econômico (Seae) do Ministério da Fazenda;
 - e) Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior (MDIC);
 - f) Ministério do Meio Ambiente (MMA);
 - g) Ministério da Ciência e Tecnologia (MCT);
 - h) Secretaria de Orçamento Federal (SOF) do MPOG;
 - i) Ministério da Saúde; e
 - j) Ministério dos Transportes.⁶¹
- 4) Autoridade regulatória sobre todas as compras da ABCP e dos demais departamentos de compras.

61. Entre os órgãos listados, consideram-se indispensáveis as participações da Casa Civil, da CGU, do Cade e da SOF/MPOG, ao passo que as dos ministérios da Saúde e dos Transportes deveriam ser opcionais.

- 5) Articulação com o SBDC e com as demais agências reguladoras em matérias afins. Por exemplo, ao regulamentar a compra de eletricidade pelos órgãos federais, a ANCP faria regulamentações que não conflitassem com as da Agência Nacional de Energia Elétrica (Aneel).
- 6) Teria sua regulação auditada pelo TCU, como já ocorre com as demais agências reguladoras.
- 7) Faria sua própria avaliação de impacto regulatório (AIR). Em particular, teria uma avaliação regular da eficiência dos tipos de leilões e de contratos utilizados, medida a partir de uma série de variáveis a serem perseguidas, tais como participação de PMEs, índice de satisfação dos órgãos compradores, economia obtida em preços pagos, celeridade dos processos, índice de litigiosidade etc.

As funções da agência seriam:

- coordenação de comitês técnicos interministeriais que recolheriam as especificações técnicas dos principais bens padronizáveis, tais como equipamentos de informática, material de escritório e suprimentos de escritório e de limpeza em geral, com o fim de emitir especificações-padrão;
- pesquisa e compilação dos editais do serviço público federal e das instruções normativas relativas às compras nos diversos ministérios, de modo a padronizá-los, levando em conta os resultados das padronizações de serviços;
- coordenação e manutenção dos sistemas de informações com registros de fornecedores, editais, empenhos, contratos, cronogramas e outros dados indispensáveis à sua tomada de decisão e à prestação de contas ao governo e à sociedade;
- pesquisa teórica, experimental e empírica em relação aos formatos dos leilões e dos contratos, com vistas à criação dos cardápios de formatos de licitações e contratos;

- monitoramento e controle das atividades de compras, o que daria suporte às atividades de promoção e advocacia da concorrência, em contato constante com a Seae do Ministério da Fazenda;
- assessoramento e orientação às entidades adjudicantes e fornecedores sobre as regras em vigor; e
- coordenação e formatação do treinamento e profissionalização dos profissionais de compras do governo federal.

Seguem alguns exemplos de experiências a serem analisadas de regulação infralegal de compras públicas.

- 1) Chile: além da Lei de Licitações e Contratos nº 19.886/2003 – que criou a Central de Compras, o Tribunal Administrativo de Licitações e o portal Chilecompra –, existe um regulamento que detalha a sua implementação e que foi promulgado por decreto presidencial após ampla consulta pública com mais de 1 mil participações. Ele regulamenta os convênios-marco, as modalidades de licitação, as garantias, os aditamentos, a subcontratação, o cadastro de fornecedores, o plano anual de compras e o funcionamento da central de compras, entre outras matérias (Chile, 2003).
- 2) Nos Estados Unidos, o Gabinete de Políticas de Contratações Públicas – Office of Procurement Policy (OPP) –, pertencente ao Gabinete de Administração e Orçamento – Office of Management and Budget (OMB) –, tem diretor com mandato fixo indicado pelo presidente da República com aprovação do Senado, e coordena a política de aquisições. As diretrizes para as compras e contratações de bens, serviços, construções e obras públicas de todas as agências federais estão consolidadas na FAR, que regulamenta as políticas, práticas e os procedimentos utilizados nas aquisições das agências. Ela é elaborada e divulgada conjuntamente por três autoridades: o secretário da Defesa, o administrador de Serviços Gerais e o administrador da National Aeronautics and Space Administration (Nasa). A Administração de Serviços Gerais (GSA) mantém uma secretaria específica, que se encarrega de administrar e divulgar os documentos relativos à FAR, no Diário Oficial Federal e no Code

of Federal Regulations (CFR), no Título 48, capítulo 1 (Moreira e Moraes, 2002). Também quase todos os estados americanos respondentes a um levantamento da National Association of State Purchasing Offices (Naspo), de um total de 48, possuem autoridades regulatórias centralizadas (Naspo, 2012, p. 1).

- 3) A Suécia era até pouco tempo atrás um dos poucos países europeus sem uma autoridade de compras especializada – basicamente, a supervisão desta atividade é da responsabilidade da agência de concorrência. Entretanto, o país ponderou que a transição para o formato predominante na Europa traria mais benefícios que desvantagens:⁶²
- a) o apoio do Estado à função de compras seria menos fragmentado, e o risco de conflitos de demarcação e duplicação de trabalho diminuiria, o que poderia promover a eficiência no longo prazo: foi detectado que atualmente, em alguns casos, as diversas atividades de apoio se sobrepõem, o que resulta em declarações contraditórias feitas às vezes pelo Estado;
 - b) haveria maior clareza em relação a fornecedores, órgãos e unidades compradores, que ganhariam acesso ao apoio mais facilmente;
 - c) seria mais simples para o governo controlar e monitorar atividades;
 - d) seria dado um foco claro a questões relativas às compras públicas;
 - e) oportunidades para capacitação iriam melhorar;
 - f) a margem para melhorar a qualidade do apoio a compras públicas aumentaria; e
 - g) o trabalho de desenvolvimento na área seria promovido.

Pode-se perguntar se uma agência normatizadora de compras públicas poderia ter um grau de autonomia menor que as outras agências reguladoras autárquicas. Para responder a isso, vamos lembrar que ela regularia a concorrência num mercado de dimensões maiores que muitas das agências existentes; teria enorme interação com o Cade, cujos dirigentes têm mandatos fixos; e todos os procedimentos de consulta

62. Conforme extraído do resumo em inglês da publicação sueca *En ny upphandlingsmyndighet* (Statskontoret, 2010).

pública, AIR e revisão regulatória seriam semelhantes aos adotados pelas outras agências reguladoras. Ou seja: ela seria um ente governamental por demais semelhante às outras agências autárquicas para ter uma natureza jurídica e hierárquica diferente daquelas.

E quais seriam as desvantagens? Em nossa avaliação, os riscos de uma agência reguladora autárquica não são diferentes, ou até são menores que os da administração direta: risco de captura pelos regulados e risco de aparelhamento. Conjetura-se que seriam menores porque o grau de exposição, transparência e participação pública na formulação de regulações de uma agência reguladora semelhante é muito maior que o atual presente nas formulações de ações com impactos em compras públicas, tais como as feitas pelo Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior ou pelo Ministério da Saúde, por exemplo. A própria criação centralizada de *menus* de editais seria muito mais fácil de monitorar do que a atribuição de uma liberdade total aos órgãos compradores tal como a atual proporcionada pelo RDC.

Para melhor situar o desenho da nova agência no contexto de países com tradição de compras centralizadas, apresentam-se a seguir algumas caracterizações desenvolvidas pela OCDE (2007) para sistemas de compras públicas no âmbito dos Estados-Membros da UE. Considera-se que elas sintetizam bem: *i)* o grau de centralização das estruturas administrativas; *ii)* as funções desempenhadas pelos principais órgãos regulatórios; e *iii)* a governança destes órgãos.

- 1) Grau de centralização – a OCDE (2007) adotou o seguinte modelo de classificação de estruturas centrais de compras públicas dos países da UE:
 - a) Estados-Membros com uma estrutura de compras *centralizada* são caracterizados por uma alta concentração de funções de compras sendo alocadas a umas poucas instituições localizadas de modo central (normalmente uma ou duas instituições);
 - b) Estados-Membros com uma estrutura de compras *semicentralizada* são caracterizados por uma concentração mista de funções de compras sendo alocadas a uma faixa limitada de instituições localizadas em vários níveis da Administração Pública (normalmente três ou quatro instituições); e

- c) Estados-Membros com uma estrutura de compras *descentralizada* são caracterizados por uma concentração dispersa de funções de compras sendo alocadas a várias instituições localizadas em vários níveis da Administração Pública (normalmente mais de cinco instituições envolvidas).
- 2) Funções desempenhadas – a OCDE (2007) identificou nos sistemas de compras públicas dos países da UE uma lista comum de atribuições, que foram agrupadas em oito blocos, quatro em cada segmento. Excluindo-se as funções peculiares à estrutura comunitária da UE, os blocos são os enumerados a seguir:
- a) funções-chave:
- funções de política e legislativas primárias: liderar grupos de trabalho para elaborar minutas de leis e regulamentos e organizar consultas públicas; participar da atividade legislativa pertinente;
 - funções de política e legislativas secundárias: implementar regulações cobrindo aspectos técnicos, áreas não cobertas pela lei, ou áreas em que há necessidade de instruções de aplicações esclarecedoras; diretrizes operacionais; formatos-padrão de editais e avisos; modelos de documentação para leilões; modelar condições gerais de contratos e formulários;
 - funções de coordenação internacional: contribuir para as atividades regulatórias de entidades internacionais, tais como a OMC e a Uncitral; representar o país em redes internacionais; e cooperar com instituições correspondentes em outros países;
 - funções de monitoramento e controle: preparação de relatórios anuais, compilação de dados estatísticos e outras informações sobre planejamento, adjudicações, desempenho e eficiência do sistema de compras públicas; uso da autoridade em conceder aprovações para certas decisões nos processos de compras, como o uso de procedimentos menos competitivos ou mais acelerados; gestão da lista de operadores certificados e/ou gestores de compras certificados; manutenção de “listas negras” de fornecedores;

b) funções suplementares:

- funções de assessoria e suporte a operações: organização de uma função de *help desk* para fornecer diariamente apoio legal e profissional a compradores e operadores econômicos; desenvolvimento de sistemas de orientação e ferramentas operacionais para administrar todas as fases do processo de compra, por exemplo metodologias para avaliação de propostas; emissão de publicações, comentários e comunicações interpretativas em vários assuntos;
- funções de publicação e informação: emissão de modelos de editais e avisos e das instruções de como usá-los; operação de sistemas de publicação e adjudicação baseados em internet; manutenção de cadastros e outras bases de dados em compras públicas; operação de sistema de informação e orientação baseada em internet contendo documentação de orientação, modelos de editais e contratos, comunicações interpretativas e comentários (preparados no âmbito das funções de orientação e suporte);
- funções de capacitação e profissionalização: iniciação (que inclui a responsabilidade de definir a política de treinamento) e coordenação (mas não implementação) de programas nacionais de treinamento para o setor público; facilitação (mas não implementação) de ensino e pesquisa independentes em universidades, colégios técnicos e empresas privadas; organização de programas de pesquisa em direito, economia e política de compras públicas; participação em eventos acadêmicos nacionais e internacionais;
- funções de desenvolvimento e coordenação de compras (basicamente abrangendo funções não classificáveis nos grupos anteriores, e muitas vezes exercidas por centrais de compras): facilitação e coordenação de acordos-quadro em setores do governo e municípios; coordenação e suporte a projetos de PPPs; desenvolvimento de sistemas e metodologias para compras eletrônicas; introdução de sistemas para mensuração de desempenho e compras públicas; desenvolvimento de técnicas de compras, tais como especificações técnicas baseadas em desempenho; lançamento de iniciativas para elaboração de modelos de contratos a serem usados no setor público.

- 3) Governança – há duas dimensões principais na categorização da governança das agências:
- a) fundamentação legal: constituída por lei ou decreto do Poder Executivo ou Legislativo; ou constituída por uma portaria ministerial; e
 - b) subordinação: a um ministério, normalmente com os diretores removíveis pelo ministro a qualquer momento; ou diretamente ao primeiro-ministro, presidente ou Casa Legislativa.

O quadro 8 resume essas informações. Note-se que as funções-chave e suplementares estão equiparadas, mas exclui-se a última função, a de desenvolvimento e coordenação, por se entender que congrega atividades muito díspares entre si, e que não necessariamente fazem parte de um órgão de supervisão e regulação de compras. Também se entendeu que excedia o escopo do presente trabalho discutir as funções de revisão: em muitos dos países resenhados as agências têm atribuições de revisão e julgamento administrativos que, no Brasil, se sobreporiam às dos órgãos de auditoria interna e externa já constituídos, e uma redefinição de papéis deveria ser amplamente debatida e estudada.

Arcabouços institucionais de compras públicas nos países da União Europeia

País	Nome da instituição regulatória	Natureza da instituição regulatória	Afiliação		Funções desempenhadas	Central de compras nacionais	Natureza da central de compras	Central de compras coincide com a agência reguladora							
			Outros	Gabinete do primeiro-ministro											
Bulgária	Agência de Compras Públicas	X	X	X	X	X	X	X							
									X	X	X	X	X	X	X
X	X	X	X	X	X	X	X								
								X	X	X	X	X	X	X	X
X	X	X	X	X	X	X	X								
								X	X	X	X	X	X	X	X
X	X	X	X	X	X	X	X								
								X	X	X	X	X	X	X	X
X	X	X	X	X	X	X	X								
								X	X	X	X	X	X	X	X
X	X	X	X	X	X	X	X								
								X	X	X	X	X	X	X	X
X	X	X	X	X	X	X	X								
								X	X	X	X	X	X	X	X
X	X	X	X	X	X	X	X								
								X	X	X	X	X	X	X	X
X	X	X	X	X	X	X	X								
								X	X	X	X	X	X	X	X
X	X	X	X	X	X	X	X								
								X	X	X	X	X	X	X	X
X	X	X	X	X	X	X	X								
								X	X	X	X	X	X	X	X
X	X	X	X	X	X	X	X								
								X	X	X	X	X	X	X	X
X	X	X	X	X	X	X	X								
								X	X	X	X	X	X	X	X
X	X	X	X	X	X	X	X								
								X	X	X	X	X	X	X	X
X	X	X	X	X	X	X	X								
								X	X	X	X	X	X	X	X
X	X	X	X	X	X	X	X								
								X	X	X	X	X	X	X	X
X	X	X	X	X	X	X	X								
								X	X	X	X	X	X	X	X
X	X	X	X	X	X	X	X								
								X	X	X	X	X	X	X	X
X	X	X	X	X	X	X	X								
								X	X	X	X	X	X	X	X
X	X	X	X	X	X	X	X								
								X	X	X	X	X	X	X	X
X	X	X	X	X	X	X	X								
								X	X	X	X	X	X	X	X
X	X	X	X	X	X	X	X								
								X	X	X	X	X	X	X	X
X	X	X	X	X	X	X	X								
								X	X	X	X	X	X	X	X
X	X	X	X	X	X	X	X								
								X	X	X	X	X	X	X	X
X	X	X	X	X	X	X	X								
								X	X	X	X	X	X	X	X
X	X	X	X	X	X	X	X								
								X	X	X	X	X	X	X	X
X	X	X	X	X	X	X	X								
								X	X	X	X	X	X	X	X
X	X	X	X	X	X	X	X								
								X	X	X	X	X	X	X	X
X	X	X	X	X	X	X	X								
								X	X	X	X	X	X	X	X
X	X	X	X	X	X	X	X								
								X	X	X	X	X	X	X	X
X	X	X	X	X	X	X	X								
								X	X	X	X	X	X	X	X
X	X	X	X	X	X	X	X								

(Continuação)	Central de compras coincide com a agência reguladora		(Continua)
	Afiliação	Outros	Ministério do Meio Ambiente, Proteção e Desenvolvimento Regional
		Gabinete do primeiro-ministro	
		Ministério da Fazenda, Economia, Tesouro ou Orçamento	
	Natureza da central de compras		Agência de compras
	Central de compras nacionais		Agência Estatal de Desenvolvimento Regional (VRAA)
	Funções desempenhadas	Funções de capacitação e profissionalização	X
		Funções de publicação e informação	X
		Funções de assessoria e suporte a operações	X
		Funções de monitoramento e controle	X
		Funções de coordenação internacional	X
		Funções de política e legislativas primárias	
		Funções de política e legislativas primárias	X
	Afiliação	Outros	
		Gabinete do primeiro-ministro	
		Ministério da Fazenda, Economia, Tesouro ou Orçamento	X
	Natureza da instituição regulatória	Outros	
		Agência governamental autônoma	
		Conselho público-privado	
		Conselho transversal	
		Autoridade	X
	Nome da instituição regulatória		Ministério da Fazenda
			Escritório de Monitoramento de Compras
	País		Letônia
	Grau de centralização da estrutura		Centralizada

(Continuação)	Central de compras coincide com a agência reguladora				X		
	Afiliação	Outros					
		Gabinete do primeiro-ministro					
		Ministério da Fazenda, Economia, Tesouro ou Orçamento			X		
	Natureza da central de compras		Agência governamental	Não se aplica	Departamento	Não se aplica	Não se aplica
	Central de compras nacionais		Agência Central de Gestão de Projetos (CPVA)	Não encontrada	Departamento de Contratos	Não encontrada	Não encontrada
	Funções desempenhadas	Funções de capacitação e profissionalização	X	X	X	X	X
		Funções de publicação e informação	X	X	X	X	X
		Funções de assessoria e suporte a operações	X	X	X	X	X
		Funções de monitoramento e controle	X	X	X		X
		Funções de coordenação internacional	X	X	X	X	X
		Funções de política e legislativas primárias	X	X	X	X	X
		Funções de política e legislativas primárias	X		X	X	X
	Afiliação	Outros				FAD	
		Gabinete do primeiro-ministro	X	X			X
		Ministério da Fazenda, Economia, Tesouro ou Orçamento	X	X	X		
	Natureza da instituição regulatória	Outros					
		Agência governamental autônoma					X
		Conselho público-privado					
		Conselho transversal					X
		Autoridade	X	X	X	X	
	Nome da instituição regulatória		Ministério da Economia Escritório de Compras Públicas	Escritório de Compras Públicas	Departamento de Contratos	Ministério da Administração, da Reforma e de Assuntos Eclesiásticos (FAD)	Agência para Administração Pública e Governo Eletrônico (Difi)
	País		Lituânia	Macedônia	Malta	Noruega	Polônia
	Grau de centralização da estrutura		Centralizada				

(Continua)

(Continuação)	Central de compras coincide com a agência reguladora		X			
	Afiliação	Outros				
		Gabinete do primeiro-ministro				
		Ministério da Fazenda, Economia, Tesouro ou Orçamento				
	Natureza da central de compras		Empresa pública	Não se aplica		Não se aplica
	Central de compras nacionais		ESPAP, I. P.	Não encontrada		Não encontrada
	Funções desempenhadas	Funções de capacitação e profissionalização		X	X	X
		Funções de publicação e informação	X	X		X
		Funções de assessoria e suporte a operações	X	X	X	
		Funções de monitoramento e controle	X	X	X	X
		Funções de coordenação internacional	X			X
		Funções de política e legislativas primárias	X			X
		Funções de política e legislativas primárias	X	X		X
	Afiliação	Outros		Ministério da Fazenda		
		Gabinete do primeiro-ministro				X
		Ministério da Fazenda, Economia, Tesouro ou Orçamento				X
	Natureza da instituição regulatória	Outros	X			
		Agência governamental autônoma			X	
		Conselho público-privado				
		Conselho transversal				
		Autoridade		X		X
	Nome da instituição regulatória		Entidade de Serviços Partilhados da Administração Pública, I. P. (ESPAP, I. P.)	Departamento de Investimentos Públicos	Escritório de Proteção à Competição	Autoridade Nacional para Regulação e Monitoramento de Compras Públicas
	País		Portugal	República Tcheca		Romênia
	Grau de centralização da estrutura		Centralizada			

(Continua)

Continuação)	Central de compras coincide com a agência reguladora						(Continuação)
	Afiliação	Outros					
		Gabinete do primeiro-ministro					
		Ministério da Fazenda, Economia, Tesouro ou Orçamento					
	Natureza da central de compras		Agência governamental	Empresa limitada	Agência governamental		
	Central de compras nacionais		Escritório Estatal de Suprimentos (DMO)	BBG	Central de Mercados para os Serviços Federais (FOR-CMS)		
	Funções desempenhadas	Funções de capacitação e profissionalização	X				
		Funções de publicação e informação	X				
		Funções de assessoria e suporte a operações	X		X		X
		Funções de monitoramento e controle	X			X	
		Funções de coordenação internacional	X			X	
		Funções de política e legislativas primárias	X		X	X	
		Funções de política e legislativas primárias	X			X	
	Afiliação	Outros					
		Gabinete do primeiro-ministro		X		X	
		Ministério da Fazenda, Economia, Tesouro ou Orçamento					
	Natureza da instituição regulatória	Outros					
		Agência governamental autônoma	X				
		Conselho público-privado	X		X		
		Conselho transversal					
		Autoridade		X		X	X
		Nome da instituição regulatória	Agência de Compras Públicas (incluindo o Conselho de Compras Públicas)	Serviço Constitucional (BKA-VD) – Seção de Direito de Compras	Comissão de Compras Públicas	Departamento de Compras Públicas	Unidade de Política e Assessoramento a Compras (ABA-CPA)
		País	Turquia	Áustria	Bélgica		
		Grau de centralização da estrutura	Centralizada	Semicentralizada			

(Continua)

(Continuação)	Central de compras coincide com a agência reguladora		(Continua)
	Afiliação	Outros	Associação de Autoridades Locais da Dinamarca (detentora de 45% do capital da empresa)
		Gabinete do primeiro-ministro	X
		Ministério da Fazenda, Economia, Tesouro ou Orçamento	
	Natureza da central de compras		Empresa limitada
	Central de compras nacionais		Serviço Nacional de Compras (SKI)
	Funções desempenhadas	Funções de capacitação e profissionalização	
		Funções de publicação e informação	
		Funções de assessoria e suporte a operações	X
		Funções de monitoramento e controle	
		Funções de coordenação internacional	X
		Funções de política e legislativas primárias	
		Funções de política e legislativas primárias	
	Afiliação	Outros	
		Gabinete do primeiro-ministro	
		Ministério da Fazenda, Economia, Tesouro ou Orçamento	X
	Natureza da instituição regulatória	Outros	
		Agência governamental autônoma	
		Conselho público-privado	
		Conselho transversal	
		Autoridade	
	Nome da instituição regulatória		Autoridade Dinamarquesa de Concorrência
	País		Dinamarca
	Grau de centralização da estrutura		Semicentralizada

Continuação)	Central de compras coincide com a agência reguladora					
	Afiliação	Outros			Administração Federal de Defesa	Ministério do Interior
		Gabinete do primeiro-ministro				
		Ministério da Fazenda, Economia, Tesouro ou Orçamento		X		
	Natureza da central de compras		Empresa limitada	Agência governamental	Agência de compras	Agência de compras
	Central de compras nacionais		União dos Grupos de Contratos Públicos (UGAP)	Serviço de Compras do Estado (SAE)	BWB	Escritório de Contratações (Beschaffungsamt, ou simplesmente Beschaf)
	Funções desempenhadas	Funções de capacitação e profissionalização				
		Funções de publicação e informação			X	X
		Funções de assessoria e suporte a operações	X	X	X	
		Funções de monitoramento e controle			X	
		Funções de coordenação internacional		X	X	
		Funções de política e legislativas primárias	X		X	
		Funções de política e legislativas primárias	X		X	
	Afiliação	Outros				Ministério do Interior
		Gabinete do primeiro-ministro				
		Ministério da Fazenda, Economia, Tesouro ou Orçamento	X	X	X	
	Natureza da instituição regulatória	Outros				
		Agência governamental autônoma				
		Conselho público-privado				
		Conselho transversal				
		Autoridade	X		X	X
	País	Nome da instituição regulatória	Diretoria de Assuntos Jurídicos – Departamento de Compras Públicas	Comissões Especializadas de Compras (CSMs)	Ministério da Economia e Tecnologia (BMWt)	Escritório Federal de Administração (Bundesverwaltungsamt)
			França		Alemanha	
	Grau de centralização da estrutura		Semicentralizada			

Continuação)	Central de compras coincide com a agência reguladora		X			X					
	Afiliação	Outros									
		Gabinete do primeiro-ministro	Depto. de Gastos Públicos e Reforma								
		Ministério da Fazenda, Economia, Tesouro ou Orçamento			X						
	Natureza da central de compras		Agência governamental		Empresa limitada		Não se aplica		Não se aplica		
	Central de compras nacionais		OSR-OGP		Consip		Não encontrada		Não encontrada		
	Funções desempenhadas	Funções de capacitação e profissionalização	X				X			X	
		Funções de publicação e informação								X	
		Funções de assessoria e suporte a operações	X	X			X		X	X	
		Funções de monitoramento e controle	X	X	X				X	X	
		Funções de coordenação internacional	X						X	X	
		Funções de política e legislativas primárias							X		X
		Funções de política e legislativas primárias	X						X		X
	Afiliação	Outros	Departamento de Gastos Públicos e Reforma								
		Gabinete do primeiro-ministro									
		Ministério da Fazenda, Economia, Tesouro ou Orçamento					X		X		X
	Natureza da instituição regulatória	Outros					X				
Agência governamental autônoma					X						
Conselho público-privado									X		
Conselho transversal			X								
Autoridade		X						X		X	
País	Nome da instituição regulatória		Escritório de Compras Governamentais (OSR-OGP)	Comitê de Contratos Governamentais	Autoridade para a Supervisão de Contratos Públicos de Obras, Serviços e Suprimentos (AVCP)	Consip	Não encontrada	Departamento para Parcerias Público-Privadas e Sistema de Compras Públicas	Conselho para Compras Públicas (NOU)	Ministério da Fazenda	
	Grau de centralização da estrutura		Semicentralizada								
	(Continua)										

(Continua)

Continuação)	Central de compras coincide com a agência reguladora								
	Afiliação	Outros							
		Gabinete do primeiro-ministro							
		Ministério da Fazenda, Economia, Tesouro ou Orçamento	X				X		
	Natureza da central de compras		Agência executiva	Não se aplica	Não se aplica	Empresa limitada			Não se aplica
	Central de compras nacionais		OGC Buying Solutions	Não encontrada	Não encontrada	Hansel			Não encontrada
	Funções desempenhadas	Funções de capacitação e profissionalização	X		X				
		Funções de publicação e informação	X						
		Funções de assessoria e suporte a operações	X	X	X	X			
		Funções de monitoramento e controle	X			X	X		
		Funções de coordenação internacional	X	X	X		X		
		Funções de política e legislativas primárias		X	X	X	X	X	
		Funções de política e legislativas primárias						X	
	Afiliação	Outros				Associação das Autoridades Locais e Regionais	Ministério da Indústria e Comércio		
		Gabinete do primeiro-ministro							
		Ministério da Fazenda, Economia, Tesouro ou Orçamento	X			X		X	
	Natureza da instituição regulatória	Outros				X			
		Agência governamental autônoma							
		Conselho público-privado							
		Conselho transversal		X	X				
		Autoridade	X					X	X
	País	Nome da instituição regulatória	OGC	Comissão de Compras do Governo Federal (BKBr)	Coordenação dos Serviços de Construção e Imobiliários Federais (KBOB)	Unidade de Assessoramento em Compras Públicas	Departamento de Comércio	Departamento de Orçamento	
			Reino Unido		Suíça		Finlândia		Países-Baixos
	Grau de centralização da estrutura		Semicentralizada			Descentralizada			

Fonte: PPN (2010); Lacava e Zuccolotto (2005); OCDE (2007); sítios eletrônicos dos órgãos governamentais e das centrais de compras.

Elaboração dos autores.

Obs.: De acordo com as fontes consultadas, não é exaustiva a lista de instituições com atribuições que se encaixam no rol de funções principais da estrutura regulatória de compras públicas. A pista sobre a existência de mais órgãos relevantes está na definição do grau de centralização de cada país *vis-à-vis* o número de instituições descritas e respectivas ao país. Também não se pode garantir a inexistência de centrais de compras nos países em que esta coluna está vazia. Por exemplo, nos Países-Baixos, o Regiebureau Inkoop apresenta-se como um órgão que não executa compras, mas é apontado em um estudo do Tribunal de Contas belga como um similar ao FOR-CMS, ao SKI e ao OGC Buying Solutions.

Em vista da resenha acima apresentada, propõe-se que a nova agência normativa de compras seja constituída de quatro diretorias e uma superintendência-geral, descritas a seguir, cada uma com as respectivas atribuições.

- 1) Superintendência-Geral: supervisionaria o trabalho das diretorias e prestaria contas do impacto regulatório junto ao Poder Legislativo; definiria e monitoraria os indicadores e metas de desempenho das demais diretorias; faria a proposta ao MPOG de apuração das taxas a serem cobradas pela adjudicação e manutenção de CMFSPs e as multas e taxas de juros de mora a serem pagas pelos órgãos gestores de pedidos com pagamentos em atraso; definiria a distribuição de pessoal de compras entre as entidades contratantes (por exemplo, para evitar contatos duradouros entre gestores e fornecedores) e as suas necessidades de treinamento; certificaria pregoeiros.
- 2) Diretoria de Normatização e Análise de Mercado (Dinor): editaria ou adotaria normas técnicas em regulamentos; editaria instruções normativas (por exemplo, sobre fórmulas de pontuação e critérios de adjudicação); editaria minutas de editais, contratos padrões e manuais de licitações e de contratos; prestaria assistência técnica e tecnológica às Unidades Administrativas de Serviços Gerais (UASGs)⁶³ na definição de suas necessidades; administraria a certificação prévia de bens e fornecedores; determinaria quais bens e serviços comuns seriam adquiridos centralizadamente por meio de CMFSP.
- 3) Diretoria de Gestão da Informação (Digin): daria suporte técnico às demais diretorias na gestão dos sistemas, incluindo o CPUF; compilaria os dados de todas as compras federais e publicaria informes e estatísticas; seria responsável pela divulgação dos editais na plataforma eletrônica de compras (Comprasnet); calcularia riscos de licitantes e contratantes, colocados à disposição de ambos os lados.

63. A UASG é a menor subdivisão da Administração que, em última análise, é responsável pelas tarefas de preparar editais e divulgá-los, executar os certames e adjudicar compras, celebrar contratos, efetuar empenhos, executar e fiscalizar cronogramas, emitir termos aditivos, inscrever fornecedores no Sistema de Cadastramento Unificado de Fornecedores (SICAF) e atualizar seus cadastros etc.

- 4) Diretoria Jurídica (Dijur): seria a diretoria responsável pela primeira instância de solução de conflitos entre as entidades adjudicantes e os licitantes, fosse diretamente, fosse pela acreditação de câmaras de arbitragem independentes; manifestar-se-ia em pareceres jurídicos quando provocada (por exemplo, quando fosse questionado o enquadramento de uma compra em procedimento negociado) ou de ofício, acionando os órgãos de auditoria e controle; basicamente seria composto de pessoal das carreiras da AGU que já está envolvido com essas atividades, e que seria remanejado em parte para a agência.
- 5) Diretoria de Inteligência em Compras (Dinte): faria auditorias e investigações internas sobre a lisura nas compras públicas em geral, principalmente levantando indícios de manipulação de resultados dentro e fora da agência. Esta diretoria seria o contato da agência com a Superintendência-Geral do Cade e lhe encaminharia as denúncias a serem apuradas e lhe prestaria assistência nas investigações. A atuação da Dinte seria complementar, e não substituta, à atuação do Cade, da Polícia Federal, da CGU, do TCU e do Ministério Público Federal (MPF). As auditorias internas teriam seus resultados divulgados ao público.
- 6) Diretoria de Pesquisa (Dipes): esta diretoria seria responsável por três tipos de pesquisa: teórica, experimental e empírica em relação aos formatos dos leilões e dos contratos, de modo a prestar apoio à Dinor na formulação de formatos de leilões e de contratos; metodologias de cálculo de taxas e tarifas e de classificação de risco dos licitantes e entidades adjudicantes e contratantes.

Todas as diretorias – cada uma em sua área de atuação – teriam também a atribuição de prestar assistência a licitantes e entidades adjudicantes e contratantes sob a forma de *help desk*, publicação de manuais e pareceres, orientações, interpretações, comentários e notas técnicas. A coordenação dessa função poderia ser desempenhada pela própria Superintendência-Geral, pela Dinor, pela Digin ou por alguma outra estrutura dentro da agência que não estivesse subordinada a nenhuma das diretorias anteriores.

A agência contaria ainda com uma ouvidoria. Vale ainda notar que revisões, reclamações, denúncias etc. poderiam seguir seu caminho em direção aos órgãos de auditoria internos (por exemplo: corregedorias, controladorias, tribunais de compras).

4.2 Da criação de uma agência executiva de compras centralizadas

Na camada executiva, seria criada uma agência executiva – poderia chamar-se Agência Brasileira de Compras Públicas (ABCP) –, que seria operada inicialmente a partir da SLTI/MPOG e do recrutamento de pessoal de compras dos órgãos com maior *expertise* em compras centralizadas – por exemplo, o FNDE e alguns departamentos de logística especializados – e de outras carreiras afins, como analista de orçamento, analista de finanças e controle e AGU. Ela funcionaria inicialmente sob o guarda-chuva do MPOG.⁶⁴ Mais tarde, essa agência contaria com um quadro de servidores de carreira própria, mas é de se esperar que o melhor planejamento de compras e a consolidação de funções gerem ganhos de escala de pessoal, as quais relaxarão os requisitos quantitativos atuais de funcionários executivos de compras e, portanto, o saldo líquido de criação de cargos nesta agência tenda a ser nulo ou negativo. Mesmo a criação de cargos na agência reguladora deveria apenas absorver uma parte desse mesmo excedente de funcionários executivos. Por outro lado, o perfil requerido de capacitação do pessoal envolvido nas duas agências seria muito mais alto que o atual.

A agência executiva seria constituída de uma superintendência-geral e três diretorias, descritas a seguir, cada um com as respectivas atribuições.⁶⁵

- 1) Superintendência-Geral: supervisionaria o trabalho das diretorias, em especial pactuando o contrato de gestão com o MPOG e definindo e monitorando os indicadores e metas de desempenho das demais diretorias.
- 2) Diretoria de Planejamento e Operações de Aquisições (DIPOP): planejaria e executaria todas as aquisições com ou sem licitação que dessem origem a contratos dos tipos CMFSP ou CSAD – inclusive as que tivessem a adesão de governos subnacionais – a partir da sistematização das informações das necessidades das unidades compradoras clientes, dos padrões adotados pela

64. A bem da verdade, a natureza jurídica mais comum e exitosa na Europa parece ser a de sociedade limitada, operando em regime privado, mas de propriedade integral do Estado – no caso da Dinamarca, de propriedade compartilhada pelo governo central com os municípios – e sem fins lucrativos. Este arranjo daria maior flexibilidade à agência na contratação de pessoal competente e especializado e permitiria à agência focar apenas em criar valor para seus clientes, sem levar em conta considerações políticas desnecessárias (OCDE, 2011).

65. A proposta de composição da ABCP foi revista em relação a Fiuza e Medeiros (2013) a partir dos comentários recebidos e do acesso ao trabalho da OCDE (2007).

agência normativa e com um calendário adequado ao processo orçamentário e adotando as melhores estratégias de compras preparadas pela diretoria de pesquisa da agência normativa.

- 3) Diretoria de Vendas e Serviços (Dives): prestaria serviços de adesão a atas de CMFSP e o respectivo suporte técnico, administrativo e logístico às entidades contratantes, que seriam os clientes dos CMFSPs e CSAD; manutenção do catálogo de produtos sob regime de CMFSP e CSAD.
- 4) Diretoria de Suporte Administrativo e Técnico (DISAT): proveria toda a infraestrutura contábil, administrativa, legal e técnica, o que incluiria a manutenção ou supervisão dos sistemas de TI (*hardware* e *software*) usados para todas as transações eletrônicas da ABCP.⁶⁶

Quanto à governança dessa agência, as recomendações são as seguintes:

- contratos de desempenho para os diretores e para o superintendente-geral, e nomeação pelo presidente da República sujeita à aprovação do Senado; e
- a agência se ater, no primeiro instante, às categorias de bens e serviços comuns já licitáveis atualmente por pregão eletrônico, deixando a inclusão de outros bens e serviços menos padronizados para uma fase posterior.

Como agência executiva, a ABCP teria um contrato de gestão com o MPOG contendo metas a serem cumpridas. Essas metas balizariam:

- os valores das taxas a serem cobradas dos fornecedores ou dos órgãos demandantes ao serem executados os pedidos;
- os repasses orçamentários; e

66. A fronteira entre as atribuições da Digin/ANCP e a DISAT/ABCP deve ser melhor estudada, pois há uma tendência de que suas atribuições conflitem. Uma sugestão é que a ABCP faça a gestão de todo o sistema de transações eletrônicas por delegação da ANCP e forneça esses serviços aos outros departamentos de compras mediante pagamento fixado pela ANCP. Se houvesse alguma brecha para que outros departamentos de compras usem outros sistemas, ainda que para algumas funções apenas (como já ocorre hoje), o desafio da Digin/ANCP seria garantir a interoperabilidade entre os sistemas e/ou a padronização da informação exportada por eles no cumprimento das obrigações de fornecimento de informações para a compilação oficial e de divulgação dos editais, convites e outros avisos.

- os bônus ou gratificações de desempenho das carreiras enquadradas na agência.

O estatuto da ABCP seria definido por decreto da Presidência da República ou por um conselho diretor, possivelmente com representantes de governos subnacionais. Naturalmente, o estatuto não poderia colidir com o contrato de gestão supramencionado.

Que se faça uma transição das compras descentralizadas para as centralizadas. Como a centralização retira poderes de ministérios sobre uma grande parte de suas compras, certamente sua implantação sofrerá aguda oposição. Além disso, pode haver controvérsias na opinião pública sobre a eficiência e o risco de corrupção numa agência de compras centralizadas, o que poderá exigir estudos complementares para demonstrar que os efeitos líquidos desta mudança seriam positivos para a sociedade. Além disso, pode não ser trivial obter um mecanismo confiável de incentivo à boa compra pela ABCP⁶⁷. Assim, uma transição recomendável seria deixar a adesão aos CMFSPs como optativa, desde que o órgão demandante do produto conseguisse condições melhores.⁶⁸ Note-se que essa comparação de “condições melhores” pressupõe uma métrica comum, o que significa que, usando o preço como único critério de adjudicação, o órgão demandante teria que conseguir um preço mais baixo; no caso de proposta economicamente mais vantajosa, a fórmula de pontuação teria que ser a mesma adotada pela ABCP, de outro modo o órgão sempre seria capaz de achar uma fórmula de pontuação pela qual sua proposta vencedora dominaria a da ABCP. As divergências de fórmula de pontuação deveriam, portanto, ser manifestadas antes de completada a consolidação dos pedidos pela agência.

Uma pergunta comumente ouvida em reação a essa proposta durante as discussões que se seguiam às apresentações de Fiuza e Medeiros (2013) era por que essa agência seria separada da agência normatizadora. É uma pergunta natural. A própria OCDE (2007) lembra que a possibilidade de que uma agência normativa crie uma central de compras própria dentro de sua estrutura para atender entidades contratantes em níveis nacional,

67. A OCDE (2011) mostrou preocupação com a maneira como algumas agências centrais de compras públicas europeias são remuneradas, com uma porcentagem sobre os pedidos feitos. Esta fórmula de remuneração premia a agência, em vez de puni-la, quando o preço obtido é mais alto. Entretanto, desde que a agência compita com compras individuais, ela terá incentivo a oferecer um bom preço.

68. Esse é o sistema adotado pela Suécia e pela maioria dos países estudados pela OCDE (2011), e também pelo Chile, com a obrigação de se informar à central de compras a obtenção da melhor condição em compra separada.

regional e local é expressamente reconhecida na UE pelas Diretivas nºs 2004/17/CE e 2004/18/CE. Em outras palavras, funções tais como desenvolver políticas de compras foram adicionadas posteriormente à lista de tarefas de uma unidade que já era primordialmente voltada para as compras centralizadas. Podem-se elencar algumas razões para esta separação a título de tempestade de ideias tais como:

- a natureza de uma agência executiva é bem diferente de uma agência reguladora;
- pode haver alguns sérios conflitos de interesse entre regular e executar,⁶⁹ e separar as agências pode amenizar os riscos de captura do regulador pelo executor; e
- como se viu no quadro 8, dos 28 países resenhados com alguma agência normativa, em apenas quatro pelo menos uma delas também exerce funções de compras, embora o número total de centrais de compras encontrado seja dezessete, sem contar as dedicadas exclusivamente à segurança pública e à defesa. E isto não é surpresa, tendo em vista que a maioria das centrais de compras não monopoliza todas as compras governamentais, mas apenas as de uso comum (Carpinetti, Piga e Zanza, 2006). Portanto, quem regula as compras deve ter em mente as compras de todo o governo. Juntar as duas funções pode viesar a regulação da área normativa.

Naturalmente mais pesquisa é requerida sobre os limites de competência de uma agência e de outra, que extrapolam a ambição do deste trabalho.

69. Estudo da OCDE, feito com base em questionários respondidos por 22 dos 27 Estados-Membros da UE, dois deles ainda em fase de acesso, aponta que “embora em princípio fosse possível acomodar essas funções [de coordenar acordos-quadros e outros arranjos conjuntos de compras] dentro de um órgão central responsável por funções de política e regulação, os Estados-Membros parecem estar conscientes dos potenciais riscos de conflitos de interesse e até mesmo de virem a ser classificados como uma entidade contratante” (OCDE, 2007, p. 24, tradução nossa). Adiante, completa que “o lado operacional das compras eletrônicas e questões de TI é, em geral, cuidado por órgãos especializados da administração pública” (*idem, ibidem*).

4.3 Da necessidade de aperfeiçoamento dos sistemas de informação

Hoje em dia, o gestor, o auditor, o investigador, o jornalista e o estudioso interessados em acompanhar a execução de uma compra pública deparam-se com enormes obstáculos do início ao fim: as diversas etapas que compõem um processo de compra não estão estruturadas e descritas em um sistema único, nem tampouco descritos sem ambiguidade. Listam-se a seguir alguns percalços enfrentados.

- 1) Só se toma conhecimento de um processo de compra quando é divulgado um edital ou publicado um aviso de dispensa. Não se pode observar, do lado de fora do órgão, quem originou a demanda (exceto em caso de emendas parlamentares), nem quando foi aberto o processo de compra, nem quem o aprovou, a não ser que se acione a Lei de Acesso à Informação. De um modo ou de outro, essa informação não está sistematizada e estruturada para recuperação em tempo real.
- 2) Uma vez divulgado o edital ou o aviso de dispensa ou inexigibilidade, são rastreadas as etapas da compra até a sua adjudicação e homologação. Em casos de compras por registro de preço, também são observados, ainda que de maneira indireta, quem geriu, quem participou e quem aderiu à ata. Os contratos, aditamentos, apostilamentos e sub-rogações de compras também são registrados, mas, por exemplo:
 - a) não se distingue no aditamento de um contrato qual item foi aditado, mas tão somente o quanto foi aditado em termos de tempo de execução, valor ou fornecedor;
 - b) não se sabe quase nada sobre a atuação do fornecedor. Quando ele entregou mercadorias? No prazo estabelecido, antes ou depois? Se não foi anotada nenhuma ocorrência que o desabonasse (tal como atraso, descumprimento de cláusula, advertência etc.), o desempenho dele merece algum outro comentário (positivo ou neutro)?
 - c) nem todos os cronogramas físico-financeiros são preenchidos e, quando o são, nem todos os campos estão completos.
- 3) No caso de obras, nem mesmo a localização precisa da obra está disponível.

- 4) Não se têm os nomes dos licitantes nas atuais modalidades presenciais nem o valor de suas propostas, nem as notas de sua pontuação técnica, nem as razões para sua inabilitação, apenas se sabe quem venceu o certame e/ou teve adjudicada a compra. Note-se que esse tipo de informação deve ser disponibilizada para os auditores apenas, para evitar a facilitação do monitoramento de conluio pelos cartéis de licitações.
- 5) Não estão registrados quantos, quais, de quem e contra quem foram opostos recursos e impugnações (mesma observação do item anterior).
- 6) Nem todos os pagamentos efetuados são rastreáveis diretamente. Requer-se um laborioso cruzamento com os sistemas de administração financeira e/ou orçamentário.

O que poderíamos obter com esse tipo de dado são extensivas medidas de custo-efetividade das diversas etapas de compras e contratações, como as reportadas à Diretoria de Mercado Interno da Comissão Europeia por PwC, London Economics e Ecorys (2011).

5 SÍNTESE DAS PRINCIPAIS CONTRIBUIÇÕES

- 1) A reforma da Lei nº 8.666 deve buscar seus principais pontos na Lei nº 12.462, que instituiu o RDC, e não no PLC nº 32/2007 nem no seu substitutivo atual.
- 2) Para além da reforma da Lei nº 8.666, a eficácia desejada para o tema de licitações e compras públicas depende de outros atos normativos complementares que criem:
 - a) uma agência normativa de compras;
 - b) uma agência executiva de compras centralizada; e
 - c) carreiras de níveis médio e superior especializadas na regulação e na gestão de compras públicas.

- 3) A eficácia desejada depende também do aperfeiçoamento e da integração dos sistemas eletrônicos de rastreamento das compras desde a abertura do processo de compra até o seu encerramento. Isso permitirá vários ganhos de escala, maior segurança jurídica, gestão de conhecimento, aumento do poder de compra do Estado; melhoria do monitoramento de cartéis; facilitação da padronização de produtos, editais e contratos; maior exposição das compras com a consequência de facilitar o combate à corrupção e o favoritismo. Além disso, para que o registro de preços possa funcionar melhor, ele deve ser centralizado, para acabar com o comportamento de carona. A boa compra poderá ser incentivada com uma remuneração por desempenho à central de compras, seja pelo Tesouro diretamente ou pelos órgãos usuários.
- 4) A nova legislação deverá ter como princípios não apenas a economicidade, mas também a eficiência, a inovação, a competição e a melhor relação custo-benefício para a Administração. Este é o suporte legal para a busca de resultados, tirando o foco do processo.
- 5) Para dar mais agilidade ao processo licitatório, com a adoção de medidas já previstas no RDC ou mesmo no PLC nº 32/2007, como o fim do efeito suspensivo ou a ainda mais efetiva inversão de fases, com a habilitação após o certame. Fase recursal única e procedimentos de arbitragem também são caminhos recomendados.
- 6) O alto número de dispensas e inexigibilidades de licitações poderia ser reduzido, de um lado, com o aperfeiçoamento dos procedimentos de convite (licitação restrita) e de cotação eletrônica e a adoção do critério de adjudicação por PGMV (que leva em conta dimensões de qualidade), o que propiciaria consideráveis ganhos de transparência e segurança jurídica. De outro lado, o enxugamento do catálogo de materiais e serviços também traria expressiva redução nos casos de dispensa e inexigibilidade por razões de valor.
- 7) O conceito de *modalidade de licitação* é obsoleto e deve ser abandonado. A legislação deverá prever apenas as condições em que se aplicam a licitação e as que não, além de três tipos de procedimentos de compras – aberto,

restrito ou negociado – deixando os critérios e formatos do leilão para o nível infralegal, por meio de uma agência normatizadora.

- 8) O conceito de *registros de preços* deve ser substituído pelo de CMFSPs, semelhantes aos acordos-quadro europeus, convênios-marco chilenos e contratos-marco mexicanos. Este conceito é vinculado à criação da agência executiva de compras centralizadas mencionada acima, que geriria as adjudicações e intermediaria as contratações, o que propiciaria ganhos de escala, melhor especificação de produtos, fomento à inovação e à melhoria da qualidade. O CMFSP pode ainda ser complementado pelo SAD (Diretiva nº 2004/18/CE da UE). Este sistema é parecido com o acordo-quadro europeu, com a diferença de que permite a qualquer fornecedor baixar o seu lance anterior e ser incluído no catálogo de fornecedores do acordo-quadro.

6 EXTENSÕES

Em 5 de dezembro de 2013 a relatora do CTLICON, senadora Kátia Abreu, apresentou à comissão seu relatório final, já contendo o texto para uma nova lei que substituiria completamente a Lei nº 8.666, e ainda revogaria a Lei nº 10.520/2002 (dos pregões) e os Artigos 1º a 42 da Lei nº 12.462 (RDC). O senador Moka, como revisor, juntamente com o senador Suplicy, pediu vistas do relatório. Na reunião seguinte, exatamente uma semana depois, o senador Suplicy apresentou oito sugestões. Em sequência foi aprovado o relatório final de autoria da senadora Kátia Abreu, relatora da comissão, concluindo pela apresentação de um PL.

A comparação entre a presente proposta e a da senadora Kátia Abreu fica, porém, adiada para uma próxima nota ou artigo, para que fique bem salientado no presente trabalho quais são as inovações propostas como o “mundo ideal”. A comparação futura com a nova proposta terá os objetivos de: *i)* sistematizar o que foi considerado possível ou oportuno pela relatora; *ii)* apontar os possíveis riscos de se deixar de lado o que se propõe neste *Texto para discussão*; e *iii)* salientar as novidades da proposta da relatora que são bem-vindas e que não tinham sido divisadas neste texto.

REFERÊNCIAS

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

AKERLOF, George A. The market for 'lemons': quality uncertainty and the market mechanism. **Quarterly journal of economics**, v. 84, n. 3, p. 488-500, 1970.

ALBANO, Gian L. *et al.* Procurement contracting strategies. *In*: DIMITRI, N.; PIGA, G.; SPAGNOLO, G. (Ed.). **Handbook of procurement**. Cambridge: Cambridge University Press, 2006a.

ALBANO, Gian L. *et al.* Information and competitive tendering. *In*: DIMITRI, N.; PIGA, G.; SPAGNOLO, G. (Ed.). **Handbook of procurement**. Cambridge: Cambridge University Press, 2006b.

ALBANO, Gian L.; SPAGNOLO, Giancarlo; ZANZA, Matteo. Regulating joint bidding in public procurement. **Journal of competition, law and economics**, v. 5, n. 2, p. 335-360, 2009.

ALBANO, Gian L.; SPARRO, Marco. A simple model of framework agreements: competition and efficiency. **Journal of public procurement**, v. 8, n. 2, p. 356-378, 2008.

ATHEY, Susan; LEVIN, Jonathan. Information and competition in U.S. forest service timber auctions. **Journal of political economy**, v. 109, n. 2, p. 375-417, 2001.

AUSUBEL, Lawrence M.; CRAMTON, Peter. Dynamic auctions in procurement. *In*: DIMITRI, N.; PIGA, G.; SPAGNOLO, G. (Ed.). **Handbook of procurement**. Cambridge: Cambridge University Press, 2006.

BAJARI, Patrick; HOUGHTON, Stephanie; TADELIS, Steven. Bidding for incomplete contracts: an empirical analysis of adaptation costs. **American economic review**, v. 104, n. 4, p. 1.288-1.319, 2014.

BAJARI, Patrick; LEWIS, G. Procurement contracting with time incentives: theory and evidence. **Quarterly journal of economics**, v. 126, n. 3, p. 1.173-1.211, 2011.

BAJARI, Patrick; McMILLAN, John; TADELIS, Steve. Auctions versus negotiations in procurement: an empirical analysis. **Journal of law, economics and organization**, v. 25, n. 2, p. 372-399, 2014.

BANCO MULTILATERAL DE DESENVOLVIMENTO. **International survey of e-procurement systems**. Curtin, 2007. Disponível em: <<http://siteresources.worldbank.org/INTPROCUREMENT/Resources/International-eGP-Survey.pdf>>.

BANCO MUNDIAL. **Brazil**: country procurement assessment report. Washington: World Bank, 2004. (Report, n. 28446-BR).

BANDIERA, O.; PRATT, A.; VALLETTI, T. Active and passive waste in government spending: evidence from a policy experiment. **American economic review**, v. 99, n. 4, p. 1.278-1.308, 2009.

BARBOSA, Klenio de S. **Sistema brasileiro de registro de preços**: virtudes e vícios à luz da teoria econômica. Rio de Janeiro: Ipea, 2012. (Texto para Discussão, n. 1.757).

BLANCAS, Luis *et al.* **Do procurement rules impact infrastructure investment efficiency?** An empirical analysis of inversão das fases in São Paulo State. Washington: Banco Mundial, 2011. (Policy Research Working Paper, n. 5.528).

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, 5 out. 1988. Disponível em: <<http://tinyurl.com/CF5out1988>>.

_____. **Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993**. Regulamenta o Art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal e institui normas para licitações e contratos da Administração Pública. Brasília, 21 jun. 1993. Disponível em: <<http://tinyurl.com/l8666cons>>.

_____. **Decreto nº 3.555, de 8 de agosto de 2000**. Aprova o regulamento para a modalidade de licitação denominada pregão, para aquisição de bens e serviços comuns. Brasília, 8 ago. 2000.

_____. **Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002**. Institui o pregão. Brasília, 17 jul. 2002. Disponível em: <<http://tinyurl.com/nvog9cf>>.

_____. Tribunal de Contas da União. **Licitações e contratos**: orientações básicas. Brasília: TCU, 2003.

_____. **Decreto nº 5.450, de 31 de maio de 2005**. Regulamenta o pregão eletrônico. Brasília, 31 maio 2005. Disponível em: <<http://tinyurl.com/pnjtz3d>>.

_____. Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. **Consolidação do levantamento de custos**. Brasília: MPOG, 2007a. (Mapeamento e Análise dos Custos Operacionais dos Processos de Contratação do Governo Federal, Contrato nº 06/ 47-2825, Relatório Técnico, n. 12).

_____. **Pontos críticos**. Brasília: MPOG, 2007b. (Mapeamento e Análise dos Custos Operacionais dos Processos de Contratação do Governo Federal, contrato nº 06/47-2825, Relatório Técnico 13.)

_____. **Portaria MPOG nº 306/2001**. Brasília, 13 dez. 2001. Disponível em: <<http://tinyurl.com/p306mpog2001>>.

_____. Ministério da Justiça. **Análise dos aspectos concorrenciais do PLC nº 32/2007**. Brasília: SDE/CGCP, 2008. Disponível em: <<http://goo.gl/YSmmeb>>.

_____. Tribunal de Contas da União. **Glossário de termos do controle externo**. Brasília: TCU, 2010a.

_____. **Manual de auditoria operacional**. Brasília: TCU, 2010b.

_____. Sessões: 15 e 16 de fevereiro de 2011. **Informativo de licitações e contratos**, n. 51, 2011a. Disponível em: <<http://tinyurl.com/qak8nxb>>.

_____. **Lei nº 12.462, de 4 de agosto de 2011**. Institui o Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC). Brasília, 4 ago. 2011b. Disponível em: <<http://tinyurl.com/RDC12462>>.

_____. Tribunal de Contas da União. **Guia de boas práticas em contratação de soluções de tecnologia da informação**: riscos e controles para o planejamento da contratação – versão 1.0. Brasília: TCU, 2012.

_____. Senado Federal. **Ata da 3ª reunião da Comissão Especial Externa para Modernização da Lei de Licitações e Contratos (CTLICON)**. Brasília: Senado Federal, 8 jul. 2013. Disponível em: <<http://tinyurl.com/q79c9v4>>.

CARPINETI, Laura; PIGA, Gustavo; ZANZA, Matteo. The variety of procurement practice: evidence from public procurement. In: DIMITRI, N.; PIGA, G.; SPAGNOLO, G. (Ed.). **Handbook of procurement**. Cambridge: Cambridge University Press, 2006.

CHILE. Ministerio de Hacienda. **Ley de compras públicas y reglamento**: Ley nº 19.886. Santiago de Chile, 2003. Disponível em: <<http://tinyurl.com/chile19886pdf>>.

_____. Ministerio de Hacienda. **Procedimientos de contratación**: convenio marco. Santiago de Chile, [s.d.] Disponível em: <<http://tinyurl.com/ppg85f4>>.

COELLI, Timothy *et al.* **An introduction to efficiency and productivity analysis**. 2. ed. New York, Springer, 2005.

COVIELLO, Decio *et al.* **Court efficiency and procurement performance**. Università degli Studi di Padova, 2013. (Working paper, n. 164).

CRAMTON, Peter; SCHWARTZ, Jesse. Collusive bidding: lessons from the FCC Spectrum Auctions. **Journal of regulatory economics**, v. 17, n. 3, p. 229-252, 2000.

D'ALPAOS, C. *et al.* **It is never too late**: optimal penalty for investment delay in Italian public procurement contracts. Padova: Feem, 2009. (Nota di Lavoro, n. 78.2009).

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

DIMITRI, Nicola; DINI, Federico; PIGA, Gustavo. When should procurement be centralized? In: DIMITRI, N.; PIGA, G.; SPAGNOLO, G. (Ed.). **Handbook of procurement**. Cambridge: Cambridge University Press, 2006.

DIMITRI, Nicola *et al.* Multi-contract tendering procedures and package bidding in procurement. *In*: DIMITRI, N.; PIGA, G.; SPAGNOLO, G. (Ed.). **Handbook of procurement**. Cambridge: Cambridge University Press, 2006.

DINI, Federico; PACINI, Riccardo; VALLETTI, Tomaso. Scoring rules. *In*: DIMITRI, N.; PIGA, G.; SPAGNOLO, G. (Ed.). **Handbook of procurement**. Cambridge: Cambridge University Press, 2006.

DUARTE, J. R. M. **Desenvolvimento do procedimento licitatório**: convite, tomada de preços, concorrência, doutrina, jurisprudência, prática. São Paulo: Ed. UNESP, 2004.

DUTRA, Joísa C.; MENEZES, Flávio M. **Hybrid auctions I**: theory. Rio de Janeiro: EPGE/FGV, 2001a. Mimeografado.

_____. **Hybrid auctions II**: experimental evidence. Rio de Janeiro: EPGE/FGV, 2001b. Mimeo.

ENGEL, Andreas *et al.* Managing risky bids. *In*: DIMITRI, N.; PIGA, G.; SPAGNOLO, G. (Ed.). **Handbook of procurement**. Cambridge: Cambridge University Press, 2006.

EUROPEAN COMMISSION. Working Group on Abnormally Low Tenders. **Contract bonds**. Bruxelas: Comissão Europeia, 1999a. Disponível em: <<http://ec.europa.eu/enterprise/construction/alo/bonds/bondsfin.htm>>. Acesso em: 29 out. 2007.

_____. _____. **Abnormally low tenders**. Bruxelas: Comissão Europeia, 1999b. Disponível em: <<http://ec.europa.eu/enterprise/construction/alo/altfin.htm>>. Acesso em: 29 out. 2007.

_____. _____. **Annexes to the ALT Report**. Bruxelas: Comissão Europeia, 1999c. Disponível em: <<http://ec.europa.eu/enterprise/construction/alo/altann.htm>>. Acesso em: 29 out. 2007.

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. **Vigência da Lei nº 8.666/1993**: normas que alteraram a Lei nº 8.666/1993. Brasília: Senado Federal, 8 jul. 2013. (*Slides* da apresentação oral à CTLICON). Disponível em: <<http://tinyurl.com/ppg2lkl>>.

FIUZA, Eduardo P. S. Licitações e contratos no Brasil: a visão dos economistas. *In*: SALGADO, Lúcia Helena; FIUZA, Eduardo P. S. (Ed.). **Marcos regulatórios no Brasil**: é tempo de rever regras? Rio de Janeiro: Ipea, 2009.

_____. Desenho institucional em compras públicas. *In*: SALGADO, Lúcia Helena; FIUZA, Eduardo P. S. (Ed.). **Marcos regulatórios no Brasil**: aperfeiçoando a qualidade regulatória. Rio de Janeiro: Ipea. A publicar.

FIUZA, Eduardo P. S.; MEDEIROS, Bernardo Abreu de. **A reforma da Lei nº 8.666/1993 e do arcabouço legal de compras públicas no Brasil**: contribuições do Ipea à consulta pública do Senado. Brasília: Ipea, out. 2013. (Nota Técnica, n. 8). Disponível em: <<http://tinyurl.com/notatecnicaipea08>>.

JUNG, Hojin *et al.* **Strategic bidding and contract renegotiation**. 2013. Mimeografado. Disponível em: <https://editorialexpress.com/cgi-bin/conference/download.cgi?db_name=IIOC2013&paper_id=79>.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e contratos administrativos**. 11. ed. São Paulo: Dialética, 2005.

KLEMPERER, Paul. **Auctions: theory and practice**. Princeton: Princeton University Press, 2004.

KRISHNA, Vijay. **Auction theory**. New York: Elsevier, 2002.

LACAVA, Chiara; ZUCCOLOTTO, Stefania (Ed.). **Public procurement network: public procurement in Europe**. Roma: Istituto Poligrafico e Zecca dello Stato, 2005.

LAMBERT-MOGILIANSKY, Ariane; KOSENOK, Grigory. Fine-tailored for the cartel-favoritism in procurement. **Review of industrial organization**, v. 35, p. 95-121, 2009.

LENGWILER, Yvan; WOLFSTETTER, Elmar. Corruption in procurement auctions. *In*: DIMITRI, N.; PIGA, G.; SPAGNOLO, G. (Ed.). **Handbook of procurement**. Cambridge: Cambridge University Press, 2006.

LEWIS, Gregory; BAJARI, Patrick. **Incentives and adaptation: evidence from highway procurement in Minnesota**. 2011. (NBER Working Paper, n. 17.647).

MILGROM, Paul. **Putting auction theory to work**. New York: Cambridge University Press, 2004.

MILGROM, Paul; ROBERTS, John. **Economics, organization and management**. Englewood Cliffs: Prentice Hall, 1992.

MEIRELLES, Hely L. **Licitação e contrato administrativo**. 10. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1991.

MOREIRA, Heloísa C.; MORAIS, José M. de. **Compras governamentais: políticas e procedimentos na Organização Mundial de Comércio, União Europeia, Nafta, Estados Unidos e Brasil**. Rio de Janeiro: Ipea, 2002. (Texto para Discussão, n. 930).

NASPO – NATIONAL ASSOCIATION OF STATE PURCHASING OFFICES. **2011-2012 Naspo survey of state procurement practices**. Naspo, June 2012. Disponível em: <http://naspo.org/survey/Documents/Zip/FINAL_SummaryReport_2011-2012_Survey_6-28-12.pdf>.

OCDE – ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. **Central public procurement structures and capacity in member states of the European Union**. OECD Publishing, 2007. (Sigma Papers, n. 40). Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1787/5kml60qdqq0n-en>>.

_____. **Public procurement in EU Member States** – the regulation of contract below the EU thresholds and in areas not covered by the detailed rules of the EU directives, OECD Publishing, 2010. (Sigma Papers, n. 45). Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1787/5km91p7s1mxv-en>>.

_____. **Centralised purchasing systems in the European Union**. OECD Publishing, 2011. (Sigma Papers, n. 47). Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1787/5kgkgqv703xw-en>>.

PARLAMENTO EUROPEU; CONSELHO DA UNIÃO EUROPEIA. Directiva 2004/17/CE de 31 de março de 2004. **Jornal oficial da União Europeia**, 30 abr. 2004a, p. 1-113. Disponível em: <<http://tinyurl.com/dir2004-17-CE>>.

_____. Directiva nº 2004/18/CE de 31 de março de 2004. **Jornal oficial da União Europeia**, p. 114-240, 30 abr. 2004b. Disponível em: <<http://tinyurl.com/dir2004-18-CE>>.

PPN – PUBLIC PROCUREMENT NETWORK. **The comparative survey of the national public procurement systems across the PPN**. Roma: PPN, 2010.

PWC; LONDON ECONOMICS; ECORYS. **Public procurement in Europe: cost and effectiveness**. London, Mar. 2011. Disponível em: <<http://tinyurl.com/pjym4p2>>.

STATSKONTORET. **A new public procurement authority**. Stockholm: Statskontoret, 2010. (Summary of the publication En ny upphandlingsmyndighet). Disponível em: <<http://tinyurl.com/k8kzspb>>.

TRANSPARENCY INTERNATIONAL. **A world “built on bribes”?** Corruption in construction bankrupts countries and costs lives, says TI report. Berlin: Transparency International, 16 Mar. 2005. (Press release). Disponível em: <<http://tinyurl.com/TIdownload>>.

UNCITRAL – UNITED NATIONS COMMISSION ON INTERNATIONAL TRADE LAW. **Yearbook of the United Nations Commission on International Trade Law**. 2000. v. XXXI.

UNITED STATES. **Federal Acquisition Regulation (FAR)**. Washington, 2005.

EDITORIAL

Coordenação

Cláudio Passos de Oliveira

Supervisão

Andrea Bossle de Abreu

Revisão

Carlos Eduardo Gonçalves de Melo
Camilla de Miranda Mariath Gomes
Elaine Oliveira Couto
Elisabete de Carvalho Soares
Lucia Duarte Moreira
Luciana Bastos Dias
Luciana Nogueira Duarte
Míriam Nunes da Fonseca
Vivian Barros Volotão Santos (estagiária)

Editoração eletrônica

Roberto das Chagas Campos
Aeromilson Mesquita
Aline Cristine Torres da Silva Martins
Carlos Henrique Santos Vianna
Nathália de Andrade Dias Gonçalves (estagiária)

Capa

Luís Cláudio Cardoso da Silva

Projeto Gráfico

Renato Rodrigues Bueno

*The manuscripts in languages other than
Portuguese published herein have not been proofread.*

Livraria do Ipea

SBS – Quadra 1 – Bloco J – Ed. BNDES, Térreo.
70076-900 – Brasília – DF
Fone: (61) 3315-5336

Correio eletrônico: livraria@ipea.gov.br

Composto em Adobe Garamond Pro 12/16 (texto)
Frutiger 67 Bold Condensed (títulos, gráficos e tabelas)
Impresso em offset 90g/m²
Cartão supremo 250g/m² (capa)
Rio de Janeiro-RJ

Missão do Ipea

Aprimorar as políticas públicas essenciais ao desenvolvimento brasileiro por meio da produção e disseminação de conhecimentos e da assessoria ao Estado nas suas decisões estratégicas.

