

**UNIVERSIDADE DE LISBOA**

**FACULDADE DE DIREITO**



**ESTRATÉGIAS DE PREVENÇÃO À CORRUPÇÃO NAS LICITAÇÕES  
E CONTRATAÇÕES PÚBLICAS**

**FATIMA VIEIRA HENRIQUES**

**ORIENTADORA: PROFESSORA DOUTORA ANA GOUVEIA E FREITAS MARTINS**

Tese especialmente elaborada para a obtenção do grau de Doutor em Direito, na especialidade de  
Ciências Jurídico-Políticas



**ESTRATÉGIAS DE PREVENÇÃO À CORRUPÇÃO NAS LICITAÇÕES  
E CONTRATAÇÕES PÚBLICAS**

**FATIMA VIEIRA HENRIQUES**

**ORIENTADORA: PROFESSORA DOUTORA ANA GOUVEIA E FREITAS MARTINS**

Tese especialmente elaborada para a obtenção do grau de Doutor em Direito, na especialidade de  
Ciências Jurídico-Políticas

Júri:

Presidente:

Doutora Maria João do Rosário Estorninho Pereira da Silva, Professora Catedrática e membro do  
Conselho Científico da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

Vogais:

- Doutor Pedro António Pimenta da Costa Gonçalves, Professor Catedrático  
Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra;
- Doutora Marta Vaz Canavarro Portocarrero de Carvalho, Professora Auxiliar  
Escola do Porto da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa, arguente;
- Doutora Maria João do Rosário Estorninho Pereira da Silva, Professora Catedrática  
Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa;
- Doutora Ana Gouveia Freitas Martins, Professora Auxiliar  
Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Orientadora;
- Doutor Rui Paulo Coutinho Mascarenhas Ataíde, Professor Auxiliar  
Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa;
- Doutor Pedro Abel Amaral Fernández Sánchez, Professor Auxiliar  
Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, arguente.

Para Eduardo.

## – RESUMO –

Entre as atividades governamentais, poucas são tão vulneráveis à corrupção quanto as licitações e contratos destinados às aquisições públicas. A conjugação entre valores vultosos, decisões politicamente motivadas e proximidade entre os setores público e privado proporciona ampla oportunidade para que gestores inescrupulosos se apropriem de recursos estatais. Grandes escândalos da história recente do Brasil, como aquele revelados pela Operação Lava Jato, são a face mais visível de um cenário trágico, em que quase dois terços das empresas contratadas pelo poder público admitem receber solicitações de vantagens indevidas.

A presente tese tem por objetivo analisar diferentes estratégias preventivas à corrupção nas aquisições governamentais. Para tanto, propõe reformas ao sistema legal e institucional brasileiro, com o intuito de reduzir as oportunidades de malversação de recursos públicos.

Os modelos teóricos da teoria da agência e da ação coletiva servirão de ponto de partida, que possibilitará a compreensão do fenômeno da corrupção, a identificação de suas formas de manifestação, sua correlação com as fragilidades institucionais detectadas na realidade do país e a definição de estratégias de prevenção. Mais adiante, por meio da utilização de conceitos da Análise Econômica do Direito, examinar-se-á em que medida uma reforma da legislação administrativa que altere o sistema de incentivos vigente pode dissuadir agentes públicos e atores econômicos da prática de atos de corrupção. Tais conceitos serão aplicados ao sistema de aquisições públicas no terceiro capítulo, que buscará identificar os fatores de incentivo à corrupção tanto sob a perspectiva da Administração quanto do setor privado.

A partir da propositura de linhas estratégicas para orientar uma possível reforma legislativa anticorrupção, passar-se-á à identificação das etapas do processo licitatório mais vulneráveis a comportamentos oportunistas. Para além

da exposição dos regramentos existentes, buscar-se-á descrever em que medida a legislação brasileira sobre licitações e contratos públicos incentiva a prática da corrupção. Na sequência, a tese se dedicará a traçar uma comparação com a regulação das contratações públicas em Portugal e nos Estados Unidos, a fim de aferir como tais países enfrentam as oportunidades de corrupção anteriormente identificadas. Finalmente, serão apresentadas propostas de reforma concretas, no intuito de contribuir para o debate anticorrupção no sistema brasileiro de licitações e contratos.

PALAVRAS-CHAVE: Licitações. Contratos Públicos. Corrupção. Incentivos. Reforma legislativa.

– ABSTRACT –

Among government activities, few are as prone to corruption as public procurement and contracting. The combination of high-cost projects, politically motivated decisions and proximity between the public and private sector provide ample opportunity for unethical agents interested in stealing public funds. Major scandals in Brazil's recent history, such as those revealed by Operation Lava Jato, are the most visible aspect of a widespread plague, as nearly two-thirds of the firms that contract with the government admit receiving requests for bribes.

This paper aims to develop strategies to prevent corruption in public procurement and contracting, by proposing reforms to the Brazilian legal and institutional system, specifically intended to reduce opportunities for the misappropriation of public resources.

Initially, the principal-agent and collective action models will serve as a basis for understanding the phenomenon of corruption and identifying strategies to curb it. The several forms by which corruption presents itself will also be examined, as their correlation with the institutional weaknesses identified in Brazil. Next, the analysis of Law and Economy concepts will attempt to determine the extent to which administrative law reform could deter government agents and private firms from practicing corrupt acts, by changing their incentives. These ideas will be applied to the public procurement and contracting regulation in the third chapter, which seeks to identify the factors that encourage corruption both from the perspective of both government agents and private firms.

After proposing strategic goals to guide an anti-corruption legal reform, the fourth chapter shall focus on the stages of the procurement process which are most vulnerable to opportunistic behavior. In addition to exposing the current laws, it shall attempt to describe the extent to which corruption is encouraged by Brazil's regulation of public procurement and contracting. Next,

a comparison will be drawn with the regulation of public contracting in Portugal and the United States, in order to assess how the previously identified opportunities for corruption are dealt with under such legal systems. Finally, specific proposals will be presented for the implementation of an anti-corruption reform in Brazil's regulation of public procurement and contracting.

KEYWORDS: Procurement. Government Contracts. Corruption. Incentives. Legal reform.

## – ÍNDICE –

|                                                                                                                               |     |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| – INTRODUÇÃO – .....                                                                                                          | 14  |
| – CAPÍTULO I – CORRUPÇÃO: ANÁLISE TEÓRICA E PANORAMA BRASILEIRO ..                                                            | 27  |
| 1. Definição: delimitação da noção de corrupção .....                                                                         | 27  |
| 2. Nocividade: danos causados pela corrupção.....                                                                             | 32  |
| 2.1. A corrupção é prejudicial .....                                                                                          | 32  |
| 2.2. Danos econômicos .....                                                                                                   | 37  |
| 2.3. Danos à legitimidade democrática .....                                                                                   | 44  |
| 3. Medição: Como Mensurar a Corrupção .....                                                                                   | 48  |
| 4. Classificações: Critérios Classificatórios da Corrupção.....                                                               | 51  |
| 4.1. Corrupção Burocrática e Corrupção Política .....                                                                         | 51  |
| 4.2. Corrupção Baseada em Apropriação (Burocrática ou Política) e Corrupção Baseada em Trocas (Burocrática ou Política) ..... | 53  |
| 4.3. Corrupção Oportunista e Corrupção Sistêmica .....                                                                        | 57  |
| 5. Modelos Teóricos: Diferentes Teorias e sua Aplicação Prática .....                                                         | 64  |
| 5.1. A corrupção individualizada como um problema agente-principal.....                                                       | 65  |
| 5.1.1. Estratégias de controle de corrupção no modelo agente-principal .....                                                  | 67  |
| 5.1.2. Deficiências de <i>accountability</i> no modelo agente-principal .....                                                 | 72  |
| 5.2. A corrupção enquanto problema estrutural: o modelo de ação coletiva .....                                                | 76  |
| 5.2.1. Estratégias de combate à corrupção no modelo de ação coletiva .....                                                    | 83  |
| 5.3. Complementaridade dos modelos .....                                                                                      | 89  |
| 6. Sintomas ou Síndromes da Corrupção .....                                                                                   | 91  |
| 7. A corrupção no Brasil .....                                                                                                | 96  |
| 7.1. Panorama.....                                                                                                            | 96  |
| 7.2. Enquadramento do Brasil nos Sintomas/Síndromes de Corrupção .....                                                        | 104 |
| 7.3. Combate à corrupção no Brasil: reforços institucionais .....                                                             | 105 |
| 7.4. Combate à corrupção no Brasil: fragilidades institucionais.....                                                          | 107 |
| 8. Controle da corrupção: um objetivo alcançável .....                                                                        | 114 |
| – CAPÍTULO II – A REFORMA LEGISLATIVA COMO ESTRATÉGIA DE DESENVOLVIMENTO INSTITUCIONAL .....                                  | 121 |
| 1. A lei como sistema de incentivos na teoria econômica .....                                                                 | 121 |



|                                                                                                             |         |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------|---------|
| 2. A teoria da escolha pública: como desvendar os incentivos dos agentes públicos .....                     | 130     |
| 3. A Nova Economia Institucional e os custos decorrentes da incerteza .....                                 | 136     |
| 4. A natureza e função das instituições .....                                                               | 143     |
| 5. O desenvolvimento institucional segundo Douglass C. North .....                                          | 150     |
| 6. Riscos associados à reforma legislativa .....                                                            | 155     |
| 7. Condições para uma reforma legislativa eficaz.....                                                       | 161     |
| <br>– CAPÍTULO III – VULNERABILIDADE À CORRUPÇÃO NAS LICITAÇÕES E<br>CONTRATOS PÚBLICOS .....               | <br>169 |
| 1. Relevância das licitações.....                                                                           | 169     |
| 2. Objetivos da licitação.....                                                                              | 173     |
| 2.1 Vantajosidade .....                                                                                     | 175     |
| 2.2 Tratamento isonômico.....                                                                               | 182     |
| 2.3 Integridade .....                                                                                       | 184     |
| 2.4 Objetivos secundários .....                                                                             | 188     |
| 2.5 Correlação entre os objetivos .....                                                                     | 190     |
| 3. A análise econômica da licitação sob múltiplas perspectivas.....                                         | 194     |
| 3.1. A perspectiva do Estado enquanto adquirente .....                                                      | 196     |
| 3.1.1. Assimetria de informações sob a perspectiva do Estado .....                                          | 197     |
| 3.1.2. Concentração de poder de mercado.....                                                                | 199     |
| 3.1.3. Custos de transação suportados pelo Estado .....                                                     | 203     |
| 3.1.4. Comportamentos oportunistas em detrimento do Estado.....                                             | 205     |
| 3.2. A perspectiva das empresas fornecedoras .....                                                          | 208     |
| 3.2.1. Assimetria de informações sob a perspectiva das empresas .....                                       | 208     |
| 3.2.2. Concentração de poder de mercado por intervenção estatal .....                                       | 209     |
| 3.2.3. Custos de transação suportados pelas empresas .....                                                  | 211     |
| 3.2.4. Comportamentos oportunistas em detrimento das empresas.....                                          | 216     |
| 3.3. A perspectiva dos cidadãos .....                                                                       | 217     |
| 3.3.1 A relação agente-principal .....                                                                      | 217     |
| 3.3.2. Assimetria de informações sob a perspectiva dos cidadãos.....                                        | 220     |
| 3.3.2. Comportamentos oportunistas em detrimento dos cidadãos .....                                         | 222     |
| 4. Comportamentos oportunistas e modalidades de corrupção .....                                             | 228     |
| 5. Potencial efetividade da reforma do sistema licitatório no combate à corrupção                           | 232     |
| 6. Linhas estratégicas para uma reforma anticorrupção no sistema de licitações e<br>contratos públicos..... | 237     |
| 6.1. Dispersão do poder decisório (1ª linha estratégica).....                                               | 238     |

|                                                                                                                                                |         |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|---------|
| 6.2. Redução da assimetria de informações entre <i>outsiders</i> e <i>insiders</i> (2ª linha estratégica).....                                 | 239     |
| 6.3. Incentivos à fiscalização (3ª linha estratégica) .....                                                                                    | 240     |
| 6.4. Desincentivos a comportamentos oportunistas (4ª linha estratégica).....                                                                   | 241     |
| 6.5. Ampliação das oportunidades de participação (5ª linha estratégica).....                                                                   | 242     |
| 6.6. Despersonalização da atuação do agente público (6ª linha estratégica) .....                                                               | 243     |
| 6.7. Redução da assimetria na distribuição dos custos de transação (7ª linha estratégica).....                                                 | 245     |
| 6.8. Desestímulo à colusão (8ª linha estratégica) .....                                                                                        | 246     |
| 6.9. A eficiência econômica como contraponto às linhas estratégicas.....                                                                       | 247     |
| 7. Topografia das oportunidades para corrupção .....                                                                                           | 249     |
| <br>– CAPÍTULO IV – OPORTUNIDADES PARA CORRUPÇÃO NO SISTEMA<br>BRASILEIRO DE LICITAÇÕES E CONTRATOS PÚBLICOS .....                             | <br>254 |
| 1. Brevíssima Introdução.....                                                                                                                  | 254     |
| 2. Panorama legislativo .....                                                                                                                  | 254     |
| 2.1. A Lei Geral de Licitações (Lei nº 8.666/93) .....                                                                                         | 256     |
| 2.2. Lei do Pregão (Lei nº 10.520/2002) .....                                                                                                  | 258     |
| 2.3. Regime Diferenciado de Contratação (Lei nº 12.462/2011) .....                                                                             | 264     |
| 2.4. Nova Lei de Licitações e Contratos (Lei nº 14.133/2021) .....                                                                             | 267     |
| 3. Planejamento da licitação .....                                                                                                             | 269     |
| 4. Definição do objeto .....                                                                                                                   | 271     |
| 5. Estimativa do valor.....                                                                                                                    | 280     |
| 6. Requisitos de qualificação .....                                                                                                            | 286     |
| 7. Modalidade de licitação.....                                                                                                                | 292     |
| 8. Regime de execução.....                                                                                                                     | 303     |
| 9. Critérios de julgamento .....                                                                                                               | 314     |
| 10. Órgãos decisórios e revisionais.....                                                                                                       | 323     |
| 11. Contratação direta .....                                                                                                                   | 328     |
| 11.1. Inexigibilidade.....                                                                                                                     | 333     |
| 11.2. Dispensa emergencial .....                                                                                                               | 337     |
| 11.3. Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIP),<br>Organizações Sociais (OS) e Organizações da Sociedade Civil (OSC) ..... | 341     |
| 11.4. Aspectos procedimentais da contratação direta.....                                                                                       | 360     |
| 12. Adesão a registro de preço .....                                                                                                           | 366     |
| 13. Execução contratual .....                                                                                                                  | 370     |
| 13.1. Fiscalização .....                                                                                                                       | 372     |
| 13.2. Pagamento .....                                                                                                                          | 377     |

|                                                                                          |     |
|------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 14. Cláusulas Exorbitantes/Mecanismos de Solução de Conflitos.....                       | 383 |
| 15. Alterações contratuais.....                                                          | 388 |
| 15.1. Modificações quantitativas e qualitativas.....                                     | 388 |
| 15.2. Prorrogação.....                                                                   | 394 |
| – CAPÍTULO V – OUTROS SISTEMAS DE LICITAÇÕES E CONTRATOS PÚBLICOS:                       |     |
| PORTUGAL E ESTADOS UNIDOS .....                                                          | 398 |
| 1. Portugal .....                                                                        | 398 |
| 1.1. Panorama Legislativo.....                                                           | 398 |
| 1.2. Fase Preparatória do Procedimento de Adjudicação .....                              | 412 |
| 1.2.1. Decisões Iniciais .....                                                           | 412 |
| 1.2.2. Definição do Objeto: Valor do Contrato e Preço Base .....                         | 419 |
| 1.2.3. Definição do Objeto: Especificações Técnicas.....                                 | 425 |
| 1.3. Requisitos de Participação.....                                                     | 428 |
| 1.4. Critérios de julgamento .....                                                       | 442 |
| 1.5. Espécies de Procedimentos.....                                                      | 445 |
| 1.5.1. Visão Geral.....                                                                  | 445 |
| 1.5.2. Ajuste Direto.....                                                                | 447 |
| 1.5.2.1. Critérios para sua adoção.....                                                  | 447 |
| 1.5.2.2. Tramitação .....                                                                | 451 |
| 1.5.3. Consulta Prévia.....                                                              | 456 |
| 1.5.3.1. Critérios para sua adoção.....                                                  | 456 |
| 1.5.3.2. Tramitação .....                                                                | 459 |
| 1.5.4. Concurso Público .....                                                            | 462 |
| 1.5.4.1. Critérios para sua adoção.....                                                  | 462 |
| 1.5.4.2. Tramitação .....                                                                | 464 |
| 1.5.5. Concurso Limitado por Prévia Qualificação .....                                   | 466 |
| 1.5.5.1. Critérios para sua adoção.....                                                  | 466 |
| 1.5.4.2. Tramitação .....                                                                | 467 |
| 1.5.6. Procedimento de Negociação, Diálogo Concorrencial e Parceria para a Inovação..... | 468 |
| 1.5.6.1. Critérios para sua adoção.....                                                  | 468 |
| 1.5.6.2. Tramitação .....                                                                | 470 |
| 1.6. Publicidade .....                                                                   | 473 |
| 1.7. Contratações Agregadas e Centralizadas .....                                        | 476 |
| 1.7.1. Agrupamento de Entidades Adjudicantes .....                                       | 476 |
| 1.7.2. Centrais de Compras .....                                                         | 478 |

|                                                                                                                                                        |            |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------|
| 1.7.3. Acordos-Quadro .....                                                                                                                            | 483        |
| 1.7.4. Sistemas de Aquisição Dinâmicos.....                                                                                                            | 490        |
| 1.9 Órgãos decisórios .....                                                                                                                            | 494        |
| 1.10. Sistema de Revisão .....                                                                                                                         | 495        |
| 1.11. Modificações Contratuais Objetivas .....                                                                                                         | 496        |
| 2. Estados Unidos da América .....                                                                                                                     | 510        |
| 2.1. Panorama Legislativo-Institucional .....                                                                                                          | 510        |
| 2.2. A Reforma do Sistema de Compras Públicas .....                                                                                                    | 514        |
| 2.3. Planejamento da Compra Pública.....                                                                                                               | 518        |
| 2.4. Definição do Objeto .....                                                                                                                         | 518        |
| 2.5. Requisitos de Qualificação e Capacidade .....                                                                                                     | 521        |
| 2.6. Publicidade .....                                                                                                                                 | 523        |
| 2.7. Contratações Centralizadas.....                                                                                                                   | 524        |
| 2.8. Procedimentos Não Competitivos.....                                                                                                               | 527        |
| 2.9. Procedimentos Competitivos .....                                                                                                                  | 532        |
| 2.10. Execução Contratual.....                                                                                                                         | 542        |
| 2.11. Sistema de Revisão .....                                                                                                                         | 544        |
| 2.12. Mecanismos de Defesa da Integridade.....                                                                                                         | 548        |
| 2.13. Lições do Sistema .....                                                                                                                          | 552        |
| <b>– CAPÍTULO VI – PROPOSTAS PARA UMA ESTRATÉGIA ANTICORRUPÇÃO NO SISTEMA DE LICITAÇÕES E CONTRATOS PÚBLICOS.....</b>                                  | <b>556</b> |
| 1. Considerações iniciais .....                                                                                                                        | 556        |
| 2. Estratégias Anticorrupção: Propostas Específicas .....                                                                                              | 566        |
| 2.1. Obrigatoriedade do plano anual de contratações dos órgãos públicos (proposta nº 1) .....                                                          | 566        |
| 2.2. Regulação dos contatos mantidos entre órgãos adjudicantes e empresas do mercado, em momento anterior à publicação do edital (proposta nº 2) ..... | 567        |
| 2.3. Prevalência de características funcionais sobre especificações descritivas do objeto licitado (proposta nº 3).....                                | 571        |
| 2.4. Restrições ao orçamento sigiloso (proposta nº4) .....                                                                                             | 573        |
| 2.5. Restrição à pesquisa de preços por consulta direta a fornecedores (proposta nº 5) .....                                                           | 576        |
| 2.6. Substituição de requisitos de qualificação técnica por garantias de desempenho (proposta nº 6) .....                                              | 578        |
| 2.7. Restrição ao exame prévio dos critérios de habilitação (proposta nº 7) .....                                                                      | 583        |
| 2.8. Abolição das licitações presenciais (proposta nº 8) .....                                                                                         | 586        |

|                                                                                                                             |     |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 2.9. Restrições à adoção da contratação integrada e semi-integrada (proposta nº 9) .....                                    | 589 |
| 2.10. Preferência por critérios de julgamento verificáveis e quantificáveis (proposta nº 10) .....                          | 595 |
| 2.11. Profissionalização dos agentes de contratação (proposta nº 11).....                                                   | 600 |
| 2.12. Submissão a órgão colegiado independente das impugnações e recursos no processo licitatório (proposta nº 12) .....    | 606 |
| 2.13. Vedar a dispensa de licitação por emergência ficta (proposta nº 13) .....                                             | 614 |
| 2.14. Reformulação do modelo de contratação de organizações sociais (proposta nº 14) .....                                  | 622 |
| 2.15. Restrições à adesão no sistema de registro de preços (Proposta nº 15) ...                                             | 635 |
| 2.16. Aumento da transparência na etapa pós-contratual (Proposta nº 16) .....                                               | 654 |
| 2.17. Criação de mecanismos efetivos para assegurar a observância da ordem cronológica de pagamentos (proposta nº 17) ..... | 659 |
| 2.18. Submissão das modificações contratuais a conselho recursal independente (Proposta nº 18).....                         | 664 |
| 2.19. Revisão dos limites de vigência contratual (Proposta nº 19).....                                                      | 680 |
| – REFERÊNCIAS –.....                                                                                                        | 688 |

“Like illness, corruption will always be with us. But as this sad fact does not keep us from attempting to reduce disease, neither should it paralyze efforts to reduce corruption. Corruption involves questions of degree. Countries and agencies have more and less corruption, and various kinds of illicit behavior are more and less harmful. We can do better in controlling corruption.”

Robert Klitgaard (*Controlling Corruption*. Berkeley and Los Angeles: University of California Press, 1988 p. 7)

## – INTRODUÇÃO –

No dia 20 de junho de 2013, aproximadamente 1,4 milhão de pessoas foram às ruas de 130 cidades brasileiras, no contexto de uma série de manifestações populares como há muito não se via no país.<sup>3</sup> Se os protestos – organizados através de redes sociais, à margem da liderança tradicional de sindicatos e partidos políticos – tiveram como mote inicial a majoração das tarifas de transporte público por ônibus, sua pauta alargou-se, para abranger queixas à baixa qualidade dos serviços públicos em geral e reivindicações em favor de medidas efetivas contra a corrupção.<sup>4</sup>

Como pano de fundo dessas manifestações havia um sentimento generalizado de revolta contra a política profissional e os governantes de então, que, repetindo uma vez mais a história, investiam recursos públicos de forma a um só tempo ineficiente e desonesta. A despeito da baixa qualidade dos serviços públicos oferecidos à população, União e Estados, a pretexto de saldar compromissos assumidos junto à Federação Internacional de Futebol (FIFA) quando da escolha do Brasil como sede da Copa do Mundo de 2014, despenderam R\$ 8,33 bilhões com a reforma e construção de modernos estádios de futebol.<sup>5</sup> Nas ruas, exigia-se, então, a aplicação do assim

---

<sup>3</sup> Para o relato jornalístico dos protestos, veja-se <<https://acervo.oglobo.globo.com/fatos-historicos/o-brasil-foi-as-ruas-em-junho-de-2013-12500090#ixzz5fVAXJrel>>, acesso em 14/02/2020.

<sup>4</sup> Algumas destas reivindicações seriam sintetizadas em um vídeo viral atribuído ao coletivo *Anonymous Brasil*, em que se elencavam “cinco causas” para as manifestações, a saber: 1) a rejeição ao Projeto de Emenda Constitucional nº 37, que vedaria a realização de investigações pelo Ministério Público; 2) a renúncia imediata do então Presidente do Senado Federal, envolvido em escândalos de corrupção; 3) a investigação e punição de irregularidades nas obras da Copa do Mundo de 2014; 4) a aprovação de lei que tornasse a corrupção crime hediondo; e 5) o fim da prerrogativa de foro, que atribuía a instâncias judiciais superiores a competência para julgar crimes praticados por ocupantes de cargos eletivos. Em 24 (vinte e quatro) horas, o vídeo obteve mais de 1 (um) milhão de visualizações (cf. <[https://pt.wikipedia.org/wiki/Jornadas\\_de\\_Junho](https://pt.wikipedia.org/wiki/Jornadas_de_Junho)>, acesso em 14/02/2020).

<sup>5</sup> Segundo dados oficiais do Ministério do Esporte, o maior volume de gastos públicos ocorreu na reforma dos Estádios Mané Garrincha, no Distrito Federal (R\$ 1,4 bilhão), e Maracanã, no Rio de Janeiro (R\$ 1,14 bilhão), bem como na construção da Arena Corinthians, em São Paulo (R\$ 1,08 bilhão).

alcançado “padrão FIFA” também aos serviços públicos de saúde, educação e transporte.

Posteriormente, em 14 de novembro de 2014, foi deflagrada a “Operação Juízo Final”, sétima fase da “Operação Lava Jato”, em que Ministério Público Federal e Polícia Federal cumpriram mandados de prisão contra alguns dos executivos das maiores empresas de engenharia do país.<sup>6</sup> As investigações da “Operação Lava Jato” – que, em seu nascedouro, datado de março de 2014, perscrutavam tão somente uma suspeita banal de branqueamento de capitais – revelaram a atuação sistemática de intrincada organização criminosa nas contratações de maior vulto realizadas pela Petrobras S.A., importante empresa estatal do setor de petróleo e gás natural. Parte de seus dirigentes, assim como os agentes políticos que os haviam indicado para o exercício das funções diretivas, recebiam pagamentos habituais consideráveis, a fim de favorecer as maiores empreiteiras do país, organizadas em cartel.<sup>7</sup> A descoberta de esquema de corrupção de tamanha dimensão – seja quanto às somas que movimentava, seja quanto à importância das personagens envolvidas – acabou por reforçar o sentimento já reinante de desilusão com as práticas políticas tradicionais e, colateralmente, por emprestar às instituições judiciais protagonismo inaudito.

Passados mais dois anos, tais realidades – é dizer, a insatisfação popular com o direcionamento de recursos públicos à realização da Copa do Mundo, de um lado, e as investigações das relações promíscuas das empreiteiras com agentes públicos e políticos, de outro – viriam finalmente a convergir. Em 17 de novembro de 2016, no âmbito da “Operação Calicute” – também desdobramento da “Operação Lava Jato” –, Sergio Cabral, ex-Governador do Estado do Rio de Janeiro, teve sua prisão cautelar decretada. Conforme consta da denúncia oferecida pelo Ministério Público Federal, o

---

<sup>6</sup> Notadamente, OAS Engenharia, Construtora Camargo Corrêa, UTC Engenharia, Engevix e Construtora Queiroz e Galvão. Em 19 de junho de 2015, em outra fase da “Operação Lava Jato”, denominada “Operação *Erga Omnes*”, o ciclo seria completado, com a prisão de executivos das empreiteiras Odebrecht e Andrade Gutierrez.

<sup>7</sup> Os pagamentos de suborno sobre os contratos nas diversas diretorias da Petrobras S.A. eram direcionados a políticos diversos, em decorrência da partilha dos órgãos estatais entre partidos da base de sustentação parlamentar do governo.



cartel das grandes empreiteiras partilhou antecipadamente as principais obras de engenharia destinadas à Copa do Mundo, cuja realização haveria de ser objeto de contratação futura.<sup>8</sup> Uma vez concretizada a divisão, as empresas integrantes da concertação às quais coube a reforma do Estádio Maracanã consentiram em pagar a Cabral vantagem ilícita equivalente a 5% do valor final do contrato – expediente que se repetiu em outras obras financiadas com recursos federais. Não surpreende que, orçada inicialmente em R\$ 720 milhões, após uma sucessão de 16 aditivos contratuais, a reforma do icônico estádio tenha acabado por custar R\$ 1,14 bilhão.<sup>9</sup>

As múltiplas condenações do ex-Governador do Estado do Rio de Janeiro, bem como a manutenção de sua prisão, são exemplares. Da mesma forma, as punições sofridas pelas empresas corruptoras e seus dirigentes. Entretanto, Cabral é apenas um de tantos outros agentes políticos, em todos os níveis da Federação, a pautar os investimentos públicos de acordo com o retorno financeiro ilícito que podem gerar para si e suas campanhas eleitorais. O consórcio de empresas responsável pela reforma do Maracanã, por sua vez, é um dos muitos agentes econômicos brasileiros a utilizar o oferecimento de vantagens indevidas como método sistemático de obtenção ou manutenção de negócios lucrativos junto à Administração Pública.

A despeito das centenas de condenações criminais de agentes políticos e empresários poderosos obtidas a partir da “Operação Lava Jato”<sup>10</sup> – de certo a maior investigação de crimes de corrupção levada a cabo no Brasil e uma

---

<sup>8</sup> Confira-se <[http://www.mpf.mp.br/rj/sala-de-imprensa/docs/pr-rj/DENUNCIA\\_CALICUTE.pdf](http://www.mpf.mp.br/rj/sala-de-imprensa/docs/pr-rj/DENUNCIA_CALICUTE.pdf)>, acesso em 14/02/2020.

<sup>9</sup> Conforme a petição inicial de ação civil pública proposta pelo Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, disponível em <<http://www.mprj.mp.br/documents/20184/244629/ACP-INICIAL-MARACANA-IC-2011-00047580-OBRA-COPA-2014.pdf>>, acesso em 15/02/2020.

<sup>10</sup> Ao cabo de sete anos, os desdobramentos da “Operação Lava Jato” resultaram em aproximadamente 290 (duzentas e noventa) denúncias criminais, 360 (trezentas e sessenta) condenações em primeira e segunda instâncias, 28 (vinte e oito) acordos de leniência e 580 (quinhentos e oitenta) acordos de colaboração, que redundaram em previstos 20 (vinte) bilhões de reais em multas, segundo o sítio oficial do Ministério Público Federal (cf. <<http://www.mpf.mp.br/grandes-casos/lava-jato/resultados>>, acesso em 15/06/2021). Para um resumo das 79 (setenta e nove) fases da operação, como também de seu encadeamento no tempo, vide <<http://www.mpf.mp.br/grandes-casos/lava-jato/linha-do-tempo>>, acesso em 15/06/2021.

das maiores do mundo<sup>11</sup> –, os níveis de percepção da corrupção aferidos no país não foram significativamente reduzidos. Ao revés, a avaliação realizada pela Transparência Internacional – consubstanciada no Índice de Percepção da Corrupção (IPC) – detectou progressiva deterioração e posterior estagnação em níveis medíocres desde 2014, ano em que a “Operação Lava Jato” foi deflagrada.<sup>12</sup>

Ao desvelar as vastas redes de corrupção que envolviam algumas das maiores empresas brasileiras e os principais detentores do poder político no país<sup>13</sup> – identificados às mais diversas ideologias, diga-se –, a “Operação Lava Jato” acabou por confirmar uma impressão comum tanto a cientistas políticos quanto a cidadãos médios: a corrupção na Administração Pública brasileira não é resultado de desvios de conduta individuais ou pontuais. É, isto sim, fenômeno institucionalizado, intrínseco à lógica que sempre permeou as relações existentes entre a maioria dos representantes do poder público e parte significativa dos agentes econômicos com a qual mantém contratos.<sup>14</sup> Diante de tal constatação, aprofundou-se o descrédito geral na política tradicional, ao

---

<sup>11</sup> Veja-se <<https://www.theguardian.com/world/2017/jun/01/brazil-operation-car-wash-is-this-the-biggest-corruption-scandal-in-history>>, acesso em 15/02/2020.

<sup>12</sup> De acordo com o Índice de Percepção da Corrupção, elaborado pela Transparência Internacional, em 2014, o Brasil obteve 43 pontos; já em 2015, caiu para 38. Em 2016, chegou a 40 pontos, para voltar ao patamar de 38 (trinta e oito) em 2017 e cair para 35 em 2018 e 2019. Na última aferição, atinente a 2020, o Brasil retornou a 38, permanecendo aquém da média regional para a América Latina e Caribe. Como no ano anterior, Dinamarca e Nova Zelândia dividiram a primeira posição em 2020, agora com 88 pontos. Para tais e outros dados, confira-se <<https://transparenciainternacional.org.br/ipc/>>, acesso em 15/06/2021.

<sup>13</sup> Dois ex-Presidentes da República e um ex-Presidente da Câmara dos Deputados foram denunciados e presos em razão de desdobramentos da “Operação Lava Jato”; outrossim, dezenas de Deputados e Senadores foram citados por executivos das empreiteiras em sede de delações premiadas.

<sup>14</sup> No ponto, por seu didatismo, destaca-se trecho do Termo de Colaboração nº 01, firmado com a Procuradoria-Geral da República por José Sérgio de Oliveira Machado, ex-Presidente da Transpetro S.A., empresa subsidiária da Petrobras: “(...) desde 1946 o sistema funciona com três instâncias: 1) políticos indicam pessoas para cargos em empresas estatais e órgãos públicos e querem o maior volume possível de recursos ilícitos, tanto para campanhas eleitorais quanto para outras finalidades; 2) empresas querem contratos e projetos e, neles, as maiores vantagens possíveis, inclusive por meio de aditivos contratuais; 3) gestores de empresas estatais têm duas necessidades, uma a de bem administrar a empresa e outra a de arrecadar propina para os políticos que os indicaram; que o depoente, como presidente da Transpetro, administrava com duas diretrizes: extrair o máximo possível de eficiência das empresas contratadas pela estatal, tanto em qualidade quanto em preço, e extrair o máximo possível de recursos ilícitos para repassar aos políticos que o garantiam no cargo” (cf. página 42 da Petição nº 6.138/DF, em tramitação junto ao Supremo Tribunal Federal, presentemente sob a relatoria do Ministro Edson Fachin).

passo que proliferou a crença de que às forças judiciárias – aí compreendido também o Ministério Público – caberia expurgar os corruptos e promover a renovação das práticas políticas.<sup>15</sup>

Sob pressão dos protestos populares de 2013, o Congresso Nacional rejeitou a Proposta de Emenda Constitucional nº 37, que retiraria o poder investigatório do Ministério Público, e aprovou as Leis nº 12.846/2013 e 12.850/2013. A primeira instituiu a responsabilização objetiva cível e administrativa das pessoas jurídicas envolvidas em atos de corrupção; a segunda criou o tipo penal de organização criminosa e ampliou os meios de investigação, introduzindo a colaboração premiada. Mais adiante, sob o influxo das revelações trazidas à luz pela “Operação Lava Jato”, mais de 2 (dois) milhões de assinaturas foram coletadas em apoio a documento elaborado pelo Ministério Público Federal intitulado “Dez Medidas Contra a Corrupção”, que advogava a promoção de mudanças legislativas ainda mais impactantes, com a redução do tempo de tramitação dos processos penais e civis e a responsabilização de partidos políticos.<sup>16</sup>

Quando o documento chegou ao Poder Legislativo sob o formato de projeto de lei de iniciativa popular, entretanto, enfrentou forte reação contrária de parcela significativa dos Deputados Federais, que nele introduziram emendas tendentes à responsabilização de magistrados e membros do Ministério Público por possíveis abusos de autoridade. Diante da inclusão de matéria estranha àquela que fora objeto da mobilização popular, o Projeto de Lei nº 4.850/2016 acabou por ter sua tramitação atalhada pelo Supremo

---

<sup>15</sup> Para uma análise mais detalhada do fenômeno, confira-se LYNCH, Christian Edward Cyril. *Ascensão, fastígio e declínio da Revolução Judiciária*, disponível no endereço eletrônico <[https://www.researchgate.net/publication/322909688\\_Ascensao\\_fastigio\\_e\\_declinio\\_da\\_Revolucao\\_Judiciaria](https://www.researchgate.net/publication/322909688_Ascensao_fastigio_e_declinio_da_Revolucao_Judiciaria)>, acesso em 16/06/2021.

<sup>16</sup> Em sua proposta original, as “Dez Medidas Contra a Corrupção” consistiam em propostas de alteração legislativa, sintetizadas nos seguintes eixos: i) prevenção à corrupção; ii) criminalização do enriquecimento ilícito; iii) aumento de penas; iv) rapidez no julgamento de recursos; v) celeridade na tramitação de ações de improbidade administrativa; vi) reforma do sistema de prescrição penal; vii) ajustes nas nulidades penais; viii) responsabilização dos partidos políticos; ix) prisão preventiva; e x) recuperação do lucro derivado do crime.

Tribunal Federal, ao argumento de violação aos preceitos democrático e do devido processo legislativo constitucional.<sup>17</sup>

Anos mais tarde, em 24 de dezembro de 2019, veio à luz a Lei nº 13.964, resultado da aprovação parcial do denominado “Projeto de Lei Anticrime”, redigido sob a chancela do então Ministro da Justiça e da Segurança Pública.<sup>18</sup> Naquilo que mais dizia com o combate à corrupção, o projeto original previa a ampliação das hipóteses de perda dos bens amealhados pelo condenado, bem como o regime inicial fechado para o cumprimento de pena privativa de liberdade em caso de peculato, corrupção passiva e corrupção ativa. Se a primeira providência redundou na introdução do artigo 91-A no Código Penal, a segunda não sobreviveu aos muitos recortes que se fizeram necessários para viabilizar a aprovação da norma pelo Poder Legislativo.

À similitude da quase totalidade do debate jurídico que se desenvolve no Brasil acerca do combate à corrupção, as iniciativas legislativas que se vem de historiar centraram-se primordialmente na repressão à conduta ilícita. Não há dúvida quanto à premência da redução dos níveis de impunidade no caso de condutas de agentes públicos e privados que recebem e oferecem vantagens ilícitas, seja por meio de procedimentos mais eficientes de apuração dos fatos e aplicação da lei, seja através da cominação de sanções mais graves e proporcionais à seriedade dos delitos. Contudo, para além do incremento da

---

<sup>17</sup> “No que diz respeito à Emenda de Plenário (EMP) nº 4, aprovada pela Câmara dos Deputados para acrescentar ao PL nº 4.850/2016 os artigos 8º e 9º, que tratam de crimes de abuso de autoridade de Magistrados e Membros do Ministério Público, para além de desnaturação da essência da proposta popular destinada ao combate à corrupção, houve preocupante atuação parlamentar contrária a esse desiderato, cujo alcance não prescinde da absoluta independência funcional de julgadores e acusadores.” (trecho da decisão monocrática proferida em 14/12/2016 pelo Ministro Luiz Fux em sede de Medida Cautelar no Mandado de Segurança nº 34.530/DF).

<sup>18</sup> Sergio Fernando Moro foi juiz titular da 13ª Vara Federal de Curitiba e, nessa condição, responsável pelo processo e julgamento dos feitos atinentes à “Operação Lava Jato” que tramitavam na Seção Judiciária do Estado do Paraná. Sua breve passagem pelo Ministério da Justiça e da Segurança Pública teve fim em 24 de abril de 2020, quando pediu exoneração do cargo, ao argumento de que o Presidente da República Jair Messias Bolsonaro teria tentado intervir na atuação da Polícia Federal, com o intuito de manietar investigações anticorrupção de seu interesse. No pleito eleitoral de 2022, apoiou entusiasticamente a candidatura à reeleição de Bolsonaro e foi eleito Senador com expressiva votação.

atividade repressiva, o combate à corrupção deve ser objeto de reflexão também sob o prisma da prevenção.

A necessidade de enfatizar estratégias de prevenção à corrupção revela-se ainda mais acertada diante do recente ocaso da “Operação Lava Jato”. O amplo apoio de que gozou à partida, manifestado tanto pela Procuradoria-Geral da República quanto pelo Supremo Tribunal Federal, esmaeceu ao longo dos anos, na esteira da modificação dos atores políticos da vez. Com o *impeachment* da então Presidente da República, que vira sua base de sustentação política ruir diante da crise econômica e das denúncias de corrupção na Petrobras S.A., assumiu seu Vice, líder do mais influente partido de centro de então, legítimo representante da oligarquia político-econômica dominante e, ele próprio, investigado pela “Lava Jato”. A partir daí, a preservação da estabilidade política e a aprovação de reformas estruturais indispensáveis à superação da crise econômica tornaram-se as agendas prioritárias, inclusive no âmbito da Procuradoria-Geral da República – já sob chefia de perfil mais conciliatório – e do Supremo Tribunal Federal – à vista do falecimento precoce do relator dos processos atinentes à “Operação Lava Jato” e do alinhamento tardio de importante ministro ao discurso da situação.

Mesmo após alguns reveses, parcela expressiva da população brasileira, mais e mais desiludida com a prática política tradicional, continuava a apoiar a “Lava Jato”. Nas eleições nacionais seguintes, sagrou-se vencedor o candidato que melhor soube captar a insatisfação popular, apresentando-se – apesar dos 7 mandatos de Deputado Federal de que fora titular – como nova alternativa à “velha política”. Se, inicialmente, fez do magistrado símbolo daquela operação seu Ministro da Justiça, não titubeou em desprestigiá-lo quando viu a si e seus filhos implicados em investigações anticorrupção levadas a efeito pela Polícia Federal.<sup>19</sup> Outrossim, escolheu para a

---

<sup>19</sup> Cf. <<https://www1.folha.uol.com.br/poder/2020/04/sergio-moro-o-juiz-da-lava-jato-anuncia-sua-demissao-do-governo-bolsonaro.shtml?origin=folha>>, acesso em 19/06/2021.

Procuradoria-Geral da República e Supremo Tribunal Federal nomes de pouca expressão, mas fiéis a seu projeto de poder.<sup>20</sup>

Um instantâneo desse estado de coisas pode ser obtido a partir da análise do Índice de Capacidade de Combate à Corrupção (CCC), criado pela Americas Society/Council of the Americas (AS/COA) e pela Control Risks<sup>21</sup> para avaliar e classificar os países da América Latina de conformidade com sua eficácia no combate à corrupção. Em sua terceira edição, o Brasil consolidou a tendência de queda demonstrada em 2020 e registrou o maior declínio entre os 15 países estudados. Segundo o relatório, as variáveis denominadas “capacidade legal” – que, entre outros itens, abrange a independência e eficiência do Poder Judiciário e das agências anticorrupção, bem como os recursos disponíveis para investigações nessa seara<sup>22</sup> – e “democracia e instituições políticas” – pertinente, em especial, à qualidade dos processos legislativos e normativos<sup>23</sup> – foram as maiores responsáveis pela piora do desempenho brasileiro. São expressamente mencionadas a nomeação “de pessoas percebidas como menos independentes para o comando da Polícia Federal e do Ministério Público Federal”, o desmantelamento da “Operação Lava Jato” e a deterioração da qualidade das relações entre os Poderes

---

<sup>20</sup> Vejam-se <[https://brasil.elpais.com/brasil/2019/09/05/politica/1567710901\\_813050.html](https://brasil.elpais.com/brasil/2019/09/05/politica/1567710901_813050.html)> e <<https://www1.folha.uol.com.br/poder/2021/04/kassio-agrada-bolsonaro-ao-acumular-polemicas-e-passar-por-cima-de-decisoes-do-supremo.shtml>>, acesso em 19/06/2021.

<sup>21</sup> A Americas Society (AS) é um fórum permanente dedicado ao debate de questões políticas, sociais e econômicas contemporâneas na América Latina, Caribe e Canadá. O Council of the Americas (COA), por sua vez, é uma organização americana, composta de empresas de vários setores, cujo objetivo é promover o livre comércio nas Américas. A Control Risks é uma empresa de consultoria estratégica e de risco global especializada em riscos políticos, de segurança e integridade.

<sup>22</sup> Por “capacidade legal” entende-se: i) independência e eficiência do Judiciário; ii) independência e eficiência das agências anticorrupção; iii) acesso à informação pública e transparência geral do governo; iv) independência e recursos para o Ministério Público e investigadores; v) nível de especialização e recursos disponíveis para combate a crimes de colarinho branco; vi) qualidade de instrumentos de colaboração premiada; vii) nível de cooperação internacional na aplicação da lei.

<sup>23</sup> A variável “democracia e instituições políticas” abrange: i) qualidade e cumprimento da legislação de financiamento de campanha; ii) processos legislativos e normativos; iii) qualidade geral da democracia.

Executivo e Legislativo, com a utilização de “troca de favores, negociação de cargos e uso de fundos públicos para conseguir apoio”.<sup>24</sup>

De fato, as forças-tarefa do Ministério Público Federal responsáveis pela condução da “Operação Lava Jato” minguaram até sua extinção, transferidos que foram seus acervos para os chamados grupos de atuação especial de combate ao crime organizado. No âmbito do Supremo Tribunal Federal, em revisão de seu posicionamento anterior, a Segunda Turma vem de entender pela incompetência da 13ª Vara Federal da Subseção Judiciária de Curitiba – e pela suspeição de seu então juiz titular – para julgar o ex-Presidente da República Luís Inácio Lula da Silva, o que acarretou a anulação de investigações e processos em que o político fora condenado por corrupção passiva e lavagem de dinheiro.<sup>25</sup> Não por acaso, o relatório do CCC aponta como áreas críticas a monitorar a pressão exercida pelo Poder Executivo sobre Ministério Público Federal e Polícia Federal, a possibilidade de aumento da influência do Poder Executivo sobre o Judiciário, em razão da futura escolha de novo integrante do Supremo Tribunal Federal, e a potencial ampliação dos efeitos da anulação de condenações criminais obtidas pela “Operação Lava Jato”.<sup>26</sup>

Não se pretende, aqui, analisar a correção de tal decisão sob o aspecto técnico. Interessa à tese, entretanto, a constatação de que a efetividade do combate à corrupção sob o viés repressivo está sujeita a toda sorte de percalços, tanto de natureza política quanto jurídica. Mesmo nas hipóteses em que a conduta suspeita vem à luz, não raro sequer a fase de investigação é ultrapassada, com a propositura das ações cível e penal. Ainda quando o ajuizamento ocorre e sobrevêm sentenças de procedência, um sem número de recursos e incidentes processuais podem retardar quase indefinidamente a aplicação das sanções, ou – como no caso em questão – fazer a marcha

---

<sup>24</sup> Cf. pp. 17-18 do Relatório do Índice de Capacidade de Combate à Corrupção (CCC) de 2021, disponível em <[https://www.as-coa.org/sites/default/files/CCC\\_Relatorio\\_Portugues\\_2021.pdf](https://www.as-coa.org/sites/default/files/CCC_Relatorio_Portugues_2021.pdf)>, acesso em 20/06/2021.

<sup>25</sup> Veja-se STF, Segunda Turma, Habeas Corpus nº 164.493/PR, rel. Min. Edson Fachin, redator do acórdão Min. Gilmar Mendes, j. 09/03/2021.

<sup>26</sup> Cf. Relatório do CCC, p. 18.

processual retroceder a seu início, ao risco de prescrição da pretensão punitiva. A toda evidência, urge repensar o combate à corrupção também sob a ótica preventiva, porquanto mais econômica e potencialmente mais eficiente.

Assim, uma vez diagnosticadas as causas estruturais que propiciam a corrupção estatal, hão de ser traçadas estratégias para seu enfrentamento *ex ante*, com a revisão dos modelos institucionais e a modificação dos sistemas de incentivo que agem para favorecer o desvio de recursos públicos. Como explicitam Susan Rose-Ackerman e Bonnie J. Palifka, reformas efetivas não devem se limitar à aplicação mais rigorosa da lei existente, ou mesmo à criação de “sistemas de integridade” e “agências anticorrupção”. Ao invés de simplesmente endurecer sistemas de controle *ex post*, hão de promover a modificação da forma como o governo opera, através da redução dos incentivos à corrupção subjacentes à atividade estatal. Do contrário, a permanecerem as instituições fracas e os incentivos negativos, a mera eliminação pontual de “maçãs podres” terá impacto extremamente limitado a longo prazo, substituídas que serão por um novo grupo de agentes públicos corruptos e agentes privados corruptores.<sup>27</sup>

Diante dos sucessivos escândalos de corrupção – recentes e passados – a envolver os procedimentos de contratação pública – licitações, na tradição administrativa brasileira – e contratos deles decorrentes, e, sobretudo, do enorme volume de recursos estatais comprovadamente desviados por seu intermédio, parece intuitivo se tratar de campo por demais necessitado de reformas institucionais urgentes, capazes de propiciar a redução dos incentivos

---

<sup>27</sup> Cf. ROSE-ACKERMAN, Susan; PALIFKA, Bonnie J. *Corruption and Government. Causes, Consequences, and Reform*. New York: Cambridge University Press, 2016, p. 15 e 38: “A high level of corruption indicates that something is wrong with the state’s underlying institutions and incentives; it signals a need for structural reform – not just more vigorous law enforcement. (...) Reform should not be limited to the creation of ‘integrity systems’ or ‘anticorruption agencies’. Instead, fundamental changes in the way government operates ought to be at the heart of the reform agenda. The primary goal should be to reduce the underlying incentives to engage in corruption *ex ante*, not to tighten systems of *ex post* control. Enforcement and monitoring are needed, but they will have little long-term impact if reforms do not reduce the basic conditions that encourage payoffs. If these incentives and institutions remain, the elimination of one set of ‘bad apples’ will soon lead to the creation of a new group of corrupt officials and private bribe payers.”



às práticas corruptas e o fortalecimento dos mecanismos de controle. É, pois, à análise dessas possíveis reformas que a presente tese se dedicará.

O trabalho será estruturado em seis capítulos, logicamente encadeados. O primeiro pretende examinar o fenômeno da corrupção, descrevendo suas características e consequências, notadamente o impacto drástico que provoca sobre a atividade estatal e a legitimidade do sistema democrático. Discutirá os modelos teóricos que se propõem a explicar a natureza da corrupção, em especial aqueles conhecidos por “agente-principal” e “ação coletiva”, bem como as estratégias de prevenção à corrupção a eles associadas.

Após a exposição das diferentes maneiras como a corrupção se manifesta conforme as características institucionais de cada Estado, o primeiro capítulo buscará transpor tal debate teórico para a realidade do Brasil. À vista dos altos níveis quantitativo e qualitativo de corrupção do país, investigará em qual medida as configurações institucionais atualmente existentes favorecem ou prejudicam a implantação de um controle efetivo sobre a corrupção. Por fim, procurar-se-á desconstruir o senso comum, segundo o qual a corrupção em terras brasileiras é um problema insuperável. Ao revés, seu combate diuturno afigura-se não só viável como imprescindível, com vistas à alocação eficiente dos recursos públicos e o desenvolvimento econômico.

A partir do panorama retratado no capítulo inicial, o segundo capítulo centrará sua análise na validade da reforma legislativa – mormente na seara do Direito Administrativo – como estratégia de prevenção à corrupção. Inicialmente, descreverá a concepção da Análise Econômica do Direito segundo a tradição da Escola de Chicago, que trata a lei como um sistema de incentivos que orienta as escolhas racionais realizadas pelos indivíduos. Em seguida, serão abordadas as contribuições da Teoria da Escolha Pública e da Nova Economia Institucional para a análise econômica do direito, bem como as condições institucionais necessárias para o desenvolvimento, considerando-se em particular a distinção entre “ordens de acesso fechado” e “ordens de acesso aberto”, proposta por Douglass C. North. À luz desses critérios, serão abordados os riscos associados ao transplante de normas entre sistemas

normativos, bem como as condições necessárias para que uma tal reforma anticorrupção possa produzir resultados efetivos.

No terceiro capítulo, inicia-se a abordagem específica do tema das licitações e dos contratos públicos. Após um panorama acerca dos objetivos a serem perseguidos pelo sistema de licitações e contratações, procurar-se-á identificar os fatores de incentivo sistêmicos à corrupção nessa seara, tanto sob a perspectiva da Administração quanto por parte do setor privado – é dizer, tanto sob o aspecto da oferta de contratos públicos quanto da demanda. Serão abordados, mais especificamente, a assimetria informacional, a concentração de poder de decisão, a assimetria de poder de mercado, a incidência de custos de transação e o risco de comportamentos oportunistas. Finalmente, serão propostas linhas estratégicas para uma reforma anticorrupção, voltada à minimização da nocividade desses incentivos perversos.

Identificados os momentos mais vulneráveis ao abuso de agentes inescrupulosos, o quarto capítulo será dedicado à análise das oportunidades para corrupção no sistema brasileiro de licitações e contratos públicos. Para além da exposição dos regramentos vigentes sobre licitações e contratos, buscar-se-á descrever em que medida as normas incentivam a prática da corrupção, bem como as teorias doutrinárias e os entendimentos jurisprudenciais do Tribunal de Contas da União que buscam minimizar o risco de corrupção. Também serão expostos alguns exemplos concretos das formas como a corrupção se manifesta nas licitações e contratos públicos no Brasil.

Da fase interna da licitação merecerão atenção: i) a delimitação do objeto; ii) os requisitos de participação e qualificação; iii) a escolha da modalidade de licitação; iv) o regime de execução; e v) os critérios de avaliação. Na fase externa, tratar-se-á do órgão adjudicante e dos mecanismos de impugnação e revisão das decisões. Também serão abordadas as hipóteses de contratação direta, com destaque para as dispensas emergenciais e as contratações de organizações sociais, bem como as adesões a registro de preços. Finalmente, no âmbito da execução contratual serão analisados: i) a fiscalização, ii) o pagamento das faturas, iii) as cláusulas exorbitantes, iv) as

modificações no objeto, qualitativas e quantitativas; e v) a prorrogação contratual dos serviços contínuos.

O quinto capítulo traçará um panorama de normas positivas internacionais sobre licitações e contratos, notadamente nos âmbitos português – sob o influxo da legislação europeia, atualmente a Diretiva nº 2014/24/UE – e norte-americano – restrita a análise à *Federal Acquisition Regulations* (FAR). Buscar-se-á, a partir desse estudo comparativo, aferir como cada um dos sistemas normativos regula as etapas do procedimento licitatório e da execução do contrato tradicionalmente mais propícias à ocorrência de desvios, e extrair lições aplicáveis para uma proposta de reforma anticorrupção no sistema brasileiro de licitações e contratos.

Tudo isso para chegar à sexta parte, eminentemente propositiva. A esse passo, apresentar-se-ão algumas sugestões para uma reforma anticorrupção no sistema brasileiro de licitações e contratos, incluindo não só alterações legislativas – a partir da análise crítica à recente Lei nº 14.133/2021, que estabelece normas gerais aplicáveis às licitações e contratações públicas –, mas também propostas de mecanismos a serem implementados para alcançar as mudanças almejadas. Como adiantado, não basta transplantar diplomas normativos estrangeiros: o trabalho haverá de se esforçar por buscar propostas compatíveis com a tradição normativa, estrutura institucional, capacidades e limitações da Administração Pública brasileira.

– CAPÍTULO I –  
CORRUPÇÃO: ANÁLISE TEÓRICA E PANORAMA BRASILEIRO

1. Definição: delimitação da noção de corrupção

A fim de melhor delinear as premissas sobre as quais a presente tese se alicerça, à partida convém precisar a definição de corrupção adotada.

No Brasil, a legislação penal tipifica o crime de corrupção sob duas óticas complementares: i) corrupção passiva, assim considerada a conduta do funcionário<sup>28</sup> que solicita, recebe ou aceita promessa de vantagem indevida, para si ou para outrem, em razão da função pública por si exercida (artigo 317 do Código Penal); e ii) corrupção ativa, conduta do particular que oferece ou promete vantagem indevida a funcionário público, para determiná-lo a praticar, omitir ou retardar ato de ofício (artigo 333 do Código Penal). À vista da estreiteza do conceito, apenas atos que impliquem transferência de vantagem econômica indevida entre particular e agente público caracterizam corrupção para fins penais. Preferiu o legislador enquadrar sob tipificação distinta outras modalidades de conduta ilícita para além do suborno propriamente dito, a exemplo do desvio ou apropriação de verbas públicas pelo funcionário, definido como peculato pelo artigo 312.

Porque demasiado restrita, não se empregará aqui a definição de corrupção perfilhada pelo direito objetivo brasileiro. Na esteira de organismos internacionais como Banco Mundial<sup>29</sup> e Transparência Internacional (TI)<sup>30</sup>, e

---

<sup>28</sup> De acordo com o artigo 327, *caput*, do Código Penal, a expressão “funcionário público” abrange todos que exercem cargo, emprego ou função pública, ainda que em caráter transitório ou sem remuneração. Considera-se “funcionário público por equiparação”, conforme o parágrafo primeiro daquele dispositivo, o indivíduo que exerce cargo, emprego ou função em entidade paraestatal, assim como aquele trabalha para empresa prestadora de serviço contratada ou conveniada para a execução de atividade típica da Administração Pública.

<sup>29</sup> Cf. WORLD BANK. *Helping Countries Combat Corruption: The Role of the World Bank*. Washington, September 1997, pp. 8-9. Disponível para consulta através do endereço eletrônico <<http://www1.worldbank.org/publicsector/anticorrupt/corruptn/corrptn.pdf>>, acesso em

para os fins desta tese, entender-se-á a corrupção de forma mais abrangente, como abuso da função pública para benefício privado.

É certo que, a despeito de sua formulação aparentemente simples, tal conceito traz em si ambiguidades. Afinal, conforme Michael Johnston reconhece, a depender do que se entenda por “abuso”, “público”, “privado” e “benefício”, determinada conduta poderá ou não nela se enquadrar.<sup>31</sup> Em sociedades onde o oferecimento de presentes a agentes públicos é praxe tradicionalmente aceita, por exemplo, as noções de abuso e benefício serão presumivelmente mais tímidas.<sup>32</sup> Ainda que não seja esse o caso, controverte-se em doutrina se tal definição aplicar-se-ia também às relações mantidas exclusivamente entre particulares, ainda que ao custo de uma ampliação demasiada do conceito.<sup>33</sup> Ou, por outra, se estariam abarcados nesse conceito

---

20/06/2021. Segundo o texto, tal definição foi considerada suficientemente simples, direta e compreensível, ainda que ampla o bastante para abranger a maioria das práticas de corrupção detectadas pela instituição. Mais tarde, quando da edição de suas Diretrizes Anticorrupção, o Banco Mundial explicitou estarem incluídas neste conceito lato práticas corruptas, fraudulentas, coercitivas, conluídas e/ou obstrutivas. Cf. WORLD BANK. *Guidelines On Preventing and Combating Fraud and Corruption in Projects Financed by IBRD Loans and IDA Credits and Grants*. Washington, October, 2006 (Revised in January, 2011), parágrafo 7. Disponível em <<https://documents1.worldbank.org/curated/en/551241468161367060/pdf/611090BR0SecM21Disclosed04113120111.pdf>>, acesso em 20/06/2021.

<sup>30</sup> Segundo a concepção de trabalho adotada pela TI, “em termos gerais, a corrupção é o abuso de poder confiado a alguém para obtenção de ganho privado.” Confira-se em <<https://transparenciainternacional.org.br/quem-somos/perguntas-frequentes/>>, acessado em 20/06/2021.

<sup>31</sup> JOHNSTON, Michael. *Syndromes of Corruption. Wealth, Power, and Democracy*. New York: Cambridge University Press, 2005, p. 12: “I define corruption as the abuse of public roles or resources for private benefit, but emphasize that ‘abuse’, ‘public’, ‘private’ and even ‘benefit’ are matters of contention in many societies and of varying degrees of ambiguity in most.” (Em tradução livre: “Defino corrupção como o abuso de funções ou recursos públicos em benefício privado, mas enfatizo que o significado de ‘abuso’, ‘público’, ‘privado’ e até mesmo ‘benefício’ são objeto de controvérsia em muitas sociedades e na maior parte destas em níveis variáveis de ambiguidade.”)

<sup>32</sup> Para uma análise aprofundada da relação entre cultura e corrupção, veja-se ROSE-ACKERMAN, Susan; PALIFKA, Bonnie J. *Corruption and Government. Causes, Consequences, and Reform*. New York: Cambridge University Press, 2016, Second Edition, pp. 233-271.

<sup>33</sup> Susan Rose-Ackerman e Bonnie J. Palifka aplicam o conceito de corrupção também ao setor privado, porquanto ao particular também é possível “abusar do poder que lhe tenha sido confiado”. Entretanto, centram sua análise da corrupção apenas no setor público, “por minar o desenvolvimento e a distribuição de bens, e conflitar com valores democráticos e republicanos” (ROSE-ACKERMAN, Susan; PALIFKA, Bonnie J. *Corruption and Government*, pp. 7-9). Na mesma toada, AMUNDSEN, Inge. *Political Corruption: An Introduction to the Issues*. Michelsen Institute, 1999, pp. 2-3. Disponível em <<https://www.cmi.no/publications/file/1040-political-coiTuption.pdf>>, acesso em 21/06/2021. Alina Mungiu-Pippidi entende que o termo “fraude” abarcaria com vantagem a maioria das situações de abuso entre particulares; a seu ver, “equiparar corrupção a toda forma de comportamento desonesto tornaria o conceito inútil”

geral, para além dos benefícios ilícitos porque violadores de norma formal, aqueles considerados tão só imorais ou ilegítimos, uma vez que a norma – ela própria – pode estar corrompida.

Segundo a definição clássica de Joseph S. Nye, entender-se-ia por corrupção o comportamento do agente público que: i) desvia dos deveres formais inerentes à função que ocupa, motivado pela obtenção de vantagens particulares – para si, sua família ou círculo próximo –, sob a forma de pecúnia ou prestígio; ou ii) exerce influência para fins particulares, de modo a violar regras proibitivas.<sup>34</sup>

Para Alina Mungiu-Pippidi, se Nye andou bem ao enfatizar o esmaecimento da fronteira entre público e privado como elemento essencial da corrupção, pecou por atrelá-la à violação de regras ou deveres formais. Afinal, leis e políticas públicas podem elas próprias estar corrompidas e se destinar à criação de privilégios em favor daqueles conectados à autoridade que as editou.<sup>35</sup> Se adotada uma concepção mais abrangente, também haveria de ser considerada corrupção qualquer distorção no processo político decisório, se decorrente de influência indevida do poder econômico, através de mecanismos não isonômicos ou pouco transparentes.<sup>36</sup> <sup>37</sup> Logo, nesse sentido amplo, a evolução institucional de países mais desenvolvidos não teria acarretado a erradicação da corrupção, mas sua transmutação em formas mais sofisticadas

---

(MUNGIU-PIPPIDI, Alina. *The Quest for Good Governance. How Societies Develop Control of Corruption*. Cambridge: Cambridge University Press, 2015, p. 12).

<sup>34</sup> NYE, Joseph S. "Corruption and Political Development: A Cost-Benefit Analysis", in HEIDENHEIMER, Arnold J; JOHNSTON, Michael (editors). *Political Corruption: Concepts & Contexts*. New Brunswick: Transaction Publishers, Third edition, 2002, p. 284.

<sup>35</sup> MUNGIU-PIPPIDI, Alina. *The Quest for Good Governance. How Societies Develop Control of Corruption*. Cambridge: Cambridge University Press, 2015, p. 11.

<sup>36</sup> Cf. ISSACHAROFF, Samuel. "On Political Corruption", in Harvard Law Review, Vol. 124, November 2010, p. 122 (disponível no endereço <[https://cdn.harvardlawreview.org/wp-content/uploads/pdfs/vol\\_12401issacharoff.pdf](https://cdn.harvardlawreview.org/wp-content/uploads/pdfs/vol_12401issacharoff.pdf)>, acesso em 21/06/2021).

<sup>37</sup> Neste contexto, Philip M. Nichols define "influência indevida" como aquela que decorre de uma característica particular do agente, como riqueza, doações anteriores para financiamento de campanha eleitoral ou vínculos familiares com detentores do poder. Cf. NICHOLS, Philip M., "What is Organizational Corruption", in ASSLÄNDER, Michael S.; HUDSON, Sarah (editors), *The Handbook of Business and Corruption: cross-sectoral experiences*. Bingley: Emerald Publishing Limited, 2017, p. 10.

e revestidas de aparente legitimidade – caso do lobby, do financiamento de campanhas eleitorais e do trânsito entre cargos públicos e privados.<sup>38</sup>

Susan Rose-Ackerman e Bonnie J. Palifka, por sua vez, criticam tal posicionamento, por entenderem que introjeta no conceito de corrupção uma concepção particular de legitimidade do Estado. Para as autoras, sempre que um particular oferece suborno a um agente público, pratica corrupção, independentemente de considerações acerca da legitimidade da norma que pretenda burlar (é dizer, ainda que a regra a transgredir vise favorecer as elites). Por outro lado, se o comportamento violar tão somente normas morais ou éticas, não haveria que se falar em corrupção.<sup>39</sup>

Eventuais divergências conceituais e culturais, todavia, não impediram a formação de um consenso quase universal quanto à reprovabilidade de certos comportamentos praticados por agentes públicos em benefício próprio ou de seus apaniguados.<sup>40</sup> Suborno, fraude, extorsão, favorecimento e apropriação configuram condutas censuradas na maioria dos países e culturas, porquanto implicam nítido abuso de confiança: os interesses particulares do agente público passam a preponderar sobre aqueles encarecidos pela sociedade a que haveria de servir e que invariavelmente resulta prejudicada.<sup>41</sup>

---

<sup>38</sup> Para posicionamento semelhante, vejam-se ANG, Yuen Yuen. *China's Gilded Age: The Paradox of Economic Boom and Vast Corruption*. Cambridge: Cambridge University Press, 2020, p. 24; e JOHNSTON, Michael. *Syndromes of Corruption*, p. 42. Referindo-se expressamente à indevida influência do poder econômico no processo político, Lawrence Lessig afirma que uma instituição como o Congresso norte-americano pode ser corrupta, ainda que nenhum de seus integrantes se corrompa individualmente. Cf. LESSIG, Lawrence. *America, Compromised*. Chicago: University of Chicago Press, 2018, p. 231.

<sup>39</sup> ROSE-ACKERMAN, Susan; PALIFKA, Bonnie J. *Corruption and Government*, pp. 10-11.

<sup>40</sup> Para Mark E. Warren, antigas ou modernas, as definições de corrupção compartilham premissas comuns: i) certas decisões ou ações coletivas são confiadas a um indivíduo ou a um grupo de indivíduos; ii) existem normas a regular os modos pelos quais este(s) indivíduo(s) poderia(m) utilizar tal poder decisório ou de ação; iii) as normas são por ele(s) descumpridas; iv) o desrespeito às normas gera benefício para o indivíduo ou grupo e prejuízo para a coletividade (WARREN, Mark E. What Does Corruption Mean in a Democracy?, in *American Journal of Political Science*, Vol. 48, N. 2. Midwest Political Science Association, April 2004, p. 332).

<sup>41</sup> Cf. KLITGAARD, Robert. *Controlling Corruption*. Berkeley and Los Angeles: University of California Press, 1988, pp. 3-4: "What is lawful, and therefore what is unlawful, depends on the country and culture in question. While this valid insight should not be lost, it must not short-circuit our search for effective anticorruption policies. As a matter of fact, the majority of countries and cultures decry most instances of bribery, fraud, extortion, embezzlement, and most forms of kickbacks on public contracts. Over a wide range of 'corrupt' activities, there is

O conceito de corrupção empregado aqui, portanto, vai além da definição adotada pelo direito penal brasileiro, para abarcar: i) a solicitação e aceitação de vantagens indevidas em razão do cargo público (suborno ou propina, na acepção que se popularizou no Brasil<sup>42</sup>); ii) a exigência de vantagem indevida em razão do cargo público (concussão, artigo 316 do Código Penal); iii) a apropriação e o desvio dos recursos públicos confiados ao agente (peculato, artigo 312 do Código Penal); iv) a distribuição de cargos públicos entre parentes (nepotismo); v) o uso do cargo público para promoção de interesses particulares (tráfico de influência ou advocacia administrativa, artigo 321 do Código Penal); vi) a distribuição de benefícios públicos em troca de votos ou apoio político (uso eleitoral da máquina administrativa); vii) a atuação do agente público em casos que podem gerar favorecimento para si ou para pessoas que lhe são próximas (conflito de interesse).

Como se vê, embora seja esta sua forma mais comum, o “benefício privado” a que se refere a definição de corrupção pode não ter expressão monetária. Hipóteses há em que o abuso da função pública é motivado pela ambição de poder ou de ascensão social, por exemplo. Por outro lado, indubitável que, ainda que a conduta a ser praticada pelo agente público em troca de tal “benefício” seja em si lícita – como a concessão de uma licença de funcionamento –, terá ele incorrido em corrupção ao receber a vantagem indevida – para apressar o licenciamento, por exemplo.

---

little argument that they are wrong and socially harmful.” (Em tradução livre: “O que é legal e, portanto, o que é ilegal, depende do país e da cultura em questão. Ao mesmo tempo em que esse discernimento válido não deve se perder, ele não deve frustrar nossa busca por políticas efetivas de anticorrupção. De fato, a maior parte dos países e culturas desaprova a maioria das formas de suborno, fraude, extorsão, desfalque e também a maioria das formas de propina em contratos públicos. Sobre esse amplo espectro de ações ‘corruptas’, há poucos argumentos que contestem que são erradas e prejudiciais à sociedade.”)

<sup>42</sup> Segundo o Dicionário Aulete Digital, entende-se por propina no Brasil: “1. Gratificação em dinheiro por algum serviço ou favor prestado; gorjeta: *Deu propina à camareira do hotel: Não gostava de dar propinas.* 2. P.ext. Pej. Quantia em dinheiro que se oferece a alguém em troca de favor ou benefício quase sempre ilícito: *Naquela repartição pública, o serviço só funcionava à base de propina.*” Cf. <<https://www.aulete.com.br/propina>>, acesso em 20/06/2021.



## 2. Nocividade: danos causados pela corrupção

### 2.1. A corrupção é prejudicial

Se a ideia de que a corrupção produz efeitos deletérios importantes parece consensual nos dias que correm – a ponto de, repetida à exaustão por dirigentes políticos de origens e tendências díspares, se tornar quase um clichê<sup>43</sup> –, nem sempre foi assim. Para além da questão ética, Economia, Ciência Política e Ciência Social muito já discutiram sobre os possíveis efeitos benéficos da corrupção, a qual, segundo parcela da doutrina florescente nos anos 60 do século passado, se prestaria à promoção do desenvolvimento, da modernização e do crescimento econômico. Segundo tal concepção revisionista – assim denominada em contraposição àquela dita moralista, a si diametralmente oposta –, algum grau de corrupção poderia ser fator de aumento de eficiência, na hipótese em que os benefícios ou vantagens indevidos servissem para que indivíduos burlassem a incidência de regulamentos ou impostos excessivamente onerosos, permitindo o aumento da produtividade econômica.<sup>44</sup>

Em cenários nos quais a burocracia se provasse ineficiente, excessivamente complexa ou excludente de parcela da população, a corrupção poderia “olear as engrenagens” da Administração Pública. Assim, sob o ângulo da Ciência Política, a corrupção era enxergada por alguns como um fator de

---

<sup>43</sup> Não raro, a corrupção é comparada ao câncer, como o fizeram David Cameron, ex-Primeiro Ministro do Reino Unido, Muhammadu Buhari, Presidente da Nigéria, e Lee Hsien Loong, Primeiro Ministro de Singapura, em suas contribuições à obra coletiva *Against Corruption. A book of essays*. London: Crown, 2016, p. vii, 95 e 149, respectivamente.

<sup>44</sup> Neste sentido, as obras clássicas de LEFF, Nathaniel. “Economic Development through Bureaucratic Corruption”, in HEIDENHEIMER, Arnold J; JOHNSTON, Michael (editors). *Political Corruption: Concepts & Contexts*. New Brunswick: Transaction Publishers, Third edition, 2002, pp. 307-320; e NYE, Joseph S. “Corruption and Political Development: A Cost-Benefit Analysis”, especialmente pp. 285-287 e 297-298.

coesão social e de até mesmo de redistribuição de recursos públicos.<sup>45</sup> Tornou-se célebre, nessa linha de pensamento, a afirmação de Samuel Huntington, para quem “em termos de crescimento econômico, a única coisa pior do que uma sociedade cuja burocracia seja rígida, excessivamente centralizada e desonesta é aquela cuja burocracia seja rígida, excessivamente centralizada e honesta”. Ao ver do autor, uma dose moderada de corrupção poderia agir como um “lubrificante” que facilitaria o percurso de sociedades tradicionalistas rumo à modernidade.<sup>46</sup>

Para os teóricos revisionistas, a capacidade de oferecer subornos mais generosos seria um indicador da maior eficiência da empresa interessada em um contrato público.<sup>47</sup> Além de reduzir os efeitos de regulações e políticas públicas adversas ao desenvolvimento econômico<sup>48</sup>, a corrupção poderia proporcionar um maior grau de eficiência, porquanto aceleraria procedimentos

---

<sup>45</sup> Cf. BECQUART-LECLERQ, Jeanne. “Paradoxes de la corruption politique”, in *Pouvoirs: Revue française d'études constitutionnelles et politiques*, n° 31, Novembre 1984, p. 21: “(...) la corruption fonctionnerait comme l'huile dans les rouages, elle aurait un effet redistributif important, elle serait un substitut fonctionnel à la participation directe au pouvoir, elle constituerait le ciment des élites et des partis, elle conditionnerait l'efficacité du pouvoir.” (disponível, conforme acesso em 20/06/2021, no endereço eletrônico <[https://revue-pouvoirs.fr/IMG/pdf/Pouvoirs31\\_p19-36\\_paradoxes\\_corruption\\_politique.pdf](https://revue-pouvoirs.fr/IMG/pdf/Pouvoirs31_p19-36_paradoxes_corruption_politique.pdf)>). [Em tradução livre: “(...) a corrupção funcionaria como óleo nas engrenagens, teria um efeito redistributivo importante, seria um substituto funcional da participação direta no poder, constituiria o cimento das elites e dos partidos, condicionaria a eficiência do poder.”]

<sup>46</sup> HUNTINGTON, Samuel. *Political Order in Changing Societies*. New Haven: Yale University Press, 1968, p. 69: “A society which is relatively uncorrupt - a traditional society for instance where traditional norms are still powerful - may find a certain amount of corruption a welcome lubricant easing the path to modernization. A developed traditional society may be improved - or at least modernized by a little corruption; a society in which corruption is already pervasive, however, is unlikely to be improved by more corruption.” (disponível no endereço eletrônico <[https://projects.iq.harvard.edu/files/gov2126/files/huntington\\_political\\_order\\_changing\\_soc.pdf](https://projects.iq.harvard.edu/files/gov2126/files/huntington_political_order_changing_soc.pdf)>, acesso em 10/04/2019). (Em tradução livre: “Uma sociedade que é relativamente livre da corrupção – uma sociedade tradicional, por exemplo, em que normas tradicionais ainda são poderosas – pode descobrir que um certo nível de corrupção agiria como um lubrificante bem-vindo de forma a facilitar o caminho para a modernização. Uma sociedade tradicional desenvolvida poderá ser melhorada – ou ao menos modernizada por via de um pouco de corrupção; uma sociedade na qual a corrupção já a permeia, todavia, é improvável que seja melhorada por mais corrupção.”)

<sup>47</sup> Cf. LEFF, Nathaniel. “Economic Development through Bureaucratic Corruption”, pp. 310-311.

<sup>48</sup> Como ressalta Robert Klitgaard, os partidários da tese segundo a qual a corrupção poderia ter efeitos econômicos benéficos levam em consideração apenas os efeitos de atos corruptos específicos, desconsiderando a dimensão sistêmica do fenômeno. Ademais, partem da premissa de que a norma vigente seria mais nociva ao desenvolvimento do que o ato corrupto pelo qual se busca burlar sua incidência (cf. *Controlling Corruption*, p. 33).

administrativos<sup>49</sup>, atrairia pessoas mais qualificadas para o serviço público<sup>50</sup> e, desde que atingidas metas de receita, serviria como incremento à arrecadação tributária<sup>51</sup>.

Por muitas décadas, foi essa a linha de pensamento a pautar a conduta de grandes empresas multinacionais, que, apesar de jamais cogitarem corromper agentes públicos em seus países de origem, demonstravam grande tolerância com o pagamento de vantagens ilícitas em prol da obtenção de negócios em países subdesenvolvidos.<sup>52</sup> Embora o pagamento de subornos no exterior tenha sido criminalizado nos Estados Unidos desde 1977, com a aprovação do *Foreign Corrupt Practices Act* (FCPA), a norma teve pouca efetividade nos primeiros 25 anos posteriores à sua edição<sup>53</sup>, passando a ser aplicada com maior rigor tão somente a partir de 2004. O cenário europeu era ainda mais permissivo, admitindo até mesmo que os valores de suborno pagos no exterior fossem deduzidos na apuração dos tributos devidos pela empresa multinacional.<sup>54</sup> Tal cenário somente viria a se transformar a partir de 1997,

---

<sup>49</sup> A legitimação do suborno serviria como incentivo para que agentes públicos agilisassem o serviço a seu cargo, beneficiando o particular menos disposto a aguardar em fila. Cf. LUI, Francis T. "An Equilibrium Queuing Model of Bribery", in *The Journal of Political Economics*, Vol. 93, N° 4, August 1985, p. 778 (disponível no endereço eletrônico <<https://www.jstor.org/stable/1832136>>, acesso em 20/04/2021).

<sup>50</sup> Cf. LEYS, Colin. "What is the Problem about Corruption?", in HEIDENHEIMER, Arnold J; JOHNSTON, Michael (editors). *Political Corruption: Concepts & Contexts*. New Brunswick: Transaction Publishers, Third edition, 2002, pp. 59-73.

<sup>51</sup> Ao ver de Frank Latters e W. Bentley MacLeod, o recebimento de suborno por coletores de tributos poderia ser tolerado, na medida em que serviria como incentivo positivo, desde que atingidas as metas vinculantes de arrecadação geral. Cf. "Administrative Corruption and Taxation", in *International Tax and Public Finance*, 2, 1995, pp. 397-417 (disponível em <[http://qed.econ.queensu.ca/pub/faculty/flatters/writings/ff%26wbm\\_admin\\_corruption.pdf](http://qed.econ.queensu.ca/pub/faculty/flatters/writings/ff%26wbm_admin_corruption.pdf)>, acesso em 20/04/2021).

<sup>52</sup> "American and European firms do not generally try to bribe their way out of environmental and health and safety rules in their own countries or enlist the help of criminals to evade the law. (...) Some of these same firms, however, feel less constraint about violating laws in developing and transitional economies." (ROSE-ACKERMAN, Susan; PALIFKA, Bonnie J. *Corruption and Government*, p. 87) (Em tradução livre: "De forma geral, empresas norte-americanas e europeias não praticam suborno como forma de se evadir de normas ambientais, de saúde ou de segurança em seus próprios países, ou arregimentam criminosos para se esquivar da Lei. (...) Algumas dessas mesmas empresas, todavia, sentem-se menos constrangidas a violar leis em países em desenvolvimento ou países com economias em transição.)

<sup>53</sup> Cf. THOMAS, Cortney C. "The Foreign Corrupt Practices Act: A Decade of Rapid Expansion Explained, Defended, and Justified", in *Review of Litigation*, Vol. 29, Issue 2, Winter 2010, p. 439.

<sup>54</sup> Somente no ano de 1996 o Conselho da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OECD) recomendou aos países signatários que rejeitassem a

com a aprovação, no âmbito da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), da Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais.<sup>55</sup>

A concepção revisionista passava ao largo do aspecto ético-moral e permitia ao empresário investidor – sobretudo em países subdesenvolvidos – justificar o pagamento de vantagens ilícitas a agentes públicos, travestido como contribuição para a superação de normas abusivas, injustas ou economicamente ineficientes. Entretanto, ainda que do ponto de vista do particular a corrupção pudesse assegurar resultados mais eficientes, impossível desconsiderar o custo social mais amplo e as distorções de longo prazo gerados pela disseminação de práticas corruptas.

Na realidade, a ponderação entre os eventuais benefícios e malefícios da corrupção há de ser realizada sob a perspectiva da sociedade como um todo, na medida em que será ela a suportar os ônus gerados pelas condutas de agentes públicos corruptos e agentes econômicos corruptores. De mais a mais, dados empíricos demonstram que os benefícios ocasionais decorrentes da corrupção são superados – e muito – por seu impacto negativo e duradouro nas searas da eficiência, da distribuição de recursos, dos incentivos e da política.<sup>56 57</sup>

---

possibilidade de oferecer dedução tributária ao pagamento de suborno a agentes públicos no exterior. Veja-se Recommendation of the Council on the Tax Deductibility of Bribes to Foreign Public Officials (disponível, conforme acesso em 20/04/2021, no endereço eletrônico <[https://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?doclanguage=en&cote=c\(96\)27/final](https://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?doclanguage=en&cote=c(96)27/final)>).

<sup>55</sup> A referida convenção internacional foi incorporada ao ordenamento jurídico brasileiro por força do Decreto nº 3.678/2000. Para sua íntegra, consulte-se <[https://www.oecd.org/daf/anti-bribery/ConvCombatBribery\\_ENG.pdf](https://www.oecd.org/daf/anti-bribery/ConvCombatBribery_ENG.pdf)>, acesso em 20/04/2021.

<sup>56</sup> Cf. KLITGAARD, Robert. *Controlling Corruption*, p. 36.

<sup>57</sup> Aplicado o modelo econométrico desenvolvido para avaliar se, em um ambiente de baixa governança, a corrupção favoreceria ou prejudicaria o desenvolvimento econômico, concluiu-se pela segunda alternativa. Sobretudo quando o Estado de Direito é frágil e o governo ineficiente, a corrupção reduz os investimentos e o crescimento econômico, ainda que controlada a variável do volume de investimentos. Cf. SEKKAT, Khalid; MÉON, Pierre-Guillaume. “Does Corruption Grease or Sand the Wheels of Growth?”, in *Public Choice*, nº 122, 2005, p. 91 (disponível em <[https://projects.iq.harvard.edu/gov2126/files/meonsekkat\\_2006.pdf](https://projects.iq.harvard.edu/gov2126/files/meonsekkat_2006.pdf)>, acesso em 20/04/2021).

Susan Rose-Ackerman e Bonnie J. Palifka sublinham que a hipótese de lubrificação da economia pela corrupção se assenta sobre premissas falaciosas.<sup>58</sup> Primeiro, o argumento pressupõe que a atuação do agente público corrompido se limitará à execução mais rápida e eficiente das regras preexistentes. Desconsidera, portanto, a possibilidade de que venha a utilizar seu poder discricionário para tornar a situação dos agentes econômicos ainda mais onerosa e, assim, incrementar seu lucro ilícito.

De fato, a corrupção gera incentivos para que o agente público crie novos óbices burocráticos, capazes de gerar escassez, atrasos e exigências artificiais cada vez mais custosas, de modo a tornar o pagamento do suborno ainda mais atraente para o particular. Cuida-se, aliás, de prática muito comum na realidade da burocracia brasileira, sintetizada na expressão popular “criar dificuldades para vender facilidades”. Consequentemente, ao invés de “olear as engrenagens” da economia, a corrupção generalizada contribui para “emperrá-las” ainda mais, desestimulando o investimento e reduzindo o crescimento econômico.

Em segundo lugar, a corrupção não facilita o caminho para a modernidade; ao contrário, estimula a perpetuação do atraso. Por um lado, aumenta a resistência de agentes públicos a reformas institucionais que possam interferir em suas fontes ilícitas de receitas. De outro, quaisquer esforços em prol da consecução de maior transparência na confecção e aplicação das leis enfrentam a oposição de agentes econômicos que se beneficiam da corrupção a curto prazo.

Terceiro, em um cenário de tolerância generalizada com a corrupção, particulares passam a subornar agentes públicos não só com o intuito de evitar a incidência de regras ineficientes ou ilegítimas, mas sobretudo para escapar a quaisquer ônus, mesmo que justificados. Esvaziam-se, assim, os mecanismos institucionais de que todo país necessita, independentemente de seu nível de desenvolvimento, para assegurar a implementação da vontade popular,

---

<sup>58</sup> ROSE-ACKERMAN, Susan; PALIFKA, Bonnie J. *Corruption and Government*, pp. 83-87.

traduzida em normas aprovadas por representantes democraticamente escolhidos. Nenhum Estado pode operar eficientemente se ao particular for franqueado burlar normas que, de acordo com seus próprios critérios, julga ilegítimas ou ineficientes.<sup>59</sup>

Ainda que, como se vem de demonstrar, a corrupção seja extremamente danosa, sua eliminação total não parece ser uma meta possível nem desejável. Se a corrupção possui elevadíssimo custo social, seu combate pode gerar custos outros importantes, traduzidos no aumento de despesas com supervisões e auditorias, em maior lentidão em processos decisórios, no incremento de exigências burocráticas assecuratórias e assim por diante.<sup>60</sup> O objetivo do combate à corrupção não pode ser a purificação – integral e a qualquer custo – da Administração Pública, mas, isto sim, a melhoria consistente e progressiva de sua eficiência.<sup>61</sup>

## 2.2. Danos econômicos

Em suma, à medida em que se ampliam os estudos acerca do impacto da corrupção em países em desenvolvimento, acumulam-se as evidências de

---

<sup>59</sup> ROSE-ACKERMAN, Susan; PALIFKA, Bonnie J. *Corruption and Government*, p. 90.

<sup>60</sup> Neste sentido, ROSE-ACKERMAN, Susan; PALIFKA, Bonnie J. *Corruption and Government*, p. 126: “Reform efforts will be inefficient and wasteful unless the costs of corruption outweigh the costs of reform.” Também KLITGAARD, Robert. *Controlling Corruption*, p. 74: “The principal - this means you, the policymaker - has to analyse the extent of various kinds of corruption, assess their costs and possible benefits, and then undertake (costly) corrective measures up to the point where the marginal benefits in terms of reduced corruption match the marginal costs of the corrective measures.” (Em tradução livre: “O agente público – isso se refere ao legislador – deve analisar a extensão das várias modalidades de corrupção, examinar seus custos e possíveis benefícios, e a partir daí empreender (custosas) medidas corretivas até o ponto em que os benefícios marginais em termos de redução da corrupção equivalham aos custos marginais das medidas corretivas.”)

<sup>61</sup> “Like illness, corruption will always be with us. But as this sad fact does not keep us from attempting to reduce disease, neither should it paralyze efforts to reduce corruption. Corruption involves questions of degree. Countries and agencies have more and less corruption, and various kinds of illicit behavior are more and less harmful. We can do better in controlling corruption.” (KLITGAARD, Robert. *Controlling Corruption*, p. 7) (Em tradução livre: “Da mesma forma que as enfermidades, a corrupção estará sempre conosco. Mas, como essa triste realidade não nos afasta de tentar reduzir as enfermidades também não deve paralisar nossos esforços em prol da redução da corrupção. A corrupção se materializa em graus. Países e agências têm mais ou menos corrupção, e várias modalidades de ações ilícitas são danosas em maior ou menor grau. Podemos fazer melhor em termos de controle da corrupção.”)

que tal prática causa muito mais prejuízos do que benefícios à economia.<sup>62</sup> Indubitável, na atual quadra, que: i) a corrupção produz efeitos deletérios importantes; ii) apesar de se tratar de fenômeno global, são os países em desenvolvimento que sofrem as consequências nefastas de forma mais aguda.

À vista da aceitação ampla – ainda que por vezes meramente aparente – do ideário democrático, o grau de corrupção governamental tornou-se o principal critério apto a distinguir os diferentes sistemas políticos. A utilização do poder pelos administradores públicos em prol de seu próprio enriquecimento – ou em favor de seus familiares e amigos –, e em detrimento da consecução do interesse público geral, passou a mensurar o estágio evolutivo dos países.<sup>63</sup>

A corrupção pode ser considerada signo e concausa de subdesenvolvimento. Em países de vasta tradição política de uso da máquina pública com vistas ao enriquecimento pessoal, a situação ganha contornos dramáticos. Parcela substancial dos recursos públicos disponíveis, indispensáveis à superação das sérias dificuldades sócio-econômicas, é sistematicamente desviada, em detrimento do desenvolvimento nacional. Por outro lado, sob a perspectiva da geração de receita, porque falta confiabilidade às instituições, novos investimentos deixam de ser realizados, o que acaba por induzir ainda maior subdesenvolvimento.

A corrupção provoca desperdício de recursos públicos escassos, ao incrementar os custos de transação e alocar recursos de forma economicamente ineficiente. Especificamente no campo das licitações públicas, estima-se que países em desenvolvimento paguem de 20% a 100% a mais do que o custo real do bem ou serviço contratado.<sup>64</sup>

---

<sup>62</sup> KLITGAARD, Robert. *Controlling Corruption*, p. 36.

<sup>63</sup> Cf. FUKUYAMA, Francis. “What is corruption?”, in *Against Corruption. A book of essays*. London: Crown, 2016, p. 3.

<sup>64</sup> KLITGAARD, Robert. *Controlling Corruption*, p. 39: “For example, a typical finding is that because of corrupt procurement policies, governments in developing countries pay from 20 to 100 percent more than the price they would pay under noncorrupt conditions.”. (Em tradução livre: “Por exemplo, uma conclusão típica é que em virtude de políticas de compras públicas

Em 2016, o Fundo Monetário Internacional (FMI) estimou que o custo anual dos subornos representaria aproximadamente 2% do Produto Interno Bruto (PIB) mundial – entre USD 1,5 e 2 trilhões –, sob a ressalva de que os custos globais da corrupção são ainda maiores, dado que o pagamento de suborno é apenas uma das modalidades de corrupção existentes.<sup>65</sup>

O custo da corrupção não se restringe ao valor monetário despendido a mais pelo erário, que deixa de reverter em benefício da coletividade – é dizer, seu custo direto. Possivelmente ainda mais devastadores para o orçamento público são os custos indiretos da corrupção, na medida em que esta induz o administrador público a selecionar os projetos a implementar e os bens a adquirir em razão do potencial de vantagens ilícitas que poderão lhe proporcionar. Com a aquisição de bens e contratação de projetos de menor qualidade, os resultados obtidos com a despesa pública – porque não orientada ao benefício coletivo – serão inferiores ao desejável, frustrarão os objetivos da política pública e deixarão de atender ao interesse geral.<sup>66</sup>

Países com níveis elevados de corrupção investem recursos públicos de forma ineficiente: privilegiam investimentos improdutivos, como obras de infraestrutura excessivas e de baixa qualidade, e não investem o necessário no desenvolvimento do capital humano. A experiência brasileira é pródiga em

---

corruptas, governos de países em desenvolvimento dispendem de 20 a 100 por cento a mais do que o fariam em condições de não-corrupção.”)

<sup>65</sup> Cf. *Corruption: Costs and Mitigating Strategies*. International Monetary Fund, Fiscal Affairs and Legal Departments, p. 5 (<[https://www.imf.org/~media/Websites/IMF/imported-full-text-pdf/external/pubs/ft/sdn/2016/\\_sdn1605.ashx](https://www.imf.org/~media/Websites/IMF/imported-full-text-pdf/external/pubs/ft/sdn/2016/_sdn1605.ashx)>, acesso em 10/09/2020). Maria Cristina Pinotti adverte, no entanto, “que tanto as limitações das estimativas em relação à corrupção como a própria qualidade das apurações de Produto Interno Bruto impedem a mensuração precisa do impacto da corrupção sobre o desenvolvimento econômico”, classificando as estimativas sobre impacto da corrupção do PIB como “conjecturas sem bases sólidas” (PINOTTI, Maria Cristina. “Corrupção, Instituições e Estagnação Econômica: Brasil e Itália”, in PINOTTI, Maria Cristina (organizadora). *Corrupção: Lava Jato e Mãos Limpas*. São Paulo: Portfolio-Penguin, 2019, pp. 33-34).

<sup>66</sup> Cf. CARVALHO, Victor Aguiar de. *Cartéis em Licitações*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 17, nota 41. Exemplo dramático dos custos indiretos da corrupção, citado por Susan Rose-Ackerman e Bonnie J. Palifka, ocorreu na região chinesa de Sichuan em 2008. Por ocasião de um terremoto, embora os edifícios no entorno permanecessem intactos, as escolas desmoronaram, causando a morte de mais de cinco mil crianças. Segundo noticiado, administradores corruptos teriam desviado o material de construção destinado à construção das escolas e utilizado insumos de qualidade inferior (cf. *Corruption and Government*, p. 71).



exemplos de como a corrupção conduziu a investimentos desnecessários e contraproducentes. É o caso da construção de estádios de futebol para a Copa do Mundo de 2014, notadamente em localidades que não possuem demanda cotidiana para eventos de grande magnitude.<sup>67</sup> Na mesma toada, a construção da Refinaria Abreu e Lima, orçada inicialmente em USD 2,4 bilhões, consumiu USD 18,5 bilhões da Petrobras S.A., valor superior ao retorno econômico total obtível com o investimento, ainda que dita refinaria funcionasse a plena capacidade durante toda sua vida útil.<sup>68</sup>

Como se vê, a corrupção gera distorções nas políticas públicas, que passam a ser concebidas para possibilitar a extração do máximo de benefícios pelos governantes e os seus apaniguados, sem preocupação com a qualidade dos serviços públicos disponibilizados.<sup>69</sup> É possível que os serviços existentes se direcionem preferencialmente àqueles que pagam vantagens indevidas, o que resulta em oferta de qualidade inferior para os indivíduos mais necessitados, como também na frustração dos fins redistributivos da política pública. Os custos para a obtenção do serviço público tendem a aumentar, não somente em razão do pagamento de suborno – e dos custos envolvidos na organização e ocultação de tal atividade ilícita –, mas também pela criação artificial de dificuldades e de escassez, com vistas à extração de vantagens cada vez maiores.

No que diz respeito à distribuição de recursos, a corrupção acarreta sua realocação em favor daqueles que detêm mais poder e influência, em

---

<sup>67</sup> Os estádios Arena da Amazônia (Manaus/AM), Arena Pantanal (Cuiabá/MT), Arena das Dunas (Natal/RN), Arena Pernambuco (Recife/PE) e Mané Garrincha (Brasília/DF), cuja construção custou mais de quatro bilhões de reais, atualmente geram prejuízos anuais para os Estados em que situados, em razão das baixas receitas e dos elevados custos de manutenção (cf. <<https://www.bbc.com/portuguese/brasil-40226673>>, acesso em 06/03/2020).

<sup>68</sup> Veja-se <<https://www1.folha.uol.com.br/poder/2015/01/1576627-refinaria-de-abreu-e-lima-dara-prejuizo-de-us-32-bi.shtml?origin=folha>>, acesso em 08/06/2020.

<sup>69</sup> “A third sort of inefficiency occurs when, because of corruption, top government officials skew public policies to benefit themselves and a small number of cronies.” (KLITGAARD, Robert. *Corruption and Government*, p. 41). (Em tradução livre: “Um terceiro tipo de ineficiência ocorre quando, em virtude da corrupção, altos funcionários governamentais contornam políticas públicas para beneficiarem a si próprios e a um pequeno grupo de comparsas.”)

detrimento dos menos favorecidos.<sup>70</sup> Nesse cenário, a atuação do Estado volta-se à manutenção do poder político e econômico concentrado nas mãos de elites, em detrimento da abertura à livre iniciativa econômica.

Os custos indiretos da corrupção também podem decorrer dos riscos gerados pela distribuição de benefícios àqueles que não cumpririam os requisitos para sua obtenção. São exemplos a outorga de licenças para dirigir a motoristas sem treinamento adequado, ou a concessão de certificação de segurança contra incêndio a edificações que não contemplam os requisitos construtivos exigidos.

Na seara dos incentivos, a corrupção implica o redirecionamento da energia criativa para a burla do sistema, ao invés da busca de inovações que possam criar nova riqueza.<sup>71</sup>

Sob a perspectiva do ambiente de negócios, a corrupção gera incerteza e imprevisibilidade, pois esvazia a confiança indispensável à atração de novos investimentos. Mesmo aquele investidor que concorde com o pagamento de vantagens indevidas operará sob elevado grau de imprevisibilidade, por não dispor de meios para assegurar o cumprimento de acordos ilícitos – situação agravada no caso de ser duvidosa a permanência do agente corrupto no cargo.<sup>72</sup>

---

<sup>70</sup> “Corruption hurts life outcomes in a variety of ways. Economically, it diverts resources away from their most productive uses and acts like a regressive tax that supports the lifestyles of elites at the expense of everyone else.” (FUKUYAMA, Francis. “What is corruption?”, p. 3). (Em tradução livre: “A corrupção é prejudicial em diversas formas. Economicamente, ela desvia recursos de usos mais produtivos e age como um imposto regressivo que financia estilos de vida de elites em prejuízo dos demais.”) No mesmo sentido, cf. KLITGAARD, Robert. *Corruption and Government*, p. 41: “A second category of consequences of corruption is to redistribute resources. Most studies show that the rich and privileged benefit from corrupt schemes at the expense of the poor, the rural, and the disadvantaged.” (Em tradução livre: “Uma segunda categoria das consequências da corrupção é redistribuir recursos. A maior parte dos estudos demonstra que os ricos e privilegiados se beneficiam de esquemas corruptos em prejuízo dos pobres, do meio rural, e dos desamparados.”)

<sup>71</sup> Cf. FUKUYAMA, Francis. “What is corruption?”, p. 3: “Corruption incentivises the best and the brightest to spend their time gaming the system, rather than innovating or creating new wealth.” (Em tradução livre: “A corrupção incentiva o melhor e o mais inteligente a dedicar seu tempo para manipular o sistema, em vez de inovar ou criar nova riqueza.”)

<sup>72</sup> Cf. ROSE-ACKERMAN, Susan; PALIFKA, Bonnie J. *Corruption and Government*, p. 84: “(...) Corruption may contribute to an uncertain business climate. Risk-averse firms pay bribes to obtain certainty (Soreide 2009) – but the certainty may be illusory because they cannot enforce

Ademais, a corrupção reduz a competição no mercado, porquanto induz que informações e oportunidades econômicas sejam direcionadas somente aos *insiders* que participam dos acertos ilícitos. Em razão das vantagens a si conferidas pelos gestores públicos, agentes econômicos conluiados não raro conseguem expulsar do mercado competidores que, apesar de mais eficientes, não têm acesso às mesmas benesses, o que gera um problema de seleção adversa.

No que diz respeito à arrecadação tributária, a corrupção acarreta, para além da redução das receitas públicas, uma distribuição arbitrária e injusta de encargos financeiros, pois torna mais regressiva a carga tributária e aumenta a desigualdade. A alocação dos custos suportados pelos agentes econômicos não ocorre de acordo com critérios legais e impessoais, mas conforme os relacionamentos pessoais mantidos com os responsáveis pelo recolhimento de tributos. Tudo, por óbvio, sem possibilidade de escrutínio público, diante da natureza clandestina e sigilosa dos acordos para pagamento de vantagens.<sup>73</sup>

A corrupção gera um círculo vicioso: a redução do crescimento econômico e a falta de confiança no Estado servem como justificativa para novos atos de corrupção.<sup>74</sup> Análises comparativas entre as estatísticas de diversos países apontam que um grau elevado de corrupção, conforme medições do Índice de Percepção da Corrupção (IPC), está relacionado a

---

corrupt deals.” [Em tradução livre: “(...) A corrupção pode contribuir para um ambiente de negócios incerto. Empresas avessas ao risco pagam propinas para obter certeza (Soreide 2009) – mas a certeza poderá ser ilusória por que não poderão impor negócios corruptos”.]

<sup>73</sup> Cf. ROSE-ACKERMAN, Susan; PALIFKA, Bonnie J. *Corruption and Government*, pp. 83-84: “If firms’ and individuals’ vulnerability to corrupt demands varies, the result is an arbitrary and unfair pattern of payments. The sum of taxes and bribes would vary across taxpayers in a way that reflects the collector’s leverage, not the underlying tax rules. If taxpayers differ in their propensity and willingness to bribe and if the tax breaks given in return for the payoffs are not publicized, the result can be a system based on special favors given to some, but not others. Similarly, officials may create corrupt opportunities that harm the government.” (Em tradução livre: “Se a vulnerabilidade das empresas e dos indivíduos à corrupção varia, o resultado é um padrão de pagamentos arbitrário e injusto. A soma das taxas e propinas variaria entre os contribuintes de maneira a refletir o poder do coletor e não das normas tributárias subjacentes. Se os contribuintes se diferenciam em sua propensão e disposição para subornar e se os benefícios fiscais dados em contraprestação não são divulgados, o resultado poderá ser um sistema baseado em favores especiais dados a alguns mas não a outros. De forma similar, agentes públicos podem criar oportunidades de corrupção que prejudiquem o governo.”)

<sup>74</sup> Cf. ROSE-ACKERMAN, Susan; PALIFKA, Bonnie J. *Corruption and Government*, p. 36.

diversas consequências nocivas, tais como: i) índices menores de desenvolvimento humano<sup>75</sup>; ii) carga tributária mais elevada<sup>76</sup> e índices mais elevados de sonegação fiscal<sup>77</sup>; iii) maior desigualdade, a indicar a propensão das elites a subornar autoridades a fim de preservar seus privilégios<sup>78</sup>; iv) menor proteção ao meio ambiente e aos direitos humanos<sup>79</sup>; v) menor probabilidade de manutenção do equilíbrio orçamentário<sup>80</sup>; vi) pior desempenho em políticas públicas de educação<sup>81</sup>.

Alguns dos estudos que buscaram quantificar o impacto da corrupção sobre a produtividade econômica concluíram que: i) a redução de um ponto em índice de percepção de corrupção representa um aumento de 0,59% a 0,86% na evolução do produto interno bruto (PIB) per capita<sup>82</sup>; ii) o aumento de um ponto no índice de percepção de corrupção reduz o aumento do PIB em 0,13%, bem como o PIB per capita em USD 425<sup>83</sup>; iii) um desvio-padrão de redução no índice de corrupção está associado a um aumento na taxa de investimento de

---

<sup>75</sup> Cf. ROSE-ACKERMAN, Susan; PALIFKA, Bonnie J. *Corruption and Government*, p. 29.

<sup>76</sup> Cf. ROSE-ACKERMAN, Susan; PALIFKA, Bonnie J. *Corruption and Government*, p. 31, nota 44. Ressalva-se, contudo, a situação dos países nórdicos, onde cargas tributárias elevadas estão associadas a níveis baixos de corrupção. Segundo as autoras às páginas 34/35, os cidadãos em países democráticos somente estão dispostos a suportar níveis elevados de gasto público quando o governo demonstra honestidade e competência.

<sup>77</sup> Cf. ROSE-ACKERMAN, Susan; TRUEX, Rory. "Corruption and Policy Reform", in *Yale Law & Economics Research Paper*, nº 444, February 2012, p. 7 (disponível em <<https://ssrn.com/abstract=2007152>>, acesso em 18/05/2020).

<sup>78</sup> Cf. ROSE-ACKERMAN, Susan; PALIFKA, Bonnie J. *Corruption and Government*, p. 33.

<sup>79</sup> Cf. ROSE-ACKERMAN, Susan; PALIFKA, Bonnie J. *Corruption and Government*, p. 44. Veja-se também SELIGSON, Mitchell. "The Impact of Corruption on Regime Legitimacy: A Comparative Study of Four Latin American Countries", in *The Journal of Politics*, Vol. 64, Nº 2, May 2002, p. 410.

<sup>80</sup> Cf. ROSE-ACKERMAN, Susan; TRUEX, Rory. "Corruption and Policy Reform", p. 7.

<sup>81</sup> Municípios brasileiros com níveis mais elevados de corrupção apresentavam desempenho pior em testes padronizados, maiores graus de abandono escolar e de reprovação (cf. ROSE-ACKERMAN, Susan; TRUEX, Rory. "Corruption and Policy Reform", p. 8).

<sup>82</sup> No ponto, confira-se *Corruption: Costs and Mitigating Strategies*. International Monetary Fund, p. 5. Para Gyimah-Brempong, o impacto seria entre 0,75% e 0,90%. (cf. ROSE-ACKERMAN, Susan; TRUEX, Rory. "Corruption and Policy Reform", p. 3/4). Paolo Mauro estima que um aumento de corrupção por dois pontos geraria uma redução de 0,5% no Produto Interno Bruto (cf. SELIGSON, Mitchell. "The Impact of Corruption on Regime Legitimacy", p. 410).

<sup>83</sup> Cf. ROSE-ACKERMAN, Susan; TRUEX, Rory. "Corruption and Policy Reform", p. 3.

2,9% do PIB<sup>84</sup>; iv) um aumento de corrupção por dois pontos (em uma escala de 10) geraria uma redução do investimento em quatro pontos percentuais<sup>85</sup>.

Segundo estudo do Banco de Desenvolvimento Interamericano (BID), as notas atribuídas por agências de risco aos títulos da dívida pública possuem maior correlação com os coeficientes ligados ao controle da corrupção daquele país do que com outros indicadores econômicos, como proporção da dívida em relação ao PIB, balança de pagamentos ou redução da inflação.<sup>86</sup>

### 2.3. Danos à legitimidade democrática

Para além dos prejuízos econômicos, mais imediatamente perceptíveis e mensuráveis, a corrupção também possui efeitos insidiosos, em razão dos danos que provoca à legitimidade do sistema político, especialmente em regimes que se propõem a abraçar o ideário democrático.<sup>87</sup> Como Mark E.

---

<sup>84</sup> PINOTTI, Maria Cristina. “Corrupção, Instituições e Estagnação Econômica: Brasil e Itália”, in PINOTTI, Maria Cristina (organizadora). *Corrupção: Lava Jato e Mãos Limpas*. São Paulo: Portfolio-Penguin, 2019, p. 34.

<sup>85</sup> SELIGSON, Mitchell. “The Impact of Corruption on Regime Legitimacy”, p. 410.

<sup>86</sup> Cf. PANIZZA, Ugo. “The Use of Corruption Indicators in Sovereign Ratings”. Inter-American Development Bank, 2017, p. 15 (disponível, conforme acesso em 13/09/2020, no endereço eletrônico <<https://publications.iadb.org/publications/english/document/The-Use-of-Corruption-Indicators-in-Sovereign-Ratings.pdf>>): “The coefficients attached to the control of corruption variable indicate that a one-standard-deviation improvement in the indicator is associated with approximately a 2.5 notch increase in credit rating. This is much larger than the effect associated with a one-standard-deviation improvement in the other control variables. For instance, a one-standard-deviation reduction in the debt-to-GDP ratio is associated with a half a notch increase in rating, a one-standard-deviation improvement in the current account balance is associated with a 0.2 notch rating increase and a one-standard-deviation reduction in inflation is associated with a 0.75 notch increase in rating.” (Em tradução livre: “Os coeficientes relacionados ao controle da variável de corrupção indicam que a melhora de 1 ponto no desvio-padrão do indicador está associada a um aumento de aproximadamente 2.5 pontos em avaliação de crédito. Esse resultado é muito maior do que o efeito associado à melhora de 1 ponto no desvio-padrão em outras variáveis de controle. Por exemplo, a redução de 1 ponto no desvio-padrão relativo à razão Dívida-PIB está associada ao aumento de 0,5 ponto percentual na avaliação de crédito do país (*rating*); uma melhora de 1 ponto no desvio-padrão no balanço de pagamentos está associada a um aumento de 0.2% e 1 ponto no desvio-padrão de inflação está associado a 0,75% de melhora na avaliação de crédito (*rating*).”)

<sup>87</sup> FUKUYAMA, Francis. “What is corruption?”, p. 3: “Politically, corruption undermines the legitimacy of political systems by giving elites alternative ways of holding onto power other than genuine democratic choice. It hurts the prospects of democracy when people perceive authoritarian governments to be performing better than corrupt democratic ones and undermines the reality of democratic choice.” (Em tradução livre: “Politicamente, a corrupção desgasta a legitimidade dos sistemas políticos ao permitir às elites formas alternativas de se manter no poder diversas da escolha democrática genuína. As perspectivas da democracia são prejudicadas quando o povo reconhece que governos autoritários desempenham melhor suas

Warren explicita, a corrupção rompe a conexão entre a tomada de decisões coletivas e o poder da população de influenciá-las através de suas palavras e votos – vale dizer, o próprio elo que torna um Estado democrático.<sup>88</sup> Mesmo em democracias consolidadas, a revelação de escândalos de corrupção pode gerar a percepção de que o fenômeno está em expansão e erodir o apoio ao regime político.<sup>89</sup>

O risco político é ainda maior para as democracias recentes, onde a percepção de que a corrupção seja um fator sistêmico inerente ao regime, e não o desvio individual de um líder ou instituição política, pode enfraquecer o apoio à democracia enquanto forma de governo e aumentar o risco de regressão a um regime autoritário.<sup>90</sup>

Matthew Stephenson ressalta a complexa natureza da relação entre corrupção e democracia. Em um regime democrático, a realização de eleições periódicas supostamente oferece uma poderosa ferramenta de *accountability*, ao possibilitar a remoção de agentes políticos corruptos ou coniventes com a corrupção.<sup>91</sup> Não obstante, vários fatores minimizam a efetividade dessa ferramenta, a saber: i) a ausência de informação, seja porque são baixos os níveis de educação do eleitorado, seja pela inexistência de uma imprensa forte

---

funções do que governos democráticos corruptos e isso deteriora a realidade da escolha democrática.”)

<sup>88</sup> WARREN, Mark E. “What Does Corruption Mean in a Democracy?”, in *American Journal of Political Science*, Vol. 48, nº 2, Apr. 2004, p. 338, disponível no endereço eletrônico <<https://projects.iq.harvard.edu/gov2126/files/warrendemocracy.pdf>>, acesso em 25/09/2020: “The harms to democracy are direct and extensive: corruption of this sort severs representative linkages, breaks the relationship between deliberation and decision making, and undermines the creative elements of democratic conflict resolution”. (Em tradução livre: “Os danos à democracia são diretos e profundos: corrupção desse tipo rompe interconexões (*linkages*) representativas, quebra a relação entre deliberação e tomada de decisão, e desgasta os elementos criativos da solução democrática de conflitos.”)

<sup>89</sup> Sobre os efeitos da percepção de corrupção na Suécia, veja-se LINDE, Jonas; ERLINGSSON, GISSUR Ó. “The Eroding Effect of Corruption on System Support in Sweden”, disponível em <<https://onlinelibrary.wiley.com/doi/abs/10.1111/gove.12004>>, acesso em 25/09/2020.

<sup>90</sup> CANACHE, Damarys; ALLISON. “Corrupted Perceptions: The Effect of Corruption on Political Support in Latin American Democracies”, disponível, conforme acesso em 25/09/2020, em <[https://www.researchgate.net/publication/237541056\\_Corrupted\\_Perceptions\\_The\\_Effect\\_of\\_Corruption\\_on\\_Political\\_Support\\_in\\_Latin\\_American\\_Democracies](https://www.researchgate.net/publication/237541056_Corrupted_Perceptions_The_Effect_of_Corruption_on_Political_Support_in_Latin_American_Democracies)>.

<sup>91</sup> STEPHENSON, Matthew C. “Corruption and democratic institutions: a review and synthesis”, in ROSE-ACKERMAN, Susan Rose-Ackerman; LAGUNES, Paul Lagunes (editors). *Greed, Corruption, and the Modern State: Essays in Political Economy*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2015, p. 3.

e independente; ii) redução da participação de eleitores que se sintam desmotivados pela corrupção no processo político; iii) relevância de outros fatores de escolha, como competência técnica, alinhamento ideológico ou identidade étnica; iv) ausência de alternativas viáveis, inclusive pela percepção de que todos os candidatos seriam igualmente corruptos.<sup>92</sup>

A corrupção disseminada gera desigualdades no processo eleitoral, na medida em que o candidato que ocupe um cargo público, que lhe confira acesso a um fluxo de recursos ilícitos proporcionados pelos cofres do Estado, se encontra em posição muito mais vantajosa para arcar com os elevados custos de uma campanha eleitoral competitiva do que os seus concorrentes.<sup>93</sup> Além disso, o político corrupto usualmente se encontra em condições de distribuir favores materiais (cargos públicos ou benefícios assistenciais), que em países com instituições não plenamente desenvolvidas, são uma das formas mais efetivas de conquistar o apoio de um eleitor. Em resumo, a corrupção torna desigual a competição eleitoral e gera problemas de seleção adversa na seara política, na medida em que os candidatos que tenham possibilidade e predisposição para extrair quantidade de vantagens ilícitas do cargo público encontram maior facilidade para financiar sua campanha eleitoral e obter maior quantidade de votos, expulsando do jogo os candidatos que atuariam com integridade.

Em um cenário de pobreza generalizada e de instituições fracas, a corrupção induz a que bens e serviços públicos, que supostamente deveriam ser de acesso universal ou distribuídos por critérios impessoais, passem a ser administrados conforme os interesses personalistas dos agentes políticos.

---

<sup>92</sup> STEPHENSON, Matthew C. "Corruption and democratic institutions", pp. 4-6.

<sup>93</sup> Alguns autores argumentam que a intensificação da competitividade eleitoral, embora possa ser um indicador de fortalecimento da democracia, constitui também um importante fator para o aumento de custos das campanhas eleitorais – e, por via de consequência, do aumento da pressão para obter fontes ilegais de receita, provenientes de corrupção, que se destinem ao financiamento de campanhas eleitorais. Em corroboração a essa tese, a evidência empírica parece confirmar que, embora democracias antigas e com instituições consolidadas tenham índices baixos de corrupção, democracias mais recentes podem ter percepções de corrupção ainda mais elevadas do que regimes não-democráticos (Cf. STEPHENSON, Matthew C. "Corruption and democratic institutions", p. 16). Na mesma linha, veja-se a descrição de Michael Johnston sobre como a competição política aumentou a demanda por subornos na Coreia do Sul (JOHNSTON, Michael. *Syndromes of Corruption*, pp. 113-114).

Estabelecem-se, deste modo, relacionamentos de natureza clientelista, nas quais o agente político (“patrono”) provê bens e serviços do Estado em troca da lealdade de seus apoiadores políticos e eleitores (“clientes”). O clientelismo coloca o eleitor em uma relação de dependência em relação ao agente político e enfraquece seu papel como cidadão, pois abdica da participação ativa na condução da vida pública para ser um receptor passivo de benefícios materiais.

Segundo Donatella della Porta e Alberto Vannucci, a corrupção reduz a confiança na capacidade do governo de atender às demandas dos cidadãos.<sup>94</sup> Em um ciclo vicioso, a falta de confiança no governo também favorece a corrupção, na medida que transforma cidadãos em clientes e/ou corruptores, que buscam obter acesso a decisões públicas através de proteção privada.<sup>95</sup>

A partir de pesquisa realizada em quatro países latino-americanos, Mitchell Seligson demonstrou empiricamente existir uma correlação significativa entre maiores índices de vitimização de corrupção e uma menor percepção de legitimidade do regime político.<sup>96</sup> Segundo a pesquisa, os entrevistados que enxergavam a corrupção como um facilitador para superação de óbices administrativos demonstravam possuir graus ainda menores de confiança e legitimidade do sistema democrático.<sup>97</sup>

Para Mark E. Warren, sob uma perspectiva democrática, a corrupção deve ser vista como uma forma de exclusão ludibriosa (*duplicitous exclusion*), em contraposição à inclusão empoderada (*empowered inclusion*), que haveria de ser a norma da democracia. Uma democracia haveria de ser conduzida por processos inclusivos, nos quais todo indivíduo afetado por uma decisão tivesse igual oportunidade de influenciar o processo decisório. Porém, os corruptos utilizam o poder que lhes foi conferido para alocar recursos e encargos

---

<sup>94</sup> DELLA PORTA, Donatella; VANNUCCI, Alberto. *Corrupt Exchanges. Actors, Resources, and Mechanisms of Political Corruption*. New York: Aldine de Gruyter, 1999, p. 205.

<sup>95</sup> Como ressalta Johann Graf Lambsdorff, a ocorrência de corrupção é inversamente proporcional ao nível de confiança existente na sociedade (LAMBSDORFF, Johan Graf. *The institutional economics of corruption and reform*. New York: Cambridge University Press, 2007, p. 29)

<sup>96</sup> SELIGSON, Mitchell. “The Impact of Corruption on Regime Legitimacy”, p. 17.

<sup>97</sup> SELIGSON, Mitchell. “The Impact of Corruption on Regime Legitimacy”, p. 22.



públicos, de modo que lhe proporcionem vantagens às custas dos que foram excluídos do processo decisório. Em uma democracia, tal exclusão sempre haverá de ser oculta, pois a legitimidade da elite corrupta decorreria da observância da norma coletiva de inclusão: a corrupção da democracia diz com a ocultação de condutas públicas, como forma de excluir aqueles que teriam o direito de ser incluídos.<sup>98</sup>

### 3. Medição: Como Mensurar a Corrupção

O estudo empírico da corrupção carrega evidente dificuldade. Via de regra as condutas corruptas violam normas formais, de modo que, mesmo quando socialmente toleradas, costumam ser praticadas às escondidas. Se virtualmente impossível ao observador externo constatar e dimensionar a prática de tais comportamentos furtivos, pesquisadores do tema necessitaram construir indicadores que pudessem servir como substitutos à mensuração direta da corrupção.

Entre as ferramentas utilizadas na concepção de tais indicadores, a principal tem sido a realização de pesquisas junto a especialistas em governança pública e executivos de empresas multinacionais, combinada com avaliações de agências de risco. A medição mais consagrada a utilizar tal metodologia é o Índice de Percepção da Corrupção (CPI, na sigla em inglês), elaborado pela organização não governamental Transparência Internacional anualmente, que agrega dados de 13 fontes diferentes.<sup>99</sup>

No que concerne à percepção da qualidade de governança (*quality of governance*), destaca-se o Indicador de Controle de Corrupção (CCI), uma das 6 dimensões de governança consideradas na elaboração pelo Banco Mundial

---

<sup>98</sup> “Corruption of democracy is about actions being taken out of public view, as a means of excluding those who have rightful claims to be included.” “Corrupção da democracia são ações tomadas à margem do conhecimento público, como forma de excluir aqueles que têm direito de ser incluídos.” (WARREN, Mark E. “What Does Corruption Mean in a Democracy?”, p. 333)

<sup>99</sup> Para consulta à metodologia e às fontes utilizadas na elaboração do IPC 2020, confira-se o endereço <<https://www.transparency.org/en/cpi/2020/index/nzl>>, acesso em 25/07/2021.

do Indicador Mundial de Governança (WGI). O CCI – como os demais indicadores utilizados – funda-se em variadas fontes de dados, tais como institutos de pesquisa, organizações não governamentais, organizações internacionais, empresas do setor privado e *think tanks*.<sup>100</sup>

Outra fonte importante de informação é o Indicador de Risco de Corrupção do *International Country Risk Guide* (ICRG), desenvolvido pelo *PRS Group*. O ICRG toma em consideração riscos políticos – entre os quais a corrupção –, financeiros e econômicos, no intuito de orientar investidores estrangeiros. Apesar de não destinado à aferição do grau de integridade das Administrações Públicas, tem na corrupção política um de seus principais enfoques, à vista da ameaça que representa à estabilidade política dos países.<sup>101</sup>

O *Global Corruption Barometer* (GCB) elaborado pela Transparência Internacional, diferentemente, funda-se em entrevistas pessoais realizadas com cidadãos em geral. Os entrevistados manifestam sua percepção acerca da corrupção no setor público, mas são também questionados sobre: i) suas experiências pessoais como possíveis vítimas de práticas corruptas; ii) sua expectativa de pagar suborno para obter acesso a um determinado bem ou serviço público.<sup>102</sup> Interessante constatar que, em linhas gerais, há significativa correlação entre a percepção popular e a opinião de especialistas acerca da prevalência de corrupção em determinada sociedade.<sup>103</sup>

---

<sup>100</sup> Sobre o CCI e o WGI, consulte-se <<https://info.worldbank.org/governance/wgi/>>, acesso em 25/09/2020. Para aprofundamento, veja-se KAUFMANN, Daniel; KRAAY, Aart; MASTRUZZI, Massimo. “The Worldwide Governance Indicators: Methodology and Analytical Issues”, in *Policy Research Working Papers*, World Bank, September 2020, disponível no endereço <[https://www.researchgate.net/publication/215645597\\_The\\_Worldwide\\_Governance\\_Indicators\\_Methodology\\_and\\_Analytical\\_Issues](https://www.researchgate.net/publication/215645597_The_Worldwide_Governance_Indicators_Methodology_and_Analytical_Issues)>, acesso em 25/07/2021.

<sup>101</sup> Cf. <<https://www.prsgroup.com/wp-content/uploads/2012/11/icrgmethodology.pdf>>, acesso em 25/09/2020.

<sup>102</sup> Cf. <<https://www.transparency.org/en/gcb/latin-america/latin-america-and-the-caribbean-x-edition-2019>>, acesso em 25/09/2020.

<sup>103</sup> Cf. MUNGIU-PIPPIDI, Alina. “Introduction: identifying and explaining governance virtuous circles” in MUNGIU-PIPPIDI, Alina; JOHNSTON, Michael (editors). *Transitions to Good Governance. Creating Virtuous Circles of Anti-corruption*. Cheltenham: Edward Elgar, 2017, p. 7: “The high correlation between experts and public opinion surveys shows that awareness is generally high for everyone in corrupt countries, where journalists and ordinary people alike can fairly describe how ‘it works’.” (Em tradução livre: “A extensa correlação entre especialistas e pesquisas de opinião pública demonstra que a conscientização é geralmente alta para todos

No entanto, tal abordagem revela-se limitada, pois capaz de medir tão somente a corrupção praticada na base da hierarquia administrativa – chamada burocrática, porquanto ocorre junto aos agentes que interagem diretamente com o público em geral. Não lhe é possível aquilatar a corrupção que tem lugar nos gabinetes dos altos agentes públicos responsáveis pelo controle da despesa pública, sejam ocupantes de cargos eletivos e funcionários públicos de elevado escalão.

Por outro lado, medições que têm na percepção da corrupção seu principal critério podem referendar distorções. A percepção subjetiva tende a aumentar à medida em que escândalos midiáticos são revelados, mesmo em países com índices tradicionalmente baixíssimos, donde se conclui que os indicadores disponíveis podem não refletir perfeitamente a realidade da corrupção na Administração Pública.<sup>104</sup> Ao ver de Susan Rose-Ackerman e Bonnie J. Palifka, índices que se propõem a estabelecer comparações entre países são relevantes para despertar a consciência acerca da extensão do problema, mas não constituem critério útil para aferição do sucesso de políticas anticorrupção.<sup>105</sup>

---

em países corruptos, nos quais jornalistas e pessoas comuns indistintamente podem descrever de forma razoável como “as coisas funcionam.”)

<sup>104</sup> No ponto, cf. LINDE, Jonas; ERLINGSSON, Gissur. “The Eroding Effect of Corruption on System Support in Sweden”, in *Governance*, nº 24, October 2013, pp. 585-603 (disponível em <[https://www.researchgate.net/publication/261831265\\_The\\_Eroding\\_Effect\\_of\\_Corruption\\_on\\_System\\_Support\\_in\\_Sweden](https://www.researchgate.net/publication/261831265_The_Eroding_Effect_of_Corruption_on_System_Support_in_Sweden)>, acesso em 11/07/2020).

<sup>105</sup> ROSE-ACKERMAN, Susan; PALIFKA, Bonnie J. *Corruption and Government*, p. 36: “Unfortunately, even when the statistical difficulties are well handled, empirical regularities based on cross-country indices are of limited use to policy makers. They can raise consciousness about the negative impact of corruption on growth, productivity and the distribution of wealth, but they are of little use in designing anticorruption strategies.” (Em tradução livre: “Infelizmente, mesmo quando as dificuldades estatísticas são bem compreendidas, regularidades empíricas baseadas em índices entre países são de utilidade relativa para os legisladores. Essas regularidades empíricas podem aumentar a conscientização sobre os impactos negativos da corrupção no crescimento econômico, na produtividade e na distribuição de riqueza, mas são de menor utilidade para se planejar estratégias anticorrupção.”) À p. 20, as autoras afirmam: “(...) most of the sources behind the corruption measures are subjective and can be influenced by visible scandals that do not reflect underlying conditions. As a result, a worse score may reflect freedom of the press rather than necessarily higher ‘real’ levels of corruption.” (Em tradução livre: “(...) a maior parte das fontes por detrás das ações de corrupção são subjetivas e podem ser influenciadas por escândalos visíveis que não refletem condicionantes subjacentes. Como resultado, uma pontuação pior pode refletir mais liberdade de imprensa do que necessariamente níveis “reais” mais altos de corrupção.”)

Na busca por medições fundadas em dados fáticos (*fact-based measurements*), estudiosos têm evitado tentar medir diretamente a corrupção ou sua percepção, para se dedicar a avaliar em que medida as instituições públicas se encontram capacitadas e dispostas a exercer o controle e promover o combate à corrupção. Alina Mungiu-Pippidi, por sua vez, propõe extrair de processos de licitação e contratações públicas parâmetros indicativos do quanto a atuação da Administração Pública está contaminada por critérios personalistas – a partir, por exemplo, do volume de contratações realizadas sem processos competitivos prévios.<sup>106</sup>

De todo modo, mesmo da análise dos indicadores disponíveis é possível concluir que a imensa maioria dos países ainda padece de corrupção de forma generalizada. Dos 180 países avaliados pela Transparência Internacional em 2020, dois terços obtiveram pontuação abaixo de 50%, e apenas 22 pontuaram acima de 70%. O topo deste *ranking* é usualmente ocupado por países europeus que se modernizaram há mais tempo (países nórdicos, Suíça, Holanda, Alemanha, Áustria, Reino Unido, Irlanda, Bélgica, França), pelo Japão e pelas colônias anglo-saxãs (Nova Zelândia, Austrália, Canadá e Estados Unidos). Como mais adiante se explicitará, o Brasil se encontra em uma categoria intermediária na escala internacional das medidas de corrupção, em posição consideravelmente inferior a outros países de modernização recente, não somente no Leste Europeu como na América Latina e na África.<sup>107</sup>

#### 4. Classificações: Critérios Classificatórios da Corrupção

##### 4.1. Corrupção Burocrática e Corrupção Política

---

<sup>106</sup> Alina Mungiu-Pippidi propõe o uso de padrões de licitação pública para medições baseadas em fatos (*fact-based measurement*) do grau de particularismo em uma sociedade. Cf. MUNGIU-PIPPIDI, Alina. “Introduction: identifying and explaining governance virtuous circles”, p. 7.

<sup>107</sup> Cf. o endereço eletrônico <<https://comunidade.transparenciainternacional.org.br/ipc-indice-de-percepcao-da-corrupcao-2020>>, acesso em 20/06/2021.

No que concerne à escala, a corrupção do setor público pode ser classificada como: i) burocrática (*petty corruption* ou corrupção miúda, em tradução livre) – tem menor expressão econômica, porquanto praticada por agentes públicos de baixo escalão que mantêm contato direto com a população; ou ii) política (*grand corruption* ou corrupção graúda, em tradução livre) – praticada por agentes públicos poderosos, envolve somas vultosas de recursos públicos.

A corrupção burocrática vitimiza mais diretamente a população em geral, pois tem lugar em suas interações com agentes públicos no exercício do poder de polícia – a exemplo da exigência ou oferecimento de suborno ao policial ou ao fiscal de trânsito –, na arrecadação tributária – quando a vantagem indevida é recebida pelo coletor de impostos para que permita sua sonegação, por exemplo – ou mesmo na prestação de serviços públicos – caso do pagamento de suborno para obtenção de atendimento médico ou de vagas escolares. Ainda que praticada à sorrelfa, está-se diante de um tipo de corrupção mais perceptível ao cidadão médio, uma vez que diz com seu cotidiano.

A corrupção política, por seu turno, ocorre nos escalões mais elevados da Administração Pública, pois levada a cabo por gestores cujas decisões têm impacto significativo sobre os critérios de alocação dos benefícios e encargos distribuídos pelo Estado. Embora esta corrupção não ocorra à vista da população em geral – porquanto diz mais com as searas das compras governamentais, das concessões de serviços públicos e das políticas fiscais –, suas implicações negativas são suportadas por toda a coletividade, que arca com as consequências da ineficiência, do desperdício e do desvio de dinheiro público.<sup>108</sup>

---

<sup>108</sup> A depender de quem se beneficia da vantagem indevida, Inge Amundsen classifica as práticas corruptas como individuais (*individual* ou *private*) ou coletivas (*collective* ou *aggregated*). No primeiro caso, o agente público corrupto apropria-se da vantagem indevida para si, sua família ou seus amigos próximos. Na corrupção coletiva, governantes utilizam sua influência para permitir a apropriação de recursos públicos pelo grupo, classe, instituição ou organização a que pertencem – a exemplo de partidos políticos e estruturas administrativas. (AMUNDSEN, Inge. *Political Corruption: An Introduction to the Issues*. Michelsen Institute, 1999, pp. 4-5. Disponível em <<https://www.cmi.no/publications/file/1040-political-coiTuption.pdf>>, acesso em 21/06/2021). Como se vê, apesar de tais categorias não corresponderem à perfeição à classificação da corrupção em burocrática e política, a tangenciam fortemente.

Atos de corrupção burocrática podem estar interligados à corrupção política. É precisamente o que ocorre quando, em burocracias hierarquizadas, funcionários de estamentos mais baixos repassam parcela das vantagens ilícitas que auferem a seus superiores<sup>109</sup>, como contrapartida por sua nomeação e manutenção no cargo.<sup>110</sup> Como aponta Inge Amundsen, a corrupção tem vocação natural para a coletivização, na medida em que a adesão gradual e silenciosa ao comportamento corrupto costuma ser mais cômoda e menos custosa que o confronto. Paulatinamente, esquemas a princípio individuais e de pequena monta podem se estender a redes maiores e atingir cifras vultosas, a ponto de, no limite, redundarem na institucionalização da corrupção de grande escala, voltada à perpetuação do grupo dominante no poder.<sup>111</sup>

#### 4.2. Corrupção Baseada em Apropriação (Burocrática ou Política) e Corrupção Baseada em Trocas (Burocrática ou Política)

Yuen Yuen Ang propõe uma tipologia bidimensional da corrupção. Para além do eixo tradicional que contrapõe corrupção burocrática e corrupção política, a autora acrescenta uma segunda dimensão, consistente na distinção entre: i) corrupção baseada em apropriação (*corruption involving theft*), como o desvio de recursos públicos e a extorsão pura e simples, sem que benefícios sejam conferidos em contrapartida; e ii) corrupção baseada em trocas

---

<sup>109</sup> Como apontam Ray Fisman e Miriam A. Golden, entre os burocratas e os políticos há uma categoria intermediária de indicações políticas (*patronage appointments*), especialmente na chefia de órgãos públicos, cujos cargos são distribuídos por critérios de lealdade ao partido político ou ao governante (FISMAN, Ray; GOLDEN, Miriam A. *Corruption: What Everyone Needs to Know*. New York: Oxford University Press, 2017, p. 39).

<sup>110</sup> Cf. ROSE-ACKERMAN, Susan; PALIFKA, Bonnie J. *Corruption and Government*, p. 11: “Grand and petty corruption may be linked together in hierarchical bureaucracies; corruption at one level can support and encourage corruption elsewhere in the organization.”

<sup>111</sup> AMUNDSEN, Inge. *Political Corruption*, p. 5. Prossegue o autor, para explicitar que, à medida em que a corrupção se alastra, sua aceitação social também pode aumentar, a ponto de ser considerada esperada e inevitável. Considera que a corrupção política em altos escalões é extremamente contagiosa, na medida em que os estamentos mais baixos tendem a seguir o exemplo predatório – e mesmo as instruções – de seus superiores.

(*corruption involving exchanges*), como o pagamento de suborno a agentes públicos em troca da obtenção de vantagens lícitas ou ilícitas.<sup>112</sup>

Combinados esses dois eixos, Yuen Yuen Ang propõe a classificação da corrupção em quatro tipologias: i) apropriação miúda (*petty theft*), em que burocratas de baixo escalão extorquem pagamentos ou embolsam valores pouco significativos; ii) apropriação graúda (*grand theft*), em que as elites políticas que controlam as finanças estatais desviam ou se apoderam de verbas públicas expressivas; iii) compra de facilidades burocráticas (*speed money*), consistente no pagamento de pequenos subornos a burocratas, com vistas a contornar exigências ou agilizar a atuação estatal; e iv) compra de acesso (*access money*), em que particulares realizam pagamentos elevados, a fim de obter negócios lucrativos ou condições privilegiadas outorgados pelo poder público<sup>113</sup>. Esquemáticamente:

|                                             | <b>CORRUPÇÃO<br/>BUROCRÁTICA</b>   | <b>CORRUPÇÃO<br/>POLÍTICA</b> |
|---------------------------------------------|------------------------------------|-------------------------------|
| <b>CORRUPÇÃO BASEADA<br/>EM APROPRIAÇÃO</b> | Apropriação em pequena escala      | Apropriação em grande escala  |
| <b>CORRUPÇÃO BASEADA<br/>EM TROCAS</b>      | Compra de facilidades burocráticas | Compra de acesso              |

As subclassificações da corrupção com apropriação (*petty theft* e *grand theft*), assim como a compra de facilidades burocráticas (*speed money*), são quase universalmente consideradas ilegais. Ao revés, as trocas reciprocamente vantajosas entre agentes econômicos e agentes políticos (*access money*) podem se apresentar ilegais (como o pagamento de suborno para aprovação de projetos de lei, ou de comissão sobre o valor de contratos públicos para vencer licitações), ambíguas (a exemplo do tráfico de influência) ou mesmo legais (como o financiamento de campanhas políticas ou o estabelecimento de

<sup>112</sup> ANG, Yuen Yuen. *China's Gilded Age: The Paradox of Economic Boom and Vast Corruption*. Cambridge: Cambridge University Press, 2020, p. 7.

<sup>113</sup> ANG, Yuen Yuen. *China's Gilded Age*, pp. 8-10.

conexões políticas e econômicas, que podem se reverter em oportunidades lícitas de emprego e negócio).<sup>114</sup>

As modalidades difeririam, ainda, quanto aos danos que causam à economia. As tipologias de corrupção com apropriação (*petty theft* e *grand theft*) sempre gerariam perda de riqueza, com prejuízos imediatamente perceptíveis; a compra de facilidades burocráticas (*speed money*), por sua vez, funcionaria como um tributo sobre toda atividade econômica, ainda que gere facilidades pontuais àquele que paga o suborno. Entretanto, a compra de acesso (*access money*), porque produziria impactos negativos não perceptíveis de imediato, poderia coexistir com a expansão da atividade econômica, para além de estimular transações comerciais e a realização de investimentos, ainda que, a longo prazo, também produza efeitos econômicos nefastos.<sup>115</sup>

Sob a perspectiva dos empresários, a compra de acesso não equivaleria a um tributo, mas sim a um investimento, que lhes permitiria futuras vantagens negociais, como contratos com o poder público, privilégios fiscais, acesso a crédito ou favores regulatórios.<sup>116</sup> Sob a ótica dos agentes políticos, a compra de acesso serviria como uma forma de recompensa pela aceleração do crescimento econômico, a partir de uma relação de “prosperidade mútua”.<sup>117</sup>

Yuen Yuen Ang estabelece uma analogia da tipologia da corrupção com produtos farmacológicos: i) a corrupção com apropriação, seja em pequena ou em grande escala, seria uma “droga tóxica”, invariavelmente danosa; ii) a compra de facilidades burocráticas seria um “analgésico”, pois alivia a dor, mas não gera benefícios à saúde e, se consumido em excessivo, lhe é prejudicial; e iii) a compra de acesso seria um “anabolizante”, que pode induzir o crescimento à custa de perigosos efeitos colaterais – notadamente, a distorção

---

<sup>114</sup> ANG, Yuen Yuen. *China's Gilded Age*, p. 10.

<sup>115</sup> ANG, Yuen Yuen. *China's Gilded Age*, pp. 12 e 24.

<sup>116</sup> ANG, Yuen Yuen. *China's Gilded Age*, p. 145.

<sup>117</sup> ANG, Yuen Yuen. *China's Gilded Age*, pp. 43 e 144.



da alocação de recursos, o aumento de risco sistêmico e a exacerbação da desigualdade.<sup>118</sup>

A visão benevolente de Ang acerca da corrupção na modalidade de compra de acesso, a ponto de entendê-la compatível com o desenvolvimento econômico, decorre em grande medida de suas observações sobre a economia chinesa, marcada pela convivência entre capitalismo de compadrio e elevadas taxas de crescimento do produto interno bruto.<sup>119</sup> A autora não explica, todavia, o motivo pelo qual a mesma expansão econômica não ocorre em outros países em desenvolvimento – a exemplo do Brasil, África do Sul e Indonésia –, em que também prepondera a corrupção por compra de acesso.<sup>120</sup> Aqui, a analogia com um fármaco “anabolizante” não tem lugar, porquanto a compra de acesso não induziu ao aumento do investimento nem ao desenvolvimento econômico.

Muito ao revés. Via de regra, o capitalismo de compadrio está associado à criação de monopólios artificiais, à captura regulatória (com vistas à criação de barreiras de entrada) e à oferta de subsídios para atividades econômicas ineficientes. Tais hipóteses de alocação de recursos por conexões políticas e pessoais, entre outras tantas possíveis, asfixiam a competitividade e esvaziam a eficiência do mercado. A compra de acesso poderá, quando muito, se mostrar temporariamente compatível com o desenvolvimento econômico – ainda que dele não seja indutora –, especialmente em cenários de ascensão de elites de elevada capacidade tecnológica e empresarial voltadas ao mercado

---

<sup>118</sup> ANG, Yuen Yuen. *China's Gilded Age*, pp. 11-12.

<sup>119</sup> A autora traça um paralelo entre a evolução econômica da China a partir da década de 1990 e a chamada *Gilded Age* da história norte-americana, correspondente aos anos entre 1870 e 1900. Cuida-se de período em que o extraordinário crescimento econômico decorrente da industrialização e da expansão ferroviária nos Estados Unidos da América conviveu com a corrupção desenfreada, que viria a ser controlada através das reformas promovidas já na denominada *Progressive Era*, entre 1890 e 1920 (cf. ANG, Yuen Yuen. *China's Gilded Age*, pp. 181 e 191-192).

<sup>120</sup> De acordo com o índice desagregado de corrupção (*Unbundled Corruption Index – UCI*), proposto pela autora, a compra de acesso seria a forma predominante de corrupção nas economias mais avançadas, assim como na China e em outros mercados emergentes, notadamente Brasil, África do Sul e Indonésia. Por outro lado, a tipologia de compra de facilidades prevaleceria na Índia, Rússia, Bangladesh e Gana; a apropriação em grande escala na Nigéria e a apropriação em pequena escala na Tailândia (ANG, Yuen Yuen. *China's Gilded Age*, pp. 27 e 37).

internacional, cujos interesses se alinham com a expansão da atividade econômica.<sup>121</sup>

#### 4.3. Corrupção Oportunista e Corrupção Sistêmica

Quanto à sua abrangência, a corrupção pode ser classificada em: i) oportunista (ou pontual) – a conduta corrupta é uma exceção, um desvio tópico às normas de integridade, cuja obediência constitui a regra geral; ii) sistêmica (ou estrutural) – o comportamento corrupto é a regra geral, incorporada ao *modus operandi* de agentes públicos e instituições.

A eliminação completa da corrupção no setor público é inviável mesmo a países com democracias desenvolvidas e consolidadas. No entanto, neles o abuso da função pública se dá de forma pontual, praticado por indivíduos que, a despeito da ambiência de respeito às normas de integridade, tenham porventura vislumbrado uma oportunidade de lucro pessoal.<sup>122</sup> Por óbvio, tais comportamentos desviantes não de ser prevenidos, combatidos e punidos;

---

<sup>121</sup> KHAN, Mushtaq. *Political Settlements and the Governance of Growth-Enhancing Institutions*, July 2010, disponível em <[https://eprints.soas.ac.uk/9968/1/Political\\_Settlements\\_internet.pdf](https://eprints.soas.ac.uk/9968/1/Political_Settlements_internet.pdf)>, acesso em 20/06/2021, p. 71: “However, not all rents created by powerful entrepreneurs are necessarily damaging. Some high-capability entrepreneurs, particularly those whose markets are global, are likely to use political power to gain access to resources or government contracts in ways that assist them to accelerate their accumulation and technology acquisition strategies. The implementation of these particular strategies may face less resistance if the capitalists who benefit are well-connected. But these strategies are only feasible for capitalists who already have significant technological and entrepreneurial capabilities, and by definition they are few in number in most developing countries.” (Em tradução livre: “Entretanto, nem todas as rendas (*rents*) criadas por empresários poderosos são necessariamente danosas. Alguns empresários altamente capacitados, especialmente os que atuam no mercado global, estariam propensos a utilizar capital político para obter acesso a recursos ou contratos governamentais que possam de alguma forma auxiliá-los em suas estratégias para acelerar sua própria acumulação de recursos e aquisição de tecnologias. A implementação dessas estratégias em especial pode encontrar menos resistência se os capitalistas que dela se beneficiam forem bem-conectados. Mas essas estratégias serão somente factíveis para os capitalistas que já tenham capacidades empresariais ou tecnológicas significativas, e, por definição, esses são poucos na maior parte dos países em desenvolvimento.)

<sup>122</sup> Como esclarece John Joseph Wallis, algum grau de desvio de recursos públicos ou o recebimento de subornos por parte de agentes políticos, embora indesejável, jamais poderá ser de todo evitado: “Os venais sempre estarão entre nós, e a corrupção venal somente pode ser prevenida com eterna vigilância”. Veja-se WALLIS, John Joseph. “The Concept of Systematic Corruption in American History”, in GLAESER, Edward L.; GOLDIN, Claudia (editors). *Corruption and Reform: lessons from America's economic history*. Chicago: The University of Chicago Press, 2006, p. 52 (cf. <<https://www.nber.org/system/files/chapters/c9977/c9977.pdf>>, acesso em 17/07/2020).

todavia, é a corrupção sistêmica, pelas consequências sociais, políticas e econômicas trágicas que acarreta a países menos desenvolvidos, que merece maior atenção.

A corrupção sistêmica não é simplesmente a resultante do somatório de diversas condutas individuais desviantes. Tal perspectiva individualista revela-se reducionista, pois não dá conta de explicar a corrupção como regra do jogo, normalizada por agentes públicos e particulares.<sup>123</sup> Por isso, Alina Mungiu-Pippidi propõe que a concepção de corrupção como desvio da norma de integridade socialmente estabelecida tenha aplicação apenas quando sua manifestação é oportunista ou individual. Quando sistêmica, porque padrão de comportamento em ambientes de baixa qualidade de governança, a corrupção haveria ser compreendida sob viés institucional, enquanto prática ou instituição social.<sup>124</sup> Por “instituição”, aqui, não se está a entender as organizações sociais ou estatais, nem mesmo as normas oficialmente promulgadas pelo Estado. O termo é utilizado, isto sim, como sinônimo das regras do jogo efetivamente

---

<sup>123</sup> Nesse sentido, também Camila Vergara: “This alternative meaning of corruption should be seen as complementing, instead of replacing, political corruption as individual acts of misconduct by public officials, since particular instances of corruption are expressions of a universal phenomenon that cannot be reduced to their aggregation.” (cf. VERGARA, Camila. “Corruption as a Systemic Political Decay”, in *Philosophy & Social Criticism*, August 2019, p. 24 (<[https://www.researchgate.net/publication/335143720\\_Corruption\\_as\\_systemic\\_political\\_decay](https://www.researchgate.net/publication/335143720_Corruption_as_systemic_political_decay)>, acesso em 19/09/2020). (Em tradução livre: “Esse significado alternativo de corrupção deve ser considerado para complementar, em vez de substituir, corrupção política como atos individuais de má-conduta por agentes públicos, uma vez que níveis específicos de corrupção são expressões de um fenômeno universal que não pode ser reduzido à sua inclusão.”)

<sup>124</sup> MUNGIU-PIPPIDI, Alina. “Introduction: identifying and explaining governance virtuous circles” in MUNGIU-PIPPIDI, Alina; JOHNSTON, Michael (editors). *Transitions to Good Governance. Creating Virtuous Circles of Anti-corruption*. Cheltenham: Edward Elgar, 2017, p. 4: “Simply, but hopefully clearly, the widespread definition of corruption as ‘deviation’ from the norm of integrity applies to the individual level, while the discussion of governance orders is at a macro level. When corruption is the norm in a society, we need to understand it as a social practice or institution, not just a sum of individual corrupt acts. We call a country ‘corrupt’ when we find a governance regime where corruption is institutionalized as a rule of the game (...)” (Em tradução livre: “Simplesmente, mas claramente esperançosa, a definição amplamente difundida de corrupção como um ‘desvio’ da norma de integridade aplica-se no nível individual, enquanto a discussão de normas de governança está em nível macro. Quando a corrupção é a norma em uma sociedade, precisamos entendê-la como uma prática social ou instituição, não somente a soma de atos individuais corruptos. Chamamos um país de corrupto quando observamos que um regime de governança com corrupção institucionalizada é uma regra do jogo (...)”)

vigentes nas sociedades menos desenvolvidas, ainda que informais ou contraditórias às leis formais.<sup>125</sup>

Quando estruturalmente corrupto, o Estado não se dedica à geração e distribuição equânime de bens e riquezas à população em geral; ao revés, direciona-os, prioritariamente, àqueles que o comandam.<sup>126</sup> Em outros termos, a atuação governamental não está sujeita a normas formais de integridade pública, não se orienta à consecução do bem comum, nem se reporta à ética universal de que todos merecem tratamento imparcial, independentemente do grupo a que pertençam, das relações pessoais que cultivem ou de critérios distintivos particulares. Se revestida de viés sistêmico, a corrupção é um sintoma ou manifestação de um problema ainda mais profundo: instituições viciadas geram regimes de governo viciados, porquanto enredados pelo particularismo.<sup>127</sup>

No particularismo, segundo a terminologia desenvolvida por Mungiu-Pippidi, a alocação de bens públicos, como também as relações estabelecidas entre governo e governados e entre indivíduos em sociedade, baseiam-se fundamentalmente em *status*, influência e conexões de natureza pessoal, que se revertem em benefícios privados não justificados pelo mérito. Contrapõe-se ao universalismo ético, característico das sociedades modernas, em que a atuação do Estado e da sociedade é pautada pelos princípios da isonomia, da

---

<sup>125</sup> No ponto, veja-se GUIMARÃES, Sônia Karam. “Desenvolvimento econômico-social e instituições no Brasil”, in *Civitas*, Porto Alegre, v. 16, n. 2, abr.-jun. 2016, p. 262 (disponível em <<https://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/civitas/article/view/23112/14822>>, acesso em 19/09/2020: “As instituições são concebidas por [Douglass C.] North como normas e regras que influenciam o comportamento dos agentes/jogadores, por meio de estruturas de incentivos/recompensas, na expectativa de que se criem ambientes de cooperação que reduzam os custos de transação (complexidade social, racionalidade limitada, incerteza, oportunismo). Podem ser regras formais como, constituições e leis ou, restrições informais, como normas de comportamento, crenças, percepções e expectativas.”

<sup>126</sup> Camila Vergara faz uma análise interessante da ideia de corrupção sistêmica desde a Grécia Antiga até a atualidade. A seu ver, a corrupção sistêmica é fator de paulatina “oligarquização” da estrutura política, mesmo em democracias liberais (VERGARA, Camila. “Corruption as a Systemic Political Decay”, p. 34).

<sup>127</sup> Na mesma linha, Guillermo O'Donnell afirma que o particularismo é uma instituição “extremamente influente, informal e por vezes oculta”, que abrange várias espécies de relacionamentos não-universais, tais como patronagem, nepotismo e favores que, segundo as regras formais, haveriam de ser considerados corruptos (cf. O'DONNELL, Guillermo. “Illusions About Consolidation”, in *Journal of Democracy*, Volume 7, Number 2, April 1996, p. 39).

impessoalidade e da imparcialidade, de modo que prevalecem fatores alocativos mais objetivos, como preço, mérito e paridade.

Aos regimes em que a corrupção é institucionalizada como regra do jogo, porquanto baseada no particularismo, a autora opõe aqueles que alcançaram o patamar que denomina “controle da corrupção”, pois capazes de: i) conter comportamentos corruptos; ii) impor aos agentes públicos o cumprimento de normas integridade individual; iii) prevenir a captura do Estado por interesses particulares; e iv) promover o interesse público e o bem comum.<sup>128</sup> Na mesma linha, Bo Rothstein e Aiysha Varraich se referem à “boa governança como imparcialidade” (*quality of government as impartiality*) em antítese à corrupção sistêmica que floresce no particularismo.<sup>129</sup>

Como aponta Guillermo O'Donnel, modelos institucionais como o particularismo podem se mostrar resilientes, sobretudo quando historicamente enraizados, a ponto de nem mesmo a realização de eleições livres e competitivas ser capaz de superá-los.<sup>130 131</sup> Pelo contrário, a oportunidade de,

---

<sup>128</sup> MUNGIU-PIPPIDI, Alina. “Introduction: identifying and explaining governance virtuous circles” in MUNGIU-PIPPIDI, Alina; JOHNSTON, Michael (editors). *Transitions to Good Governance*, p. 4.

<sup>129</sup> ROTHSTEIN, Bo; VARRAICH, Aiysha. *Making Sense of Corruption*. Cambridge: Cambridge University Press, 2017, pp. 135-148, *passim*. Ao ver dos autores, o conceito de boa governança como imparcialidade haveria de ser estritamente procedimental, de molde a permitir sua aplicação independentemente da teoria material de justiça adotada pelo intérprete. Veja-se à p. 140: “What is presented here is thus not the grand ambition that Barry, Rawls and other political philosophers have pursued, namely, to construct a universal theory of social and political justice. The ambition is more modest, namely, to construct a theory of what should count as the opposite of corruption, that is, as QoG [Quality of Governance]. The implication is that when a policy has been decided upon by the representative democratic system, be it deemed just or unjust according to whatever universal theory of justice one would apply, QoG implies that it has to be implemented in accordance with the principle of impartiality.” (Em tradução livre: “O que foi apresentado aqui não é, portanto, apenas a grande ambição pela qual Barry, Rawls e outros cientistas políticos aspiram, nomeadamente a construção de uma teoria universal de justiça política e social. A ambição é mais modesta, a saber, construir uma teoria que possa representar o oposto da corrupção, qual seja, como a QoG (Qualidade de Governança – *Quality of Governance*). A consequência é que quando uma política foi decidida pelo sistema democrático representativo, ela seja considerada justa ou injusta em conformidade com alguma teoria universal de justiça que se aplique; a QoG resulta que deve ser implementada em conformidade com o princípio da imparcialidade.”)

<sup>130</sup> Cf. O'DONNELL, Guillermo. “Illusions About Consolidation”, p. 42: “Institutions are resilient, especially when they have deep historical roots; particularism is no exception. Particularism is a permanent feature of human society; only recently, and only in some places and institutional sites, has it been tempered by universalistic norms and rules. In many new polyarchies, particularism vigorously inhabits most formal political institutions, even if elections are decided by universalistic voting.” (Em tradução livre: “As instituições são resilientes, especialmente quando têm raízes históricas profundas; o particularismo não é exceção. O particularismo é uma característica permanente da sociedade humana; apenas recentemente, e apenas em alguns lugares e instituições, ele foi temperado por normas e regras universalistas. Em muitas novas poliarquias, o particularismo vigorosamente habita a maioria das instituições políticas formais, mesmo se as eleições forem decididas por voto universalista.”)

mantido o *status quo*, vir a extrair vantagens – lícitas ou ilícitas – do Estado, torna-se o principal móvel de muitos políticos que se lançam na disputa pelo poder político em pleitos eleitorais.<sup>132</sup> Em cenários que tais, o principal desafio não está em remover um governante corrupto, mas prevenir que seus sucessores sigam pelo mesmo caminho.

Está-se diante de um círculo vicioso: uma vez que ao gestor público seja possível utilizar critérios personalistas para decidir como distribuir custos e benefícios, evidente que será o próprio agente público e aqueles com quem mantém relacionamento próximo – por motivo de parentesco, afeto ou parceria econômica – os beneficiados em primeiro lugar. Com isso, o pagamento de vantagens ilícitas ao gestor passa a ser a melhor opção disponível àqueles indivíduos que não integram o estreito círculo que o circunda. E, à vista da constatação de que apenas apaniguados e corruptores conseguem prosperar,

---

quando têm profundas raízes históricas; particularismo não constitui exceção. O particularismo é uma característica permanente da sociedade humana; só recentemente, e apenas em alguns lugares e sítios institucionais, foi harmonizado por normas e regras universalísticas. Em diversas novas poliarquias, o particularismo habita de forma vigorosa a maior parte de instituições políticas formais, até mesmo se as eleições são decididas por sufrágio universal.”)

<sup>131</sup> MUNGIU-PIPPIDI, Alina. “Controlling Corruption Through Collective Action”, in *Journal of Democracy*, Volume 24, Number 1, January 2013, p. 101: “Democratization is increasingly producing a new type of regime - one in which rulers who monopolize power and treat the state as their own patrimony are succeeded by competing political groupings or parties that practice a similarly nonuniversal allocation of public resources based on patronage, nepotism, and the exchange of favors. In a previous article in these pages, I labeled the main governance norm in such regimes ‘competitive particularism’. For despite the presence of political pluralism and contested elections in these societies, ethical universalism fails to take hold as the main rule of the game, and winners of the political process, in their turn, treat the state as the major source of spoils, feeding off the public resources that they divert toward their clients.” (Em tradução livre: “A democratização está paulatinamente produzindo um novo tipo de regime – no qual os governantes que monopolizam o poder e tratam o Estado como seu próprio patrimônio estão sendo sucedidos por grupos políticos ou partidos que competem entre si e praticam, similarmente, uma alocação de recursos públicos não-universal baseada em apadrinhamento, nepotismo e troca de favores. Em um artigo prévio nestas mesmas páginas, rotulei a principal norma de governança nesses regimes como “particularismo competitivo”. Uma vez que, a despeito da presença de pluralismo político e eleições contestadas nessas sociedades, o universalismo ético falha ao se firmar como principal regra do jogo, e os vencedores do processo político, por sua vez, tratam o Estado como sua maior fonte de despojos, tirando proveito dos recursos públicos que desviam em benefício de seus clientes.”)

<sup>132</sup> “The predominance of particularism in a democracy also implies that political parties and candidates will get favors from private parties to aid their rise to power and will reciprocate once in control of public resources – and this will be a systemic and salient feature of the political system.” (MUNGIU-PIPPIDI, Alina. *The Quest for Good Governance*, p. 16) (Em tradução livre: “A predominância do particularismo numa democracia também pressupõe que partidos políticos e candidatos obterão favores de grupos privados para auxiliar na sua ascensão ao poder e irão reciprocá-los uma vez que controlem os recursos públicos – e isso será uma feição proeminente e sistêmica do sistema político.”)

mais e mais indivíduos sentir-se-ão incentivados a admitir a corrupção como regra do jogo inexorável.

Para além do particularismo, outras concepções costumam ser adotadas para descrever regimes em que a corrupção tem viés sistêmico ou institucional. Ainda que não perfeitamente intercambiáveis, são conceitos próximos: i) neopatrimonialismo; ii) ordem de acesso limitado; e iii) instituições extrativas.

Introduzido nos anos de 1970 por Shmuel N. Eisenstadt, o conceito de neopatrimonialismo pretende atualizar a concepção weberiana, umbilicalmente associada a regimes patriarcais e de viés tradicionalista.<sup>133</sup> Se formalmente tenta aparentar modernidade, legalidade e racionalidade burocrática, através da adoção de estruturas que lhes são típicas, o neopatrimonialismo, na essência, mantém borrados os limites entre público e privado.<sup>134</sup> O processo decisório – aí compreendida a atribuição de cargos, contratos e recursos públicos – permanece orientado pelas preferências pessoais do detentor do poder, que dá guarida a práticas típicas de patronagem e clientelismo.<sup>135</sup>

---

<sup>133</sup> Na lição clássica de Max Weber, o regime patrimonialista é caracterizado pela confusão entre o patrimônio público e o patrimônio pessoal do governante.

<sup>134</sup> Cf. FUKUYAMA, Francis. “What is corruption?”, in *Against Corruption. A book of essays*. London: Crown, 2016, p. 5: “(...) Hence we have the phenomenon that political scientists label ‘neo-patrimonialism’ – in which political leaders pretend to be modern servants of the common good in political systems with modern trappings like parliaments, ministers and bureaucracies. But the reality is that elites enter politics to extract rents or resources and enrich themselves and their families at the expense of everyone else.” (Em tradução livre: “Assim temos o fenómeno ao qual cientistas políticos chamam de “neo-patrimonialismo” – em que os líderes políticos fingem ser servidores modernos do bem público em sistemas políticos com feições modernas tais como parlamentos, ministérios e burocracias. Mas, a realidade é de que elites ingressam na política para extrair rendas ou recursos e enriquecerem a si próprios e suas famílias às custas de todos os demais.”)

<sup>135</sup> AMUNDSEN, Inge. *Political Corruption*, p. 9: “Clientelism is a basic feature of the neo-patrimonial system. This is the sophisticated hierarchic network of patron-client relationships through which the patrons grant services, positions, and public support to his clients, in exchange for political and material support. These clientelist ‘networks of reciprocities’ or ‘nets of interaction’ are used by patrons at different levels to build support through the extraction and distribution of wealth and prestige, constructing a pyramid of social differentiation.” (Em tradução livre: “O clientelismo é uma característica básica do sistema neo-patrimonial. Essa é a sofisticada rede hierárquica de relacionamentos patrono-cliente pela qual os patronos concedem serviços, posições, e apoio público aos seus clientes, em troca de apoio político e material. Essas ‘redes de reciprocidade’ clientelistas ou ‘redes de interação’ são utilizadas pelos patronos em níveis diferentes para construir apoios por meio da extração e distribuição de riqueza e prestígio, erigindo uma pirâmide de diferenciação social.”) Para uma distinção conceitual entre patrimonialismo, patronagem, clientelismo e corrupção, confira-se ROTHSTEIN, Bo; VARRAICH, Aiysha. *Making Sense of Corruption*, pp. 80-93.

Segundo Douglass C. North, John Joseph Wallis, Steven B. Webb e Barry R. Weingast, nos países em que vige uma ordem de acesso limitado, os sistemas social, econômico e político têm por premissas a imposição de restrições à entrada e a criação de “rendas econômicas” – do inglês *rent*, que, em tradução livre, significa o ganho excedente obtido artificialmente na alienação de bens, mormente quando resultante de favores governamentais (a exemplo da criação de monopólios e da concessão de benefícios fiscais).<sup>136</sup> Com a superação da ordem social primitiva, característica de sociedades de coletores e caçadores, a membros da elite passaram a se coligar em prol da manutenção da ordem e do controle da violência. Para tanto, se utilizam das rendas econômicas resultantes da manipulação da economia pelo sistema político da vez, a que, evidentemente, prestam apoio.<sup>137</sup> De acordo com os autores, alguns países conseguiram evoluir para uma ordem de acesso aberto, marcada pelo livre acesso de todos os cidadãos às atividades econômicas e políticas, pela intensa competição política e econômica e pela aplicação imparcial da lei a todos.<sup>138</sup>

---

<sup>136</sup> John Joseph Wallis (“The Concept of Systematic Corruption in American History”, p. 25) distinguiu entre corrupção sistemática (*systematic corruption*) e corrupção venal (*venal corruption*). Quando *sistemática*, a corrupção corresponderia à manipulação das condições econômicas para fins políticos (“*when politics corrupts economics*”); se venal, manifestar-se-ia na manipulação do processo político para a consecução de interesses econômicos privados (“*when economics corrupts politics*”).

<sup>137</sup> Cf. NORTH, Douglass C.; WALLIS, John Joseph; WEBB, Steven B.; WEINGAST, Barry R. “Limited Access Orders in the Developing World: A New Approach to the Problems of Development”, in *The Policy Research Working Paper Series*. The World Bank Independent Evaluation Group, Country Relations Division, September 2007, p. 6 (disponível em <<https://openknowledge.worldbank.org/bitstream/handle/10986/7341/WPS4359.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>, acesso em 15/03/2020): “(...) Those countries in the limited access order (LAO) have social, economic, and political systems based on limited entry and rent-creation. Elites in limited access orders use rents to maintain order and to hold the social order together. The political system manipulates the economy to generate rents that bind the interests of economic actors to support the current political system.” (Em tradução livre: “Esses países na ordem de acesso limitado (LAO – *limited access order*) têm sistemas sociais, econômicos e políticos baseados em ingresso limitado (*limited entry*) e criação de rendas (*rent-creation*). As elites na LAO usam rendas para manter o *status quo* e garantir a coesão social. O sistema político manipula a economia para gerar rendas e aglutinar os interesses dos agentes econômicos para que estes continuem a apoiá-lo.”)

<sup>138</sup> É nítida a conexão entre a ordem de acesso limitado e a ausência de impessoalidade na atuação estatal. Cf. NORTH, Douglass C.; WALLIS, John Joseph; WEBB, Steven B.; WEINGAST, Barry R. “Limited Access Orders in the Developing World”, p. 26: “Open access orders have the ability to create and sustain impersonal exchange, in politics, economics, and in government administration: open access orders can issue driver’s licenses and similar public goods to people based on relatively objective administrative criteria. In the LAO’s [limited access order’s] personal exchange systems, the logic of the LAO creates incentives such that the delivery of government services always depends on whom the recipient is connected to. LAO bureaucracies and judiciaries find it difficult, if not impossible, to deliver services according



Já na conceituação de Daron Acemoglu e James A. Robinson, são extrativas as instituições econômicas concebidas para extrair renda e riqueza da sociedade em geral, a fim de beneficiar uma pequena elite. Constituem fator causal determinante do subdesenvolvimento econômico dos países, pois operam para concentrar poder e recursos nas mãos de poucos, ainda que à custa do empobrecimento do restante da sociedade. Em contraposição, as instituições econômicas inclusivas asseguram a distribuição do poder político e a igualdade de oportunidades econômicas. A tais categorias de instituições econômicas correspondem instituições políticas extrativas ou inclusivas, a depender da concentração – ou não – do poder político nas mãos da elite e da imposição de limites ao exercício desse poder.<sup>139</sup>

## 5. Modelos Teóricos: Diferentes Teorias e sua Aplicação Prática

---

to impersonal criteria. This is not necessarily because the bureaucrats or judges are personally corrupt, but because the system of incentives created by the social order offers them little or no opportunity to change.” (Em tradução livre: “Ordens de acesso aberto criam e sustentam intercâmbios interpessoais, na política, economia, e na administração pública: ordens de acesso abertas garantem a emissão de licenças para condução de motoristas e serviços públicos congêneres baseados em critérios administrativos relativamente objetivos. Nos sistemas de intercâmbio interpessoal caracterizados pelas OALs (“ordem de acesso limitado”), a própria lógica da LAO cria incentivos para que a prestação de serviços governamentais sempre dependa de quem o beneficiário do serviço está conectado. As burocracias e judiciários OAL encontram dificuldade, senão total impossibilidade, de prestar serviços de acordo com critérios impessoais. Isso não ocorre necessariamente em razão de os burocratas ou magistrados serem pessoalmente corruptos, mas por que o sistema de incentivos criados pela ordem social lhes dá pouca ou nenhuma oportunidade de mudança.”)

<sup>139</sup> ACEMOGLU, Daron; ROBINSON, James A. *Why Nations Fail. The Origins of Power, Prosperity, and Poverty*. New York: Crown Business. 2012, p. 81: “There is strong synergy between economic and political institutions. Extractive political institutions concentrate power in the hands of a narrow elite and place few constraints on the exercise of this power. Economic institutions are then often structured by this elite to extract resources from the rest of the Society. Extractive economic institutions thus naturally accompany extractive political institutions. In fact, they must inherently depend on extractive political institutions for their survival. Inclusive political institutions, vesting power broadly, would tend to uproot economic institutions that expropriate the resources of the many, erect entry barriers, and suppress the functioning of markets so that only a few benefit.” (Em tradução livre: “Há uma forte sinergia entre instituições econômicas e políticas. Instituições políticas extrativas concentram poder nas mãos de uma elite restrita e colocam poucos obstáculos ao exercício desse poder. Instituições econômicas são frequentemente estruturadas por essa elite para extrair recursos do restante da sociedade. Instituições econômicas extrativas, portanto, acompanham, naturalmente, instituições políticas extrativas. De fato, essas dependem de forma inerente de instituições políticas extrativas para sua sobrevivência. Instituições políticas inclusivas, ao conceder poder de forma ampla, tenderiam a extirpar instituições econômicas que expropriam os recursos de muitos, erigem barreiras de ingresso, e suprimem o funcionamento de mercados de modo que somente poucos se beneficiem.”)

É da essência da metodologia científica procurar encontrar padrões de comportamento e, a partir de generalizações, elaborar modelos teóricos capazes de prever comportamentos futuros. Aqui, os modelos teóricos são utilizados para tentar apreender as motivações e condicionantes da conduta corrupta, possibilitando a proposição de medidas práticas coibitivas.

### 5.1. A corrupção individualizada como um problema agente-principal

O primeiro modelo teórico empregado pela doutrina para compreensão da corrupção – e, por conseguinte, para o desenvolvimento de mecanismos de combate – é aquele denominado agente-principal (*agent principal problem*). Nele são tomadas em conta duas personagens: i) o principal, titular de um direito ou interesse; e ii) o agente, aquele a quem o principal encarrega a administração de seu interesse ou direito.

O “problema agente-principal” se coloca quando: i) os interesses do agente não estão alinhados aos interesses do principal; e ii) há assimetria de informação entre principal e agente. O desalinhamento de interesses ocorre quando a atuação do agente puder gerar para si oportunidades de enriquecimento pessoal às custas do principal, a caracterizar o “risco moral” de deslealdade. Por outro lado, normalmente é o agente que, por estar à frente das operações administrativas, tem maior e melhor conhecimento de suas reais condições. Logo, o principal dispõe de uma capacidade bastante reduzida de monitoramento das decisões do agente, o que facilita o abuso de função e dificulta a eventual aplicação de punição. A corrupção caracterizar-se-ia, portanto, pela quebra de confiança entre principal e agente.<sup>140</sup>

---

<sup>140</sup> Cf. KLITGAARD, Robert. *Controlling Corruption*, p. 24: “First, this approach defines corruption in terms of the divergence between the principal’s or the public’s interests and those of the agent or civil servant: corruption occurs when an agent betrays the principal’s interests in pursuit of her own. Second, this approach stresses that corruption is a matter of degree and trade-offs: the principal wants to induce the optimal degree of corruption.” (Em tradução livre: “Primeiramente, essa abordagem define corrupção como a divergência entre o interesse principal ou o interesse público e os do agente ou funcionário público: a corrupção ocorre quando um agente trai o interesse principal em busca do seu próprio. Secundariamente, essa abordagem enfatiza que a corrupção é uma questão de grau e de *trade-offs*: o principal pretende induzir o grau ótimo de corrupção.”)

Imagine-se, à guisa de exemplo, um fiscal tributário que receba suborno para deixar de cobrar determinado imposto. Ele, na posição de agente, coloca seu enriquecimento pessoal acima do interesse público, valendo-se do fato de que seus órgãos superiores e de controle – aqui considerados como principal – não conhecem e nem teriam condições de aferir o valor real do tributo devido pelo contribuinte.

Na corrupção burocrática, como se vê, o principal será o líder político ou superior hierárquico, que têm suas instruções desrespeitadas por funcionários de escalões inferiores. Em cenários de corrupção política ou sistêmica, entretanto, em que o próprio líder político ou superior hierárquico é corrupto, o principal será a sociedade como um todo.

Na perspectiva agente-principal, a corrupção é vista como uma escolha racional de agentes públicos e econômicos, orientada à maximização de seus interesses particulares e tomada a partir da ponderação entre os custos e benefícios potenciais das condutas possíveis.<sup>141</sup> Como bem resume Robert Klitgaard, segundo tal modelo teórico agentes públicos e econômicos atuarão de forma corrupta quando os prováveis benefícios líquidos decorrentes de seu comportamento vierem a superar os prováveis custos líquidos que precisarem suportar.<sup>142</sup>

Sob essa ótica, a corrupção é considerada principalmente como uma conduta individual: dado que a atuação dos agentes públicos e econômicos é

---

<sup>141</sup> No ponto, veja-se KLITGAARD, Robert. *Controlling Corruption*, p. 69: “The principal-agent-client model asks us to take an economic approach to corruption. An agent will be corrupt when in her judgement her likely benefits from doing so overweigh the likely costs. Similarly, a client will engage in bribery or other forms of illicit behavior when the benefits to him outweigh the costs to him.” (Em tradução livre: “O modelo principal-agente-cliente nos demanda privilegiar uma abordagem econômica para a corrupção. Um agente será corrupto quando, em seu julgamento, seus prováveis ganhos excedem os custos envolvidos. Similarmente, um cliente se engajará em suborno ou outras formas de comportamento ilícito quando os benefícios para este superem seus custos.”)

<sup>142</sup> KLITGAARD, Robert. *Controlling Corruption*, p. 22: “What makes this an economic model is the following proposition: the agent will act corruptly when her likely net benefits from doing so outweigh the likely net costs.” (Em tradução livre: “O que faz disso um modelo econômico é a seguinte proposição: o agente agirá de forma corrupta quando seus benefícios líquidos ao adotar a conduta superem seus custos líquidos correspondentes a não adotar a conduta corrupta.”)

pautada pela busca racional de seus próprios interesses, faz-se necessário analisar quais fatores de incentivo os induziriam a praticar atos corruptos, assim como os fatores de dissuasão capazes de a eles se contrapor.

#### 5.1.1. Estratégias de controle de corrupção no modelo agente-principal

Tomado o modelo agente-principal, as estratégias de combate à corrupção centram-se na reforma do sistema de incentivos existente no setor público, tanto para minimizar as vantagens advindas da corrupção quanto para fortalecer os mecanismos de controle e supervisão sobre os agentes públicos. A ideia não é eliminar totalmente a corrupção – empreitada não realista e de custo proibitivo –, mas reduzir os incentivos e aumentar os riscos inerentes à sua prática, a ponto de tornar o Estado mais eficiente e justo.<sup>143</sup>

A primeira geração de reformas em países em desenvolvimento sob os auspícios da comunidade internacional concentrou-se na criação de agências nacionais anticorrupção e no aperfeiçoamento de mecanismos repressivos. Ocorre que, como não se fizeram acompanhar de mudanças estruturais no sistema de incentivos e nas instituições estatais, tais providências acabaram por se revelar insuficientes. Como Susan Rose-Ackerman e Bonnie J. Palifka bem diagnosticaram, altos níveis de corrupção indicam que, para além de uma

---

<sup>143</sup> ROSE-ACKERMAN, Susan; PALIFKA, Bonnie J. *Corruption and Government*, p. 37: “Reforms can reduce the incentives for bribery and increase the risks of engaging in corruption. The goal is not the elimination of corruption per se but an improvement in the overall efficiency, fairness and legitimacy of the state. The total elimination of corruption will never be worthwhile, but steps can be taken to limit its reach and reduce the harms it causes.” (Em tradução livre: “Reformas podem reduzir os incentivos para suborno e aumentar os riscos de praticar corrupção. O objetivo não é a eliminação da corrupção *per se* mas uma melhora na eficiência geral, equidade e legitimidade do Estado. A total eliminação da corrupção nunca será atingida, mas podemos empreender ações para limitar seu alcance e reduzir os danos que causa.” No mesmo sentido, cf. KLITGAARD, Robert. *Controlling Corruption*, p. 27: “Corruption is not the only thing we care about. We also care about the costs of reducing corruption, which may be both direct (in terms of expenditures and staff) and indirect (in terms of hampering the organization’s other objectives). Therefore, the design of anticorruption policies must be quite clear about how and how much various kinds of corrupt and illicit activities hurt our organization and the society.” (Em tradução livre: “A corrupção não constitui nossa única preocupação. Também estamos preocupados com os custos de reduzir a corrupção, que podem ser tanto diretos (em termos de despesas e pessoal) quanto indiretos (em termos de prejudicar outros objetivos da organização). Assim, a concepção de políticas anticorrupção deve ser muito clara sobre como e quanto as várias formas de atividades ilícitas e de corrupção causam danos à organização e à sociedade.)

aplicação mais severa da lei, instituições e incentivos necessitam de reformas substanciais.<sup>144</sup>

Assim, qualquer reforma anticorrupção que se pretenda bem-sucedida não pode se limitar apenas a compendiar e recomendar as “melhores práticas”. Deve principiar pela identificação das oportunidades em que a corrupção comumente se manifesta e dos incentivos a ela subjacentes, até para que possa propor alternativas idealizadas sob medida às condições particulares do país ou setor econômico que tenciona transformar.

Para Robert Klitgaard, são 3 os principais fatores de incentivo à corrupção, a saber: i) monopólio; ii) discricionariedade; e iii) ausência de “accountability”. Em outros termos, se o poder de conceder benefícios ou suprimir custos estiver concentrado em um único agente público; se suas escolhas não puderem ser previstas antecipadamente; e se o principal não dispuser de mecanismos eficientes para controlar e supervisionar a atividade do agente, condutas corruptas serão muitíssimo mais prováveis.

Propõe o autor, então, uma equação sintética: “Corrupção = Monopólio + Discricionariedade - ‘Accountability’”.<sup>145</sup> Embora passível de crítica por excesso de simplificação, a fórmula possui inquestionável utilidade, pois sintetiza os principais fatores de risco da prática corrupta, ao passo que auxilia o gestor na escolha de medidas eficientes à sua contenção.<sup>146</sup> Assim, a minimização dos

---

<sup>144</sup> Cf. ROSE-ACKERMAN, Susan; PALIFKA, Bonnie J. *Corruption and Government*, p. 15.

<sup>145</sup> KLITGAARD, Robert. *Controlling Corruption*, p. 75.

<sup>146</sup> Michael Johnston demonstra como os fatores apontados por Robert Klitgaard também geram risco de degradação no campo da corrupção sistêmica: “For our purposes Klitgaard also shows how corruption and its underlying dynamics subvert structured, competitive participation and sound institutions. Monopolies by definition disrupt competition and, when combined with discretion, encourage rigged processes rewarding connections rather than open, honest decision making. (...) Discretion in the absence of accountability is antithetical to strong and effective political and market institutions: boundaries between politics and the economy, or between public and private interests, are weakened or subverted. So are rules of fair play, making access to decisionmakers as a marketable commodity. Connections and boundaries between wealth and power will be controlled by corrupt officials and their cronies, not by laws or accountable agencies. Markets as well as politics and policy can become distorted.” (JOHNSTON, Michael. *Syndromes of Corruption*, pp. 25-26) (Em tradução livre: “Para nossos objetivos, Klitgaard também mostra como a corrupção e suas dinâmicas subjacentes subvertem participação estruturada e competitiva e instituições saudáveis. Monopólios por definição quebram a competição e, quando mancomunados de forma discreta, encorajam

incentivos à corrupção haveria de passar necessariamente pela redução dos monopólios – é dizer, da concentração de poder em poucos agentes públicos – e da discricionariedade, com a minimização da imprevisibilidade, bem como pela criação ou fortalecimento dos mecanismos de “accountability”, seja por meio de órgãos públicos de controle, seja através do fortalecimento da sociedade civil.

Susan Rose-Ackerman e Bonnie J. Palifka, por sua vez, oferecem um rol mais detalhado dos incentivos que, a seu ver, encorajariam a corrupção. Sob a perspectiva do agente público, os principais seriam: i) deter o poder de distribuir benefícios ou impor custos; ii) processos decisórios discricionários, ao invés de fundados em regras claras; iii) baixos salários; iv) ausência de profissionalização; v) ausência de monitoramento; vi) ausência de “accountability” e de efetividade na aplicação de penalidades; vii) falta de transparência; viii) existência de grande quantidade de colegas percebidos como corruptos. Já sob a perspectiva do agente econômico, são elencados pelas autoras como incentivos: i) custo elevado das políticas governamentais, seja oriundo da regulação, seja da tributação; ii) sistema normativo complexo e confuso; iii) desejo de limitar competição; iv) oportunidades para aquisição de contratos governamentais valiosos.<sup>147</sup>

Posta assim a questão, Susan Rose-Ackerman e Rory Truex apontam algumas estratégias de reforma, seja no campo do aumento do risco inerente à prática corrupta, seja na quadra da redução dos incentivos à corrupção.<sup>148</sup> No primeiro grupo, elencam: i) o fortalecimento do monitoramento externo e dos mecanismos de repressão (mediante a criação de agências anticorrupção, por

---

processos fraudulentos que recompensam conexões em prejuízo de tomadas de decisão honestas e transparentes. (...) Discricção com ausência de responsabilização constitui antítese a instituições políticas e de mercado fortes e efetivas: a fronteira entre política e economia, ou entre interesses públicos e privados, são enfraquecidos e subvertidos. Assim são as regras de *fair play*, ao tornar o acesso a tomadores de decisão como uma *commodity* mercadológica. Conexões e fronteiras entre riqueza e poder serão controladas por funcionários públicos corruptos e seus comparsas, não por leis ou agências responsabilizáveis. Tanto mercados como políticos e políticas podem tornar-se distorcidos.”

<sup>147</sup> Cf. ROSE-ACKERMAN, Susan; PALIFKA, Bonnie J. *Corruption and Government*, pp. 126-127.

<sup>148</sup> Cf. ROSE-ACKERMAN, Susan; TRUEX, Rory. *Corruption and Policy Reform*. Working Paper Prepared for the Copenhagen Consensus Project. February, 2012, pp. 14-34 (disponível em <[https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2007152](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2007152)>, acesso em 10/08/2020).

exemplo), inclusive com o agravamento das sanções aplicáveis; ii) o incremento da transparência e da *accountability*; iii) o apoio a grupos da sociedade civil que possam atuar como guardiães da agenda anticorrupção; iv) a adoção de mecanismos internacionais de monitoramento e possibilidade de aplicação de sanções por cortes internacionais.

Já no campo da redução dos incentivos à corrupção, elencam: i) reformas no serviço público, a exemplo da implantação de critérios de mérito para seleção de pessoal, do estabelecimento de rotatividade de pessoal – a fim de dificultar a formação de relacionamentos corruptos – e da melhoria das condições de remuneração; ii) redesenho dos programas e políticas públicas, com redução da discricionariedade e limitação do poder de monopólio; iii) simplificação dos processos de licitação, para torná-los mais competitivos e sujeitá-los a maior supervisão por competidores econômicos e adversários políticos; iv) “competição burocrática”, de modo que interessados na obtenção de um benefício público tenham mais de um canal à sua disposição e, assim, possam contornar as eventuais exigências de um burocrata corrupto; v) privatização ou deslocamento de serviços para o setor privado.<sup>149</sup>

Ainda sob a perspectiva dos incentivos individuais, Johann Graf Lambsdorff destaca outra ferramenta-chave para o combate à corrupção: inibir a reciprocidade nos acordos ilícitos. A seu ver, o principal fator capaz de deter a corrupção – e, portanto, induzir a integridade – é o risco de traição entre os atores envolvidos, de modo a aumentar as imprevisibilidade e insegurança inerentes aos acordos ocultos. Assim, as reformas anticorrupção devem necessariamente aumentar o risco associado à prática ilícita, por meio da previsão de incentivos à quebra de confiança entre corruptores e corrompidos. Para tanto, a assimetria das sanções aplicáveis à corrupção e a oferta de

---

<sup>149</sup> Ressalvam as autoras que, se o particular pretender benefícios ilegais, o estabelecimento da competição burocrática seria contraproducente, pois possibilitaria a seleção do burocrata disposto a aceitar suborno (ou daquele que aceitasse a menor contraprestação). Por outro lado, privatizações malconduzidas podem tornar os serviços ainda mais corruptos, ineficientes e parasitários (Cf. ROSE-ACKERMAN, Susan; TRUEX, Rory. *Corruption and Policy Reform*, pp. 22 e 28.

imunidade para aqueles que denunciam os acordos corruptos de que participaram seriam mecanismos eficientes.<sup>150 151</sup>

Finalmente, na perspectiva do modelo agente-principal, o ambiente institucional é um dos fatores que mais podem incentivar ou dissuadir o indivíduo à prática de atos de corrupção. Se práticas corruptas são difundidas em uma instituição, o agente público que nela trabalhar tende a considerá-las normais e repeti-las; em repartições onde condutas honestas e impessoais prevalecem, contudo, a tendência é inversa.<sup>152</sup> Pesquisas demonstram que

---

<sup>150</sup> LAMBSDORFF, Johann Graf. *The Institutional Economics of Corruption and Reform. Theory, Evidence and Policy*. Cambridge: Cambridge University Press, 2007, p. 233: “Asymmetric sanctions and immunity from prosecution might bring about higher deterrent effects of anticorruption laws, if deterrence is understood in the broader sense of reducing potential perpetrators’ willingness to participate in illegal acts. In order to clamp down more vigorously on corruption, legislators should seriously consider the benefits of asymmetric sanctions and immunity from prosecution in their (re-)formulation of anticorruption laws.” (Em tradução livre: “Sanções assimétricas e imunidade de jurisdição podem trazer grandes efeitos dissuasores a leis anticorrupção, se essa dissuasão for compreendida no sentido mais amplo de reduzir a disposição de potenciais agentes corruptores em participar em ações ilegais. De forma a combater com mais vigor a corrupção, legisladores devem analisar seriamente os benefícios de sanções assimétricas e imunidades de jurisdição na sua (re-)formulação de leis anticorrupção.” Tal teoria explica a eficácia de mecanismos como acordos de colaboração premiada, introduzidos pela Lei nº 12.850/2013, e acordos de leniência, introduzidos pela Lei nº 12.846/2013, para desestruturar organizações criminosas voltadas para a prática de atos de corrupção.

<sup>151</sup> Parafraseando a clássica concepção de Adam Smith acerca da “*mão invisível*”, segundo a qual a ação de indivíduos que buscam seu próprio benefício pode reverter-se em benefício da sociedade como um todo, o autor sustenta que as ações anticorrupção devem se basear na estratégia do “*pé invisível*”, pela qual a desonestidade individual pode induzir a integridade da sociedade como um todo. Cf. LAMBSDORFF, Johann Graf. *The Institutional Economics of Corruption and Reform*, p. 235: “With respect to fighting corruption we may not have a mechanism as powerful as the invisible hand. If something comes close to it, it is the corrupt actor’s failure to make credible promises. The risk of betrayal may operate like an invisible foot, making life hard for those who fail to commit to honesty. This principle can motivate even the self-seeking actors to abstain from corruption and reconcile civil liberties with good governance.” (Em tradução livre: “Com relação ao combate à corrupção podemos não contar com um mecanismo tão poderoso como a mão invisível. Se algo se aproxima da mão invisível, é a falha do corruptor de fazer promessas críveis. O risco de traição pode operar como um pé invisível, tornando a vida mais difícil para aqueles que falham em se comprometer com a honestidade. Esse princípio pode motivar até mesmo os corruptos mais egoístas a se absterem da corrupção e reconciliar liberdades civis com boa governança.”)

<sup>152</sup> No ponto, veja-se ROSE-ACKERMAN, Susan; TRUEX, Rory. *Corruption and Policy Reform*, p. 14: “The more corrupt players there are in the system, the more it pays to be corrupt because the likelihood of both formal and informal punishment is reduced. Bureaucrats who would be honest in Sweden could turn corrupt in Cambodia with no change in their underlying psychology. Conversely, clean governance begets clean governance, as would-be corrupt officials become clean when corrupt networks dry up and self-dealing becomes dangerous and uncouth. The net result of these vicious and virtuous cycles is that countries and sectors can fall into either a highcorruption or a low-corruption equilibrium. And once trapped in a high-corruption equilibrium, a particularly large shock may be needed to shift a country on the path towards good governance.” (Em tradução livre: “Quanto mais atores corruptos presentes no sistema, maior será o ganho em ser corrupto visto que a possibilidade de sanção tanto formal



apenas uma minoria dos agentes públicos e privados é absolutamente incorruptível ou intrinsecamente corrupta. A maioria – denominada oportunista ou pragmática – é corruptível, a depender da ambiência institucional em que estiver inserida e da análise de custo-benefício que vier a fazer.<sup>153</sup>

#### 5.1.2. Deficiências de *accountability* no modelo agente-principal

O modelo agente-principal pressupõe que o titular do interesse (principal) tenha a possibilidade de exigir que o agente preste contas de sua gestão, a fim de que seja responsabilizado pela malversação dos recursos que lhe foram confiados (*accountability*). Entretanto, alguns complicadores podem se colocar: i) a ocorrência de múltiplos níveis de agência; ii) a ausência de uniformidade de interesses entre os principais; e iii) as limitações inerentes à *accountability* vertical na política.

Em relação à multiplicidade de níveis de agência, é possível identificar pelo menos três relações de agência sobrepostas no âmbito da Administração Pública: i) a relação entre eleitores e políticos eleitos; ii) a relação entre políticos eleitos e ocupantes de cargos de indicação política; e iii) a relação entre ocupantes de cargos de indicação política e os burocratas que lhe são subordinados.

A esse ponto, há que se diferenciar a situação de países em que geralmente a corrupção é oportunista daqueles em que grassa a corrupção sistêmica. Na primeira hipótese, o problema agente-principal se situa na relação entre o burocrata de escalão inferior e o ocupante do cargo de chefia selecionado por indicação política ou, quando muito, entre o ocupante do cargo

---

como informal é reduzida. Burocratas que seriam honestos na Suécia se tornariam corruptos no Camboja sem nenhuma alteração psicológica subjacente. Por outro lado, governança limpa gera governança limpa, ao passo que potenciais agentes públicos corruptos se tornam honestos quando as redes de corrupção secam e esquemas pessoais se tornam perigosos e esdrúxulos. O resultado líquido desses círculos virtuosos e viciosos é que países e setores podem cair em um equilíbrio de alta ou de baixa corrupção. E uma vez preso em um equilíbrio de alta corrupção, um choque especialmente grande poderá ser necessário para deslocar um país para o caminho da boa governança.”)

<sup>153</sup> Cf. ROSE-ACKERMAN, Susan; PALIFKA, Bonnie J. *Corruption and Government*, p. 52. Como afirmam as autoras, a existência de um quantitativo grande de agentes oportunistas demonstra que o ambiente institucional é um determinante chave do risco de corrupção.

de chefia e os políticos eleitos. Presume-se, aqui, que o corpo político não deseja nem tolera o envolvimento dos gestores públicos em atos corruptos. A situação se inverte, contudo, em cenários de corrupção estrutural: em casos que tais, o corpo político não apenas está ciente da existência da corrupção, mas consente, estimula e até mesmo exige sua prática, como forma de assegurar sua perpetuação no poder.

Ainda que os burocratas não tivessem predisposição à prática de atos corruptos, suas condições de trabalho – incluindo o patamar de sua remuneração, a função que desempenham, sua posição hierárquica e até mesmo sua manutenção no cargo – são determinadas por ocupantes de cargos de indicação política<sup>154</sup>, que podem utilizar seu poder discricionário para premiar ou punir os burocratas, conforme estes se disponham ou não a participar dos arranjos corruptos – ou, pelo menos, a aquiescer com orientações superiores de legalidade duvidosa.

Se esse o caso, não se vislumbra um problema de desalinhamento entre as condutas de burocratas e os políticos, mas o contrário: nas relações de agência estabelecidas em níveis inferiores (entre políticos e burocratas ou entre burocratas de diferentes níveis hierárquicos), os interesses do agente e do principal estarão bem ajustados, ainda que no sentido de favorecer a prática de atos de corrupção. Com efeito, administrações corruptas dispõem de um sistema de incentivos muitas vezes mais persuasivo do que administrações íntegras. O burocrata que participa da atividade ilícita é premiado não só com a manutenção da remuneração do cargo público – não raro uma função de confiança, passível de livre nomeação e demissão ao alvedrio do agente político –, como muitas vezes auferir participação nas vantagens ilícitas que oferece a seus superiores.

Decomposto o problema de agência em seus múltiplos níveis, parece pouco realista esperar que burocratas de escalão inferior se comprometam à

---

<sup>154</sup> NEU, Dean; EVERETT, Jeff; RAHAMAN, Abu Shiraz. "Preventing corruption within government procurement: Constructing the disciplined and ethical subject". *Critical Perspectives on Accounting* 28 (2015), p. 51.

consecução do interesse social, quando os agentes políticos responsáveis pelas escolhas públicas – e mesmo por suas nomeações – não o fazem. Difícil imaginar que os responsáveis diretos pela condução dos processos de licitação e pela fiscalização da execução de contratos públicos promovam a competição e a eficiência, enquanto os políticos responsáveis por suas indicações têm interesse no favorecimento das empresas que lhes são suporte financeiro. A reversão de um tal cenário demandaria uma complexa rede de intervenções coordenadas, inclusive a ascendência ao poder de lideranças políticas que confirmem credibilidade ao enfrentamento da corrupção.<sup>155</sup>

Mesmo no que diz respeito ao nível superior da relação de agência, é dizer, entre eleitores e políticos eleitos, nem sempre é possível afirmar que a corrupção seja incompatível com os interesses do principal. Coloca-se, aqui, o segundo complicador à aplicação da teoria da agência: a ausência de uniformidade de interesses entre os principais.

---

<sup>155</sup> No ponto, veja-se TREPTE, Peter. “Transparency and Accountability as Tools for Promoting Integrity and Preventing Corruption in Procurement: Possibilities and Limitations”, Expert Group Meeting on Integrity in Public Procurement, June 2005, p. 11, disponível em <[https://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=GOV/PGC/ETH\(2005\)1&docLanguage=En](https://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=GOV/PGC/ETH(2005)1&docLanguage=En)>, acesso em 11/09/2020): “It may be that senior officials in the government (politicians even) are complicit in the activities of the corrupt agents. This would be the case, for example, in those countries where corruption has become entrenched. Once corruption has taken root, it is difficult to eradicate. It is a vicious circle emphasising the fact that corruption is a contagious phenomenon. As an accepted way of doing business, it may become entrenched as a cultural necessity with the consequent desire of all participants to conform. Once the incentive for small time corruption at the level of agent has been created, it has a tendency to develop further up the hierarchy through self-interested complicity and for increasingly higher stakes. The higher the rank of the official involved, the higher the pay-off and the more interactive it becomes, the greater the risk that the practice of corruption becomes entrenched. The result is an environment in which corruption becomes accepted and regulated by a complex series of relationships of patronage and mutual dependency between suppliers, procurement agents and their superiors and which is extremely difficult to unravel.” (Em tradução livre: “Pode acontecer que altos funcionários de governo (até mesmo políticos) sejam cúmplices nas atividades de agentes corruptores. Esse seria o caso, por exemplo, nos países em que a corrupção se tornou endêmica. Uma vez que a corrupção tenha se enraizado, é difícil erradicá-la. Constitui um círculo vicioso enfatizar o fato de que a corrupção é um fenômeno contagioso. Ao ser considerada uma forma aceitável de se fazer negócios, a corrupção pode se tornar endêmica, como uma necessidade cultural, e o consequente desejo de todos de se conformarem a essa prática. Assim que o incentivo da pequena corrupção quotidiana no nível do agente foi criado, a corrupção tem a tendência de se desenvolver para cima na hierarquia por meio da cumplicidade de auto-interesses e com riscos cada vez maiores. Quanto mais alto o nível do agente público envolvido, mais altos os ganhos e mais interativos estes se tornam, com maior risco de a prática da corrupção se enraizar. O resultado é um ambiente no qual a corrupção se torna aceita e regulada por uma série de relações complexas de apadrinhamento e mútua dependência entre fornecedores, agentes de compras e seus superiores – e se torna extremamente difícil de se desbaratar.”)

Em uma empresa privada, a maximização de lucros é um objetivo único e mensurável. Os acionistas da empresa compartilham o interesse na valorização de suas cotas e na distribuição de lucros e dividendos, de modo que eventual desvio de recursos para enriquecimento do administrador da empresa impacta direta e necessariamente em seus interesses.<sup>156</sup> A relação entre um político e seu eleitor, no entanto, reveste-se de complexidade muito maior. Mesmo eleitores que prefiram um ambiente político íntegro podem se inclinar a tolerar – e mesmo reeleger – políticos corruptos, seja por priorizarem fatores outros como a afinidade ideológica, seja por presumirem que os demais concorrentes seriam iguais ou piores.

Cenário ainda mais grave é o do clientelismo, em que o eleitor oferece voto e apoio em retribuição a benefícios públicos distribuídos pelo político. Se o voto deixa de ser encarado como exercício da cidadania, para se transmutar em mercadoria de troca, a corrupção tende a ser racionalizada como a regra do jogo político, descaracterizando de vez a *accountability* vertical entre o agente político e seu eleitor.

Finalmente, há que se considerar as limitações à própria *accountability* vertical na política: o único mecanismo pelo qual o eleitor pode responsabilizar diretamente o político é recusar sua reeleição em pleitos subsequentes. Ao contrário do acionista, que pode remover um administrador desonesto a qualquer tempo, e ao menos nos países que não preveem a figura do *recall*, as oportunidades para exercício da *accountability* eleitoral ocorrem tão só ao final do mandato – no caso brasileiro, de quatro em quatro anos. Por outro lado, enquanto os acionistas têm plena liberdade para escolher seus

---

<sup>156</sup> TREPTE. Peter. “Transparency and Accountability as Tools for Promoting Integrity and Preventing Corruption in Procurement”, p. 8: “If the buyer were a private firm, its objective would be to maximise profits. The Government has no such profit motive and the absence of any comparable measure of efficiency will affect the agent. A reduction in his work effort or failures in his work may reduce the government’s efficiency but it does not directly affect the agent’s profit (income).” [Em tradução livre: “Se o comprador fosse uma empresa privada, seu objetivo seria maximizar lucros. O governo não tem esse objetivo de lucro e a ausência de qualquer medida comparável de eficiência afetará o agente. Uma redução em seu esforço laboral ou fracassos em seu trabalho poderão reduzir a eficiência do governo, mas não afetam diretamente o lucro (vencimentos) do agente.”]

administradores, as opções dos eleitores são limitadas pelas organizações partidárias existentes, usualmente interessadas na preservação do *status quo*.

## 5.2. A corrupção enquanto problema estrutural: o modelo de ação coletiva

Muitos dos países que, sob os auspícios da comunidade internacional, promoveram reformas anticorrupção fundadas exclusivamente no modelo agente-principal – focadas na estrutura de incentivos às decisões individuais, portanto –, obtiveram resultados pouco alvissareiros. No mais das vezes, as reformas revelaram-se insuficientes, sobretudo em contextos de corrupção sistêmica, o que fez parte da doutrina concluir pela necessidade de repensar o fenômeno e reformular o modelo teórico a ele aplicável.<sup>157 158</sup>

O modelo agente-principal pressupõe ser de interesse do principal que os agentes públicos ajam de conformidade com os princípios da legalidade, igualdade e imparcialidade.<sup>159</sup> Pois bem. A noção de que a relação entre

---

<sup>157</sup> No ponto, JOHNSTON, Michael. *Syndromes of Corruption*, p. 197: “Reform emphasizing punishment and prevention too often treats corrupt deals as discrete problems, and their perpetrators as deviants. But if the problem is systemic – deeply embedded in society and its development – reform must also mobilize the interests and energies of society itself.” (Em tradução livre: “Reforma que enfatiza punição e prevenção frequentemente trata negócios corruptor como problemas discretos, e seus perpetradores como desviantes. Mas se o problema é sistêmico – profundamente enraizado na sociedade e no seu desenvolvimento – a reforma também deve mobilizar os interesses e as energias da própria sociedade.”)

<sup>158</sup> Cf. MARQUETTE, Heather; PEIFFER, Caryn. “Corruption and collective action”, DLP Research Paper 32, University of Birmingham, 2015, p. 1 (disponível no endereço <<https://www.u4.no/publications/corruption-and-collective-action.pdf>>, acesso em 12/09/2020): “For a growing number of authors the wide-scale failure of anti-corruption programming lies in the inappropriate theoretical foundations that underscore its design. Anti-corruption programming is overwhelmingly influenced by principal-agent theory, which depicts corruption as occurring when public officials who have discretion over the provision of public services lack accountability. When applied to anticorruption, this lens emphasizes the rational choices that take place in individual incidents of corruption, implicitly assuming that corruption is ‘solvable’ with policies that can alter these individual calculations.” (Em tradução livre: “Para um número crescente de autores o fracasso em ampla escala de programas anticorrupção reside em fundações teóricas inapropriadas que caracterizam sua concepção. Programas anticorrupção são majoritariamente influenciados pela teoria do principal-agente, que descreve a corrupção como existente quando funcionários públicos com poder discricionário sobre o fornecimento de serviços públicos não são transparentes. Quando aplicada à anticorrupção, essa concepção foca em escolhas racionais adotadas em casos individuais de corrupção, implicitamente assumindo que a corrupção é permeável a políticas que possam alterar tais considerações individuais.”)

<sup>159</sup> Cf. PERSSON, Anna; ROTHSTEIN, Bo; TEORELL, Jan. “Getting the basic nature of systemic corruption right: A reply to Marquette and Peiffer”, in *Governance*, Volume 32, Issue 4,

agentes públicos e sociedade deve se pautar por critérios racionais e impessoais, típica do universalismo ético, surgiu com o Estado moderno.<sup>160</sup> Ocorre que, mesmo hoje, a íntegra do ideário moderno não é realidade em boa parte dos países e instâncias governamentais, em que convive com instituições típicas do particularismo. Não raro, a adoção de tratados internacionais de direitos humanos e a adesão formal a convenções pela boa governança não passa de manobra diversionista, porquanto persiste na seara interna grande

---

October 2019. p. 4: “As it has typically been applied to the problem of corruption, the principal-agent theory by default relies on the notion that there is a separation of interests between ‘agents’ and ‘principals’ and that there is always at least one actor or group of actors that will implement reforms that serve the public good, irrespective of the surrounding context.” (Em tradução livre: “Tipicamente aplicada ao problema da corrupção, a teoria do principal-agente escuda-se de forma automática na noção de que há uma separação de interesses entre ‘agentes’ e ‘principais’ e que há sempre ao menos um ator ou grupo de atores que implementarão reformas que beneficiem o interesse público, a despeito do contexto em voga.”)

<sup>160</sup> Nesse sentido, veja-se MARQUETTE, Heather; PEIFFER, Caryn. “Corruption and collective action”, p. 3: “The most frequent definition of corruption as “the abuse of public office for private gain” (Tanzi 1997; Kaufmann 1997; Rose-Ackerman 1999) was modified by the United Nations to: “the abuse of power for private gain”. This definition of corruption rests on the presumption that the state operates under the norm of ethical universalism; public integrity is thus understood as equal and fair treatment of citizens, which may occasionally be influenced by favouritism or corruption. However, we know from Max Weber (1922/1968) that public office is no longer considered a source of exploitable income only in the modern state.” (Em tradução livre: A definição mais frequente de corrupção como “o abuso da função pública para ganho privado” (Tanzi 1997; Kaufmann 1997; Rose-Ackerman 1999) foi modificada pelas Nações Unidas para: “o abuso de poder para ganho privado”. Essa definição de corrupção reside na presunção de que o Estado opera sob a norma da ética universalista; integridade pública é, dessa forma, entendida como o tratamento igualitário e justo dos cidadãos, que poderá ocasionalmente ser influenciada por favoritismo ou corrupção. Entretanto, sabemos por Max Weber (1922/1968) que somente no Estado moderno a função pública não é mais considerada como fonte explorável de renda.” Também MUNGIU-PIPPIDI, Alina; LONCARIC, Masa; MUNDO, Bianca Vaz; BRAGA, Ana Carolina Sponza; WEINHARDT, Michael; SOLARES, Angelica Pulido; SKARDZIUTE, Aiste; MARTINI, Maira; AGBELE, Fortune; JENSEN, Mette Frisk; SOEST, Christian von; GABEDEVA, Mariam. *Chasing Moby Dick Across Every Sea and Ocean? Contextual Choices in Fighting Corruption*. HSOG/Norad, Berlin, 2011, p. 11 (disponível, conforme acesso em 15/09/2020, em <[https://pure.au.dk/portal/files/42016541/HSOG\\_Norad\\_Draft\\_report\\_Contextual\\_choices\\_in\\_fighting\\_corr.pdf](https://pure.au.dk/portal/files/42016541/HSOG_Norad_Draft_report_Contextual_choices_in_fighting_corr.pdf)>): “Most corruption academic literature conceptualizes anti-corruption at the individual level, as do most current theories about anti-corruption. This presumes that corruption is a deviation from an otherwise established norm of ethical universalism, where every citizen is treated equally by the state and all public resources are distributed impartially. In fact, outside the developed world, the norm is not ethical universalism, since the process of modernization leading to an impersonal state, autonomous from private interest was never completed in most countries.” (Em tradução livre: “A maior parte da literatura acadêmica conceitua anticorrupção ao nível individual, da mesma forma que a maioria das teorias atuais. Isso presume que a corrupção é um desvio de uma norma consolidada de universalismo ético, onde todo o cidadão é tratado de forma equânime pelo Estado e todos os recursos públicos são distribuídos imparcialmente. De fato, fora do mundo desenvolvido, a norma não é o universalismo ético, uma vez que o processo de modernização que levou a um Estado impessoal, autônomo ao interesse privado, nunca foi concluído na maioria dos países.”)

confusão entre as esferas pública e privada, em claro desprestígio às normas de impessoalidade e imparcialidade.<sup>161</sup>

Por outro lado, o modelo agente-principal pressupõe que o interesse do principal – quando entendido como sociedade em geral – coincide com a obtenção do bem comum. Em tal cenário, presume-se, cidadãos prejudicados por atos corruptos teriam todo interesse em atuar para coibi-los; ocorre que, quando a corrupção é sistêmica, a maioria costuma se omitir ou mesmo aderir às práticas corruptas.

De fato, não se mostra realista esperar que sejam os cidadãos os atores a promover a transição de um Estado corrupto para um regime de integridade. Como apontam Anna Persson, Bo Rothstein e Jan Teorell, os custos inerentes ao comportamento honesto são muito altos a curto prazo, assim como altos são os benefícios imediatos advindos da corrupção.<sup>162</sup> Diante de tal cenário, e

---

<sup>161</sup> Cf. MUNGIU-PIPPIDI, Alina et al. *Chasing Moby Dick Across Every Sea and Ocean?*, pp. 23-24: “Taking modernity for granted includes not just the presumption of universalism as a main method of treating citizens by the state, but the equally flawed presumption of the existence of a distinction between public and private in every society. As Alena Ledeneva has shown, most formulas of corruption can be understood as a ‘twist’ of something public into something private. Most definitions of corruption rely on the distinction between public and private, and assume not only that the public and private spheres operate according to corresponding sets of rules and norms, but that it is wrong to mix them. Even today, however, whole societies exist which rely on collectivistic, not individualistic arrangements and do not value and articulate in practice such distinctions. It is wrong to presume that the default design is of an impersonal state on one side and the individual citizens on the other. Many societies are instead organized as groups of ‘clients’ with varying degrees of influence and whose interests compete or overlap.” (Em tradução livre: “Considerar a modernidade como um dado da realidade pressupõe não somente a presunção do universalismo como o principal método de tratamento dos cidadãos pelo Estado, mas a presunção igualmente falha da existência de uma distinção entre público e privado em cada sociedade. Como Alena Ledeneva demonstrou, a maior parte dos métodos de corrupção podem ser compreendidos como um “desvio” de algo público em algo privado. A maior parte das definições de corrupção se baseiam na distinção entre público e privado e não apenas assumem que as esferas pública e privada operam em conformidade com conjuntos de regras e normas correspondentes, mas que é equivocado confundi-los. Até hoje, no entanto, sociedades inteiras existentes se baseiam em arranjos coletivistas, não individualistas, e não valorizam e articulam na prática tais distinções. É equivocado presumir que a concepção padrão é de um Estado impessoal de um lado e os cidadãos individuais de outro. Muitas sociedades são, diferentemente, organizadas como grupos de ‘clientes’, com graus variantes de influência e cujos interesses competem ou se sobrepõem.”)

<sup>162</sup> Cf. PERSSON, Anna; ROTHSTEIN, Bo; TEORELL, Jan. “Getting the basic nature of systemic corruption right”, p. 2: “In the ‘rotten game’ implied by a thoroughly corrupt setting, the short-term costs of being honest are comparatively very high, as are the short-term benefits of being corrupt.” (Em tradução livre: “No ‘jogo podre’ implícito em um cenário completamente corrupto, os custos de curto-prazo de ser honesto são comparativamente muito altos, assim como os benefícios de curto-prazo de ser corrupto.”)

sob a perspectiva imediatista, comparados os custos a arcar e os benefícios a aferir, dificilmente haverá quem esteja disposto a denunciar ou punir as condutas corruptas de que tenha conhecimento. Mais fácil, sem dúvida, seguir as “regras do jogo”; o sistema de incentivos funciona, pois, às avessas.<sup>163</sup>

De mais a mais, sistemas estruturalmente corruptos costumam distribuir suas recompensas de modo a favorecer os mais poderosos e penalizar os mais pobres. Por conseguinte, as elites políticas não têm qualquer incentivo para implementar reformas anticorrupção; muito ao contrário, é de seu interesse a manutenção do estado de coisas existente, que lhes permite permanecer no poder.<sup>164</sup>

Demonstrada a inadequação do modelo teórico agente-principal quando aplicado a cenários de corrupção sistêmica, parte da doutrina recorre a outro modelo da teoria econômica: o problema de ação coletiva (*collective action problem*), que enfrenta a questão da corrupção sob o ângulo da dificuldade de coordenação de esforços entre múltiplos agentes com vistas a um objetivo comum.<sup>165</sup> Talvez o problema da ação coletiva possa ser mais facilmente explicado por meio de um exemplo.<sup>166</sup>

---

<sup>163</sup> Cf. MARQUETTE, Heather; PEIFFER, Caryn. “Corruption and collective action”, p. 20: “Corruption persists in highly corrupt countries because it is not only difficult to monitor and therefore difficult to prosecute, but also because, when it is systemically pervasive, people may lack the incentives to initiate either countermeasures.” (Em tradução livre: “A corrupção persiste em países altamente corruptos pela dificuldade de monitorá-la e pela dificuldade de combatê-la judicialmente, mas ainda também por que, quando é sistemicamente penetrante, as pessoas podem carecer de incentivos para iniciar suas contramedidas.”)

<sup>164</sup> Nesse sentido, veja-se PERSSON, Anna; ROTHSTEIN, Bo; TEORELL, Jan. “Getting the basic nature of systemic corruption right”, p. 8.

<sup>165</sup> Cf. MUNGIU-PIPPIDI, Alina et al. *Chasing Moby Dick Across Every Sea and Ocean?*, p. 11: “What is presented in most anti-corruption literature as a principal-agent problem is in fact a collective action problem, since societies reach a sub-optimal equilibrium of poor governance with an insufficient domestic agency pushing for change”. (Em tradução livre: “O que é apresentado em grande parte da literatura anticorrupção como o problema principal-agente consiste de fato numa questão de ação coletiva, uma vez que as sociedades alcançam um equilíbrio sub-ótimo de má governança com agências domésticas insuficientes buscando reformas.”)

<sup>166</sup> Cuida-se de exemplo tradicional em doutrina. Entre os autores que a ele fazem referência, veja-se MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. *Análise Econômica do Direito*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 69.



Em uma dada localidade, a pesca predatória reduziu significativamente a quantidade de peixes disponíveis. A coletividade de pescadores decide, então, pela imposição de cotas, a fim de que o volume individual de pesca seja restrito a patamar seguro e, com isso, o quantitativo de peixes volte ao normal. Sob a ótica da coletividade, a colaboração integral de todos os pescadores configuraria o cenário ideal, cada qual assumindo sua cota de sacrifício pessoal. Porém, do ponto de vista individual, a situação mais vantajosa seria aquela em que o pescador ignora as restrições e continua a pescar como de hábito, beneficiando-se do sacrifício dos demais. Reflexamente, a situação individual menos vantajosa seria a do pescador que, apesar de se sacrificar e cumprir as restrições, não consegue auferir qualquer benefício, uma vez que os demais as desrespeitam sem mais.

Em suma, o problema de ação coletiva se coloca quando: i) vários agentes concorrem simultaneamente para um resultado; ii) o resultado ótimo para a coletividade depende da contribuição de todos; iii) o resultado mais vantajoso para cada indivíduo é que os demais observem as regras, enquanto ele próprio as descumpre; iv) o resultado menos vantajoso para o indivíduo é que seja ele o único a cumprir as regras, enquanto todos os demais as descumprem. Tal construção teórica tem o mérito de tornar evidente que, ao atender seus interesses privados de curto prazo, os indivíduos podem, a longo prazo, gerar o risco de uma situação prejudicial à sociedade como um todo.<sup>167</sup>

O problema da ação coletiva se coloca, igualmente, se os agentes acreditarem na inutilidade de sua contribuição para a consecução do resultado comum, seja por presumirem que o resultado não é passível de obtenção, seja por imaginarem que ele será obtido de qualquer forma. De mais a mais, se o nível de contribuição individual para atingir o bem coletivo não impacta de

---

<sup>167</sup> Cf. PERSSON, Anna; ROTHSTEIN, Bo; TEORELL, Jan. "Getting the basic nature of systemic corruption right", p. 6: "The very thrust of collective action theory is the insight that by individuals fulfilling their own, short-term interests (e.g., by solving an immediate problem they face), we risk a situation in the longer run that is harmful to society overall." (Em tradução livre: "O grande impulso da teoria de ação coletiva é o discernimento de que com os indivíduos atingindo seus próprios objetivos (por exemplo, ao solucionar problemas imediatos que enfrentam) arriscamos a chegar a uma situação no longo prazo que é danosa para sociedade como um todo.")

forma significativa o benefício por receber, é bastante provável que o indivíduo permaneça à boleia, como expectador do esforço alheio, problemática denominada pela doutrina anglo-saxã como *free-rider problem*. Por outro lado, se o indivíduo antecipar que os demais participantes se quedarão à boleia, tenderá a se abster de contribuir.<sup>168</sup>

Analisada a corrupção sob o modelo da ação coletiva, parece lógico que o indivíduo médio denunciaria o agente público que venha a lhe pedir suborno apenas se tal prática for considerada um desvio da norma vigente. Caso ele entenda que a conduta corrupta condiz com o padrão esperado e mesmo socialmente aceito, perceberá a denúncia como fonte de custos e embaraços, sem que dela possa advir qualquer benefício individual ou coletivo.<sup>169</sup>

A expectativa acerca do comportamento dos demais atores sociais é, portanto, fator determinante à definição do modo de agir individual. Indivíduos tendem a cumprir as regras se acreditam que o restante da sociedade fará o mesmo; a tendência se inverte, todavia, caso creiam que os demais atores as descumprirão. Em outros termos, não há incentivo para que os membros de uma determinada sociedade se abstenham ou resistam à corrupção se não podem confiar que seus pares façam o mesmo. Quando a corrupção é a regra

---

<sup>168</sup> Cf. MARQUETTE, Heather; PEIFFER, Caryn. "Corruption and collective action", p. 6.

<sup>169</sup> Cf. PERSSON, Anna; ROTHSTEIN, Bo; TEORELL, Jan. "Why Anticorruption Reforms Fail: Systemic Corruption as a Collective Action Problem", in *Governance: An International Journal of Policy*, Vol. 26, Nº 3, July 2013, p. 457, disponível no endereço eletrônico <<https://www.scinapse.io/papers/1833743236#fullText>>, acesso em 07/07/2020: "All the actors may well understand that they would stand to gain from erasing corruption, but because they cannot trust that most other actors will refrain from corrupt practices, they have no reason to refrain from paying or demanding bribes (Rothstein 2011a, 2011b). The incentives to organize a solution to the collective action problem are simply undermined by shared expectations about other actors' behavior in the sense that the solution is subject to the very incentive problems it is supposed to solve (Bates 1988)." (Em tradução livre: "Todos os atores poderão bem compreender que poderão obter ganhos ao acabar com a corrupção, mas em razão de que estes não poderão confiar que a maior parte dos outros atores vão se abster de práticas corruptas, não terão motivo para deixar de pagar ou de pedir propinas (Rothstein 2011a, 2011b). Os incentivos para organizar uma solução ao problema da ação coletiva são prejudicados tão somente por expectativas comuns sobre o comportamento de outros atores no sentido de que uma solução está sujeita aos mesmos problemas de incentivo que supõe resolver (Bates 1988)."

do jogo, nenhum dos jogadores deseja ser o único parvo a cumprir as normas formais, enquanto todas as vantagens são direcionadas aos recalitrantes.<sup>170</sup>

Nesse contexto, um projeto de reforma poderá ser bem-sucedido apenas se todos os atores perceberem ter ocorrido uma mudança verdadeira na regra do jogo. No dizer de Alina Mungiu-Pippidi, a reforma deve promover o “controle à corrupção”: a corrupção precisa deixar de ser a norma geral – como ocorre em países em que o fenômeno é sistêmico ou estrutural –, para que, adotado pelo Estado um padrão de integridade, seja reduzida a condutas individuais desviantes.<sup>171</sup>

No modelo da ação coletiva, o foco se desloca dos fatores de incentivo e dissuasão incidentes sobre o processo decisório individual, para se assentar sobre os aspectos institucionais de governança. Tem por premissa que a dispensação de tratamento desigual aos cidadãos, com fundamento em relações personalistas de favoritismo e clientelismo, é a dinâmica natural dos governos. A partir daí, procura identificar os fatores que podem induzir Estado e sociedade a fazer a transição rumo à modernidade e, por conseguinte, a um padrão de conduta em que a impessoalidade e a ética universalista prevaleçam.<sup>172</sup>

---

<sup>170</sup> PERSSON, Anna; ROTHSTEIN, Bo; TEORELL, Jan. “Why Anticorruption Reforms Fail”, p. 457: “In terms of one prototypical model of collective action, this game of corruption could be interpreted as an assurance game (Hardin 1995; Sen 1967). According to the logic of this game, everyone prefers that no one cheats (i.e., acts corruptly) as compared to the outcome where everyone plays foul. However, being the sole “sucker” in a corrupt game is the even worse outcome to everyone, which tends to lock the game into the suboptimal “corrupt” equilibrium as long as everyone expects everyone else to be corrupt.” (Em tradução livre: “Em termos de um modelo prototípico de ação coletiva, esse jogo da corrupção pode ser interpretado como um jogo de garantias (Hardin 1995; Sen 1967). De acordo com a lógica desse jogo, todos preferem que ninguém trapaceie (ou seja, aja de forma corrupta) em comparação com o resultado em que todos trapaceiam. Entretanto, ser o único “trouxa” (sucker) num jogo corrupto é, todavia, um pior resultado para todos, o que acentua a tendência de um equilíbrio corrupto sub-ótimo uma vez que todos esperam que os todos demais sejam corruptos.”)

<sup>171</sup> Cf. MUNGIU-PIPPIDI, Alina. “Introduction: identifying and explaining governance virtuous circles” in MUNGIU-PIPPIDI, Alina; JOHNSTON, Michael (editors). *Transitions to Good Governance*, p. 5.

<sup>172</sup> Cf. MUNGIU-PIPPIDI, Alina et al. *Chasing Moby Dick Across Every Sea and Ocean?*, p. 11: “The report argues that the question ‘what causes corruption’ is therefore absurd. Particularism exists by default, since most human societies have limited resources to share, and people tend to share them in a particular way, most notably with their closest kin and not with everyone else. Modern states are based on universal citizenship, which entails fair treatment of every citizen by the government. But there are very few states that have thus far succeeded in moving from the

Assim, a captura do Estado por interesses particulares não é uma fase de transição que tende a ser naturalmente ultrapassada, mas sim um modo de ser estável e que propende a se perpetuar, mesmo que haja competição política e alternância de poder. Não raro, a chegada de um partido político de oposição ao poder não acarreta a eliminação dos mecanismos de extração de vantagens corruptas instalados por governos anteriores. Ao revés, o *modus operandi* é incorporado e apropriado pelos novos gestores em seu próprio benefício. A questão central, portanto, reside na melhoria da governança, considerada reflexo dos padrões de organização e distribuição do poder dentro da sociedade: uma vez estabelecido um novo equilíbrio ótimo, ele tenderá a se manter, ainda que diante de mudanças de governo e de regimes políticos.<sup>173 174</sup>

#### 5.2.1. Estratégias de combate à corrupção no modelo de ação coletiva

Sob o aspecto institucional, o padrão de governança existente em uma sociedade resulta do equilíbrio entre duas forças contrapostas: de um lado, os fatores que geram oportunidades para a corrupção e, de outro, a capacidade de restringir os detentores do poder político e econômico. Entre os fatores que geram oportunidades para a corrupção estão: i) concentração de poder econômico e político; ii) excesso de regulação; e iii) restrições à competitividade, à transparência e ao livre comércio. Por sua vez, algumas das capacidades institucionais que podem restringir a extração de vantagens

---

natural state to this ideal of modernity. The question should change from ‘what causes corruption’ to ‘what makes particularism evolve into universalism’. What determines a change in the equilibrium?” (Em tradução livre: “O relatório argumenta que a questão “causadora da corrupção” é, portanto, absurda. Particularismo existe de forma natural, uma vez que a maior parte das sociedades humanas detêm recursos limitados para compartilhar, e as pessoas tendem a dividir esses recursos de forma específica, mais notadamente com seus parentes mais próximos e não com o restante da sociedade. Os Estados modernos estão baseados na cidadania universal, que compreende tratamento justo a cada cidadão pelo governo. Mas há alguns poucos Estados que realmente tiveram sucesso em sair do estado de natureza para esse ideal de modernidade. A questão mudaria de “o que causa a corrupção” para “o que faz o particularismo evoluir para o universalismo”. O que determina uma mudança nesse equilíbrio?”)

<sup>173</sup> Na definição de Robert Cooter e Thomas Ulen, equilíbrio significa um padrão de interação que persiste enquanto não perturbado por forças exteriores (COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Law and Economics*. 6th edition, Berkeley Law Books, p. 13).

<sup>174</sup> Nesse sentido, MUNGIU-PIPPIDI, Alina. “Introduction: identifying and explaining governance virtuous circles” in MUNGIU-PIPPIDI, Alina; JOHNSTON, Michael (editors). *Transitions to Good Governance*, p. 6.

corruptas são: i) Poder Judiciário independente; ii) imprensa livre; e iii) sociedade civil ativa e esclarecida. A depender da composição de tais forças, o equilíbrio pode se aproximar mais do controle da corrupção ou, ao contrário, de um cenário de corrupção institucionalizada.<sup>175 176</sup>

Os proponentes do modelo da ação coletiva partem da observação do evoluir institucional dos governos de países de modernidade avançada, para identificar quais fatores induziram sua transição de regimes patrimonialistas para regimes igualitários – ou de instituições extrativas para instituições inclusivas, na nomenclatura de Daron Acemoglu e James Robinson, e de ordens de acesso limitado para ordens de acesso aberto, nos termos de Douglass C. North, John Joseph Wallis, Steven B. Webb e Barry R. Weingast. Passam, então, a examinar em que medida tal transformação poderia ser fomentada e acelerada naqueles países que não a tenham vivenciado como fruto de longo processo histórico.<sup>177</sup>

Historicamente, os principais caminhos pelos quais os países lograram obter controle sobre a corrupção foram: i) como um efeito colateral de outros objetivos, tais como o aumento da capacidade administrativa (caso da Austrália), o fortalecimento da burocracia em competição intraestatal (como na Alemanha) e o crescimento da competição e do mercado; ii) através de investimento e agência coletiva (caso das campanhas anticorrupção ao longo de décadas na França e nos Estados Unidos).<sup>178</sup>

---

<sup>175</sup> MUNGIU-PIPPIDI, Alina. “Introduction: identifying and explaining governance virtuous circles” in MUNGIU-PIPPIDI, Alina; JOHNSTON, Michael (editors). *Transitions to Good Governance*, pp. 22-23.

<sup>176</sup> Como já se fez menção alhures, a democratização de um país não conduz automaticamente à melhoria na qualidade de sua governança: ao revés, o aumento do pluralismo político pode ensejar novas oportunidades à corrupção, sem um incremento correspondente na capacidade restritiva. Neste cenário, a modernização poderá levar a um aumento de corrupção, ao invés de seu decréscimo.

<sup>177</sup> MUNGIU-PIPPIDI, Alina. “Introduction: identifying and explaining governance virtuous circles” in MUNGIU-PIPPIDI, Alina; JOHNSTON, Michael (editors). *Transitions to Good Governance*, p. 2.

<sup>178</sup> Conforme relata Michael Johnston, as sociedades que lograram alcançar um maior controle da corrupção não o fizeram movidos por planos de boa governança; na realidade, o controle da corrupção resultou da atuação de grupos que objetivavam proteger seus próprios interesses. Cf. JOHNSTON, Michael. *Syndromes of Corruption*, p. 21: “(...) they were the results of democratization and political contention, and were devised by groups seeking to protect themselves rather than as plans for ‘good governance’ in society at large.” (Em tradução livre:

Alina Mungiu-Pippidi critica as tentativas de modernização de cima para baixo (*top down modernization*), fundadas na mera imitação de sociedades mais desenvolvidas. Com frequência fazem surgir um descolamento entre as instituições formais – construídas a partir dos modelos importados – e as instituições informais – isto é, as regras do jogo efetivamente vigentes na sociedade –, e acabam por reduzir a *rule of law* e a legitimidade estatal. Mais do que modernizar o Estado, o propósito maior haveria de ser modernizar a sociedade, na medida em que indivíduos com maior autonomia têm condições de pressionar por instituições inclusivas. Para uma reforma movida por agência coletiva, é preciso uma massa crítica de engajamento popular, intensa e sustentada, que leve as elites a perceber que os privilégios de outrora não são mais defensáveis.<sup>179</sup>

Na mesma linha, Michael Johnston afirma que o objetivo das reformas haverá de ser o aumento da participação dos cidadãos e o fortalecimento de das instituições, para que resistam aos abusos das elites políticas e econômicas. A seu ver, faz-se indispensável uma democratização profunda (*deep democratization*), a partir da qual pessoas e grupos tenham capacidade

---

“(…) esses foram os *resultados* da democratização e da disputa política, e foram muito mais concebidos por grupos que buscam proteger a si próprios do que por planos de ‘boa governança’ na sociedade em geral.” De modo similar, a democracia não surgiu como um objetivo ideal a ser alcançado, mas como efeito colateral de prolongadas disputas pelo poder político.) Cf., também, MUNGIU-PIPPIDI, Alina. “Introduction: identifying and explaining governance virtuous circles” in MUNGIU-PIPPIDI, Alina; JOHNSTON, Michael (editors). *Transitions to Good Governance*, p. 20; e RUSTOW, Dankwart A. “Transitions to Democracy: Toward a Dynamic Model”, in *Comparative Politics*, Vol. 2, Nº 3, Apr. 1970, p 353, disponível no endereço eletrônico <[https://pdfs.semanticscholar.org/4a32/5d667582a8480257fc98aa968887cefdb6f0.pdf?\\_ga=2.190156077.720349228.1626534179-1899541181.1624999452](https://pdfs.semanticscholar.org/4a32/5d667582a8480257fc98aa968887cefdb6f0.pdf?_ga=2.190156077.720349228.1626534179-1899541181.1624999452)>, acesso em 10/07/2020: “Democracy was not the original or primary aim; it was sought as a means to some other end or it came as a fortuitous byproduct of the struggle.”

<sup>179</sup> MUNGIU-PIPPIDI, Alina. “Introduction: identifying and explaining governance virtuous circles” in MUNGIU-PIPPIDI, Alina; JOHNSTON, Michael (editors). *Transitions to Good Governance*, p. 25: “The advent of ‘enlightened citizens’, as Robert Dahl (1973) used to call them – as shown for instance in the newspaper readers of the twentieth century or the Internet users of the twenty-first century, additionally armed with social media as enhanced tools of association and coordination – leads to better control of corruption by pressing governments into necessary reforms through collective action.” (Em tradução livre: “A existência de ‘cidadãos esclarecidos’ (*‘enlightened citizens’*), como Robert Dahl os chamava – como se poderia constatar, por exemplo, em leitores de jornais durante o século XX ou usuários de internet no século XXI, adicionalmente munidos de mídias sociais como ferramentas de associação e coordenação – leva a um melhor controle da corrupção ao pressionar os governos por reformas necessárias por meio de ações coletivas.”)

de defender seus próprios interesses imediatos, disputar vigorosamente com aqueles indivíduos e grupos que a eles se contrapuserem, e obter acordos políticos por eles motivados.<sup>180</sup> Para tanto, campanhas de conscientização e mobilização social, assim como programas de educação e treinamento, se baseados em valores e voltados para o desenvolvimento de uma cultura de integridade, podem se mostrar ferramentas relevantes.<sup>181</sup>

Na seara específica das licitações e contratações públicas, o pacto de integridade promovido pela Transparência Internacional constitui outra iniciativa interessante. Consiste em acordo formal celebrado com a participação da autoridade pública e de todos os licitantes de um determinado setor, em que as partes se comprometem a não oferecer, pagar, solicitar ou aceitar subornos,

---

<sup>180</sup> Cf. JOHNSTON, Michael. *Syndromes of Corruption*, p. 187: “At one level, successful reforms will help a society withstand corruption and may shift the problem itself towards less disruptive forms. But at a more basic level the issue is *justice* – enhancing citizens’ ability to pursue and defend their own economic and political wellbeing free from abuse and exploitation by political and economic elites. The opportunity to participate in open, competitive and fair political and economic processes, and the ability of institutions to sustain those processes and link them to each other while restraining their excesses, are both defining characteristics of our four syndromes and ultimate goals of reform.” Mais adiante, afirma o autor que, assim como a democracia, a boa governança não seria necessariamente o objetivo da disputa política, mas, sim, o resultado do confronto entre grupos que litigam sobre outros interesses mais imediatos (p. 217). (Em tradução livre: “Em um nível, reformas bem-sucedidas ajudarão uma sociedade a suportar a corrupção e poderão mover o problema em si para formas menos prejudiciais. Mas em um nível mais básico, a questão é *justiça* – melhorar a habilidade dos cidadãos para buscar e defender seu próprio bem-estar econômico e político, livres de abuso e exploração de elites políticas e econômicas. A oportunidade para participar em processos políticos e econômicos abertos, competitivos e justos, e a habilidade das instituições em sustentar esses processos e relacioná-los entre si ao mesmo tempo em que restringem excessos, são características definidoras das nossas quatro síndromes e objetivos finais de reforma.”

<sup>181</sup> Michael Johnston ressalta a necessidade de sustentar a mobilização da sociedade civil por períodos prolongados. Cita, como exemplo, a Comissão Independente Contra a Corrupção de Hong Kong - ICAC: “Efforts to mobilize civil society will need to take patterns of identity and social divisions, levels of trust, citizens’ and leaders’ expectations about venality (Manion, 2004), traditions of reciprocity, and complex status systems into account. Thirty years of effort by Hong Kong’s ICAC, for example, have produced a situation in which seven in ten citizens say they are willing to report corruption, but getting to that point required a long process of linking reform to language, social relationships and traditional values (Chan, 2005).” (JOHNSTON, Michael. *Syndromes of Corruption*, p. 197) (Em tradução livre: “Esforços para mobilizar a sociedade civil deverão levar em conta padrões de identidade e divisão social, níveis de confiança, expectativas de cidadãos e de líderes sobre venalidade (Manion, 2004), tradições de reciprocidade, e sistemas complexos de privilégios (*status*). Trinta anos de esforços do ICAC de Hong Kong, por exemplo, produziram uma situação na qual sete entre dez cidadãos se declaram como dispostos a denunciar corrupção, mas foi necessário, para se chegar a esse nível, um longo processo de relacionar reforma à língua, relações sociais e valores tradicionais (Chan, 2005).”) (JOHNSTON, Michael. *Syndromes of Corruption*, p. 197)

como também a não realizar acordos anticompetitivos no curso do certame.<sup>182</sup> Tem como premissa a necessidade de se estabelecer uma dinâmica coletiva, a fim de construir um ambiente de confiança entre todos os atores envolvidos e, assim, desestabilizar a corrupção sistêmica.<sup>183</sup>

Diferentemente de uma carta de intenções, o pacto de integridade: i) institui um sistema de monitoramento independente do processo de contratação pública, geralmente realizado por organizações da sociedade civil; ii) impõe obrigações adicionais de transparência, inclusive a divulgação à entidade responsável pelo monitoramento de todos os pagamentos afetos ao contrato; iii) comina sanções, como a perda do contrato ou da garantia contratual, a responsabilização civil e a declaração de inidoneidade para contratações futuras.<sup>184</sup>

As coalizões anticorrupção, alianças entre agentes públicos de elevado escalão e atores do setor privado e da sociedade civil que compartilham objetivos em comum, são outra estratégia potencialmente relevante

---

<sup>182</sup> TRANSPARENCY INTERNATIONAL. *Integrity Pacts: A How-To Guide from Practitioners*, 2016, p. 4 (disponível, conforme acesso em 08/09/2020, no endereço eletrônico <[https://images.transparencycdn.org/images/2016\\_IntegrityPacts\\_HowToGuide\\_EN.pdf](https://images.transparencycdn.org/images/2016_IntegrityPacts_HowToGuide_EN.pdf)>): “[An integrity pact] It consists of an agreement between a government or government agency (hereafter referred to as ‘the authority’) and all bidders for a public sector contract. The IP sets out rights and obligations to the effect that neither side will pay, offer, demand or accept bribes, and that bidders will not collude with competitors to obtain the contract, or bribe representatives of the authority while carrying it out”. (Em tradução livre: “Isso consiste em um arranjo entre um governo ou agência governamental (doravante referida como ‘a autoridade’) e todos os licitantes por um contrato no setor público. O IP define direitos e obrigações de forma que nenhum lado poderá pagar, requerer ou aceitar propinas, que os licitantes não poderão conspirar com competidores para obter a primazia do contrato, ou ainda subornar representantes da autoridade enquanto o estiverem executando.”)

<sup>183</sup> Cf. MARQUETTE, Heather; PEIFFER, Caryn. “Corruption and collective action”, p. 4.

<sup>184</sup> Cf. MARQUETTE, Heather; PEIFFER, Caryn. “Corruption and collective action”, p. 4: “However, as the wider collective action theory literature suggests, (see Table One), the success of an Integrity Pact is often challenged when other factors are not also in place, such as: transparency of information and the ability of actors to monitor each other throughout the process of procurement bidding; continuity of actors with time horizons long enough to last the process of procurement (i.e. low public service turnover); and the political will of the government to be involved at all (Transparency International, 2009).” (Em tradução livre: “Entretanto, como a sobre a teoria de ação coletiva ampla sugere, (veja Tabela Um), o sucesso de um Pacto de Integridade é frequentemente contestado quando outros fatores também não estão presentes, tais como: transparência de informação e a habilidade de atores de monitorarem uns aos outros por todo o processo licitatório; continuidade de atores com horizontes de tempo longos o suficiente que perpassem todo o processo licitatório (ou seja, baixa alternância de cargos no serviço público); e vontade política para que o governo efetivamente se envolva (Transparência Internacional, 2009).”)



preconizada a partir do modelo da ação coletiva. Conforme observado pela doutrina, as medidas anticorrupção que se tornaram efetivas dependeram para tanto de uma concertação ampla, capaz de garantir a cooperação da maioria.<sup>185</sup>

As coalizões são particularmente úteis à redução dos custos e riscos assumidos pelos primeiros indivíduos que tomam iniciativa contra a corrupção, em desafio à apatia popular e à oposição dos titulares dos interesses beneficiados pelo sistema existente – um dos principais óbices ao bom êxito do modelo de ação coletiva. Michael Johnston e Sahr J. Kpundeh entendem ser “a melhor estratégia disponível para criar rapidamente um movimento visível e legítimo de reforma”.<sup>186</sup>

Estratégias de longo prazo de combate à corrupção deverão de focar no fortalecimento institucional como etapa intermediária necessária. A transformação da cultura institucional no âmbito de organismos estatais, mormente através da profissionalização, do treinamento e da renovação dos

---

<sup>185</sup> Cf. MARQUETTE, Heather; PEIFFER, Caryn. “Corruption and collective action”, p. 10: “Reform coalitions are coalitions of usually elite actors within and across the state, oftentimes with actors from the private sector and civil society that share in common overlapping goals. In this case, this means controlling corruption and actively cooperating with each other to achieve this goal.” (Em tradução livre: “Coalizões reformistas são coalizões de atores normalmente de elite dentro e entre instituições do Estado, muitas vezes com atores do setor privado e da sociedade civil que comungam objetivos comuns sobrepostos. Nesse caso, isso significa controlar a corrupção e cooperar ativamente com cada um para atingir esse objetivo.”)

<sup>186</sup> Cf. JOHNSTON, Michael; KPUNDEH, Sarh J. Building. *A Clean Machine Anti-Corruption Coalitions and Sustainable Reform*. World Bank Institute, 2002, p. 3 (disponível para consulta em <[https://www.researchgate.net/publication/23549752\\_Building\\_a\\_Clean\\_Machine\\_Anti-Corruption\\_Coalitions\\_and\\_Sustainable\\_Reform/link/570d0b1608aed31341cf00c1/download](https://www.researchgate.net/publication/23549752_Building_a_Clean_Machine_Anti-Corruption_Coalitions_and_Sustainable_Reform/link/570d0b1608aed31341cf00c1/download)>, acesso em 09/09/2020): “Still, social action coalitions are the best strategy we have for creating a visible, legitimate reform movement quickly, and for mobilizing resources from within a society. They allow reform constituencies to ‘borrow’ size and resources from each other as they work together. Even more important in the long run, the internal incentive systems of coalitions can *sustain* reform after initial enthusiasm has faded, and can help protect members from reprisals. Particularly critical is their potential for moderating costs and risks for ‘first movers’ – that is, those who take the first steps against corruption in the face of both popular apathy and entrenched opposition from corrupt interests.” (Em tradução livre: “Ainda, coalizões de ação social representam a melhor estratégia que dispomos para criar rapidamente um movimento de reforma visível e legítimo, e para mobilizar recursos de dentro da sociedade. Estas coalizões permitem que grupos defensores de reformas ‘tomem emprestado’ o tamanho e os recursos dos demais ao trabalharem conjuntamente. Tanto mais importante no longo prazo, o incentivo interno para que sistemas de coalizão possam ‘sustentar’ reformas após um entusiasmo inicial se desgastou, e pode ajudar a proteger seus participantes de represálias. Especialmente crítico é o potencial para moderar custos e riscos para os ‘primeiros atores’ – isto é, aqueles que deram os primeiros passos contra a corrupção diante da apatia popular e da oposição entrincheirada dos interesses corruptos.”)

quadros de pessoal, também poderá ter grandes impactos para a implantação do controle da corrupção na Administração Pública.<sup>187</sup>

Em conclusão, as experiências bem-sucedidas de transição para o estágio de controle de corrupção demonstram a indispensabilidade de um esforço concentrado, que envolva as principais instituições sociais, políticas e econômicas, a fim de demarcar uma mudança nas regras do jogo (“*a new game in town*”). Para tanto, há que se combinar mecanismos formais de monitoramento e sanção com mecanismos informais de criação de reciprocidade e confiança, de modo que sejam alteradas as expectativas compartilhadas quanto à integridade dos jogadores envolvidos.<sup>188</sup>

### 5.3. Complementaridade dos modelos

Em que pesem as divergências de enfoque entre o modelo agente-principal e o modelo de ação coletiva, suas lógicas não são mutuamente

---

<sup>187</sup> JOHNSTON, Michael. *Syndromes of Corruption*, p. 199: “Long-term strategy requires careful thought about what is possible, often as intermediate steps. Building the institutional foundations and political constituencies reform measures require, enabling societies to withstand the corruption they experience, and shifting it over time toward less disruptive varieties are more appropriate goals, and more sustainable in the long run, than aiming directly at sizeable reductions in corruption.” (Em tradução livre: “Estratégia de longo prazo requer planejamento cuidadoso sobre o que é possível, frequentemente em graus intermediários. A construção de alicerces institucionais e grupos políticos para ações de reforma demandam que se permita que as sociedades suportem a corrupção que as aflige, e a promoção de mudanças ao longo do tempo em direção a formas menos danosas de corrupção representa objetivo mais apropriado e mais sustentável no longo prazo, em vez de buscar diretamente largas reduções na corrupção.”)

<sup>188</sup> Cf. PERSSON, Anna; ROTHSTEIN, Bo; TEORELL, Jan. “Why Anticorruption Reforms Fail”, p. 465. Um exemplo bem-sucedido de alteração das regras do jogo no Brasil, a partir de uma combinação de mecanismos formais e informais, deu-se no âmbito do controle do consumo de álcool por motoristas no Estado do Rio de Janeiro. Sob o aspecto formal, foi editada a Lei nº 11.705/2008, que estabeleceu graves sanções aos condutores de veículos flagrados sob influência de bebidas alcoólicas, ou que se recusassem a se submeterem ao teste rápido de alcoolemia. Mas ainda mais importante foi a alteração das normas informais acerca da fiscalização das regras de trânsito: anteriormente, esperava-se que autoridades públicas identificadas como tal não fossem importunadas pela fiscalização, bem como que os demais condutores se livrassem de sanções mediante pagamento de suborno. Além da fiscalização do respeito à lei ter sido atribuída a equipes não corrompidas, os nomes de autoridades e personalidades famosas penalizadas de maneira exemplar foram divulgados ostensivamente na mídia, em uma eloquente sinalização de que favoritismo e corrupção não mais seriam tolerados. Como resultado, o índice de motoristas surpreendidos com alcoolemia superior à permitida caiu mais de 40% entre 2008 e 2017. Veja-se OBSERVATÓRIO NACIONAL DE SEGURANÇA VIÁRIA. *Relatório Estatísticos de Segurança Viária – Álcool*, 2018, pp. 21-22 (<<https://drive.google.com/drive/folders/1vBwghfhuNVCnm-Pesg088aXYIhpXJuL>>, acesso em 10/09/2020).

excludentes. Pelo contrário, ambos se fundam na teoria da escolha racional, segundo a qual as decisões tomadas por atores individuais e coletivos resultam do sopesamento entre os custos e os benefícios das diferentes alternativas que se lhe apresentam.<sup>189</sup> Ocorre que, como visto, tal avaliação variará significativamente em função do contexto em que o agente se encontrar inserido, conforme predomine um ambiente de integridade ou de corrupção sistêmica.

Na realidade, o modelo de ação coletiva não se contrapõe ao modelo agente-principal, mas o complementa; não o invalida, mas agrega outra perspectiva em cenários de corrupção estrutural. Sua aplicação é contextual, dependente do nível de desenvolvimento institucional: se o contexto institucional for desfavorável, haverão de ser priorizadas as reformas propostas pelo modelo da ação coletiva, porquanto improvável o sucesso de estratégias voltadas prioritariamente à revisão de incentivos individuais. Enquanto o prisma do agente-principal busca desvendar os mecanismos que viabilizam a corrupção, a perspectiva da ação coletiva almeja compreender os motivos pelos quais um ambiente institucional corrupto tende a se perpetuar, mesmo em detrimento dos interesses da maioria da população.

O problema da ação coletiva se coloca não somente em relação ao principal – os cidadãos –, mas também aos agentes que tenham interesse na adoção de um modelo íntegro de governança. Assim como os cidadãos em geral, também políticos e burocratas honestos arcariam com um custo elevado caso denunciassem ou se opusessem à corrupção institucionalizada – quiçá

---

<sup>189</sup> Cf. PERSSON, Anna; ROTHSTEIN, Bo; TEORELL, Jan. “Getting the basic nature of systemic corruption right”, p. 4: “(...) the two sets of theories share a large number of characteristics when it comes to the underlying logic. Most importantly, they both stem from rational choice theory, within the framework of which individual and collective actors are assumed to make the choices they make on the basis of weighing the costs and benefits of different alternatives.” “(...) os dois grupos de teorias comungam de um grande número de características ao se contemplar suas lógicas subjacentes. Ainda mais relevante, ambas são derivadas de uma teoria da escolha racional, que compreende o arcabouço a partir do qual os atores coletivos e individuais presumidamente tomam suas decisões, com base na ponderação de custos e benefícios de diferentes alternativas.” Adotada tal teoria como premissa lógica, o envolvimento em atos corruptos não decorreria de uma falha moral ou desvio de caráter, mas de um cálculo realizado pelo indivíduo quanto à conduta que melhor resultará na maximização de seus interesses particulares.

com comprometimento de seu futuro profissional. Mais benéfico, pois, calar-se ou aderir às práticas corruptas.

## 6. Sintomas ou Síndromes da Corrupção

Ao tentar quantificar a prevalência da corrupção nos mais diversos países, os índices de medição de corrupção acabam por cotejá-los de forma simplista, com fundamento tão só na incidência – alta ou baixa – de práticas corruptas. Para Michael Johnston, mais importantes e esclarecedoras, até porque capazes de apontar caminhos para o controle da corrupção, são as comparações que tomam em consideração: i) os padrões de participação dos indivíduos na política e na economia do país analisado; e ii) a força das instituições que atuam tanto nas arenas política e econômica quanto em sua interligação.<sup>190</sup>

Ao ver do autor, o controle da corrupção – e ele se refere à corrupção sistêmica – depende tanto da liberalização econômica, por meio de uma economia de mercado verdadeiramente aberta e competitiva, quanto da liberalização política, através da implantação de um regime democrático com eleições igualmente abertas e competitivas. No entanto, a participação livre e competitiva nas searas econômica e política depende umbilicalmente da existência de instituições fortes, legítimas e efetivas, capazes de limitá-la, por um lado, e de garanti-la, por outro.

A ideia subjacente ao raciocínio de Michael Johnston é a de que indivíduos que dispõem de alternativas competitivas nos campos político e econômico são menos vulneráveis à exploração e à dependência. Mas, para que redunde em desenvolvimento, a competição não pode prescindir de ordem e estrutura. Afinal, a adoção de um ideário econômico absolutamente não intervencionista pode acarretar tanto o enriquecimento de poucos quanto o empobrecimento da maioria. A liberdade política total, por sua vez, pode provocar a fragmentação da representatividade entre incontáveis partidos, com

---

<sup>190</sup> JOHNSTON, Michael. *Syndromes of Corruption*, pp. 6-7.

prejuízo à democracia. Em cenários de incerteza, não raro políticos eleitos, receosos quanto à probabilidade de se manterem no poder, decidem por enriquecer o mais rápido possível; empresários, por seu turno, podem entender vantajosa a compra de proteção oficial, a fim de garantir o máximo de retorno financeiro de curto prazo.<sup>191</sup>

Como a corrupção sistêmica se reveste de atributos diferentes conforme o contexto social em que se manifesta, sua contenção dependerá da escolha de um modelo de reforma adequado às suas peculiaridades. Por isso, o autor critica a postura tradicional de promoção *tout court* da democracia de mercado como solução universal contra a corrupção. A seu ver, para além de não existir uma sinergia necessária entre liberalização política e liberalização econômica<sup>192</sup>, o enfoque das reformas há de residir igualmente no fortalecimento das instituições e das capacidades do Estado, sem o que democratização e abertura de mercado podem se revelar inócuas ou mesmo prejudiciais.<sup>193</sup>

---

<sup>191</sup> JOHNSTON, Michael. *Syndromes of Corruption*, p. 7: "People who have real political and economic alternatives will be less vulnerable to exploitation and dependency; competition weakens the ability of any one economic interest or political faction to dominate its own arena. But participation must be also structured and orderly: total *laissez-faire* in the economy is likely to enrich the few and impoverish the many, while a political free-for-all among twenty or thirty parties will not yield democratic mandates. Insecurity may induce politicians, unsure of their hold on power, to enrich themselves as quickly as they can, and entrepreneurs to buy official protection while insisting on maximum short-term returns." (Em tradução livre: "Pessoas que dispõem de alternativas políticas e econômicas reais serão menos vulneráveis a exploração e dependência; a competição enfraquece a habilidade de qualquer interesse econômico ou facção política de dominar seu próprio ambiente de atuação. Mas a participação deve também ser estruturada e ordeira; um total *laissez-faire* na economia provavelmente enriquecerá poucos e empobrecerá muitos, enquanto uma política sem controle (*political free-for-all*) entre vinte ou trinta partidos não resultará em mandatos democráticos. A insegurança poderá induzir políticos, inseguros de sua permanência no poder, a quererem enriquecer o mais rápido que puderem, e empresários a comprar proteção oficial ao mesmo tempo em que demandam retornos máximos em curto-prazo.")

<sup>192</sup> JOHNSTON, Michael. *Syndromes of Corruption*, p. 195: "Not only has the hoped-for synergy between economic and political liberalization (Przeworski, 1995) proven difficult to develop; liberalization in either sphere without strong, accountable institutions quickly turns into choices for a powerful few, insecurity and deprivation for the many, and illicit connections between wealth and power." (Em tradução livre: "Não apenas a tão-esperada sinergia entre liberalização política e econômica (Przeworski, 1995) se provou difícil de se desenvolver; a liberalização em ambas as esferas sem instituições fortes e responsivas (*accountable*) transmuda-se rapidamente em escolhas para um punhado de poderosos, insegurança e privação para muitos, e conexões ilícitas entre riqueza e poder.")

<sup>193</sup> JOHNSTON, Michael. *Syndromes of Corruption*, p. 153: "Transparency, privatization, streamlining official operations and upgraded law enforcement and public management are excellent reform ideas, but they assume the existence of a state strong enough to perform basic functions, and lasting political incentives to do so. Absent that, opening up public processes or

Michael Johnston propõe, então, que os sintomas pelos quais a corrupção se manifesta – por ele denominados “síndromes da corrupção” – sejam classificados em função de dois eixos: i) o grau de liberdade de participação econômica e política; e ii) o grau de solidez das instituições existentes. Com resultado, seriam quatro as síndromes da corrupção, assim identificadas:

| SÍNDROME                      | PARTICIPAÇÃO                |                          | INSTITUIÇÕES                   |                         |
|-------------------------------|-----------------------------|--------------------------|--------------------------------|-------------------------|
|                               | Oportunidades Políticas     | Oportunidades Econômicas | Capacidade do Estado/Sociedade | Instituições Econômicas |
| <b>Mercados de Influência</b> | Democracias Consolidadas    | Mercados Consolidados    | Forte                          | Forte                   |
| <b>Cartéis de Elite</b>       | Democracias em Consolidação | Mercados em Reforma      | Moderada                       | Moderada                |
| <b>Oligarcas e Clãs</b>       | Regimes de Transição        | Mercados Recentes        | Fraca                          | Fraca                   |
| <b>Magnatas Oficiais</b>      | Não Democráticos            | Mercados Recentes        | Fraca                          | Fraca                   |

Para o autor, mesmo em democracias tradicionais e com mercados consolidados, pode haver corrupção, sob a modalidade denominada “mercado de influência”. Há demanda por agentes políticos que, em troca de contribuições financeiras legais ou ilegais, se prestem a intermediar os interesses dos detentores do poder econômico, desejosos de garantir acesso

---

rolling back the state will be irrelevant, as real decision making may already have been ‘privatized’ in particularly damaging ways; Goldman’s (2003a) term ‘piratization’ has relevance well beyond Russia. Similarly, urging ‘civil society’ to move against corruption – in effect, urging the weak to confront the strong – makes little sense where trust is weak (often for good reasons) and insecurity is a prime fact of life.” (Em tradução livre: “Transparência, privatização, simplificar operações oficiais e aprimorar a aplicação da lei e a gestão pública são excelentes ideias para reformas, mas pressupõem a existência de um Estado robusto o bastante para desempenhar funções básicas, e vontade política duradoura para tanto. Ausentes esses pressupostos, iniciar processos públicos ou reduzir o tamanho do Estado (*rolling back the State*) será irrelevante, uma vez que a tomada de decisão real já poderá ter sido ‘privatizada’ em formas especialmente danosas; o termo ‘piratização’ (*piratization*), cunhado por Goldman (2003a), refere-se para além do caso da Rússia. Similarmente, ao instar a ‘sociedade civil’ a se mover contra a corrupção – com efeito, instar os fracos a confrontar os fortes – faz pouco sentido quando a confiança é fraca (frequentemente por boas razões) e a insegurança é um fato primordial da vida.”) Ao tratar do caso do México, à página 151, o autor afirma que o aumento de competitividade política e a abertura da economia, em um contexto de instituições fracas e elites divididas, pode incentivar o surgimento de formas ainda mais nocivas de corrupção.

às instituições públicas e de influenciar pontualmente leis, políticas públicas e projetos governamentais. Uma vez que os mercados estão há muito consolidados – caso de Alemanha, Estados Unidos e Japão –, os prejuízos desta síndrome de corrupção se fazem sentir sobretudo no campo dos valores e da vitalidade da democracia, preservado o desenvolvimento econômico. Por conseguinte, a reforma mais adequada seria a revisão dos sistemas de financiamento político.<sup>194</sup>

“Cartéis de elites” são grupos interligados de políticos de alto escalão, empresários, burocratas, militares e líderes étnicos, que, para além de compartilharem os benefícios auferidos com a corrupção, constroem redes e formam alianças para consolidar seu poder e afastar o risco de mudanças políticas.<sup>195 196</sup> Sua intenção não é apenas influenciar pontualmente, mas controlar. Para tanto, obstaculizam ou cooptam eventuais competidores e isolam suas vantagens econômicas e políticas de possíveis pressões eleitorais

---

<sup>194</sup> JOHNSTON, Michael. *Syndromes of Corruption*, p. 60: “Influence Market corruption revolves around the use of wealth to influence within strong political and administrative institutions – often, with politicians putting their own access out for rent. In market democracies many people have interests to pursue and the means with which to do so, and points of public-private access proliferate. Where institutions are strong and credible the overwhelming majority of advocacy takes place within accepted limits, but Influence Market societies also have evolved in ways accommodating to political and economic elites. This corruption syndrome thus does not ordinarily threaten the viability of institutions or the broader system; indeed, to do so would devalue the access at stake.” (Em tradução livre: “Corrupção de Mercado de Influência (*Influence Market*) gira em torno do uso de riqueza para influir em instituições políticas e administrativas robustas – frequentemente, com políticos ofertando seu próprio acesso como contraprestação. Em democracias de mercado, muitos terão interesses a perseguir e os meios para fazê-lo, e pontos de acesso público e privados proliferam. Onde as instituições são fortes e críveis, a maior parte da advocacia ocorre dentro de limites aceitáveis, mas sociedades de Mercado de Influência também se desenvolveram de maneira a acomodar elites políticas e econômicas. Essa síndrome de corrupção não apenas ameaça de maneira ordinária a viabilidade das instituições do sistema como um todo; de fato, fazer isso desvaloriza o acesso em questão.”)

<sup>195</sup> Os cartéis de elite se aproximam das “ordens de acesso limitado”, conforme descritas por Douglass C. North, John Joseph Wallis, Steven B. Webb e Barry R. Weingast.

<sup>196</sup> JOHNSTON, Michael. *Syndromes of Corruption*, pp. 89-90: “Deals take place not only between public officials and private interests, or between political leaders and mass followers, but also among hegemonic political, bureaucratic, and business figures. The point is not to influence specific policies (although that can certainly be the immediate reward) but rather to stymie or co-opt competitors, amass enough influence to govern, and insulate economic and policy advantages from electoral and social pressures.” (Em tradução livre: “Acordos ocorrem não somente entre funcionários públicos e interesses privados, ou entre líderes políticos e seus seguidores em massa, mas também entre figuras hegemônicas políticas, governamentais (*bureaucratic*) e empresariais. A questão é não influenciar políticas específicas (embora essa possa ser uma recompensa imediata) mas inviabilizar ou cooptar competidores, angariar influência suficiente para governar, e isolar vantagens políticas e econômicas de pressões eleitorais e sociais.”)

e sociais. Na realidade, os resultados eleitorais não alteram o *status quo*, pois se limitam a modificar os parâmetros do loteamento da Administração Pública. As reformas, quando implementadas, podem não alterar a cultura subjacente de clientelismo, nem fortalecer o Estado e a sociedade civil, a exemplo do que ocorreu na Itália, na Coreia do Sul e em Botswana. Diante de um tal cenário, o foco das propostas de reforma haveria de ser a liberalização da economia, a reestruturação do serviço público – com profissionalização e fortalecimento da autonomia da burocracia – e o aumento da transparência.<sup>197</sup>

Se a corrupção nos “cartéis de elites” se liga ao desejo de controle, a corrupção nos países acometidos pela síndrome de “oligarcas e clãs” diz com a necessidade de proteção. Em um regime de fraqueza institucional, o poder é personalizado: um pequeno contingente de indivíduos pertencentes a oligarquias e clãs dispõe de riqueza, poder político e – não raro – do uso da violência, para oferecer proteção e recompensas a seus seguidores, recrutados em razão da pobreza e da insegurança.<sup>198</sup> <sup>199</sup> É difícil distinguir entre integrantes de organizações criminosas, políticos corruptos e agentes políticos:

---

<sup>197</sup> JOHNSTON, Michael. *Syndromes of Corruption*, p. 205: “The behind-the-scenes collusion, favoritism, and the colonization of bureaucracies and economic sectors that mark Elite Cartel corruption suggest that the ‘consensus package’ of liberalization, improved public management, and enhanced transparency may be more productive in Elite Cartel cases than elsewhere.” (Em tradução livre: “O conluio embaixo dos panos, o favoritismo e a colonização de burocracias e de setores econômicos que marcam o Cartel de Elite (*Elite Cartel*) da corrupção sugerem que o ‘pacote consensual’ da liberalização, da melhor gestão pública e da transparência aprimorada podem ser mais produtivas em lugares com a existência de Cartéis de Elite do que em outros lugares.”)

<sup>198</sup> JOHNSTON, Michael. *Syndromes of Corruption*, p. 121: “Countries in this group have experienced rapid and significant liberalization of politics, economies, or both, yet their institutions and civil societies are very weak. There is much to contend over, both in the economy and in politics, but risks can be extreme and there are many unscrupulous competitors. Official powers and institutions are ineffective, unpredictable, and often up for rent. The enforceability of contracts and the security of property and investments are by no means assured; gains often must be protected by further corruption or violence, and wealth may only be secure when sent out of the country to safer havens.” (Em tradução livre: “Países nesse grupo têm experimentado liberalização rápida e significativa da política, da economia, ou de ambas, embora suas instituições e sociedades civis sejam muito fracas. Há muitos embates, tanto na economia quanto na política, mas os riscos podem ser extremos e há muitos competidores inescrupulosos. Forças governamentais e instituições são ineficientes, imprevisíveis e abertas à corrupção. A implementação de contratos e a segurança da propriedade e dos investimentos não estão assegurados; os ganhos frequentemente devem ser protegidos por mais corrupção ou violência, e a riqueza somente estará segura quando for enviada para fora do país ou para esconderijos mais seguros.”)

<sup>199</sup> A categoria de oligarcas e clãs de Michael Johnston assemelha-se às “ordens de acesso limitado frágeis” de Douglass C. North, John Joseph Wallis, Steven B. Webb e Barry R. Weingast.



freios institucionais e garantias legais têm pouco significado, não há limites claros entre o público e o privado. Mesmo em cenários em que eleições são realizadas, as alternativas aos oligarcas têm pouco a oferecer aos eleitores: partidos políticos não representam grupos de interesse, mas séquitos personalistas. Após enquadrar aqui Rússia, Filipinas e México, o autor situa o foco ideal de reformas na redução da insegurança e no fortalecimento das instituições.

Regimes com instituições muito fracas, reduzida competição política e oportunidades econômicas em expansão constituem cenário favorável à pilhagem da sociedade e da economia pelos “magnatas oficiais” – agentes políticos poderosos e seus favoritos. Nesta síndrome, não se está a cuidar da troca de vantagens entre agentes econômicos e políticos, mas da extração e apropriação da riqueza do país pura e simples, mediante abuso unilateral do poder político. A exemplo do que ocorre na China, no Quênia e na Indonésia, as fronteiras entre o público e o privado são virtualmente inexistentes, de modo que bens e recursos públicos podem ser apropriados sem temor de reprimendas ou represálias.<sup>200</sup> Em cenários que tais, os instrumentos de reforma mais efetivos seriam o incentivo a movimentos em prol do fortalecimento das liberdades civis e a pressão dos organismos internacionais.

## 7. A corrupção no Brasil

### 7.1. Panorama

---

<sup>200</sup> JOHNSTON, Michael. *Syndromes of Corruption*, p. 155: “‘Official Moguls’ thus has a double meaning: officials and politicians enrich themselves through corruption more or less at will, at times moving into the economy by converting whole state agencies into profit-seeking enterprises, and ambitious businesspeople with official protection and partners take a quase-official status as they build their empires. Either way the locus of power lies not within the state but with officials who use political leverage to extract wealth.” “Magnatas públicos (*Official Moguls*) tem uma dupla conotação: funcionários públicos e políticos enriquecem por meio da corrupção mais ou menos à vontade, por vezes movendo-se para a economia ao converter agências governamentais inteiras em empresas que visam ao lucro; e empresários público ambiciosos com proteção oficial e seus sócios adquirem um status quase-oficial ao construir seus impérios. Em ambos os casos o poder não reside no Estado mas como os agentes que usam alavancagem política para extrair riquezas.)

Estudo realizado em 2010 pelo Departamento de Competitividade e Tecnologia da Federação de Indústrias do Estado de São Paulo (FIESP) estimou o custo médio da corrupção no Brasil “entre 1,38% a 2,3% do PIB, isto é, de R\$ 41,5 bilhões a R\$ 69,1 bilhões (em reais de 2008)”.<sup>201</sup> Não por acaso, em pesquisas de opinião pública, a exemplo daquela promovida anualmente pela Confederação Nacional de Indústria (CNI), a corrupção aparece de forma consistente entre os três maiores problemas do Brasil.<sup>202</sup>

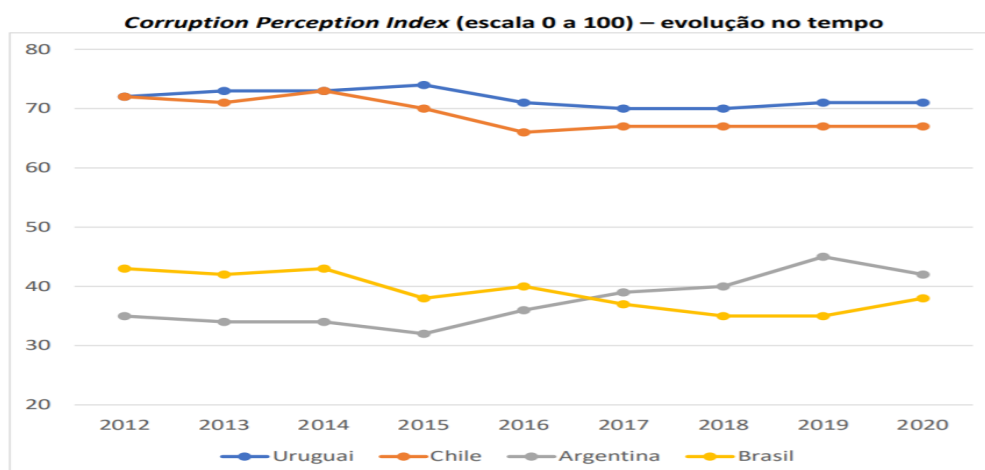
Segundo o Índice de Percepção da Corrupção (IPC) compilado em 2020 pela Transparência Internacional, o país ocupa a 94<sup>a</sup> posição de um total de 180 (cento e oitenta) países, muito abaixo seus vizinhos sul-americanos Uruguai (21<sup>a</sup>) e Chile (25<sup>a</sup>), como também de nações africanas como Botsuana (35<sup>a</sup>), Ruanda (49<sup>a</sup>), Namíbia (57<sup>a</sup>) e Senegal (67<sup>a</sup>). Portugal, matriz da qual derivam a maioria de suas instituições políticas e tradições culturais, ostenta o 33<sup>o</sup> lugar.<sup>203</sup> A representação gráfica abaixo revela que a percepção da corrupção no país sofreu piora progressiva a partir de 2015, quando vieram à luz os fatos investigados pela Operação Lava Jato:

---

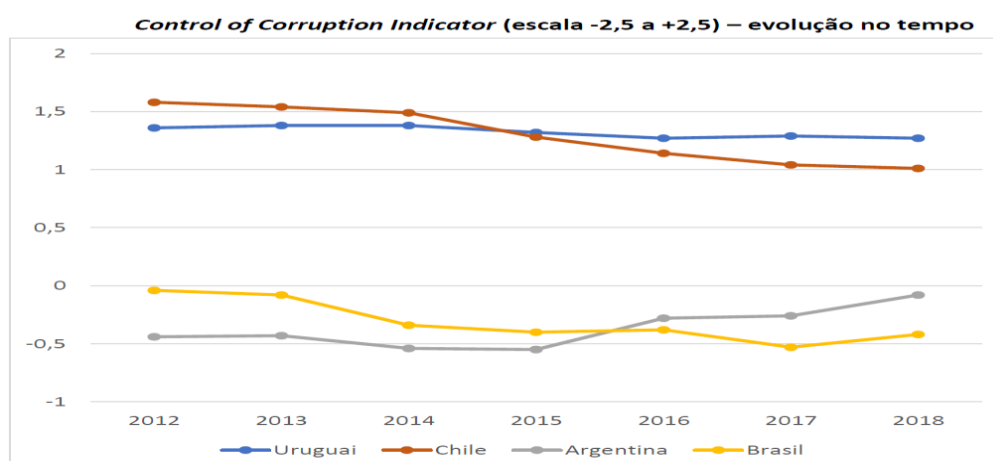
<sup>201</sup> A partir da correlação observada entre PIB per capita e o Índice de Percepção de Corrupção (IPC) medido pela Transparência Internacional, o estudo projeta qual seria o PIB brasileiro caso o IPC do país (média de 3,65) atingisse o patamar de 7,45 (média dos doze países selecionados como parâmetro de comparação, a saber: Coreia do Sul, Costa Rica, Japão, Chile, Espanha, Irlanda, Estados Unidos, Alemanha, Austrália, Canadá, Cingapura e Finlândia) ou de 10,00 (patamar ideal). Cf. FIESP. *Corrupção: custos econômicos e propostas de combate*, Março de 2010, p. 28 (disponível no endereço <<https://www.fiesp.com.br/indices-pesquisas-e-publicacoes/relatorio-corruptao-custos-economicos-e-propostas-de-combate/>>, acesso em 20/07/2020).

<sup>202</sup> Em 2014, 2016, 2017, 2018, 2019 e 2020, a corrupção ocupou a terceira posição; em 2015, chegou à primeira posição entre os maiores problemas. Para a pesquisa mais recente, consulte-se o endereço eletrônico <<http://www.portaldaindustria.com.br/estatisticas/rsb-55-principais-problemas-do-pais-e-prioridades-para-2021/>>, acesso em 16/07/2021).

<sup>203</sup> Cf. Índice de Percepção da Corrupção 2020, Transparência Internacional, 2021, p. 2, disponível no endereço eletrônico <<https://comunidade.transparenciainternacional.org.br/ipc-indice-de-percepcao-da-corruptao-2020>>, acesso em 27/06/2021.



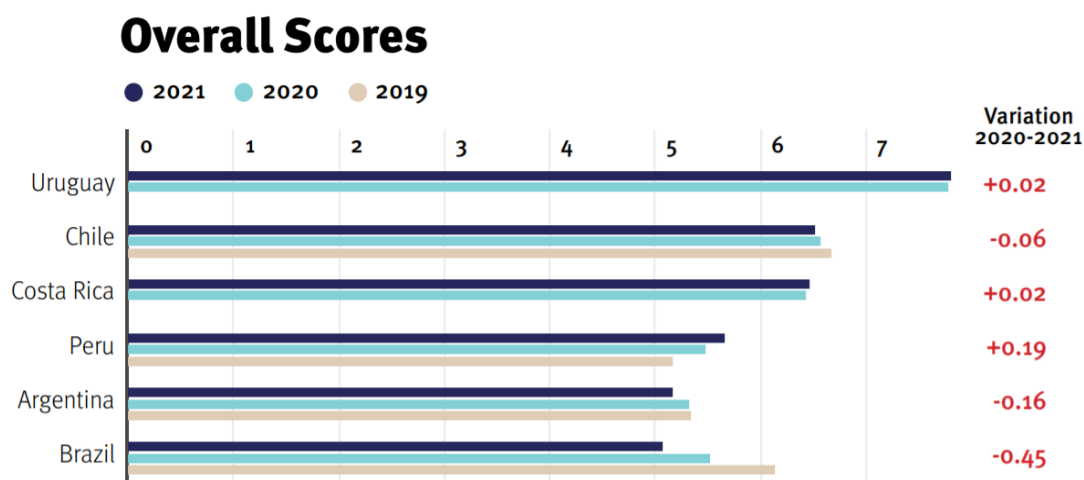
A evolução negativa do desempenho brasileiro também foi captada pelo Índice de Controle da Corrupção (CCI), um dos indicadores de governança utilizados na elaboração do Indicador Mundial de Governança (WGI) pelo Banco Mundial:<sup>204</sup>



A degradação recente do quadro institucional de combate à corrupção encontra ressonância, ainda, no Capacity to Combat Corruption Index (CCC), elaborado pela Americas Society/Council of the Americas (AS/COA) e pela Control Risks. Entre 2019 e 2021, o Brasil registrou o maior retrocesso entre os 15 países analisados, mormente à vista da perda de independência dos órgãos

<sup>204</sup> Para mais informações sobre a linha evolutiva dos países em destaque, veja-se o endereço <<https://info.worldbank.org/governance/wgi/Home/downloadFile?fileName=wgidataset.xlsx>>, acesso em 27/06/2021.

de investigação e persecução, como também da desmobilização da sociedade civil no que concerne ao combate à corrupção:



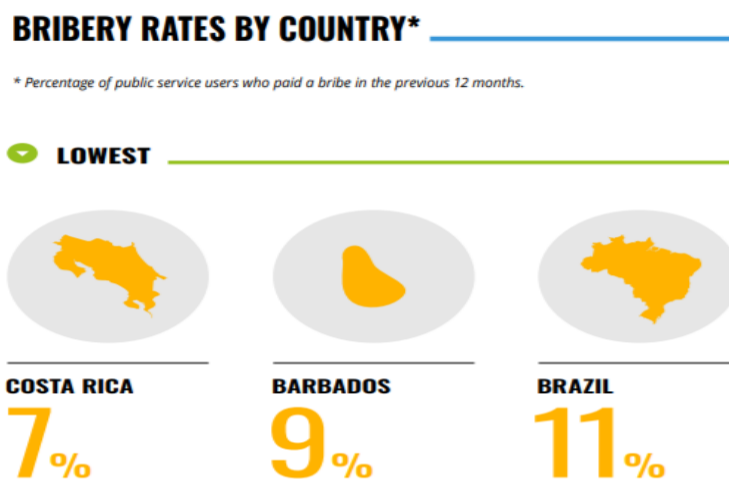
Segundo o último relatório, as variáveis denominadas “capacidade legal” – que, entre outros itens, abrangem a independência e eficiência do Poder Judiciário e das agências anticorrupção, bem como os recursos disponíveis para investigações nessa seara – e “democracia e instituições políticas” – pertinentes, em especial, à qualidade dos processos legislativos e normativos – foram as maiores responsáveis pela piora do desempenho brasileiro.<sup>205 206</sup> São expressamente mencionadas a nomeação “de pessoas percebidas como menos independentes para o comando da Polícia Federal e do Ministério Público Federal”, o desmantelamento da Operação Lava Jato e a deterioração da qualidade das relações entre os Poderes Executivo e Legislativo, com a utilização de “troca de favores, negociação de cargos e uso de fundos públicos para conseguir apoio”.<sup>207</sup>

<sup>205</sup> Por “capacidade legal” entende-se: i) independência e eficiência do Judiciário; ii) independência e eficiência das agências anticorrupção; iii) acesso à informação pública e transparência geral do governo; iv) independência e recursos para o Ministério Público e investigadores; v) nível de especialização e recursos disponíveis para combate a crimes de colarinho branco; vi) qualidade de instrumentos de colaboração premiada; vii) nível de cooperação internacional na aplicação da lei.

<sup>206</sup> A variável “democracia e instituições políticas” abrange: i) qualidade e cumprimento da legislação de financiamento de campanha; ii) qualidade de processos legislativos e normativos; iii) qualidade geral da democracia.

<sup>207</sup> Cf. Relatório do Índice de Capacidade de Combate à Corrupção (CCC) de 2021, pp. 17-18 disponível em <[https://www.as-coa.org/sites/default/files/CCC\\_Relatorio\\_Portugues\\_2021.pdf](https://www.as-coa.org/sites/default/files/CCC_Relatorio_Portugues_2021.pdf)>, acesso em 20/06/2021.

Enquanto CPI, CCI e CCC são indicadores resultantes de fontes agregadas como institutos de pesquisa, agências de análise de risco e organizações internacionais, o *Global Corruption Barometer* (GCB) é elaborado a partir de pesquisas junto à população em geral, questionada sobre sua experiência pessoal. É interessante notar que, embora CPI e CCI coloquem o Brasil no patamar de países sistematicamente corruptos, GCB aponta níveis baixos de vitimização para os padrões latino-americanos. Em suma, brasileiros estão menos expostos que seus vizinhos a demandas por suborno para a obtenção de serviços públicos. Segundo levantamento de 2019, o Brasil seria o terceiro país com menor incidência de vitimização entre as nações latino-americanas.<sup>208</sup>



Isso sugere que, no campo da corrupção burocrática, o Brasil possui um padrão relativamente bom de integridade, com índices baixos de corrupção – menores ou iguais a 5% - em setores como saúde, educação e Judiciário, a despeito da maior incidência de subornos nas interações com forças policiais.<sup>209</sup>

<sup>208</sup> Cf. <<https://images.transparencycdn.org/images/LAC-Infographic-2019-PDF.pdf>>, acesso em 25/07/2020. A título de comparação, o Chile – que obtém índices sistematicamente melhores do que o Brasil no *Corruption Perceptions Index* e no *Control of Corruption Indicator* – relatou índices de vitimização de 13% em 2019 e de 22% em 2017.

<sup>209</sup> Veja-se <[https://images.transparencycdn.org/images/2019\\_GCB\\_LatinAmerica\\_Caribbean\\_Full\\_Report.pdf](https://images.transparencycdn.org/images/2019_GCB_LatinAmerica_Caribbean_Full_Report.pdf)>, acesso em 25/07/2020.



## BRIBERY RATES\*

\* Based on people who used these public services in the previous 12 months.

|                                   | 2017 | 2019 |
|-----------------------------------|------|------|
| Overall bribery rate              | 11%  | 11%  |
| Public schools                    | 9%   | 4%   |
| Public clinics and health centers | 7%   | 5%   |
| IDs                               | 7%   | 7%   |
| Utilities                         | 10%  | 8%   |
| Police                            | 6%   | 12%  |
| Judges                            | 3%   | 5%   |

Se o GCB atribui ao Brasil o terceiro lugar entre os países com menor incidência de corrupção burocrática, por outro lado lhe confere o terceiro lugar entre os países com maior incidência de “compra de votos” em eleições:<sup>210</sup>



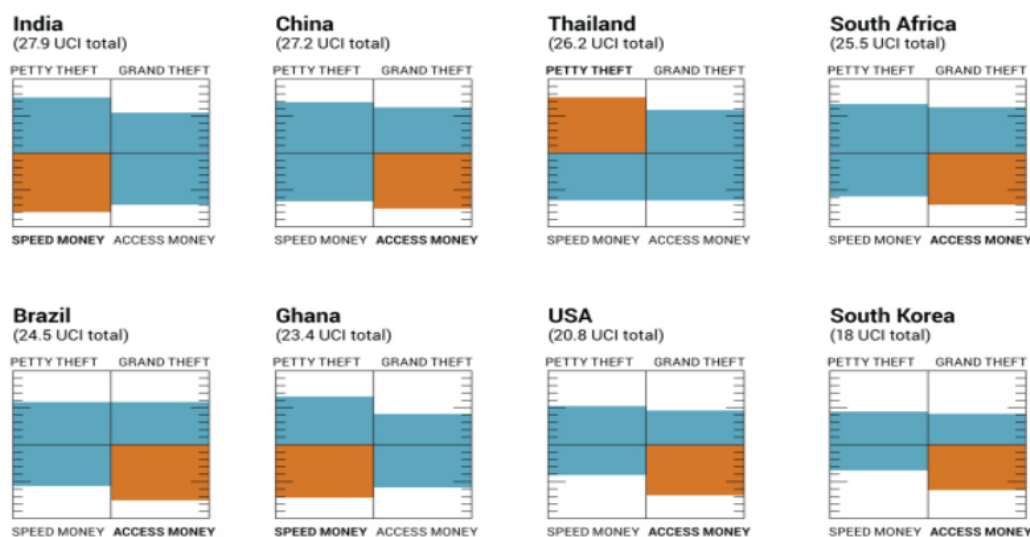
A dissonância entre baixos índices de vitimização com elevados índices de percepção de corrupção e de “compra de votos” revela que, ainda que o Brasil se enquadre entre as nações que sofrem de corrupção sistêmica, as práticas corruptas não se distribuem uniformemente por todos os setores da burocracia estatal. Pelo contrário, a corrupção se concentra nas atividades mais diretamente ligadas a agentes políticos e, em particular, no contexto do financiamento de disputas eleitorais; predomina, pois, a corrupção política.

Tal conclusão é corroborada pela pesquisa de Yuen Yuen Ang, que desenvolveu o Índice Desagregado de Corrupção (*Unbundled Corruption Index* – UCI), no intuito de identificar a incidência em cada país de cada uma das

<sup>210</sup> Veja-se <[https://images.transparencycdn.org/images/2019\\_GCB\\_LatinAmerica\\_Caribbean\\_Full\\_Report.pdf](https://images.transparencycdn.org/images/2019_GCB_LatinAmerica_Caribbean_Full_Report.pdf)>, acesso em 25/07/2020.

quatro tipologias em que decompõe a corrupção. Com isso, a autora pretende neutralizar o viés tendencioso dos demais indicadores de corrupção, que costumam enfatizar a corrupção burocrática e desconsiderar suas formas mais sofisticadas e institucionalizadas, através das quais os detentores do poder econômico adquirem acesso privilegiado aos detentores do poder político.<sup>211</sup>

A partir de respostas colhidas junto a especialistas de 15 (quinze) países, Yuen Yuen Ang detectou que, à semelhança da China, África do Sul e economias mais avançadas (Estados Unidos, Coreia do Sul, Taiwan, Japão e Cingapura), a modalidade de corrupção predominante no Brasil seria a compra de acesso (*access money*).<sup>212</sup>



A constatação da prevalência da compra de acesso sobre outras modalidades de corrupção é um dos pilares da tese desenvolvida pela autora para explicar como a China teria conseguido compatibilizar seus elevados níveis de corrupção com um desenvolvimento econômico tão rápido. Interessante constatar, todavia, que a preponderância do *access money* sobre outras modalidades de corrupção seria ainda maior no Brasil, a sugerir que o

<sup>211</sup> Como visto, a autora decompõe a corrupção em 4 (quatro) categorias: apropriação em pequena escala (*petty theft*), apropriação em grande escala (*grand theft*), compra de facilidades burocráticas (*speed money*) e compra de acesso (*access money*). No ponto, veja-se ANG, Yuen Yuen. *China's Gilded Age*, pp. 24-27.

<sup>212</sup> ANG, Yuen Yuen. *China's Gilded Age*, p. 33. Para a representação gráfica, cf. <<https://oecd-development-matters.org/2020/06/25/unbundling-corruption-why-it-matters-and-how-to-do-it/>>, acesso em 25/07/2021.

decantado efeito anabolizante da compra de acesso haveria de ser ainda mais pronunciado na economia brasileira do que na chinesa. Não é essa, entretanto, a realidade observada.<sup>213 214</sup>

De toda sorte, o UCI demonstra que as relações entre burocratas e cidadãos se encontram menos contaminadas pela corrupção sistêmica do que as relações mantidas entre elites econômicas e políticas. O teor do acordo de colaboração firmado no contexto da Operação Lava Jato por Sérgio Machado, experiente parlamentar que exerceu a Presidência da empresa estatal Transpetro por mais de uma década, confirma o acerto dessa conclusão. Segundo o político, há mais de sete décadas, os contratos firmados com o poder público brasileiro – em todos os níveis da federação – tomam em conta o denominado “custo político”, equivalente ao percentual de suborno incidente como praxe sobre o valor real da contratação, tradicionalmente “3% no nível federal, de 5% a 10% no nível estadual e de 10% a 30% no nível municipal”.<sup>215</sup>

<sup>213</sup> Compare-se a pontuação de Brasil e China da escala do UCI:

| PAÍS   | PETTY THEFT | GRAND THEFT | SPEED MONEY | ACCESS MONEY | TOTAL |
|--------|-------------|-------------|-------------|--------------|-------|
| China  | 6,9         | 6,1         | 6,6         | <b>7,6</b>   | 27,2  |
| Brasil | 5,8         | 5,8         | 5,6         | <b>7,5</b>   | 24,7  |

A pontuação média das outras três modalidades de corrupção foi de 6,5 na China, e de 5,7 no Brasil; portanto, a prevalência de *access money* sobre as demais modalidades de corrupção seria de +1,1 ponto na China e de +1,8 ponto no Brasil. Dos quinze países avaliados pelo UCI, os únicos que teriam maior prevalência da compra de acesso, comparados ao Brasil, são os Estados Unidos (+2,2 pontos) e a Coréia do Sul (+2,1 ponto).

<sup>214</sup> Tal contradição reforça a percepção de que, mesmo que se admita uma possível compatibilidade entre a compra de acesso e o desenvolvimento econômico de curto prazo, os impactos da referida modalidade de corrupção dependerão fundamentalmente da identificação dos interesses da elite corruptora: i) com a expansão da atividade econômica; ou ii) com a elevação de barreiras de entrada, para a preservação do *status quo*.

<sup>215</sup> “(...) que desde 1946 havia um padrão segundo o qual os empresários moldavam seus orçamentos com incorporação do conceito de ‘custo político’; que o ‘custo político’ é o percentual de qualquer relação contratual entre empresa privada e poder público a ser destinado a propinas; que esse percentual é de 3% no nível federal, de 5 a 10% no nível estadual e de 10 a 30% no nível municipal; que recentemente, em todos os níveis de governos, as pessoas saíram desse padrão e foram além, envolvendo a estrutura das empresas estatais e dos órgãos públicos, o que antes não acontecia; que o depoente não deixou a TRANSPETRO sair do “modelo tradicional”; que a PETROBRAS é “a madame mais honesta dos cabarés do Brasil”, significando essa metáfora que era um organismo estatal bastante regulamentado e disciplinado; que pode citar, como organismos estatais com práticas menos ortodoxas que a PETROBRAS o DNIT, as companhias DOCAS, bancos oficiais tais como o Banco do Nordeste, FUNASA e FNDE e DNOCS.” (Termo de Colaboração nº 10 de José Sergio de Oliveira Machado, pp. 83-84 da Petição nº 6138 no STF)



As informações prestadas à Lava Jato por Hilberto Mascarenhas Alves da Silva Filho dão conta de melhor dimensionar o problema. De acordo com o colaborador, o Setor de Operações Estruturadas do Grupo Odebrecht, departamento pelo qual era responsável, movimentou aproximados 3,37 bilhões de dólares entre 2006 e 2014, majoritariamente destinados ao suborno de agentes políticos.<sup>216</sup> Como bem diagnosticam Deltan Dallagnol e Roberson Pozzobon, as condutas reprováveis praticadas na base da pirâmide social brasileira não se comparam em proporção à corrupção daqueles que ocupam o topo. De fato, “o mau exemplo vem de cima”.<sup>217</sup>

## 7.2. Enquadramento do Brasil nos Sintomas/Síndromes de Corrupção

A partir da combinação de indicadores de participação política e econômica e de qualidade institucional realizada por Michael Johnston, é possível enquadrar o Brasil entre os países vitimados por “cartéis de elites”, onde líderes políticos e grandes empresários se associam para consolidar seu poder e evitar competição política.<sup>218</sup> Os acertos corruptos frequentemente se concentram em negócios de elevado valor, aptos a sustentar a coesão entre os integrantes das elites. Dessarte, índices relativamente baixos de corrupção burocrática convivem com elevados indicadores de corrupção sistêmica.<sup>219</sup>

---

<sup>216</sup> Veja-se o endereço <<https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/departamento-de-propinas-da-odebrecht-girou-us-337-bilhoes-em-9-anos/>>, acesso em 08/09/2020.

<sup>217</sup> DALLAGNOL, Deltan; POZZOBON, Roberson. “Ações e reações no esforço contra a corrupção no Brasil”, in PINOTTI, Maria Cristina (organizadora). *Corrupção: Lava Jato e Mãos Limpas*. São Paulo: Portfolio/Penguin, 2019, p. 142.

<sup>218</sup> Posto tal enquadramento, poder-se-ia reler a história recente do Brasil como a ampliação do quadro de suas elites, a partir da chegada ao poder do Partido dos Trabalhadores, cujos líderes são associados ao movimento sindical e aos quadros do funcionalismo público. Desde logo, a nova elite se acomodou às elites tradicionais – aqui abrangido tanto o empresariado quanto os grandes proprietários de terras, herdeiros da tradição do “coronelismo” –, em ajustes mutuamente benéficos. Tal acerto foi mantido até que a crise econômica e a exposição da corrupção sistêmica conduziram ao seu rompimento e à queda do Partido dos Trabalhadores do poder.

<sup>219</sup> JOHNSTON, Michael. *Syndromes of Corruption*, p. 90: “Paradoxically, where Elite Cartels are strong the breadth or frequency of corrupt activities (difficult as such judgements are) may be somewhat reduced in favor of fewer, larger, high-level deals reflecting and sustaining elite cohesion.” “Paradoxalmente, onde os Cartéis de Elite são fortes, a amplitude ou frequência de atividades corruptas (difíceis como esses julgamentos o são) poderão ser de alguma forma reduzidos em benefícios de esquemas menos frequentes, maiores, de alto-nível, que refletem e mantêm a coesão da elite.”

No entanto, se o Brasil se enquadra no modo dos “cartéis de elites” no plano nacional, porquanto relativamente sólidas as instituições federais, vários dos governos subnacionais – pertencentes aos planos estadual e municipal – apresentam instituições mais frágeis, participação política mais limitada e poder político e econômico concentrado há décadas em alguns poucos clãs familiares. Tais características sugerem que seu melhor enquadramento seria no modo de “oligarcas e clãs”.<sup>220</sup>

Finalmente, há regiões no país – algumas situadas em grandes áreas metropolitanas, inclusive –, em que as elites políticas mantêm laços estreitos com a criminalidade violenta, a indicar uma “ordem de acesso limitado frágil”, na nomenclatura proposta por Douglass C. North, John Joseph Wallis, Steven B. Webb e Barry R. Weingast. Em tais cenários, porque o Estado sequer conseguiu assegurar para si o monopólio da violência, rivais políticos e jornalistas ainda enfrentam risco de vida. Falta à sociedade, pois, instrumental mínimo para implantar reformas anticorrupção.

### 7.3. Combate à corrupção no Brasil: reforços institucionais

Para enfrentamento da corrupção no Brasil, convém ter uma visão realista tanto dos aspectos positivos, que fortaleceriam o controle da corrupção, quanto das fragilidades, que poderiam comprometer o resultado almejado. Entre as vantagens, há que se considerar que:

- i. o país tem uma economia relativamente aberta e dinâmica: a despeito de um grau significativo de protecionismo, o mercado interno brasileiro é desenvolvido o bastante para comportar a concorrência em múltiplos setores econômicos;
- ii. a imprensa é relativamente independente do poder político: embora a maioria dos grandes veículos de imprensa esteja nas mãos de poucas famílias

---

<sup>220</sup> Michael Johnston ressalta que as síndromes – ou modos de manifestação da corrupção – que propõe são tipos ideais não excludentes entre si: “No country will have just one kind of corruption, and no syndrome will fit any one in every detail.” “Nenhum país terá apenas um tipo de corrupção, e nenhuma síndrome se adequará a qualquer um em todos os detalhes.” (cf. JOHNSTON, Michael. *Syndromes of Corruption*, p. 48).

tradicionais, detentoras de seus próprios interesses econômicos e alinhamentos políticos, não é usual que assumam uma postura de subordinação aos governantes de ocasião;

iii. o acesso a cargos públicos efetivos funda-se em critérios impessoais: as burocracias se mantêm razoavelmente distantes das forças políticas, porque o acesso de seus integrantes é condicionado à aprovação em processos seletivos meritocráticos. Entretanto, há ampla margem para nomeação de apadrinhados, seja em cargos de confiança, seja em posições terceirizadas;

iv. em decorrência do item anterior, os índices de corrupção burocrática são relativamente reduzidos, de modo que a cobrança de suborno não constitui a regra na relação cotidiana do cidadão com a Administração Pública;

v. o Brasil tem mecanismos relativamente eficientes de *accountability* horizontal<sup>221</sup>, assim entendida a atuação de órgãos públicos com atribuição para exercer controle sobre os agentes públicos que violem as regras de conduta inerentes a seu cargo. Para além dos Tribunais de Contas (no qual, a despeito de muitas vezes possuírem um corpo técnico qualificado, o poder decisório se concentra na mão de Conselheiros<sup>222</sup> que se pautam por critérios políticos), o Ministério Público usualmente exerce o controle externo da atividade dos agentes políticos com independência e combatividade;

---

<sup>221</sup> Guillermo O'Donnel estabelece a diferença entre “accountability” vertical, na qual o cidadão exerce controle sobre a atividade governamental através de processos eleitorais (ao decidir pela manutenção ou remoção de governantes) e “accountability” horizontal, no qual o controle é exercido por outros órgãos governamentais: “the existence of state agencies that are legally enabled and empowered, and factually willing and able, to take actions that span from routine overseeing to criminal sanctions or impeachment in relation to actions or omissions by other agents or agencies of the state that may, presumably, be qualified as unlawful”. (Em tradução livre: “a existência de agências estatais que são legalmente competentes e empoderadas, e efetivamente engajadas e eficientes, que tomem medidas que compreendam desde supervisão de rotina até sanções criminais ou impeachment em relação a ações ou omissões de outros agentes ou agências do Estado que, por sua vez, poderão, presumidamente, ser consideradas como ilegais.”)

<sup>222</sup> Em alguns casos, os Conselheiros dos Tribunais de Contas envolveram-se diretamente em atos de corrupção, sendo notório neste particular o caso do Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro, que teve seis de seus sete Conselheiros denunciados por corrupção e afastados por determinação do Superior Tribunal de Justiça (“Operação Quinto do Ouro”).

vi. a existência de um sistema federativo com três níveis – federal, estadual e municipal – também favorece a *accountability*, na medida em que a competição política entre detentores de poder no âmbito nacional, regional e local incentiva a vigilância recíproca;

vii. o Poder Judiciário goza de um relativo grau de independência, pois seus quadros também são selecionados através de concursos públicos. Todavia, tal independência é relativizada nos órgãos de cúpula, cujos cargos frequentemente são preenchidos através de indicações políticas (quinto constitucional dos Tribunais e indicações aos Tribunais Superiores<sup>223</sup>).

#### 7.4. Combate à corrupção no Brasil: fragilidades institucionais

No que diz respeito ao combate à corrupção, as instituições brasileiras apresentam também fragilidades, a destacar: i) tradição cultural patrimonialista; ii) deficiências em relação à imperatividade da lei (*rule of law*), sinalizadoras de que nem todos os membros da sociedade estão sujeitos às mesmas regras; iii) funcionamento do sistema político intimamente conectado à apropriação de recursos públicos.

No que diz respeito ao patrimonialismo, é clássica a lição de Raymundo Faoro segundo a qual as raízes da indistinção entre patrimônio público e privado remontariam ao período colonial. A seu ver, a estrutura patrimonialista logrou se perpetuar graças à sua flexibilidade. Amoldou-se ao capitalismo, concentrou no corpo estatal o controle da atividade econômica e fez surgir o capitalismo politicamente orientado – ou capitalismo de compadrio (do inglês *crony capitalism*) –, no qual o sucesso dos agentes econômicos não diz com

---

<sup>223</sup> Guillermo O'Donnell ressalta que os Tribunais Superiores exercem papel determinante na eficácia de um sistema de “accountability” horizontal: “Effective horizontal accountability is not the product of isolated agencies but of *networks of agencies* that include at their top – because that is where a constitutional legal system ‘closes’ by means of ultimate decisions – courts (including the highest ones) committed to such accountability.” (Em tradução livre: “Accountability” horizontal efetiva (*Effective Horizontal Accountability*) não é o produto de agências isoladas mas de uma *rede de* agências que inclui no seu topo – por que aí é onde um sistema legal constitucional ‘fecha’ no sentido de decisões definitivas – tribunais (incluindo os mais altos) comprometidos com tal ‘accountability’.”)

sua eficiência e produtividade, mas com as relações pessoais que mantêm com os detentores do poder político.<sup>224 225</sup>

Do patrimonialismo decorre o clientelismo, em que um agente político concede benefícios públicos – empregos, acesso a serviços, benefícios fiscais, crédito etc. – em troca de apoio político e de votos. Tal estado de coisas foi exacerbado pelo estatismo característico dos regimes de viés totalitário das décadas de 1930/1940 e 1960/1970, quando se intentou fomentar o desenvolvimento por meio do aumento da intervenção estatal na economia.

Outro foco de grave fragilidade institucional no Brasil reside na baixa imperatividade da lei (*rule of law*), observada: i) na distância entre a legalidade formal e as regras informais que efetivamente regem o comportamento social; ii) na aplicação seletiva da lei, conforme os vínculos de relacionamento ou *status* pessoal da pessoa envolvida; iii) na existência de regiões onde o Estado não dispõe de autoridade necessária à aplicação das leis, por carecer do monopólio da violência.

Assim como em muitas democracias recentes, com alguma frequência as regras do jogo que pautam os comportamentos das instituições políticas brasileiras não coincidem com o direito objetivo. Embora os rituais e discursos dos governantes prestem reverência às normas constitucionais e legais formais – espelhadas em países democráticos, republicanos, liberais e de tradição universalista ética –, não raro suas condutas seguem o padrão diametralmente

---

<sup>224</sup> FAORO, Raymundo. *Os donos do poder*. Rio de Janeiro: Editora Globo, 2001, versão eletrônica: "Enquanto o sistema feudal separa-se do capitalismo, enrijecendo-se antes de partir-se, o patrimonialismo se amolda às transições, às mudanças, em caráter flexivelmente estabilizador do modelo externo, concentrando no corpo estatal os mecanismos de intermediação, com suas manipulações financeiras, monopolistas, de concessão pública de atividade, de controle do crédito, de consumo, de produção privilegiada, numa gama que vai da gestão direta à regulamentação material da economia."

<sup>225</sup> Em reforço, confira-se HOLLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil*. São Paulo: Cia das Letras, 1995, p. 146: "Para o funcionário 'patrimonial', a própria gestão política apresenta-se como assunto de seu interesse particular; as funções, os empregos e os benefícios que deles auferem relacionam-se a direitos pessoais do funcionário e não a interesses objetivos, como sucede no verdadeiro Estado burocrático, em que prevalecem a especialização das funções e o esforço para se assegurarem garantias jurídicas aos cidadãos. A escolha dos homens que irão exercer funções públicas faz-se de acordo com a confiança pessoal que mereçam os candidatos, e muito menos de acordo com suas capacidades próprias. Falta a tudo a ordenação impessoal que caracteriza a vida no Estado burocrático."

oposto do particularismo. Em outros termos, as leis não são mais do que retórica, a fim de gerar uma aparência de conformação aos padrões típicos de democracias consolidadas, sem que provoquem qualquer alteração efetiva na conduta dos gestores. São leis “para inglês ver”.<sup>226</sup>

A incoerência entre discurso e prática pode gerar tanto demandas pela observância dos princípios e padrões de conduta prometidos quanto cinismo, diante do grau de hipocrisia dos agentes e das instituições políticas.<sup>227</sup> A distância que permeia o aparente reconhecimento da autoridade da lei formal e seu efetivo cumprimento é retratada em um ditado do período colonial latino-americano: “*la ley se acata pero no se cumple*”.<sup>228</sup>

A segunda deficiência da *rule of law* no Brasil diz respeito à sua aplicação seletiva. A lei é utilizada como meio de opressão dos indivíduos menos privilegiados, a quem é aplicada estrita e rigorosamente; os

---

<sup>226</sup> Segundo a opinião predominante, a utilização da expressão popular “para inglês ver” para designar uma atitude insincera, adotada somente para fins de aparência, teria como origem o tratado firmado entre Brasil e Inglaterra no ano de 1827, pelo qual aquele país se comprometeu a coibir o tráfico de escravos a partir de 1830. A atividade, no entanto, prosseguiria ininterrupta até 1850, com a aprovação da Lei Eusébio de Queirós.

<sup>227</sup> Cf. O'DONNELL, Guillermo. “Illusions About Consolidation”, in *Journal of Democracy*, Volume 7, Number 2, April 1996, Johns Hopkins University Press, p. 41: “In congress, the judiciary, and some actions of the executive, rituals and discourses are performed as if the formal rules (of universalism) were the main guides of behavior. The consequences are twofold. On one side, by paying tribute to the formal rules, this rituals and discourses encourage demands that these rules be truly followed and that public-oriented governmental behavior prevail. On the other side, the blatant hypocrisy of many of these rituals and discourses breeds cynicism about the institutions of polyarchy, their incumbents, and ‘politicians’ in general. As long as this second consequence is highly visible, particularism is taken for granted, and practiced as the main way of gaining and wielding political power. In such polyarchies, particularism is an important part of the regime.” (Em tradução livre: “No Congresso, no Judiciário e em algumas ações do Executivo rituais e discursos são executados como se regras formais (de universalismo) fossem as principais normas de conduta. As consequências são duas. De um lado, ao obedecer as regras formais, esses rituais e discursos encorajam demandas para que essas regras sejam verdadeiramente seguidas e que um comportamento governamental orientado pelo dever público prevaleça. De outro lado, a hipocrisia evidente de muitos desses rituais e discursos gera cinismo sobre as instituições da poliarquia, seus representantes e os ‘políticos’ em geral. Enquanto essa segunda consequência é altamente visível, o particularismo é tido como válido, e praticado como a principal forma de ganhar e exercer o poder político. Em tais poliarquias, o particularismo é uma parte importante do regime.”)

<sup>228</sup> O’ DONNELL, Guillermo. *Polyarchies and the (Un)Rule of Law in Latin America*. Kellogg Institute, May 1998, p. 9, nota 33 (disponível no endereço eletrônico <[https://kellogg.nd.edu/sites/default/files/old\\_files/documents/254\\_0.pdf](https://kellogg.nd.edu/sites/default/files/old_files/documents/254_0.pdf)>, conforme acesso em 05/10/2020).

privilegiados, ao contrário, conseguem dela se eximir, diretamente ou através de suas conexões.

Como Guillermo O'Donnell pontua, a “América Latina possui uma longa tradição em ignorar a lei ou, quando a reconhece, retorcê-la em favor dos privilegiados e para a repressão ou contenção dos menos privilegiados”.<sup>229</sup> É esse o contexto em que floresce a ideia de que a burla à lei é sinal de esperteza e *status* social; somente tolos e pessoas desprovidas das conexões certas haveriam de se submeter às leis e aos procedimentos burocráticos regulares.<sup>230</sup> Para o autor, um importante indicador da prevalência dos relacionamentos pessoais sobre a aplicação impessoal da lei em países que tais reside na leniência extraordinária com que seus líderes políticos, tribunais e parte da opinião pública tratam situações que em outros locais seriam consideradas graves conflitos de interesse.<sup>231</sup>

A imperatividade da lei ainda sofre de uma terceira fragilidade no Brasil: a existência de regiões territoriais nas quais a autoridade do Estado é inexistente ou severamente limitada. São locais geograficamente distantes dos centros políticos, onde “coronéis” concentram o poder econômico, o poder político e o domínio do uso da força, sem qualquer interferência maior de instituições independentes. Mas podem ser também áreas situadas na periferia de grandes regiões metropolitanas, em que o monopólio da violência pertence a forças paralelas, como o tráfico de drogas ou as milícias armadas.

---

<sup>229</sup> Cf. O' DONNELL, Guillermo. *Polyarchies and the (Un)Rule of Law in Latin America*, p. 9: “Latin America has a long tradition of ignoring the law or, when acknowledging it, of twisting it in favor of the powerful and in repression or containment of the underprivileged.” “A América Latina tem uma longa tradição de ignorar a Lei ou, mesmo a reconhecendo, a contorcer em favor dos poderosos e na repressão ou contenção dos desfavorecidos.”

<sup>230</sup> O' DONNELL, Guillermo. *Polyarchies and the (Un)Rule of Law in Latin America*, p. 9.

<sup>231</sup> O' DONNELL, Guillermo. *Another Institutionalization: Latin America and Elsewhere*. Kellogg Institute, March 1996, p. 13, nota xxx (disponível no endereço eletrônico <[https://kellogg.nd.edu/sites/default/files/old\\_files/documents/222\\_0.pdf](https://kellogg.nd.edu/sites/default/files/old_files/documents/222_0.pdf)>, conforme acesso em 05/10/2020). Neste sentido, vale registrar estudo empírico realizado pela Fundação Getúlio Vargas, no qual se apurou que todas as 111 (cento e onze) arguições de impedimento ou suspeição de Ministros do Supremo Tribunal Federal ajuizadas entre 1988 e 2018 foram objeto de arquivamento, inclusive caso em que o Ministro do STF havia advogado em favor de uma das partes envolvidas e outro em que um dos Ministros havia sido padrinho de casamento da filha da parte envolvida (<<https://www1.folha.uol.com.br/poder/2019/08/supremo-arquiva-todos-os-pedidos-de-suspeicao-de-ministros-e-viola-regimento.shtml>>, acesso em 11/09/2020).

Embora a burocracia estatal possa estar presente nessas regiões, com escolas públicas, postos de saúde e funcionários públicos, as normas do Estado carecem de autoridade. O controle é exercido por agentes privados, que ditam as regras aplicáveis, as quais, ainda que de forma intermitente e segmentada, poderão incorporar aspectos das leis formais. A coexistência desses enclaves com o Estado democrático conduz a situações complexas, caracterizadas pela contínua renegociação das fronteiras entre a legalidade formal e a informal.<sup>232</sup> Não raro, representantes desse poder privado acabam por ser incorporados a coalizões políticas típicas do Estado democrático, por conta de sua capacidade de arregimentar votos entre os habitantes das comunidades dominadas.<sup>233</sup>

Outro dificultador à efetiva implantação do controle de corrupção no Brasil diz com os incentivos à corrupção inerentes ao sistema político vigente, em particular: i) o emprego da corrupção como fator de coalizão política, diante de um cenário de fragmentação partidária; ii) a utilização de recursos ilícitos para o financiamento de campanhas eleitorais, a fim de conferir vantagem competitiva aos políticos corruptos.

Como visto, a corrupção sistêmica não é decorrência do somatório de desvios individuais, nem de determinadas heranças culturais, mas de modelos institucionais que incentivam a busca e obtenção de vantagens ilícitas. No Brasil, entre os principais incentivos institucionais perniciosos está o sistema normativo que governa a relação entre os Poderes Executivo e Legislativo.

---

<sup>232</sup> O' DONNELL, Guillermo. *Polyarchies and the (Un)Rule of Law in Latin America*, p. 9.

<sup>233</sup> O' DONNELL, Guillermo. *Polyarchies and the (Un)Rule of Law in Latin America*, pp. 11-12. "(...) this deficiency has been fostered by the desire of national politicians to shape winning electoral coalitions and, consequently, to include candidates from the perversely 'privatized' areas (...) these politicians behave as 'ambassadors' of their regions, with very few policy orientations except obtaining resources from the center for these regions. These politicians use the votes they command and the institutional positions they attain at the center for assiduously helping the reproductions of the systems of privatized power they represent." (Em tradução livre: "(...) essa deficiência tem sido promovida pelo desejo de políticos nacionais de conformar coalizões eleitorais vencedoras e, conseqüentemente, incluir candidatos de áreas 'privatizadas' perversamente (...) esses políticos se comportam como 'embaixadores' de suas regiões, com muito poucas orientações de política salvo a obtenção de recursos do centro para essas regiões. Esses políticos usam os votos que controlam e as posições institucionais que detêm no centro para apoiar assiduamente a reprodução dos sistemas de poder 'privatizado' que representam.")



País presidencialista em que a organização política apresenta nível elevado de fragmentação, a estabilidade do chefe do Executivo depende da formação de amplas coalizões partidárias, desde que: i) mantenha para si o controle da agenda legislativa; ii) conquiste a lealdade dos parlamentares participantes da coalizão, através da distribuição de recursos e cargos públicos.<sup>234</sup>

A combinação entre fragmentação partidária, de modo que nenhum partido dispõe de maioria para aprovação de leis, e controle da agenda pelo Executivo esvazia de importância os parlamentares ideológicos, assim denominados porque eleitos por conta de sua identificação programática. Em contraposição, beneficia os parlamentares fisiológicos ou clientelistas, que captam votos por meio da distribuição personalista de cargos, serviços públicos, subsídios, favores fiscais e financiamentos. O Poder Legislativo converte-se, pois, em um verdadeiro mercado, no qual parlamentares negociam seu apoio à agenda da chefia do Poder Executivo e, em troca, obtêm os benefícios que distribuirão às bases eleitorais, financiarão sua máquina política e enriquecerão a si e seus familiares.<sup>235</sup>

Quando a liberação de recursos para projetos locais e a oferta de cargos públicos de menor escalão não se mostram suficientes à formação da coalizão almejada pelo Executivo, é usual que cargos de direção na Administração Direta e empresas estatais sejam oferecidos a parlamentares influentes. Isso lhes permite – diretamente ou através de pessoa de sua indicação –, arrecadar vantagens ilícitas a cada contratação de vulto sob sua responsabilidade. No dizer de Eduardo Mello e Matias Spektor, “a corrupção que flui dos contratos do governo com o setor privado tornou-se uma cola poderosa que une a desequilibrada compactuação entre Executivo e Legislativo”.<sup>236</sup> Assim, a

---

<sup>234</sup> A legislatura atuante na Câmara dos Deputados entre 2014 e 2018 seria “a mais fragmentada entre todas as eleitas no mundo nos últimos setenta anos”, com 25 partidos com representação parlamentar, 40% dos quais representavam menos de 4% das cadeiras da Câmara” (cf. PINOTTI, Maria Cristina. “Corrupção, Instituições e Estagnação Econômica: Brasil e Itália”, in PINOTTI, Maria Cristina (organizadora). *Corrupção: Lava Jato e Mãos Limpas*. São Paulo: Portfolio-Penguin, 2019, p. 55).

<sup>235</sup> MELLO, Eduardo; SPEKTOR, Matias. “Brazil: The Costs of Multiparty Presidentialism”, in *Journal of Democracy*, Volume 29, Number 2, April 2018, p. 117.

<sup>236</sup> MELLO, Eduardo; SPEKTOR, Matias. “Brazil: The Costs of Multiparty Presidentialism”, p. 119.

obtenção de rendas econômicas (*rent seeking*) configura parte integrante do gerenciamento do presidencialismo de coalizão, cujo funcionamento depende essencialmente da corrupção política.

Por outro lado, é fator de incentivo à corrupção sistêmica no Brasil a elevada demanda de recursos para financiamento de campanhas eleitorais. Como a quase totalidade dos partidos políticos não possui bandeira ideológica ou plataforma eleitoral clara, as eleições acabam por assumir caráter personalista: a maioria dos eleitores vota em candidatos, independentemente de sua filiação partidária. Mesmo no caso de ser a eleição proporcional – caso da escolha de Vereadores, Deputados Estaduais e Deputados Federais –, o candidato precisa se destacar entre centenas ou milhares de concorrentes e, para tanto, sua campanha exigirá valores significativos.<sup>237</sup> De fato, estudos empíricos comprovam uma forte correlação entre a quantidade de recursos investidos na campanha eleitoral e a probabilidade de um candidato ser eleito.<sup>238</sup>

A demanda crescente por recursos levou à multiplicação dos valores doados – lícitamente ou não – a campanhas eleitorais. Em 20 (vinte) anos, as contribuições oficiais destinadas por particulares ao financiamento eleitoral

---

<sup>237</sup> No ponto, veja-se CARAZZA, Bruno. *Dinheiro, Eleições e Poder: As Engrenagens do Sistema Político Brasileiro*. São Paulo, Cia das Letras, 2018, p. 102: “Verifica-se, ainda, que as eleições proporcionais – para deputados estaduais e federais – exigem relativamente mais doadores por voto conquistado que as eleições majoritárias – governadores, senadores e presidente da República. Tem-se, aí, uma comprovação da tese, presente na literatura especializada, de que o sistema de eleição proporcional e em lista aberta, em distritos eleitorais de grande magnitude populacional e geográfica (...) cria incentivos para a majoração dos custos das campanhas. Esse tipo de disputa pelos cargos legislativos de representação popular exige maior dispêndio de recursos por voto obtido devido ao maior número de candidatos e à necessidade de que estes disputem com seus concorrentes e também com os próprios correligionários o direito a ocupar as cadeiras obtidas por suas legendas.”

<sup>238</sup> Nas eleições para Deputado Federal em 2014, Jairo Nicolau constatou existir uma forte correlação entre o volume de recursos utilizados na campanha eleitoral e a probabilidade de eleição do candidato. Concluiu: “Um candidato que gastou, por exemplo, 500 mil reais tem uma probabilidade mais ou menos 20% de ser eleito. Já um candidato que gastou 2 milhões tem uma probabilidade de mais de 80% de se eleger. (...) Esses dados podem oferecer uma pista para explicar o porquê de as campanhas serem tão caras no Brasil. Incapazes de controlar fatores exógenos (tais como a performance de outros nomes da lista, ou o número de cadeiras no estado), um candidato sabe que gastar em demasia aumenta significativamente a probabilidade de ele ser eleito. Na dúvida, gaste o máximo que puder.” Cf. NICOLAU, Jairo. *Quanto custa um deputado? Gasto de campanha em 2014*, disponível no endereço eletrônico <<https://jaironicolau.github.io/2018-05-09-quanto-custa-um-deputado-gasto-de-campanha-em-2014/>>, acesso em 04/09/2020.

*quintuplicaram* – passaram de 959 milhões de reais nas eleições de 1994 para 4,9 bilhões de reais na eleição de 2014. Ainda que não seja possível, por motivos óbvios, precisar o quantitativo de recursos doados extraoficialmente e contabilizados em “caixa dois”, as informações apuradas pela Operação Lava Jato dão conta de seu imenso vulto.<sup>239 240</sup>

De mais a mais, a elevada correlação entre arrecadação de campanha e probabilidade de sucesso eleitoral acarreta um problema de seleção adversa. Políticos que se abstêm de práticas corruptas e observam as regras oficiais de financiamento eleitoral tendem a ser eliminados da competição.<sup>241</sup> Ao revés, aqueles que concordam em arrecadar valores ilícitos têm maior probabilidade de se eleger e de se perpetuar no poder.

#### 8. Controle da corrupção: um objetivo alcançável

Embora inquestionável que o nível de corrupção existente no Brasil é condicionado por sua trajetória histórica, tal premissa não permite a extração de conclusões deterministas, como se o atual estado de coisas fosse inevitável ou irreversível. O fatalismo cultural, segundo o qual as raízes históricas e culturais brasileiras conduziriam inexoravelmente ao quadro corrente de corrupção elevada, carece de fundamento científico. Como bem ressalta Maria Cristina Pinotti, tende-se a atribuir a origem de problemas complexos a traços culturais arraigados, quando, na realidade, o desenho institucional presente é condicionante muito mais influente e maleável.<sup>242</sup>

---

<sup>239</sup> Cf. CARAZZA, Bruno. *Dinheiro, Eleições e Poder*, p. 25.

<sup>240</sup> Embora seja virtualmente impossível quantificar o volume de recursos de “caixa dois” destinados ao financiamento de campanhas eleitorais, podem-se utilizar as informações prestadas por colaboradores da Operação Lava Jato para estimá-lo em casos específicos. Segundo o acordo de colaboração premiada firmado pela publicitária Mônica Moura, as receitas auferidas por “caixa dois” destinadas às disputas presidenciais do candidato do Partido dos Trabalhadores em 2006, 2010 e 2014 representariam de 30% a 40% do custo total das campanhas.

<sup>241</sup> Nesse sentido, veja-se MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. *Análise Econômica do Direito*, p. 164: “o candidato que desejasse perseguir o interesse geral em política, arriscar-se-ia muito a ser vencido por aquele que promete a seus eleitores programas que lhes sejam pessoalmente vantajosos. Pela lógica darwiniana, o idealista desaparece da cena política em favor daquele que consegue ser reeleito.”

<sup>242</sup> A autora cita, como exemplo, a mudança institucional que eliminou as elevadas taxas de inflação no Brasil: “Muitos lembram que as elevadas taxas de inflação no Brasil, que chegaram

Se muitos são os obstáculos, três fatores principais justificam acreditar na viabilidade de reformas anticorrupção bem-sucedidas no Brasil. Primeiro, todo país que conseguiu evoluir e implantar o controle de corrupção enfrentou dificuldades similares às brasileiras. A história mundial demonstra que todos os Estados modernos experimentaram altos níveis de corrupção em algum ponto no passado, mas muitos encontraram meios de reduzir o quantitativo de corrupção e seu impacto na sociedade.<sup>243</sup>

Mesmo os países escandinavos, há muito associados a boas práticas de governança e níveis baixíssimos de corrupção, vivenciaram longos períodos de corrupção sistêmica.<sup>244</sup> Neste contexto, é exemplar o caso dos Estados Unidos, que, entre o final do século XIX e o início do século XX, realizou a transição de um regime sistematicamente corrupto para uma democracia submetida ao princípio da impessoalidade, após décadas de pressão popular por reformas moralizadoras da Administração Pública.<sup>245</sup> Tais transições bem-sucedidas não

---

ao nível de hiperinflação, eram frequentemente atribuídos à ‘cultura inflacionária’ dos brasileiros: quem aumentava os preços dos bens ou serviços ofertados à população estava apenas seguindo uma ‘norma cultural’, e não reagindo às condições econômicas determinadas pelas leis da oferta e da procura e demais desajustes existentes na macroeconomia do país. Mas não era um problema cultural. Foi necessária uma mudança institucional muito engenhosa e eficaz – o fim da inércia dos preços pela coordenação da indexação de todos os preços da economia –, junto com um Banco Central de fato independente, além de um governo com credibilidade e competência, para que a inflação terminasse de maneira abrupta e persistente.” Cf. PINOTTI, Maria Cristina. “Corrupção, Instituições e Estagnação Econômica: Brasil e Itália”, in PINOTTI, Maria Cristina (organizadora). *Corrupção: Lava Jato e Mãos Limpas*. São Paulo: Portfolio-Penguin, 2019, pp. 41-42.

<sup>243</sup> ROSE-ACKERMAN, Susan; PALIFKA, Bonnie J. *Corruption and Government*, p. 37: “Every country has experienced high levels of corruption at some point, but many have found a way to reduce both the amount of corruption and the impact it has on society.” (Em tradução livre: “Cada país experimentou altos níveis de corrupção em algum momento, mas muitos encontraram uma forma de reduzir tanto o tamanho da corrupção quanto o impacto que tem sobre a sociedade.”)

<sup>244</sup> Alina Mungiu-Pippidi cita o exemplo da Dinamarca, que implantou regras de meritocracia e boa governança no período absolutista (entre 1660 e 1849), à vista da necessidade de melhorar o desempenho do Estado após sucessivas derrotas militares (MUNGIU-PIPPIDI, Alina et. al. *Chasing Moby Dick Across Every Sea and Ocean?*, pp. 64-70).

<sup>245</sup> A denominada Era Progressista da história americana, entre as décadas de 1890 e de 1920, foi um período marcado por intenso ativismo e reformas políticas, cujo objetivo principal era combater a força das “máquinas políticas” movidas a corrupção e clientelismo. Para Edward L. Glaeser e Claudia Goldin, o declínio de corrupção verificado neste período decorreu do aumento dos custos associados às práticas corruptas: “The big change over the twentieth century has been in the costs facing corrupt politicians. (...) By the early twentieth century, the full apparatus of modern checks on corruption were in place. Rules had generally replaced discretion in many areas such as patronage. Different levels of government more effectively

foram processos rápidos, mas exigiram décadas para se materializar. Assim, movimentos anticorrupção hão de assumir feição sólida e sustentada, para que possam ter esperança de ver as reformas implementadas darem frutos.

Por outro lado, como já esclarecido, não se está a advogar a eliminação de todo e qualquer ato de corrupção na Administração Pública brasileira. Em primeiro lugar, como comprovam os episódios de corrupção que irrompem ocasionalmente mesmo em países onde o universalismo ético está consolidado, tal objetivo seria inalcançável. Em segundo lugar, revelar-se-ia economicamente ineficiente, à vista do enorme volume de recursos a ser direcionado à sua consecução e dos muitos entraves que sucessivas camadas de controle justaporiam à atividade administrativa.

O que se almeja – para além de ganhos incrementais de eficiência econômica e de representatividade política, associados à progressiva redução da corrupção – é que a corrupção deixe de ser um elemento estruturante do sistema político, deslocando-a da posição central que atualmente ocupa para a periferia do poder. Em outros termos, pretende-se que a corrupção deixe de ser a regra – norma informal, mas efetivamente vigente – no trato entre agentes políticos e econômicos, para que passe a ser a exceção, percebida como um desvio de conduta individual e pontual.<sup>246</sup>

---

patrolled each other. Greater competition and political independence in the news media meant that corrupt activities and charges of corruption were more likely to be reported everywhere in America, not just in the big cities. Finally, voter expectations about corrupt behavior had changed and revealed corruption was more likely to lead to political defeat.” (GLAESAR, Edward L.; GOLDIN, Claudia. “Corruption and Reform: An Introduction”, in GLAESAR, Edward L.; GOLDIN, Claudia (editors). *Corruption and Reform. Lessons from America’s Economic History*. Chicago: The University of Chicago Press, 2004, p. 20) (Em tradução livre: “A grande mudança ao longo do século XX foi nos riscos encarados por políticos corruptos. (...) Pelo início do século, o aparato completo de controles modernos sobre a corrupção já estava em vigor. Geralmente, regras substituíram discricção em muitas áreas tal como no apadrinhamento. De forma mais eficiente, diferentes níveis de governo patrulhavam a si próprios. Maior competição e independência política na mídia de notícias fizeram com que atividades corruptas e acusações de corrupção fossem mais noticiadas em qualquer lugar na América, e não só nas grandes cidades. Finalmente, as expectativas dos eleitores sobre comportamento corrupto mudaram e revelaram que a corrupção era capaz de levar a derrotas políticas.”

<sup>246</sup> Cf. MUNGIU-PIPPIDI, Alina. *Transitions to Good Governance*, p. 9: “Reducing corruption to the status of exception in a sustainable way defines a successful evolution.” “Reduzir corrupção ao nível de exceção de maneira sustentável define uma bem-sucedida evolução.” Ainda na mesma página, a autora afirma que, embora democracias consolidadas possam experimentar uma ocasional deterioração de sua qualidade de governança, não há precedentes de que uma

As experiências de Chile e Uruguai configuram um segundo fator indicativo da viabilidade do controle da corrupção no Brasil: também países sul-americanos colonizados por metrópoles ibéricas, conseguiram realizar a transição rumo ao universalismo ético. Atingiram padrões de governança superiores ao que se poderia deduzir de seu grau de desenvolvimento econômico, e apresentam índices de percepção de corrupção equivalentes – ou até superiores – a países da Europa Ocidental.<sup>247</sup>

É certo que cada um dos países teve uma trajetória peculiar para alcançar o controle de corrupção, que dificilmente poderiam ser reproduzidas no Brasil. No Chile, mormente a partir da década de 1960, rigorosos controles financeiros e de *accountability* combinaram-se à redução das possibilidades de extração de rendas econômicas, em razão da liberalização da economia e da vedação à alocação clientelista de recursos públicos.<sup>248</sup> O Uruguai, por sua vez, ingressou no restrito grupo das “ordens sociais de acesso aberto” ainda mais recentemente, a partir da implementação de reformas administrativas e eleitorais sob os auspícios dos tradicionais partidos políticos Colorado e Nacional. Cuidou-se, na verdade, de uma reação ao surgimento de uma nova força política adversária – El Frente Amplio –, que ameaçava apeá-los do poder.<sup>249</sup>

---

“ordem de acesso aberta” tenha regredido ao estágio de corrupção sistêmica, a indicar que uma tal evolução dificilmente seria revertida.

<sup>247</sup> Embora haja uma forte correlação entre controle da corrupção (medida pelo CPI) e desenvolvimento econômico (medido pelo PIB per capita), Chile e Uruguai estão entre os casos fora do padrão (*outliers*), por sua elevada qualidade de governança.

<sup>248</sup> Cf. MUNGIU-PIPPIDI, Alina. *The Quest for Good Governance*, pp. 138-139: “Chile is an example of the gradual building of control of corruption. Each period of democratization left some positive heritage, as did authoritarianism. Chile’s success seems to be related to the liberalization of the economy and the need for a sound financial system (...), the privatization of companies that would offer public services, and the consolidation of markets – in other words, to the fact that resources for corruption gradually dried up.” (Em tradução livre: “O Chile é um exemplo de construção gradual do controle da corrupção. Cada período de democratização deixou alguma herança positiva, até mesmo o autoritarismo. O sucesso do Chile parece estar relacionado à liberalização da economia e à necessidade de um sistema financeiro sadio (...), à privatização de companhias que poderiam oferecer serviços públicos, e à consolidação dos mercados – em outras palavras, ao fato de que os recursos para a corrupção gradualmente secaram.”)

<sup>249</sup> Veja-se MUNGIU-PIPPIDI, Alina. *Transitions to Good Governance*, p. 76: “The Uruguayan transition from particularism to universalism since 1985 is a transformation that can be best understood in the context in which clientelistic competition became unsustainable, a change

De toda sorte, o desempenho de Chile e Uruguai demonstra que a transformação institucional, indispensável à superação de práticas clientelistas e à implantação do controle da corrupção, não é uma meta inatingível para países latino-americanos, mas uma possibilidade concreta.

Por fim, há um terceiro fator, eminentemente conjuntural, indicativo da possibilidade de transformação dos sistemas político e econômico brasileiros. Se é verdade que situações de equilíbrio político e econômico tendem a se perpetuar, também é certo que um choque externo pode desestruturar as regras do jogo e exigir o reposicionamento das forças em competição. É precisamente nesse “momento crítico” (do inglês, *critical juncture*) que se abre a possibilidade de mudança da trajetória de desenvolvimento de um país.<sup>250 251</sup>

---

that was driven in large part by the transformation of the party system from one in competitive equilibrium between two traditional parties to another that had to incorporate a third party challenger.” (Em tradução livre: “A transição uruguaia do particularismo ao universalismo desde 1985 constitui uma transformação que pode ser melhor compreendida no contexto no qual a competição clientelista tornou-se insustentável, uma mudança que ocorreu em grande parte pela transformação do sistema de partidos, de um, em equilíbrio competitivo entre dois partidos tradicionais, em outro, que teve que incorporar um terceiro partido concorrente.”)

<sup>250</sup> Cf. ACEMOGLU, Daron; ROBINSON, James A. *Why Nations Fail*, p. 431: “Major institutional change, the requisite for major economic change, takes place as a result of the interaction between existing institutions and critical junctures. Critical junctures are major events that disrupt the existing political and economic balance in one or many societies, such as the Black Death, which killed possibly as much as half the population of most areas in Europe during the fourteenth century; the opening of Atlantic trade routes, which created enormous profit opportunities for many in Western Europe; and the Industrial Revolution, which offered the potential for rapid but also disruptive changes in the structure of economies around the world.” (Em tradução livre: “Grande mudança institucional, o requisito para grande mudança econômica, ocorre como resultado da interação entre instituições existentes e conjunturas críticas. Conjunturas críticas são grandes eventos que desfazem o equilíbrio político-econômico existente em uma ou diversas sociedades, como na Peste Negra, que dizimou possivelmente cerca da metade da população na maior parte da Europa durante o século XIV; a abertura das rotas de comércio no Atlântico, que criou oportunidades enormes de lucros para muitos na Europa Ocidental; e a Revolução Industrial, que ofereceu potencial de mudanças rápidas mas também disruptivas nas estruturas de economias mundo afora.”)

<sup>251</sup> Cf. MUNGIU-PIPPIDI, Alina. *Transitions to Good Governance*, p. 72: “The notion of equilibrium, as commonly used in game theory, suggests a situation in which outcomes are stable as the result of all players continuing to use their best strategies. (...) The search of the causes of the transformation requires a dynamic approach that begins identifying the critical junctures that led to a significant change of the rules (Collier and Collier, 2002). Those critical junctures are ‘often understood as periods of contingency during which the usual constraints on action are lifted or eased’ and then ‘open up opportunities for historic agents to alter the trajectory of development’ (Mahoney and Thelen, 2010).” (Em tradução livre: “A noção de equilíbrio, como normalmente usada na teoria dos jogos, sugere uma situação em que os resultados são estáveis em decorrência de os jogadores continuarem a utilizar suas melhores estratégias. (...) A busca pelas causas da transformação requer uma abordagem dinâmica que se inicia por identificar as conjunturas críticas que levaram a mudanças significantes das regras

Na história recente do Brasil, é possível vislumbrar duas situações contingentes que contribuíram para perturbar o equilíbrio de forças vigente: i) a ascensão da denominada “nova classe média”, resultado da expansão do consumo nas camadas populares, cujas expectativas frustradas conduziram à rejeição das organizações políticas tradicionais e resultariam nos protestos populares de junho de 2013; ii) a deflagração da Operação Lava Jato, que trouxe à luz os mecanismos de corrupção sistêmica entranhados em todos os níveis da federação. Ambas contribuíram para o descrédito do sistema político brasileiro, o que redundou em significativa renovação dos eleitos para as Casas Legislativas nas eleições de 2018.<sup>252</sup>

Ainda que nem todos os novos detentores do poder político – a começar pelo atual Presidente da República<sup>253</sup> – estivessem verdadeiramente comprometidos com a pauta anticorrupção, a insatisfação popular, ampliada pelo impacto das revelações da Operação Lava Jato, criou um cenário favorável para reformas estruturais e a quebra do ciclo vicioso da corrupção – momento crítico que parece em vias de se dissipar.<sup>254</sup> A ver se o próximo ciclo

---

(Collier e Collier, 2002). Essas conjunturas críticas são ‘frequentemente compreendidas como períodos de contingência nos quais as restrições usuais à ação são levantadas ou atenuadas’ e assim ‘abrem oportunidades para agentes históricos alterarem a trajetória do desenvolvimento.’”)

<sup>252</sup> As eleições de 2018 implicaram uma renovação de 85% das cadeiras no Senado Federal e de 52% na Câmara dos Deputados.

<sup>253</sup> Ainda que o resultado eleitoral em 2018 sugerisse ser a adesão do eleitorado à pauta anticorrupção massiva, tal expectativa acabou frustrada diante do abandono dos projetos de reforma estruturante, das medidas adotadas pelo Presidente da República para blindar seus familiares envolvidos em escândalos de desvio de verbas públicas e do progressivo desmonte da Operação Lava Jato.

<sup>254</sup> O chamado “lavajatismo” pode ser definido pela crença de que a corrupção está na raiz dos problemas nacionais, cuja superação haveria de ser alcançada através da combinação dos seguintes fatores: i) uso estratégico dos mecanismos de repressão penal; ii) apoio da mídia; e iii) mobilização popular. Os três fatores encontravam-se alinhados durante o governo de Dilma Rousseff, período em que a Operação Lava Jato experimentou franca expansão, mas passaram por gradual retrocesso, ao ponto atual de retração do movimento anticorrupção. Após o *impeachment*, e com a perspectiva de que a operação viesse a alcançar boa parte do *establishment* político, o Supremo Tribunal Federal passou a lhe impor sucessivas derrotas diretas e indiretas. Destas últimas são exemplos tanto a alteração de entendimento quanto à prisão a partir de condenações em segunda instância, quanto o reconhecimento da competência da Justiça Eleitoral para o julgamento de crimes conexos a “caixa dois” de campanhas políticas, o que esvaziou a efetividade do uso estratégico da repressão penal. Ademais, o apoio da mídia à “Lava Jato”, abalado pela nomeação do ex-juiz Sérgio Moro como Ministro da Justiça do governo de Jair Bolsonaro, se converteu em hostilidade a partir da revelação por *hackers* de mensagens eletrônicas privadas trocadas por Moro e por membros



eleitoral fará ressurgir a mobilização do eleitorado em favor da pauta anticorrupção e de reformas institucionais que minimizem a lógica clientelista do sistema político brasileiro, ou se a apatia e o ceticismo prevalecerão, diante de mais uma oportunidade frustrada de evolução.

Como vários outros países, o Brasil enfrenta muitas dificuldades para ultrapassar a fronteira entre a corrupção sistêmica e o universalismo ético. Embora seja possível identificar forças sociais, políticas e econômicas interessadas na implantação de uma nova ordem impessoal e inclusiva, ainda não lhes foi possível desalojar a antiga ordem personalista e extrativa.<sup>255</sup> No capítulo seguinte, analisar-se-á em que medida a reforma da legislação administrativa poderia contribuir para tal transformação.

---

da operação, interpretadas como indicativas de motivação política e de parcialidade. Finalmente, os movimentos sociais que haviam abraçado a causa da “Lava Jato” se desmobilizaram após o *impeachment* de Dilma Rousseff, e expressiva parcela passou a apoiar a manutenção do *status quo* após a eleição de Jair Bolsonaro.

<sup>255</sup> Cf. MUNGIU-PIPPIDI, Alina. *Transitions to Good Governance*, p. 9.

## – CAPÍTULO II –

### A REFORMA LEGISLATIVA COMO ESTRATÉGIA DE DESENVOLVIMENTO INSTITUCIONAL

#### 1. A lei como sistema de incentivos na teoria econômica

Uma das estratégias possíveis de prevenção da corrupção consiste na implementação de reformas legislativas. Tal proposição parte da premissa de que a lei pode moldar o comportamento dos agentes econômicos e políticos, de forma a desestimular a prática de atos corruptos. A fim de compreender os mecanismos pelos quais a lei – e, por conseguinte, uma eventual reforma legislativa – poderia interferir nas escolhas humanas, convém recorrer a alguns conceitos fundamentais da Análise Econômica do Direito (AED).<sup>256</sup>

A disciplina da Análise Econômica do Direito firmou-se como tal nas décadas de 1960 e 1970, mormente a partir das obras de Richard A. Posner, Ronald H. Coase e Guido Calabresi, expoentes do pensamento identificado como Escola de Chicago, que inauguraram a análise dos fenômenos jurídicos a partir das premissas da teoria econômica neoclássica.

Entre os métodos da teoria microeconômica neoclássica incorporados à AED, em primeiro lugar está o individualismo metodológico, concepção que busca explicar fenômenos coletivos a partir de decisões individuais.<sup>257</sup> Nesse

---

<sup>256</sup> Para a definição de AED, cf. SALAMA, Bruno Meyerhof. “O que é ‘Direito e Economia’?”, in TIMM, Luciano Benetti (organizador). *Direito & Economia*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008, p. 51: “Pode-se conceituar a disciplina de Direito e Economia como um corpo teórico fundado na aplicação da Economia às normas e instituições jurídico-políticas. Na síntese de Richard Posner, o Direito e Economia compreende ‘a aplicação das teorias e métodos empíricos da economia para as instituições centrais do sistema jurídico’. Para Nicholas Mercuro e Steven Medema, trata-se da ‘aplicação da teoria econômica (principalmente microeconomia e conceitos básicos da economia do bem-estar) para examinar a formação, estrutura, processos e impacto econômico da legislação e dos institutos legais’.”

<sup>257</sup> Cf. COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Law & economics*. Berkeley: Berkeley Law Books, 2016, p. 11, disponível em <<http://scholarship.law.berkeley.edu/books/2>>, acesso em 16/07/2020: “Microeconomics concerns decision making by individuals and small groups, such as families, clubs, firms, and governmental agencies. As the famous quote from Lord Robbins at the beginning of the chapter says [‘Economics is the science which studies human behavior as a relationship between ends and scarce means which have alternative uses.’],

contexto, as escolhas da sociedade como um todo são entendidas como a resultante das escolhas realizadas individualmente por cada um dos atores sociais porventura nelas envolvidos.<sup>258</sup>

É certo que a adoção do individualismo metodológico importa uma simplificação da realidade, uma vez que os interesses das instituições e das estruturas sociais não se confundem com os interesses dos indivíduos que as compõem. Ainda assim, a construção de modelos que almejam prever quais decisões serão tomadas por cada agente econômico tem se revelado de grande valia na compreensão da realidade social.

Diante da necessidade de conferir previsibilidade ao processo decisório individual, a Escola de Chicago incorporou à AED a teoria da escolha racional, outro postulado da microeconomia neoclássica. O modelo da escolha racional supõe que, diante de um leque de opções disponíveis, qualquer pessoa escolherá aquela que melhor satisfaça seus interesses, proporcionando-lhe o máximo de benefícios.<sup>259</sup>

---

microeconomics is the study of how scarce resources are allocated among competing ends. Should you buy that digital audiotope player you'd like, or should you buy a dapper suit for your job interview? Should you take a trip with some friends this weekend or study at home? Because you have limited income and time and cannot, therefore, buy or do everything that you might want to buy or do, you have to make choices. Microeconomic theory offers a general theory about how people make such decisions." (Em tradução livre: "A microeconomia diz respeito à tomada de decisões por indivíduos e pequenos grupos, como famílias, clubes, empresas e agências governamentais. Como diz a famosa citação de Lord Robbins no início do capítulo ['Economia é a ciência que estuda o comportamento humano como uma relação entre fins e meios escassos com usos alternativos.'], Microeconomia é o estudo de como os recursos escassos são alocados. entre fins concorrentes. Você deveria comprar aquele toca-fitas digital ou um terno elegante para sua entrevista de emprego? Você deveria viajar com alguns amigos neste fim de semana ou estudar em casa? Como você tem renda e tempo limitados e não pode, portanto, comprar ou fazer tudo o que deseja, precisa fazer escolhas. A teoria microeconômica oferece uma teoria geral sobre como as pessoas tomam tais decisões.")

<sup>258</sup> Cf. MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. *Análise Econômica do Direito*. São Paulo: Editora Atlas, 2015, p. 41: "As escolhas coletivas da sociedade devem ser analisadas como resultantes da composição de escolhas individuais. O 'Estado', o 'governo', o 'povo' ou o 'sindicato' não pensam, não decidem eles mesmos, mas indivíduos agem em seu nome, respeitando, imagina-se, os critérios de decisão aplicáveis e outras restrições."

<sup>259</sup> MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. *Análise Econômica do Direito*, p. 31: "Diante de um caso que precisa ser resolvido, a decisão, segundo o modelo da escolha racional, faz a pessoa inventariar os resultados desejados (valores), identificar as ações que podem ser tomadas na sua busca (opções); determinar em que medida cada ação contribui para o resultado desejado e a que custo (valorização) e adotar aquela que contribuir mais (escolha). Presumimos que os seres humanos, sem necessariamente seguir tal procedimento, tomam suas decisões como se o fizessem."

São estas, pois, as premissas de que se partirá: i) o fenômeno social pode ser explicado a partir da extrapolação de decisões individuais de agentes racionais, ii) tais decisões são orientadas à maximização de benefícios e à minimização de eventuais custos, de acordo com as restrições impostas naturalmente pela viabilidade prática.<sup>260</sup>

Entretanto, observações empíricas apontam no sentido de que o comportamento humano, em muitas ocasiões, se distancia do ideal racional antevisto pela teoria econômica. Entre outros fatores, tais discrepâncias costumam ser determinadas por: i) ausência ou insuficiência de informação quanto às opções disponíveis, benefícios e custos porventura a elas associados; ii) vieses cognitivos (*cognitive bias*) de natureza psicológica, que geram múltiplos desvios de perspectiva na avaliação custo-benefício.<sup>261</sup> Admitidas suas limitações, o modelo do agente racional ainda assim pode ser útil, porquanto desempenha importante função na descrição da lógica inerente ao processo de escolha.

Assentada a escolha racional como pressuposto, deduz-se ser possível balizar o comportamento humano conforme o aumento ou a redução dos benefícios e/ou custos associados a cada opção de conduta. Um agente pautado pela maximização racional responderá a incentivos, resultando na adaptação de suas preferências aos custos que lhes são associados. Assim,

---

<sup>260</sup> COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Law & economics*, p. 13: "Choosing the best alternative that the constraints allow can be described mathematically as *maximizing*. To see why, consider that the real numbers can be ranked from small to large, just as the rational consumer ranks alternatives according to the extent that they give her what she wants. Consequently, better alternatives can be associated with larger numbers. Economists call this association a 'utility function' (...). Furthermore, the constraint on choice can usually be expressed mathematically as a 'feasibility constraint'. Choosing the best alternative that the constraints allow corresponds to maximizing the utility function subject to the feasibility constraint." (Em tradução livre: "A escolha da melhor alternativa que as restrições permitem pode ser descrita matematicamente como maximização. Para entender porque, considere que os números reais podem ser classificados de pequeno a grande, da mesma forma que o consumidor racional classifica as alternativas de acordo com a extensão em que podem proporcionar o que deseja. Consequentemente, alternativas melhores podem ser associadas a números maiores. Os economistas chamam essa associação de 'função de utilidade' (...). Além disso, a restrição na escolha geralmente pode ser expressa matematicamente como uma 'restrição de viabilidade'. Escolher a melhor alternativa que as restrições permitem corresponde a maximizar a função de utilidade sujeita à restrição de viabilidade.")

<sup>261</sup> Para maior desenvolvimento acerca da Economia Comportamental (*Behavioural Economics*), veja-se COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Law & economics*, pp. 50-51.

comportamentos socialmente indesejáveis podem ser desestimulados pela imposição de ônus adicionais – como, por exemplo, a imposição de maior carga tributária sobre tabaco e álcool –, enquanto condutas socialmente benéficas podem ser estimuladas pela concessão de vantagens – ponto em que são emblemáticos os benefícios tributários para despesas com doações filantrópicas.

Dessarte, sob a ótica da AED, a legislação deve operar como um sistema ideal de incentivos, por meio do qual comportamentos desejados são fomentados e, se indesejáveis, desencorajados. Na síntese feliz de Richard A. Posner, quando tomada sob a perspectiva de maximização econômica, a função básica da lei é alterar incentivos.<sup>262 263</sup>

Ao ver de Lawrence Friedman, a teoria econômica do direito assenta-se sob a premissa básica de que o sistema legal é “uma máquina gigante de atribuição de preços”, a reduzir ou aumentar os custos de determinados comportamentos.<sup>264</sup> A conduta daqueles que violam a lei – e, portanto, arcam com o custo de tal descumprimento – é analisada, pois, sob a perspectiva da maximização racional, que toma em consideração as diferentes preferências, custos de oportunidade e restrições de cada agente.<sup>265</sup>

Portanto, é papel da AED avaliar as regras jurídicas existentes sob a perspectiva de sua repercussão sobre a estrutura de incentivos que pauta as escolhas racionais dos agentes econômicos. Está-se, aqui, diante da chamada análise econômica positiva, que tem por funções: i) descrever os institutos

---

<sup>262</sup> POSNER, Richard A. *The Economics of Justice*. Cambridge: Harvard University Press, 1983, p. 75: “The basic function of law in an economic or wealth-maximization perspective is to alter incentives.”

<sup>263</sup> GICO JR, Ivo. “Introdução ao Direito e Economia”, in TIMM, Luciano Benetti (organizador). *Direito e Economia no Brasil. Estudos sobre a Análise Econômica do Direito*. Indaiatuba: Editora Foco, 2019, p. 18: “Assim, a abordagem juseconômica investiga as causas e as consequências das regras jurídicas e de suas organizações na tentativa de prever como cidadãos e agentes públicos se comportarão diante de uma dada regra e como alterarão seu comportamento caso esta regra seja alterada.”

<sup>264</sup> Cf. FRIEDMAN, Lawrence. “Two faces of law”, in *Wisconsin Law Review*, nº 13, 1984, p. 13, disponível em <<https://repository.law.wisc.edu/s/uwlaw/media/16825>>, acesso em 10/08/2021.

<sup>265</sup> MERCURO, Nicolas; MEDEMA, Steven G. *Economics and the Law: From Posner to Post-Modernism and Beyond*. Princeton: Princeton University Press, Second Edition, 2006, p. 103.

jurídicos; ii) investigar sua repercussão sobre a conduta de agentes racionais; iii) identificar as prováveis consequências advindas de alterações legislativas. Quando normativa, a análise econômica apresenta caráter eminentemente prescritivo: destina-se a orientar a escolha do modelo legislativo mais adequado entre as alternativas possíveis, com vistas à consecução da finalidade almejada pelo legislador.<sup>266</sup>

Na concepção original de Richard A. Posner, a perspectiva normativa da AED haveria de avaliar a adequação das normas jurídicas a partir do critério da eficiência econômica. Coerentemente, a Escola de Chicago privilegia soluções baseadas no mercado, em detrimento de critérios de equidade e justiça distributiva. Cabe registrar, porém que a AED também comporta uma análise de segunda ordem, em que a eficiência não é almejada como o fim último, mas, sim, como um meio para a consecução de objetivos não-econômicos.<sup>267</sup>

Posner concebe a lei como um sistema destinado a promover uma alocação eficiente de recursos<sup>268</sup>, em conformidade com as preferências de

---

<sup>266</sup> Sobre as diferentes perspectivas da AED, veja-se POSNER, Richard A. *Frontiers of Legal Theory*, Cambridge: Harvard University Press, 2001, pp. 4-5: "Economic analysis of law has heuristic, descriptive and normative aspects. As a heuristic, it seeks to display underlying unities in legal doctrines and institutions; in its descriptive mode, it seeks to identify the economic logic and effects of doctrines and institutions and the economic causes of legal change; in its normative aspect it advises Judges and other policy-makers on the most efficient methods of regulating conduct through law." (Em tradução livre: "A análise econômica do direito tem aspectos heurísticos, descritivos e normativos. Como uma heurística, busca exibir unidades subjacentes em doutrinas e instituições jurídicas; em seu modo descritivo, busca identificar a lógica econômica e os efeitos de doutrinas e instituições e as causas econômicas da mudança jurídica; em seu aspecto normativo, aconselha Juízes e outros formuladores de políticas sobre os métodos mais eficientes de regular a conduta por meio da lei.")

<sup>267</sup> Cf. MERCURO, Nicolas; MEDEMA, Steven G. *Economics and the Law*, pp. 47-48.

<sup>268</sup> Como explicitam Robert Cooter e Thomas Ulen, uma escolha será considerada eficiente quando não for possível obter o mesmo resultado a um custo menor, nem for possível obter um melhor resultado ao mesmo custo. A eficiência também pode ser considerada sob perspectivas mais amplas, da produtividade da economia como um todo (eficiência produtiva), ou da aptidão do modo de alocação de recursos para maximização do bem-estar dos cidadãos (eficiência alocativa) (COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Law & economics*, p. 13). No ponto, confira-se também FIUZA, Eduardo Pedral Sampaio; MEDEIROS, Bernardo Abreu de. *A Agenda Perdida das Compras Públicas. Rumo a uma Reforma Abrangente da Lei de Licitações e do Arcabouço Institucional*. Rio de Janeiro: Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, 2014, p. 11, disponível no endereço <[https://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/TDs/td\\_1990.pdf](https://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/TDs/td_1990.pdf)>, acesso em 18/07/2020: "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. 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

cada agente econômico, de modo a gerar o nível mais elevado de bem-estar social (*social welfare*).<sup>269</sup> Portanto, a atividade legislativa – assim como qualquer atividade estatal – deve ser avaliada quanto à maximização do bem-estar social que é capaz de promover<sup>270</sup>, de acordo um dos critérios invocados pela doutrina econômica para aferição de eficiência alocativa: i) o ótimo de Pareto; e ii) o princípio da compensação de Kaldor-Hicks.

Segundo o critério de Pareto, a eficiência alocativa será alcançada quando não for possível realocar os recursos para melhorar a situação de um indivíduo, sem acarretar prejuízo à situação individual de outrem.<sup>271</sup> De acordo com o primeiro teorema da economia de bem-estar, um mercado perfeitamente competitivo – desconsiderados problemas com informação, *enforcement*, bens públicos e externalidades – alcançará necessariamente uma alocação Pareto-eficiente dos recursos escassos da sociedade.<sup>272</sup> Cuida-se, no entanto, de parâmetro de aplicação restritiva em excesso, pois o ganho de eficiência só se caracteriza quando a situação de um agente possa ser melhorada sem causar qualquer prejuízo a outrem, hipótese raramente verificada na prática.<sup>273</sup>

---

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.).”

<sup>269</sup> Neste sentido, Richard Posner descreveu a “common law” como “não só um mecanismo de atribuição de preços, mas um mecanismo de atribuição de preços desenhado para gerar uma alocação eficiente de recursos, no sentido Kaldor-Hicks.” (POSNER, Richard A. “The Law and Economics Movement”, in *The American Economic Review*, Vol. 77, Nº 2, May 1987, p. 5).

<sup>270</sup> BOTELHO, Martinho Martins. “A Eficiência e o Efeito Kaldor-Hicks: A Questão da Compensação Social”, in *Revista de Direito, Economia e Desenvolvimento Sustentável*, v. 2, n. 1. Brasília, Jan/Jun 2016, p. 29: “No âmbito da Análise Econômica do Direito, o valor procurado na eficiência é relacionado com a ideia de bem-estar social, sendo uma referência da agregação do nível de utilidade inferido por cada agente de determinada sociedade, em razão das consequências de determinada razão política, jurídica ou social.”

<sup>271</sup> Note-se, no entanto, que o critério de Pareto para eficiência não inclui qualquer consideração acerca da justiça ou equidade na distribuição dos recursos na sociedade. Conforme varia a atribuição inicial de direitos, há também uma infinita variedade de ótimos de Pareto, que determinam diferentes preços e quantidades de equilíbrio. A partir da redistribuição inicial de direitos, o governante poderá definir qual alocação Pareto-eficiente haveria de prevalecer (TREPTE, Peter. *Regulating Procurement: Understanding the Ends and Means of Public Procurement Regulation*. Oxford: Oxford University Press, 2006, p. 133).

<sup>272</sup> MERCURO, Nicolas; MEDEMA, Steven G. *Economics and the Law*, pp. 21-22.

<sup>273</sup> Cf. COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Law & economics*, p. 42: “This is an attempt to surmount the restriction of the Pareto criterion that only those changes are recommended in

O critério de Kaldor-Hicks, por sua vez, admite a possibilidade de ganhos de eficiência mesmo em cenários nos quais haja vencedores e perdedores, a partir de um princípio de compensação. Uma mudança na alocação de recursos será considerada uma melhoria quando o benefício outorgado aos ganhadores for superior ao prejuízo causado aos perdedores, a permitir que estes fossem indenizados por aqueles.<sup>274</sup> Note-se, contudo, que o princípio Kaldor-Hicks não exige que os perdedores efetivamente recebam alguma compensação dos ganhadores: o critério se satisfaz com a demonstração de que os ganhos teriam o potencial de compensar as perdas.<sup>275</sup>

Críticos à Escola de Chicago questionam, no entanto, a adoção do critério da eficiência alocativa como parâmetro de avaliação das normas jurídicas, porquanto não levaria em consideração fatores de equidade e justiça distributiva. Sob tal ótica, a invocação da norma de eficiência reforçaria as disparidades de poder no sistema econômico e converteria o mercado em árbitro de direitos.<sup>276</sup> Contudo, economistas costumam desconsiderar questões referentes à justiça da alocação inicial e/ou da redistribuição de recursos, ao argumento de que pertenceriam à esfera política.<sup>277</sup>

Em suma, em um cenário ideal, as escolhas independentes de agentes racionais, com vistas à maximização de seus próprios interesses, evoluíram de

---

which at least one person is made better off and no one is made worse off. That criterion requires that gainers explicitly compensate losers in any change. If there is not explicit payment, losers can veto any change. That is, every change must be by unanimous consent. This has clear disadvantages as a guide to public policy.” (Em tradução livre: “Esta é uma tentativa de superar a restrição do critério de Pareto, de que são recomendadas mudanças em que pelo menos alguém fica em situação melhor e ninguém piora. Esse critério exige que os ganhadores compensem explicitamente os perdedores no caso de mudança. Se não houver pagamento explícito, os perdedores podem vetar qualquer mudança. Ou seja, toda mudança deve se dar por consentimento unânime. Isso tem desvantagens claras como um guia para políticas públicas.”)

<sup>274</sup> No ponto, veja-se MACKAAY, Ejan. *Análise Econômica do Direito*, pp. 668-669.

<sup>275</sup> Em uma formulação mais completa do princípio Kaldor-Hicks, pode-se afirmar que a mudança acarretará melhoria no bem-estar social quando: i) os vencedores puderem compensar os perdedores, e ainda assim estiverem em situação melhor do que a anterior; e ii) os perdedores não puderem compensar os vencedores para que abdicuem de seus ganhos, sem que estivessem em situação pior do que a anterior (cf. MERCURO, Nicolas; MEDEMA, Steven G. *Economics and the Law*, p. 93).

<sup>276</sup> MERCURO, Nicolas; MEDEMA, Steven G. *Economics and the Law*, p. 48.

<sup>277</sup> MERCURO, Nicolas; MEDEMA, Steven G. *Economics and the Law*, p. 51.



forma espontânea para um estado de equilíbrio geral, no qual o preço de cada produto ou serviço disponível no mercado seria idêntico ao custo marginal de sua produção.<sup>278</sup> Tal solução geraria o máximo possível de bem-estar social, em confirmação à intuição de Adam Smith, para quem a mão invisível do livre mercado conduziria inexoravelmente à eficiência na alocação de recursos escassos.<sup>279</sup>

Ocorre que tal ideal de eficiência somente seria alcançável sob a condição de que os mercados fossem perfeitamente competitivos, o que dependeria da configuração de premissas várias, tais como: i) um grande contingente de compradores autointeressados, que atuem para maximizar sua utilidade; ii) um grande contingente de vendedores autointeressados, que atuem para maximizar seus lucros; iii) compradores e vendedores individuais que não exerçam influência sobre os preços de mercado e, portanto, atuem somente como tomadores de preço; iv) os preços atuem como sinalizadores que comunicam escassez aos tomadores de decisão no mercado; v) os produtos sejam homogêneos; vi) inexistam barreiras de entrada ou de saída no mercado; vii) todos os compradores e vendedores possuam informação plena acerca de todas as transações realizadas no mercado; viii) todos os recursos sejam de propriedade privada, com direitos plenamente definidos e atribuídos; e ix) o cumprimento das leis e o respeito aos direitos de propriedade sejam plenamente assegurados (*enforced*) pelo Poder Público<sup>280</sup>.

---

<sup>278</sup> BINENBOJM, Gustavo. *Poder de Polícia, Ordenação, Regulação: Transformações Político-Jurídicas, Econômicas e Institucionais do Direito Administrativo Ordenador*. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 153: “Em um ambiente de livre cooperação – ou seja, num mercado competitivo, como preferem os economistas – o comportamento racional maximizador levará os agentes econômicos a realizarem trocas até que os custos associados a cada transação se igualem aos benefícios auferidos. Atinge-se, assim, um ponto de equilíbrio no mercado, decorrente do fato de não mais haver trocas benéficas a serem realizadas, o que equivale a dizer que todos os desperdícios foram eliminados. É neste sentido que se fala em eficiência, como um ‘ótimo de Pareto’ (ou ‘Pareto-eficiente’), que significa simplesmente não existir outra alocação de recursos na qual seja possível melhorar a situação de alguém sem piorar a situação de outrem. Isso significa que o livre mercado (competitivo) configura um instrumento alocativo capaz de gerar resultados eficientes no sentido de Pareto”. Para detalhamento da formação de preços no modelo de concorrência perfeita, veja-se MANKIN, Nicholas Gregory. *Introdução à Economia: princípios de micro e macroeconomia*. Rio de Janeiro: Campus, 2001, p. 294/307.

<sup>279</sup> Veja-se MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. *Análise Econômica do Direito*, p. 149.

<sup>280</sup> TREPTE, Peter. *Regulating Procurement: Understanding the Ends and Means of Public Procurement Regulation*. Oxford: Oxford University Press, 2006, p. 67.

Contudo, raramente todas essas condições ideais de competitividade perfeita se fazem presentes, o que gera perdas de eficiência econômica. Tais distorções são conhecidas como falhas de mercado (*market failures*), que, segundo a teoria econômica neoclássica, haveriam de ser remediadas através da atividade regulatória do Poder Público.<sup>281</sup> As falhas de mercado podem ser classificadas como: i) concentração de poder de mercado; ii) externalidades; iii) bens públicos; iv) assimetrias informacionais; e v) deficiências de *enforcement*.<sup>282</sup>

A concentração de poder de mercado ocorre quando há: i) um único fornecedor (monopólio); ii) um universo restrito de fornecedores, que poderão coordenar sua atuação e/ou influenciar os preços (oligopólio); iii) um único comprador (monopsônio); ou iv) um universo restrito de compradores (oligopsônio). Em casos que tais, a atuação regulatória estatal se destinaria a assegurar um ambiente competitivo ou, como sucede no caso de monopólios naturais, para regular os preços praticados pelos detentores do poder de mercado.

As externalidades se verificam quando os custos da produção são suportados por terceiros que não participam da troca. A poluição ambiental é um exemplo clássico de externalidade: um produtor que lance materiais tóxicos na água que abastece uma comunidade, impõe a terceiros o custo de filtrar os poluentes ou de obter fontes alternativas de água. Nesse caso, a atuação regulatória estatal haveria de assegurar a internalização dos custos, imputando-os à parte que se beneficiou da atividade poluidora.

Na acepção de que se está aqui a tratar, consideram-se bens públicos aqueles que não são suscetíveis de apropriação individual, porquanto seu consumo por um indivíduo não exclui a possibilidade de consumo pelos demais. Em cenários nos quais seria impraticável impedir o consumo do bem público com base na ausência de pagamento, incentivando um indesejável

---

<sup>281</sup> Cf. MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. *Análise Econômica do Direito*, p. 179.

<sup>282</sup> Cf. COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Law & economics*, pp. 38-42; MERCURO, Nicolas; MEDEMA, Steven G. *Economics and the Law*, pp. 60-67.

“efeito carona”, caberá ao próprio Estado oferecer o serviço ou subsidiar seu oferecimento pela iniciativa privada.

As assimetrias informacionais, por sua vez, ocorrem quando uma das partes da troca retém para si informações sobre a qualidade dos produtos e serviços oferecidos, que poderiam ser determinantes para a escolha realizada por sua contraparte. Tais assimetrias podem levar consumidores a pagar preços desproporcionais à qualidade dos bens adquiridos, ou a se abster de realizar compras por temor de vícios ocultos. Em tais casos, as políticas públicas deverão induzir a divulgação de tais informações, responsabilizando a parte que deixar de fazê-lo.

Finalmente, incumbirá ao Poder Público assegurar a plena observância da lei e, em especial, a preservação dos direitos de propriedade e o cumprimento dos acordos contratuais (*enforcement*). Tal proteção haverá de ser garantida para estimular os agentes econômicos a manter relações de troca e desenvolver atividades produtivas.

## 2. A teoria da escolha pública: como desvendar os incentivos dos agentes públicos

Na concepção da teoria econômica neoclássica, cabe ao Estado intervir na economia como um árbitro imparcial, que zela pela correção das falhas do mercado e assegura a observância das leis e dos contratos.<sup>283</sup> Parte da premissa de que o governo teria capacidade de cobrar tributos, oferecer bens públicos e executar com eficiência a atividade regulatória, a fim de remediar as distorções existentes em um mercado não perfeitamente competitivo. Entretanto, na realidade, a atividade regulatória estatal frequentemente conduz a uma alocação de recursos ainda menos eficiente do que aquela que decorreria de um mercado em condições imperfeitas de competição.<sup>284</sup> É dizer,

---

<sup>283</sup> Cf. MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. *Análise Econômica do Direito*, p. 179.

<sup>284</sup> ACEMOGLU, Daron; VERDIER, Thierry. “The Choice Between Market Failures and Corruption”, in *The American Economic Review*, vol. 90, nº 1, mar. 2000, p. 194, disponível em <<https://economics.mit.edu/files/3908>>, acesso em 17/07/2021: “Taking the problems of government involvement seriously, many social scientists prefer to live with market failures

a perda de eficiência econômica também pode decorrer de falhas de governo<sup>285</sup> ou falhas institucionais, cujas consequências podem ser até mais deletérias do que os efeitos das falhas de mercado<sup>286</sup>.

A ciência política convencional não dispunha de mecanismos para explicar as falhas e ineficiências verificadas no setor público, porquanto se assentava sobre uma concepção benevolente do Estado como um maximizador de bem-estar social<sup>287</sup>. Nesta visão idealizada, a atuação dos agentes públicos – ainda que sujeita a restrições informacionais – estaria sempre orientada à consecução do interesse público.

Tais paradigmas viriam a ser superados com o advento da teoria da escolha pública (*public choice theory*), que transpôs a metodologia da análise microeconômica para a análise do processo decisório político. Inaugurou-se, assim, uma leitura mais cética e menos idealista da Administração Pública, na qual a busca da eficiência na realização de objetivos sociais é relegada a um

---

rather than risk widespread government failures (e.g., Edward S. Mills, 1986). Others interpret the presence of government corruption as evidence that most politicians are intervening to further their career or wealth rather than correct market failures (e.g., William A. Niskanen, 1971; Andrei Shleifer and Robert W. Vishny, 1994). In contrast, another view points to a trade-off between government failures and market failures. This view is seldom formalized or developed, however, and we lack an understanding as to why government intervention designed to correct market failures also leads to corruption and inefficiencies.” [Em tradução livre: “Levando a sério o problema do envolvimento do governo, muitos cientistas sociais preferem conviver com falhas do mercado a arriscar falhas governamentais generalizadas (por exemplo, Edward S. Mills, 1986). Outros interpretam a presença de corrupção governamental como evidência de que a maioria dos políticos intervêm para promover sua carreira ou riqueza, em vez de corrigir falhas de mercado (por exemplo, William A. Niskanen, 1971; Andrei Shleifer e Robert W. Vishny, 1994). Em contraste, outra visão aponta para um trade-off entre as falhas do governo e as falhas do mercado. Essa visão raramente é formalizada ou desenvolvida, todavia, e não entendemos porque a intervenção do governo destinada a corrigir falhas de mercado também levaria à corrupção e ineficiências.”]

<sup>285</sup> Charles Wolf denomina as falhas de governo como “*non-market failures*”, e propõe uma classificação de suas fontes de acordo com a seguinte tipologia: i) desvinculação entre receitas e despesas, gerando custos redundantes e crescentes; ii) a prevalência de objetivos “privados”, internos ou organizacionais sobre as funções públicas; iii) externalidades como decorrência de efeitos colaterais da atuação estatal; e iv) inequidades na distribuição de poder (cf. WOLF, Charles. “Market and Non-Market Failures: Comparison and Assessment”, in *Journal of Public Policy*, vol. 7, issue 1. Cambridge University Press, January 1987, p. 43-70).

<sup>286</sup> TREPTE, Peter. *Regulating Procurement: Understanding the Ends and Means of Public Procurement Regulation*. Oxford: Oxford University Press, 2006, p. 68.

<sup>287</sup> LAFFONT, Jean-Jacques; TIROLE, Jean. *A Theory of Incentives in Procurement and Regulation*. Cambridge: MIT Press (1993), p. 475.

objetivo secundário<sup>288</sup>, o que logo se revelou mais consistente com a realidade observada e com maior capacidade de predição das escolhas que viriam a ser tomadas pelos agentes públicos.<sup>289</sup>

À semelhança da teoria econômica neoclássica, a *public choice* adota as premissas do individualismo metodológico e da maximização racional<sup>290</sup>; no entanto, a maximização da utilidade não é concebida em função dos recursos econômicos no mercado, mas sim de variáveis do processo político.<sup>291</sup> Como se vê, a ciência social anterior à *public choice* presumia uma curiosa dicotomia na motivação humana: enquanto agentes privados, as pessoas agiriam motivadas exclusivamente por seu autointeresse; se representantes estatais se tornassem, passariam a ser pautadas pela abnegação.<sup>292</sup>

Segundo a teoria da *public choice*, o modelo do agente racional, movido pela maximização da utilidade pessoal, aplica-se tanto aos legisladores quanto

---

<sup>288</sup> VORONOFF, Alice. “Direito administrativo sancionador: um olhar pragmático a partir das contribuições da análise econômica do direito”. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 278, n. 1, 2019, p. 128.

<sup>289</sup> Cf. MERCURO, Nicolas; MEDEMA, Steven G. *Economics and the Law*, p. 163.

<sup>290</sup> Em contraposição à incorporação do individualismo metodológico e do *homo economicus* ao processo político, há outra vertente da Teoria da Escolha Pública fundada na cataláxis, que enxerga o processo político sob o paradigma de trocas e que busca identificar arranjos institucionais, que conduziram espontaneamente à coordenação e à agregação das preferências individuais (cf. MERCURO, Nicolas; MEDEMA, Steven G. *Economics and the Law*, p. 162).

<sup>291</sup> Cf. GWARTNEY, James; WAGNER, Richard E. “The Public Choice Revolution”, in *The Intercollegiate Review*, Vol. 23, n. 2, 1988, pp. 17-26, disponível no endereço eletrônico <<https://sb.cofc.edu/centers/publicchoice/files/Gwartney%20and%20Wagner.pdf>>, acesso em 17/07/2021: “Just as economics studies the interactions among self-interested creatures within market processes, so public choice does the same thing within political processes. (...) Similarly, the men and women working in government as politicians and bureaucrats are pretty much the same as their counterparts in the private sector. If pursuit of such rewards as personal wealth, power, and prestige motivates people in the marketplace, there is every reason to believe that these same elements will motivate them in the political arena. A pivotal implication of public choice scholarship is that political outcomes will depend importantly on how political institutions and constitutional rules influence the incentives people face and not just on who in particular is elected or appointed to political office.” (Em tradução livre: “Assim como a economia estuda as interações entre criaturas com interesses próprios nos processos de mercado, a public choice faz a mesma coisa nos processos políticos. (...) Da mesma forma, os homens e mulheres que trabalham no governo como políticos e burocratas são praticamente as mesmas pessoas que trabalham no setor privado. Se a busca por recompensas como riqueza pessoal, poder e prestígio motiva as pessoas no mercado, razões há para acreditar que esses mesmos elementos as motivarão na arena política. Uma implicação fundamental do estudo da public choice é que os resultados políticos dependerão de maneira importante de como as instituições políticas e as regras constitucionais influenciam os incentivos que as pessoas enfrentam, e não apenas de quem é eleito ou nomeado para um cargo político.”)

<sup>292</sup> Cf. MERCURO, Nicolas; MEDEMA, Steven G. *Economics and the Law*, p. 165.

aos burocratas, ainda que seus interesses sejam distintos. Sob a perspectiva do legislador, a maximização da utilidade consiste na obtenção de mais votos e de mais poder político, a redundar fundamentalmente na busca da reeleição.<sup>293</sup> Para tanto, duas estratégias são possíveis: i) a maximização do apelo a eleitores autointeressados; e ii) a maximização do apelo a grupos de interesse.<sup>294</sup> Por sua vez, a escolha do eleitor autointeressado é pautada pela ignorância racional, na medida em que os custos da aquisição de informação acerca dos candidatos e de seus programas eleitorais excedem os benefícios a serem auferidos sob a perspectiva individual.<sup>295</sup>

---

<sup>293</sup> Cf. DOWNS, Anthony. "An Economic Theory of Political Action in a Democracy", in *Journal of Political Economy*, Vol. 65, Nº 2, 1957, p. 137, disponível no endereço eletrônico <<http://docenti.luiss.it/egidi/files/2012/02/Downs-Political-Action.pdf>>, acesso em 17/07/2021: "From these definitions and axioms springs my central hypothesis: political parties in a democracy formulate policy strictly as a means of gaining votes. They do not seek to gain office in order to carry out certain preconceived policies or to serve any particular interest groups; rather they formulate policies and serve interest groups in order to gain office. Thus their social function – which is to formulate and carry out policies when in power as the government – is accomplished as a by-product of their private motive – which is to attain the income, power, and prestige of being in office." (Em tradução livre: "A partir dessas definições e axiomas surge minha hipótese central: os partidos políticos em uma democracia formulam políticas estritamente como um meio de ganhar votos. Eles não procuram obter cargos para cumprir certas políticas preconcebidas ou para servir a quaisquer grupos de interesse específicos; em vez disso, eles formulam políticas e atendem a grupos de interesse para obter cargos. Assim, sua função social – que é formular e executar políticas quando no poder como governantes – é realizada como um subproduto de sua motivação privada – que é obter a renda, o poder e o prestígio de estar no cargo.")

<sup>294</sup> Cf. TREPTE, Peter. "Transparency and Accountability as Tools for Promoting Integrity and Preventing Corruption in Procurement: Possibilities and Limitations", in *OECD Papers*, vol. 5/10, 2006, pp. 10-11: "Public choice economists point out that the private interests of regulators may also play a part in the formulation and implementation of policy objectives. The self-interested regulator would be seeking to maximise the likelihood of re-election and such a regulator is motivated not by the desire to enhance the public interest but by endorsing programmes and/or voting for laws that maximize his appeal to his constituents or by voting for those programmes or laws that are most responsive to active special interest groups (e.g. major financial supporters, those energizing effective publicity, or those providing politically meaningful endorsements) thereby enhancing the prospects for (re)election. Thus, regulators representing the government may also be subject to regulatory or State capture." (Em tradução livre: "Os economistas da escolha pública apontam que os interesses privados dos reguladores também podem desempenhar um papel na formulação e implementação dos objetivos das políticas. O regulador interessado procuraria maximizar a probabilidade de reeleição, motivado não pelo desejo de aumentar o interesse público, mas por endossar programas e/ou votar em leis que maximizem seu apelo aos seus constituintes ou que atendam melhor os grupos de interesses especiais ativos (por exemplo, grandes patrocinadores financeiros, aqueles que estimulam publicidade eficaz ou aqueles que fornecem endossos politicamente significativos), aumentando assim as perspectivas de (re)eleição. Assim, os reguladores que representam o governo também podem estar sujeitos à captura regulatória ou estatal.")

<sup>295</sup> Cf. MERCURO, Nicolas; MEDEMA, Steven G. *Economics and the Law*, pp. 184-185.

Ainda que de forma mais limitada, burocratas autointeressados também se movem pela maximização da utilidade pessoal, que se traduz em incrementos de salário, reputação pública, poder e patronagem, como também na facilitação da gestão burocrática, o que gera permanentes demandas por aumentos orçamentários.<sup>296</sup> Diferente do modelo weberiano, que pressupõe a atuação de técnicos dedicados à realização do interesse público, a *public choice* considera que o burocrata autointeressado tem incentivos relativamente fracos para pautar sua atuação pelo bem-estar social, enquanto são fortes os incentivos para melhorar sua própria posição dentro da estrutura burocrática.<sup>297</sup>

A teoria da *public choice* também se propõe a explicar o processo pelo qual os interesses de grupos minoritários conseguem capturar o processo decisório, de forma a moldar o ambiente regulatório em seu benefício. Aqui, distinguem-se os interesses concentrados em pequenos grupos, em que cada indivíduo tem muito a ganhar ou perder, e aqueles dispersos em grandes coletividades, em que ganhos e perdas individuais não são tão facilmente perceptíveis.

Integrantes de grupos dispersos têm incentivos fracos para arcar com os custos de adquirir informações, organizar-se e mobilizar-se, até por conta do chamado efeito carona. Ao revés, titulares de interesses concentrados têm incentivos fortes para se manter informados e, assim, exercer maior participação e influência sobre o processo político. Logicamente, são estes grupos de interesse concentrado que podem oferecer viabilidade eleitoral ao agente político, a exemplo de setores empresariais capazes de financiar sua campanha ou organizações sindicais dispostas a orientar o voto dos associados<sup>298</sup>. Uma vez eleito, o agente político tenderá a lhes outorgar os

---

<sup>296</sup> No ponto, veja-se o modelo do burocrata maximizador, desenvolvido por William A. Niskanen (NISKANEN, William A. "The Peculiar Economics of Bureaucracy", in *The American Economic Review*, Vol. 58, Nº 2, May 1968, pp. 293-305, disponível no endereço eletrônico <<http://www.socsci.uci.edu/~jkbrueck/course%20readings/Econ%20272B%20readings/niskane n.pdf>>, acesso em 17/07/2021).

<sup>297</sup> Cf. MERCURO, Nicolas; MEDEMA, Steven G. *Economics and the Law*, p. 186.

<sup>298</sup> Para além de apoio eleitoral, grupos de interesse também podem capturar decisões governamentais através da perspectiva de emprego futuro ("porta giratória"), da construção de relacionamentos pessoais ou até mesmo a oferta de suborno (LAFFONT, Jean-Jacques;

benefícios que pretendiam *ab initio*, ainda que às custas da coletividade em geral.<sup>299</sup>

Os diversos grupos de interesse competem entre si por influência política, com vistas à produção de regulações que lhes proporcionem subsídios diretos ou indiretos, custeados por meio da imposição de tributos indiretos a terceiros.<sup>300</sup> Despendem, então, grandes somas de recursos com lobistas, advogados, contadores, publicistas e economistas, na tentativa de obter tais transferências diretas ou indiretas de riqueza, seja através de benefícios fiscais ou financeiros, seja por meio da criação artificial de escassez pela obtenção de monopólios ou pela imposição de barreiras de entrada à concorrência.

É nesse cenário que tem lugar a prática do *rent seeking*<sup>301</sup>, definida como a atividade de agentes econômicos que, no intuito de obter transferências de recursos sob a égide estatal, desperdiçam recursos que poderiam reverter para a atividade produtiva. Em um círculo vicioso, a extração bem-sucedida de *rents* gera demandas cada vez maiores pela obtenção de benefícios estatais, reduzindo cada vez mais a eficiência da economia.<sup>302</sup>

---

TIROLE, Jean. *A Theory of Incentives in Procurement and Regulation*. Cambridge: MIT Press (1993), p.476)

<sup>299</sup> Segundo William F. Shughart e Robert D. Tollison, políticos atuam como intermediários entre a demanda por transferências de riqueza, formulada por grupos de pressão bem articulados, e a sua oferta por coletividades não organizadas, cuja riqueza será reduzida direta ou indiretamente por tais transferências. No original: “In the interest-group theory of government, well-organized pressure groups demand politically mediated wealth transfers, while less organized groups ‘supply’ them by having their wealth lowered directly or indirectly. Politicians broker these transfers, pairing suppliers with demanders to establish political market equilibrium.” (SHUGHART II, William F.; TOLLISON, Robert D. “Interest Groups and the Courts”, in *George Mason Law Review* 6, 1997-1998, pp. 953-954).

<sup>300</sup> Cf. BECKER, Gary S. “A Theory of Competition Among Pressure Groups for Political Influence”, in *The Quarterly Journal of Economics*, Vol. 98, Nº 3, 1983, pp. 371-400, disponível em <<http://citeseerx.ist.psu.edu/viewdoc/download?doi=10.1.1.359.7578&rep=rep1&type=pdf>>, acesso em 18/07/2021.

<sup>301</sup> Aqui, veja-se PORTO, Antônio Maristrello; GAROUPA, Nuno. *Curso de Análise Econômica do Direito*. São Paulo: Atlas, 2020, p. 78: “Por sua vez, o *rent seeking* pode ser compreendido como o uso de recursos com o objetivo de obter rendas (*rents*) para pessoas nas quais a renda, per si, é oriunda de uma atividade com valor social negativo. Dito de outra forma, a expressão pode ser entendida como a obtenção de lucros, apesar de legais, por meio de efeitos perniciosos para a sociedade como um todo, ou produzidos sem a devida criação de utilidade social correspondente. O *rent seeking* pode ocorrer de duas maneiras diferentes. A mais aberta, através de transferências diretas, quando um grupo recebe benefícios financeiros do erário público, ou de forma menos ostensiva, através de um regime regulatório mais favorável a determinado grupo de agentes econômicos.”

<sup>302</sup> MERCURO, Nicolas; MEDEMA, Steven G. *Economics and the Law*, p. 203.



A suscetibilidade dos agentes públicos à captura por grupos interessados na extração de *rents* constitui um dos principais motivos pelos quais a atuação governamental, ao invés de corrigir as falhas de mercado, pode criar novas ineficiências que resultam na redução da atividade produtiva e, em última instância, do bem-estar social.

### 3. A Nova Economia Institucional e os custos decorrentes da incerteza

Ao avaliar a lei como um sistema de incentivos que influi na escolha de cada agente econômico isoladamente considerado, os expoentes da Escola de Chicago adotam a perspectiva da microeconomia neoclássica, que trata os interesses individuais como um dado *a priori* e tem como premissa uma estrutura de mercado perfeitamente competitivo. Porém, a partir da década de 1970, consolidou-se paulatinamente uma nova frente da teoria econômica, com foco nas instituições e no modo como conformam os interesses dos agentes econômicos: a Nova Economia Institucional (*New Institutional Economics*<sup>303</sup>), de que são expoentes principais Ronald H. Coase – após se distanciar de algumas das premissas da Escola de Chicago –, Oliver E. Williamson e Douglass C. North, ganhadores, cada qual a seu tempo, do Prêmio Nobel de Economia.

Diferentemente dos institucionalistas clássicos<sup>304</sup>, os adeptos da Nova Economia Institucional se valem das mesmas premissas teóricas da Escola de Chicago – individualismo metodológico e teoria da escolha racional –, mas reconhecem que o mundo em que os indivíduos tomam suas decisões é muito

---

<sup>303</sup> A referência à “Nova” Economia Institucional (ou à teoria econômica neo-institucionalista) ressalta a diferença entre tais autores e a concepção clássica de “Economia Institucional”, associada a pensadores como Thorstein Veblen, John R. Commons e Wesley C. Mitchell. Estes se distanciam do individualismo metodológico e da teoria da escolha racional, premissas fundamentais da economia neoclássica, para enfatizar fatores coletivos e visualizar a economia como um processo evolutivo ao invés de um equilíbrio. (cf. KLEIN, Peter G. “New Institutional Economics”, in BOUCKAERT, Boudewijn; DE GEEST, Gerrit (editores). *Encyclopedia of Law and Economics, Volume I. The History and Methodology of Law and Economics*. Cheltenham: Edward Elgar, 2000, pp. 456-457).

<sup>304</sup> A economia institucional, nos moldes em que concebida das décadas de 1920 e 1930, propunha que as forças primárias da vida econômica seriam hábitos, costumes e padrões sociais, que evoluíam a partir das relações de poder e da influência de novas tecnologias (cf. MERCURO, Nicolas; MEDEMA, Steven G. *Economics and the Law*, p. 220).

diferente daquele imaginado pela economia neoclássica. Distanciam-se, pois, do elevado grau de abstração associado à presunção da situação ideal de mercado, sabidamente irrealizável na prática.<sup>305</sup>

Ao ver dos neoinstitucionalistas, não há como esperar que o desempenho real da economia esteja à altura do padrão hipotético de um mercado perfeitamente competitivo; à vista deste *standard* ideal, todo arranjo existente será defeituoso em alguma medida.<sup>306</sup> <sup>307</sup> No intuito de aproximar seus modelos teóricos do mundo real, dedicam particular atenção às restrições a que os indivíduos estão sujeitos, na busca de seu autointeresse. No dizer de Ronald H. Coase, o objeto de estudo da economia deveria ser o homem tal como é, atuando dentro das restrições que lhe são impostas pelas instituições existentes.<sup>308</sup>

Uma primeira adaptação do modelo neoclássico, necessária na visão neoinstitucionalista, consiste em flexibilizar a teoria do agente racional, que tem por premissas, justamente, um cenário de perfeita informação e conhecimento de todas as alternativas disponíveis. Para Oliver E. Williamson, se é certo que os atores econômicos almejam a racionalidade, suas escolhas são apenas

---

<sup>305</sup> Cf. COASE, Robert H. "The regulated industries: Discussion", in *American Economic Review*, 54(2), 1964, p. 195: "Contemplation of an optimal system may provide techniques of analysis that would otherwise have been missed and, in certain special cases, it may go far to providing a solution. But in general its influence has been pernicious. It has directed economists' attention away from the main question, which is how alternative arrangements will actually work in practice. It has led economists to derive conclusions for economic policy from a study of an abstract of a market situation." (Em tradução livre: "A contemplação de um sistema ideal pode fornecer técnicas de análise que de outra forma seriam perdidas e, em certos casos especiais, pode ir longe para fornecer uma solução. Mas, em geral, sua influência foi perniciosa. Ela desviou a atenção dos economistas da questão principal, que é como arranjos alternativos realmente funcionam na prática. Isso levou economistas a tirar conclusões para a política econômica a partir de um estudo limitado de uma situação de mercado.")

<sup>306</sup> Cf. KLEIN, Peter G. "New Institutional Economics", p. 457: "Orthodox welfare analysis typically compares real-world outcomes with the hypothetical benchmark of perfectly competitive general equilibrium. It is unsurprising, then, that actual market outcomes will come up short." (Em tradução livre: "A análise ortodoxa de bem-estar normalmente compara os resultados do mundo real com a referência hipotética de equilíbrio geral perfeitamente competitivo. Não é surpreendente, então, que os resultados reais do mercado sejam insuficientes.")

<sup>307</sup> Afinal, segundo Robert H. COASE, "we are choosing between social arrangements which are all more or less failures" (COASE, Robert H. "The regulated industries: Discussion", p. 195).

<sup>308</sup> Cf. COASE, Robert H. "The New Institutional Economics", in *Zeitschrift Für Die Gesamte Staatswissenschaft/Journal of Institutional and Theoretical Economics*, 140, nº 1, 1984, p. 231: "Modern institutional economics should study man as he is, acting within the constraints imposed by real institutions. Modern institutional economics is economics as it ought to be."

limitadamente racionais (*bounded rationality*<sup>309</sup>). Além de nem toda a informação relevante estar disponível, a própria capacidade cognitiva do agente econômico é um bem escasso, que não pode ser mobilizado integralmente a cada tomada de decisão.

De mais a mais, se o modelo neoclássico está correto ao constatar que o agente econômico é movido por autointeresse (*self interest*), equivoca-se ao presumir que, ao atuar no mercado, o agente racional divulgará suas intenções de forma transparente, transmitirá informações fidedignas e cumprirá suas obrigações em fiel conformidade com o pactuado.<sup>310</sup> O modelo econômico proposto pelos neoinstitucionalistas, por sua vez, contempla o risco de adoção de comportamento oportunista, forma maliciosa da busca do autointeresse (*self-interest seeking with guile*) em que o agente econômico busca extrair vantagens das assimetrias de informação, no intuito de induzir a outra parte em erro ou faltar com os seus deveres.

De fato, a possibilidade de que um agente econômico aja de *má-fé* na busca de seus próprios interesses constitui uma das grandes fontes de incerteza nas interações humanas. Não se pode desconsiderar o risco de que uma das partes repasse informações falsas, oculte suas verdadeiras intenções, realize promessas que não pretende cumprir (*self disbelieved promises*) ou dissimule o descumprimento de suas obrigações. Através de tais expedientes fraudulentos, o agente oportunista abusa da confiança que lhe foi depositada, a fim de extrair um proveito maior do que aquele que lhe caberia caso suas reais intenções houvessem sido comunicadas.

Tais comportamentos oportunistas usualmente decorrem de assimetrias informacionais, que podem ser classificadas em: i) seleção adversa; ii) risco moral; iii) *hold up* (catividade).<sup>311</sup> Na seleção adversa, a assimetria

---

<sup>309</sup> WILLIAMSON, Oliver E. *The Economic Institutions of Capitalism*. New York: Free Papers, 1985, p. 45.

<sup>310</sup> WILLIAMSON, Oliver E. *The Economic Institutions of Capitalism*, p. 49.

<sup>311</sup> PICOT, Arnold; REICHWALD, Ralf; WIGAND, Rolf T. (*Information, Organization and Management*. New York: Springer Science & Business Media, 2008, p. 48/50) propõem a classificação dos comportamentos oportunistas em três categorias, conforme as três hipóteses

informacional quanto à qualidade do objeto negociado ou a qualificação das contrapartes induz à escolha de beneficiários com características indesejáveis. O modo pelo qual a assimetria de informação pode conduzir à seleção adversa é explicado pelo modelo desenvolvido por George A. Akerlof, no estudo multiplamente citado “*The Market for ‘Lemons’*”.

A partir da premissa de que seria impossível ao homem médio distinguir entre carros bons e ruins, Akerlof conclui que a falta de confiança induziria os compradores a oferecer preços não atraentes para os vendedores de carros realmente bons. Assim, como somente a venda de carros ruins seria rentável, os vendedores de carros bons tenderiam a se afastar do mercado, o que acarretaria a redução ainda maior das ofertas e, por conseguinte, a diminuição proporcional da qualidade dos veículos comercializados.<sup>312</sup>

Outro exemplo da correlação entre assimetria informacional e seleção adversa pode ser ocorrer no mercado de seguros de saúde. Caso uma seguradora não tenha acesso a informações acerca do estado de saúde de seus clientes, atribuirá um preço único a todos, o que tenderia a afugentar clientes mais saudáveis (de menor risco), enquanto atrairia clientes com problemas de saúde (de maior risco).

Para minimizar o risco de seleção adversa, duas estratégias podem ser adotadas: i) sinalização (*signaling*), através da qual o detentor da informação busca demonstrar sua qualidade, de modo a gerar confiança em potenciais clientes (a exemplo de um vendedor de carros usados que oferece uma garantia estendida de seus veículos, como sinalização de sua qualidade superior)<sup>313</sup>; e ii) triagem (*screening*), através da qual a parte que não possui a informação busca extrair os dados necessários para a seleção de seus contratados (por exemplo, uma seguradora que oferece várias opções de cobertura, fazendo com que o cliente indique, através de suas escolhas, o grau

---

de assimetria informacional: “características ocultas” (seleção adversa), “ação oculta” (risco moral) e “intenção oculta” (*hold up*).

<sup>312</sup> AKERLOF, George A. “The Market for ‘Lemons’: Quality Uncertainty and the Market Mechanism”, in *The Quarterly Journal of Economics*, Vol. 84, Nº 3, 1970, pp. 488-500.

<sup>313</sup> Cf. MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. *Análise Econômica do Direito*, p. 140.

de risco a que estaria exposto). Como se vê, a seleção adversa decorre da ocultação de dados que seriam necessários à escolha informada quanto à celebração ou não de um contrato; cuida-se, portanto, de uma modalidade de comportamento oportunista que antecede à contratação.

No 'risco moral', a assimetria informacional decorre da impossibilidade de supervisionar plenamente o desempenho do contratado, o que pode dar ensejo à adoção de comportamentos indesejáveis e potencialmente lesivos. Alguns exemplos clássicos de risco moral: i) no mercado de seguros de veículos, o cliente passa a conduzir de forma imprudente após a realização da contratação, porque os prejuízos eventualmente decorrentes de sua conduta serão suportados pela seguradora; ii) no mercado financeiro, a certeza de que o governo irá intervir para socorrer instituições financeiras em risco de quebra induz à realização de operações que a exponham a maior risco. Dado que a raiz do risco moral reside na assimetria informacional decorrente da impossibilidade de monitoramento da conduta do contratado, cuida-se de um comportamento oportunista posterior à contratação.

Nas situações de *hold up* (catividade), a assimetria informacional acerca das intenções de uma das partes expõe a outra à situação de "refém", por temer perder os investimentos já realizados. A parte que investiu grande volume de recursos irrecuperáveis (*sunk costs*) e que necessita de ativos específicos (*asset specificity*) para fruição de tais investimentos, encontra-se em situação de dependência em relação àquele que os detém. Em razão da especificidade dos ativos, tal parte terá grandes dificuldades para encontrá-los no mercado junto a outro fornecedor. Sua contraparte encontra-se, então, em condições de lhe impor condições desfavoráveis, através do comportamento oportunista denominado *hold up* (catividade). O *hold up* se verifica usualmente no curso da execução de um contrato, em decorrência da própria incompletude das contratações, já que inviável prever no momento de sua celebração todas as intercorrências que poderão vir a ocorrer.

Todas essas modalidades de comportamento oportunista que se vem de referir podem se manifestar igualmente no modelo agente-principal – que,

como visto no capítulo anterior, também se caracteriza pela assimetria informacional. Assim, a assimetria informacional acerca do desempenho de seus empregados poderia induzir o administrador da empresa a lhes pagar um salário que afastaria bons candidatos (seleção adversa); a impossibilidade de monitoramento da conduta de um funcionário público poderia lhe viabilizar a solicitação de vantagens ilícitas em decorrência do cargo (risco moral).

Na economia neoclássica, presume-se a completude dos contratos, que seriam plenamente definidos, imediatamente consumados e perfeitamente assegurados pelos tribunais, de modo que contingências futuras haveriam de ser consideradas tão somente *ex ante*.<sup>314</sup> No mundo dos neoinstitucionalistas, no entanto, os contratos jamais estarão correta e plenamente especificados e as promessas poderão ser quebradas, o que induz ao estudo dos arranjos *ex post*, voltados para a execução dos contratos e para a solução extrajudicial de disputas.

As premissas da Nova Economia Institucional – racionalidade limitada e o risco de oportunismo – induzem ao reconhecimento de um significativo grau de risco e incerteza nas atividades de troca entre agentes econômicos. Para realizar uma troca economicamente vantajosa no mercado, as partes terão que suportar custos, com vistas a estabelecer salvaguardas contra a incerteza e comportamentos oportunistas. Tais custos de transação (*transaction costs*), inerentes à atividade negocial, mas ignorados pela teoria econômica neoclássica, constituem um dos conceitos centrais da Nova Economia Institucional. Nas palavras de Oliver E. Williamson, os custos de transação exercem na teoria econômica uma função equivalente à fricção nos sistemas físicos.<sup>315</sup>

---

<sup>314</sup> Cf. MERCURO, Nicolas; MEDEMA, Steven G. *Economics and the Law*, p. 269.

<sup>315</sup> Segundo Oliver E. Williamson, os custos de transação exercem, na teoria econômica, uma função equivalente à fricção nos sistemas físicos: "Transaction costs are the economic equivalent of friction in physical systems. The manifold successes of physics in ascertaining the attributes of complex systems by assuming the absence of friction scarcely require recounting here. Such a strategy has had obvious appeal to the social sciences. Unsurprisingly, the absence of friction in physical systems is cited to illustrate the analytic power associated with 'unrealistic' assumptions (Friedman, 1953, pp. 16-19). But whereas physicists were quickly reminded by their laboratory instruments and the world around them that friction was pervasive and often needed to be taken expressly into account, economists did not have a corresponding

O autor classifica os custos de transação conforme o momento em que se materializam, distinguindo aqueles *ex ante* (suportados na fase pré-contratual) dos *ex post* (incorridos posteriormente à celebração contratual).<sup>316</sup> Na etapa pré-contratual, as partes arcam com custos de transação para: i) redigir o contrato; ii) negociar as suas condições e os termos das obrigações assumidas; e iii) estabelecer salvaguardas que mitiguem os riscos de inadimplemento.<sup>317</sup> Por sua vez, os custos de transação que incidem na etapa pós-contratual podem decorrer de: i) estabelecimento de estruturas de governança para monitorar o desempenho das partes e resolver disputas contratuais; ii) preenchimento de lacunas contratuais, em razão da superveniência de fatos imprevistos (*maladaptation costs*); iii) renegociação de ajustes ao contrato; iv) oferta de garantias (*bonding*) que assegurem os compromissos assumidos.<sup>318</sup>

Robert Cooter e Thomas Ulen, por sua vez, classificam os custos de transação em três categorias: i) custos de procura, associados à busca do produto e à aferição de seu valor de mercado; ii) custos de barganha, associados à negociação dos termos do acordo e elaboração das cláusulas contratuais; e iii) custos de implementação (*enforcement*), associados ao monitoramento do comportamento da outra parte e ao sancionamento pelo descumprimento do acordo.<sup>319</sup>

---

appreciation for the costs of running the economic system.” (WILLIAMSON, Oliver E. *The Economic Institutions of Capitalism*, p. 19). (Em tradução livre: “Os custos de transação são o equivalente econômico do atrito em sistemas físicos. Os múltiplos sucessos da física em determinar os atributos de sistemas complexos, assumindo a ausência de atrito, dificilmente requerem recontagem aqui. Essa estratégia teve um apelo óbvio para as ciências sociais. Sem surpresa, a ausência de atrito em sistemas físicos é citada para ilustrar o poder analítico associado a suposições ‘não realistas’ (Friedman, 1953, pp. 16-19). Mas enquanto os físicos foram rapidamente lembrados por seus instrumentos de laboratório e pelo mundo ao seu redor de que o atrito era generalizado e muitas vezes precisava ser expressamente levado em consideração, os economistas não tinham uma avaliação correspondente dos custos de funcionamento do sistema econômico.”)

<sup>316</sup> FREITAS, Rafael Vêras. “Análise Econômica das Contratações Públicas”, in *Revista SÍNTESE Licitações, Contratos e Convênios*, Vol. 8, n. 45 (jun./jul. 2018). São Paulo: Editorial SÍNTESE, pp. 126-127.

<sup>317</sup> WILLIAMSON, Oliver E. *The Economic Institutions of Capitalism*, p. 20.

<sup>318</sup> WILLIAMSON, Oliver E. *The Economic Institutions of Capitalism*, p. 388.

<sup>319</sup> Cf. COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Law & economics*, p. 88.

A partir da combinação das lições da Análise Econômica de Direito sob a perspectiva da Escolha de Chicago, da Teoria da Escolha Pública e da Nova Economia Institucional, é possível concluir que a eficiência da atuação do Estado na economia – inclusive no campo das licitações e dos contratos públicos, objeto da presente tese – haverá de ser aferida em função de sua contribuição para: i) corrigir falhas de mercado, quando ausentes as condições de perfeita competitividade; ii) corrigir falhas de governo, particularmente em cenários de captura regulatória por grupos de interesse; e iii) reduzir os custos de transação, notadamente através do desestímulo a comportamentos oportunistas.

Estabelecidos os objetivos a serem alcançados, cabe investigar a adequação dos meios propostos, de modo a apurar em que medida eventuais alterações normativas poderiam eficazmente modificar a estrutura de incentivos de agentes racionais, mormente em sociedades nas quais a corrupção possua caráter sistêmico. Para tal fim, analisar-se-á melhor a natureza e função das instituições, bem como o itinerário de sua evolução histórica, mormente a partir perspectiva da Nova Economia Institucional.<sup>320</sup>

#### 4. A natureza e função das instituições

Em um cenário com significativos custos de transação e limitada previsibilidade do futuro, mostra-se indispensável o desenvolvimento de estruturas – é dizer, de instituições – que possam minimizar as incertezas nas interações entre agentes econômicos.<sup>321</sup> Os neoinstitucionalistas propõem a ampliação do escopo da teoria econômica, de molde a nela incluir a análise das instituições e da relação entre estrutura institucional e o desempenho

---

<sup>320</sup> Ao invés de investigarem o comportamento de agentes racionais movidos por autointeresse, os neoinstitucionalistas perguntam: “Como atores racionais poderiam ser constrangidos (ou se constrangerem) a não buscar o seu autointeresse”? Cf. MILLER, Gary J. “The Impact of Economics on Contemporary Political Science”, in *Journal of Economic Literature*, vol. XXXV, September 1997, p. 1196.

<sup>321</sup> Reversamente, em um mundo sem custos de transação e de perfeita previsibilidade, o arcabouço institucional não seria relevante para o desempenho econômico. No ponto, veja-se RICHTER, Rudolf. “The New Institutional Economics – Its Start, Its Meaning, Its Prospects”, in *The European Business Organization Law Review*, 6:2, 2005, p. 12.



econômico.<sup>322</sup> Na definição de Douglass C. North, instituições são restrições que conformam e delimitam as escolhas individuais no âmbito de uma dada sociedade, de forma a reduzir a incerteza e os custos da cooperação entre agentes econômicos.<sup>323</sup> Em termos mais amplos, são as regras do jogo.<sup>324</sup>

A atuação dos atores econômicos e sociais é pautada não somente por regras formais, como a Constituição e as leis civis, cuja implementação cabe aos tribunais e à Administração Pública, mas também por normas informais e não escritas. Assim, normas de comportamento, convenções sociais, tradições e costumes também teriam papel determinante na estruturação das condutas sociais, ao moldar as crenças e expectativas individuais acerca do padrão de comportamento das organizações e dos demais indivíduos.<sup>325</sup> O grau de

---

<sup>322</sup> Do mesmo modo, as instituições, compreendidas neste sentido, não se confundem com as organizações através das quais indivíduos interagem entre si. No ponto, cf. MUNGIU-PIPPIDI, Alina. "The Evolution of Political Order", in *Journal of Democracy*, Volume 26, Number 4, October 2015, p. 172.

<sup>323</sup> Cf. NORTH, Douglass C. *Institutions, Institutional Changes and Economic Performance*. Cambridge: Cambridge University Press, 1990, p. 34: "Institutions provide the structure for exchange that (...) determines the cost of transacting and the cost of transformation." Prossegue, à p. 36: "Under conditions of limited information and limited computational ability [bounded rationality], constraints reduce the costs of human interaction as compared to a world of no institutions." (Em tradução livre: "As instituições fornecem a estrutura de troca que (...) determina o custo de transação e o custo de transformação." Prossegue, à p. 36: "Sob condições de informação limitada e capacidade computacional limitada [racionalidade limitada], as restrições reduzem os custos da interação humana em comparação com um mundo sem instituições.")

<sup>324</sup> NORTH, Douglass C. *Institutions, Institutional Changes and Economic Performance*, pp. 3-4: "Institutions are the rules of the game in a society or, more formally, are humanly devised constraints that shape human interaction. In consequence they structure incentives in human exchange, whether political, social, or economic. Institutional change shapes the way societies evolve through time and hence is the key to understanding historical change. (...) Institutions reduce uncertainty by providing a structure to everyday life. (...) Institutional constraints include both what individuals are prohibited from doing and, sometimes, under what conditions some individuals are permitted to undertake certain activities." (Em tradução livre: "As instituições são as regras do jogo em uma sociedade ou, mais formalmente, são restrições humanamente concebidas que moldam a interação humana. Consequentemente, elas estruturam incentivos nas trocas humanas, sejam políticas, sociais ou econômicas. A mudança institucional molda a forma como as sociedades evoluem ao longo do tempo e, portanto, é a chave para a compreensão da mudança histórica. (...) As instituições reduzem a incerteza ao fornecer uma estrutura para a vida cotidiana. (...) As restrições institucionais incluem o que os indivíduos são proibidos de fazer e, às vezes, sob quais condições alguns indivíduos têm permissão para realizar certas atividades.")

<sup>325</sup> NORTH, Douglass C.; WALLIS, John Joseph; WEBB, Steven B.; WEINGAST, Barry R. "Limited Access Orders in the Developing World: A New Approach to the Problems of Development", in *Policy Research Working Paper 4359*, The World Bank, Independent Evaluation Group, Country Relations Division, September 2007, p. 27, disponível em <<https://openknowledge.worldbank.org/bitstream/handle/10986/7341/WPS4359.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>, acesso em 30/07/2020.

adequação das escolhas individuais às restrições impostas pelas instituições dependerá da efetividade de sua fiscalização pelas partes envolvidas, pela sociedade ou pelo Estado.<sup>326</sup>

De acordo com a teoria econômica, tais convenções sociais surgem espontaneamente, como resultado de problemas de interação resolvidos com recurso à teoria dos jogos.<sup>327</sup> É através da repetição de jogos ao longo do tempo que os agentes econômicos tendem a convergir para estratégias de coordenação vantajosas para as partes implicadas. Desse modo, consolida-se um padrão de interações que passa a regular as expectativas e os comportamentos dos atores envolvidos.<sup>328</sup> Os agentes econômicos, em muitas

---

<sup>326</sup> Cf. NORTH, Douglass C. *Institutional Change: A Framework of Analysis*, 1997, p. 2/3 (disponível em <<https://econwpa.ub.uni-muenchen.de/econ-wp/eh/papers/9412/9412001.pdf>>, acesso em 30/07/2020): “Institutions consist of formal rules, informal constraints (norms of behavior, conventions, and self imposed codes of conduct) and the enforcement characteristics of both. The degree to which there is an identity between the objectives of the institutional constraints and the choices individuals make in that institutional setting depends on the effectiveness of enforcement. Enforcement is carried out by the first party (self imposed codes of conduct), by the second party (retaliation), and/or by a third party (societal sanctions or coercive enforcement by the state). Institutions affect economic performance by determining (together with the technology employed) transaction and transformation (production) costs.” (Em tradução livre: “As instituições consistem em regras formais, restrições informais (normas de comportamento, convenções e códigos de conduta autoimpostos) e as características de seu *enforcement*. O grau em que existe uma identidade entre os objetivos das restrições institucionais e as escolhas que os indivíduos fazem nesse ambiente institucional depende da eficácia do *enforcement*. O *enforcement* é realizado pela primeira parte (códigos de conduta autoimpostos), pela segunda parte (retaliação) e/ou por um terceiro (sanções sociais ou aplicação coercitiva do Estado). As instituições afetam o desempenho econômico determinando (juntamente com a tecnologia empregada) os custos de transação e transformação (produção).”

<sup>327</sup> Cf. MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. *Análise Econômica do Direito*, pp. 84-85: “As soluções articuladas pelo direito tomam a forma de instituições. Instituições têm origem em problemas de interação. Representam regras modeladas para incentivar os jogadores a renunciarem à ideia de levar o jogo até o final. O respeito à regra que incorporar a instituição simplifica a decisão, evita o custo do jogo, e de eventual desvio, garantindo aos jogadores que os ganhos esperados serão, no mínimo, tão elevados quanto se jogassem todo o jogo até o final. A instituição funciona na medida em que cada um confia em que o outro a conhece e também a respeitará. É, portanto, mais preciosa quando o número de pessoas que a respeitam for elevado. A confiança será maior na medida em que, ao longo do tempo, a instituição for estável.”

<sup>328</sup> O'DONNELL, Guillermo. “Illusions About Consolidation”, in *Journal of Democracy*, Volume 7, Number 2, April 1996, Johns Hopkins University Press, p. 36/37: “By an institution I mean a regularized pattern of interaction that is known, practiced, and accepted (if not necessarily approved) by actors who expect to continue interacting under the rules sanctioned and backed by that pattern. Institutions are typically taken for granted, in their existence and continuity, by the actors who interact with and through them. Institutions are 'there', usually unquestioned regulators of expectations and behavior.” (Em tradução livre: “Por instituição quero dizer um padrão regularizado de interação que é conhecido, praticado e aceito (se não necessariamente aprovado) por atores que esperam continuar interagindo sob as regras por ele sancionadas e apoiadas. Normalmente, As instituições são normalmente tidas como certas, em sua existência

ocasiões, demonstram preferência por essas normas informais, mesmo em detrimento das leis formais.<sup>329</sup>

Como explicita Guillermo O'Donnell, agentes econômicos em sociedades nas quais as normas informais se distanciam das leis formais comportam-se de forma tão racional quanto os atores de países mais desenvolvidos. Entretanto, os contornos de sua racionalidade não podem ser traçados a partir da lei formal, mas, sim, por meio da investigação das regras do jogo efetivamente vigentes e das expectativas a elas associadas. Não há como presumir existir uma tendência de adaptação dos comportamentos às leis formais, quando, na realidade, são as normas informais aquelas que se encontram institucionalmente consolidadas.<sup>330</sup>

As normas formais e informais integram o que Douglass C. North denomina ambiente institucional (*institutional environment*): são elas a compor o pano de fundo (*background rules*) que conforma e restringe as escolhas realizadas por indivíduos no desempenho de atividades econômicas e sociais, como as transações comerciais ou a formação de organizações coletivas. Embora tais normas sejam a resultante das ambições, crenças e escolhas individuais dos agentes econômicos, trata-se de consequência espontânea do processo social, não de uma norma explícita e deliberadamente projetada por alguém em particular.<sup>331</sup>

---

e continuidade, pelos atores que interagem com elas e por meio delas. As instituições estão 'lá', geralmente regras inquestionáveis de expectativas e comportamento.”)

<sup>329</sup> Cf. KLEIN, Peter G. “New Institutional Economics”, p. 459/461: “That is, through repeated play, agents tend to converge on strategies of cooperation that improve joint well being. These strategies replace traditional legal remedies. ‘Law solves the problem of cooperation by altering the payoff structure in each game; relationships solve the problem by repeating the game. In Shasta County, where both solutions are available, relationships prevail over law’ (Cooter, 1993, p. 423). Informal norms, in these cases, replace law.” [Em tradução livre: “Ou seja, por meio do jogo repetido, os agentes tendem a convergir em estratégias de cooperação que melhorem o bem-estar conjunto. Essas estratégias substituem os recursos legais tradicionais. ‘A lei resolve o problema de cooperação alterando a estrutura de pagamento em cada jogo; relacionamentos resolvem o problema repetindo o jogo. No Condado de Shasta, onde ambas as soluções estão disponíveis, os relacionamentos prevalecem sobre a lei’ (Cooter, 1993, p. 423). Normas informais, nesses casos, substituem a lei.”]

<sup>330</sup> O'DONNELL, Guillermo. “Illusions About Consolidation”, p. 40.

<sup>331</sup> MERCURO, Nicolas; MEDEMA, Steven G. *Economics and the Law*, p. 248.

Se o ambiente institucional corresponde ao nível macroeconômico da análise das instituições, é no nível microeconômico que são perscrutados os arranjos institucionais (*institutional arrangements*), é dizer, estruturas de governança desenhadas para regular a coordenação de agentes específicos em prol de um objetivo comum.<sup>332</sup> Nesse campo, a Nova Economia Institucional manifesta interesse pelo estudo de temas como estruturas de governança corporativa, regras organizacionais de burocracias públicas e organizações não governamentais, e contratos de longo prazo.<sup>333</sup>

Para North, o fator determinante para o desenvolvimento da economia é a qualidade de suas instituições ou, mais especificamente, o surgimento de um ambiente institucional que induza ao aumento da produtividade, de molde a reduzir os custos de transação, incentivar a formação de capital e facilitar a realização de trocas complexas entre agentes econômicos.<sup>334</sup> Em particular, a construção de um sistema legal e de justiça apto a assegurar a observância dos acordos (*enforcement*) proporciona economias de escala, que constituem um elemento crucial para o desempenho econômico. Assim, a mão invisível do livre mercado necessita de um arcabouço institucional rigoroso para produzir resultados eficientes.<sup>335</sup> Um ambiente institucional incapaz de minimizar os custos de transação condena a economia a níveis muito baixos de eficiência,

---

<sup>332</sup> Cf. KLEIN, Peter G. "New Institutional Economics", p. 458.

<sup>333</sup> MERCURO, Nicolas; MEDEMA, Steven G. *Economics and the Law*, p. 261.

<sup>334</sup> Cf. NORTH, Douglass C. "Institutions", in *The Journal of Economic Perspectives*, Vol. 5, nº 1, 1991, p. 98: "The formal economic constraints or property rights are specified and enforced by political institutions, and the literature simply takes those as a given. But economic history is overwhelmingly a story of economies that failed to produce a set of economic rules of the game (with enforcement) that induce sustained economic growth. The central issue of economic history and of economic development is to account for the evolution of political and economic institutions that create an economic environment that induces increasing productivity." (Em tradução livre: "As restrições econômicas formais ou direitos de propriedade são especificados e aplicados por instituições políticas, e a doutrina simplesmente as considera como dados. Mas a história econômica é esmagadoramente uma história de economias que falharam em produzir um conjunto de regras econômicas do jogo (com aplicação) que induzem o crescimento econômico sustentado. A questão central da história econômica e do desenvolvimento econômico é dar conta da evolução das instituições políticas e econômicas que criam um ambiente econômico que induz ao aumento da produtividade.")

<sup>335</sup> MERCURO, Nicolas; MEDEMA, Steven G. *Economics and the Law*, p. 256.

induz à estagnação econômica e aprisiona os países no estágio do subdesenvolvimento.<sup>336</sup>

A literatura teórica da Nova Economia Institucional encontra amplo suporte em evidências empíricas, que confirmam o papel fundamental das instituições no desenvolvimento econômico. O impacto da qualidade institucional sobre o desenvolvimento pode ser mensurado a partir da análise econométrica desenvolvida pelo Banco Mundial, em que se identifica uma forte correlação entre governança e indicadores de desenvolvimento como PIB *per capita*, mortalidade infantil e analfabetismo<sup>337</sup>.

Como o ambiente institucional econômico é moldado por decisões tomadas no processo político, a configuração das instituições políticas é também fator determinante para o grau de eficiência da economia.<sup>338</sup> Para o

---

<sup>336</sup> NORTH, Douglass C. *Institutions, Institutional Changes and Economic Performance*. Cambridge: Cambridge University Press, 1990, p. 9: “The opportunities for political and economic entrepreneurs are still a mixed bag, but they overwhelmingly favor activities that promote redistributive rather than productive activity, that create monopolies rather than competitive conditions, and that restrict opportunities rather than expand them. They seldom induce investment in education that increases productivity. The organizations that develop in this institutional framework will become more efficient – but more efficient at making the society even more unproductive and the basic institutional structure even less conducive to productive activity.” (Em tradução livre: “As oportunidades para empreendedores políticos e econômicos são variáveis, mas predominam fortemente as atividades que promovem a redistribuição em vez da produção, criam monopólios em vez de condições competitivas e restringem oportunidades em vez de expandi-las. Raramente induzem investimentos em educação que aumentem a produtividade. As organizações que se desenvolvem nesse quadro institucional se tornarão mais eficientes – mas mais eficientes em tornar a sociedade ainda mais improdutiva, e a estrutura institucional básica ainda menos propícia à atividade produtiva.”)

<sup>337</sup> TREBILCOCK, Michael J; PRADO, Mariana Mota. *What Makes Poor Countries Poor? Institutional Determinants of Development*, Edward Elgar, Cheltenham, 2011, pp. 29-30. Exemplificando tal correlação, Daniel Kaufmann afirma que, se o índice de controle de corrupção do México fosse elevado para os padrões da Costa Rica, o PIB *per capita* seria quadruplicado e a mortalidade infantil seria reduzida em 75% (KAUFMANN, Daniel. “Governance Redux: The Empirical Challenge”, in PORTER, Michael E. et al, *The Global Competitiveness Report 2003-2004*, World Economic Forum, Genebra, 2004, p. 146)

<sup>338</sup> Veja-se FURUBOTN, Eirik Grundtvig; RICHTER, Rudolf. *Institutions and Economic Theory: The Contribution of the New Institutional Economics*. Michigan: University of Michigan Press, 2000, pp. 21-22: “Political and economic decisions are necessarily interconnected in the real world where positive transaction costs exist and no party has a complete monopoly on violence. Decisions are constrained by formal economic and political rules (...) The problem with state and governmental activity is that ‘formal political rules, like formal economic rules, are designed to facilitate exchange but democracy in polity is not to be equated with competitive markets in the economy.’ (North 1990, 51).” [Em tradução livre: “As decisões políticas e econômicas estão necessariamente interconectadas no mundo real, onde existem custos de transação positivos e nenhuma parte detém o monopólio completo da violência. As decisões são restringidas por regras políticas e econômicas formais (...) O problema com a atividade estatal e governamental é que ‘as regras políticas formais, como as regras econômicas formais, são projetadas para

neoinstitucionalismo, a elevada correlação entre índices de pobreza e de corrupção não decorre de uma relação causal entre tais fatores – como se pobreza gerasse corrupção ou vice-versa –, mas, sim, do fato de que ambos os fenômenos constituem sintomas da baixa qualidade das instituições de um país.<sup>339</sup>

No entanto, mesmo instituições inadequadas e nocivas ao desempenho econômico tendem a se perpetuar no tempo. As instituições não são escolhidas por suas qualidades objetivas; diversamente, desenvolvem-se em um contexto histórico, como resultado da disputa de poder econômico e político entre indivíduos ou grupos<sup>340</sup>. O contexto histórico condiciona a transformação das instituições, de modo que sua configuração futura depende da trajetória percorrida anteriormente (*path dependence*): quanto mais duradouro o arranjo institucional, e mais consolidadas as expectativas dos atores envolvidos, maiores serão os custos (e menores as possibilidades de sucesso) de uma eventual tentativa de mudança<sup>341</sup>.

Para serem bem-sucedidas, eventuais estratégias de reforma institucional precisam ser moldadas em função do legado histórico que lhes antecede. Michael J. Trebilcock e Mariana Mota Prado identificam duas categorias de óbices que necessitam ser levadas em consideração, sob pena de condenar a tentativa de reforma institucional ao fracasso: i) os custos da mudança (*switching costs*), incluindo tanto os custos que serão suportados pelos grupos cujos interesses são favorecidos pela configuração vigente (e que portanto manifestarão resistência à mudança), quanto os custos de aprendizado para adaptação de todos os atores ao novo regime, e ainda a escassez de recursos financeiros, técnicos ou humanos para a implementação

---

facilitar o intercâmbio, mas a democracia na política não deve ser equiparada a mercados competitivos na economia' (North 1990, 51)."]

<sup>339</sup> PINOTTI, Maria Cristina. "Corrupção, Instituições e Estagnação Econômica: Brasil e Itália", in PINOTTI, Maria Cristina (organizadora). *Corrupção: Lava Jato e Mãos Limpas*. São Paulo: Portfolio-Penguin, 2019, p. 36.

<sup>340</sup> Cf. MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. *Análise Econômica do Direito*, pp. 82-83.

<sup>341</sup> TREBILCOCK, Michael J; PRADO, Mariana Mota. *What Makes Poor Countries Poor? Institutional Determinants of Development*, Edward Elgar, Cheltenham, 2011, p. 36.

da reforma<sup>342</sup>; e ii) os mecanismos de reforço mútuo entre arranjos institucionais (*self-reinforcing mechanisms*), visto que a instituição a ser reformada se insere em uma matriz mais ampla de interdependências institucionais, que tende a reforçar as crenças e os padrões de comportamento correspondentes ao regime anterior<sup>343</sup>.

Diante da íntima correlação entre a configuração do ambiente institucional e a corrupção sistêmica, convém compreender os fatores que poderiam conduzir à transição para arcabouços institucionais mais eficientes.

## 5. O desenvolvimento institucional segundo Douglass C. North

Ao se propor a elaborar uma “teoria útil da mudança institucional”<sup>344</sup>, Douglass C. North promove uma leitura historicista do desenvolvimento das instituições. A seu juízo, não há uma única rota ou processo para o desenvolvimento político e econômico, mas sim dois tipos distintos de equilíbrio, cada qual sustentado por um mecanismo diferente: i) as ordens de acesso limitado; e ii) as ordens de acesso aberto.<sup>345</sup>

Nas ordens de acesso limitado, obtém-se estabilidade e previne-se a violência através de uma coalizão entre grupos de elite, baseada na geração e distribuição de *rents* (rendas econômicas).<sup>346</sup> Os membros da coalizão

---

<sup>342</sup> TREBILCOCK, Michael J; PRADO, Mariana Mota. *What Makes Poor Countries Poor? Institutional Determinants of Development*, Edward Elgar, Cheltenham, 2011, p. 72.

<sup>343</sup> TREBILCOCK, Michael J; PRADO, Mariana Mota. *What Makes Poor Countries Poor? Institutional Determinants of Development*, Edward Elgar, Cheltenham, 2011, p. 60.

<sup>344</sup> DAVIS, Lance; NORTH, Douglass C. “Institutional Change and American Economic Growth: A First Step Towards a Theory of Institutional Innovation”, in *The Journal of Economic History*, Vol. 30, Nº 1, The Tasks of Economic History, March 1970, p. 131.

<sup>345</sup> Cf. NORTH, Douglass C.; WALLIS, John Joseph; WEBB, Steven B.; WEINGAST, Barry R. NORTH, Douglass C.; WALLIS, John Joseph; WEBB, Steven B.; WEINGAST, Barry R. “Limited Access Orders in the Developing World: A New Approach to the Problems of Development”, in *The Policy Research Working Paper Series*. The World Bank Independent Evaluation Group, Country Relations Division, September 2007, p. 6 (disponível no endereço eletrônico <<https://openknowledge.worldbank.org/bitstream/handle/10986/7341/WPS4359.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>, acesso em 15/03/2020).

<sup>346</sup> Na microeconomia, define-se renda econômica (em inglês, *economic rent*) como “os pagamentos a um fator de produção que ultrapassam o pagamento mínimo necessário para ter o fator ofertado” (cf. VARIAN, Hal R. *Microeconomia: conceitos básicos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2006, p. 442). Assim, por exemplo, a fração do valor obtido com a venda de um bem, que exceder ao preço suficiente para assegurar a continuidade da oferta do referido bem no

cooperam entre si, para que o acesso a recursos e a atividades valiosas lhes seja exclusivo. O acesso a formas de organização social mais sofisticadas, assim como a mecanismos que assegurem a efetividade dos acordos realizados, também integra os privilégios concedidos à elite.<sup>347</sup>

As ordens de acesso limitado subdividem-se em três categorias, de conformidade com o seu estágio evolutivo: i) frágeis; ii) básicas; e iii) maduras.<sup>348</sup> São frágeis as ordens de acesso limitado em que cada facção da coalizão dominante possui acesso direto à violência, cuja potencial utilização é fator determinante na distribuição de rendas econômicas. Diante da grande instabilidade inerente a tal arranjo, o Estado não consegue construir estruturas institucionais sofisticadas, nem estabelecer compromissos confiáveis. Nessa categoria estariam Haiti, Afeganistão, Somália e outros países da África Subsaariana.

---

mercado (considerando seus custos de produção e de oportunidade) constitui uma renda econômica. No contexto das ordens de acesso limitado, as rendas econômicas não decorrem da dinâmica natural de oferta e procura no mercado, mas sim da manipulação de fatores sociais e políticos, notadamente mediante favores governamentais como a criação de monopólios, a imposição de restrições de acesso ou limitações à oferta, o acesso facilitado a financiamentos e a benefícios fiscais etc. Tais mecanismos artificialmente elevam os preços ou reduzem os custos da atividade econômica para um patamar distinto do que se verificaria em um mercado de livre competição, gerando benefícios desvinculados da atividade produtiva. A ação de agentes econômicos que buscam favores governamentais para obter rendas econômicas (e frequentemente competem entre si para obtenção desses favores), é definida como *rent-seeking* (conceito introduzido por Gordon Tullock em 1967), e é um dos principais inventivos à corrupção sistêmica.

<sup>347</sup> Cf. NORTH, Douglass C.; WALLIS, John Joseph; WEBB, Steven B.; WEINGAST, Barry R. "Limited Access Orders in the Developing World", p. 10: "The dominant coalition creates cooperation and order by limiting access to valuable resources – land, labor, and capital – or access and control of valuable activities – such as contract enforcement, property right enforcement, trade, worship, and education – to elite groups. Restricting support for organizations to elite groups magnifies the rents that elite groups receive. Sophisticated social organizations require the ability to make agreements within and between organizations that rely on external, third party enforcement. Limiting access to organizational forms and contract enforcement is the key to the limited access order: it creates rents through exclusive privileges and directly enhances the value of the privileges by making elites more productive through their organizations." (Em tradução livre: "A coalizão dominante cria cooperação e ordem limitando o acesso a recursos valiosos – terra, trabalho e capital – ou acesso e controle de atividades valiosas – como cumprimento de contratos, cumprimento de direitos de propriedade, comércio, adoração e educação – para grupos de elite. Restringir o apoio de organizações a grupos de elite aumenta os aluguéis que os grupos de elite recebem. Organizações sociais sofisticadas exigem a capacidade de fazer acordos dentro e entre organizações que dependem de aplicação externa de terceiros. Limitar o acesso a formas organizacionais e cumprimento de contratos é a chave para a ordem de acesso limitado: cria rendas por meio de privilégios exclusivos e aumenta diretamente o valor dos privilégios, tornando as elites mais produtivas por meio de suas organizações.")

<sup>348</sup> NORTH, Douglass C.; WALLIS, John Joseph; WEBB, Steven B.; WEINGAST, Barry R. "Limited Access Orders in the Developing World", pp. 10-14.



As ordens de acesso limitado básicas são aquelas em que o Estado dispõe do monopólio da violência e criou uma estrutura organizacional estável. No entanto, os privilégios da elite são direcionados exclusivamente aos que participam do Estado, assim como as únicas organizações admitidas compõem a estrutura estatal ou estão a ela intimamente conectadas. Pertenceriam a esta categoria Cuba, Coreia do Norte, países árabes e os Estados socialistas do século XX.

Finalmente, as ordens de acesso limitado maduras suportam uma grande variedade de organizações fora do Estado, ainda que submetidas à sua sanção, com vistas à limitação da competição e a geração de rendas econômicas para a coalizão dominante. Estabelecem-se instituições com maior grau de autonomia, capazes de dar efetividade às leis, bem como uma economia de mercado com atuação de organizações privadas sofisticadas. Tais ordens sociais seriam mais estáveis, aptas que estão a resistir a alterações na composição da coalizão dominante. Aqui estariam a maioria dos países da América Latina, a África do Sul e a Índia.

Diferentemente das ordens de acesso limitado, as ordens de acesso aberto fundam-se na competição, tanto no sistema político quanto no econômico. Caracterizam-se por: i) acesso irrestrito a atividades econômicas, políticas, religiosas e educacionais, franqueado a todos os cidadãos; ii) apoio à formação de organizações em cada um desses setores; e iii) aplicação imparcial das normas legais (*rule of law*) a todos os cidadãos.<sup>349</sup> Ainda que, segundo North, as elites políticas e econômicas almejem criar restrições e usufruir de rendas econômicas, tais ambições são frustradas pela oposição de

---

<sup>349</sup> Veja-se NORTH, Douglass C.; WALLIS, John Joseph; WEBB, Steven B.; WEINGAST, Barry R. "Limited Access Orders in the Developing World", p. 17: "Open access is sustainable when a society is able to produce three outcomes: 1) entry into economic, political, religious, and educational activities is open to all citizens without restraint; 2) support for organizational forms in each of those activities that are open to all citizens; and 3) rule of law enforced impartially for all citizens." (Em tradução livre: "O acesso aberto é sustentável quando uma sociedade é capaz de produzir três resultados: 1) entrada em atividades econômicas, políticas, religiosas e educacionais está aberta a todos os cidadãos sem restrições; 2) apoio às formas organizacionais em cada uma das atividades abertas a todos os cidadãos; e 3) Estado de direito aplicado de forma imparcial para todos os cidadãos.")

organizações políticas com interesses contrapostos, bem como pelas inovações e transformações introduzidas por outros agentes econômicos. Aqui estariam situados os países desenvolvidos da Europa e da América do Norte.

Para o autor, o que caracteriza o desenvolvimento não é o aumento de produtividade econômica, mas sim “o movimento ao longo do espectro das Ordens de Acesso Limitado para uma Ordem de Acesso Aberto”.<sup>350</sup> Contudo, não raro a progressão entre tais estágios de desenvolvimento, rumo a ordens sociais mais abertas e estáveis, não se dá de forma linear, pois retrocessos em direção a ordens mais fechadas e instáveis podem vir a ocorrer.<sup>351</sup>

Embora toda ordem de acesso aberto seja um país democrático, a grande maioria das democracias não consegue evoluir para além da ordem de acesso limitado madura. Ainda que as eleições sejam livres, justas e proporcionem a alternância de poder, permanece inalterada a lógica da geração e distribuição de rendas econômicas por parte dos detentores do poder. Mais democracia, portanto, não implica necessariamente menos corrupção.<sup>352</sup>

A despeito da melhoria da qualidade das instituições tornar a economia mais eficiente e gerar mais riqueza, a maioria dos países não consegue modernizar suficientemente seu ambiente institucional. Bem ao contrário, instituições ineficientes tendem à perpetuação, pois os detentores do poder político e econômico são aqueles que mais se beneficiam do sistema viciado e,

---

<sup>350</sup> NORTH, Douglass C.; WALLIS, John Joseph; WEBB, Steven B.; WEINGAST, Barry R. “Limited Access Orders in the Developing World”, p. 36.

<sup>351</sup> NORTH, Douglass C.; WALLIS, John Joseph; WEBB, Steven B.; WEINGAST, Barry R. “Limited Access Orders in the Developing World”, p. 15.

<sup>352</sup> Matthew C. Stephenson sugere que, para a redução da corrupção, não basta a implantação de um regime democrático, mas sim de uma democracia liberal: “Part of the explanation for this might be that democracy does not reduce corruption until the country becomes a liberal democracy, with institutions such as a free press, checks and balances, and a robust civil society, as well as a sufficiently educated and informed citizenry.” (STEPHENSON, Matthew C. “Corruption and democratic institutions: a review and synthesis”, in ROSE-ACKERMAN, Susan; LAGUNES, Paul Lagunes (editors). *Greed, Corruption, and the Modern State. Essays in Political Economy*. Northampton: Edward Elgar Publishing, 2015, p. 107, nota 14). (Em tradução livre: “Parte da explicação para isso pode estar no fato de que a democracia não reduz a corrupção até que o país se torne uma democracia liberal, com instituições como imprensa livre, freios e contrapesos e sociedade civil robusta, bem como uma cidadania suficientemente educada e informada.”)

portanto, carecem de incentivos para reformá-lo.<sup>353</sup> Ao menos a curto prazo, tais elites perderiam com a abertura econômica e política, enquanto eventuais benefícios de longo prazo seriam distribuídos a toda a coletividade.

North realça que as reformas destinadas a promover desenvolvimento haverão de focalizar objetivos diferentes conforme o estágio de cada nação: i) nas ordens de acesso limitado frágeis, o aumento da solidez do Estado e melhoria o controle da violência; ii) nas ordens de acesso limitado básicas, a criação de condições que fomentem e sustentem organizações privadas; iii) nas ordens de acesso limitado maduras, a criação das condições de entrada (*doorstep conditions*) que possibilitariam a transição para uma ordem de acesso aberto, a saber, sujeição das elites à aplicação da lei (*rule of law*), suporte para organizações de elite perpétuas (*perpetually lived elite organizations*) e controle da violência centralizado e consolidado.<sup>354</sup>

Nesse cenário, a transição da ordem de acesso limitado para a ordem de acesso aberto somente será bem-sucedida quando uma parcela significativa da coalizão dominante: i) perceber que seus arranjos internos serão melhor atendidos por mecanismos competitivos do que cooperativos; e ii) acumular poder suficiente para pressionar pela abertura política e econômica.<sup>355</sup>

Embora não haja uma correlação perfeita entre os tipos ideais da classificação das ordens sociais propostas por Douglass C. North e das síndromes de corrupção descritas por Michael Johnston é possível traçar alguns paralelos: i) a ordem de acesso limitado frágil está associada à

---

<sup>353</sup> Cf. KLEIN, Peter G. "New Institutional Economics", p. 462.

<sup>354</sup> NORTH, Douglass C.; WALLIS, John Joseph; WEBB, Steven B.; WEINGAST, Barry R. ("Limited Access Orders in the Developing World", p. 24) apontam uma transição em duas etapas: na primeira, é assegurada a impessoalidade no reconhecimento de direitos às elites, independentemente de seu relacionamento com a coalizão no poder. Após os direitos da elite terem sido atribuídos impessoalmente, estendem-se tais direitos a um setor mais amplo da sociedade (No original: "First, rule of law for elites moves to define elite rights impersonally. That is, all elites possess the same rights, not a set of various rights that differ across individuals and groups depending on their power and their relationship to the ruling coalition. Once elite rights are defined impersonally, then it may be possible to extend those rights to a wider circle of society.")

<sup>355</sup> NORTH, Douglass C.; WALLIS, John Joseph; WEBB, Steven B.; WEINGAST, Barry R. "Limited Access Orders in the Developing World", pp. 22-24.

síndrome oligarcas e clãs, por abranger os casos em que o Estado ainda não detém o monopólio da violência; ii) a ordem de acesso limitado básica relaciona-se à síndrome barões oficiais, na medida em que ambas se caracterizam pela ausência de competição política; iii) a ordem de acesso limitado madura pode estar associada tanto à síndrome oligarcas e clãs (quando o poder político e econômico for personalizado) quanto a cartéis de elite (quando o poder for exercido mediante coalizão entre grupos de elite); e iv) as ordens de acesso aberto estão relacionadas à síndrome mercados de influência, na medida em que ambas se caracterizam pela competição nos mercados econômico e político.

A Nova Economia Institucional sublinha, como visto, que: i) as instituições são relevantíssimas para o desenvolvimento econômico; e ii) o arcabouço legal formal não traduz o ambiente institucional, embora seja um de seus componentes. Passar-se-á a analisar, a seguir, em que medida as reformas legislativas podem efetivamente contribuir para uma transformação institucional capaz de conduzir à superação da corrupção sistêmica.

## 6. Riscos associados à reforma legislativa

Desde a década de 1950, pesquisadores dedicam-se a explorar a relação entre o direito e o progresso social e econômico, analisando a dinâmica entre a lei, as instituições e as condições políticas e socioeconômicas, em um campo de pesquisa denominado Direito e Desenvolvimento (*Law and Development*)<sup>356</sup>. Partindo-se da premissa de que os fatores institucionais são determinantes para o desenvolvimento de um país, os integrantes desse movimento sustentam que os profissionais de direito têm uma relevante

---

<sup>356</sup> Yong-Shik Lee identifica três gerações no movimento da *Law and Development*: uma primeira geração nos anos 1950 e 1960, em que se pretendia modernizar a legislação de países subdesenvolvidos, como pré-requisito para o avanço de sua economia; uma segunda geração nos anos 1980 e 1990, associada à redução da intervenção estatal na economia e às privatizações; e uma terceira geração que propõe uma abordagem mais holística de desenvolvimento, incluindo valores não vinculados ao mercado (LEE, Yong-Shik. "General Theory of Law and Development," *Cornell International Law Journal* Vol. 50, No. 3 (2017), pp. 420-423).

contribuição a oferecer na elaboração de desenhos institucionais (*institutional design*)<sup>357</sup>.

Embora seja verdade que o desenvolvimento econômico resulta do aumento da qualidade das instituições, não é menos verdadeiro que tendem a ser malsucedidos os esforços de agências internacionais de desenvolvimento, no sentido de implementar melhorias institucionais em países subdesenvolvidos. Tais agências advogam, tradicionalmente, que a modernização institucional pode ser acelerada por meio do transplante de melhores práticas – assim como de formas e estruturas bem-sucedidas – importadas desde sociedades mais avançadas, estratégia a que Lant Pritchett e Michael Woolcock denominam “salto direto para Weber” (*skipping straight to Weber*).<sup>358</sup> A programação de tais projetos de desenvolvimento prevê não só a aprovação de leis similares às vigentes no mundo desenvolvido, como também a criação e o custeio de estruturas burocráticas em moldes weberianos, na expectativa de conferir capacidade e efetividade às organizações estatais locais.<sup>359 360</sup>

No entanto, a estratégia do salto weberiano revelou-se um retumbante fracasso, que produz grande aumento dos custos administrativos sem a correspondente melhoria na prestação dos serviços à população<sup>361</sup>. Na visão

---

<sup>357</sup> TREBILCOCK, Michael J; PRADO, Mariana Mota. *What Makes Poor Countries Poor? Institutional Determinants of Development*, Edward Elgar, Cheltenham, 2011, p. 26.

<sup>358</sup> PRITCHETT, Lant; WOOLCOCK, Michael. “Solutions When the Solution Is the Problem: Arraying the Disarray in Development”, Working Paper nº 10, September 2002, p. 5 e segs (<[https://www.researchgate.net/publication/222538876\\_Solutions\\_When\\_the\\_Solution\\_Is\\_the\\_Problem\\_Arraying\\_the\\_Disarray\\_in\\_Development](https://www.researchgate.net/publication/222538876_Solutions_When_the_Solution_Is_the_Problem_Arraying_the_Disarray_in_Development)>, acesso em 30/07/2021).

<sup>359</sup> Segundo Idalberto Chiavenato, o modelo burocrático proposto por Max Weber possuiria as seguintes características principais: (i) caráter legal das normas e regulamentos, (ii) caráter formal das comunicações, (iii) caráter racional e divisão do trabalho, (iv) impessoalidade nas relações, (v) relações hierárquicas de autoridade, (vi) rotinas e procedimentos padronizados, (vii) competência técnica e meritocracia, (viii) separação entre administração e propriedade, (ix) profissionalização dos participantes e (x) completa previsibilidade de seu funcionamento (CHIAVENATO, Idalberto. *Introdução à teoria geral da administração*, São Paulo: McGraw-Hill do Brasil, 1983, pp. 282-283).

<sup>360</sup> ANDREWS, Matt; PRITCHETT, Lant; WOOLCOCK, Michael. *Building State Capability. Evidence, Analysis, Action*. Oxford: Oxford University Press, 2017, p. 45.

<sup>361</sup> Como alternativa ao modelo do salto weberiano, Yuen Yuen Ang propõe o desenvolvimento de “instituições administrativas transicionais”, reformas parciais adaptadas ao contexto local capazes de refletir as limitações da capacidade estatal existente. Tais estratégias buscam compatibilizar ganhos de eficiência com a preservação dos interesses das elites postas,

de Matt Andrews, Lant Pritchett e Michael Woolcock, o que se observa é um cenário de mimetismo isomórfico (*isomorphic mimicry*): estimula-se a imitação das formas existentes em países desenvolvidos, ainda que desprovidas de funcionalidade e efetividade.<sup>362</sup> Tais dinâmicas de reforma produzem apenas uma aparência de modernidade e de progresso, suficiente para manter o fluxo de financiamento externo, mas incapaz de gerar efeitos que efetivamente importem na melhoria das condições sociais, cenário que os autores denominam *capability trap*.<sup>363</sup>

A aprovação de leis anticorrupção pode ser um exemplo contundente de mimetismo isomórfico. Em 2012, a Organização Não Governamental Global Integrity atribuiu a Uganda nota 99 em 100 quanto à qualidade de suas leis anticorrupção. Não obstante, escândalos de corrupção continuam frequentes, o

---

através de medidas como a concessão de incentivos monetários e não monetários a burocratas – praxe que vislumbra ser um dos fundamentos do acelerado desenvolvimento chinês (ANG, Yuen Yuen. *China's Gilded Age: The Paradox of Economic Boom and Vast Corruption*. Cambridge: Cambridge University Press, 2020, p. 114). A proteção dos interesses da elite que viria a ser afetada pela reforma institucional constitui, de fato, uma estratégia para redução dos custos da mudança (*switching costs*) e, por conseguinte, da resistência à sua implementação. No entanto, a proposta da autora parece mais adequada a países com estruturas burocráticas mais frágeis, que não disponham de capacidade administrativa para promover uma atuação pautada pela impessoalidade e pelo profissionalismo – fragilidades que, na classificação de Douglass C. North, estariam mais associadas às ordens de acesso limitado frágeis ou básicas. Em ordens de acesso limitado maduras, que já dispõem de organizações burocráticas com maior grau de autonomia e economia de mercado mais sofisticada, almeja-se atingir as condições necessárias à transição para uma ordem de acesso aberto, notadamente por meio da sujeição de todos os grupos sociais à imperatividade da lei (*rule of law*).

<sup>362</sup> ANDREWS, Matt; PRITCHETT, Lant; WOOLCOCK, Michael. *Building State Capability*, p. 31: “Isomorphic mimicry conflates form and function: ‘looks like’ substitutes for ‘does’. Passing a labor law is counted as success even if lack of enforcement means it never changes the everyday experience of workers. A policy of agreeing to return misaddressed mail makes one appear to be a modern post office and is an achievement even if it never happens. Going through the ritualistic motions of ‘trainings’ (Swidler and Watkins 2016) counts as success even if no one’s practices actually improve. A child in school counts as success even if they don’t learn anything. Appealing budget documents count even if they don’t determine spending outcomes.” (Em tradução livre: “O mimetismo isomórfico funde forma e função: ‘parece’ substitui ‘faz’. A aprovação de uma lei trabalhista é considerada um sucesso, mesmo que por falta de aplicação ela nunca mude a experiência cotidiana dos trabalhadores. Uma política de concordar em devolver correspondências mal endereçadas faz com que a pessoa pareça ser uma agência de correios moderna e é uma conquista, mesmo que isso nunca aconteça. Seguir os movimentos ritualísticos de ‘treinamentos’ (Swidler e Watkins 2016) conta como sucesso, mesmo que ninguém melhore suas práticas. Uma criança na escola é considerada um sucesso, mesmo que não aprenda nada. Documentos orçamentários apelativos contam, mesmo que não determinem os resultados dos gastos.”)

<sup>363</sup> ANDREWS, Matt; PRITCHETT, Lant; WOOLCOCK, Michael. “Escaping Capability Traps through Problem-Driven Iterative Adaptation (PDIA)”, Working Paper nº 299, Center for Global Development, June 2012, disponível para consulta no endereço eletrônico <[https://www.cgdev.org/sites/default/files/1426292\\_file\\_Andrews\\_Pritchett\\_Woolcock\\_traps\\_FINAL\\_0.pdf](https://www.cgdev.org/sites/default/files/1426292_file_Andrews_Pritchett_Woolcock_traps_FINAL_0.pdf)>, acesso em 30/07/2021.

que faz de Uganda um dos países em que maior divergência há entre o ordenamento legal e a prática social.<sup>364</sup>

Outro exemplo é a reforma de sistemas de licitação, no intuito de controlar a corrupção e introduzir uma ambiência de formalidade e legalidade na atuação estatal. Organismos internacionais como Banco Mundial, OCDE e Agência dos Estados Unidos para o Desenvolvimento Internacional (USAID) usualmente condicionam a concessão de apoio financeiro à aprovação de normas que prevejam regimes de competição entre propostas, implantem regras de procedimento, adotem mecanismos de transparência e criem agências independentes. Como contrapartida, os governos são amplamente recompensados, porquanto: i) obtêm acesso a novos empréstimos e financiamentos; e ii) veem melhorar os indicadores atrativos de investimento estrangeiro, independentemente de sua efetiva funcionalidade.<sup>365</sup>

---

<sup>364</sup> ANDREWS, Matt; PRITCHETT, Lant; WOOLCOCK, Michael. *Building State Capability*, p. 4.

<sup>365</sup> ANDREWS, Matt; PRITCHETT, Lant; WOOLCOCK, Michael. *Building State Capability*, p. 43: “PEFA indicators and United Nations models of good procurement systems tout competitive bidding as a generic solution to many procurement maladies, including corruption and value for money concerns. Competitive bidding regimes are introduced through laws, as are the creation of independent agencies, the implementation of procedural rules and the introduction of transparency mechanisms. These various ‘inputs’ are readily evaluated as ‘evidence’ that change is in effect. Countries are rewarded for producing these inputs: with new loans, a clear path to debt forgiveness, and higher ‘good governance’ indicator scores (which in turn may attract additional foreign investment). Government entities and vendors subjected to such mechanisms are assumed to simply comply. In these situations, the result is a top-down approach to building procurement capacity (and beyond) through which external role players impose themselves on local contexts and crowd out potential contributions local agents might make to change. These local agents have every incentive to treat reforms as signals, adopting external solutions that are not necessarily politically accepted or practically possible in the local context. Local agents have little incentive to pursue improved functionality in such settings, especially when they are rewarded so handsomely for complying with externally mandated ‘forms’ (appearances).” (Em tradução livre: “Os indicadores PEFA e os modelos das Nações Unidas de bons sistemas de aquisição promovem a licitação competitiva como uma solução genérica para muitos males de aquisição, incluindo corrupção e questões de valor para o dinheiro. Os regimes de licitação são introduzidos por meio de leis, assim como a criação de agências independentes, a implementação de regras de procedimento e a introdução de mecanismos de transparência. Essas várias ‘entradas’ são prontamente avaliadas como ‘evidências’ de que a mudança está em vigor. Os países são recompensados por produzir esses insumos: com novos empréstimos, um caminho claro para o perdão da dívida e pontuações mais altas no indicador de ‘boa governança’ (o que, por sua vez, pode atrair investimento estrangeiro adicional). Presume-se que as entidades governamentais e fornecedores sujeitos a tais mecanismos simplesmente os cumpram. Nessas situações, o resultado é uma abordagem de cima para baixo para construir capacidade de aquisição (e além) por meio da qual atores externos se impõem aos contextos locais e impedem as contribuições potenciais que os agentes locais podem fazer para a mudança. Esses agentes locais têm todo incentivo para tratar as reformas como sinais, adotando soluções externas que não são necessariamente aceitas politicamente ou praticamente possíveis no contexto local. Os agentes locais têm pouco incentivo para buscar funcionalidade aprimorada em tais

O conceito de ambiente institucional de Douglass C. North oferece uma explicação coerente para o fracasso de tais transplantes institucionais. Ao ver do autor, a mera transposição de formas e mecanismos institucionais presentes nas ordens de acesso aberto, ainda que bem-intencionada, não é capaz de promover desenvolvimento nas ordens de acesso limitado.<sup>366</sup> Quando de sua incorporação a uma ordem de acesso limitado, as formas institucionais das ordens de acesso aberto não exercem a mesma funcionalidade observada na origem, apropriadas e subvertidas que são pela lógica do acesso limitado.<sup>367</sup>

---

ambientes, especialmente quando são recompensados tão generosamente por cumprirem 'formulários' (aparências) exigidos externamente.”)

<sup>366</sup> Cf. O'DONNELL, Guillermo. *Horizontal Accountability and New Polyarchies*. Kellogg Institute, Working Paper #253, April 1998, p. 10 (acessado em 30/07/2020 pelo endereço eletrônico <[https://kellogg.nd.edu/sites/default/files/old\\_files/documents/253\\_0.pdf](https://kellogg.nd.edu/sites/default/files/old_files/documents/253_0.pdf)>): “(...) Both East and South, the transplantation of constitutions and legislation and the initial hopes that these institutions would be the great propellers toward political and economic modernity have created what perhaps is the most persistent, and often heated, cultural and political debate in these countries: the ways to evaluate and eventually close the visible gap between the *pays légal* and the *pays réel* that resulted from those transplants (...) the big difference that often exists between formally prescribed rules and norms, on one hand, and what most people most of the time do, on the other.” (Em tradução livre: “(...) Tanto no Leste quanto no Sul, o transplante de constituições e legislações e as esperanças iniciais de que essas instituições seriam os grandes propulsores da modernidade política e econômica criaram o que talvez seja o mais persistente, e muitas vezes acalorado, cultural e político debate nestes países: as formas de avaliar e eventualmente fechar a lacuna visível entre o país legal e o país real que resultou desses transplantes (...) a grande diferença que muitas vezes existe entre regras e normas formalmente prescritas, por um lado, e o que a maioria das pessoas costuma fazer, por outro lado.”)

<sup>367</sup> Veja-se NORTH, Douglass C.; WALLIS, John Joseph; WEBB, Steven B.; WEINGAST, Barry R. “Limited Access Orders in the Developing World”, p. 29: “Directly transferring the institutional forms and mechanisms of open access orders to LAOs will not produce development – even if the LAO adopts the forms with good will and good intentions. The institutional forms of open access societies differ in detail, and all the forms require an open access context in order to work in the way reformers intend. The logic of the limited access order takes any institutional form or mechanism and bends it to the purpose of rent-creation to sustain the existing dominant coalition. Tackling the problem of development within LAOs, the first development problem, is unlikely to succeed simply by transplanting open access institutional forms and mechanisms.” (Em tradução livre: “Transferir diretamente as formas e mecanismos institucionais de ordens de acesso aberto para as OALs não produzirá desenvolvimento – mesmo se a OAL adotar os formulários com boa vontade e boas intenções. As formas institucionais das sociedades de acesso aberto diferem em detalhes, e todas as formas requerem um contexto de acesso aberto para funcionar da maneira que os reformadores pretendem. A lógica da ordem de acesso limitado assume qualquer forma ou mecanismo institucional e o inclina ao propósito de criação de renda para sustentar a coalizão dominante existente. Lidar com o problema do desenvolvimento dentro das OALs, o primeiro problema de desenvolvimento, provavelmente não terá sucesso simplesmente com o transplante de formas e mecanismos institucionais de acesso aberto.”)



Na prática, o que se vê é que as formas institucionais das ordens de acesso aberto acabam por ser adaptadas ao propósito de criação e extração de rendas econômicas, no intuito de dar sustentação à coalizão dominante. Não raro a subversão das instituições transplantadas ocorre através da criação de mecanismos informais de limitação ao acesso efetivo, de modo a assegurar a continuidade da geração de rendas econômicas e a supressão da competição.<sup>368</sup>

A funcionalidade das instituições nas ordens de acesso aberto está atrelada à impessoalidade na aplicação das normas. Em ordens de acesso limitado, ainda que as leis adotem as formas gerais do universalismo ético, sua aplicação é diferenciada conforme o *status* social, os relacionamentos pessoais ou o pagamento de vantagens ilícitas.<sup>369</sup>

---

<sup>368</sup> NORTH, Douglass C.; WALLIS, John Joseph; WEBB, Steven B.; WEINGAST, Barry R. "Limited Access Orders in the Developing World", p. 34: "Many developing countries today have most of the formal institutions associated with OAOs – legislatures, formal executives, courts, bureaucracies and elections – but these institutions nonetheless sustain limited access rather than open access. Whereas limitations on access were often formal in earlier LAOs, such as European feudalism or imperial China, the limitations in LAOs today are frequently informal. Indeed, today the informal limitations on access often focus on effective utilization of the formal institutions associated with open access in the developed countries -- political parties, legalized property rights and corporate organization. Only the elites have full access to them. It is not obvious that these informal limits are deliberately imposed by the elite, for often they arise from the petty bureaucracy and petty corruption at lower levels of government. The elites tolerate the barriers, however (which do not much bind them) and benefit from their effect in limiting competition. Better local institutions are not created or are left dysfunctional, because the elites with international connections do not need the local institutions and because the lack of local institutions creates a barrier to entry that benefits incumbents." (Em tradução livre: "Muitos países em desenvolvimento hoje têm a maioria das instituições formais associadas às OAOs – legislaturas, executivos formais, tribunais, burocracias e eleições – mas essas instituições, apesar disso, mantêm acesso limitado em vez de acesso aberto. Enquanto as limitações de acesso eram frequentemente formais nas OALs anteriores, como o feudalismo europeu ou a China imperial, as limitações nas OALs hoje são frequentemente informais. Na verdade, hoje as limitações informais sobre o acesso geralmente se concentram na utilização eficaz das instituições formais associadas ao acesso aberto nos países desenvolvidos – partidos políticos, direitos de propriedade legalizados e organização corporativa. Apenas as elites têm acesso total a eles. Não é óbvio que esses limites informais sejam impostos deliberadamente pela elite, pois muitas vezes eles surgem da pequena burocracia e da pequena corrupção nos níveis mais baixos do governo. As elites, entretanto, toleram as barreiras (que não as prendem muito) e se beneficiam de seu efeito na limitação da competição. Melhores instituições locais não são criadas ou ficam disfuncionais, porque as elites com conexões internacionais não precisam das instituições locais e porque a falta de instituições locais cria uma barreira à entrada que beneficia os titulares.")

<sup>369</sup> SALAMA, Bruno Meyerhof. "Sete Enigmas do Desenvolvimento em Douglass North", in *Economic Analysis of Law Review*, v. 2, nº 2. Universidade Católica de Brasília, Jul-Dez, 2011, p. 414: "Nas OAL [ordens de acesso limitado] há então uma maior clivagem entre o estabelecido no direito estatal e a prática: as instituições formais consagram a impessoalidade nos intercâmbios; as instituições informais a rejeitam. Este quadro é perfeitamente bem refletido, por exemplo, em instituições sociais como o jeitinho brasileiro, o *guanxi* chinês ou o

Outro fator que compromete a funcionalidade das instituições transplantadas das ordens de acesso aberto para aquelas de acesso limitado é a ausência de efetiva competição entre as organizações que integram a coalizão dominante. Os grupos representados por tais organizações devem respeito recíproco aos privilégios dos demais, para que todos possam manter os privilégios do poder. Como aponta Bruno Meyerhof Salama, “todos têm telhado de vidro, e esta é uma limitação clara à expansão da *rule of law*”.<sup>370</sup> Ao revés, em ordens de acesso aberto, as organizações não estão dispostas a tolerar a concessão de privilégios a terceiros, mormente porque almejam obter tais privilégios para si.<sup>371</sup>

No Direito brasileiro, é possível apontar como exemplo da subversão das instituições transplantadas de países mais avançados a adoção de formas de terceirização de mão de obra na Administração Pública, que em múltiplas ocasiões disfarça, ainda que sob o discurso da eficiência administrativa, da modernização e redução do tamanho do Estado, uma irresistível atração pelo nepotismo e pelo apadrinhamento, atávicas tradições do clientelismo e do favoritismo à brasileira.

## 7. Condições para uma reforma legislativa eficaz

A ineficácia do transplante de formas institucionais por mimetismo isomórfico não significa que todas as reformas institucionais estejam fadadas ao fracasso. Ao revés, há exemplos de reformas institucionais promovidas por

---

*blat* russo. Todas elas refletem a adaptação de cada cultura ao princípio de que uma mão lava a outra. Ou, dito de outra forma, todas elas refletem o princípio de que as relações são de fato pessoais, mesmo que o direito as discipline como sendo impessoais.”

<sup>370</sup> SALAMA, Bruno Meyerhof. “Sete Enigmas do Desenvolvimento em Douglass North”, p. 414.

<sup>371</sup> NORTH, Douglass C.; WALLIS, John Joseph; WEBB, Steven B.; WEINGAST, Barry R. “Limited Access Orders in the Developing World”, p. 18: “The creation of a privilege for one person or group necessarily involves the denial of opportunities and access to another individual or group. Because all citizens in an open access order possess the ability to form organizations, any action of the government that harms some individuals faces potential opposition by a well organized group.” (Em tradução livre: “A criação de um privilégio para uma pessoa ou grupo envolve necessariamente a negação de oportunidades e acesso a outro indivíduo ou grupo. Como todos os cidadãos em uma ordem de acesso aberto possuem a capacidade de formar organizações, qualquer ação do governo que prejudique alguns indivíduos enfrenta oposição potencial de um grupo bem organizado.”)

iniciativa da comunidade internacional que produziram bons resultados, caso daquelas implementadas na Alemanha e no Japão do pós-guerra e na Polônia por ocasião da sua redemocratização.

Em sua vertente contemporânea, os estudiosos do *Law and Development* frisam que uma reforma legislativa bem-sucedida depende de muitos fatores para além da alteração do texto normativo. Yong-Shik Lee classifica em três categorias os fatores determinantes para que uma reforma legislativa produza impactos positivos no desenvolvimento: i) o *design* normativo, ii) o *compliance* com a norma, e iii) a qualidade de sua implementação.<sup>372</sup>

A primeira dimensão (*design* normativo) diz respeito à adequação do desenho da norma para os objetivos da regulação, e pode ser subdividido em três aspectos: i) avaliação dos prováveis resultados da reforma legislativa, que não necessariamente coincidirão com os objetivos declarados, mormente ao se considerar os comportamentos estratégicos que poderão ser adotados pelos agentes cujos interesses serão atingidos pela reforma; ii) interação da reforma legislativa com o arcabouço normativo e os arranjos institucionais existentes, que podem tanto reforçar a efetividade da norma (em caso de sinergia) quanto esvaziá-la (em caso de conflito); e iii) a adaptação da norma às condições socioeconômicas vigentes<sup>373</sup>.

Em relação a este último aspecto (adaptação às condições socioeconômicas), vale citar a pesquisa de Peter J. Boettke, Christopher J. Coyne e Peter T. Leeson, que ao investigar os fatores que distinguiriam reformas institucionais bem-sucedidas de tentativas frustradas, propõem o conceito de “aderência institucional” (*institutional stickiness*), para representar a capacidade de um novo arranjo institucional se apropriar do ambiente para o

---

<sup>372</sup> LEE, Yong-Shik. "General Theory of Law and Development," *Cornell International Law Journal* Vol. 50, No. 3 (2017), pp. 419-420.

<sup>373</sup> LEE, Yong-Shik. "General Theory of Law and Development," *Cornell International Law Journal* Vol. 50, No. 3 (2017), pp. 437-445.

qual foi transposto.<sup>374</sup> Tal conceito é retratado, na linguagem popular brasileira, pela distinção entre leis que “pegam” – é dizer, que efetivamente passam a regular as relações na sociedade – e leis que “não pegam” – na prática ignoradas ou desconsideradas.

Conforme prelecionam os autores, o impulso de forças exógenas – como a atuação de agências internacionais ou projetos de desenvolvimento – não é suficiente para induzir reformas institucionais duradouras.<sup>375</sup> Sustentam, assim, que a aderência de um arranjo institucional varia em função de sua vinculação a instituições endógenas, surgidas espontaneamente nas interações entre indivíduos. Para que uma reforma institucional seja bem-sucedida, pois, é necessário que o novo arranjo institucional esteja afinado com as práticas,

---

<sup>374</sup> BOETTKE, Peter J.; COYNE, Christopher J.; LEESON, Peter T. “Institutional Stickiness and the New Development Economics”, in *American Journal of Economics and Sociology*, Vol. 67, nº 2, April 2008, p. 332: “We argue that this failure stems at least partly from the fact that the concept of path dependence as it has been applied to institutions to date tells us only that ‘history matters’ in the development of institutions. It does not, however, tell us how history matters. Research that considers culture suffers from a similar problem. While this work performs an important function in pointing out that ‘culture matters’, it does virtually nothing in terms of telling us analytically or empirically how culture matters (see, for instance, Buchanan 1992; Pejovich 2003; Boettke 2001b). We aim to provide the missing ‘how’ in these closely related streams of research. We contend that institutional ‘stickiness’ – the ability or inability of new institutional arrangements to take hold where they are transplanted – is central to understanding how history matters for institutions. Furthermore, it is central to understanding how the relationship between history and institutions matters for development economics.” (Em tradução livre: “Argumentamos que essa falha decorre, pelo menos em parte, do fato de que o conceito de dependência de trajetória, conforme foi aplicado às instituições até hoje, nos diz apenas que ‘a história importa’ no desenvolvimento das instituições. No entanto, não nos diz como a história é importante. A pesquisa que considera a cultura sofre de um problema semelhante. Embora este trabalho desempenhe uma função importante ao apontar que ‘a cultura é importante’, ele não faz praticamente nada em termos de nos dizer analiticamente ou empiricamente como a cultura é importante (ver, por exemplo, Buchanan 1992; Pejovich 2003; Boettke 2001b). Nosso objetivo é fornecer o ‘como’ que falta nessas correntes de pesquisa intimamente relacionadas. Defendemos que a ‘rigidez’ institucional – a capacidade ou incapacidade de novos arranjos institucionais de se firmarem onde são transplantados – é fundamental para compreender como a história é importante para as instituições. Além disso, é fundamental para compreender como a relação entre a história e as instituições é importante para a economia do desenvolvimento.”)

<sup>375</sup> Cf. BOETTKE, Peter J.; COYNE, Christopher J.; LEESON, Peter T. “Institutional Stickiness and the New Development Economics”, p. 353: “Though theoretically exogenous force is needed to jolt agents out of suboptimal institutional arrangements, such force has low voltage precisely because it is exogenous. In other words, despite the fact that exogenously introduced change provides a conceptual way out of locked-in, inferior institutional arrangements, realistically, its power to alter institutional paths is severely limited.” (Em tradução livre: “Embora a força teoricamente exógena seja necessária para tirar os agentes de arranjos institucionais subótimos, essa força tem baixa voltagem precisamente porque é exógena. Em outras palavras, apesar do fato de que a mudança introduzida exogenamente fornece uma saída conceitual de arranjos institucionais inferiores e travados, realisticamente, seu poder de alterar os caminhos institucionais é severamente limitado.”)

costumes e valores da sociedade em que é implementada, sintonizando-se às normas informais que regulam as expectativas dos agentes econômicos.<sup>376</sup> Em outras palavras, faz-se indispensável a existência de arranjos institucionais preexistentes que dêem amparo à nova estrutura de incentivos que se pretende implementar.

A segunda categoria de fatores determinantes para uma reforma bem-sucedida diz respeito ao *compliance* normativo, ou seja, ao compromisso dos atores envolvidos com o cumprimento da norma. Aqui se afiguram relevantes, em linhas gerais, a confiança que os atores depositam no governo e sua percepção acerca da legitimidade da norma. Idealmente, a implementação da norma deve ser cobrada por grupos sociais com capacidade de organização e mobilização, não só para reivindicar a realização de reformas, mas para enfrentar a resistência dos interesses que inevitavelmente serão contrariados pela transformação proposta.

Finalmente, o sucesso de uma reforma legislativa também depende da qualidade de sua implementação, inclusive no que diz respeito a seu *enforcement*, ou seja, o monitoramento de condutas e aplicação de sanções visando assegurar a efetividade da norma. A implementação da reforma

---

<sup>376</sup> Cf. BOETTKE, Peter J.; COYNE, Christopher J.; LEESON, Peter T. "Institutional Stickiness and the New Development Economics", p. 353: "Our application of the regression theorem to institutions provides a means of analyzing ex ante the potential success or failure of various institutions that the development community is considering introducing in varying developing nations. As our examination of West Germany and Japan's post-World War II reconstruction histories illustrates, if the institution being considered is traceable back to an IEN institution (or an IEX institution that is itself traceable to an IEN institution), its chances of success are significantly increased. On the other hand, as the cases of Bosnia and Russia suggest, if this is not the case, institutional changes are unlikely to stick despite development community efforts to the contrary. Thus, while it may be an overstatement to say that the only path to progress is an indigenous one, it does not seem an exaggeration to say that any path to progress with a reasonable probability of success must ultimately be rooted in indigenous institutional order." (Em tradução livre: "Nossa aplicação do teorema de regressão a instituições fornece um meio de analisar ex ante o sucesso ou fracasso potencial de várias instituições que a comunidade de desenvolvimento está considerando introduzir em vários países em desenvolvimento. Como nosso exame das histórias de reconstrução da Alemanha Ocidental e do Japão após Segunda Guerra Mundial ilustram, se a instituição considerada é rastreável até uma instituição IEN (ou uma instituição IEX que é por sua vez rastreável até uma instituição IEN), suas chances de sucesso são significativamente aumentou. Por outro lado, como sugerem os casos da Bósnia e da Rússia, se não for esse o caso, é improvável que as mudanças institucionais sejam mantidas, apesar dos esforços da comunidade de desenvolvimento em contrário. Assim, embora possa ser um exagero dizer que o único caminho para o progresso é um indígena, não parece um exagero dizer que qualquer caminho para o progresso com uma probabilidade razoável de sucesso deve, em última análise, estar enraizado na ordem institucional indígena.")

legislativa depende, por sua vez, de dois elementos: i) capacidade estatal, ou seja, disponibilidade de recursos financeiros, técnicos e humanos para atingir os objetivos da norma; e ii) vontade política, ou seja, a presença de uma liderança política comprometida e dedicada à implementação da norma<sup>377</sup>. Quanto a este último aspecto, Robert R. Hunja destaca que a superação dos obstáculos a uma reforma abrangente e sistêmica em sistemas de contratação pública é virtualmente impossível sem um apoio político consistente dos escalões mais elevados do governo<sup>378</sup>.

Dado que a raiz do problema da corrupção sistemática não se encontra nas eventuais inadequações do texto legal, alterações da lei formal não serão suficientes, por si só, para reverter quadros de clientelismo, patrimonialismo ou particularismo. Não é factível esperar que modificações no texto legal sejam o bastante para alterar a regra do jogo vigente em uma sociedade, sobretudo em cenários de fragilidade das instituições formais.

A efetividade de uma reforma legislativa resultará esvaziada, enfim, nos cenários em que: i) as instituições informais, decorrentes de interações sociais consolidadas ao longo do tempo, estejam extremamente descoladas das normas formais; ii) a força imperativa da lei (*rule of law*) reste esvaziada pela ausência de confiança da população no governo; iii) não haja capacidade institucional para assegurar o cumprimento da norma (*enforcement*); iv) não haja vontade política para implementação da norma, ou mecanismos aptos a promover a responsabilidade dos agentes públicos que lhe neguem cumprimento (*accountability*). A mudança da lei acarretará uma efetiva alteração da estrutura de incentivos dos agentes econômicos apenas quando houver expectativa de efetiva modificação das consequências práticas associadas às condutas reguladas. Onde agentes públicos estão habituados a operar à margem da lei, pouca diferença fará mais uma norma a ser burlada.

---

<sup>377</sup> LEE, Yong-Shik. "General Theory of Law and Development," Cornell International Law Journal Vol. 50, No. 3 (2017), pp. 450-454.

<sup>378</sup> HUNJA, Robert R. "Obstacles to public procurement reform in developing countries", in S. Arrowsmith and M. Trybus (eds.), *Public Procurement: The Continuing Revolution* (London: Kluwer Law International, 2003).

Mesmo em cenários de corrupção sistêmica, entende-se que estratégias de reforma anticorrupção poderão ter impactos positivos, desde que se adote uma estratégia incrementalista<sup>379</sup> e atenta aos custos da mudança, restringindo e moldando o escopo das reformas em função do legado institucional preexistente (*path dependence*). Tal estratégia depende, contudo, do empenho de setores da sociedade civil, de grupos políticos e empresariais e de órgãos burocráticos comprometidos com a norma da impessoalidade e do universalismo ético, e dispostos ao enfrentamento dos grupos beneficiados pela antiga norma do compadrio e do apadrinhamento. Nesses casos, a contaminação das instituições deixou de ser uma regra universal, porquanto parcela significativa da sociedade não mais tolera a corrupção.

Em síntese, à medida em que haja uma coalizão de atores (lideranças políticas, agente burocráticos, órgãos de controle externo, grupos empresariais e organizações da sociedade civil) comprometidos com a sua implementação, e dispostos ao enfrentamento dos interesses que lhe sejam contrapostos, uma reforma legislativa poderá produzir uma modificação relevante no ambiente institucional e contribuir para minimizar o risco de corrupção.

Outrossim, a mudança legislativa é somente a primeira etapa de uma reforma institucional necessária ao enfrentamento da corrupção institucional. Para além da alteração da lei formal, é necessário devotar recursos administrativos para assegurar o cumprimento da norma e manifestar inequívoco compromisso político com sua implementação, sinalizando de forma crível e inequívoca a mudança nas regras do jogo. Para alterar a expectativa dos atores envolvidos, haverá que se demonstrar que não haverá leniência com a ilegalidade ou seletividade na aplicação da lei; do contrário, as práticas corruptas se limitarão a adaptar sua aparência à nova lei, que findará esvaziada de qualquer utilidade prática.

Um exemplo bem-sucedido de alteração das regras do jogo no Brasil, a partir de uma combinação de mecanismos formais e informais, deu-se no

---

<sup>379</sup> TREBILCOCK, Michael J; PRADO, Mariana Mota. *What Makes Poor Countries Poor? Institutional Determinants of Development*, Edward Elgar, Cheltenham, 2011, p. 71.

âmbito do controle do consumo de álcool por motoristas no Estado do Rio de Janeiro. Sob o aspecto formal, foi editada a Lei nº 11.705/2008, que estabeleceu graves sanções aos condutores flagrados sob a influência de bebidas alcoólicas, ou que se recusassem a realizar a medição do índice de alcoolemia por meio de etilômetro. Porém, mais importante do que a modificação do Código de Trânsito Brasileiro foi a alteração das normas informais que permeavam a fiscalização do trânsito no Estado do Rio de Janeiro. Antes da chamada “Lei Seca”, autoridades públicas e pessoas de renome tinham como expectativa natural que, uma vez identificadas, não seriam importunadas pela fiscalização policial. A seu turno, condutores comuns acreditavam que poderiam escapar à sanção mediante o pagamento de suborno aos fiscais.

Todavia, as muitas fiscalizações realizadas no contexto da implantação da legislação – denominadas *blitzen* – foram atribuídas a equipes mistas, compostas por integrantes de uma associação civil de deficientes físicos, policiais e outros agentes públicos. Além de não se deixarem impressionar pelo cargo ou ocupação do motorista e de não aceitarem suborno, os responsáveis pelas *blitzen* divulgavam ostensivamente na mídia os nomes de autoridades públicas e de pessoas famosas porventura penalizadas, em uma eloquente sinalização de que favoritismo e corrupção não mais seriam tolerados. Como resultado da combinação de alterações legislativas e de uma política de *enforcement* inflexível, o índice de alcoolemia entre condutores de veículos caiu mais de 40% (quarenta por cento) entre 2008 e 2017.<sup>380</sup>

Tal experiência confirma a lição de Anna Persson, Bo Rothstein e Jan Teorell. A seu ver, as experiências bem-sucedidas de transição para o controle efetivo da corrupção demonstram a necessidade de que todas as principais instituições políticas, econômicas e sociais realizem um esforço concentrado, que demarque a mudança das regras do jogo (*a new game in town*). Para tal fim, é essencial combinar mecanismos formais de monitoramento e sanção

---

<sup>380</sup> Cf. Observatório Nacional de Segurança Viária. *Relatório Estatísticos de Segurança Viária II – Álcool*, p. 21/22, obtido em <<http://www.onsv.org.br/observatorio-apresenta-estudo-inedito-sobre-operacoes-lei-seca-em-todo-o-pais/>>, acesso em 20/07/2020.



com mecanismos informais, de criação de reciprocidade e confiança, que alterem as expectativas compartilhadas acerca da integridade dos jogadores envolvidos.<sup>381</sup>

---

<sup>381</sup> Cf. PERSSON, Anna; ROTHSTEIN, Bo; TEORELL, Jan. "Why Anticorruption Reforms Fail", *in Governance: An International Journal of Policy, Administration, and Institutions*, Vol. 26, nº 3, July 2013, p. 465.

– CAPÍTULO III –  
VULNERABILIDADE À CORRUPÇÃO NAS LICITAÇÕES  
E CONTRATOS PÚBLICOS

1. Relevância das licitações

A corrupção pode contaminar quaisquer das áreas de atuação da Administração Pública, desde a fiscalização do cumprimento das regras comezinhas de trânsito – com o pagamento de suborno ao guarda para evitar a aplicação de uma multa (corrupção burocrática) – até a atividade legislativa – com o recebimento de vantagens ilícitas por parlamentares, para que aprovelem leis de interesse de setores econômicos influentes (corrupção política). Entretanto, se há uma atividade pública particularmente cobiçada por corruptos e corruptores, de certo ela é a esfera das licitações e contratos.

É verdade que parcelas expressivas do orçamento público são destinadas a outras finalidades, como o pagamento da remuneração de pessoal, de benefícios previdenciários ou assistenciais e de encargos da dívida. Ocorre que, apesar de vultosos, os recursos públicos dispendidos para tanto são pagos a uma grande quantidade de destinatários dispersos, com fundamento em regras fixas de caráter vinculante, o que torna seu desvio mais custoso e menos atrativo.<sup>382</sup>

---

<sup>382</sup> Assim, por exemplo, ainda que um agente público consiga se apropriar de recursos públicos através de nomeação de “funcionários fantasmas”, o volume de recursos *per capita* será muito inferior ao que poderia ser obtido através de contratos públicos, ainda mais considerando os custos de coordenação e remuneração de uma rede de “laranjas”. No ponto, cf. WARE, Glenn T.; MOSS, Shaun; CAMPOS, J. Edgardo; NOONE, Gregory P. “Corruption in Public Procurement: A Perennial Challenge”, in CAMPOS, J. Edgardo; PRADHAN, Sanjay (editors). *The many faces of corruption: tracking vulnerabilities at the sector level*. Washington, The International Bank for Reconstruction and Development/The World Bank, 2007, p. 296: “In contrast to the other major components of a country’s public expenditure, public procurement usually involves a relatively low volume of high-value transactions (typically a few hundred procurement transactions conducted annually by each public institution, the most valuable of which may involve millions or even billions of dollars). By contrast, expenditures on public sector salaries, for example, invariably involve a much higher volume of low-volume transactions, each of which is less attractive to potentially corrupt public officials”. [Em tradução livre: “Em contraste com os outros componentes principais da despesa pública de um país, as compras públicas geralmente envolvem um volume relativamente baixo de transações de alto valor

A despesa com contratos públicos, no entanto, reúne as condições ideais ao desvio de verbas públicas: i) concentração de elevadas quantias em uma pequena quantidade de transações, de modo que mesmo pequenas frações desviadas possam gerar um grande volume de vantagens indevidas para os envolvidos; ii) possibilidade de agentes políticos corruptos definirem os projetos para os quais serão direcionados os recursos públicos; iii) facilidade de manipulação dos critérios de qualificação, no intuito de delimitar a participação nos certames; iv) controle sobre a efetiva liberação dos recursos públicos, realizado por burocratas escolhidos e nomeados por agentes políticos corruptos; v) complexidade do processo de contratação e liberação de recursos públicos, a dificultar a detecção de eventuais pagamentos indevidos ou excessivos; e vi) destinação dos recursos a empresas privadas, que poderão manter relacionamentos clandestinos com agentes políticos e remanejar os recursos recebidos em seu favor.<sup>383</sup>

Não por acaso o Banco Interamericano de Desenvolvimento (BID) já classificou as compras públicas como um ímã para a corrupção.<sup>384</sup> As licitações e contratos públicos correspondem, em média, a aproximadamente 29% das

---

(normalmente algumas centenas de transações de compras realizadas anualmente por cada instituição pública, a mais valiosa das quais pode envolver milhões ou até bilhões de dólares). Em contraste, os gastos com salários do setor público, por exemplo, invariavelmente envolvem um volume muito maior de transações de baixo volume, cada uma das quais é menos atraente para funcionários públicos potencialmente corruptos.”]

<sup>383</sup> Cf. WARE, Glenn T.; MOSS, Shaun; CAMPOS, J. Edgardo; NOONE, Gregory P. “Corruption in Public Procurement: A Perennial Challenge”, p. 296.

<sup>384</sup> Veja-se, nesse sentido, o que consta de relatório do Banco Interamericano de Desenvolvimento: “Procurement is a magnet for inefficiencies in management and corruption. The large volume of transactions along with the close and complex interaction between the public and private sectors expose public procurement to various risks of waste, mismanagement, and corruption. Few government activities offer greater temptation or more opportunity for corruption.” (cf. Banco Interamericano de Desenvolvimento (BID). *Better Spending, Better Lives*, pp. 52-53, <<https://www.iadb.org/en/improvinglives/better-spending-better-lives>>, acesso em 30/08/2020). (Em tradução livre: “A aquisição pública é um ímã para ineficiências na gestão e corrupção. O grande volume de transações, juntamente com a interação próxima e complexa entre os setores público e privado, expõe as compras públicas a vários riscos de desperdício, má gestão e corrupção. Poucas atividades do governo oferecem maior tentação ou mais oportunidade para a corrupção.” Na mesma linha, Cristiana Fortini e Fabrício Motta afirmam que “o ambiente das contratações públicas é mundialmente reconhecido como berçário para condutas ilícitas.” (FORTINI, Cristiana; Motta, Fabrício. “Prevenção à Corrupção nas Contratações”, in PONTES FILHO, Valmir; MOTTA, Fabrício; GABARDO, Emerson (coordenadores). *A regeneração da administração pública: Livro do XXX Congresso Brasileiro de Direito Administrativo NATAL-2016*. Curitiba: Íthala, 2017, p. 17)

despesas governamentais e 12% do PIB dos países membros da OCDE.<sup>385</sup> Segundo dados da Conferência das Nações Unidas sobre Comércio e Desenvolvimento (UNCTAD), a participação das licitações públicas na economia de países em desenvolvimento é ainda maior, podendo atingir de 25% a 30% do PIB.<sup>386</sup>

No caso brasileiro, levantamento do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada do Governo Federal (IPEA) estima que, no período entre 2006 e 2016, as compras governamentais corresponderam a aproximadamente 12,5% do PIB<sup>387</sup>, dos quais pouco mais da metade (7,1%) foram contratados pelo Governo Federal, o remanescente repartido entre Estados (2,2%) e Municípios (3,2%).

Em estudo sobre relatos de corrupção internacional reportados desde a entrada em vigor da Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais (*Convention on Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions*) até o ano de 2014, a OCDE apurou que em mais da metade dos casos (57%) o pagamento de suborno se destinou à obtenção de contratos em licitações públicas.<sup>388</sup> A realidade brasileira é ainda mais alarmante: em pesquisa realizada pela Transparência Brasil e pela Kroll Consultoria junto a empresas que tentaram contratar com o poder público, mais de 90% consideram a corrupção em licitações um grave problema nos três

---

<sup>385</sup> Cf. OECD. Government at a Glance 2019, p. 134, disponível no endereço eletrônico <<https://read.oecd.org/10.1787/8ccf5c38-en?format=pdf>>, acesso em 20/08/2020.

<sup>386</sup> UNCTAD. Competition policy and public procurement, p. 3, disponível no endereço <[https://unctad.org/meetings/en/SessionalDocuments/ciclpd14\\_en.pdf](https://unctad.org/meetings/en/SessionalDocuments/ciclpd14_en.pdf)>, acesso em 30/08/2020.

<sup>387</sup> RIBEIRO, Cássio Garcia; INÁCIO JUNIOR, Edmundo. “O Mercado de Compras Governamentais Brasileiro (2006-2017): Mensuração e Análise”, Texto para Discussão nº 2476, p. 18, disponível em <[https://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/TDs/td\\_2476.pdf](https://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/TDs/td_2476.pdf)>, acesso em 30/08/2020.

<sup>388</sup> OECD. OECD Foreign Bribery Report: An analysis of the crime of bribery of foreign public officials, p. 32, disponível em <<https://read.oecd.org/10.1787/9789264226616-en?format=pdf>>, acesso em 02/09/2020.

níveis da Federação, enquanto quase dois terços (62%) foram abordadas com pedido de suborno.<sup>389</sup>

Se, por um lado, a corrupção em licitações e contratos públicos pode ser muito rentável para agentes públicos inescrupulosos, por outro resulta em inmensuráveis prejuízos ao erário, com consequências funestas para a população.

A OCDE estima que a corrupção desvia entre 20% e 25% do valor das contratações públicas.<sup>390</sup> O Banco Mundial, por sua vez, avalia que a atuação de agentes governamentais em colusão com empresas licitantes no âmbito de obras e construções possa acarretar aumentos de custo na ordem de 10% a 30%.<sup>391</sup> Especificamente no caso da construção do metrô de Milão na década de 1990, o valor da obra foi reduzido em mais de 50% (cinquenta por cento) após a deflagração da Operação *Mani Pulite*. Tais prejuízos revelam-se ainda mais graves em países em desenvolvimento, dependentes que são do investimento público para implantação de sua infraestrutura.<sup>392</sup>

A corrupção eleva o custo final do contrato, não só porque nele é embutido o valor do suborno pago aos agentes públicos corrompidos, como também porque as características do projeto em si podem ser deliberadamente alteradas, de modo a torná-lo desnecessariamente complexo e dispendioso. Outrossim, pode gerar distorções na seleção dos projetos a serem executados,

---

<sup>389</sup> Entre os pesquisados, 90% consideram a corrupção um problema grave no nível municipal, 98% no nível estadual e 93% no nível federal (cf. ABRAMO, Claudio Weber. *Corrupção no Brasil: A perspectiva do setor privado*. Abril 2014, p. 9, obtido no endereço eletrônico <[http://conscienciafiscal.mt.gov.br/arquivos/A\\_a0bb51af67ac5fbd795e0e8f24555ea8corrupcaonobrasilperspectivadosetorprivado2003.pdf](http://conscienciafiscal.mt.gov.br/arquivos/A_a0bb51af67ac5fbd795e0e8f24555ea8corrupcaonobrasilperspectivadosetorprivado2003.pdf)>, acesso em 02/09/2020).

<sup>390</sup> OECD. *Implementing the OECD Principles for Integrity in Public Procurement*, p. 21, disponível no endereço [https://www.oecd-ilibrary.org/implementing-the-oecd-principles-for-integrity-in-public-procurement\\_5k422gnl5w9w.pdf](https://www.oecd-ilibrary.org/implementing-the-oecd-principles-for-integrity-in-public-procurement_5k422gnl5w9w.pdf). Por sua vez, o Banco Interamericano de Desenvolvimento estima que 7% a 25% do valor das licitações públicas na União Europeia é desperdiçado, por corrupção ou por ineficiência (cf. BID, *Better Spending, Better Lives*, p. 53).

<sup>391</sup> KENNY, Charles. *Construction, Corruption and Developing Countries*, p. 29, disponível em <<http://documents1.worldbank.org/curated/en/571281468137721953/pdf/wps4271.pdf>>, acesso em 03/09/2020.

<sup>392</sup> AGUIAR, Júlio Cesar; DAHER, Lenna Luciana Nunes; TABAK, Benjamin Miranda. “Cartéis em licitações públicas sob o enfoque da Análise Econômica do Direito. Os incentivos legais à livre concorrência são suficientes para desestimular a formação de cartéis?”, in *Revista de Direito Econômico Socioambiental*, Curitiba, v. 9, n. 3, p. 185-218, set./dez. 2018, p. 197.

de modo a priorizar investimentos que demandem grandes volumes de capital público, ainda que de duvidosa utilidade, na medida em que proporcionem maiores possibilidades de apropriação ilícita de recursos. Ou, por outra, projetos que possibilitem a extração de vantagens a curto prazo, independentemente dos custos de manutenção a longo prazo ou da baixa qualidade da obra realizada.<sup>393</sup> No caso de bens consumíveis, a exemplo de alimentos e insumos médicos, estratégia bastante empregada é sua aquisição em excesso e entrega a menor, uma vez que o controle das quantidades efetivamente fornecidas e utilizadas é praticamente inviável *ex post*.

A corrupção em licitações também promove distorções no mercado econômico, ao incentivar e premiar empresas que invistam na construção de relacionamentos e no oferecimento de vantagens ilícitas a agentes públicos, em detrimento da eficiência e da produtividade.

## 2. Objetivos da licitação

Partindo da premissa de que o objeto da presente pesquisa diz respeito à reforma do sistema brasileiro de licitações e contratos, convém inicialmente compreender os motivos pelos quais a legislação regula a aquisição pública e os objetivos almejados por tal regulação.

Em sua obra *Regulating Procurement: Understanding the Ends and Means of Public Procurement Regulation*, Peter Trepte sublinha que a regulação das licitações tem natureza instrumental, ou seja, é uma ferramenta à disposição do governo para buscar objetivos socialmente desejáveis<sup>394</sup>. Dado que o sistema licitatório visa atender a múltiplos objetivos que conflitam entre si, e que cada Estado estabelece suas próprias prioridades à luz de suas circunstâncias econômicas e políticas (incluindo suas preferências

---

<sup>393</sup> ROSE-ACKERMAN, Susan; PALIFKA, Bonnie J. *Corruption and Government. Causes, Consequences, and Reform*. New York: Cambridge University Press, 2016, pp. 83-87.

<sup>394</sup> TREPTE, Peter. *Regulating Procurement: Understanding the Ends and Means of Public Procurement Regulation*. Oxford: Oxford University Press, 2006, p. 63.

eleitorais)<sup>395</sup>, não existe um modelo único (*one size fits all*<sup>396</sup>) de sistema licitatório que possa ser estabelecido como um exemplo ideal a ser reproduzido em todo os países. De toda sorte, cada Estado almeja obter funcionalidades similares em seus processos de aquisição, o que permite vislumbrar algumas diretrizes comuns a virtualmente todos os sistemas legislativos.

Segundo o referido autor, os objetivos do Estado na contratação pública podem ser analisados sob três prismas: i) enquanto um agente econômico que almeja promover aquisições de forma eficiente, ii) enquanto um ente político que possui responsabilidades perante seus cidadãos e a sociedade em geral; e iii) enquanto um ator no cenário global, que visa auferir benefícios do comércio internacional<sup>397</sup>.

Em um plano mais elementar, a regulação da licitação surge pode ser explicada em termos estritamente econômicos, a partir do objetivo de promover a eficiência nas aquisições promovidas pelo Estado<sup>398</sup>. As causas da ineficiência das compras públicas podem ser decompostas, por sua vez, em duas categorias: i) falhas de mercado, decorrentes da ausência de competição perfeita; e ii) falhas institucionais (ou falhas de governo), decorrentes da relação agente-principal.

Em segundo plano, o Estado vale-se da regulação das licitações e dos contratos públicos para promover diversos outros objetivos sociais e políticos pertinentes à sua política doméstica (tais como a promoção do desenvolvimento econômico, a proteção do meio ambiente ou a defesa de

---

<sup>395</sup> Miguel Assis Raimundo ressalta ser impossível estabelecer um equilíbrio estático entre os objetivos de um sistema de contratação pública, por serem “intrinsecamente contraditórios entre si e o peso que se lhes dá depende na maioria dos casos de opções muito concretas, que cabem à comunidade política” (RAIMUNDO, Miguel Assis. *A Formação dos Contratos Públicos. Uma Concorrência Ajustada ao Interesse Público*. Lisboa: AAFDL, 2013, p. 350).

<sup>396</sup> TREPTE, Peter. *Regulating Procurement: Understanding the Ends and Means of Public Procurement Regulation*. Oxford: Oxford University Press, 2006, p. 385

<sup>397</sup> TREPTE, Peter. *Regulating Procurement: Understanding the Ends and Means of Public Procurement Regulation*. Oxford: Oxford University Press, 2006, p. 59. Não se avançará no exame dos objetivos do sistema licitatório, sob a perspectiva da inserção do Estado no comércio internacional, por se tratar de questão distanciada do objeto da presente pesquisa.

<sup>398</sup> TREPTE, Peter. *Regulating Procurement: Understanding the Ends and Means of Public Procurement Regulation*. Oxford: Oxford University Press, 2006, p. 132.

minorias desfavorecidas). Dentre as responsabilidades políticas do Estado, uma se destaca por sua proeminência no regime de contratações públicas: os deveres de isonomia e de impessoalidade, ou seja, de conferir tratamento não-discriminatório a todos os cidadãos (e, por extensão, a todos os operadores econômicos nacionais).

A partir de tal análise, podem ser deduzidos três objetivos primordiais do sistema de licitação pública, nos termos propostos por Steven Kelman<sup>399</sup>: i) vantajosidade (*economy and efficiency*), correspondente à obtenção da melhor relação custo-benefício na aquisição de bens e serviços (correção das falhas de mercado); ii) integridade (*integrity*), decorrente da redução das oportunidades para corrupção (correção das falhas de governo); e iii) tratamento isonômico (*equity*), que consiste na oferta de igualdade de oportunidades aos agentes econômicos que pretendam contratar com o poder público.<sup>400</sup> Quase todos os princípios que regulam o processo licitatório remetem a algum desses objetivos, ainda que seu peso ou preponderância varie conforme o sistema legislativo.<sup>401</sup> Passa-se, em seguida, a detalhar o escopo de cada um dos citados objetivos.

## 2.1 Vantajosidade

---

<sup>399</sup> KELMAN, Steven. *Procurement and Public Management*, p. 11.

<sup>400</sup> Steven L. Schooner propõe articulação distinta no que diz respeito às finalidades do sistema licitatório, ao considerar como basilares os objetivos de competição, integridade e transparência. (SCHOONER, Steven L. “Desiderata: Objectives for a System of Government Contract Law”, 11 *Public Procurement Law Review* 103 (2002)). Adota-se, no entanto, a formulação proposta por Steven Kelman, por se considerar que: a) a competição exerce uma função instrumental para os objetivos da vantajosidade (*value for money*) e do tratamento isonômico (finalidades que são almejadas mesmo nos casos em que a contratação é realizada sem procedimentos competitivos); e b) a transparência também possui caráter instrumental, servindo como ferramenta para assegurar a participação de operadores econômicos (tratamento isonômico) e o monitoramento da atuação dos agentes públicos (integridade).

<sup>401</sup> A legislação brasileira é especialmente pródiga na definição de princípios que haveriam de reger as licitações públicas, como se pode observar no artigo 5º da Lei nº 14.133/2021. Entre os princípios invocados pelo legislador nacional, preponderam os direcionados ao objetivo da integridade (legalidade, moralidade, publicidade, interesse público, probidade administrativa, transparência, eficácia, segregação de funções, motivação, razoabilidade e proporcionalidade), sem prejuízo dos referentes ao tratamento isonômico (impessoalidade, igualdade, vinculação ao edital, julgamento objetivo e segurança jurídica) e da vantajosidade (eficiência, planejamento, competitividade, celeridade e economicidade). Acrescenta-se, finalmente, a referência ao princípio do “desenvolvimento nacional sustentável”, correspondente a uma política pública horizontal almejada pela regulação das licitações.



O tema das licitações públicas pode ser abordado, preliminarmente, a partir de uma aproximação com a prática das aquisições no setor privado. À semelhança das empresas privadas, os entes públicos também recorrem ao mercado para adquirir bens e serviços que atendam às suas necessidades. Para tanto, promovem a seleção de seus fornecedores, a fim de obter a melhor relação custo-benefício.

Observa-se, no entanto, que os procedimentos rígidos e formais adotados pelo Poder Público na aquisição de bens, serviços e obras públicas não guardam semelhança com as práticas de contratação adotadas no setor privado. Tal constatação suscita duas indagações: i) por que os operadores privados não adotariam procedimentos similares à Administração Pública, que supostamente se destinariam a assegurar uma contratação mais vantajosa para o Estado através da ampliação da competição? e ii) por que o sistema de licitações não adotaria procedimentos similares ao setor privado, cuja eficiência excede à do setor público?

Em primeiro lugar, é preciso admitir que a adoção de procedimentos formais e burocráticos não é a melhor forma de alcançar o objetivo da vantajosidade: no setor privado, a atuação de quadros profissionais especializados e dotados de ampla discricionariedade alcança resultados consistentemente superiores em termos de *value for money*<sup>402</sup>. As melhores práticas de aquisição na iniciativa privada recomendam a construção de relações estáveis de parceria (*“partnering”* ou *“partnership sourcing”*<sup>403</sup>) entre

---

<sup>402</sup> ARROWSMITH, Sue. *The Law of Public and Utilities Procurement*. London: Sweet and Maxwell, 1996, p. 4. Segundo a mesma autora, pode-se até mesmo argumentar que, ao invés de assegurar a eficiência das aquisições, a rigidez e formalidade imposta pelas regras de licitação frequentemente inibem a adoção de práticas eficientes, e implicam em custos injustificáveis (op. cit., p. 290). No mesmo sentido, E. T. Grether afirma: “Time and again, price making by private negotiations among informed, honest professionals should and will provide better results than artificial bidding schemes inappropriate to the circumstances” (Reiteradamente, o estabelecimento de preços por negociações privadas entre profissionais honestos e bem-informados poderá e deverá produzir melhores resultados do que esquemas artificiais de obtenção de propostas, inapropriados para as circunstâncias – *apud* GOLDBERG, Victor P. “Competitive bidding and the production of precontract information”, *The Bell Journal of Economics*, vol. 8 n. 1 (1977), p. 260.

<sup>403</sup> ARROWSMITH, Sue; LINARELLI, John; WALLACE JR., Don. *Regulating Public Procurement: National and International Perspectives*. The Hague: Kluwer Law International, 2000, p. 21.

compradores e fornecedores, que não se limitem a um projeto específico. Tais arranjos contemplam expectativas de longo prazo para a continuidade de negócios futuros, mediante intensa cooperação, em que a prestação de bens e serviços é adaptada às especificidades do relacionamento entre as partes.<sup>404</sup>

A celebração de parcerias com fornecedores oferece diversas vantagens para o comprador, tais como: maior segurança por lidar com empresas de elevada confiabilidade, estabelecimento de relações cooperativas e não adversariais, possibilidade de planejamento de longo prazo, cooperação em pesquisa e treinamento, conjugação de *expertise*, aumento da probabilidade de resolução amigável dos conflitos e redução dos custos de transação inerentes a processos seletivos. Tal arranjo cooperativo também se revela vantajoso para o fornecedor que, em razão da expectativa de negócios futuros, possui incentivos para o desenvolvimento de projetos em comum com o fornecedor, e para o compartilhamento de informações pertinentes à sua área de especialidade.

No entanto, tais arranjos de parceria também oferecem riscos, notadamente diante da possibilidade de que a ausência de competição induza à complacência ou ineficiência do fornecedor, ou à não adoção de soluções inovadoras que empresas concorrentes poderiam estar oferecendo no mercado. Tais circunstâncias exigem especial habilidade do profissional encarregado do *design* e do manejo da parceria, que haverá de exercer ampla discricionariedade para equilibrar as vantagens da cooperação de longo prazo com os riscos decorrentes da abordagem não-competitiva<sup>405</sup>.

Pode se observar, desde logo, a incompatibilidade de tais arranjos com os parâmetros de igualdade e impessoalidade que obrigatoriamente pautam a atuação do setor público, a exigir nova licitação para a celebração de cada contrato, sendo vedado à autoridade oferecer uma expectativa de manutenção

---

<sup>404</sup> KELMAN, Steven. *Procurement and Public Management: The Fear of Discretion and the Quality of Government Performance*. Washington D.C.: The AEI Press, 1990, pp. 62-66.

<sup>405</sup> ARROWSMITH, Sue. *The Law of Public and Utilities Procurement*. London: Sweet and Maxwell, 1996, pp. 291/292.

de negócios de longo prazo com um fornecedor específico<sup>406</sup>. Além disso, a outorga de ampla margem de discricionariedade ao gestor para decidir acerca da perpetuação do relacionamento com fornecedores de longa data facilmente redundaria em favoritismo e tratamento privilegiado.

Decerto, os arranjos privados também são vulneráveis a problemas de agência, na medida em que o agente de compras pode buscar auferir vantagens pessoais às custas de seu empregador – por exemplo, através da obtenção clandestina de vantagens pessoais para aquisição de produtos de menor qualidade ou por preços mais elevados. No entanto, o setor privado dispõe de mecanismos relativamente eficazes para a minimização desse risco, considerando que: i) a contribuição dos funcionários para os objetivos da empresa pode ser quantificada em termos de produtividade econômica, de modo que há critérios claros para monitorar e medir o seu desempenho; e ii) dispõe de grande flexibilidade para estabelecer mecanismos premiais ou sancionatórios, no intuito de influenciar a atuação de seus empregados e alinhar seus incentivos aos interesses da empresa.<sup>407</sup> Para além da ausência de parâmetros de mercado para aferição de desempenho no setor público, os agentes da Administração tradicionalmente dispõem de remuneração menor, carreira menos estruturada e qualificação profissional inferior aos que exercem função equivalente na iniciativa privada<sup>408</sup>.

Embora a Administração Pública também almeje a eficiência quando da aquisição de bens e serviços, a racionalidade econômica não traduz sua missão institucional primordial<sup>409</sup>; sua atuação é pautada em simultâneo por

---

<sup>406</sup> Embora o acordo-quadro (ou, no direito brasileiro, o registro de preço) possa oferecer uma expectativa de negócios futuros para o fornecedor, tal expectativa é limitada a um objeto pré-definido e ao prazo de vigência de acordo.

<sup>407</sup> TREPTE, Peter. *Regulating Procurement: Understanding the Ends and Means of Public Procurement Regulation*. Oxford: Oxford University Press, 2006, p. 81.

<sup>408</sup> ARROWSMITH, Sue; LINARELLI, John; WALLACE JR., Don. *Regulating Public Procurement: National and International Perspectives*. The Hague: Kluwer Law International, 2000, pp. 21/22. A mesma autora registra, no entanto, iniciativa do governo britânico no sentido de reduzir a regulação das licitações, com foco na montagem de um quadro de profissionais habilitados e bem treinados, com experiência no setor privado (op. cit., p. 22).

<sup>409</sup> As aquisições promovidas pelo Estado não se destinam ao exercício de atividades econômicas (como recuperação dos custos e obtenção de lucros), mas à promoção do bem-

objetivos de natureza diversa, que lhe impõem a observância de meios distintos daqueles empregados pela iniciativa privada em suas aquisições. Considere-se, em primeiro lugar, a exigência de tratamento isonômico dos licitantes, que impõe a observância de regras assecuratórias da transparência e da competitividade dos procedimentos de contratação, passíveis de monitoramento e *enforcement* pelas empresas potencialmente lesadas, cuja adoção seria despropositada no setor privado.

Outrossim, o poder público encontra-se ainda mais vulnerável a problemas de agência que o setor privado, diante da presença de fortes incentivos à utilização da função pública para obtenção de vantagens políticas, como demonstrado pela teoria da *public choice*. Contudo, a Administração Pública possui instrumentos menos eficazes do que a iniciativa privada para o monitoramento dos agentes que promovem aquisições em seu nome, considerando: i) a ausência das pressões comerciais inerentes ao setor privado; ii) a multiplicidade de objetivos a ser atingida pela atuação estatal, vários dos quais de difícil mensuração econômica; e iii) a escassez de mecanismos premiais e/ou sancionatórios para incentivar a eficiência econômica na atuação burocrática<sup>410</sup>.

Para contrabalançar os riscos inerentes à relação agente-principal, as aquisições públicas costumam se submeter a regras bastante detalhadas, de modo a restringir o exercício da discricionariedade dos agentes públicos envolvidos no procedimento de contratação. Exige-se, pois, que o Estado promova suas aquisições em condições bem mais estritas do que as empresas particulares: as rotinas do setor privado, marcadas pela flexibilidade e pela

---

estar social e à satisfação dos interesses da comunidade (GONÇALVES, Pedro Costa. *Direito dos Contratos Públicos*. Coimbra: Almedina, 2021, pp. 116-117).

<sup>410</sup> Vale recordar, neste ponto, a lição de Peter Trepte: "Procurement regulation is not designed to emulate procurement practices in the private sector but to address the specific circumstances of the public sector". (A regulação das licitações não é desenhada para emular as práticas de aquisição no setor privado mas para enfrentar as circunstâncias específicas do setor público) TREPTE, Peter. *Regulating Procurement: Understanding the Ends and Means of Public Procurement Regulation*. Oxford: Oxford University Press, 2006, p. 128

liberdade de negociação, jamais poderão ser transpostas – ao menos não em sua integralidade – às contratações públicas.<sup>411</sup>

À semelhança de qualquer outro agente econômico, pauta suas aquisições pela maximização de sua utilidade, mediante comparação entre o benefício e o custo da operação. O objetivo da vantajosidade (*value for money*) consiste, portanto, na aquisição de bens, obras ou serviços junto ao setor privado nos termos mais vantajosos possíveis para a Administração Pública.

O conceito de vantajosidade não se esgota na aquisição pelo menor custo disponível no mercado. Havendo disponibilidade no mercado de produtos diferentes para atendimento da necessidade a ser satisfeita, a análise de custo-benefício é contingente às preferências individuais do comprador, que haverá de escolher os atributos desejáveis em termos de qualidade ou desempenho, e definir quanto se está disposto a pagar por eles. Em se tratando da Administração Pública, tais preferências refletem juízos e valor políticos e sociais do governo e, em última instância, da vontade dos eleitores<sup>412</sup>.

O objetivo do *value for money*<sup>413</sup> pode ser desdobrado em três aspectos:

i) adquirir bens, obras e serviços adequados às necessidades da Administração Pública, mas sem especificações supérfluas que possam ensejar desperdício de recursos públicos;

---

<sup>411</sup> Cf. FIUZA, Eduardo Pedral Sampaio. “Licitações e Governança de Contratos: A Visão dos Economistas”, in SALGADO, Lúcia H.; FIUZA, Eduardo P.S. (organizadores). *Marcos Regulatórios no Brasil: É tempo de rever regras?* Rio de Janeiro: IPEA, 2009, p. 240: “Diferentemente daquilo que fazem as firmas privadas, que escolhem com relativa liberdade seus fornecedores, o Estado em geral obedece a critérios bem mais rígidos de seleção de fornecedor e de apreamento de suas compras, pois deve respeitar os critérios de impessoalidade, isonomia, legalidade e publicidade, entre outros, deixando ao gestor público pouca margem de manobra.”

<sup>412</sup> TREPTE, Peter. *Regulating Procurement: Understanding the Ends and Means of Public Procurement Regulation*. Oxford: Oxford University Press, 2006, p. 390.

<sup>413</sup> Sue Arrowsmith ressalta a possibilidade de conflito entre diferentes perspectivas do *value for Money*. Assim, por exemplo, uma solução que seja mais economicamente vantajosa a curto prazo, como aceitar uma proposta intempestiva por preço inferior à concorrência, pode gerar desvantagens a longo prazo, por minar a confiança no processo licitatório e desestimular a futura participação de competidores (cf. ARROWSMITH, Sue. *Public procurement regulation*, p. 7).

ii) negociar as aquisições nos termos mais vantajosos para a Administração Pública, considerando o equilíbrio dos fatores custo e qualidade. Sob este aspecto, a solução “economicamente mais vantajosa” para atendimento às necessidades da Administração raramente será a opção de menor preço (cuja qualidade dificilmente será satisfatória), nem tampouco a opção tecnologicamente mais sofisticada (cujo custo usualmente será desproporcional às vantagens ofertadas);

iii) assegurar que o contratado terá capacidade de fornecer os bens, obras ou serviços adquiridos nos termos ajustados.<sup>414</sup>

Apontado por alguns autores<sup>415</sup> como um objetivo secundário da licitação, a eficiência procedimental (*efficiency*) exerce uma dúplice função: i) evitar o desperdício de tempo e de recursos escassos por parte do órgão adjudicante, em seus procedimentos de contratação; e ii) evitar que fornecedores interessados em contratar com o poder público tenham de arcar com custos desarrazoados para participar do certame. Sob este aspecto, o sistema de licitação eficiente seria aquele que consome o mínimo de recursos no processo de adquirir os bens e serviços para satisfação das necessidades da Administração. Pode-se considerar, no entanto, que tal objetivo estaria implícito na vantajosidade (*value for money*), que também abrange a minimização dos custos de transação.

O conceito de vantajosidade convive em tensão com a “satisfação do usuário” (*customer satisfaction*), que, na concepção de Christopher R. Yukins<sup>416</sup>, é também um objetivo secundário do sistema de licitação. O usuário ao qual se destina o produto ou serviço adquirido (p.ex., o burocrata que vai utilizar o “software”, o militar que vai pilotar o avião ou o paciente que vai receber o medicamento) normalmente almeja níveis elevados de qualidade, independentemente de considerações acerca do custo a ser suportado pelos

---

<sup>414</sup> ARROWSMITH, Sue; LINARELLI, John; WALLACE JR., Don. *Regulating Public Procurement: National and International Perspectives*. The Hague: Kluwer Law International, 2000, pp. 29/30.

<sup>415</sup> Veja-se, neste sentido: SCHOONER, Steven L. “Desiderata: Objectives for a System of Government Contract Law”, 11 *Public Procurement Law Review* 103 (2002).

<sup>416</sup> YUKINS, Christopher R. “A versatile prism: Assessing procurement law through the principal-agent model”, *Public Contract Law Journal*, vol. 40, n. 1 (2010), pp. 73/75.

cofres públicos. Ocorre, portanto, uma competição entre “stakeholders” (usuários interessados no aumento da qualidade vs. contribuintes interessados no controle das despesas públicas) pela primazia no controle da cadeia do sistema de aquisições públicas.

## 2.2 Tratamento isonômico

Embora a atuação da Administração Pública na aquisição de produtos e serviços junto ao mercado seja similar à dos operadores privados, o governo não é um comprador como os demais, motivados exclusivamente pela maximização de sua utilidade individual. Afinal, a eficiência econômica não é a única função do Estado, que também possui responsabilidades quanto ao bem-estar da sociedade, além de imperativos e prioridades de ordem política.<sup>417</sup>

Dentre estas responsabilidades, insere-se o princípio da impessoalidade, a determinar que a atuação estatal esteja baseada em regras comuns a todos, sem favoritismo ou discriminação. No âmbito do sistema de licitações, tal princípio se concretiza no objetivo de tratamento isonômico, pelo qual se almeja assegurar igualdade de oportunidades e igualdade de tratamento a todos os agentes econômicos que tenham interesse em contratar com o poder público.

O tratamento isonômico pode ser considerado sob a perspectiva instrumental, como um meio para alcançar os objetivos do *value for money* – na medida em que incentiva a participação de competidores e a consequente obtenção de propostas mais vantajosas – e da integridade – porquanto limita as oportunidades para abuso do poder discricionário. Possui, porém, valor autônomo<sup>418</sup>, como decorrência que é do dever fiduciário do gestor da *res publica* perante o público em geral: em se tratando de recursos da coletividade,

---

<sup>417</sup> TREPTE, Peter. *Regulating Procurement*, p. 69.

<sup>418</sup> Como ressalta Miguel Assis Raimundo, acima de qualquer utilidade que se dela se possa extrair, “a igualdade é um valor fundamental do Estado de Direito e a contratação pública, antes de servir a qualquer propósito mais concreto, aparece precisamente como espaço de afirmação de valores fundamentais compartilhados pela comunidade política” (RAIMUNDO, Miguel Assis. *A Formação dos Contratos Públicos. Uma Concorrência Ajustada ao Interesse Público*. Lisboa: AAFDL, 2013, p. 353).

todos os contribuintes devem ter igual oportunidade de se beneficiar de sua alocação.<sup>419</sup>

A garantia de tratamento isonômico pode ser percebida como um "direito" atribuído aos licitantes no curso do processo de contratação, mesmo quando os ônus impostos à Administração Pública excederem eventuais ganhos econômicos em termos de vantajosidade ou de integridade. Sue Arrowsmith<sup>420</sup> registra, no entanto, que ainda se debate até que ponto o governo haveria de levar em consideração os interesses dos fornecedores, em potencial detrimento dos interesses do próprio governo, e em que medida os padrões esperados do governo no trato com empresas haveriam de ser mais elevados do que as práticas adotadas na iniciativa privada<sup>421</sup>.

Assim como o princípio da igualdade, o tratamento isonômico possui um sentido formal, pelo qual é assegurada a todo licitante igualdade perante a lei, ou seja, direitos iguais no que diz respeito ao "enforcement" das regras do sistema licitatório. No sentido material, o tratamento isonômico demanda que situações idênticas sejam tratadas da mesma forma, enquanto situações diferentes sejam tratadas de modo diferenciado<sup>422</sup>.

A toda evidência, o objetivo do tratamento isonômico não constitui um impedimento absoluto a que a Administração Pública promova distinções entre

---

<sup>419</sup> DEKEL, Omar. "The Legal Theory of Competitive Bidding for Government Contracts", in *Public Contract Law Journal*, Vol. 37, No. 2, 2008, p. 246, disponível no endereço eletrônico <[https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1391182](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1391182)>, acesso em 20/08/2020.

<sup>420</sup> ARROWSMITH, Sue. *The Law of Public and Utilities Procurement*. London: Sweet and Maxwell, 1996, pp. 05

<sup>421</sup> Nesta linha, Steven Kelman interpreta o objetivo da "*equity*" em termos bastante restritos, limitando-a basicamente ao direito de um licitante não ser excluído arbitrariamente da possibilidade de contratação. Kelman chega a sugerir que um agente de contratação poderia optar por manter um fornecedor com o qual ele se sente "confortável", na medida em que tal conforto decorresse de vantagens efetivamente obtidas pelo governo (*genuine value to the government*) em decorrência das relações construídas entre o comprador e o fornecedor, sem que tal conduta caracterizasse tratamento discriminatório (KELMAN, Steven. *Procurement and Public Management*, p. 81).

<sup>422</sup> Peter Trepte distingue entre isonomia horizontal (*horizontal equity*), que implica que os licitantes sejam julgados exclusivamente com base em considerações relevantes sob a perspectiva da eficiência econômica, e isonomia vertical (*vertical equity*), que admitiria tratamentos diferenciados na medida em que ensejassem a redução das consequências das desigualdades inerentes à sociedade. (TREPTE, Peter. *Regulating Procurement*, p. 391).



empresas (por exemplo, ao estabelecer requisitos simplificados para a participação de pequenas e médias empresas no processo licitatório), mas, sim, a exigência de que eventuais diferenças de tratamento estejam baseadas em considerações relevantes.<sup>423</sup> Nos termos da jurisprudência da União Europeia, a aplicação do tratamento isonômico exige duas etapas: i) definir se o licitante estaria em posição comparável ao paradigma invocado; e ii) caso sua posição seja comparável, se há fundamento objetivo para seu tratamento diferenciado.<sup>424</sup>

Finalmente, o objetivo de tratamento isonômico também possui uma dimensão procedimental, pela qual se confere aos licitantes as garantias do devido processo legal (*fair treatment*) no curso da licitação<sup>425</sup>. A fim de prevenir que os licitantes sejam tratados de forma arbitrária ou discriminatória, o sistema licitatório implementa mecanismos procedimentais em seu benefício ao lhes assegurar, por exemplo, o direito de serem ouvidos antes que decisões que afetem seus interesses sejam tomadas, ou de conhecerem as motivações dos atos praticados pela Administração.

### 2.3 Integridade

O objetivo da integridade visa minimizar o risco de que sejam proferidas no curso do processo licitatório decisões fundadas em interesses ilegítimos, tais como: i) interesses pessoais do agente ou de outras pessoas com autoridade para influenciar o processo de contratação (p.ex., para favorecer empresas que ofereceram o pagamento de suborno, ou empresas em que haja participação de parentes, amigos ou sócios do agente público), ii) interesses políticos (p.ex., para favorecer empresas que oferecem suporte financeiro ou operacional ao partido político que indicou o agente), ou iii) interesses de

---

<sup>423</sup> ARROWSMITH, Sue. *Public procurement regulation*, p. 13.

<sup>424</sup> Cf. TJUE, Caso C-21/03, *Fabrimcom v État Belge*, 2005, parágrafo 27: “(...) segundo jurisprudência constante, o princípio da igualdade de tratamento exige que situações comparáveis não sejam tratadas de maneira diferente e que situações diferentes não sejam tratadas de maneira igual, a não ser que tal tratamento seja objetivamente justificado.”

<sup>425</sup> Sue Arrowsmith inclui o “*fair treatment of suppliers*” (ou “*procedural fairness*”) entre os objetivos secundários do sistema de licitações (ARROWSMITH, Sue. *Public procurement regulation*, pp. 14/15).

fornecedores ou grupos de fornecedores (p.ex., em casos de colusão ou cartelização)<sup>426</sup>.

Decorrem do objetivo de integridade a imposição de exigências procedimentais e de restrições ao exercício da discricionariedade, de modo a permitir o monitoramento da conduta do agente público, no intuito de reduzir o risco de corrupção. Tais constrições se fazem necessárias porque, à medida em que a cadeia de autoridade se estende dos agentes políticos para burocratas através de sucessivos níveis hierárquicos, aumenta drasticamente o risco de que sejam praticadas condutas que se afastem dos objetivos almejados pelos eleitores.<sup>427</sup>

Em que pese a procedência das críticas ao excesso de formalismo e rigidez do sistema de licitações públicas, é preciso considerar que tal procedimentalização é parte de um sistema de controle da coletividade sobre o atuar do agente público, que em seu nome maneja recursos públicos. Especialmente em cenários em que a corrupção não possui somente caráter oportunista, mas constitui, isto sim, um fator estrutural e sistêmico, não é exagero supor que a ampliação irrefletida da margem de liberdade conferida ao agente público na condução do procedimento licitatório pudesse resultar na indevida manipulação do sistema, favorecimento pessoal e extração de vantagens ilícitas.

Tradicionalmente, o controle da burocracia haveria de ser exercido diretamente, através da supervisão ou do monitoramento exercido por órgãos de hierarquia superior. Tal solução, no entanto, revela-se pouco eficiente<sup>428</sup> no âmbito das licitações e dos contratos públicos, seja em razão do consumo de

---

<sup>426</sup> ARROWSMITH, Sue; LINARELLI, John; WALLACE JR., Don. *Regulating Public Procurement: National and International Perspectives*. The Hague: Kluwer Law International, 2000, pp. 32/33.

<sup>427</sup> YUKINS, Christopher R. "A versatile prism: Assessing procurement law through the principal-agent model", *Public Contract Law Journal*, vol. 40, n. 1 (2010), p. 80.

<sup>428</sup> Além de ser ineficiente para a prevenção da corrupção oportunista, a supervisão direta pode até agravar cenários de corrupção sistêmica, ao reforçar a cumplicidade entre burocratas e seus superiores.

tempo e de recursos<sup>429</sup>, seja porque os órgãos encarregados do controle interno ou externo não dispõem das informações necessárias para monitorar a atuação do agente, em especial no que diz respeito às características do mercado em que atuam as empresas envolvidas no certame.

Nesse contexto, a fixação de parâmetros pré-estabelecidos para a conduta do agente público, com a redução do escopo de suas opções, é uma forma de minimizar o custo inerente à sua supervisão e monitoramento direto. Através da imposição de procedimentos formais e transparentes, transfere-se o *enforcement*, bem como o acesso às informações necessárias a seu exercício, aos maiores interessados na licitude do procedimento licitatório: os demais concorrentes.<sup>430</sup>

---

<sup>429</sup> Cf. TREPTE, Peter. "Transparency and Accountability as Tools for Promoting Integrity and Preventing Corruption in Procurement: Possibilities and Limitations", in *OECD Papers*, vol. 5/10, 2006, pp. 12-13: "Both supervision and monitoring require the valuable time of those supervising and monitoring the procurement process as well as of those implicated in the conduct of the procurement process under supervision. They may have to acquire information, request documentation, consider technical data, assess the degree of non-compliance and decide the appropriate corrective action. Given the extent and scope of the procurement function, such mechanisms will not be comprehensive and are unlikely to be cost effective." (Em tradução livre: "Tanto a supervisão como o monitoramento requerem o valioso tempo daqueles que supervisionam e monitoram o processo de aquisição, bem como daqueles envolvidos na condução do processo de aquisição sob supervisão. Eles podem ter que adquirir informações, solicitar documentação, considerar dados técnicos, avaliar o grau de não conformidade e decidir a ação corretiva apropriada. Dada a extensão e o escopo da função de aquisições, tais mecanismos não serão abrangentes e provavelmente não serão eficazes em termos de custos.")

<sup>430</sup> TREPTE, Peter. "Transparency and Accountability as Tools for Promoting Integrity and Preventing Corruption in Procurement: Possibilities and Limitations", in *OECD Papers*, vol. 5/10, 2006, p. 13: "By controlling the process rather than by defining the outcome, political leaders are able to assure compliance without specifying, or even necessarily knowing, what substantive outcome is most in their interest. By concentrating on procedures rather than outcomes, it is possible to involve interested parties more easily in the decision making process by assigning importance to those constituents (in the case of procurement, the tenderers) whose interests are at stake in the administrative proceeding thereby channeling the agent's decisions towards the substantive outcomes that are most favoured by those intended to be benefited by the policy. By giving those most concerned with the process and those who are in the best position to identify non-compliance the task of enforcing compliance, the government absolves itself of the time and cost burden of supervision and monitoring and still ensures its political control." (Em tradução livre: "Ao controlar o processo em vez de definir o resultado, os líderes políticos podem garantir o cumprimento sem especificar, ou mesmo necessariamente saber, qual resultado substantivo é mais de seu interesse. Ao concentrar-se nos procedimentos e não nos resultados, é possível envolver mais facilmente as partes interessadas no processo de tomada de decisão, atribuindo importância àqueles constituintes (no caso de aquisições, os proponentes) cujos interesses estão em jogo no processo administrativo, canalizando assim o decisões do agente em relação aos resultados substantivos mais favorecidos por aqueles que se destinam a serem beneficiados pela política. Ao dar aos mais preocupados com o processo e àqueles que estão em melhor posição para identificar o não-cumprimento a tarefa de fazer

Para além da prevenção da corrupção efetiva, de molde a assegurar o adequado funcionamento do sistema licitatório e a correta alocação do dinheiro público, o objetivo da integridade também almeja prevenir a *aparência de corrupção*, por exemplo, através de regras que afastem a possibilidade de conflitos de interesse. Manter a aparência de probidade atende não somente à necessidade de limitar oportunidades para influências indevidas no processo decisório, mas se presta igualmente à construção de uma relação de confiança com os operadores do mercado e para o aumento da credibilidade da Administração junto aos cidadãos.<sup>431</sup>

Para ampliar a competitividade nas licitações, são necessárias regras objetivas e mecanismos de verificação que: i) sustentem um ambiente de confiança entre operadores financeiros e agências governamentais; ii) transmitam a segurança de que os licitantes serão selecionados exclusivamente com base nos termos de suas propostas e na demonstração de suas capacidades, jamais pela influência exercida sobre agentes públicos.<sup>432</sup>

Ao revés, em ambientes dominados pela corrupção sistêmica, o universo de empresas dispostas a contratar com o Poder Público se restringe àquelas que privilegiam o cultivo de relações pessoais em detrimento da eficiência e da economia. Além disso, o pagamento de eventuais vantagens ilícitas já estará precificado nas ofertas das empresas que se propõem a contratar com o poder público, o que redundará no aumento artificial do custo da avença, frustrando não somente a consecução da integridade, mas também da vantajosidade (*value for money*).

Por extensão do objetivo da integridade, o sistema de licitação também haverá de promover a *accountability* dos agentes públicos ou privados que porventura violem as regras do sistema, parâmetro que Sue Arrowsmith inclui

---

cumprir o cumprimento, o governo se isenta do tempo e dos custos de supervisão e monitoramento e ainda garante seu controle político.”

<sup>431</sup> DEKEL, Omar. “The Legal Theory of Competitive Bidding for Government Contracts”, p. 241.

<sup>432</sup> SCHOONER, Steven L. “Desiderata: Objectives for a System of Government Contract Law”, 11 *Public Procurement Law Review* 103 (2002).

entre os objetivos secundários da contratação pública<sup>433</sup>. A *accountability* se materializa no oferecimento de instrumentos para assegurar às partes interessadas o monitoramento e o cumprimento (*enforcement*) das regras do sistema de licitações, atribuindo credibilidade ao sancionamento daqueles que porventura as violem. Idealmente, essa verificação pode ser realizada tanto pelos agentes econômicos interessados no certame como pelo público em geral, e mesmo por outros Estados no caso de sistemas internacionais.

## 2.4 Objetivos secundários

Para além dos três objetivos primordiais já descritos (vantajosidade, tratamento equitativo e integridade) e das finalidades secundárias que lhes são decorrentes (eficiência procedimental, garantia de devido processo e *accountability*), Sue Arrowsmith identifica outros dois objetivos secundários no sistema de licitações: i) a implementação de políticas industriais, sociais e ambientais (*horizontal policies*); e ii) a abertura de mercados ao comércio internacional.<sup>434</sup>

Na classificação proposta por Peter Trepte<sup>435</sup>, as políticas horizontais se situam no plano da atuação do Estado na qualidade de ente político, que possui outras responsabilidades e prioridades para além da aquisição economicamente mais vantajosa, enquanto o propósito de abertura de mercados ao comércio internacional se situa no plano da inserção do Estado no cenário global.

As políticas horizontais (*horizontal policies*), também denominadas políticas secundárias ou colaterais, são objetivos atinentes a políticas públicas industriais, sociais e ambientais, e situam-se fora do escopo da aquisição de

---

<sup>433</sup> ARROWSMITH, Sue. *Public procurement regulation*, p. 11. Em sentido similar, WARE, Glenn T.; MOSS, Shaun; CAMPOS, J. Edgardo; NOONE, Gregory P. ("Corruption in Public Procurement: A Perennial Challenge", p. 298), identificam os seguintes objetivos um sistema de licitações haverá de se orientar aos seguintes objetivos: i) impessoalidade (baseada em regras), ii) competitividade, iii) transparência; iv) *accountability*; v) eficiência econômica; e vi) agilidade.

<sup>434</sup> ARROWSMITH, Sue. *Public procurement regulation*, pp. 15-19.

<sup>435</sup> TREPTE, Peter. *Regulating Procurement: Understanding the Ends and Means of Public Procurement Regulation*. Oxford: Oxford University Press, 2006, p. 59.

bens, obras ou serviços nos termos mais vantajosos. Cuida-se aqui da denominada *utilização estratégica* da contratação pública<sup>436</sup>, em que a Administração Pública se vale da licitação como um instrumento voltado para a implementação de políticas públicas, almejando finalidades alheias ao custo-benefício das aquisições que promove, a exemplo do desenvolvimento econômico de grupos sociais ou de regiões menos favorecidas. A adoção de tais políticas usualmente importa em *trade-offs* em relação ao objetivo da vantajosidade, na medida em que pode aumentar os custos da contratação ou restringir o acesso da Administração ao mercado.

Por fim, o objetivo da abertura de mercado ao comércio internacional é uma inovação relativamente recente nos sistemas de licitações públicas, tradicionalmente fechados e voltados ao favorecimento da indústria doméstica. Acordos internacionais como o *Government Procurement Agreement* (GPA) da Organização Mundial de Comércio (OMC), acordos regionais como o regime europeu e o Mercosul e normas-modelo como a da UNCITRAL integram o esforço de promover a abertura do mercado de contratos públicos, sob a premissa de promover o uso mais eficiente de recursos em nível global.<sup>437</sup>

Se é verdade que diversos autores incluem a transparência no rol de objetivos do sistema de licitação<sup>438</sup>, parece mais acertado o entendimento de Peter Trepte, para quem não há sentido em considerar a transparência um objetivo autônomo.<sup>439</sup> Na realidade, a “transparência” fundamenta diversos

---

<sup>436</sup> GONÇALVES, Pedro Costa. *Direito dos Contratos Públicos*. Coimbra: Almedina, 2021, p. 138.

<sup>437</sup> Segundo Sue Arrowsmith, os meios para atingir o objetivo da abertura de mercado ao comércio internacional seriam: i) proibição de tratamento discriminatório a fornecedores estrangeiros; ii) adoção de procedimento transparente para a adjudicação; iii) padronização ou harmonização de procedimentos licitatórios (principal objetivo da Norma Modelo da UNCITRAL); e iv) uniformização do enfrentamento da corrupção (cf. ARROWSMITH, Sue. *Public procurement regulation*, pp. 17-18).

<sup>438</sup> Assim, Steven L. Schooner considera a transparência um dos objetivos basilares do sistema de licitações (SCHOONER, Steven L. “Desiderata: Objectives for a System of Government Contract Law”, 11 *Public Procurement Law Review* 103 (2002)). Em sentido similar: WARE, Glenn T.; MOSS, Shaun; CAMPOS, J. Edgardo; NOONE, Gregory P. “Corruption in Public Procurement: A Perennial Challenge”, p. 298.

<sup>439</sup> “It is argued here that ‘transparency’ is meaningless as an objective in itself.” TREPTE, Peter. *Regulating Procurement: Understanding the Ends and Means of Public Procurement Regulation*. Oxford: Oxford University Press, 2006, p. 392.

mecanismos do sistema de licitações, empregados em benefício ora da autoridade política, ora do agente de contratação e ora dos licitantes.

Sob o prisma da relação entre principal (autoridade política) e agente (agente de contratação), a transparência constitui um mecanismo para monitoramento das ações do agente e exercício de controle sobre a burocracia, servindo como instrumento para o objetivo da integridade.

Sob a perspectiva do agente de contratação em relação aos licitantes, a transparência almeja oferecer incentivos aos licitantes para que divulguem informações fidedignas em relação à qualidade e ao custo dos produtos e serviços disponíveis no mercado, de modo a alcançar o objetivo da vantajosidade.

Em sentido inverso – ou seja, na perspectiva dos licitantes em relação ao agente de contratação – o objetivo da transparência é fomentar a confiança de que os procedimentos serão observados e de que haverá *enforcement* em caso de desvios de conduta. Almeja-se, portanto, assegurar o objetivo do tratamento isonômico entre os licitantes<sup>440</sup>.

## 2.5 Correlação entre os objetivos

Dentre os três objetivos primordiais da licitação acima relacionados, Peter Trepte<sup>441</sup> e Sue Arrowsmith<sup>442</sup> conferem primazia ao objetivo da vantajosidade (*value for money*): as licitações, tal como as conhecemos, existem em função da busca da eficiência econômica, seja de forma deliberada ou intuitiva.

---

<sup>440</sup> TREPTE, Peter. *Regulating Procurement: Understanding the Ends and Means of Public Procurement Regulation*. Oxford: Oxford University Press, 2006, p. 392-394.

<sup>441</sup> TREPTE, Peter. *Regulating Procurement: Understanding the Ends and Means of Public Procurement Regulation*. Oxford: Oxford University Press, 2006, p. 129.

<sup>442</sup> ARROWSMITH, Sue; LINARELLI, John; WALLACE JR., Don. *Regulating Public Procurement: National and International Perspectives*. The Hague: Kluwer Law International, 2000, pp. 27.

Sob certos aspectos, os objetivos do tratamento isonômico e da integridade complementam e reforçam o objetivo da vantajosidade. Assim, por exemplo, a adoção de regras que assegurem igualdade de oportunidades a todos os licitantes e previnam o exercício abusivo do poder discricionário contribuem para a construção da confiança dos licitantes no sistema de contratação pública, o que amplia a competitividade no mercado de aquisições governamentais, resultando em maiores vantagens para o comprador em termos de custo-benefício.

De modo similar, os objetivos do tratamento isonômico e da integridade se reforçam mutuamente: a possibilidade de obter favorecimentos (ou de evitar tratamento discriminatório *ex post*) está na raiz dos incentivos para o pagamento ilícito de vantagens a agentes públicos por parte das empresas que almejam contratar com o poder público.

Por outro lado, há também uma relação de permanente tensão entre as múltiplas finalidades do processo licitatório. À guisa de exemplo, um agente de contratação que almejasse obter a melhor relação custo-benefício para a Administração Pública teria estreita margem para negociar soluções economicamente mais vantajosas, diante dos procedimentos fixos e pré-estabelecidos estabelecidos no intuito de alcançar os objetivos do tratamento isonômico e da integridade. Assim, chega a ser um truísmo afirmar que há um *trade off* entre os princípios da eficiência, da impessoalidade e da moralidade nas licitações<sup>443</sup>.

---

<sup>443</sup> Cf. NÓBREGA, Marcos. “Análise Econômica do Direito Administrativo”, in *Direito e Economia no Brasil. Estudos sobre a Análise Econômica do Direito*. Indaiatuba: Editora Foco, 2019, p. 427. No mesmo sentido, DIAS, Maria Tereza Fonseca. “Análise Econômica do Direito nas contratações públicas: estudo de casos da legislação e experiência brasileira”, p. 6, disponível no endereço <[http://www.up.edu.pe/UP\\_Landing/alacde2017/papers/50-Law-economics-public-contracts.pdf](http://www.up.edu.pe/UP_Landing/alacde2017/papers/50-Law-economics-public-contracts.pdf)>, acesso em 20/08/2020: “(...) os contratos administrativos não se fundam apenas nos aspectos de maximização de riqueza ou eficiência econômica na obtenção da proposta mais vantajosa de contratação, mas destinam-se a outros fins, como a garantia da isonomia – que se refere aos aspectos republicanos do processo de contratação – e do desenvolvimento nacional sustentável, além de estar sujeita a diversos princípios jurídicos que encerram valores distintos das questões afetas a eficiência e economicidade, tais como impessoalidade, moralidade, igualdade, publicidade, probidade administrativa, vinculação ao instrumento convocatório e julgamento objetivo das propostas, além de outros que lhe são correlatos. Aproximando-se esses objetivos aos diversos conceitos de eficiência no desenvolvimento das correntes de pensamento da Análise Econômica do Direito, eles aproximam-se mais da ideia do critério do bem-estar social.” Veja-se, no mesmo sentido:



Em grande medida, as perplexidades na análise da contratação pública decorrem das contradições entre os múltiplos objetivos do sistema de licitações (e suas respectivas perspectivas de análise): privilegiar a igualdade de oportunidades entre as empresas interessadas em contratar com o poder público pode tornar o processo de seleção mais lento e oneroso, gerando custos de transação superiores às vantagens econômicas que a ampliação da competitividade poderia proporcionar<sup>444</sup>. De modo similar, medidas que confeririam maior possibilidade para alcançar o *value for money* (por exemplo, a ampliação da liberdade de atuação do gestor público, sob as premissas do Estado benevolente e do agente alinhado com o interesse público) são justamente aquelas em que há maior risco à integridade (sob as premissas da possibilidade de captura estatal e do agente auto-interessado).

Critica-se, em especial, os sacrifícios que o objetivo da integridade (abrangendo não somente a prevenção da corrupção efetiva, mas também da aparência de corrupção) impõe ao objetivo da vantajosidade. Como o exercício da discricionariedade pode expor a conduta do agente público a escrutínio e a questionamentos potencialmente danosos à sua reputação, burocratas tendem assumir uma postura de aversão ao risco (*risk avoidance*), deixando de exercer plenamente as faculdades que lhe são concedidas pela lei<sup>445</sup>. A excessiva preocupação com o “compliance” retiraria o foco dos resultados, e desincentivaria a inovação.

Estritamente sob a perspectiva da eficiência econômica, o “nível ótimo” de prevenção à corrupção nas licitações públicas seria aquele em que o custo dos mecanismos preventivos (incluindo a perda de eficiência decorrente das normas de integridade) fosse equivalente à economia gerada por tais

---

YUKINS, Cristopher R. “Integrating integrity and procurement: The United Nations Convention Against Corruption and the UNCITRAL Model Procurement Law”, *Public Contract Law Journal* 36, n. 3 (2007), p. 319.

<sup>444</sup> Quanto à tensão entre a proteção do interesse público financeiro e a proteção do interesse da concorrência, veja-se GONÇALVES, Pedro Costa. *Direito dos Contratos Públicos*. Coimbra: Almedina, 2021, pp. 126-133.

<sup>445</sup> YUKINS, Cristopher R. “A versatile prism: assessing procurement law through the principal-agent model”, p. 77.

instrumentos: ou seja, que cada unidade de valor gasta com vistas a preservar a integridade do sistema resultasse na prevenção do desvio de uma unidade de valor dos cofres públicos.

Há que se recordar, no entanto, que a nocividade da corrupção não se restringe à esfera econômica: o objetivo da integridade também possui dimensões políticas e sociais, ao almejar a preservação da confiança do público no governo e a elevação dos padrões e expectativas morais da sociedade<sup>446</sup>. Diante do valor da *accountability* para a integridade do processo político, mesmo Steven Kelman – que critica de forma veemente os esforços de controlar a corrupção por intermédio da regulação das licitações<sup>447</sup> – alinha-se com a máxima do economista Arthur Okun, segundo o qual os órgãos de controle “deveriam gastar \$20 para prevenir a apropriação de \$1 em recursos públicos”<sup>448</sup>.

Não há necessidade, portanto, de que a adoção de regras de integridade gere benefícios econômicos superiores (ou mesmo equivalentes) a seus custos. A *accountability* dos agentes públicos exige que as normas que regulam a licitação sejam aplicadas à vista de todos, de forma transparente e verificável. Mesmo que o agente de contratação esteja melhor posicionado para avaliar a solução mais vantajosa para o interesse público, não poderá tomar decisões baseadas em opiniões subjetivas, porquanto adstrito a critérios objetivos e passíveis de verificação *ex post*. Ainda que a aplicação de tais procedimentos possa resultar em aquisições subótimas, a proteção da

---

<sup>446</sup> ARROWSMITH, Sue; LINARELLI, John; WALLACE JR., Don. *Regulating Public Procurement: National and International Perspectives*. The Hague: Kluwer Law International, 2000, pp. 37/38.

<sup>447</sup> KELMAN, Steven. *Procurement and public management*, p. 96: “And, indeed, combating procurement corruption through regulation turns out to be a terrible idea for many reasons, even beyond the toll it exacts on the quality of government performance. It is of dubious effectiveness. It unjustly punishes the many for the crimes of the few. And alternatives are likely to be at least as effective” (De fato, combater a corrupção em licitações através de regulação revela-se uma péssima ideia por múltiplas razões, para além dos prejuízos causados sobre a qualidade de desempenho do governo. Sua efetividade é duvidosa. Muitos são injustamente punidos pelos crimes de poucos. E alternativas provavelmente seriam pelo menos igualmente efetivas.”)

<sup>448</sup> OKUN, Arthur M. *Equality and Efficiency: The Big Tradeoff*. Washington D.C.: Brookings Institution Press, 2015, p. 59.

integridade haverá de levar o Estado a abrir mão do *resultado ideal* em prol do *melhor resultado verificável*.<sup>449</sup>

### 3. A análise econômica da licitação sob múltiplas perspectivas

Dado que as aquisições de produtos, serviços e obras públicas são essencialmente atividades econômicas desenvolvidas junto ao mercado privado, a regulação das licitações pode ser analisada à luz dos conceitos da ciência econômica.

Assim, a legislação de licitações e contratações públicas pode ser compreendida enquanto regulação do mercado de aquisições públicas, orientada à obtenção do triplice objetivo de vantajosidade, tratamento isonômico e integridade. Sob a perspectiva da análise econômica do direito, a função primordial da lei de licitações é alterar os incentivos de agentes públicos e atores econômicos, com vistas à correção de falhas no mercado de compras públicas e de falhas de governo, com vistas à eficiência na aplicação dos escassos recursos do Estado<sup>450</sup>.

Em um primeiro olhar, as falhas do mercado de aquisições públicas espelham as distorções que comprometem a competitividade dos mercados privados, como concentração excessiva, ausência de homogeneidade dos bens ofertados, assimetrias de informação e deficiências de *enforcement*. No entanto, o referencial teórico do Direito Administrativo brasileiro não costuma contemplar tais categorias, por compreender as regras jurídicas a partir de um cenário ideal de informação perfeita, bens homogêneos e ausência de custos de transação.<sup>451</sup>

---

<sup>449</sup> TREPTE, Peter. *Regulating Procurement: Understanding the Ends and Means of Public Procurement Regulation*. Oxford: Oxford University Press, 2006, p. 127-128.

<sup>450</sup> TREPTE, Peter. *Regulating Procurement*, p. 63: "First, regulation can be seen as an attempt to correct market and institutional failures in order to achieve the goal of economic efficiency". (Em primeiro lugar, a regulação pode ser vista como uma tentativa de corrigir falhas de mercado e institucionais visando a atingir o objetivo da eficiência econômica).

<sup>451</sup> Cf. NÓBREGA, Marcos. *Direito e Economia da Infraestrutura*, p. 22: "Parece claro que a matriz teórica do Direito Administrativo remonta ao século XIX, século da certeza, no qual aspectos como custos de transação, racionalidade limitada, contratos incompletos e assimetria de informação simplesmente não eram considerados. Aliás, também a chamada economia

Para agravar o quadro, o mercado de aquisições públicas apresenta complexidade muito maior do que os mercados privados, pois a troca entre dois atores econômicos movidos pela maximização de seu interesse constitui somente um dos ângulos sob as quais a contratação pública há de ser analisada. Em primeiro lugar, o objetivo de tratamento isonômico exige que o escopo da análise inclua a estrutura de incentivos de todos os atores econômicos que possuíam interesse em contratar com o Poder Público, incluindo aqueles aos quais o contrato não será adjudicado. Em segundo lugar, o objetivo da integridade exige a realização de uma verdadeira “radiografia” da dinâmica interna do ente público, permitindo a particularização dos incentivos dos diferentes agentes dentro da hierarquia estatal.

Pode estabelecer-se, portanto, um paralelo entre os objetivos primordiais da regulação das licitações e as perspectivas de análise econômica sobre o referido sistema, nos seguintes termos: i) o objetivo da vantajosidade, sob a perspectiva do Estado enquanto adquirente; ii) o objetivo do tratamento isonômico, sob a perspectiva das empresas que almejam contratar com o Poder Público; e iii) o objetivo da integridade, sob a perspectiva da relação agente-principal.

Para a identificação dos problemas a serem enfrentados sob cada uma destas perspectivas, a regulação das licitações será analisada à luz dos conceitos e modelos oriundos das diferentes escolas de análise econômica do direito anteriormente mencionadas, a saber: Escola de Chicago, Teoria da Escolha Pública e Nova Economia Institucional.

---

neoclássica não lidava com esses conceitos que foram formatados no decorrer do século XX, ganhando robustez teórica nos últimos 40 anos.” No mesmo sentido, Marcos Nóbrega e Ronny Charles L. de Torres afirmam que “não evoluiremos na eficiência das contratações públicas sem nos preocuparmos prioritariamente com teoria da agência, teoria dos jogos, risco moral (*moral hazard*), racionalidade limitada, assimetrias de informação, custos transacionais, *market design*, teoria do desenho e estabelecimento de incentivos” (NÓBREGA, Marcos; TORRES, Ronny Charles L. de. “A Nova Lei de Licitações, Credenciamento e E-Marketplace: O *turning point* da inovação nas compras públicas”, p. 18, disponível em <<https://www.licitante.com.br/wp-content/uploads/2020/12/A-nova-lei-de-licitacoes-credenciamento-e-e-marketplace-o-turning-point-da-inovacao-nas-compras-publicas.pdf>>, acesso em 20/07/2021).

### 3.1. A perspectiva do Estado enquanto adquirente

Em uma primeira abordagem, o Estado pode ser analisado como qualquer outro agente econômico que realiza trocas no mercado, com o intuito de maximizar seu próprio interesse. Sob esta perspectiva, o Estado é considerado um ente monolítico (abstraindo eventuais divergências de interesse entre agentes públicos e aqueles que lhe delegaram o poder de agir), incumbido de maximizar o bem-estar social (abstraindo a possibilidade de captura do ente público por grupos de interesse).

Os fatores que impedem o Estado de realizar aquisições nos termos mais vantajosos são os mesmos que comprometem a eficiência econômica, cujo ideal se assenta sobre a premissa de um mercado perfeitamente competitivo. Sob esta perspectiva inicial, a regulação das licitações decorre da percepção de que o mercado não está funcionando como deveria e que tais falhas de mercado haveriam de ser corrigidas<sup>452</sup>, visando alcançar um estado que melhor se assemelhe à competição perfeita<sup>453</sup>.

O mercado pode se organizar de formas diferentes, revestindo-se de distintas características em função de três variáveis: i) o número de empresas existentes; ii) a diferenciação entre os produtos; e iii) a presença de barreiras à entrada.<sup>454</sup>

Segundo a teoria microeconômica, a estrutura de mercado mais eficiente seria a *concorrência perfeita*, que possui as seguintes premissas: i) um grande universo de compradores autointeressados, agindo para maximizar sua utilidade; ii) um grande universo de vendedores autointeressados, agindo para maximizar seus lucros; iii) incapacidade de compradores ou vendedores

---

<sup>452</sup> TREPTE, Peter. *Regulating Procurement*, pp. 111-112.

<sup>453</sup> Peter Trepte ressalta a diferença entre as políticas regulatórias dos Estados Unidos e da Europa: enquanto a primeira se funda na premissa de que o mercado funciona bem em circunstâncias ordinárias, e somente haveria de sofrer interferências em casos específicos, a segunda admite soluções mais intervencionistas e controle mais intenso por parte do Estado (TREPTE, Peter. *Regulating Procurement*, p. 63).

<sup>454</sup> TREPTE, Peter. *Regulating Procurement*, pp. 67. No mesmo sentido, veja-se AGUIAR, Júlio Cesar; DAHER, Lenna Luciana Nunes; TABAK, Benjamin Miranda. “Cartéis em licitações públicas sob o enfoque da Análise Econômica do Direito”, p. 190.

individualmente considerados exercerem controle sobre preços de mercado, sendo portanto *tomadores de preço* e não *formadores de preço*; iv) os preços exercem a função de indicadores para a tomada de decisões no mercado para comunicar escassez; v) homogeneidade entre os produtos oferecidos no mercado, de modo que os bens ofertados por uma empresa pudessem ser perfeitamente substituídos por aqueles dos concorrentes; vi) ausência de barreiras de entrada e saída de competidores no mercado; vii) compartilhamento de informações entre todos os compradores e vendedores acerca dos termos de todas as transações realizadas no mercado; viii) todos os recursos são de propriedade privada, com direitos claramente definidos e atribuídos; e ix) perfeita aplicação (*enforcement*) das leis vigentes pelo Estado.<sup>455</sup>

Em que pese a virtual impossibilidade da presença de todas as premissas da concorrência perfeita<sup>456</sup>, o modelo permite identificar os fatores cuja ausência compromete o estabelecimento de um mercado competitivo no contexto das licitações e dos contratos públicos.

Sob a perspectiva do Estado-adquirente, a regulação das licitações visa fundamentalmente corrigir as seguintes falhas no mercado de aquisições públicas: i) assimetrias de informação do Estado em relação ao mercado, ii) concentração de poder de mercado, iii) custos de transação suportados pelo ente público e iv) risco de comportamentos oportunistas por parte dos licitantes.

### 3.1.1. Assimetria de informações sob a perspectiva do Estado

A primeira categoria de falha de mercado diz respeito à ausência de informações perfeitas, ou seja, do compartilhamento de conhecimento entre compradores e vendedores acerca dos termos das demais transações realizadas no mercado.

---

<sup>455</sup> Cf. AGUIAR, Júlio Cesar; DAHER, Lenna Luciana Nunes; TABAK, Benjamin Miranda. “Cartéis em licitações públicas sob o enfoque da Análise Econômica do Direito”, p. 191.

<sup>456</sup> Por exemplo, dificilmente se poderiam verificar as condições da total transparência de informações ou da completa ausência de diferenciação qualitativa entre os produtos disponibilizados no mercado.

No que tange à *assimetria de informação*, a licitação pode ser concebida como um procedimento que almeja a revelação de informações do mercado para a Administração Pública. Como afirmam Marcos Nóbrega e Diego Franco de Araújo Jurubeba, “se as informações fossem livres, perfeitas e gratuitas, não haveria necessidade de certame licitatório” para que a aquisição fosse realizada nos termos economicamente mais vantajosos para a Administração. “[B]astaria ao gestor público contratar diretamente o particular que melhor atendesse aos seus critérios de escolha”.<sup>457</sup> Neste cenário ideal de competição perfeita, nem compradores nem vendedores teriam capacidade de influir sobre os preços praticados, limitando-se a atuar como tomadores de preço junto ao mercado.<sup>458</sup>

Na realidade, contudo, a Administração Pública desconhece o real custo de produção dos bens que adquire, bem como os fatores de demanda e oferta que definiriam o preço de equilíbrio no mercado. Os procedimentos competitivos previstos no sistema de licitações almejam, portanto, induzir os fornecedores a transmitir informações fidedignas ao Estado-adquirente<sup>459</sup>, no que diz respeito a: i) levantamento das soluções disponíveis no mercado para a satisfação de sua necessidade, ii) aferição e comparação da qualidade das soluções disponíveis; iii) apuração do preço de mercado da solução desejada, e iv) identificação do operador econômico apto a lhe fornecer a solução mais vantajosa em termos de preço e qualidade.

Na ausência de competição, o comprador ficaria vulnerável à exploração por parte dos fornecedores, visto que lhe faltaria uma medida de referência a partir da qual comparar os preços que lhe fossem ofertados. Ao forçar os licitantes a competir entre si, mediante oferecimento de lances ou ofertas com base em especificações e critérios transparentes e objetivos, a Administração incentiva que os fornecedores lhe revelem suas informações privadas.

---

<sup>457</sup> NÓBREGA, Marcos; JURUBEBA, Diego Franco de Araújo. “Assimetrias de informação na nova Lei de Licitação e o problema da seleção adversa”, in *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, Belo Horizonte, ano 18, nº 69, 2020, p. 13.

<sup>458</sup> TREPTE, Peter. *Regulating Procurement*, p. 85.

<sup>459</sup> TREPTE, Peter. *Regulating Procurement*, p. 116.

A partir da comparação entre as propostas dos competidores, espera-se que os licitantes que apresentarem informações inverídicas (p.ex., exagerando seus custos de produção ou extraindo *rents*) sejam excluídos da possibilidade de contratar, de modo que a seleção recaia sobre os fornecedores mais eficientes. Assim, induz-se que os fornecedores adotem uma estratégia de revelar informações verdadeiras, possibilitando a realização de contratações mais vantajosas para o Poder Público<sup>460</sup>.

O funcionamento de tal mecanismo de revelação de informações está condicionado, no entanto, ao efetivo comprometimento do comprador público com a observância das regras do procedimento. O licitante somente divulgará informações fidedignas (por exemplo, quanto ao preço do produto ou serviço ofertado), na medida em que possuir a expectativa de que tal estratégia levará sua proposta a ser vencedora do certame<sup>461</sup>. Se o agente de licitação se desvia do procedimento previsto, renegando o compromisso assumido com a adoção de critérios de seleção transparentes e verificáveis, perde-se a confiança necessária para que o fornecedor revele informações fidedignas, o que somente reduziria a participação de licitantes em certames futuros e ampliaria a assimetria de informações entre o mercado e a Administração Pública.<sup>462</sup>

### 3.1.2. Concentração de poder de mercado

A segunda categoria de falha de mercado usualmente verificada no mercado de aquisições públicas consiste na *concentração de poder de mercado* em um universo restrito de empresas, que reiteradamente são selecionadas para contratar com o Poder Público, de modo a restringir a competitividade nas licitações.

---

<sup>460</sup> NÓBREGA, Marcos. *Direito e Economia da Infraestrutura*, pp. 30-32.

<sup>461</sup> Invoca-se, neste sentido, a lição do economista Thomas C. Schelling, que trata do sacrifício voluntário da liberdade de escolha como uma estratégia para obter vantagens na negociação: "They rest on the paradox that the power to constrain na adversary may depend on the power to bind oneself" (Elas se baseiam no paradoxo de que o poder para constranger um adversário pode depender do poder de acorrentar a si próprio - SCHELLING, Thomas C. *The Strategy of Conflict*. Cambridge: Harvard University, 1980, p. 22).

<sup>462</sup> TREPTE, Peter. *Regulating Procurement*, p. 395.



Tal situação se afasta, portanto, do cenário ideal em que deveria haver um grande universo de vendedores autointeressados competindo entre si, com plena liberdade para entrar e sair do mercado (ausência de barreiras de entrada e saída). Por tais razões, os vendedores passam a poder para definir os preços praticados, ao invés de atuarem como meros tomadores de preço no mercado.

Há dois fatores que se reforçam mutuamente para comprometer a vantajosidade das contratações realizadas pela Administração Pública: as barreiras de entrada para o mercado de aquisições públicas e a possibilidade de cartelização dos fornecedores que contratam com o Poder Público.

Especialmente no caso de países em desenvolvimento, pode haver escassez de empresas competitivas no mercado, sobretudo quando se tratar do fornecimento de serviços ou realização de obras de maior complexidade. O próprio ambiente comercial pode estabelecer barreiras de entrada por fatores econômicos ou regulatórios alheios ao sistema de licitações, que dificultam o surgimento de competidores no mercado.

Tal situação é agravada pelo fato de o Estado, em via de regra, não acorrer diretamente ao mercado para satisfazer suas necessidades, criando processos competitivos para emular o seu funcionamento.<sup>463</sup> Mesmo em cenários nos quais pudesse haver grande quantidade de empresas fornecendo produtos relativamente homogêneos, a competitividade no mercado de compras públicas será necessariamente limitada em razão das barreiras de entrada impostas pelo sistema de licitações<sup>464</sup>.

---

<sup>463</sup> Cf. WARE, Glenn T.; MOSS, Shaun; CAMPOS, J. Edgardo; NOONE, Gregory P. "Corruption in Public Procurement: A Perennial Challenge", p. 297.

<sup>464</sup> "Caso as barreiras à entrada em um dado mercado sejam altas, i.e., se a entrada naquele mercado é custosa, difícil ou lenta, as empresas que nele atuam estão protegidas da pressão competitiva de potenciais novos entrantes, fator esse que facilita a formação e a manutenção de acordos colusivos, bem como permite aos seus integrantes abusar de seu poder coordenado. Em casos de compras públicas, a análise de barreiras à entrada passa ainda, por vezes, pela análise dos editais das licitações. Com efeito, os editais são documentos que estabelecem as regras que pautarão a interação entre as licitantes – aspectos relacionados a preço, quantidade, qualidade, tecnologia, prazos de execução, duração do contrato, dentre

Com efeito, virtualmente todo sistema de licitação existente estabelece pré-condições para a participação de empresas que pretendam contratar com o poder público. Pretende-se, através de tal expediente, assegurar que os licitantes tenham as qualificações econômicas e técnicas necessárias para a execução satisfatória do objeto contratual, de modo a excluir empresas inidôneas ou aventureiras. Dentre os requisitos de participação praticados internacionalmente inserem-se a oferta de garantias bancárias, a apresentação de certificados de qualidade, o patamar de receita mínima, a demonstração de situação financeira e a demonstração de qualificação técnica.<sup>465</sup>

Nem todos os requisitos de participação dizem respeito à capacidade técnica e econômica para o desempenho dos contratos: alguns sistemas legais também impõem restrições à participação visando outros objetivos (por exemplo, no caso da lei brasileira, a demonstração da ausência de débitos tributários ou de dívidas trabalhistas), que sob o pretexto de promover o respeito à lei e/ou à igualdade entre os licitantes geram restrições ainda maiores à competição (e um distanciamento ainda maior das licitações de um cenário de concorrência ideal).

A utilização da competição como ferramenta para a revelação de informações fidedignas pressupõe que os fornecedores estejam agindo de forma independente e que não compartilhem informações entre si. Porém, diante de um universo restrito de empresas aptas a competir, seja pela existência de barreiras de entrada no mercado privado, seja pelas restrições à

---

outros – e buscam reproduzir, de maneira *ad hoc*, o ambiente competitivo que, em tese, vigeria no mercado privado. Tal reprodução, contudo, é imperfeita, uma vez que os editais trazem cláusulas que excluem do certame algumas potenciais competidoras – via exigências relacionadas à experiência prévia, acervo técnico, habilitação técnica, cumprimento de obrigações tributárias, dentre outras – funcionando, portanto, como barreiras à entrada” (cf. CADE, Guia de Combate a Cartéis em Licitação, p. 26/27, obtido em [http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias\\_do\\_Cade/guia-de-combate-a-carteis-em-licitacao-versao-final-1.pdf](http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias_do_Cade/guia-de-combate-a-carteis-em-licitacao-versao-final-1.pdf), acesso em 23/08/2020).

<sup>465</sup> Cf. CARPINETI, Laura; PIGA, Gustavo; ZANZA, Matteo. “The Variety of Procurement Practice: Evidence from Public Procurement”, in DIMITRI, Nicola; PIGA, Gustavo; SPAGNOLO, Giancarlo (editors). *Handbook of Procurement*. Cambridge University Press, 2006, item 2.2, obtido em 20/07/2020 no endereço <<https://ssrn.com/abstract=896748>>.

competitividade inscritas na regulação das licitações, surge a tendência<sup>466</sup> de que o mercado das compras públicas adote a estrutura de um oligopólio.

Ainda que as empresas dentro de um oligopólio adotassem inicialmente uma postura competitiva, a repetição de interações entre os mesmos participantes, através da sucessão de licitações ao longo do tempo, tende a induzir a estratégia de maximização de seus ganhos através da formação de um cartel<sup>467</sup>, mediante adoção de estratégias colusivas como a divisão de mercado (*market allocation*) ou o rodízio entre empresas contratadas (*bid rotation*)<sup>468</sup>. Diante de um universo restrito de fornecedores, os custos de coordenação para implementação e monitoramento de acordos anticompetitivos são relativamente baixos se comparados aos benefícios que a fixação artificial de preços e a extração de *rents* poderiam lhes proporcionar.

Como a colusão se baseia na assimetria de informação entre o agente de contratação e os fornecedores (p.ex., no que diz respeito ao efetivo preço de mercado do produto ou serviço a ser adquirido), um agente público – ainda que bem intencionado e não cooptado pelo cartel – dificilmente estaria em condições de identificar ou prevenir tais acordos anticompetitivos. Embora a regulação do sistema de licitações possa contribuir para o enfrentamento deste cenário, ao adotar mecanismos para ampliação da diversidade de fornecedores, também há necessidade de articulação com a legislação antitruste e com os órgãos de defesa da competitividade<sup>469</sup>.

---

<sup>466</sup> “Com objetivo de proteger a Administração de contratações aventureiras, a lei autoriza a imposição de barreiras de acesso ao mercado de compras governamentais e induz seu fechamento. Independentemente da concertação dos agentes econômicos, tem-se o incentivo à colusão.” (MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. “Direito da concorrência nas compras governamentais: regime restritivo e formalista da Lei de Licitações traz prejuízos para o Estado”. *O Estado de São Paulo*, São Paulo, 05 jun. 2004, p. B2)

<sup>467</sup> Cf. CARVALHO, Victor Aguiar de. *Cartéis em Licitações*, p. 42: “Com efeito, o arranjo institucional e normativo concernente ao regime licitatório não deveria se omitir em adotar práticas para melhor evitar a cartelização e muito menos conceder, como faz atualmente, facilidades para que os agentes privados coordenem ilicitamente as suas estratégias comerciais. Para corrigir tais incentivos perversos, há que se compreender as consequências pragmáticas produzidas por determinadas normas ou decisões de desenho institucional.”

<sup>468</sup> Cf. CADE. Guia de Combate a Cartéis em Licitação.

<sup>469</sup> TREPTE, Peter. *Regulating Procurement*, p. 122.

### 3.1.3. Custos de transação suportados pelo Estado

A terceira distorção no mercado de aquisições públicas sob a perspectiva do Estado comprador corresponde aos *custos de transação*, ou seja, àqueles suportados pelas partes que almejam realizar uma troca economicamente vantajosa no mercado. As partes envolvidas em uma transação incorrem em custos por ocasião da negociação que antecede a contratação (incluindo despesas com a solicitação de propostas a fornecedores e com a análise das informações obtidas acerca da contraparte na transação), que são denominados custos de transação *ex ante*. Arcam, ainda, com custos de transação pertinentes à execução do contrato (incluindo despesas com o monitoramento do cumprimento das obrigações, eventual renegociação do contrato em casos de imprevistos e potenciais medidas de *enforcement* em caso de inadimplemento), que são denominados custos de transação *ex post*.<sup>470</sup>

Sob a perspectiva da Administração Pública, os custos de transação *ex ante* (ou seja, incorridos no curso da licitação e em momento anterior à contratação) abrangem o custo com equipamento e pessoal envolvido no planejamento da contratação, realização de pesquisas de mercado, elaboração e divulgação dos editais, recepção e comparação das propostas, análise dos documentos de qualificação, e negociações mantidas com os fornecedores interessados.<sup>471</sup> No que tange aos custos de transação *ex ante*, o objetivo da vantajosidade se concretiza na eficiência procedimental, ou seja, no propósito

---

<sup>470</sup> LOBATO NETO, Lucival Lage; TABAK, Benjamin Miranda. *A Eficiência nas Leis Nacionais de Licitações e Contratos Administrativos: Uma Abordagem Juseconômica*. Curitiba: CRV, 2015, edição *on line*, item 5.3.

<sup>471</sup> “Os custos de transação associados à licitação são vários: todos os custos econômicos (incluindo custos de oportunidade) diretos e indiretos de recursos materiais (papel, computadores, meios de comunicação, serviços gráficos) e de alocação de pessoas-horas envolvidas nos trâmites burocráticos (recepção, fiscalização etc.), incorridos pela própria Administração, que devem ser somados ao preço de aquisição, taxas, seguros e fretes da aquisição direta dos bens e serviços transacionados.” (FIUZA, Eduardo Pedral Sampaio. “Licitações e Governança de Contratos: A Visão dos Economistas”, p. 241). Veja-se, no mesmo sentido, NÓBREGA, Marcos. “Análise Econômica do Direito Administrativo”, in *Direito e Economia no Brasil. Estudos sobre a Análise Econômica do Direito*. Indaiatuba: Editora Foco, 2019, p. 418.

de consumir o o mínimo de recursos no processo de adquirir o produto ou serviço de que a Administração necessite<sup>472</sup>.

Os custos que a adoção do procedimento licitatório impõe à Administração Pública precisam ser contrabalançados pelas vantagens a serem auferidas, em termos de *value for money*<sup>473</sup>. A ocorrência de custos de transação para a Administração Pública é o fundamento econômico para que seja dispensada a licitação em contratações de baixo valor: o legislador presume que, abaixo de determinado patamar de preço de aquisição, a economia que poderia ser proporcionada pelo processo licitatório será inferior aos custos de transação suportados pelo ente público.<sup>474</sup> Do mesmo modo, quando os custos da demora do processo competitivo excederem as vantagens que a concorrência pudesse proporcionar ao ente público, justifica-se a dispensa de licitação por razões de emergência.

O objetivo de minimizar os custos de transação *ex ante* também justifica a adoção de soluções como a centralização de aquisições e a utilização de acordos-quadro, de modo a permitir que uns órgãos adjudicantes se beneficiem das contratações celebradas por outrem, desobrigando-se do ônus de suportar as despesas inerentes à obtenção de informações e à análise de propostas.

Como visto, os custos de transação não se exaurem no momento da celebração do contrato entre a Administração Pública e o fornecedor selecionado. Na etapa de execução contratual, a Administração também incorre em custos de transação *ex post*, associados ao monitoramento e fiscalização do comportamento do fornecedor contratado, ao *enforcement* em

---

<sup>472</sup> SCHOONER, Steven L. "Desiderata: Objectives for a System of Government Contract Law", 11 *Public Procurement Law Review* 103 (2002).

<sup>473</sup> ARROWSMITH, Sue; LINARELLI, John; WALLACE JR., Don. *Regulating Public Procurement: National and International Perspectives*. The Hague: Kluwer Law International, 2000, pp. 31.

<sup>474</sup> No caso brasileiro, um estudo empírico realizado pela Controladoria-Geral de União na Nota Técnica nº 1081/2017/CGPLAG/DG/SFC apurou que 85% dos órgãos federais seriam "deficitários" nas compras por meio de pregão eletrônico, ou seja, o custo administrativo de realização do pregão superava a economia proporcionada pela concorrência, em relação ao preço de referência do edital. (documento disponível em <https://www.gov.br/cgu/pt-br/assuntos/noticias/2017/07/cgu-divulga-estudo-sobre-eficiencia-dos-pregoes-realizados-pelo-governo-federal/nota-tecnica-no-1-081-2017-cgplag-dg-sfc-1.pdf>)

caso de descumprimento contratual, à resolução de disputas e eventual renegociação do contrato em caso de eventos imprevistos.

Visando reduzir os custos de transação *ex post* suportados pela Administração Pública, alguns sistemas de licitação lhe conferem prerrogativas especiais no curso da execução contratual, que excedem aquelas usualmente reconhecidas no âmbito do direito privado, através das denominadas *cláusulas exorbitantes*. A partir da premissa de que o interesse público, almejado pelo Estado, haveria de prevalecer sobre os interesses privados da entidade contratada, a regulação pode admitir que a Administração Pública: i) promova modificações unilaterais no contrato e até mesmo sua rescisão unilateral por razões de interesse público (redução dos custos de renegociação em caso de eventos imprevistos); e ii) aplique diretamente sanções pela inexecução do contrato, incluindo a ocupação de recursos materiais e humanos vinculados ao objeto contratual (redução dos custos de *enforcement*).

#### 3.1.4. Comportamentos oportunistas em detrimento do Estado

Finalmente, sob a perspectiva do Estado adquirente, a regulação das licitações também visa reduzir o risco de comportamentos oportunistas por iniciativa da empresa contratada.

Como referido no Capítulo II, considera-se oportunista o comportamento da parte contratual que se utiliza de expedientes fraudulentos para atingir seus interesses, falseando a verdade, ocultando suas intenções ou adotando comportamentos lesivos à sua contraparte.

Os comportamentos oportunistas usualmente se classificam em: i) seleção adversa, quando uma das partes se vale da assimetria de informação para obter o contrato em termos indesejáveis para sua contraparte; ii) risco moral, quando uma das partes pratica comportamentos indesejáveis no curso da execução contratual; e iii) catividade (*“hold up”*), quando uma das partes se expõe a ser tomada como “refém” pelo risco de perda dos investimentos já realizados.

No âmbito das licitações e contratos públicos, vários motivos podem ensejar a ocorrência de seleção adversa na escolha da empresa contratada pela Administração. Quando a empresa contratada se vale de informações não compartilhadas com o Estado contratante acerca de variáveis exógenas (por exemplo, o custo ou a qualidade de produto adquirido), encontra-se em condições de extrair *rents* do governo<sup>475</sup> (por exemplo, mantendo preços elevados apesar do baixo custo ou mascarando sua ineficiência na prestação dos serviços<sup>476</sup>).

Outra causa de seleção adversa frequentemente apontada na literatura pode ser verificada em licitações pelo critério do menor preço, nas quais tendem a se sagrar vencedoras empresas que não tenham capacidade técnica para aferir corretamente o custo da obra ou do serviço<sup>477</sup>, ou que ofereçam lances excessivamente arriscados no certame como estratégia de sobrevivência, por já se encontrarem em situação financeira precária<sup>478</sup>. A subavaliação do custo do contrato, inerente ao fenômeno da “maldição do vencedor” (*winner’s curse*), pode resultar até mesmo no abandono da obra ou na interrupção precoce da prestação do serviço, em prejuízo ao interesse público.

A seleção adversa em licitações também pode ocorrer nos cenários em que haja diferenças qualitativas entre as opções disponíveis no mercado (produtos ou serviços não homogêneos): nesses casos, a adoção do critério do menor preço induzirá à seleção do produto de menor qualidade<sup>479</sup>.

---

<sup>475</sup> LAFFONT, Jean-Jacques; TIROLE, Jean. *A Theory of Incentives in Procurement and Regulation*. Cambridge: MIT Press (1993), pp. 01-02.

<sup>476</sup> TREPTE, Peter. *Regulating Procurement*, p. 89.

<sup>477</sup> Cf. RAUDLA, Ringa. “Law and Economic Analysis of the Estonian Public Procurement Act”, p. 211, obtido em [http://www.ippa.org/IPPC2/BOOK/Chapter\\_10.pdf](http://www.ippa.org/IPPC2/BOOK/Chapter_10.pdf), acesso em 05/10/2020: “(...) Adverse selection in case of public procurement may occur when the decisions to which firm a contract should be awarded are based primarily on the price-criterion. In this case, it may often be the inefficient firm (who is not capable of accurately assessing the actual costs of completing the contract) who wins the contract”.

<sup>478</sup> Cf. FIUZA, Eduardo Pedral Sampaio. “Licitações e Governança de Contratos: A Visão dos Economistas”, p. 264.

<sup>479</sup> TREPTE, Peter. *Regulating Procurement*, p. 90.

Posteriormente à celebração do contrato, o contratado pode se valer da assimetria de informação em relação ao monitoramento e fiscalização de sua conduta, para adotar ações discricionárias que comprometam o seu desempenho na execução contratual (tais ações podem ser representadas pela expressão “esforço” – *effort*)<sup>480</sup>. Tais comportamentos oportunistas se enquadram na categoria do risco moral. Ao contrário da seleção adversa, que diz respeito somente à escolha do contratado nas licitações públicas<sup>481</sup>, tanto o ente público contratante quanto a empresa contratada estão expostos ao risco moral.

No que diz respeito à conduta do contratado, alguns exemplos típicos de risco moral seriam: i) a substituição dos materiais especificados no projeto por outros de qualidade inferior, no curso da execução da obra<sup>482</sup>; ii) a disponibilização de mão-de-obra em quantidade inferior à prevista para prestação do serviço contratado; iii) a realização de trabalhos com intensidade inferior à almejada; ou iv) a inclusão, às custas do contrato, da aquisição de equipamentos ou da contratação de pessoal empregado na prestação de serviços a outros clientes da empresa.

Em princípio, tais ações podem ser praticadas em decorrência de deficiências na fiscalização do serviço pela Administração Pública: como afirma Peter Trepte, empresas privadas também podem ser ineficientes, mas na medida em que logrem ocultar sua ineficiência, poderão continuar a operar como fornecedores para o governo.<sup>483</sup> Contudo, como sabido, não raro a conduta oportunista do contratado é objeto de ajustes mantidos com agentes públicos corruptos. Tais acordos podem mesmo anteceder o certame: o gestor público concertado relaxa a fiscalização da qualidade dos serviços a serem

---

<sup>480</sup> LAFFONT, Jean-Jacques; TIROLE, Jean. *A Theory of Incentives in Procurement and Regulation*. Cambridge: MIT Press (1993), p. 01.

<sup>481</sup> Em um processo licitatório, a competição pela contratação ocorre apenas entre as empresas privadas, enquanto a identidade do ente público contratante já está pré-definida. Portanto, o risco de seleção adversa somente se coloca entre os potenciais fornecedores, e não por parte do órgão contratante.

<sup>482</sup> Cf. NÓBREGA, Marcos. “Análise Econômica do Direito Administrativo”, in *Direito e Economia no Brasil*. Estudos sobre a Análise Econômica do Direito. Indaiatuba: Editora Foco, 2019, p. 423.

<sup>483</sup> TREPTE, Peter. *Regulating Procurement*, p. 89.



prestados pelo licitante, possibilitando a redução de seus futuros custos de execução e, por conseguinte, a oferta do melhor preço e/ou um valor excedente a ser repassado ao agente corrupto.

### 3.2. A perspectiva das empresas fornecedoras

As mesmas falhas de mercado observadas sob o prisma do Estado adquirente também se apresentam para as empresas interessadas em contratar com a Administração Pública: i) assimetrias de informação dos fornecedores em relação ao Estado; ii) concentração de poder de mercado induzida pela atuação estatal; iii) custos de transação suportados pelas empresas; e iv) risco de comportamentos oportunistas por parte do poder público. Sob a perspectiva das empresas, no entanto, tais fatores não serão considerados à luz do objetivo de obtenção da proposta economicamente mais vantajosa para a Administração, mas sim da implementação do objetivo do tratamento isonômico aos licitantes.

#### 3.2.1. Assimetria de informações sob a perspectiva das empresas

Em tese, todas as informações necessárias para a aquisição de produtos ou serviços deveriam ser publicamente divulgadas a todos os interessados, de modo que eventual *assimetria de informação* entre o Estado e os fornecedores não deveria comprometer o tratamento isonômico. Contudo, na prática, é bastante comum que algum licitante (ou grupo de licitantes) possua informações privilegiadas capazes de introduzir distorções na competição, em detrimento de seus concorrentes.

No cenário mais benigno, uma empresa poderá obter informações não disponibilizadas a potenciais concorrentes em decorrência de sua anterior experiência na prestação do serviço (por exemplo, no caso do fornecedor cujo contrato está prestes a expirar), o que lhe permitirá conhecer os aspectos operacionais e a efetiva composição de custos do serviço com mais precisão do que seus competidores. Mas também pode ocorrer de a Administração Pública deliberadamente divulgar informações privilegiadas a um dos licitantes,

por exemplo: i) ao dar a conhecer a um dos licitantes (usualmente, aquele que já possui relação preexistente com o órgão público) sua intenção de contratar, concedendo-lhe tempo adicional para preparar sua proposta; ou ii) ao dar orientações ao licitante quanto ao modo de elaborar ou adaptar sua proposta, de modo a obter uma avaliação mais favorável na etapa de julgamento do certame.

### 3.2.2. Concentração de poder de mercado por intervenção estatal

Quanto à *concentração do poder de mercado*, para além dos incentivos à formação de cartéis e outros comportamentos anticompetitivos por iniciativa das próprias empresas, frequentemente o próprio poder público contribui para a redução da competitividade do certame, introduzindo barreiras de entrada com o intuito de restringir o acesso de concorrentes à contratação pública.

Como visto anteriormente, a teoria da *public choice* esclarece como se dá a possibilidade de captura de agentes públicos por grupos de interesse. Assim, fornecedores habituais ou cartéis empresariais podem persuadir o gestor público – com ou sem o oferecimento de vantagens ilícitas – a impor restrições artificiais ao acesso de outras empresas ao mercado de aquisições públicas, modelando o objeto contratual ou os requisitos de qualificação técnica de forma a excluir a concorrência. Ao invés de buscar melhorias em sua produtividade e competitividade, os licitantes tendem a investir recursos para influenciar os agentes públicos que definirão os termos da contratação visando à extração de vantagens junto à Administração, no fenómeno conhecido como *rent seeking*.

Partindo-se da teoria da escolha racional, o oferecimento de suborno no âmbito das licitações e dos contratos públicos será a estratégia racional para um agente económico, na medida em que lhe proporcione a maximização de benefícios e a minimização de seus custos. Afirma-se, nessa linha, que “as

ineficiências e incoerências do nosso sistema de compras criam incentivos perversos que culminam com comportamentos ímprobos”.<sup>484</sup>

Embora a formação de cartéis entre empresas fornecedoras não dependa necessariamente do exercício abusivo da função pública para ganho privado (motivo pelo qual se encontra fora do escopo do presente trabalho), há um elevado grau de correlação entre os fenômenos da colusão e da corrupção em licitações, especialmente nos países em desenvolvimento.<sup>485</sup> Usualmente, os cartéis em licitações recorrem à corrupção de agentes públicos para obter a imposição de barreiras de entrada cada vez mais elevadas, de modo a impedir a entrada de novos competidores e preservar seu domínio no mercado de compras públicas. Como bem alerta a OCDE, colusão e corrupção em licitações não são espécies do mesmo ilícito, mas não raro caminham juntas e se retroalimentam.<sup>486</sup>

O conluio entre licitantes e a corrupção tende a ocorrer quando presentes três condições em simultaneidade: i) um agente público suscetível à influência de um licitante ou conjunto de potenciais licitantes, por razões lícitas (ascendência técnica) ou ilícitas (corrupção); ii) um licitante (ou conjunto de potenciais licitantes) que possa propor condições que impeçam concorrentes de participar da licitação; e iii) a possibilidade de imposição de barreiras de entrada no edital, de forma que possa passar despercebida pelo escrutínio dos órgãos de controle. As práticas de conluio entre licitantes, captura ou corrupção de agentes públicos e imposição de barreiras à competição se

---

<sup>484</sup> NÓBREGA, Marcos. “Análise Econômica do Direito Administrativo”, in *Direito e Economia no Brasil*. Estudos sobre a Análise Econômica do Direito. Indaiatuba: Editora Foco, 2019, p. 419.

<sup>485</sup> “Por um lado, firma-se o acordo horizontal entre licitantes que esperam eliminar o caráter competitivo do certame. Por outro, o conluio vertical entre entes privados e agentes públicos, que visa a extrair do poder público vantagens privadas, como o pagamento de propinas, com o objetivo de facilitar o êxito do cartel na licitação (OCDE, 2010).” (cf. OCDE. *Collusion and Corruption in Public Procurement*). Em termos mais contundentes, Rafael Vêras de Freitas afirma que o procedimento licitatório “transformou-se em um expediente que visa a averiguar qual licitante (...) possui mais recursos para ingressar em um mercado já dominado por determinados agentes” (Análise Econômica das Contratações Públicas, p. 1).

<sup>486</sup> Cf. AGUIAR, Júlio Cesar; DAHER, Lenna Luciana Nunes; TABAK, Benjamin Miranda. “Cartéis em licitações públicas sob o enfoque da Análise Econômica do Direito. Os incentivos legais à livre concorrência são suficientes para desestimular a formação de cartéis?”, in *Revista de Direito Econômico Socioambiental*, Curitiba, v. 9, n. 3, set./dez. 2018, p. 199.

reforçam mutuamente, permitindo o surgimento do que Maurício Portugal Ribeiro denomina de “ciclo de locupletação ilícita da licitação”.<sup>487</sup>

Se a colusão entre agentes econômicos potencializa a corrupção em licitações, também é verdade o reverso: o combate à corrupção em licitações exige o fortalecimento da competitividade no certame. A fiscalização da integridade do processo licitatório incumbe precipuamente às empresas que competem entre si pela contratação com a Administração Pública, pois dispõem não somente do interesse e da motivação para tanto, como do conhecimento das práticas usualmente adotados no mercado, informação imprescindível para detectar exigências que desviem do padrão normal e sejam indicativas do direcionamento do certame. Para a efetividade da fiscalização, portanto, é imprescindível que a contratação pública se torne atraente para empresas não contaminadas pelas práticas da colusão e da corrupção.

Embora o combate à corrupção nas licitações possa contribuir para a redução do domínio de cartéis, é preciso considerar também o risco de conflito entre as referidas estratégias, dado que medidas como a expansão da transparência podem prejudicar práticas corruptas, mas facilitar a coordenação entre agentes econômicos visando a práticas anticompetitivas<sup>488</sup>.

### 3.2.3. Custos de transação suportados pelas empresas

No que diz respeito aos *custos de transação* impostos às empresas que pretendam contratar com o poder público, também aqui cabe distinguir entre os

---

<sup>487</sup> *Concessões e PPPs: Melhores práticas em licitações e contratos*, São Paulo: Atlas, 2011, p. 12.

<sup>488</sup> FIUZA, Eduardo Pedral Sampaio; MEDEIROS, Bernardo Abreu de *A Agenda Perdida das Compras Públicas. Rumo a uma Reforma Abrangente da Lei de Licitações e do Arcabouço Institucional*. Rio de Janeiro: Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, 2014, p. 31 (obtido em [https://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/TDs/td\\_1990.pdf](https://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/TDs/td_1990.pdf), acesso em 18/07/2020): “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.”

custos *ex ante* (suportados por todas as empresas que participarem da licitação) e os *ex post* (suportados apenas pela empresa contratada).

A partir da perspectiva do licitante, os custos de transação *ex ante* incluem: i) as horas de trabalho despendidas com a atenta leitura de editais longos e complexos, como também com a elaboração de propostas que frequentemente demandam elevado grau de detalhamento e sofisticação; ii) a emissão das certidões pertinentes e demais atestados exigidos para participação no certame; iii) a eventual obtenção de garantias contratuais e/ou capitalização da empresa para atendimento às exigências de capacidade econômico-financeira; iv) a produção de amostras; v) as viagens para a participação em sessões presenciais; e vi) a possível interposição de recursos ou apresentação de defesas, em sede administrativa e/ou judicial, em face de eventual decisão que habilita (ou inabilita) a empresa a participar do certame.<sup>489</sup>

Boa parte desses custos de transação *ex ante* não ocorrem nas negociações realizadas entre agentes privados, que podem manter tratativas comerciais com liberdade e flexibilidade, por não se encontrarem adstritos às exigências de impessoalidade e publicidade. Por si só, a precificação de tais custos de transação na proposta apresentada pela empresa já significa que o custo pago pela Administração Pública será superior ao que poderia ser obtido no mercado por uma empresa privada.

Mais preocupante, no entanto, é o incentivo a que somente participem da licitação *players* habituais, que possam suportar tais custos de transação por razões de economia de escala (por operarem em múltiplos processos licitatórios). Como afirma Peter Trepte<sup>490</sup>, à medida em que aumentam os custos com a produção de informações exigidas para que os licitantes possam participar o certame, maior será a probabilidade de que potenciais

---

<sup>489</sup> NÓBREGA, Marcos. “Análise Econômica do Direito Administrativo”, in *Direito e Economia no Brasil. Estudos sobre a Análise Econômica do Direito*. Indaiatuba: Editora Foco, 2019, p. 418

<sup>490</sup> TREPTE, Peter. *Regulating Procurement*, p. 126.

fornecedores – especialmente pequenas e médias empresas – desistam de concorrer.<sup>491</sup>

Ainda pior, há possibilidade de que somente estejam dispostos a arcar com os custos de transação *ex ante* as empresas que tenham construído relacionamentos pessoais com agentes públicos investidos de poder decisório, usualmente às custas de contribuições econômicas lícitas (doações de campanha eleitoral) ou ilícitas (subornos), que lhes permita confiar na possibilidade de se sagrarem vencedores.

Para além dos prejuízos à competitividade decorrentes dos custos de transação *ex ante*, os efeitos dos custos de transação *ex post* (ou seja, posteriores à celebração do contrato) são potencialmente ainda mais perniciosos.

Os custos de transação *ex post* podem decorrer, em primeiro lugar, da *incompletude contratual*, ou seja, da inviabilidade de o contrato atribuir efeitos a de todas as intercorrências que possam vir a ocorrer no curso do contrato. Tais eventos podem vir a exigir a renegociação do contrato, através da celebração de termos aditivos, especialmente em casos de projetos complexos e de maior risco.

Marcos Nóbrega classifica a incompletude contratual em intrínseca ou extrínseca, conforma suas causas decorram “da incapacidade do Governo de definir adequadamente o objeto contratado” ou “das hipóteses clássicas de racionalidade limitada, problemas cognitivos ou mesmo custos para a elaboração do contrato”).<sup>492</sup> Segundo o autor, “os licitantes respondem

---

<sup>491</sup> Franck Aneshiarico e James B. Jacobs mencionam um exemplo particularmente contundente dos custos de transação *ex ante* impostos pela cidade de Nova Iorque: as empresas que pretendessem contratar com a Administração Pública seriam obrigadas a preencher um extenso formulário contendo 27 páginas de informações a respeito da empresa, acrescidas de 13 páginas com informações a respeito do sócio administrador (ANECHIARCO, Frank; JACOBS, James B. *The Pursuit of Absolute Integrity: How Corruption Control Makes Government Ineffective*, Chicago: The University of Chicago Press (1996), pp. 126-127).

<sup>492</sup> Cf. NÓBREGA, Marcos. “Análise Econômica do Direito Administrativo”, in *Direito e Economia no Brasil. Estudos sobre a Análise Econômica do Direito*. Indaiatuba: Editora Foco, 2019, pp. 422/423.

estrategicamente à incompletude contratual, preparando-se para os ‘custos adaptativos’, que são os custos da renegociação e/ou judiciário”.<sup>493</sup>

Para além de eventos não previstos contratualmente, as partes também incorrem em custos de transação *ex post* para monitoramento e implementação (*enforcement*) das obrigações contratualmente previstas. É neste ponto, em particular, que se revela uma das maiores vulnerabilidades do processo de contratação pública à corrupção.

Idealmente, o sistema legal contribuiria para reduzir os custos de transação *ex post*, ao atribuir maior previsibilidade aos ajustes contratuais e assegurar seu cumprimento. Seu objetivo haveria de ser facilitar “a dinâmica mercadológica entre desconhecidos, permitindo a elaboração de contratos mais simples e fornecendo mecanismos que garantam seu cumprimento”.<sup>494</sup>

Em tese, os interesses do vencedor de um certame licitatório encontram-se protegidos pelos termos da lei e do contrato celebrado com a Administração. Assim, seria de se esperar que os contratados dispusessem de mecanismos ágeis e eficientes para confrontar o eventual inadimplemento das obrigações contraídas pelo poder público ou outros comportamentos oportunistas por parte dos gestores públicos. A realidade, no entanto, pode ser muito diferente.

Com efeito, a distribuição dos custos de transação *ex post* é extremamente desigual na contratação pública, na medida em que a lei confere à Administração Pública meios extraordinários para coagir o contratado a cumprir suas obrigações, ao mesmo tempo em que lhe torna virtualmente imune a consequências adversas em decorrência do descumprimento das obrigações que lhe foram atribuídas contratualmente. A posição privilegiada

---

<sup>493</sup> Cf. NÓBREGA, Marcos. “Análise Econômica do Direito Administrativo”, in *Direito e Economia no Brasil. Estudos sobre a Análise Econômica do Direito*. Indaiatuba: Editora Foco, 2019, p. 424.

<sup>494</sup> FREITAS, Rafael Vêras. “Análise Econômica das Contratações Públicas”, in *Revista SÍNTESE Licitações, Contratos e Convênios*, Vol. 8, n. 45 (jun./jul. 2018). São Paulo: Editorial SÍNTESE, p. 22. Prossegue o autor, à mesma página: “Nesse sentido, Armando Castelar Pinheiro leciona que ‘quando a norma é clara, certa, previsível e calculável, ela completa os contratos, na medida em que determina como proceder em diversas situações. Isso dispensa as partes de mencionarem, explicitamente, essas situações no contrato’.”

ocupada pelo poder público no relacionamento com os contratados se manifesta, por exemplo, em casos de descontinuidade da política pública que foi objeto do contrato, seja por modificação do comando político, por alteração legislativa superveniente ou por modificação do contexto econômico.

Reversamente, os agentes econômicos que contratam com o poder público podem se ver privados de instrumentos ágeis, confiáveis e independentes para a solução dos conflitos de interesse que surgem no curso da execução contratual.

Em cenários nos quais a única via disponível para a solução de conflitos entre o ente público e a empresa contratada seja o recurso ao Poder Judiciário, os custos de transação *ex post* se elevam consideravelmente.<sup>495</sup> Tais custos decorrem não somente das despesas com honorários advocatícios, remuneração dos peritos e demais custas judiciais, mas também da incerteza sobre a solução do litígio e do prolongado decurso de tempo até a efetiva fruição do direito almejado (situação agravada nos casos em que o ente público goza de prerrogativas especiais no processo).

A incerteza contratual e a falta de confiança no cumprimento das obrigações assumidas pelo poder público acarretam, deste modo, múltiplos efeitos nocivos: i) o esvaziamento da competitividade das licitações, em razão da ausência de empresas interessadas em assumir o risco de inadimplemento do ente público; ii) o aumento dos custos para a Administração Pública, por conta da precificação do risco de inadimplemento; iii) o estímulo à corrupção, como forma de conferir previsibilidade e segurança à relação contratual.<sup>496</sup>

Em um cenário de contumaz inadimplência do ente público, o custo de transação que a empresa teria de suportar para receber o valor que lhe seria

---

<sup>495</sup> Neste sentido, Marcos Nóbrega afirma que “a inoperância e corrupção do Judiciário elevam os custos de transação do sistema de forma exponencial.” (“Análise Econômica do Direito Administrativo”, in *Direito e Economia no Brasil. Estudos sobre a Análise Econômica do Direito*. Indaiatuba: Editora Foco, 2019, p. 423)

<sup>496</sup> Cf. FREITAS, Rafael Vêras. “Análise Econômica das Contratações Públicas”, p. 30: “a elevação de custos de uma contratação pública fomenta a prática de atos de corrupção para a sua redução”.



devido (considerando, inclusive, a lentidão dos mecanismos legais que teriam de ser manejados para obtenção do pagamento) provavelmente será superior ao custo da vantagem indevida pretendida por um agente público corrupto, que estivesse apto a lhe assegurar a fruição imediata de seu direito. Sob a perspectiva de um agente econômico racional, o pagamento de suborno passa a ser a melhor escolha (ou seja, a menos ineficiente), por ser a alternativa que minimiza os custos de transação *ex post* nos contratos celebrados com a Administração Pública.

#### 3.2.4. Comportamentos oportunistas em detrimento das empresas

Finalmente, as empresas interessadas em contratar com o Poder Público também estão expostas a *comportamento oportunista* por parte do gestor público, seja *ex ante* (seleção adversa) ou *ex post* (risco moral). Sob esta perspectiva, a seleção adversa está intimamente associada ao favorecimento de licitantes no procedimento de contratação. Assim, por exemplo, é possível que o menor preço na licitação seja oferecido por uma empresa que, de antemão, já obteve do gestor do contrato o compromisso de renegociar suas cláusulas em termos que lhe sejam mais favoráveis. O fenômeno pelo qual empresas íntegras se afastam do mercado de compras públicas, em razão da elevação das barreiras de entrada ou do histórico de inadimplência do poder público, também constitui um caso de seleção adversa<sup>497</sup>, na medida em que somente se apresentam para participar do certame as empresas (muitas vezes integrantes de um cartel) que já tenham precificado o risco de inadimplência, ou mesmo de cobrança de vantagens indevidas para o agente público responsável pela contratação.

*Ex post* também verifica o risco moral, em razão da possibilidade de o gestor público, por negligência ou má-fé, descuidar das obrigações

---

<sup>497</sup> Para Fernando Vernalha, “práticas destas naturezas maculam a reputação (gerando-se um déficit de confiança) da Administração como ente contratante, conduzem à ampliação progressiva da insegurança e podem produzir efeitos equivalentes àquilo que a doutrina econômica chama de ‘seleção adversa’ (George Akerlof).” (cf. VERNALHA, Fernando. Direito e Liberdade - Conservadorismo, Progressismo e o Estado de Direito. São Paulo: IASP, 2017, p. 275).

contratualmente assumidas perante o contratado. Tal inadimplência pode se concretizar, por exemplo, no atraso dos pagamentos devidos, na recusa em promover a liquidação da despesa ou na negligência em dar cumprimento aos deveres que condicionam a atividade do contratado (como a obtenção de licenças ambientais ou a desapropriação dos imóveis necessários para a realização de determinada obra pública). Na medida em que tais condutas oportunistas têm impactos diretos sobre a rentabilidade da atividade empresarial, constituem um forte incentivo para a extração de vantagens indevidas (ou para sancionar eventuais contratados que não compactuem com o pagamento de subornos).

Finalmente, o gestor público também pode manter “refém” sua contraparte, utilizando-se do comportamento classificado como catividade (“*hold up*”), nos casos em que a empresa contratada tenha realizado investimentos irrecuperáveis (*sunken costs*), que somente viriam a ser recuperados no curso da execução contratual. Em tal cenário, um agente público pode se utilizar da ameaça de interrupção do contrato para extorquir vantagens ilícitas do contratado.

### 3.3. A perspectiva dos cidadãos

#### 3.3.1 A relação agente-principal

O terceiro ângulo sob o qual se pode analisar as licitações e contratos públicos não versa sobre o confronto de interesses entre o Estado e atores econômicos, mas sim entre os agentes públicos e os cidadãos em cujo nome atuam. O foco da análise reside, portanto, nos fatores que podem comprometer o objetivo da integridade no sistema de licitações.

Ao abordar a perspectiva da Administração em relação aos fornecedores, adotou-se a premissa de que a regulação das licitações houvesse sido estruturada por um governo benevolente, atuando com o objetivo de maximizar o bem-estar social. A escola da *public choice* propõe, ao revés, que a regulação estatal não é instituída em prol do interesse público,

mas sim em função de grupos de interesse que, tendo muito a ganhar (ou a perder), possuem maiores incentivos para influenciar o processo regulatório.

Individualmente considerados, agentes políticos ou burocratas também estão expostos à captura por interesse de “lobistas” ou de fornecedores habituais do poder público, que almejam cultivar relações de longo prazo com as autoridades que possam influir no processo de contratação, visando ao estabelecimento de vínculos de confiança e à obtenção de tratamento favorável ou privilegiado em futuras licitações<sup>498</sup>.

Neste tópico, a atividade de contratação estatal é percebida como o *locus* do modelo agente-principal, caracterizado pelo desalinhamento de objetivos entre o titular de um interesse (*principal*) e o delegatário encarregado de administrar esse interesse (*agente*). Ao se conjugar os fatores da *divergência de objetivos* entre o agente e o principal com a *assimetria informacional*<sup>499</sup>, surge o risco de *comportamento oportunista* por parte do agente. Como já exposto no Capítulo I, a relação agente-principal é o modelo econômico através do qual se analisa a corrupção individualizada.

No campo das licitações e dos contratos públicos é possível conceber pelo menos dois níveis de relação de agência: no primeiro nível, o *agente* é o burocrata que pratica os atos administrativos de condução do processo licitatório – ou, em momento posterior, de acompanhamento da execução contratual –, encarregando-se das decisões (definição do objeto licitado, qualificação dos licitantes, adjudicação do contrato etc.), enquanto o *principal* é o agente político que representa a coletividade.<sup>500</sup> Em um plano acima deste, o próprio agente político mantém uma relação de agência com seus eleitores e

---

<sup>498</sup> TREPTE, Peter. Regulating Procurement, p. 83.

<sup>499</sup> LAFFONT, Jean-Jacques; MARTIMOT, David. *The Theory of Incentives: The Principal-Agent Model*. Princeton: Princeton University Press (2002), p. 2.

<sup>500</sup> Para fins de simplificação, não se considera a existência de um nível intermediário de relação de agência, usualmente situado entre o agente político e o burocrata: o ocupante de cargo de chefia, preenchido por livre nomeação mediante indicação do agente político que exerce controle (formal ou informal) sobre o órgão público. Um retrato mais preciso dos múltiplos níveis da relação de agência seria, portanto: eleitores -> agente político -> chefia indicada politicamente -> burocrata.

com a sociedade que representa (que, em última instância, ocupa a função de *principal* nas relações com os gestores públicos).

Em tese, o objetivo do governo seria maximizar o bem-estar social e econômico, o que, no campo da contratação pública, se concretiza no objetivo da vantajosidade. Pretende o atendimento às necessidades da Administração Pública da forma mais vantajosa, evitando tanto o gasto excessivo de recursos públicos escassos quanto a aquisição de produtos e serviços de qualidade inferior à almejada.

O objetivo primário do agente autointeressado, no entanto, não é a maximização do bem-estar social, mas sua própria utilidade pessoal (como a obtenção de rendimentos adicionais ou a melhoria de suas perspectivas profissionais) ou a utilidade do departamento em que atua (como a majoração do orçamento do departamento ou melhoria de suas condições de trabalho).<sup>501</sup>

Os atos decisórios que definem os termos do processo licitatório e impulsionam sua condição não são proferidos pelo principal<sup>502</sup>, mas pelo agente que, em decorrência de sua atuação na “linha de frente”, mantém contato direto com os licitantes e possui informações que não estão disponíveis para o principal.<sup>503</sup> Tal assimetria informacional coloca o agente em posição de explorar os poderes que lhe foram conferidos em seu próprio benefício ou em benefício dos agentes políticos responsáveis por sua indicação.<sup>504</sup>

---

<sup>501</sup> TREPTE, Peter. Regulating procurement, p. 70.

<sup>502</sup> LAFFONT, Jean-Jacques; TIROLE, Jean. *A Theory of Incentives in Procurement and Regulation*. Cambridge: MIT Press (1993), p. 559.

<sup>503</sup> LAFFONT, Jean-Jacques; MARTIMOT, David. *The Theory of Incentives: The Principal-Agent Model*. Princeton: Princeton University Press (2002), p. 28.

<sup>504</sup> TREPTE, Peter. “Transparency and Accountability as Tools for Promoting Integrity and Preventing Corruption in Procurement: Possibilities and Limitations”, in *OECD Papers*, vol. 5/10, 2006, p. 8/9: “It is the agent that specifies his requirement through the technical specifications or standards. He is the one who selects the process or procedure to be used. He is the one that invites the tenderers and receives their tenders. He is the one that evaluates those tenders and makes the decision to award the contract. The ability of the agent to benefit from the procurement process arises essentially because he has more information over all of these aspects of the procurement than his principal. It is the exploitation of this position which would enable him to enrich himself at the expense of the government and, therefore, society”. (Em tradução livre: “É o agente quem define sua exigência por meio de especificações ou normas técnicas. Ele é quem seleciona o processo ou procedimento a ser usado. É ele quem convida os proponentes e recebe as suas propostas. É ele quem avalia essas propostas e toma a

### 3.3.2. Assimetria de informações sob a perspectiva dos cidadãos

Quanto maior a assimetria de informações entre o agente público e os órgãos de controle interno e externo, maior o risco de abuso da função pública para fins privados. As instâncias de controle – e a sociedade civil em geral – possuem escassos recursos para acessar as informações que o agente prefira manter ocultas<sup>505</sup>, sendo este o motivo pelo qual usualmente atribui aos próprios concorrentes do certame a primazia do controle da atividade do agente.

No âmbito das licitações e contratações públicas, mesmo a aplicação de regras simples e aparentemente desprovidas de complexidade pode demandar o acesso a informações econômicas ou operacionais de difícil obtenção. Tais normas (*informationally demanding rules*<sup>506</sup>) estão sujeitas a abuso por parte do agente, seja por não aplicar esforço suficiente para coletar as informações junto ao setor privado, seja por utilizar as informações estrategicamente para implementação de seus próprios objetivos.

Convém adiantar, neste ponto, que o processo de contratação pública pode, em contornos gerais, ser dividido em três etapas: i) a *fase interna da licitação*, na qual a Administração Pública apura a necessidade a ser atendida e a solução apta à satisfação de seu interesse; ii) a *fase externa da licitação*, na qual os interessados disputam entre si pela oportunidade de contratar com o

---

decisão de adjudicação. A capacidade do agente de se beneficiar do processo de aquisição surge essencialmente porque ele tem mais informações sobre todos esses aspectos da aquisição do que seu principal. É a exploração desta posição que lhe permite enriquecer à custa do governo e, portanto, da sociedade.”)

<sup>505</sup> Jean-Jacques Laffont e Jean Tirole afirmam que usuários do serviço e contribuintes dificilmente atuarão na fiscalização do órgão que promove a licitação, seja pela ausência de interesse individualizável ou por dificuldades de coordenação. Sugere-se, assim, que os órgãos adquirentes possuirão maior grau de liberdade para agir em colusão com o setor privado, a justificar a redução de sua discricionariedade e o aumento do grau de burocratização (LAFFONT, Jean-Jacques; TIROLE, Jean. *A Theory of Incentives in Procurement and Regulation*. Cambridge: MIT Press (1993), p. 9).

<sup>506</sup> LAFFONT, Jean-Jacques; TIROLE, Jean. *A Theory of Incentives in Procurement and Regulation*. Cambridge: MIT Press (1993), p. 8.

ente público; e *iii*) a *execução contratual*, em que ocorre o fornecimento dos bens ou serviços necessários para atendimento ao interesse da Administração.

As assimetrias de informação podem variar de acordo com o momento do processo de contratação. A *fase interna da licitação*, que antecede a convocação dos interessados, pode transcorrer virtualmente em sigilo: os termos que determinarão a contratação a ser realizada (definição do objeto, dos requisitos de qualificação, dos critérios de julgamento etc.) costumam surgir no processo administrativo de forma pronta e acabada, sem maiores esclarecimentos acerca da gênese de tais decisões. Na qualidade de responsável pela documentação do processo licitatório, o agente poderá até mesmo optar por não registrar todos os atos que tenha praticado no curso do planejamento da contratação, como debates acerca das opções a serem definidas ou mesmo contatos mantidos com possíveis interessados na futura contratação<sup>507</sup>, de modo a impossibilitar sua detecção pelas instâncias de controle.<sup>508</sup>

---

<sup>507</sup> Peter Trepte ressalta que também há assimetria informacional entre o agente que conduz as licitações e as empresas no mercado, especialmente no caso em que haja diferenciação entre os produtos ou serviços disponíveis para aquisição: “Products are seldom homogenous and offer a wide choice of qualities or are sold with a variety of options of greater or lesser desirability. In the case of such differentiated products, the agent needs complete and accurate information on all the elements which affect the products on offer in order to make an informed procurement decision. Even in the case of specialised procurement agents, it is the tenderers which have the information needed for any procurement award. It is the tenderers who have knowledge of the market, the products and the means of supply. It is they who possess the details of the costs of raw materials, components, transport and manufacture. Only they know their own costs of manufacture, internal efficiencies and ability to perform the contract.” (“Transparency and Accountability as Tools for Promoting Integrity and Preventing Corruption in Procurement: Possibilities and Limitations”, in *OECD Papers*, vol. 5/10, 2006, p. 9)

<sup>508</sup> Nos dizeres de Cristiana Fontini e Fabrício Motta: “Pode-se afirmar que parte do resultado dos certames é definida prematuramente, já que, a depender das condições contidas no ato convocatório, sabe-se de antemão quem poderá participar da futura licitação e quem já estará de pronto afastado. Nos mercados em que restrito o número de atores, algumas definições bastam para reduzir ainda mais a amplitude da competição e, assim, dirigir o contrato antes mesmo de se conhecerem as propostas. Agrava a situação o fato de a fase interna, como o nome sugere, ocorrer dentro dos muros da Administração. Na maior parte dos casos, sequer se sabe que a Administração está a desenhar um novo certame, revelação que se faz apenas quando da divulgação do ato convocatório. As definições e preparações ocorrem fora do alcance da luz, sem acompanhamento e participação, apesar de decisivas para o futuro da contratação.” (FORTINI, Cristiana; MOTTA, Fabrício. “Corrupção nas licitações e contratações públicas: sinais de alerta segundo a Transparência Internacional”, in *Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, ano 16, n. 64, abr/jun 2016, p. 96).

Já na *fase externa da licitação*, que se inicia a partir do momento do chamamento público das empresas interessadas em contratar com o Poder Público, os atos do processo licitatório são praticados em público e sob o atento escrutínio dos concorrentes, o que reduz a possibilidade de ocultação dos atos do agente. No entanto, quando a licitação for adjudicada por fatores diversos do preço, a avaliação de critérios qualitativos poderá levar em consideração características insuscetíveis de verificação pelo principal, oferecendo oportunidades para o favorecimento de licitantes.<sup>509</sup>

Com o advento da etapa da *execução contratual*, amplia-se novamente a assimetria de informações. Embora os atos referentes à fiscalização das obras, serviços ou bens fornecidos, bem como eventuais alterações e aditivos contratuais, estejam registrados em processos administrativos (e, portanto, acessíveis para órgãos de controle interno e externo), tais informações usualmente não possuem o mesmo grau de visibilidade dos atos praticados na fase externa da licitação. Como ressaltam Cristiana Fortini e Fabrício Motta, os demais concorrentes do processo licitatório possuem incentivos para questionar o resultado do processo licitatório, mas “sua preocupação não estará em acompanhar o comportamento da vencedora/contratada ao executar o ajuste (...). Menor a presença e controle de terceiros, maior a chance de corrupção”.<sup>510</sup>

### 3.3.2. Comportamentos oportunistas em detrimento dos cidadãos

Sob o prisma da relação entre os agentes públicos e os cidadãos, o *comportamento oportunista* se verifica quando o agente trai a confiança que lhe foi depositada pelo principal, aproveitando-se da assimetria de informação para maximizar sua utilidade pessoal (ou a de terceiro), ou a utilidade do departamento em que atua.

---

<sup>509</sup> LAFFONT, Jean-Jacques; TIROLE, Jean. *A Theory of Incentives in Procurement and Regulation*. Cambridge: MIT Press (1993), p. 560.

<sup>510</sup> Cf. FORTINI, Cristiana; MOTTA, Fabrício. “Corrupção nas licitações e contratações públicas: sinais de alerta segundo a Transparência Internacional”, p. 102.

No cenário mais benigno, o problema de agência se coloca quando a atuação do agente se direciona para o bem-estar da burocracia estatal e não para o bem-estar da sociedade. Enquanto os agentes de aquisição no mercado privado estão sujeitos a um monitoramento rigoroso dos resultados econômicos obtidos por sua atividade, os burocratas encarregados de idêntica função usualmente não terão o seu desempenho escrutinado da mesma forma. Tampouco costuma haver, no setor público, mecanismos premiais ou sancionatórios para estimular o agente de licitações a obter soluções mais vantajosas para a Administração Pública. Como eventuais ganhos de eficiência nas aquisições não geram benefícios diretos para o agente de licitações, sendo certo que os custos da ineficiência serão suportados por terceiros (os contribuintes), o objetivo da economia na gestão pública tende a ficar em segundo plano ou mesmo ser ignorado.<sup>511</sup>

Em culturas organizacionais que priorizam o atendimento das necessidades internas da burocracia (*inward-looking organisations*) em detrimento da satisfação dos usuários, a conduta do agente pode estar voltada para os objetivos burocráticos do departamento (por exemplo, aumento do orçamento, ampliação dos quadros de pessoal ou melhoria das condições de trabalho).<sup>512</sup> Mesmo na ausência de corrupção (ou seja, da utilização do cargo público para obtenção de vantagens pessoais), os interesses da burocracia divergem do objetivo de maximização da economia de recursos públicos visando à realização de outras despesas, o que leva Peter Trepte a afirmar que as aquisições governamentais tendem à ineficiência.<sup>513</sup>

A situação mais grave ocorre, no entanto, quando o comportamento oportunista do agente público está voltado à obtenção de vantagens pessoais para si ou para terceiro. A posição decorrente da relação de agência confere ao agente público a oportunidade de favorecer determinados licitantes, seja em virtude de relações pessoais, captura por grupos de interesse ou subornos.<sup>514</sup>

---

<sup>511</sup> TRETPE, Peter. Regulating procurement, p. 78.

<sup>512</sup> TRETPE, Peter. Regulating procurement, p. 80.

<sup>513</sup> TRETPE, Peter. Regulating procurement, p. 119.

<sup>514</sup> TREPTE, Peter. Regulating procurement, p. 99.



Cuida-se, aqui, da utilização do cargo público para a satisfação de interesses privados, a caracterizar corrupção nos termos em que definidos *ab initio*.

As oportunidades para comportamento oportunista no modelo agente-principal estão intimamente associadas a dois fatores de incentivo à corrupção identificados por Robert Klitgaard: o monopólio (ou seja, a concentração do poder de conceder benefícios em um único agente) e a discricionariedade (ou seja, a possibilidade de que o agente realize escolhas tanto em um sentido quanto no outro).

Transpondo-se a fórmula de Klitgaard para o sistema de licitações e contratos públicos, conclui-se que o risco de corrupção aumenta à medida em que esteja concentrado, no mesmo agente público, o poder decisório acerca dos contornos do processo de seleção (incluindo a definição do objeto a ser licitado, dos requisitos de participação e dos critérios de avaliação da proposta) e de contratação (incluindo a fiscalização do ajuste e suas eventuais modificações).

Para além da alocação do poder decisório em um único agente, outro fator que incentiva a corrupção é a extensão da liberdade concedida a este agente na realização de suas escolhas, ou seja, a sua discricionariedade<sup>515</sup>. Frequentemente, a lei – que presume a benevolência da atuação governamental e desconsidera as assimetrias de informação que prejudicam o monitoramento da atuação do agente público – confere amplas margens de discricionariedade ao agente público, no intuito de lhe possibilitar aferir, no caso concreto, a solução mais adequada ao interesse público. Tais poderes poderão, então, ser desvirtuados pelo agente público para oferecer privilégios – ou infligir prejuízos – aos operadores econômicos que almejam contratar com o poder público, gerando a possibilidade de barganhar vantagens indevidas a serem extraídas dos licitantes.<sup>516</sup> Ainda que motivados pela extração de

---

<sup>515</sup> Segundo Peter Trepte, “a possibilidade de o agente extrair vantagens pessoais do processo licitatório decorre da posição que lhe é conferida dentro da burocracia para exercer autoridade discricionária” (Regulating procurement, p. 71).

<sup>516</sup> Nos dizeres de Marçal Justen Filho: “A corrupção decorre das oportunidades ofertadas pelo direito para escolhas prepotentes do agente público. Sempre que o agente estatal dispuser de

vantagens ilícitas, tais atos discricionários teriam sido praticados aparentemente dentro da legítima margem da liberdade que foi conferida por lei ao agente público, dificultando a detecção da corrupção por eventuais competidores ou por órgãos de controle<sup>517</sup>.

Para além da discricionariedade *de jure* – nos casos em que a lei atribui liberdade de escolha ao administrador – há que se considerar também a discricionariedade *de facto*: em cenários de baixa imperatividade da lei (*rule of law*), os comandos legais são frequentemente ignorados ou esvaziados de sua efetividade na prática administrativa, de modo que mesmo atos administrativos que, por determinação legal, seriam vinculados, convertem-se em atos discricionários, em razão da seletividade na aplicação das normas.<sup>518</sup>

No intuito de conter o uso abusivo do poder discricionário, o regramento das licitações tende a privilegiar o uso de critérios objetivos, prontamente aferíveis e quantificáveis (por exemplo, a seleção pelo critério do menor preço) em detrimento de critérios subjetivos, que dificilmente poderiam ser verificados por órgãos de controle (por exemplo, a seleção pelo critério da melhor qualidade ou técnica).

No entanto, o esvaziamento da discricionariedade, reduzindo o agente público à função de aplicação mecânica de regras, tampouco é uma solução que se traduza em bons resultados para a Administração Pública.<sup>519</sup> O

---

competência para escolher entre mais de uma alternativa, alguma das quais é favorável ou desfavorável ao particular, surgirá potencial oportunidade para a corrupção. E o direito administrativo brasileiro é repleto dessas previsões.” (JUSTEN FILHO, Marçal. “Corrupção e contratação administrativa: a necessidade de reformulação do modelo jurídico brasileiro”, in *Gazeta do Povo* Curitiba, 05/06/2015, *apud* CARVALHO, Victor Aguiar de. *Cartéis em Licitações*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 15).

<sup>517</sup> Claudio Weber Abramo estabelece distinção entre a corrupção decorrente de atos ilegais (*unlawful acts*) e a corrupção decorrente da manipulação legal da regulação (*lawful manipulation of regulations*), por exemplo, nos casos em que requisitos perfeitamente legais para participação na licitação sejam desenhados de modo a favorecer um determinado licitante em detrimento dos demais (ABRAMO, Claudio Weber. “Prevention and detection in bribery-affected public procurement”, Public Economics, University Library of Munich (2003), disponível em <<https://econwpa.ub.uni-muenchen.de/econ-wp/pe/papers/0309/0309001.pdf>>)

<sup>518</sup> Na tradição brasileira, a seletividade na aplicação da lei se revela no brocardo “Aos amigos, tudo; aos inimigos, a lei”.

<sup>519</sup> Cf. TREPTE, Peter. “Transparency and Accountability as Tools for Promoting Integrity and Preventing Corruption in Procurement: Possibilities and Limitations”, in *OECD Papers*, vol. 5/10,

esvaziamento da possibilidade de ajustamento da decisão do agente público às peculiaridades do caso concreto, bem como da aquisição de aprendizado e adaptação das práticas ao longo do tempo, importa em perda de qualidade do ato administrativo. Assim, por exemplo, a aplicação mecânica da regra do “menor preço”, privando o agente que conduz o processo de exercer sua habilidade, experiência ou prudência na identificação da proposta economicamente mais vantajosa (*value for money*), tende a conduzir a aquisições e contratações de qualidade insatisfatória.<sup>520</sup>

---

2006, p. 2: “Given the skill needed to carry out efficient and economic procurement, purchasers need the flexibility to exercise their professional judgement. There is nothing inherently wrong with such discretion; it is only the misuse of that discretion which must be avoided. Eliminating professionalism from the procurement function reduces procurement to a mechanical function which deprives the public purchaser of the ability to measure value for money. A balance needs to be struck between the desire to impose regulations aimed at reducing corruption and the benefit to be gained from promoting professional and ethical procurement.” (Em tradução livre: “Dada a habilidade necessária para realizar compras eficientes e econômicas, os compradores precisam de flexibilidade para exercer seu julgamento profissional. Não há nada de intrinsecamente errado com tal discricionariedade; é apenas o uso indevido dessa discricionariedade que deve ser evitado. A eliminação do profissionalismo da função de aquisição reduz a aquisição a uma função mecânica que priva o comprador público da capacidade de avaliar a relação custo-benefício. É necessário encontrar um equilíbrio entre o desejo de impor regulamentações destinadas a reduzir a corrupção e os benefícios a serem obtidos com a promoção de compras profissionais e éticas.”)

<sup>520</sup> Cf. TREPTE, Peter. “Transparency and Accountability as Tools for Promoting Integrity and Preventing Corruption in Procurement: Possibilities and Limitations”, in *OECD Papers*, vol. 5/10, 2006, p. 25/26: “There is no doubt that, in some countries, corruption is a serious and pervasive problem and that the opportunities for corruption need to be reduced or eliminated. However, such is the zeal of the reformers in these countries that the resulting regulations rarely limit themselves to reducing the opportunities for corruption but go further by imposing regulations which eliminate any possibility for the procurement agent to exercise his discretion. The consequences of imposing very strict and detailed rules on low value contracts has been mentioned above. It must be recalled that reformers are seeking to create a cadre of professional procurement officers but this requires skill, training and experience. The attempt to reduce the procurement function to a mechanical application of rules negates such an attempt and often results in a complete lack of discretion on the part of the agent. The result is likely to be a series of ‘bad’ procurement decisions devoid of any judgement or skill on the part of the officer. (...) Applying mechanical rules can often result in indiscriminate purchases of varying qualities and price: low price and low quality, high quality and high cost. At some point, it is imperative for someone to exercise judgement and that someone is the agent.” (Em tradução livre: “Não há dúvida de que, em alguns países, a corrupção é um problema sério e generalizado e que as oportunidades de corrupção precisam ser reduzidas ou eliminadas. No entanto, é tamanho o zelo dos reformadores nesses países que os regulamentos resultantes raramente se limitam a reduzir as oportunidades de corrupção, mas vão além, impondo regulamentos que eliminam qualquer possibilidade de o agente de compras exercer seu arbítrio. As consequências da imposição de regras muito estritas e detalhadas aos contratos de baixo valor foram mencionadas acima. Deve-se lembrar que os reformadores estão procurando criar um quadro de oficiais de compras profissionais, mas isso requer habilidade, treinamento e experiência. A tentativa de reduzir a função de aquisição a uma aplicação mecânica de regras nega tal tentativa e frequentemente resulta em uma total falta de discricionariedade por parte do agente. O resultado provavelmente será uma série de decisões de aquisições ‘ruins’, desprovidas de qualquer julgamento ou habilidade por parte do oficial. (...) A aplicação de regras mecânicas pode muitas vezes resultar em compras indiscriminadas de qualidades e preços variados:

Especificamente no campo das licitações públicas, não é qualquer ato discricionário que se afigura potencialmente nocivo à integridade do processo de seleção e contratação: assim, por exemplo, será imprescindível exercer alguma discricionariedade na identificação das necessidades da Administração Pública e na avaliação do padrão de qualidade e preço (custo-benefício) a ser buscado no mercado, dentre as alternativas disponíveis.

Há, em especial, duas hipóteses de exercício abusivo da discricionariedade, que induzem corrupção e frustram os objetivos do processo de licitação e contratação pública:

i. antes da contratação (*ex ante*), a discricionariedade pode ser exercida de modo abusivo para frustrar o caráter competitivo do certame, direcionando o resultado da licitação em favor de agentes econômicos favorecidos pelo agente público. Assim, por exemplo, a descrição do objeto a ser contratado ou os requisitos para qualificação ao certame podem ser manipulados de forma a privilegiar uma determinada empresa, ou os critérios de avaliação das propostas podem ser redigidos em termos subjetivos e insuscetíveis de verificação. Em ambos os casos, a manipulação dos termos da concorrência permite ao agente público adjudicar o contrato ao licitante que bem entender, o qual provavelmente será aquele que lhe parece mais promissor sob a perspectiva da obtenção de vantagens ilícitas;

ii. após a contratação (*ex post*), a discricionariedade pode ser exercida de modo abusivo para distribuir benefícios e punições às empresas contratadas, não em razão da qualidade ou dos vícios dos produtos e serviços fornecidos, mas na medida em que os agentes econômicos manifestem adesão e honrem os compromissos assumidos em relação ao repasse de vantagens ilícitas ao agente público. Assim, por exemplo, empresas que pagam suborno podem receber seus pagamentos pontualmente e se livrar de fiscalizações ou punições pelo descumprimento das condições contratuais, enquanto empresas

---

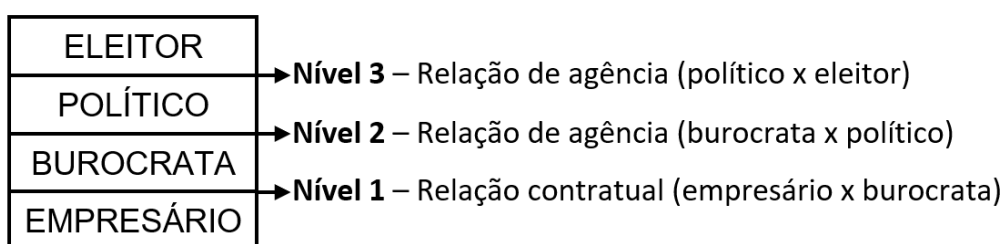
baixo preço e baixa qualidade, alta qualidade e alto custo. Em algum ponto, é imperativo que alguém exerça o julgamento e que esse alguém seja o agente.”)

que se recusam a repassar vantagens ilícitas são pressionadas a fazê-lo mediante retenção de seus pagamentos ou aplicação arbitrária de sanções contratuais.

#### 4. Comportamentos oportunistas e modalidades de corrupção

Para fins de caracterização da corrupção, o comportamento oportunista haverá de estar vinculado a uma relação de agência no setor público. Embora os comportamentos oportunistas sejam usualmente concebidos no contexto de uma relação entre duas partes contratantes, sua aplicação no campo das licitações e dos contratos públicos se reveste de complexidade adicional, em razão dos múltiplos níveis de agência (relações agente-principal) no âmbito da Administração Pública.

Para fins de simplificação do argumento, imagine-se a relação entre quatro personagens: um empresário que quer contratar com o poder público, um burocrata responsável por selecionar e fiscalizar as empresas contratadas pela Administração, um político responsável pela indicação do burocrata e um eleitor que elege o político. Neste cenário esquemático, o comportamento oportunista poderia se verificar em três níveis diferentes<sup>521</sup>:



<sup>521</sup> Para fins de simplificação, o cenário esquemático acima descrito desconsidera a existência de um nível intermediário situado entre o agente político e o burocrata: o ocupante de cargo de chefia, preenchido por livre nomeação mediante indicação do agente político que exerce controle (formal ou informal) sobre o órgão público. Em tese, portanto, haveria quatro níveis em que se poderia verificar o comportamento oportunista, de modo a incluir os casos em que a chefia do órgão agisse em desacordo com os interesses do agente político responsável por sua indicação.

Embora o comportamento oportunista possa se verificar em vários níveis simultaneamente<sup>522</sup>, admita-se para fins de simplificação que tal conduta somente se verificará em um dos níveis da relação. Pode se vislumbrar, então, um entre três cenários possíveis.

No primeiro cenário, o comportamento oportunista se verificaria apenas no primeiro nível (empresário x burocrata), de modo que os interesses do burocrata, do político e do eleitor estivessem alinhados no sentido da aquisição mais vantajosa para a Administração Pública. Ainda que o empresário fraudulentamente adote uma conduta oportunista que provoque danos ao erário (por exemplo, ao se valer da assimetria de informação para fornecer produto de qualidade inferior à contratada, burlando a fiscalização do contratante), tal situação seria equiparável ao comportamento oportunista em qualquer contrato de natureza privada. Ante a ausência de abuso da função do agente público visando à obtenção de vantagens privadas, nesse caso *não se cogitaria de corrupção*.

No segundo cenário, o comportamento oportunista ocorre no segundo nível (político x burocrata). Aqui, o burocrata e o empresário alinham seus interesses em conluio ilícito, visando à obtenção de benefícios mútuos (por exemplo, mediante pagamento de suborno ao supervisor do contrato para afrouxamento da fiscalização). Neste cenário, o burocrata estaria traindo a confiança que lhe foi depositada pelo político, que permaneceria alinhado com o interesse do eleitor na defesa da integridade pública. Neste caso, revela-se a modalidade da corrupção burocrática.

O cenário mais grave é aquele em que o comportamento oportunista ocorre no terceiro nível: aqui, o conluio visando à obtenção de vantagens recíprocas conta com a adesão do empresário, do burocrata e do político, que atuam de forma coordenada em detrimento dos interesses do eleitor. Revela-se, aqui, a modalidade da corrupção política, em que o ajuste para obtenção de

---

<sup>522</sup> Assim, por exemplo: o burocrata pode estar se apropriando de parcela das propinas que havia se comprometido a repassar ao político corrupto, ou o empresário pode estar sorrateiramente fornecendo produtos de qualidade ainda inferior ao que havia pactuado com o burocrata corrupto.

benefícios ilícitos é realizado entre o empresário e o detentor de poder político, que comanda a atuação do burocrata como seu *longa manus*. Em ambientes institucionais de corrupção sistêmica, esta é a principal modalidade de comportamento oportunista que se almeja prevenir<sup>523</sup>.

Ao traçar estratégias para a prevenção de comportamentos oportunistas é importante ter em mente que as medidas propostas poderão ter impactos diferentes, a depender do nível em que a conduta é praticada. Assim, soluções que reduzem a possibilidade de comportamento oportunista por parte do contratado (por exemplo, ampliação das possibilidades de troca de informação ou de negociação entre licitantes e agentes públicas) podem ampliar as oportunidades para práticas corruptas por parte do burocrata; e medidas voltadas para a prevenção da corrupção burocrática (por exemplo, incentivando um maior alinhamento entre burocratas e políticos) podem facilitar a ocorrência de corrupção política.

A diferenciação entre modalidades de corrupção não se exaure, contudo, na aferição do nível de agência em que se verifica o comportamento oportunista. Também há que se distinguir entre a modalidade de corrupção que gera benefícios somente para o agente corrupto (corrupção baseada em apropriação) e a corrupção que proporciona benefícios tanto para o particular quanto para o agente público (corrupção baseada em trocas).

Em cenários de corrupção baseada em apropriação, o comportamento oportunista do agente público não conta com a adesão do licitante, que não oferece qualquer vantagem ilícita ao agente público, nem espera obter tratamento privilegiado. No entanto, o agente público se encontra em condições de extrair vantagens da empresa contratada através de extorsão, através da prática de “criar dificuldades para vender facilidades”.

---

<sup>523</sup> Nos dizeres de Konstantin Pashev, Assen Dyulgerov e Georgi Kaschiev, o que diferencia a corrupção em licitações dos demais tipos de corrupção fiscal é o fato de ser determinado pelos objetivos e pelas ferramentas do clientelismo político. Cita-se, especificamente, a experiência da Bulgária, em que as empresas que financiam campanhas eleitorais vencedoras recebem acesso privilegiado a contratos públicos. (PASHEV, Konstantin; DYULGEROV, Assen; KASCHIEV, Georgi. *Corruption in public procurement: risks and reform policies*. Sofia: Center for the Study of Democracy (2006), p. 10).

Usualmente, trata-se de um comportamento oportunista *ex post*, em que o agente público se aproveita da distribuição assimétrica dos custos de transação (ou seja, da ausência ou ineficácia dos mecanismos de *enforcement* por parte do agente privado) para deixar de cumprir as obrigações contratualmente pactuadas. Concretiza-se, em particular, na criação de artifícios para burlar a obrigação de pagamento integral e tempestivo à empresa contratada, cuja regularização fica implícita ou explicitamente condicionada à oferta de vantagens indevidas para o agente público responsável.

A corrupção baseada em trocas, por sua vez, ocorre quando o licitante possui interesse em obter facilidades junto ao poder público e oferece vantagens ao agente público capaz de proporcioná-las. *Ex ante*, as facilidades oferecidas pelo agente público corresponderão usualmente a vantagens competitivas que direcionam a adjudicação do contrato público em seu favor, tal como acesso privilegiado a informações não disponibilizada para os demais licitantes, implantação de barreiras de entrada para obstar a participação de concorrentes ou tratamento benevolente no julgamento dos atributos técnicos de sua proposta.

Por sua vez, as relações de troca oportunistas *ex post* consistirão provavelmente no oferecimento de facilidades no curso da execução contratual, como o afrouxamento do monitoramento e fiscalização das obrigações assumidas pelo contratado, a obtenção de modificações ou reajustes contratuais em termos mais favoráveis ou a extensão do prazo de vigência contratual. Alternativamente, a empresa (ou cartel empresarial) derrotada no certame também poderá estabelecer uma relação de troca *ex post* com o agente público, tanto com vistas à aplicação de rigor excessivo ou desproporcional no monitoramento do contrato do concorrente vencedor, quanto à criação de dificuldades para que o contratado receba a remuneração que lhe é devida. Tais estratégias podem ser utilizadas como forma de punição ao concorrente que não tenha aceitado participar de determinado acordo anticompetitivo.



Um aspecto relevante da corrupção baseada em trocas é que o conluio exige a coordenação entre agentes públicos e privados, o que também implica em custos de transação (p.ex., no que diz respeito ao monitoramento do cumprimento do ajuste ilícito e aos meios para o seu *enforcement*). Quanto mais pessoas houverem de coordenar seus esforços para a implementação do ajuste ilícito (por exemplo, empresas que participem do mesmo cartel, funcionários da empresa, servidores públicos de escalão inferior, responsáveis pelas operações financeiras de lavagem de dinheiro etc.), maiores serão os custos associados à corrupção.

As oportunidades para corrupção baseada em trocas usualmente estão associadas a assimetrias de informação e à distribuição assimétrica dos custos de transação (ausência ou ineficácia dos mecanismos de *enforcement*), tanto por parte dos agentes econômicos excluídos da contratação (cujos interesses econômicos são prejudicados pelo tratamento privilegiado concedido a seu concorrente) quanto por parte da sociedade civil e/ou dos órgãos de controle externo.

#### 5. Potencial efetividade da reforma do sistema licitatório no combate à corrupção

Se é um dos setores da Administração Pública mais vulneráveis à captura por interesses privados, o sistema de licitações e contratos é também campo promissor para a implantação de reformas anticorrupção. A natureza estruturada e relativamente uniforme dos sistemas licitatórios favorece o desenvolvimento de indicadores concretos e quantificáveis para avaliação da integridade nas contratações públicas, desde o planejamento inicial da contratação até a execução da avença.<sup>524</sup>

---

<sup>524</sup> CAMPOS, J. Edgardo; PRADHAN, Sanjay; RECANATINI, Francesca. "Conclusion: Where to Next?", in CAMPOS, J. Edgardo; PRADHAN, Sanjay. *The Many Faces of Corruption: tracking vulnerabilities at the sector level*. Washington D.C, The World Bank, 2007, p. 430: "Within any sector, the procurement process is perhaps the most corruption-prone area. But it also presents the most promising area for which a set of concrete, quantifiable indicators can be developed, from the initial planning phase all the way to contract award and implementation." (Em tradução livre: Em qualquer setor, o processo de aquisição é talvez a área mais propensa à corrupção.

Portanto, a comunidade internacional elegeu a reforma do sistema de licitações como área prioritária no receituário de estratégias de combate à corrupção, a ponto de condicionar a concessão de apoio financeiro para execução de projetos à adoção de regras de transparência e fiscalização nos procedimentos de contratação pública.

A implantação de reformas legislativas não é suficiente, entretanto, para o enfrentamento da corrupção em licitações públicas. Como ressaltam Sue Arrowsmith, John Linarelli e Don Wallace Jr., um arcabouço regulatório bem desenhado pode oferecer uma contribuição importante para que uma política de licitações seja bem-sucedida, mas a implementação do tríplice objetivo de vantajosidade, tratamento isonômico e integridade somente ocorrerá na medida em que atendida a pré-condição de um *ambiente licitatório* adequado (*adequate procurement environment*).<sup>525</sup>

O *ambiente licitatório* abrange aspectos estruturais de governança e de qualidade institucional, com destaque para: i) presença de vontade política para dar cumprimento (*enforcement*) à regulação; e ii) implementação de medidas para organização do sistema, incluindo oferecimento de condições de trabalho e treinamento para os agentes de licitação. Se as autoridades políticas não levam as regras a sério, e até mesmo pressionam seus subordinados para ignorá-las ou descumpri-las, a regulação dificilmente será mais do que um pedaço de papel. Por outro lado, a obtenção de *value for money* não decorre automaticamente do cumprimento de etapas formais, havendo necessidade de agentes capacitados para interpretar e aplicar as regras de forma inteligente. Remunerações baixas, condições precárias de trabalho ou processos

---

Mas também apresenta a área mais promissora para a qual um conjunto de indicadores concretos e quantificáveis pode ser desenvolvido, desde a fase de planejamento inicial até a adjudicação e implementação do contrato.”)

<sup>525</sup> ARROWSMITH, Sue; LINARELLI, John; WALLACE JR., Don. *Regulating Public Procurement: National and International Perspectives*. The Hague: Kluwer Law International, 2000, p. 18.

inadequados de recrutamento também constituem incentivos para a ineficiência e para a corrupção.<sup>526</sup>

Segundo Peter Trepte, uma reforma legislativa do sistema de licitações e contratos poderá ter um papel importante no enfrentamento da corrupção oportunista, ao enfrentar as assimetrias inerentes à relação agente-principal.<sup>527</sup>

O autor questiona, entretanto, a efetividade de mudanças regulatórias em casos de corrupção sistêmica ou estrutural; na mesma linha, Sue Arrowsmith, John Linarelli e Don Wallace Jr. advertem que “mesmo as melhores regras podem servir a objetivos impróprios”.<sup>528</sup>

De fato, ao se cogitar de estratégias para a prevenção da corrupção em licitações e contratos públicos, é preciso ter em mente que eventuais propostas de alteração legislativa não atacam as causas primordiais da corrupção.<sup>529</sup> Como esmiuçado no capítulo antecedente, uma reforma anticorrupção bem-sucedida depende da efetiva aplicação da lei (*enforcement*), mas também do desenvolvimento de novos arranjos institucionais informais e da mobilização de uma coalizão de forças comprometidas com a sua efetividade, que inclua sociedade civil e integrantes da elite política, burocrática e econômica. Ausentes tais condições, a reforma legislativa idealizada modificará não mais que formalidades, através das quais o processo licitatório passará a apresentar uma aparência de regularidade e impessoalidade, mas a realidade

---

<sup>526</sup> ARROWSMITH, Sue; LINARELLI, John; WALLACE JR., Don. *Regulating Public Procurement: National and International Perspectives*. The Hague: Kluwer Law International, 2000, pp. 18-19.

<sup>527</sup> TREPTE, Peter. *Regulating procurement*, p. 77.

<sup>528</sup> ARROWSMITH, Sue; LINARELLI, John; WALLACE JR., Don. *Regulating Public Procurement: National and International Perspectives*. The Hague: Kluwer Law International, 2000, p. 36

<sup>529</sup> TREPTE, Peter. “Transparency and Accountability”, p. 5: “Corruption in the context of public procurement is only a reflection of corruption within a given society more generally. Procurement regulation can certainly assist in the fight against corruption by reducing the opportunities for corruption but cannot tackle the broader causes of corruption. There is a limit to what procurement regulation can do.” (Em tradução livre: “A corrupção no contexto das compras públicas é apenas um reflexo da corrupção dentro de uma determinada sociedade em geral. A regulamentação de aquisições pode certamente ajudar na luta contra a corrupção, reduzindo as oportunidades de corrupção, mas não pode combater as causas mais amplas da corrupção. Há um limite para o que a regulamentação de compras pode fazer.”)

administrativa seguirá a reproduzir os mesmos vícios históricos.<sup>530</sup> Isoladamente, pois, nenhuma reforma legislativa terá condições de reverter um quadro de corrupção sistêmica nas licitações e nos contratos públicos.<sup>531</sup>

De toda sorte, análises empíricas oferecem razões para um otimismo cauteloso em relação à efetividade das reformas do sistema licitatório enquanto medida de prevenção à corrupção. Ao rever a literatura publicada acerca das abordagens anticorrupção, Jesper Johnson, Nils Taxell e Dominik Zaum apontam que há evidências razoáveis de que reformas no sistema licitatório

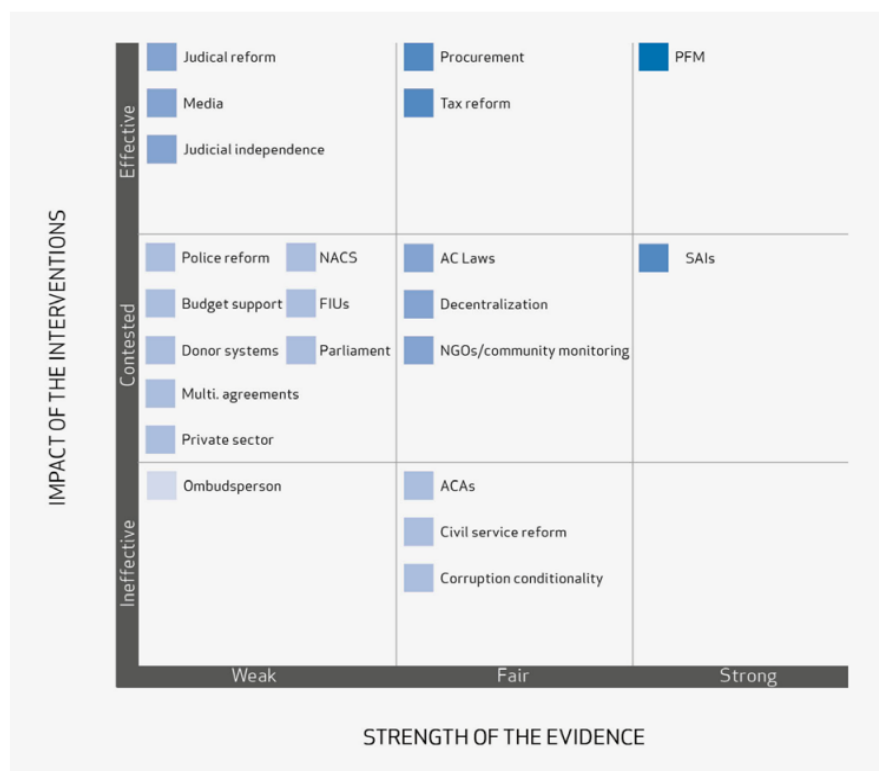
---

<sup>530</sup> Cf. TREPTE, Peter. "Transparency and Accountability", pp. 23-24: "This is a much more deep-rooted problem and has to do with the culture of corruption, its acceptability and the degree to which it has become a transaction cost in the procurement process. (...) Coupled with the resignation or tolerance of the taxpayer, such practices merely become a way of doing business and will continue whatever the procurement regulation provides. Indeed, there are likely to be what would appear as parallel transactions, one 'clean', following the regulations to the letter, one less clean, operating behind closed doors and dependent on the payment of illicit funds." (Em tradução livre: "Este é um problema muito mais arraigado e tem a ver com a cultura da corrupção, sua aceitabilidade e o grau em que se tornou um custo de transação no processo de aquisição. (...) Aliadas à renúncia ou tolerância do contribuinte, tais práticas tornam-se apenas uma forma de fazer negócios e perduram no que quer que preveja o regulamento de licitações. Na verdade, é provável que haja algo como transações paralelas: uma 'limpa', seguindo os regulamentos ao pé da letra, e outra menos limpa, operando a portas fechadas e dependente do pagamento de fundos ilícitos.")

<sup>531</sup> TREPTE, Peter. "Transparency and Accountability", pp. 23-24: "Even in those cases where the opportunities for corruption are directly linked to the procurement function, procurement regulation may be helpless to prevent corruption. The existence of entrenched or systemic corruption (...) means that it is exercised at all levels of the bureaucracy from the technical to the political. (...) Where corruption is so entrenched, the procurement regulations will in any event be ignored by the political superiors who hold the key to the career opportunities open to the lowly procurement agent. Failure to be swayed by the influence exercised by a superior is likely to have immediate negative consequences for the agent's career prospects and livelihood, a not insignificant factor in economies in transition, for example. In such cases, the procurement regulations will simply cease to operate optimally. Agents will, realistically, be unable to resist the political pressure. Specifications will be biased, selection and award criteria will be misapplied, evaluations will not be objective and the records will simply fail to disclose the existence of the political influence which led to the inappropriate award decision." (Em tradução livre: "Mesmo nos casos em que as oportunidades de corrupção estão diretamente ligadas às compras públicas, sua regulamentação pode ser incapaz de prevenir a corrupção. A existência de corrupção arraigada ou sistêmica (...) significa que ela é exercida em todos os níveis da burocracia, do técnico ao político. (...) Onde a corrupção está tão arraigada, os regulamentos de compras serão, em qualquer caso, ignorados pelos superiores políticos que detêm a chave para as oportunidades de carreira abertas ao humilde agente de compras. O fracasso em ser influenciado pela influência exercida por um superior provavelmente terá consequências negativas imediatas para as perspectivas de carreira e subsistência do agente, um fator não insignificante em economias em transição, por exemplo. Nesses casos, os regulamentos de aquisição simplesmente deixarão de funcionar de forma otimizada. Os agentes serão, realisticamente, incapazes de resistir à pressão política. As especificações serão tendenciosas, os critérios de seleção e premiação serão mal aplicados, as avaliações não serão objetivas e os registros simplesmente deixarão de divulgar a existência de influência política que levou à decisão inadequada de concessão.")

podem ter impactos significativos no combate à corrupção.<sup>532</sup> Na comparação com as demais abordagens do receituário anticorrupção, reformas no sistema licitatório se situam entre as intervenções que ostentam maior efetividade.<sup>533</sup>

Figure 9: Anti-corruption interventions—Summary of the evidence<sup>76</sup>



Fonte: JOHNSON, Jesper; TAXELL, Nils; ZAUM, Dominik. “Mapping evidence gaps in anti-corruption”, p. 43.

Em sentido similar, Elizabeth Dávid-Barret, Mihály Fazekas, Olli Hellmann, Lili Mark e Ciara McCorley apontam que a alteração da regulação licitatória adotada em novembro de 2003 pelo Banco Mundial para projetos

<sup>532</sup> Mencionam-se, especificamente, estudos que constataram: i) redução de subornos em licitações abertas e não discricionárias; ii) redução de 10% nos preços contratados depois da intensificação de monitoramento e auditoria sobre os agentes de licitação na Argentina; iii) quedas significativas no custo de obras públicas mediante condução de investigações contra a corrupção em licitações. Entretanto, diante da quantidade limitada de estudos, o conjunto de evidências foi considerado apenas “razoável”, e não “forte” (JOHNSON, Jesper; TAXELL, Nils; ZAUM, Dominik. “Mapping evidence gaps in anti-corruption: Assessing the state of the operationally relevant evidence on donors’ actions and approaches to reducing corruption”. U4 Anti-Corruption Resource Center, Oct 2012, n.7, pp. 17-18).

<sup>533</sup> A única medida que possuía evidências mais fortes em relação à sua efetividade no combate à corrupção é a reforma do sistema de finanças públicas (PFM – *public financial management*), em especial no que diz respeito à gestão do orçamento e da despesa pública (op. cit, pp. 16-17)

financiados com seus recursos, que aumentou a supervisão do doador e ampliou as possibilidades de fiscalização dos licitantes, teve sucesso em aumentar a competitividade dos certames, implicando na redução entre 3,6% e 4,3% do percentual de casos em que houve um único licitante.<sup>534</sup> Outro estudo de Elizabeth Dávid-Barret e Mihály Fazekas ressalta, no entanto, que a implementação de reformas anticorrupção no sistema licitatório pode ensejar a adoção de estratégias evasivas: o aumento do quantitativo de licitantes nos processos competitivos, em decorrência das reformas do Banco Mundial em 2003, foi acompanhado pela maior utilização de procedimentos não-competitivos (que aumentaram de 7% para 10%), a indicar a necessidade de que as reformas sejam abrangentes, de modo a minimizar o recurso a meios alternativos para manipulação dos resultados no certame.<sup>535</sup>

## 6. Linhas estratégicas para uma reforma anticorrupção no sistema de licitações e contratos públicos

Uma reforma anticorrupção atende a um duplice objetivo: sob a perspectiva micro, almeja modificar os incentivos individuais para minimizar as vantagens do comportamento corrupto e aumentar os seus custos<sup>536</sup>; e, sob a perspectiva macro, almeja fornecer os instrumentos necessários para a formação e atuação de uma coalizão de agentes públicos e privados, cujos interesses seriam melhor atendidos por um sistema competitivo e impessoal de contratações públicas.

Oito são as linhas estratégicas sugeridas nesta tese, a serem adotadas por reformas legislativas anticorrupção que se pretendam bem-sucedidas: i)

---

<sup>534</sup> DÁVID-BARRETT, Elizabeth; FAZEKAS, Mihály; HELLMANN, Olli; MARK, Lili; MCCORLEY, Ciara. "Controlling corruption in development aid: new evidence from contract-level data", *Studies in Comparative International Development* (2020) 55:481-515.

<sup>535</sup> DÁVID-BARRETT, Elizabeth; FAZEKAS, Mihály. "Anti-corruption interventions in development aid: Is corruption reduced or merely displaced?" Budapest: Government Transparency Institute, Working Paper GTI-WP 2018:02.

<sup>536</sup> TREPTE, Peter. "Transparency and Accountability", p. 12: "(...) the trick of procurement regulation is to identify the opportunities for corruption (the incentives) and to seek to remove those opportunities (by applying a disincentive)." [Em tradução livre: "(...) o truque da regulamentação de aquisições é identificar as oportunidades de corrupção (os incentivos) e buscar remover essas oportunidades (aplicando um desincentivo)."]

dispersão do poder decisório; ii) redução da assimetria de informações entre *outsiders* e *insiders*; iii) incentivos à fiscalização; iv) desincentivos ao comportamento oportunista; v) ampliação das oportunidades de participação; vi) despersonalização da atuação do agente público; vii) redução da assimetria na distribuição dos custos de transação; e viii) desestímulo à colusão.

#### 6.1. Dispersão do poder decisório (1ª linha estratégica)

O foco desta estratégia reside no aumento dos custos do comportamento oportunista, mais especificamente daqueles necessários à coordenação entre agentes corruptos. Na corrupção baseada em trocas, a dispersão do poder decisório aumenta os custos para a formação de conluio entre o agente econômico e a Administração Pública<sup>537</sup>, ao tempo em que reduz os benefícios obteníveis por cada agente público individualmente considerado. Além disso, a necessidade de coordenação entre múltiplos atores aumenta o risco de exposição do ajuste ilícito, seja por indiscrição, descuido ou traição de algum dos participantes do conluio.

Por reduzir os custos de coordenação, a concentração do poder decisório nas mãos de um único agente público (ou monopólio, nos termos da fórmula proposta por Robert Klitgaard) constitui um dos incentivos estruturais à corrupção. A nocividade de tal concentração levou o legislador brasileiro a elevar a segregação de funções à condição de princípio no artigo 5º da Nova Lei de Licitações, proibindo “a designação do mesmo agente público para atuação simultânea em funções mais suscetíveis a riscos” (artigo 7º, § 1º).

Para que a presente linha estratégica tenha bom êxito, convém que o poder decisório esteja diluído entre estruturas independentes<sup>538</sup>, sem relação

---

<sup>537</sup> FIUZA, Eduardo Pedral Sampaio; MEDEIROS, Bernardo Abreu de. *A Agenda Perdida das Compras Públicas*, p. 111: “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”.

<sup>538</sup> Laffont e Tirole citam, como exemplo, a divisão de trabalho nos procedimentos de aquisição da Força Aérea norte-americana, em que: i) um comitê de avaliação avalia os componentes das propostas, ii) a autoridade solicitante seleciona a proposta vencedora, iii) o conselho

de subordinação hierárquica entre si, a fim de evitar que o monopólio do poder decisório seja simplesmente transferido da autoridade inferior para uma autoridade hierarquicamente superior.

## 6.2. Redução da assimetria de informações entre *outsiders* e *insiders* (2ª linha estratégica)

A assimetria informacional constitui requisito essencial ao comportamento oportunista em geral e à corrupção em particular. Quanto maior a capacidade de monitoramento e fiscalização da conduta dos agentes públicos – é dizer, quanto maior for o conhecimento a respeito de seu comportamento –, menores serão as oportunidades para a extração de vantagens ilícitas.

Os participantes de ajustes corruptos precisam coordenar suas atividades de forma clandestina, através da troca de informações privilegiadas. Quanto menos informações estiverem submetidas ao escrutínio do público em geral (e, em particular, dos atores econômicos que tenham interesse em contratar com o poder público), maiores as oportunidades para o conluio e favorecimento.

A presente linha estratégica propõe, assim, reduzir a assimetria de informação entre os atores que dominam o conhecimento sobre as contratações realizadas pela Administração Pública (denominados *insiders*, categoria que abrange os agentes públicos encarregados da contratação, os fornecedores habituais e eventuais integrantes do cartel empresarial) e aqueles que gostariam de dispor de tais informações, mas que a elas não têm acesso (denominados *outsiders*, categoria que abarca agentes econômicos que pretendam competir com os fornecedores habituais, entidades de controle social e órgãos de controle da integridade).

---

consultivo verifica a competitividade do certame, revê e aprova os critérios de avaliação (LAFFONT, Jean-Jacques; TIROLE, Jean. *A Theory of Incentives in Procurement and Regulation*, Cambridge: The MIT Press (1993), p. 580).



A redução da assimetria de informação está associada à ampliação dos mecanismos de transparência, que viabilizam o exercício do controle sobre os agentes públicos que atuam na seara licitatória, seja pela sociedade civil, seja pelos órgãos institucionalmente competentes.<sup>539</sup> Como já se deixou entrever, as empresas concorrentes são as principais interessadas em monitorar e exigir a observância das normas que regulam o processo de licitação e contratação.<sup>540</sup> Para tanto, necessitam ter acesso franqueado às informações que fundamentaram os atos praticados em todas as etapas do processo licitatório, inclusive aqueles que antecederam a publicação do edital e os outros tantos que sucederam a adjudicação do contrato.

Uma vez que a divulgação de informações acerca dos competidores pode facilitar a colusão entre concorrentes, necessário se mostra ponderar a respeito das possíveis repercussões negativas do aumento da transparência sobre os vetores da competitividade<sup>541</sup> e da eficiência<sup>542</sup>.

### 6.3. Incentivos à fiscalização (3ª linha estratégica)

---

<sup>539</sup> Cf. CARVALHO, Victor Aguiar de. *Cartéis em Licitações*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 15.

<sup>540</sup> Para enfrentamento das assimetrias informacionais em um cenário de competição imperfeita, os mecanismos de transparência procedimental deverão possibilitar o monitoramento do comportamento do agente (TREPTE, Peter. *Regulating procurement*, pp. 93-94).

<sup>541</sup> Veja-se ANDERSON, Robert D.; KOVACIC, William E.; MÜLLER, Anna Caroline. "Ensuring integrity and competition in public procurement markets: a dual challenge for good governance", p. 6, disponível para consulta, conforme acesso em 10/09/2020, por meio do endereço eletrônico <[https://www.researchgate.net/publication/265222261\\_Ensuring\\_integrity\\_and\\_competition\\_in\\_public\\_procurement\\_markets\\_A\\_dual\\_challenge\\_for\\_good\\_governance/link/552671540cf2628d5afdf690/download](https://www.researchgate.net/publication/265222261_Ensuring_integrity_and_competition_in_public_procurement_markets_A_dual_challenge_for_good_governance/link/552671540cf2628d5afdf690/download)>.

<sup>542</sup> TREPTE, Peter. "Transparency and Accountability", p. 4: "This paper is about balance. It is about recognising that there is a balance to be struck between the possibilities for fighting corruption inherent in the regulation of procurement and the limits of those possibilities. (...) It is about reconciling the tensions between providing, on the one hand, adequate transparency and accountability and, on the other, providing the government with economically efficient procurement outcomes delivered by procurement officers exercising their informed judgement." (Em tradução livre: "Este artigo é sobre equilíbrio. Trata de reconhecer que há um equilíbrio a ser alcançado entre as possibilidades de combate à corrupção inerentes à regulação das compras públicas e os limites dessas possibilidades. (...) Trata de reconciliar as tensões entre fornecer, por um lado, transparência e responsabilidade adequadas e, por outro lado, fornecer ao governo resultados de aquisições economicamente eficientes entregues por funcionários de aquisições que exercem seu julgamento informado."

A disponibilização das informações necessárias para o monitoramento da atuação dos agentes encarregados das licitações constitui um pressuposto necessário, mas não suficiente, para um controle efetivo sobre as contratações públicas.

Há que se considerar, também, que a aquisição da informação possui um custo. Portanto, é preciso acenar com benefícios que recompensem os *outsiders* que se proponham a exercer uma fiscalização eficaz sobre a atuação dos agentes públicos. Tais incentivos poderão ser particularmente relevantes para os agentes econômicos, no intuito de alinhar seu interesse em ingressar no mercado de contratações públicas com o interesse público no controle sobre as licitações.

#### 6.4. Desincentivos a comportamentos oportunistas (4ª linha estratégica)

Ainda no campo do alinhamento de incentivos, a presente linha estratégica se propõe a diminuir as oportunidades para comportamentos oportunistas por parte do contratado, minimizando os benefícios que poderiam decorrer de tais condutas e aumentando os riscos que lhe são associados.

O desincentivo a comportamentos oportunistas visa confrontar o problema da seleção adversa, ao tornar a contratação menos atraente para atores econômicos maliciosos. Indiretamente, tenta minimizar os incentivos à formação de conluíus entre operadores econômicos e agentes públicos, à vista da redução das vantagens passíveis de obtenção pela empresa contratada.

Tal estratégia depende da ampliação da *accountability*, com a implantação e o funcionamento de mecanismos e foros apropriados à verificação e controle da atuação dos agentes envolvidos na contratação pública. A ideia é compeli-los à observância da lei (*enforcement*) e, no caso de recalcitrância, aplicar-lhes as sanções cabíveis com agilidade e efetividade. Assim como os agentes públicos precisam prestar contas à sociedade pelos atos que praticaram em seu nome, também as empresas privadas precisam ser responsabilizadas por eventuais práticas lesivas ou antiéticas em seu

relacionamento com o poder público. Sem um sistema de controle dotado de confiabilidade e credibilidade, as normas que regulam as licitações e contratos não têm como produzir os resultados almejados.<sup>543</sup>

#### 6.5. Ampliação das oportunidades de participação (5ª linha estratégica)

Para além das assimetrias de informação entre *insiders* e *outsiders*, há também assimetrias de poder no mercado de aquisições públicas, que favorecem os fornecedores habituais em detrimento de seus concorrentes. Por meio do exercício de influência sobre os agentes públicos encarregados da contratação, os fornecedores usuais promovem a introdução de barreiras de entrada nos editais dos certames e, com isso, restringem o acesso de novos competidores à contratação pública.

Sem prejuízo do combate a cartéis e outros ajustes empresariais anticompetitivos, uma estratégia de ampliação da concorrência há de enfrentar, em primeiro lugar, as restrições à competitividade introduzidas pela própria Administração Pública.<sup>544</sup> A diminuição das barreiras de entrada e a consequente ampliação da possibilidade de acesso de agentes econômicos à contratação com o poder público, para além de reduzir os preços praticados nas contratações públicas<sup>545</sup>, aumenta o custo de transação para a articulação

---

<sup>543</sup> TREPTE, Peter. "Transparency and Accountability", p. 3: "Enforcement of the regulations by tenderers will only be effective, however, where the system in place is credible and where it provides tenderers with the confidence that the regulations are enforced objectively and independently of any government influence. Regulations which are not effectively enforced will not be applied and the savings to the public purse which may be expected to flow from the proper application of the regulations will be lost." (Em tradução livre: "A aplicação dos regulamentos pelos proponentes só será eficaz, no entanto, se o sistema em vigor for credível e fornecer aos proponentes a confiança de que os regulamentos são impostos de forma objectiva e independente de qualquer influência governamental. Os regulamentos que não são efetivamente cumpridos não serão aplicados e as economias para o erário público que podem decorrer da aplicação adequada dos regulamentos serão perdidas.")

<sup>544</sup> Cf. CARVALHO, Victor Aguiar de. *Cartéis em Licitações*, p. 17. Em linha similar, João Caupers afirma que, na Comunidade Europeia, "a principal ameaça à concorrência (...) provinha menos de empresas privadas poderosas, e mais dos próprios Estados e de outras entidades juridicamente habilitadas a fazer uso dos poderes deste" [cf. CAUPERS, João. "Contratação Pública e Concorrência", in TRABUCO, Cláudia; EIRÓ, Vera (organizadoras). *Contratação Pública e Concorrência*. Coimbra: Almedina, 2013, p. 8].

<sup>545</sup> Segundo o Banco Interamericano de Desenvolvimento (BID), o aumento de competitividade em licitações pode importar em uma redução de 8,2% nos custos de investimentos em infraestrutura (cf. CARVALHO, Victor Aguiar de. *Cartéis em Licitações*, p. 37).

de um conluio em termos satisfatórios para todos os envolvidos, o que torna mais provável uma traição<sup>546</sup>

Outra dimensão da linha estratégica de ampliação das oportunidades de participação no certame consiste na implantação e fortalecimento de mecanismos que permitam aos *outsiders* interferir de maneira eficaz em casos de tratamento privilegiado a algum dos licitantes. Com efeito, de pouco adiantaria implementar instrumentos de transparência e, por seu intermédio, detectar a prática de favorecimento nas contratações, sem que houvesse mecanismos de *enforcement* para assegurar o tratamento isonômico a todos os licitantes. Não obstante, é preciso ponderar o alcance ótimo de tais mecanismos, de modo a evitar que concorrentes não vencedores do certame possam exercer “poder de veto” sobre as contratações públicas e extrair vantagens às custas do interesse público.

Sob uma perspectiva mais ampla, a redução da assimetria de poder entre *insiders* e *outsiders* tende a equilibrar o jogo entre, de um lado, os agentes políticos, econômicos e sociais participantes dos esquemas de corrupção, e de outro, aqueles que resistem e se opõem a tais práticas. O empoderamento dos agentes econômicos atualmente excluídos do acesso privilegiado ao Estado, cujos interesses seriam melhor atendidos por um sistema de licitações pautado pelo tratamento equitativo, constitui etapa fundamental para o fortalecimento de uma coalizão anticorrupção, que possa exigir maior integridade no trato da coisa pública.

#### 6.6. Despersonalização da atuação do agente público (6ª linha estratégica)

Outra frente para minimizar as oportunidades para comportamentos oportunistas do agente político consiste na redução da possibilidade de

---

<sup>546</sup> Cf. CARVALHO, Victor Aguiar de. *Cartéis em Licitações*, p. 39: “Em primeiro lugar, o incremento do número de participantes e a maior rivalidade entre eles tende não apenas a conduzir a uma redução de preços, como já anotado, mas também auxilia a evitar corrupção e colusão. Afinal, em princípio, quanto maior for o número de agentes econômicos envolvidos em um mercado, mais difícil se tornará entabular um arranjo de conluio entre todos”

interferências personalistas na distribuição de benefícios ou ônus a agentes privados, de modo a tornar ineficaz ou menos atraente a captura dos agentes públicos por interesses privados.

O critério da impessoalidade serve como um vetor limitador da discricionariedade do agente público, outro fator indutor da corrupção sob a perspectiva da oferta dos contratos públicos. É verdade que a perda de flexibilidade e de adaptabilidade decorrente da tentativa de suprimir o julgamento individual do agente público, substituindo-a por uma regra pré-estabelecida, pode gerar decisões ineficientes e inadequadas. Contudo, a discricionariedade pode facilmente ser exercida de forma abusiva, com o intuito de promover favorecimentos e direcionamentos nas licitações e contratos públicos, por meio da manipulação das características do objeto licitado, dos requisitos de participação no certame ou dos critérios de julgamento das propostas, por exemplo.

A despersonalização da atuação do agente público almeja, portanto, prevenir a ocorrência de influências indevidas no processo decisório, de modo que as decisões proferidas no curso do processo sejam pautadas por critérios objetivos e imparciais. Nessa linha, pode-se cogitar da automatização de procedimentos, que esvaziaria de utilidade o pagamento de suborno com vistas ao impulsionamento burocrático de processos administrativos.

Em outro exemplo, devem ser estabelecidos critérios de avaliação não somente *objetivos*, mas também *verificáveis* e, na medida do possível, *quantificáveis*, no intuito de afastar a possibilidade de juízos subjetivos por parte do agente de licitação e viabilizar o monitoramento e controle *ex post* de suas decisões. Critérios de escolha que tenham sido definidos de forma vaga, que não permitam aos licitantes compreender como serão aplicados, ou que não possibilitem verificação *a posteriori* de sua aplicação isonômica, permitem que o agente exerça uma liberdade irrestrita de escolha<sup>547</sup> e dão margem a favores ilícitos.

---

<sup>547</sup> TREPTE, Peter. *Public Procurement in the EU: A Practitioner's Guide*. Oxford: Oxford University Press (2007), pp. 471-472.

## 6.7. Redução da assimetria na distribuição dos custos de transação (7ª linha estratégica)

Os custos de transação *ex post*, em particular no que diz respeito ao monitoramento do desempenho contratual e ao *enforcement* do pactuado, encontram-se distribuídos de forma substancialmente desigual no âmbito das contratações públicas. Enquanto a Administração Pública dispõe de poderes exorbitantes para assegurar o cumprimento das obrigações assumidas pelo contratado privado, este usualmente dispõe de instrumentos escassos e de baixa eficácia para exigir o cumprimento das obrigações contraídas pelo poder público.

Em sede administrativa, são ínfimas as probabilidades de êxito em recursos e impugnações. Se capaz de assegurar uma revisão independente dos atos administrativos, o Poder Judiciário, por seu turno, pode ser extremamente lento para proferir decisões, e ainda mais vagaroso para fazer com que tais decisões se revertam em resultados úteis para o litigante.

A baixa eficácia dos mecanismos de *enforcement* redundando na imprevisibilidade quanto ao adimplemento das obrigações assumidas pela Administração Pública no momento da execução contratual<sup>548</sup> e, por conseguinte, na precificação do risco. À míngua de mecanismos capazes de garantir segurança jurídica às avenças, a confiança dos agentes econômicos quanto à capacidade e disposição do poder público em honrar os compromissos assumidos diminui. Com isso, empresas potencialmente interessadas em contratar com o poder público acabam por se manter

---

<sup>548</sup> Citando o preâmbulo do Acordo de Compras Governamentais [Agreement on Government Procurement (GPA)] da Organização Mundial de Comércio, afirmam Robert D. Anderson, William E. Kovacic e Anna Caroline Müller: “the integrity and predictability of government procurement systems are integral to the efficient and effective management of public resources [and] the performance of the Parties' economies' in addition to the functioning of the multilateral trading system” (cf. ANDERSON, Robert D.; KOVACIC, William E.; MÜLLER, Anna Caroline. “Ensuring integrity and competition in public procurement markets: a dual challenge for good governance”, p. 3) (Em tradução livre: “A integridade e previsibilidade dos sistemas de compras governamentais são essenciais para a gestão eficiente e eficaz dos recursos públicos [e] o desempenho das 'economias' das Partes, além do funcionamento do sistema de comércio multilateral.”)

afastadas do mercado de aquisições governamentais, diminuindo a concorrência e contribuindo, também por isso, para a prática de preços mais altos e o aumento do dispêndio público.<sup>549</sup>

#### 6.8. Desestímulo à colusão (8ª linha estratégica)

Na corrupção baseada em trocas, dá-se a colusão entre agentes públicos e agentes privados, com vistas à obtenção de benefícios recíprocos. Como qualquer outro ajuste de vontades, tal conluio pressupõe a coordenação da conduta e o estabelecimento de relações de confiança entre diversos atores. No entanto, a ilicitude do objeto pactuado e a necessidade de ocultar sua prática dificultam o monitoramento e o *enforcement* do acordo corrupto.<sup>550</sup>

A insegurança, imprevisibilidade e ausência de promessas críveis constituem vulnerabilidades intrínsecas aos acordos ilícitos, que devem ser exploradas e ampliadas por políticas de combate à corrupção. Parafraseando a clássica concepção de Adam Smith acerca da “mão invisível”, segundo a qual a ação de indivíduos que buscam seu próprio benefício pode reverter-se no bem-estar da sociedade, Johann Graf Lambsdorff sustenta que as ações anticorrupção devem se basear na estratégia do “pé invisível”, em que o temor de desonestidade induz à integridade nas relações sociais.<sup>551</sup>

---

<sup>549</sup> JUSTEN FILHO, Marçal Justen Filho. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 95: “Um elevado nível de incerteza quanto ao critério de escolha da proposta de contratação, quanto à extensão das obrigações que serão assumidas pelo sujeito, quanto ao cumprimento pelo poder público e suas obrigações afastam os potenciais interessados em contratar. De todo modo, existe uma relação entre a incerteza e a insegurança e os preços ofertados pelos particulares.”

<sup>550</sup> Lucival Lage Lobato Neto e Benjamin Miranda Tabak ressaltam que a acordo entre o agente econômico corruptor e o agente público corrupto, referente ao pagamento de vantagens ilícitas e eventual ato de ofício em contrapartida, também possui uma feição “contratual”; porém, em face da ilegalidade do objeto contratado, tal acordo não dispõe de mecanismos legais para garantir o adimplemento das obrigações. Faz-se necessária, assim, a constituição de mecanismos privados de governança, em substituição às sanções legais, o que importa em aumento dos custos de transação do “contrato de corrupção”. Ao se incentivar a traição entre corruptos (através de instrumentos como os acordos de leniência), aumenta-se o custo de transação do ajuste corrupto, tornando-o menos atraente e rentável. (LOBATO NETO, Lucival Lage; TABAK, Benjamin Miranda. *A Eficiência nas Leis Nacionais de Licitações e Contratos Administrativos: Uma Abordagem Juseconômica*. Curitiba: CRV, 2015, edição *on line*, item 11.4).

<sup>551</sup> LAMBSDORFF, Johann Graf. *The Institutional Economics of Corruption and Reform*, p. 235: “With respect to fighting corruption we may not have a mechanism as powerful as the invisible hand. If something comes close to it, it is the corrupt actor’s failure to make credible promises.”

Cuida-se, em última análise, de estabelecer incentivos para a quebra de confiança entre os participantes do ajuste corrupto, recompensando a traição e aumentando os riscos inerentes à conduta ilícita. Os ajustes corruptos exigem a coordenação da atuação de diversos atores, não somente por ocasião da pactuação do acordo entre empresários e agentes públicos, mas também por ocasião de sua execução. Assim, há diversas pessoas que detém conhecimento – ainda que parcial – das operações corruptas (por exemplo, agentes públicos de baixo escalão que atestam falsamente a prestação de serviços, funcionários da empresa corrupta, operadores financeiros ou “laranjas”), que poderão responder a incentivos que premiem a denúncia.

#### 6.9. A eficiência econômica como contraponto às linhas estratégicas

Enquanto as oito linhas estratégicas aqui traçadas almejam diretamente a redução das oportunidades de corrupção e, portanto, dizem com o objetivo da integridade nas licitações públicas, mostra-se indispensável confrontá-las com o objetivo da vantajosidade ou eficiência econômica, que lhes serve de contraponto.

Para Joel de Menezes Niebuhr, a eficiência das contratações públicas pode ser aferida em função de três critérios: preço (menor custo financeiro), qualidade (melhor desempenho) e celeridade (menor dispêndio de tempo).<sup>552</sup> Embora o combate à corrupção possa contribuir para o ganho de eficiência nas contratações públicas, ao evitar que recursos públicos sejam apropriados ou dissipados com o pagamento de vantagens indevidas, é certo que a implementação de mecanismos anticorrupção também pode impactar

---

The risk of betrayal may operate like an invisible foot, making life hard for those who fail to commit to honesty. This principle can motivate even the self-seeking actors to abstain from corruption and reconcile civil liberties with good governance.” (Em tradução livre: “No que diz respeito ao combate à corrupção, podemos não ter um mecanismo tão poderoso quanto a mão invisível. Se algo chega perto disso, é a falha do ator corrupto em fazer promessas confiáveis. O risco de traição pode operar como um pé invisível, dificultando a vida de quem não se compromete com a honestidade. Este princípio pode motivar até mesmo os atores egoístas a se absterem da corrupção e a reconciliar as liberdades civis com a boa governança.”)

<sup>552</sup> NIEBUHR, Joel de Menezes. “‘Carona’ em Ata de Registro de Preços: Atentado veemente aos princípios do Direito Administrativo”, in *ILC – Informativo de Licitações e Contratos*, nº 143. Curitiba: Zênite. Jan. 2006. pp. 104-105.



negativamente os custos de transação incidentes no processo de contratação pública. A diluição do poder decisório entre múltiplos agentes, o aumento da transparência e a adoção de mecanismos para ampliação da competitividade, entre diversas outras medidas imprescindíveis para o combate à corrupção, podem tornar o processo de licitação mais burocrático, lento e oneroso.

Indubitavelmente, a eficiência econômica é um objetivo basilar do sistema licitatório<sup>553</sup>, vetor predominante de reformas realizadas na legislação de outros países.<sup>554</sup> Entretanto, seu peso deve ser relativizado em um cenário de corrupção sistêmica, no qual a captura do poder público por interesses particulares é a regra, não a exceção.

De toda sorte, embora o objeto do presente estudo não alcance a identificação de propostas voltadas para a maximização da eficiência econômica do sistema de licitações e contratos, a eficiência haverá de ser um fator que condiciona e limita as medidas anticorrupção a serem propostas, de modo a evitar que os impactos negativos das medidas propostas venham a exceder os benefícios almejados.<sup>555</sup>

---

<sup>553</sup> “(...) a regulação licitatória persegue a eficiência econômica alocativa como um dos seus ideais – provavelmente como o ideal basilar –, haja vista que o objetivo primário é o de obter a contratação dos itens demandados pela Administração sob as condições mais vantajosas. Assim, é possível asseverar que a eficiência econômica deve ser o primeiro alvo a ser alcançado pela regulação licitatória” (CARVALHO, Victor Aguiar de. *Cartéis em Licitações*. p. 53).

<sup>554</sup> Vejam-se as reformas promovidas no sistema licitatório norte-americano, no sentido de ampliar a discricionariedade do agente público. Na percepção de Jerry Mashaw, Steven Kelman parte da premissa de que o sistema federal de licitações teria sido bem-sucedido quanto ao objetivo de controlar o favoritismo e a corrupção, ainda que à custa de resultados ineficientes nas contratações públicas (cf. MASHAW, Jerry. “The Fear of Discretion in Government Procurement, Book Review of Procurement and Public Management: The Fear of Discretion and the Quality of Government Performance, by Steven Kelman”, in *Yale Journal on Regulation*, nº 8, 1991, p. 511).

<sup>555</sup> Segundo Peter Trepte, uma vez revista a estrutura de incentivos à corrupção, regulações mais rígidas somente agregariam ineficiências ao processo licitatório: “Once those opportunities (for corruption) have been reduced or eliminated, further or stricter regulation does not lead to the commensurately increased elimination of corruption; it merely adds a further layer of bureaucracy and/or control which unnecessarily hinders the efficiency of the procurement function” (TREPTE, Peter. *Transparency and Accountability*, p. 2). (Em tradução livre: “Uma vez que essas oportunidades (de corrupção) tenham sido reduzidas ou eliminadas, uma regulamentação adicional ou mais rígida não leva ao aumento proporcional da eliminação da corrupção; simplesmente adiciona mais uma camada de burocracia e/ou controle que impede desnecessariamente a eficiência da função de compras.”)

## 7. Topografia das oportunidades para corrupção

Embora a corrupção não seja consequência necessária da aquisição de bens e contratação de obras e serviços pela Administração Pública, é indubitável que as muitas etapas do procedimento licitatório e da execução do contrato podem dar ensejo a oportunidades múltiplas para a prática da corrupção. Sistemas regulatórios – se bem concebidos e estruturados – buscam eliminá-las ao máximo, mas, por óbvio: i) nenhum sistema é totalmente à prova de corrupção; ii) não cabe à regulação solucionar as causas de fundo que induzem à corrupção.<sup>556</sup>

Glenn T. Ware, Shaun Moss, J. Edgardo Campos e Gregory P. Noone comparam o sistema licitatório a um programa de computador, cujas brechas de segurança que propiciam sua invasão por *hackers* equivalem às lacunas estruturais – propositais ou não – que dão azo à infiltração de agentes públicos e operadores econômicos corruptos. Cabe aos idealizadores do sistema licitatório, se bem-intencionados, criar mecanismos que lhe permitam resistir aos ataques nocivos, à similitude do que fazem os desenvolvedores de *softwares*.<sup>557</sup>

---

<sup>556</sup> No ponto, cf. TREPTE, Peter. “Transparency and Accountability”, p. 2: “The procurement function is not a cause of corruption; it merely provides an opportunity which the potentially corrupt may seize upon to engage in corrupt practices. Procurement regulation is able to close off a number of those opportunities but it cannot address the wider causes or prevalence of corruption. There is a built in limitation to what it can achieve.” (Em tradução livre: “A função de compras não é causa de corrupção; simplesmente fornece uma oportunidade que o potencialmente corrupto pode aproveitar para se envolver em práticas corruptas. A regulamentação de aquisições é capaz de eliminar várias dessas oportunidades, mas não pode abordar as causas mais amplas ou a prevalência da corrupção. Existe uma limitação embutida para o que pode alcançar.”)

<sup>557</sup> Cf. WARE, Glenn T.; MOSS, Shaun; CAMPOS, J. Edgardo; NOONE, Gregory P. “Corruption in Public Procurement: A Perennial Challenge”, p. 308: “Like a computer software program, the system may contain structural holes, gaps, or weaknesses that allow corruption to seep into the procurement process. A procurement system has numerous portals or entry points, each having a ‘responsive control adjustment’ that seeks to secure it from attack, much like a patch on a software program that ostensibly closes a particular entry point to a hacker. The loopholes may be unintentional or, in their worst form, deliberately designed by corrupt officials to create vulnerabilities for later exploitation.” (Em tradução livre: “Como um programa de computador, o sistema pode conter buracos estruturais, lacunas ou pontos fracos que permitem que a corrupção se infiltre no processo de aquisição. Um sistema de aquisição tem vários portais ou pontos de entrada, cada um com um ‘ajuste de controle responsivo’ que visa protegê-lo de ataques, como um patch em um programa de software que fecha ostensivamente um determinado ponto de entrada para um hacker. As brechas podem ser não intencionais ou, em sua pior forma, deliberadamente projetadas por funcionários corruptos para criar vulnerabilidades passíveis de exploração posterior.”)

Para verificar as formas como os incentivos à corrupção agem concretamente no sistema de licitações e contratos públicos, convém realizar um mapeamento das oportunidades mais propícias à prática de atos corruptos.<sup>558</sup> Ware, Moss, Campos e Noone, ao traçarem a topografia das oportunidades para corrupção nas licitações e nos contratos públicos, distinguiram quatro etapas: i) especificação do objeto (*specification*); ii) chamamento de propostas (*pre-bid*); iii) avaliação das propostas (*bid evaluation*); e iv) execução contratual (*post bid*).

Quanto à especificação do objeto, Susan Rose-Ackerman e Bonnie J. Palifka destacam que distorções podem ocorrer já à partida, quando da escolha dos projetos. Ao invés de se orientar à obtenção de benefícios passíveis de fruição pela sociedade, a seleção pode ter em conta o lucro que cada um dos projetos em disputa pode proporcionar ao político corrupto. Em linha similar, Ware, Moss, Campos e Noone ressaltam a possibilidade de captura desta decisão de seleção, por conta da influência política exercida sobre o gestor. Peter Trepte, por sua vez, sublinha a facilidade com que especificações técnicas podem ser objeto de manipulação em favor de licitantes predeterminados, até porque tais manobras dificilmente são perceptíveis aos olhos de quem sofre as desvantagens oriundas da assimetria de informação.<sup>559</sup>

A etapa seguinte diz com o desenho do edital para chamamento das propostas, que implica uma vasta quantidade de decisões administrativas.<sup>560</sup>

---

<sup>558</sup> Sue Arrowsmith identifica três estágios no procedimento de licitação: i) definição do objeto a ser adquirido e do momento de sua aquisição (planejamento); ii) seleção do contratado e dos termos em que o objeto será fornecido; e iii) a administração do contrato, de modo a assegurar o desempenho do contratado (cf. ARROWSMITH, Sue. *Public procurement regulation*, p. 1).

<sup>559</sup> Cf. TREPTE, Peter. "Transparency and Accountability", p. 17.

<sup>560</sup> Não passou despercebido a Cristiana Fortini e Fabrício Motta o quanto a fase preparatória do procedimento adjudicatório está sujeita à contaminação, na medida em que grande quantidade de decisões importantes são proferidas à margem do escrutínio público. Cf. FORTINI, Cristiana; MOTTA, Fabrício. "Prevenção à Corrupção nas Contratações", in PONTES FILHO, Valmir; MOTTA, Fabrício; GABARDO, Emerson (coordenadores). *A regeneração da administração pública: Livro do XXX Congresso Brasileiro de Direito Administrativo NATAL-2016*. Curitiba: Íthala, 2017, pp. 17-18: "A fase interna é especialmente sensível. São reais e conhecidos os riscos de que a contratação pública nasça contaminada por escolhas feitas na fase preparatória. O aparentemente inocente ato de definir prioridades de aquisição já pode estar contaminado. (...) Daí em diante as escolhas vão se avolumando. Quando se pensa em serviço, definem-se, por exemplo, prazos, metodologia, etapas, produtos, quantidade, tipo de

Caso o agente público objetive angariar vantagens ilícitas, suas deliberações tenderão a restringir a competitividade e direcionar a licitação em favor das empresas que lhe tenha oferecido benefícios. São exemplos dessa praxe a manipulação dos requisitos de qualificação, a escolha de modalidades de licitação menos competitivas (ou mesmo a dispensa do processo licitatório), o compartilhamento de informação privilegiada com o licitante favorecido, o compromisso de realizar ajustes futuros por meio de aditivos contratuais, a fim de incrementar os lucros do futuro contratado etc.

Novas oportunidades de corrupção surgem por ocasião da avaliação das propostas, etapa em que é definida a empresa à qual será adjudicado o objeto do contrato. Para além do risco de colusão entre os concorrentes<sup>561</sup>, a utilização de critérios subjetivos de avaliação pode dar ensejo ao exercício abusivo da discricionariedade, no intuito de favorecer determinado licitante em detrimento dos demais. Em especial, o risco de manipulação se apresenta nas licitações em que a proposta, para além do preço ofertado, é avaliada sob aspectos qualitativos.<sup>562 563</sup>

---

mão de obra envolvida. (...) Apresentado e especificado o objeto, há de se estimar o custo da futura e provável contratação. Também se impõe verificar quais características o interessado em disputar a licitação deverá reunir. Assim, passo a passo, decisões são proferidas, previamente à inauguração do certame propriamente dito e antes que a sociedade tenha ciência dos movimentos silenciosamente realizados pelos agentes públicos.”

<sup>561</sup> Segundo Susan Rose-Ackerman e Bonnie J. Palifka, o conluio entre empresas concorrentes pode assumir arranjos diversos e não incluir agentes públicos. Entretanto, por óbvio, contar com a colaboração e cumplicidade dos responsáveis pela licitação pode ser de grande valia (por exemplo, a combinação de lances pode resultar em muito facilitada se os licitantes coordenados tiverem recebido informações sigilosas repassadas por agentes públicos “amigos”. Uma vez que, não raro, as práticas da colusão e da corrupção estão irmanadas, uma reforma anticorrupção que se pretenda bem-sucedida deverá enfrentar tanto o risco de conluio quanto o de corrupção (cf. ROSE-ACKERMAN, Susan; PALIFKA, Bonnie J. *Corruption and Government*, pp. 107-108).

<sup>562</sup> No intuito de prevenir o uso abusivo de critérios diversos do preço (tais como o prazo de entrega, o cronograma de pagamento, custos de utilização, eficiência, compatibilidade com sistemas anteriores, disponibilização de serviço pós-venda e peças de reposição, treinamento, segurança e impacto ambiental), o Banco Mundial exige que critérios de avaliação diversos do preço sejam expressos em termos monetários (cf. WARE, Glenn T.; MOSS, Shaun; CAMPOS, J. Edgardo; NOONE, Gregory P. “Corruption in Public Procurement: A Perennial Challenge”, p. 314).

<sup>563</sup> Ademais, a conversão de tais critérios de avaliação em pontuação dá margem a juízos subjetivos permeáveis à corrupção. No ponto, cf. WARE, Glenn T.; MOSS, Shaun; CAMPOS, J. Edgardo; NOONE, Gregory P. “Corruption in Public Procurement: A Perennial Challenge”, p. 315: “Under such evaluation systems, there is often no right or wrong answer in the decision-making process, as the winning bid is simply the one that receives the most points; in such a situation, the decision is wide open to corrupt influence, and it becomes all but impossible to hold the evaluators accountable for the correctness of their decision”. (Em tradução livre: “Em

O risco de corrupção atravessa todo o ciclo de formação e formalização da contratação, mas não se exaure com o encerramento do processo licitatório. Ao revés, é muito frequente que o processo de licitação e a celebração do contrato representem apenas o momento da solicitação ou da promessa de vantagens indevidas, a se concretizarem durante a fase da execução.

Quando se trata de corrupção baseada em apropriação, o agente público poderá aguardar o momento da execução contratual para extrair valores dos contratados, deles passando a exigir suborno para atestar os serviços executados e liberar os pagamentos devidos. Na corrupção baseada em trocas, o licitante pode ter apresentado a proposta objetivamente mais vantajosa e por isso se sagrar vencedor, mas ajustar com o agente público corrupto que, quando da execução, não lhe serão cobrados os quantitativos e/ou os padrões de qualidade previstos contratualmente. Pode acordar, ainda, que lhe será permitida posterior revisão contratual em termos distintos e mais favoráveis.<sup>564</sup>

Diferentemente do que ocorre na etapa competitiva, durante a execução contratual há maior dificuldade de monitoramento e controle de eventual favorecimento ou tratamento privilegiado ao contratado. A uma, os atos praticados nesta etapa do ciclo de contratação pública estão submetidos a menor transparência; a duas, não há quaisquer incentivos para o exercício de supervisão por parte de empresas competidoras.

A partir do mapeamento esboçado, e com algumas adaptações às peculiaridades do ordenamento jurídico brasileiro, a análise das oportunidades de corrupção no sistema de licitações e contratos se debruçará sobre quatro momentos:

---

tais sistemas de avaliação, muitas vezes não há resposta certa ou errada no processo de tomada de decisão, pois a proposta vencedora é simplesmente aquela que recebe mais pontos; em tal situação, a decisão está aberta à influência corrupta, e torna-se quase impossível responsabilizar os avaliadores pela correção de sua decisão.”)

<sup>564</sup> Cf. ARROWSMITH, Sue. *Public procurement regulation*, pp. 1-2.

- i. a fase preparatória, na qual ocorre a definição do objeto contratado e dos requisitos de qualificação, a escolha da modalidade e do regime de execução da obra, e a definição dos critérios de avaliação das propostas;
- ii. os casos de contratação sem licitação, com destaque para a inexigibilidade de licitação, as dispensas emergenciais e a contratação de organizações não governamentais, bem como os aspectos procedimentais da contratação direta e a fuga do processo licitatório mediante adesão a registro de preços;
- iii. a etapa de execução contratual, abrangida a fiscalização das obrigações contratadas, o pagamento da remuneração devida ao contratado, as cláusulas exorbitantes e os mecanismos para solução de conflitos entre o contratante e o contratado;
- iv. a possibilidade de alterações contratuais, seja através de modificações quantitativas ou qualitativas no objeto contratado, seja mediante prorrogação dos prazos para execução de serviços contínuos.

– CAPÍTULO IV –  
OPORTUNIDADES PARA CORRUPÇÃO NO SISTEMA BRASILEIRO DE  
LICITAÇÕES E CONTRATOS PÚBLICOS

### 1. Brevíssima Introdução

Assim como o diagnóstico há de preceder a prescrição do tratamento, qualquer debate acerca das medidas eventualmente pertinentes para reformar o sistema brasileiro de licitações e contratos públicos pressupõe a identificação e especificação das oportunidades de corrupção, através das quais se opera a captura do processo licitatório no Brasil.

Como se verá, algumas dessas vulnerabilidades decorrem de opções deliberadas do legislador, enquanto outras consistem em práticas informais que buscam burlar ou esvaziar comandos legais expressos. No curso da exposição, também se demonstrará como a normatização complementar, a jurisprudência do Tribunal de Contas de União e a doutrina vêm buscando minimizar tais oportunidades para corrupção. No entanto, tais esforços vem se revelando insuficientes para conter as práticas abusivas, como demonstrarão alguns exemplos concretos citados no curso da exposição.

### 2. Panorama legislativo

No Brasil, a obrigação de licitar tem assento constitucional. De conformidade com o inciso XXI do artigo 37 da Constituição da República, como regra geral, obras, serviços, compras e alienações realizadas pela Administração Pública deverão de ser precedidas de procedimento administrativo público, em que a todos os participantes seja garantida igualdade de tratamento.<sup>565</sup>

---

<sup>565</sup> “Art. 37. 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 e, também, ao seguinte: XXI –

Sob a nova égide constitucional<sup>566</sup>, a primeira norma que se propôs a regular todas as licitações e contratações da Administração Pública direta e indireta foi a Lei nº 8.666/93. Reflexo do momento histórico conturbado em que foi gestada – no ano anterior, o primeiro presidente eleito diretamente após décadas de regime ditatorial renunciou ao mandato popular, em meio a acusações de corrupção generalizada<sup>567</sup> –, a Lei nº 8.666/93 é comumente criticada por sua rigidez exagerada e formalismo burocratizante.

Com o passar do tempo, sua abrangência inicial foi significativamente limitada: i) as concessões e permissões de serviço público passaram ao regramento da Lei nº 8.987/95; ii) por obra da Lei nº 10.520/2002, foi introduzido o pregão, modalidade licitatória simplificada aplicável à aquisição de bens e serviços desprovidos de peculiaridades; iii) novamente sob influxo de escândalos de corrupção, os contratos de publicidade governamental passaram à órbita da Lei nº 12.232/2010; iv) com o intuito de conferir maior eficiência e celeridade às obras, serviços e compras em áreas determinadas da atuação estatal, a Lei nº 12.462/2011 criou o Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC); v) em concretização legislativa tardia da Emenda Constitucional nº 19, sobreveio a Lei nº 13.303/2016, que passou a regular as licitações e contratações de sociedades estatais exploradoras de atividade econômica.

---

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

<sup>566</sup> Na vigência da Constituição de 1967, o Decreto-Lei nº 2.300, de 21 de novembro de 1986, foi a primeira norma destinada a regular especificamente as licitações e os contratos celebrados pela Administração Pública.

<sup>567</sup> Para um recorrido histórico fidedigno, veja-se ROSILHO, André Janjácomo. *Qual é o Modelo Legal das Licitações no Brasil? As reformas legislativas federais no sistema de contratações públicas*. Dissertação de Mestrado em Direito e Desenvolvimento apresentada à Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas. São Paulo: mimeografado, 2011, em especial pp. 72-99.



Depois de uma tramitação longa e acidentada<sup>568</sup>, foi promulgada em 1º de abril a Lei nº 14.133/2021, que se propõe a unificar a regulação das licitações e contratos públicos, em substituição não só à Lei nº 8.666/93, mas também à Lei do Pregão (Lei nº 10.520/2002) e à Lei do Regime Diferenciado de Contratações (Lei nº 12.462/2011). No entanto, o inciso II do artigo 193 prevê um prazo de transição de dois anos, durante o qual as normas substituídas permanecem vigentes. Durante o referido período de transição, a Administração poderá optar, em suas licitações e contratos, entre a adoção do novo regime jurídico e aquele estabelecido pelas leis antecedentes (artigo 191 da Lei nº 14.133/2021).

Ainda que seu escopo e seu prazo de vigência tenham sido atalhados, a Lei nº 8.666/93 continua a veicular normas gerais relevantes, que até março de 2023 poderão ser aplicadas, direta ou subsidiariamente, às contratações realizadas pelas administrações direta e indireta – esta quando não dedicada à atividade econômica – de União, Estados, Distrito Federal e Municípios. Remanesce a importância, pois, do estudo da Lei nº 8.666/93, até para que se possa, de forma abalizada, avaliar a pertinência das modificações legislativas introduzidas pela Lei nº 14.133/2021 e sugerir outras tantas que porventura se conclua necessárias à prevenção da corrupção.

## 2.1. A Lei Geral de Licitações (Lei nº 8.666/93)

A pretexto de assegurar a integridade e impessoalidade no processo licitatório, a Lei nº 8.666/93 adotou uma solução amplamente criticada pela doutrina: normatizou de forma pormenorizada os aspectos formais e procedimentais da licitação e impôs um modelo uniforme<sup>569</sup> (ainda que com algumas variações conforme a modalidade) para todas as compras e

---

<sup>568</sup> O Projeto de Lei do Senado nº 559/2013, que almejava instaurar novo regime geral de licitações e contratos públicos, foi posteriormente substituído pelo Projeto de Lei nº 4.253/2020.

<sup>569</sup> Cf. CARVALHO, Victor Aguiar. *Cartéis em Licitações*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, pp. 122-123: “A lição mais importante que a teoria dos leilões transmite – e que é significativamente ignorada por legisladores e administradores públicos no Brasil – é que o desenho de leilões ou de licitações não é um produto de prateleira, em que um modelo único serve para qualquer situação. Um bom leilão ou uma boa licitação deveria ser arquitetada de acordo com as circunstâncias envolvidas em cada caso.” Em reforço, o autor cita, ainda à p. 123, a lição de Paul Klemperer, segundo a qual “Auction design is not ‘one size fits all’.”

contratações realizadas pela Administração Pública brasileira, não somente em nível federal, mas também pelos Estados e Municípios.

A regulação minuciosa dos procedimentos da licitação, assim como a predileção pela adjudicação dos contratos pelo critério do menor preço, foi decorrência da intenção de minimizar o risco de uso abusivo da discricionariedade para o favorecimento de licitantes e extração de vantagens ilícitas.<sup>570</sup>

Na mesma linha, os órgãos de controle externo, seja espontaneamente ou mediante provocação dos licitantes, tendem a enfatizar a observância dos aspectos de conformidade formal à Lei nº 8.666/93, incentivando que o foco do gestor esteja na observância no procedimento e não no resultado útil obtido no certame.<sup>571</sup> Além disso, a observância do ritual licitatório frequentemente se destina a ocultar as fraudes e manipulações realizadas às margens do procedimento formal, e não a evitar sua ocorrência.

Embora procedentes as críticas de que o procedimento da Lei nº 8.666/93 seja excessivamente burocrático, moroso e oneroso<sup>572</sup>, parece excessivo concluir que a rigidez seja a principal causa das deficiências do processo licitatório, como se tais problemas pudessem ser resolvidos com

---

<sup>570</sup> FREITAS, Rafael Vêras. “Análise Econômica das Contratações Públicas”, in *Revista SÍNTESE Licitações, Contratos e Convênios*, Vol. 8, n. 45 (jun./jul. 2018). São Paulo: Editorial SÍNTESE, p. 121: “Mais que isso, por intermédio da novel disciplina, tinha-se o desiderato de restringir a discricionariedade do administrador público, de modo que a licitação fosse a única solução que atenderia o interesse público. Razão pela qual o referido diploma tinha como um de seus principais fundamentos a garantia da isonomia entre os licitantes, os quais deveriam ser submetidos a um procedimento pautado pelos princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade. E terem a suas propostas submetidas ao crivo de um julgamento objetivo.”

<sup>571</sup> Cf. DIAS, Maria Tereza Fonseca. “Análise Econômica do Direito nas contratações públicas: estudo de casos da legislação e experiência brasileira”, p. 13, obtido em 20/08/2020 no endereço eletrônico <[http://www.up.edu.pe/UP\\_Landing/alacde2017/papers/50-Law-economics-public-contracts.pdf](http://www.up.edu.pe/UP_Landing/alacde2017/papers/50-Law-economics-public-contracts.pdf)>.

<sup>572</sup> Marcos Juruena Villela Souto, em comentário mordaz, compara o procedimento licitatório da Lei nº 8.666/93 a um “campeonato de papelada” (Cf. SOUTO, Marcos Juruena Villela “Licitações e eficiência”, in *Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado*, Rio de Janeiro, Edição Especial, 2012, p. 329).

maior flexibilidade e adaptabilidade.<sup>573</sup> Se assim fosse, as contratações diretas realizadas pela Administração – mediante inexigibilidade ou dispensa de licitação – não seriam oportunidades para desvios ainda mais escandalosos de recursos públicos. Lamentavelmente, a predominância da corrupção sistemática na burocracia nacional exige que o poder discricionário dos agentes públicos em matéria de licitações públicas seja exercido dentro de estreitos limites.<sup>574</sup>

Em reação ao formalismo da Lei Geral de Licitações, o legislador restringiu gradualmente seu âmbito de incidência, através da superveniência das normas que criaram o pregão e o Regime Diferenciado de Contratação, em fenômeno que Rafael Vêras de Freitas descreveu como uma “revogação paulatina” da Lei nº 8.666/93.<sup>575</sup>

## 2.2. Lei do Pregão (Lei nº 10.520/2002)

Com o advento do pregão, a Lei nº 10.520/2002 revolucionou as licitações para aquisição de bens e serviços comuns<sup>576</sup>, assim definidos, de

---

<sup>573</sup> Nesse sentido, Rafael Vêras de Freitas sustenta que a causa da “falência do sistema de contratações públicas” estaria em seu “engessamento”, e não em sua “adaptabilidade” (“Análise Econômica das Contratações Públicas”, pp. 114-115).

<sup>574</sup> SILVA, Marcos Fernandes Gonçalves da. *A Economia Política da Corrupção*. Texto para Discussão nº 60, EAESP FGV, 1996, p. 5, obtido em 19/08/2020 no endereço <<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/1957/TD60.pdf;jsessionid=3A5C0F6F3BD567DEFFA4C3359D022E2D?sequence=4>>: “A grande falácia dos argumentos daqueles que pretendem dar maior liberdade aos burocratas está no fato de se supor, ingenuamente, que somente os agentes privados têm uma propensão à corrupção e à fraude, e que os burocratas são honestos de jure e de facto. Constitui aterradora ignorância tal hipótese, principalmente considerando o caso do Brasil, onde o capital social ou ético é extremamente baixo. Nesse caso faz-se necessária a utilização de mecanismos legais, mesmo que draconianos, para o controle da apropriação indevida da coisa pública.”

<sup>575</sup> Cf. FREITAS, Rafael Vêras de. “Análise Econômica das Contratações Públicas”, p. 124: “Tenho que se tratou de uma típica hipótese de *institutional by-pass*. De acordo com esse modelo de alteração da arquitetura institucional, a instituição existente é preservada, nos termos em que estava funcionando. Cria-se uma nova instituição, objetivando alcançar os mesmos fins da preexistente, mas que utilize meios diferentes, uma nova abordagem. Há aí um componente de escolha. O agente que precisa chegar àqueles fins pode eleger qual caminho pretende adotar: a primeira instituição ou a nova, originária do *institutional by-pass*. Por intermédio desse expediente, pretendeu-se revogar, de forma paulatina, a Lei nº 8.666/1993. Como o custo de sua revogação seria muito elevado (ainda mais em épocas de Lava-Jato), foram criados microssistemas de contratações públicas, que fossem mais eficientes e adaptáveis aos objetos e às entidades que deles se valem”.

<sup>576</sup> Nesse sentido, NOHARA, Irene Patrícia; CÂMARA, Jacintho Arruda. NOHARA, Irene Patrícia; CÂMARA, Jacintho Arruda. *Licitações e Contratos Administrativos*. São Paulo:

conformidade com o parágrafo único de seu artigo 1º, “aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais no mercado”. Para qualificar um bem ou serviço como comum, faz-se necessário: i) especificado o objeto da contratação e definido o padrão de qualidade desejado pela Administração, eventuais variações técnicas são desimportantes para determinar qual das propostas melhor satisfaz o interesse público; ii) as especificações técnicas do bem ou serviço sejam usuais no mercado; e iii) o procedimento do pregão – menos formal e mais célere – não traz prejuízo à análise da qualidade do objeto licitado, nem ao interesse público em geral.<sup>577</sup>

Não há dúvida de que a Lei nº 10.520/2002 teve por intuito primeiro descomplicar o procedimento licitatório para compra de bens e prestação de serviços passíveis de especificação padronizada, tornando-o mais eficiente. Editado com fundamento no permissivo constante de seu artigo 2º, parágrafo 1º, o Decreto nº 10.024/2019 regulamentou o pregão sob a forma eletrônica<sup>578</sup> e aprofundou a tendência de simplificação do procedimento, tratando de

---

Thompson Reuters Brasil, 2019, p. 207: “(...) Ele [o pregão] revolucionou o procedimento de licitação, pois acrescentou ao certame inúmeras vantagens, tais como: simplificação, celeridade, redução de gastos, ampliação da competitividade e, sobretudo, do acesso às licitações.”

<sup>577</sup> NIEBUHR, Joel de Menezes. *Pregão Presencial e Eletrônico*. Belo Horizonte: Fórum, 2020, p. 77. Prossegue o autor (pp. 77-78): “Essas são as balizas para que os agentes administrativos avaliem se bem ou serviço é ou não comum. Ressalta-se, mais uma vez, que, de qualquer maneira, trata-se de conceito jurídico indeterminado, sobretudo quanto à avaliação do quão usual são as especificações técnicas no mercado, abrindo-se flancos para a subjetividade, que é imanente à expressão utilizada pelo legislador. Logo, os órgãos de controle devem ter sensibilidade, atuando de modo ponderado, com razoabilidade e bom senso, partindo do pressuposto de que a avaliação feita pelos agentes administrativos é a correta, por força da presunção de legitimidade dos atos administrativos.”

<sup>578</sup> Em substituição ao Decreto nº 5.450/2005. Parcela da doutrina questiona a constitucionalidade de ambos os decretos, porquanto ultrapassariam sua função estritamente regulamentar. Nesse sentido, NIEBUHR, Joel de Menezes. *Pregão Presencial e Eletrônico*, p. 47: “O § 1º do artigo 2º da Lei nº 10.520/02, da forma como está, acaba por endereçar uma espécie de cheque em branco ao Executivo, para que ele trate do pregão eletrônico. O legislador não se preocupou em criar qualquer baliza, parâmetro ou em definir as linhas mestras da modalidade. Ele apenas transferiu ao Executivo a competência para discipliná-la. Portanto, para os que reputam constitucional delegação legislativa desse naipe, o Executivo tem vasta liberdade para dispor sobre o pregão eletrônico, criando a sistemática e as exigências que lhe aprouver. (...) Daí que a delegação legislativa prescrita no § 1º do artigo 2º da Lei nº 10.250/02 é inconstitucional, porque atenta ao procedimento enunciado no artigo 68 da Constituição Federal, bem como importa na edição por parte do Executivo de decretos que inovam a ordem jurídica, chamados decretos autônomos, o que é expressamente vedado pelo inciso IV do artigo 84, também da Constituição Federal.”

incorporar posicionamentos já cristalizados pelo Tribunal de Contas da União e, de outra feita, solucionar algumas perplexidades.

A maior agilidade das contratações via pregão se deve, em larga medida, à inversão das fases de habilitação e classificação: diferentemente do que ocorre nas licitações tradicionais – assim entendidas aquelas descritas na Lei nº 8.666/93 –, apenas a documentação do licitante que oferecer o melhor lance à Administração Pública será analisada. Somente na hipótese em que o licitante mais bem classificado não resulte habilitado, analisar-se-á a documentação dos demais, de acordo com sua ordem de classificação. À vista da inegável economia de tempo e esforços proporcionada pela antecipação da disputa competitiva, o legislador brasileiro tem prestigiado tal solução.<sup>579</sup>

O Decreto nº 10.024/2019 alterou o momento de apresentação da documentação necessária à habilitação. Na sistemática anterior, o encaminhamento dos documentos ocorria após encerrada a sessão pública e conhecido o licitante responsável pela melhor proposta. Consoante o artigo 26, entretanto, todos os participantes deverão de enviar a documentação pertinente após a divulgação do edital, em simultâneo à proposta, até a data e o horário estabelecidos para abertura da sessão pública. Ao ver de Marçal Justen Neto, a inovação é positiva, porquanto pode vir a tornar o pregão eletrônico ainda mais célere, ao eliminar a necessidade de abertura de prazo para envio da documentação – e das amostras, se este o caso – após a sessão pública. Por outro lado, a sistemática anterior poderia desrespeitar o princípio da isonomia, uma vez que licitantes subsequentes que porventura viessem a

---

<sup>579</sup> Cf. JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2019, p. 665. “(...) Uma das características do pregão reside precisamente na chamada ‘inversão das fases’, que consiste no exaurimento da etapa competitiva e no exame das condições de licitação exclusivamente em face do licitante que apresentou a proposta aparentemente mais vantajosa. Essa tendência foi incorporada, ainda que como uma faculdade de escolha, na Lei de Parcerias Público-Privadas (Lei 11.079/2004), na Lei de Concessões (Lei 8.987/1995, com as alterações feitas pela Lei 11.196/2005, que incluiu o art. 18-A) e na Lei do Regime Diferenciado de Contratações Públicas (Lei 12.462/2011). A mesma orientação foi consagrada na Lei 13.303/2016, que disciplina as licitações das sociedades estatais organizadas sob a forma empresária.”

ser convocados apresentariam sua documentação em momento substancialmente posterior.<sup>580</sup>

Outra grande inovação introduzida pelo pregão residiu na forma como a etapa de classificação passou a se desenrolar: após a formulação das propostas, seguem-se lances sucessivos, até que prevaleça o preço contra o qual nenhum lance mais baixo se apresente. No pregão presencial, os lances são verbais; na forma eletrônica, os lances – admissíveis se representarem valor inferior ou percentual maior de desconto – são encaminhados exclusivamente por meio do sistema.

O artigo 31 do Decreto nº 10.024/2019, por sua vez, modificou a sistemática anterior no que concerne ao pregão eletrônico, ao admitir dois modos de disputa: i) aberto, esmiuçado no artigo 32; ii) aberto e fechado, pormenorizado no artigo 33. Sob a égide do Decreto nº 5.450/2005, uma vez comunicados do encerramento iminente da etapa de lances, os licitantes dispunham de um período randômico não superior a 30 (trinta) minutos para formular novas propostas, após o que não mais seriam aceitas. Como se vê, vitória ou derrota dependiam do fortuito: o encerramento da etapa de lances poderia ocorrer abrupta e aleatoriamente, impedindo que outros licitantes pudessem ofertar preço mais vantajoso. Nesse caso, indubitável o prejuízo à Administração Pública.

No atual modo de disputa aberto, a etapa de lances tem a duração inicial de 10 (dez) minutos; de acordo com o parágrafo 1º do artigo 32, se algum lance for ofertado nos últimos 2 (dois) minutos, o tempo é automaticamente prorrogado por igual período. Sagrar-se-á vencedor, portanto, o licitante que oferecer proposta não superada pelos demais participantes após 2 (dois) minutos, sistemática que elimina o fator sorte/azar e permite à Administração realmente usufruir do melhor preço possível.

---

<sup>580</sup> JUSTEN NETO, Marçal. A fase de habilitação conforme o novo regulamento federal do pregão eletrônico. *Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini* nº 151, setembro/2019, p. 5, disponível em <<http://www.justen.com.br/informativo>>, acesso em 02/08/2020.

No modo de disputa aberto e fechado, o prazo inicial para envio de lances é de 15 (quinze) minutos, seguido de aviso de fechamento iminente e randômico em até 10 (dez) minutos. Findo tal prazo, os licitantes cujas propostas não sejam superiores a 10% (dez por cento) do menor lance dispõem de 5 (cinco) minutos para formular uma nova e derradeira oferta fechada.<sup>581</sup> Divulgadas e identificadas essas propostas finais, caberá à Administração, então, verificar qual a mais vantajosa.

Para além de afastar a influência de fatores aleatórios, a atual sistemática torna inútil a utilização de *softwares* de envio automático de lances, desenvolvidos para cobrir em fração de segundos qualquer proposta apresentada por outro licitante. Tal prática – que se tornara frequente – comprometia a isonomia da disputa, caracterizando, para parte da doutrina, fraude à licitação, tipificada no artigo 90 da Lei nº 8.666/93.<sup>582</sup> Na visão de Joel de Menezes Niebuhr, o Decreto nº 10.024/2019 torna a disputa mais séria, justa e credível, porquanto não decidida pelo acaso, ao passo que possibilita à Administração selecionar a proposta verdadeiramente mais vantajosa para si.<sup>583</sup>

---

<sup>581</sup> Segundo Eduardo Pedral Sampaio Fiuza e Bernardo Abreu de Medeiros, uma sequência de lances decrescentes, seguidos de oferta final fechada, seria a solução que melhor preservaria a competitividade do certame: “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.” (cf. FIUZA, Eduardo Pedral Sampaio; MEDEIROS, Bernardo Abreu de. *A Agenda Perdida das Compras Públicas. Rumo a uma Reforma Abrangente da Lei de Licitações e do Arcabouço Institucional*. Rio de Janeiro: Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, 2014, p. 36, obtido em <[https://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/TDs/td\\_1990.pdf](https://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/TDs/td_1990.pdf)>, acesso em 18/07/2020)

<sup>582</sup> É essa a opinião de NIEBUHR, Joel de Menezes. *Pregão Presencial e Eletrônico*, p. 345; e MARTINS, Ricardo Marcondes. “Uso de robô em pregão eletrônico”, in *Contraponto Jurídico: posicionamentos divergentes sobre grandes temas do Direito*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 68. Diferentemente, NOHARA, Irene Patrícia; CÂMARA, Jacintho Arruda. *Licitações e Contratos Administrativos*, pp. 220-222.

<sup>583</sup> NIEBUHR, Joel de Menezes. *Antes tarde do que nunca: o novo pregão eletrônico do Decreto Federal nº 10.024/2019*. Disponível no endereço eletrônico <<https://www.zenite.blog.br/antes-tarde-do-que-nunca-o-novo-pregao-eletronico-do-decreto-federal-no-10-0242019/>>, acesso em 02/08/2020: “O Decreto Federal n. 10.024/2019 inaugura modelo de pregão eletrônico mais arrazoado e tende, nessa medida, a melhorar a percepção do mercado sobre a seriedade da disputa, o que deve atrair licitantes de boa-fé, mais qualificados, que apresentam propostas verdadeiramente vantajosas. No entanto, os problemas não se resolvem por decreto. Decreto pode até ajudar, mas não resolve nada sozinho. O novo pregão eletrônico depende de nova

Com tal intuito, o artigo 38 – como já o faziam os parágrafos 8º e 9º do artigo 24 do Decreto nº 5.450/2005 – determina ao pregoeiro que encaminhe via sistema contraproposta ao licitante que tenha apresentado o melhor preço, vedada a negociação em condições distintas àsquelas previstas no edital. Aos demais participantes é facultado o acompanhamento da negociação, até como forma de fiscalizar sua higidez. A possibilidade de negociação direta encontra previsão no inciso XVII do artigo 4º da Lei nº 10.520/2002, mas apenas em hipóteses específicas. É tendência legislativa, como se depreende da edição da Lei nº 12.462/2011 e do Decreto nº 10.024/2019, ampliar as possibilidades de diálogo com os particulares interessados em com ela contratar, a fim de garantir a realização do negócio mais vantajoso e adequado às necessidades da Administração Pública.

Fato é que, com a ampliação paulatina do escopo do pregão, graças ao elastecimento do conceito jurisprudencial de bens e serviços comuns, e à obrigatoriedade de sua utilização sempre que a contratação for custeada por verbas federais, a maioria esmagadora das licitações passou a ser realizada sob os auspícios dessa modalidade. Segundo dados obtidos no Portal da Transparência da Controladoria Geral da União, os pregões representaram 95,37% (noventa e cinco vírgula trinta e sete por cento) das licitações realizadas pela Administração Direta federal em 2019. Se considerado o total de contratações, incluindo aquelas realizadas diretamente por meio de procedimentos de dispensa ou inexigibilidade de licitação, os pregões correspondem a 43,28% (quarenta e três vírgula vinte e oito por cento). Veja-se a tabela completa.<sup>584</sup>

---

postura da Administração Pública, que não pode mais ser permissiva com ‘jeitinhos’ e ‘artimanhas’, que sempre voltam repaginados.”

<sup>584</sup> Cf. <<http://www.portaltransparencia.gov.br/licitacoes?ano=2019>>, acesso em 02/08/2020.



| Visão geral das contratações     |                              |                    |  |
|----------------------------------|------------------------------|--------------------|--|
| FORMA DE CONTRATAÇÃO             | VALOR CONTRATADO             | % RELATIVO AO TODO |  |
| Dispensa de Licitação            | R\$ 16.602.844.048,55        | 28.91%             |  |
| Inexigibilidade de Licitação     | R\$ 14.768.891.488,73        | 25.72%             |  |
| Pregão - Registro de Preço       | R\$ 14.239.231.888,68        | 24.80%             |  |
| Pregão                           | R\$ 10.610.068.236,69        | 18.48%             |  |
| Concorrência                     | R\$ 786.367.670,43           | 1.37%              |  |
| Tomada de Preços                 | R\$ 392.096.734,06           | 0.68%              |  |
| Convite                          | R\$ 17.792.056,22            | 0.03%              |  |
| Concorrência - Registro de Preço | R\$ 5.449.836,38             | 0.01%              |  |
| Concorrência Internacional       | R\$ 1.350.323,22             | 0.00%              |  |
| Concurso                         | R\$ 766.300,00               | 0.00%              |  |
| <b>Total</b>                     | <b>R\$ 57.424.858.582,96</b> | <b>100,00%</b>     |  |

Como se vê, na prática, o pregão esvaziou as modalidades tradicionais previstas na Lei nº 8.666/93. Concorrência e tomada de preços são realizadas tão somente nas hipóteses de obras e de bens e serviços especiais, porquanto vedada a aplicação da Lei nº 10.520/2002 e do Decreto nº 10.024/2019.

### 2.3. Regime Diferenciado de Contratação (Lei nº 12.462/2011)

Criado inicialmente com o intuito único de conferir maior eficiência às licitações e contratos necessários à realização da Copa das Confederações de 2013, da Copa do Mundo FIFA de 2014 e dos Jogos Olímpicos e Paraolímpicos de 2016, inclusive no que concerne à infraestrutura aeroportuária, o escopo do Regime Diferenciado de Contratação (RDC) foi sucessivamente ampliado para abranger toda sorte de contratações – em especial obras e serviços de engenharia –, em searas de atuação estatal tão variada quanto educação, saúde, segurança pública, tecnologia e inovação.<sup>585</sup> Uma vez mais, como dá conta o parágrafo 2º do artigo 1º da Lei nº 12.462/2011, a intenção do legislador foi escapar à aplicação da Lei nº 8.666/93, alinhado à premissa de que tal diploma constitui um entrave à celeridade e economicidade das licitações. Dessarte, com relação àquela lei

<sup>585</sup> Para além das novas hipóteses inseridas no corpo da própria Lei nº 12.462/2011, a adoção do RDC foi autorizada em circunstâncias específicas previstas nas Leis nº 12.815/2013 e 12.873/2013.

geral – e, de resto, a todas as demais que regulam as licitações e contratos administrativos brasileiros –, a Lei nº 12.462/2011 há de ser considerada norma geral, aplicável que é a todas as pessoas federativas, mas especial, pois criadora de um microssistema posterior autônomo.<sup>586</sup>

Durante a fase interna ou preparatória, caberá ao administrador público decidir motivadamente se a adoção do RDC é a opção mais vantajosa, à vista de estudos técnicos e econômicos capazes de aferir sua capacidade de promover os objetivos enumerados no parágrafo 1º do artigo 1º.<sup>587</sup> De conformidade com o artigo 13, o procedimento haverá de ser preferencialmente eletrônico, admissível, se justificativa técnica ou econômica houver, a forma presencial.<sup>588</sup>

A Lei nº 12.462/2011 introduziu os denominados contratos por resultado, em que a remuneração do particular é condicionada a um resultado incerto previamente fixado. Uma primeira hipótese está disciplinada no artigo 10, segundo o qual, em se tratando de obras e serviços, a remuneração do contratado pode variar de acordo com seu desempenho, “com base em metas, padrões de qualidade, critérios de sustentabilidade ambiental e prazo de entrega definidos no instrumento convocatório e no contrato”.<sup>589</sup> A intenção do

---

<sup>586</sup> “Constatação que permite a fixação de premissa que deve orientar a hermenêutica de toda a Lei 12.462/2011: o RDC é regime excepcional de licitações e contratos administrativos que tem a natureza de norma geral e que, por isso mesmo, tem autonomia interpretativa – tanto em relação às licitações e contratos ordinários da LGL como no que respeita às demais licitações e contratos extraordinários (pregão, concessões comuns e parcerias público-privadas). Isto significa dizer que não se deve ler a Lei 12.462/2011 com a lente da LGL (e/ou demais diplomas pretéritos).” (MOREIRA, Egon Bockmann; GUIMARÃES, Fernando Vernalha. *Licitação Pública. A Lei Geral de Licitação – LGL e o Regime Diferenciado de Contratação – RDC*. São Paulo: Malheiros Editores, 2015, p. 44)

<sup>587</sup> “Art. 1º, § 1º. O RDC tem por objetivos: I - ampliar a eficiência nas contratações públicas e a competitividade entre os licitantes; II - promover a troca de experiências e tecnologias em busca da melhor relação entre custos e benefícios para o setor público; III - incentivar a inovação tecnológica; e IV - assegurar tratamento isonômico entre os licitantes e a seleção da proposta mais vantajosa para a administração pública.”

<sup>588</sup> Cf. TCU, Plenário, Acórdão nº 1.079/2017, Rel. Marcos Bemquerer: “As licitações regidas pelo Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC) devem ser realizadas preferencialmente sob a forma eletrônica, devendo a opção pela forma presencial conter justificativa técnica e econômica (art. 13 da Lei 12.462/2011).”

<sup>589</sup> “Os contratos de aquisição de bem são, em regra, de trato instantâneo. O bem deverá ser entregue ao longo do prazo e em atenção à qualidade definida no ajuste, descaracterizando qualquer avaliação de desempenho que se pautar em critérios coincidentes. Acredita-se que o não atendimento da qualidade e do prazo estipulado extrapola o conceito de mau desempenho,

legislador foi que, por meio de incentivos financeiros – representados pela percepção de adicional remuneratório caso atingidos os níveis de desempenho pactuados<sup>590</sup> – o contratado se esforce para obter o resultado que melhor atenda as expectativas da Administração. Como observa Rafael Wallbach Schwind, a “remuneração variável prevista no RDC é, em última análise, um mecanismo de sanção premial, em que se põe em prática a função promocional do direito”.<sup>591</sup>

De conformidade com o parágrafo 1º do artigo 70 do Decreto nº 7.581/2011, a utilização da remuneração variável respeitará o limite orçamentário estipulado pelo contratante e será motivada quanto: i) aos parâmetros escolhidos para aferir o desempenho do contratado; ii) ao valor a ser pago; e iii) ao benefício a ser gerado para a administração pública. A fim de reduzir a margem de discricionariedade do administrador, apenas critérios objetivos, tecnicamente justificados, coerentes com a realidade fática e perfeitamente discriminados no instrumento convocatório são admissíveis. Do contrário, como adverte Bruno Aurélio, “não será incomum o descrédito da

---

recaindo em efetivo descumprimento contratual passível de ser penalizado.” [AURÉLIO, Bruno. “A previsão da remuneração variável do contratado sob o Regime Diferenciado das Contratações Públicas”, in CAMMAROSANO, Márcio; POZZO, Augusto Neves Dal; VALIM, Rafael (Coordenadores). *Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC (Lei nº 12.462/11; Decreto nº 7.581/11): aspectos fundamentais*. Belo Horizonte: Fórum, 2014, versão eletrônica].

<sup>590</sup> Segundo Rafael Wallbach Schwind, não seria possível a redução da remuneração do contratado quando não atingida a meta prevista, porquanto tal prática equivaleria à aplicação de sanção por inadimplemento sem o devido processo legal [SCHWIND, Rafael Wallbach. “Remuneração variável e contratos de eficiência no regime diferenciado de contratações públicas (Lei 12.362/2011)”, in *Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini*. Curitiba, nº 56, outubro de 2011, p. 5, disponível em <[https://www.justen.com.br/pdfs/IE56/IE56-rafael\\_rdc.pdf](https://www.justen.com.br/pdfs/IE56/IE56-rafael_rdc.pdf)>, acesso em 09/08/2020]. Bruno Aurélio diverge, ao argumento de que a redução da remuneração poderia ser mera consequência pecuniária da execução contratual abaixo do melhor desempenho (cf. “A previsão da remuneração variável do contratado sob o Regime Diferenciado das Contratações Públicas”, in CAMMAROSANO, Márcio; POZZO, Augusto Neves Dal; VALIM, Rafael (Coordenadores). *Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC (Lei nº 12.462/11; Decreto nº 7.581/11): aspectos fundamentais*. Belo Horizonte: Fórum, 2014, versão eletrônica).

<sup>591</sup> SCHWIND, Rafael Wallbach. “Remuneração variável e contratos de eficiência no regime diferenciado de contratações públicas (Lei 12.362/2011)”, p. 4. Prossegue o autor: “É importante observar que, num contrato que envolva remuneração variável, a Administração não poderá se descuidar da qualidade das prestações contratualmente estabelecidas. Há, de um lado, condições mínimas de qualidade a serem observadas pelo contratado, que devem ser suficientes para o atendimento das finalidades públicas e cujo descumprimento acarretará a imposição de sanções. De outro lado, há metas adicionais que, se alcançadas, proporcionarão vantagens ainda maiores à Administração e incrementarão a remuneração do contratado, mas cujo não atendimento não implicará a imposição de sanções.”

regra e a alocação deste risco como item de composição do preço, encarecendo o contrato público”.<sup>592</sup>

A outra hipótese de contratação por resultado, prevista pelo artigo 23, consiste no contrato de eficiência, a ser abordado mais adiante, quando da análise do critério de julgamento por maior retorno econômico.

O RDC introduziu outras inovações significativas na seara das licitações públicas, tais como: i) a divulgação diferida do orçamento estimativo, publicado tão somente após o encerramento do certame; ii) no caso de obras e serviços de engenharia, a adoção do regime de contratação integrada, em que a responsabilidade pela confecção dos projetos básico e executivo é transferida ao contratado; e iii) contratação simultânea.

#### 2.4. Nova Lei de Licitações e Contratos (Lei nº 14.133/2021)

Em descompasso com as demandas doutrinárias, a Lei nº 14.133/2021 não representou uma transformação substancial do regime de licitações e contratos anterior. Como afirmam Marcos Nóbrega e Ronny Charles L. de Torres, o legislador optou pela “consolidação da experiência pretérita, por meio da agregação de normas já vigentes”<sup>593</sup>, ao incorporar dispositivos esparsos de diversas leis, decretos, portarias e instruções normativas, e inclusive orientações jurisprudenciais consolidadas do Tribunal de Contas da União.<sup>594</sup> A estrutura procedimental prevista na legislação anterior não foi significativamente simplificada; pelo contrário, o viés formalista e burocrático

---

<sup>592</sup> AURÉLIO, Bruno. “A previsão da remuneração variável do contratado sob o Regime Diferenciado das Contratações Públicas”, p. 4. Continua o autor: “Em sequência, acredita-se pertinente a fixação de um procedimento de avaliação contratual que demarque tecnicamente a atividade estatal, bem como franqueie um espaço razoável e pertinente à participação privada. A ratificação da validade da conduta do contratante estará vinculada a fixação de uma rotina de averiguação da qual o particular faça parte, impedindo, com isso, que sejam manipulados dados e informações para o atendimento do interesse secundário da Administração Pública.”

<sup>593</sup> NÓBREGA, Marcos; TORRES, Ronny Charles L. de. *A Nova Lei de Licitações, Credenciamento e E-Marketplace: o turning point da inovação nas compras públicas*, p. 4 (disponível no endereço eletrônico <<https://ronnycharles.com.br/wp-content/uploads/2021/01/A-nova-lei-de-licitacoes-credenciamento-e-e-marketplace-o-turning-point-da-inovacao-nas-compras-publicas.pdf>>, acesso em 1º/08/2021).

<sup>594</sup> NIEBUHR, Joel de Menezes et al. *Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. Curitiba: Zênite, 2021, 2ª edição, p. 6.

que tanto se criticava na Lei nº 8.666/93 chegou até a se agravar sob a Lei nº 14.133/2021 – fenômeno de que é exemplo a minuciosa regulação das etapas preparatórias à licitação.<sup>595</sup>

A Nova Lei de Licitações e Contratos tratou de incorporar ao regime geral de licitações algumas das novidades da Lei do Pregão (por exemplo, ao instituir em seu artigo 17 a regra geral de que a etapa de propostas ou lances haveria de anteceder a qualificação dos licitantes) e do Regime de Diferenciado de Contratação (como a remuneração por resultado, o regime de contratação integrada e a possibilidade de decretação de sigilo sobre o orçamento estimado da contratação).

Entre as novidades introduzidas pela Lei nº 14.133/2021 podem ser destacadas: i) a regulamentação da fase preparatória da licitação; ii) a introdução no direito brasileiro da figura do diálogo competitivo, inspirada no diálogo concorrencial do direito europeu; iii) a criação de um portal eletrônico (Portal Nacional de Contratações Públicas), que centralizará a divulgação de informações sobre licitações e contratos em todos os níveis da federação; iv) a positivação do credenciamento e da pré-qualificação como procedimentos auxiliares; e v) a previsão da adoção de meios alternativos de solução de controvérsias (como a mediação e a arbitragem) nas relações entre o Poder Público e seus contratados.

Por outro lado, nem toda inovação foi alvissareira. Algumas das regras introduzidas pela Lei nº 14.133/2021 ampliaram oportunidades para a corrupção, mormente ao aumentar a incidência das margens de preferência e flexibilizar as hipóteses de contratação direta.

---

<sup>595</sup> Na fase interna de licitação, a nova lei dispõe sobre a elaboração de *plano de contratações anual* (art. 12, VII), de *estudo técnico preliminar* (art. 6º, XX e 18, §1º), de *termo de referência* (art. 6º, XXIII e 40, §1º) e de *anteprojeto* (art. 6º, XXIV), para além do *projeto básico* (art. 6º, XXV) e do *projeto executivo* (art. 6º, XXVI). Ao tratar da matéria, Joel de Menezes Niebuhr comenta que a regulamentação da fase preparatória da licitação na Lei nº 14.133/2021 “condenam as licitações e os contratos brasileiros à burocracia exagerada e disfuncional, exigindo procedimentos muito pesados e amarrados para tudo”, que a maioria dos órgãos públicos sequer estaria capacitada a observar (cf. NIEBUHR, Joel de Menezes et al. *Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos*, pp. 82-83).

### 3. Planejamento da licitação

Toda contratação pública de terceiro deve ser antecedida por regular procedimento administrativo, por meio do qual, identificada uma dada necessidade, a Administração Pública proceda a estudos técnicos que lhe permitam: i) precisar o objeto do futuro contrato; ii) estimar seu custo e aquilatar se há viabilidade orçamentária; iii) analisar se a competição é factível; iv) em caso positivo, e não sendo facultada sua dispensa, definir a estrutura básica da licitação; v) ainda que inexigível ou dispensada a licitação, estabelecer as condições em que o contrato será firmado.

Como se vê, diferentemente do que o artigo 38 da Lei nº 8.666/93 deixa entrever, o procedimento licitatório inicia-se muito antes da divulgação do ato convocatório.<sup>596</sup> É durante sua fase interna ou preparatória que são definidos: i) o objeto a contratar, seja obra, serviço ou compra; ii) os requisitos de qualificação a serem exigidos dos competidores; iii) o regime e a modalidade de licitação adequados; iv) os critérios de julgamento, de conformidade com o tipo de licitação escolhido; v) no caso de obra ou serviço de engenharia, o regime de sua execução.

Um planejamento bem executado estará apto a reduzir a assimetria informacional entre o gestor público e o mercado<sup>597</sup>, sendo a etapa em que

---

<sup>596</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*, p. 861: “O art. 38 determina que o procedimento licitatório se inicia com a abertura do processo administrativo. A regra deve ser entendida em termos. É imperiosa a prática de atos anteriores à ‘abertura do processo’ de licitação. A própria autorização para a licitação, a que se refere o mesmo art. 38 não é o momento propriamente inicial do procedimento licitatório. Há atos anteriores, condicionantes da validade do procedimento subsequente. Antes de cogitar de qualquer ‘autorização’ para a licitação, a Administração Pública deverá apurar a necessidade de sua realização e definir os termos em que será executada. A autorização para licitar não surge do nada. É necessariamente precedida dos estudos para definição do objeto da licitação, da existência de recursos para tanto etc. Somente após praticados esses atos prévios é que as fases subsequentes da licitação podem desencadear-se. Como são logicamente indispensáveis para a licitação, tais atos condicionam o curso do procedimento posterior. Logo, os defeitos quanto a esses atos anteriores se refletem em desvios maléficos no momento subsequente. Daí deriva a concepção de que o procedimento licitatório inicia-se na fase interna e não apenas quando vier a ser divulgado o edital.”

<sup>597</sup> LOBATO NETO, Lucival Lage; TABAK, Benjamin Miranda. *A Eficiência nas Leis Nacionais de Licitações e Contratos Administrativos: Uma Abordagem Juseconômica*. Curitiba: CRV, 2015, edição *on line*, item 8.2.

haverá de tomar conhecimento das soluções disponíveis no mercado, com seus respectivos preços e atributos qualitativos.<sup>598</sup>

O planejamento cuidadoso é indispensável ao bom êxito da fase externa da licitação, da contratação em si e da execução do objeto<sup>599</sup>, mas, também e sobretudo, à lisura de todo o processo. É sabido que a corrupção se compraz em ambientes de pouca clareza e dubiedade, porquanto ideais à cooptação do administrador. Vale, aqui, a advertência de Marçal Justen Filho, para quem “a ausência de planejamento adequado é a principal causa de problemas no relacionamento contratual”. Ainda mais sério é o risco de que o planejamento seja elaborado de forma deliberadamente equivocada, com o intuito de conferir benefícios indevidos a apaniguados.<sup>600</sup>

No que diz respeito ao pregão eletrônico, ainda que a ideia-força que o anima seja a simplificação, o artigo 14 do Decreto nº 10.024/2019 explicitou com mais vagar a etapa de planejamento, exigindo, quando necessário for, a confecção de estudo técnico preliminar.<sup>601</sup> Segundo a definição constante do inciso IV de seu artigo 3º, tal estudo é o “documento constitutivo da primeira etapa do planejamento de uma contratação, que caracteriza o interesse público envolvido e a melhor solução ao problema a ser resolvido”, o qual, se concluir pela viabilidade da contratação, a fundamentará.

---

<sup>598</sup> TREPTE, Peter. “Transparency and Accountability as Tools for Promoting Integrity and Preventing Corruption in Procurement: Possibilities and Limitations”, in *OECD Papers*, vol. 5/10, 2006, p. 3: “The agent also needs to gather relevant information which is possessed by the market and the tenderers. He needs to do this in order to make an informed procurement decision based on available technologies and guided by market prices. The transparency tools of the procurement regulation must also assist, and not merely control, the agent in this regard.”

<sup>599</sup> “Na verdade, se há uma coisa que a experiência no enfrentamento prático do tema nos ensina é que a fase interna merece cuidado tão meticuloso, senão maior, que a fase externa. É neste momento que a Administração Pública define o objeto, estabelece os parâmetros da obra ou do serviço que se deseja contratar ou do bem que se deseja adquirir. É na fase interna, no momento da definição do objeto que subsidiará o Edital de Licitação, que se cometem equívocos insanáveis que acabam por macular todo o procedimento.” (CAMARÃO, Tatiana Martins da Costa; DANIEL, Felipe Alexandre Santa Anna Mucci. “A fase interna da licitação: distinções entre Projeto Básico e Termo de Referência”, in *Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP*, Belo Horizonte, ano 12, n. 141, p. 54, set. 2013)

<sup>600</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*, p. 212.

<sup>601</sup> Cf. art. 8º, I, do Decreto nº 10.024/2019.

Mais recentemente, a Lei nº 14.133/2021 buscou sistematizar as regras acerca da definição do objeto da licitação no âmbito do planejamento do certame a partir da estipulação das seguintes etapas: i) plano anual de contratação (inciso VII do artigo 12); ii) estudo técnico preliminar (inciso I do artigo 18); iii) termo de referência, anteprojeto, projeto básico e/ou projeto executivo (inciso II do artigo 18); iv) estimativa de custos (inciso IV do artigo 18); e v) aprovação jurídica (artigo 53).

Nos termos do inciso VII do artigo 12 da Lei nº 14.133/2021, o plano anual de contratações poderá ser elaborado pelos “órgãos responsáveis pelo planejamento de cada ente federativo”, “a partir dos documentos de formalização de demandas”. Tal plano – de caráter facultativo – deverá ser divulgado em sítio eletrônico oficial do ente federativo (parágrafo 1º do artigo 12), bem como orientar a realização do estudo técnico preliminar (inciso II do parágrafo 1º do artigo 18).<sup>602</sup>

#### 4. Definição do objeto

Na sistemática da Lei nº 8.666/93, a fase interna encontra previsão esmiuçada nos artigos 7º e 8º. Ainda que se refiram expressamente apenas a obras e serviços, dispõem sobre a estrutura essencial à etapa preparatória e as condutas vedadas àquela altura. Lícito concluir, pois, que veiculam verdadeiras normas gerais, aplicáveis à totalidade das espécies de contratação, ainda que com inevitáveis adaptações.<sup>603</sup>

Sob o regime da anterior Lei de Licitações, são atos obrigatórios prévios à divulgação do ato convocatório: i) a elaboração de projeto básico, passível de consulta pelos interessados; ii) a feitura de orçamento detalhado, por meio de

---

<sup>602</sup> Veja-se, no mesmo sentido, o artigo 18, § 1º, II, da Lei nº 14.133/2021, que se refere à previsão da contratação no plano anual “sempre que elaborado”, a indicar que sua adoção não é compulsória.

<sup>603</sup> “O dever de planejamento e a exigência de que a Administração Pública adote todas as providências adequadas para obter uma contratação satisfatória e uma licitação apropriada refletem uma disciplina normativa aplicável não apenas aos contratos de obras e serviços. Mais adequado teria sido a Lei 8.666/93 ter contemplado regras genéricas sobre a atividade preparatória da contratação administrativa.” (JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*, p. 215.)



planilhas com indicação de custos unitários; iii) a indicação de recursos orçamentários suficientes para fazer frente às futuras despesas. Por outro lado, são proibidos: i) a previsão do fornecimento de materiais e serviços sem quantidade estimada, ou em quantitativo não correspondente à previsão real inserta nos projetos básico ou executivo; ii) a indicação injustificada de bens e serviços sem similaridade, ou ostentatórios de marcas, características e especificações exclusivas; iii) o retardamento imotivado da execução do objeto do contrato. Como é possível depreender, está-se diante de normas – todas – derivadas dos princípios norteadores elencados no artigo 3º da Lei nº 8.666/93 e que, portanto, almejam aplicação geral.

Cabe, aqui, um esclarecimento. O projeto básico, cuja definição consta do inciso IX do artigo 6º da Lei nº 8.666/93, destina-se à especificação completa do objeto a contratar, com supedâneo em estudos técnicos demonstrativos: i) da viabilidade técnica; ii) do tratamento adequado do impacto ambiental; iii) dos custos; iv) dos método e prazo de execução. As alíneas que o pormenorizam fazem menção reiterada a obras<sup>604</sup>, de modo que, se de obras e serviços de engenharia complexos se tratar, indubitável que o projeto básico haverá de ser extremamente minucioso. Entretanto, no caso de serviços de menor complexidade – e de compras, acrescente-se –, faz pouco sentido exigir tamanho detalhamento, à custa de tempo e recursos escassos.

O conteúdo do projeto básico depende essencialmente da complexidade do objeto licitado: como intuitivo, haverá de ser tanto mais minucioso quanto

---

<sup>604</sup> São elas: “a) desenvolvimento da solução escolhida de forma a fornecer visão global da obra e identificar todos os seus elementos constitutivos com clareza; b) soluções técnicas globais e localizadas, suficientemente detalhadas, de forma a minimizar a necessidade de reformulação ou de variantes durante as fases de elaboração do projeto executivo e de realização das obras e montagem; c) identificação dos tipos de serviços a executar e de materiais e equipamentos a incorporar à obra, bem como suas especificações que assegurem os melhores resultados para o empreendimento, sem frustrar o caráter competitivo para a sua execução; d) informações que possibilitem o estudo e a dedução de métodos construtivos, instalações provisórias e condições organizacionais para a obra, sem frustrar o caráter competitivo para a sua execução; e) subsídios para montagem do plano de licitação e gestão da obra, compreendendo a sua programação, a estratégia de suprimentos, as normas de fiscalização e outros dados necessários em cada caso; f) orçamento detalhado do custo global da obra, fundamentado em quantitativos de serviços e fornecimentos propriamente avaliados.”

assim exija o objeto do futuro contrato.<sup>605</sup> Indispensável verdadeiramente, sob pena de nulidade, é que quaisquer licitações e contratações sejam precedidas da investigação técnica necessária à especificação adequada e suficiente de seu objeto, documentada em projeto básico ou instrumento outro que lhe faça as vezes.<sup>606</sup> Essa, aliás, é orientação consagrada pela jurisprudência do Tribunal de Contas da União: caso o objeto da contratação esteja suficientemente delineado, não se configura infração ao disposto no artigo 7º, § 2º, I, da Lei nº 8.666/93.<sup>607</sup>

Aliás, pouco importa a denominação utilizada pelo administrador. Ainda que intitulado projeto básico, não poderá ser considerado como tal se não contiver as informações obrigatórias, capazes de demonstrar a viabilidade da contratação. A despeito do comando legal peremptório, não raro são realizadas licitações fundadas em projetos lacunosos, que acabam por dar lugar a modificações contratuais posteriores, passíveis de ensejar descaracterização parcial do objeto, acréscimo dos valores a pagar e retardo no cronograma de execução.<sup>608</sup>

---

<sup>605</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*, p. 217.

<sup>606</sup> “(...) deve-se interpretar o art. 7º no sentido de que as contratações e as licitações deverão ser antecedidas da elaboração de documentos equivalentes ao projeto básico e ao projeto executivo. Em suma, a licitação não pode ser instaurada sem a existência de informações precisas sobre a prestação a ser executada, as técnicas a serem adotadas, os custos e tudo o mais que se revelar como necessário para identificar os direitos e as obrigações das partes. O ato convocatório deverá descrever todas as etapas que serão executadas, com indicação dos encargos do contratado, cronograma físico-financeiro etc. Enfim, o ato convocatório deverá fornecer os detalhamentos equivalentes àquilo que se exige nas licitações para obra e serviço de engenharia. Dito de outro modo, será imperiosa a existência de previsões e descrições equivalentes àquelas constantes de projeto básico e projeto executivo, ainda que se atribua ao documento denominação diversa.” (JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*, p. 215.)

<sup>607</sup> No ponto, veja-se também a lição de PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. São Paulo: Renovar, 2007, p. 136: “(...) O TCU tem proclamado que se as informações lançadas nos anexos ao projeto básico forem suficientes para caracterizar o objeto, não se configura infração ao disposto no art. 7º, § 2º, I, da Lei nº 8.666/93 (Decisão nº 203/99-Plenário, rel. Min. Walton Alencar Rodrigues, DOU de 20.05.99, pág. 111). Com razão. O que se pretende, com o requisito do projeto básico, é transmitir aos interessados em participar da competição licitatória o conhecimento sobre o objeto em disputa que seja suficiente para a formulação das propostas. A contrário senso, tudo quanto repercute sobre a formulação técnica de propostas e a cotação de preços de obras ou serviços deve constar no respectivo projeto básico, posto que poderá afetar a futura execução do contrato, em prejuízo do interesse público.”

<sup>608</sup> Confirma-se JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*, p. 219: “A advertência é relevante, eis que não é incomum que haja a elaboração de um documento incompleto e imprestável, denominado de projeto básico.

No caso da aquisição de bens, os artigos 14 e 15, § 7º, da Lei nº 8.666/93, replicam a obrigatoriedade da caracterização precisa do objeto da contratação, com a especificação completa do produto, a definição da quantidade a ser adquirida – conforme prévia estimativa de consumo – e a previsão das condições de armazenamento. Aqui, a administração é concitada a estimar antecipadamente a quantidade de bens que virá a utilizar e, com tal fundamento, realizar compras programadas. Não obstante, a ausência de planejamento, proposital ou não, capaz de gerar situações emergenciais e, por conseguinte, induzir dispensas de licitação a princípio desnecessárias, segue um mal tão pernicioso quanto disseminado.<sup>609</sup> Se, com o advento da Lei nº 10.520/2002 e a introdução do pregão como modalidade preferencial para aquisições de bens e contratações de serviços comuns, a quantidade de dispensas de licitação com fulcro no inciso IV do artigo 24 da Lei nº 8.666/93 diminuiu consideravelmente, a mesma tendência não se verificou nas demais searas da contratação pública.<sup>610</sup> Voltar-se-á ao tema mais adiante.

---

Existem hipóteses em que o projeto básico não contempla as exigências previstas no art. 6º, IX, da Lei 8.666/93. Isso conduziu a licitações em que nem projeto básico (efetivo) existia.” Tanto a hipótese não é rara que o Tribunal de Contas da União faz editar o Enunciado nº 261: “Em licitações de obras e serviços de engenharia, é necessária a elaboração de projeto básico adequado e atualizado, assim considerado aquele aprovado com todos os elementos descritos no art. 6º, inciso IX, da Lei 8.666/93, de 21 de junho de 1993, constituindo prática ilegal a revisão de projeto básico ou a elaboração de projeto executivo que transfigurem o objeto originalmente contratado em outro de natureza e propósito diversos.”

<sup>609</sup> “Deficiência que assiduamente compromete o desempenho das atividades licitatórias da Administração é o imprevisto, surdo ao apelo que ecoa do inciso II desse § 7º do art. 15, que concita à definição do consumo e utilização prováveis, mediante emprego de técnicas adequadas de estimação. Vale dizer, administração profissional, que não se compadece com o amadorismo com que é gerido grande número de unidades da Administração pública. O Tribunal de Contas da União tem verberado o descompromisso com o planejamento das aquisições, identificado em auditorias realizadas em vários setores dos três Poderes, flagrando a ‘falta de programação de licitações, gerando processos de dispensa irregulares’ (Decisão nº 296/95, 1ª Câmara, Rel. Min. Humberto Guimarães Souto. DOU de 07.12.95, pág. 20.222), e recomendando que cada órgão ou entidade ‘mantenha melhor planejamento das compras atinentes aos seus diversos departamentos, com vistas a evitar a aquisição desordenada de materiais e equipamentos, que tem levado a entidade a vivenciar situações em que adquire um equipamento sem que os demais insumos, necessários à finalização dos investimentos programados, sejam adquiridos’ (Decisão nº 294, Plenário, Rel. Min. Paulo Affonso Martins de Oliveira. DOU de 24.07.95, pág. 11.052), e ‘efetue planejamento adequado das compras de forma a deixar de proceder a aquisições para objetos iguais em curto espaço de tempo, assim como evitar a realização de compras, sem licitação, sob a alegação de urgência’ (Decisão nº 613, Plenário, Rel. Min. Bento José Bugarin. DOU de 15.10.96, pág. 20.969).” (PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*, pp. 200-201).

<sup>610</sup> NOHARA, Irene Patrícia; CÂMARA, Jacintho Arruda. *Licitações e Contratos Administrativos*, p. 131 e seguintes: “Houve um tempo em que, não obstante o tratamento constitucional, no

Também no âmbito do Regime de Contratação Diferenciada, como não poderia deixar de ser, o artigo 5º da Lei nº 12.462/2011 estatui ser mandatória a definição do objeto da licitação “de forma clara e precisa no instrumento convocatório, vedadas especificações excessivas, irrelevantes ou desnecessárias”.

A mesma lógica se aplica à Lei nº 10.520/2002, cujo inciso II do artigo 3º prevê, ao tratar da fase interna do pregão, que a definição do objeto haverá de ser precisa, suficiente e clara, vedadas quaisquer especificações que limitem a competição, por excessivas, irrelevantes ou desnecessárias. Se do texto da lei não consta menção expressa a projeto básico ou documento similar, o artigo 8º do Decreto nº 3.555/2000 criou a figura do termo de referência, aperfeiçoada no inciso XI do artigo 3º do Decreto nº 10.024/2019<sup>611</sup>, que haverá de conter: i) a especificação do objeto, das exigências de habilitação e dos critérios de aceitação, embasados em justificativas técnicas; ii) as informações indispensáveis à estimativa do custo da contratação, a partir de planilhas detalhadas e da análise dos preços de mercado; iii) as cláusulas do futuro contrato, com a estipulação de prazos para fornecimento do bem ou serviço e a previsão de sanções por inadimplemento.

Como se vê, uma vez que reúne a totalidade dos subsídios necessários à licitação, o termo de referência cumpre função equivalente àquela

---

plano fático, segundo se noticiava, a União chegava a gastar 60% dos seus recursos destinados a pagar os contratos em contratações sem licitação, isto é, em contratações diretas, o que gerava dúvidas sobre se a licitação seria mesmo regra ou exceção; todavia, dados mais atualizados do Ipea apontam para 34,36% de contratações diretas, o que ainda é um número elevado, se comparado, por exemplo, com os 14% da União Europeia.”

<sup>611</sup> “XI - termo de referência - documento elaborado com base nos estudos técnicos preliminares, que deverá conter: a) os elementos que embasam a avaliação do custo pela administração pública, a partir dos padrões de desempenho e qualidade estabelecidos e das condições de entrega do objeto, com as seguintes informações: 1. a definição do objeto contratual e dos métodos para a sua execução, vedadas especificações excessivas, irrelevantes ou desnecessárias, que limitem ou frustrem a competição ou a realização do certame; 2. o valor estimado do objeto da licitação demonstrado em planilhas, de acordo com o preço de mercado; e 3. o cronograma físico-financeiro, se necessário; b) o critério de aceitação do objeto; c) os deveres do contratado e do contratante; d) a relação dos documentos essenciais à verificação da qualificação técnica e econômico-financeira, se necessária; e) os procedimentos de fiscalização e gerenciamento do contrato ou da ata de registro de preços; f) o prazo para execução do contrato; e g) as sanções previstas de forma objetiva, suficiente e clara.”

desempenhada pelo projeto básico. Entretanto, porque se presta a especificar bens e serviços padronizados, cujas especificações técnicas são de conhecimento do mercado, seu conteúdo revestir-se-á de menor complexidade.<sup>612</sup>

A Lei nº 14.133/2021 inovou ao prever, como etapa preliminar do planejamento licitatório, a elaboração de “plano de contratações anual”, a ser dimensionado pelo órgão público “a partir de documentos de formalização de demandas” (artigo 12, VII) e divulgado em sítio eletrônico oficial (artigo 12, §1º).

Na etapa subsequente, a Nova Lei de Licitações e Contratos incorpora ao regime geral de licitações o “estudo técnico preliminar” originalmente previsto no Decreto nº 10.024/2019, mantendo sua caracterização como “a primeira etapa do planejamento” da contratação. Obrigatoriamente, o estudo técnico preliminar haverá de conter, no mínimo: i) a descrição da necessidade da contratação; ii) estimativa das quantidades para a contratação, e correspondente memória de cálculo; iii) estimativa de valor acompanhada de preços unitários referenciais; iv) justificativa quanto a eventual parcelamento do objeto; e v) posicionamento quanto à adequação da contratação para o atendimento da necessidade.<sup>613</sup>

Após o estudo técnico preliminar, a Administração Pública poderá convocar audiência pública – desde que com antecedência mínima de oito dias (artigo 21, *caput*) – ou submeter a licitação à prévia consulta pública (artigo 21, parágrafo único). Outras formas de comunicação entre o poder público e potenciais interessados no certame não foram objeto de regulação.

Na etapa seguinte, procede-se à descrição do objeto a ser licitado, mediante elaboração de: i) termo de referência, que se destina à aquisição de bens (artigo 40, § 1º) e contratação de serviços (artigo 6º, XXIII), embora também seja admitido para obras e serviços comuns de engenharia (artigo 18,

---

<sup>612</sup> Nesse diapasão, veja-se CAMARÃO, Tatiana Martins da Costa; DANIEL, Felipe Alexandre Santa Anna Mucci. “A fase interna da licitação”, p. 55.

<sup>613</sup> Art. 18, § 1º e 2º, da Lei nº 14.133/2021.

§ 3º); ii) anteprojeto, quando se tratar de contratação integrada (artigos 6º, XXIV, e 46, § 2º); ou iii) projeto básico, quando se tratar de obra ou serviço de engenharia (artigo 6º, XXV). Ao último caso, também se poderia acrescentar o projeto executivo (artigo 6º, XXVI), que identifica os materiais e equipamentos a serem incorporados à obra e suas respectivas especificações. Contudo, o artigo 14, § 4º, prevê a possibilidade de que o encargo de elaboração do projeto executivo seja transferido ao contratado, enquanto o artigo 18, § 3º, combinado com o artigo 46, § 1º, permite até mesmo que seja o projeto executivo seja dispensado para obras e serviços comuns de engenharia.

Ressalvados os casos de contratação integrada ou semi-integrada, a descrição do objeto haverá de ser acompanhada, ainda, da estimativa do valor da contratação, seja mediante memória de cálculo baseada em preços unitários de referência no caso de termo de referência (artigo 6º, XXIII, i), seja mediante orçamento detalhado do custo da obra em caso de projeto básico (artigo 6º, XXV, f).

A fase preparatória da licitação se encerra, enfim, com o exercício do controle prévio de legalidade pelo órgão de assessoramento jurídico da Administração Pública (artigo 53).

A Lei nº 14.133/2021 prevê o atendimento ao princípio da “padronização, considerada a compatibilidade de especificações estéticas, técnicas ou de desempenho”, tanto no que diz respeito à aquisição de produtos (artigo 40, V) quanto à contratação de serviços comuns<sup>614</sup> (artigo 47, I). Prevê-se, além disso, a criação de um “catálogo eletrônico de padronização de compras, serviços e obras” (artigo 6º, LI), a ser elaborado pelo Poder Executivo federal passível de adoção pelos demais entes federativos (artigo 19, II).

Enquanto a Lei nº 8.666/93 continha vedação expressa à indicação de marca nas especificações do bem a ser adquirido (artigo 15, § 7º, I), a Nova Lei de Licitações contempla a possibilidade excepcional de que tal indicação seja

---

<sup>614</sup> Nessa linha, serviços comuns de engenharia são definidos como “objetivamente padronizáveis em termos de desempenho e qualidade” (cf. art. 6º, XXI, a).

realizada quando: i) houver necessidade de padronização do objeto, ii) houver necessidade de compatibilidade com aquisições anteriores, iii) a marca for a única capaz de atender às necessidades do contratante; ou iv) a marca servir como mera referência para a descrição do objeto (artigo 41, I).

As oportunidades para corrupção, no momento da definição do objeto licitado, podem se concretizar de duas maneiras. A primeira forma pela qual uma descrição indevida do objeto proporciona o direcionamento da licitação é a ambiguidade, que possibilita o exercício abusivo do poder discricionário do agente público ao julgar a adequação das propostas apresentadas pelos licitantes, privilegiando o concorrente que lhe ofereça vantagens indevidas em detrimento dos demais.

A jurisprudência do Tribunal de Contas da União, cristalizada no Enunciado nº 177 de sua Súmula, é clara ao explicitar ser a correta definição do objeto da contratação de importância vital, a fim de que as propostas possam atender adequadamente àquilo que está o poder público a pretender e, portanto, mereçam julgamento verdadeiramente isonômico e objetivo.<sup>615</sup> Quanto mais lacunas a descrição do objeto apresentar, maior o grau de incerteza e mais facilitada a adoção de soluções carregadas de subjetividade, seja durante o processo de escolha do licitante vencedor, seja quando da execução do contrato.<sup>616</sup>

---

<sup>615</sup> “A definição precisa e suficiente do objeto licitado constitui regra indispensável da competição, até mesmo como pressuposto do postulado de igualdade entre os licitantes, do qual é subsidiário o princípio da publicidade, que envolve o conhecimento, pelos concorrentes potenciais das condições básicas da licitação, constituindo, na hipótese particular da licitação para compra, a quantidade demandada uma das especificações mínimas e essenciais à definição do objeto do pregão.”

<sup>616</sup> Em linha com o entendimento da corte de contas, leciona Jessé Torres Pereira Junior: “Nesse mister, aos órgãos administrativos é imposto o uso de instrumentos técnicos que, ordenados segundo determinada cronologia, terão a função de assegurar padrão mínimo de nitidez e certeza na definição e na especificação do objeto. Padrão este essencial à observância dos princípios regentes da licitação, sobretudo os da igualdade, da moralidade e do julgamento objetivo. Sem o projeto básico da obra ou do serviço, o ato convocatório da licitação será deficiente para lastrear a formulação de propostas pertinentes pelos licitantes, porquanto precário na caracterização completa e exata do que pretende a Administração, cedendo espaços à dubiedade e à subjetividade.” (cf. PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*, p.133)

A definição do objeto contratual também pode ser indevidamente manipulada, mediante a inclusão de especificações que restrinjam a competitividade do certame. Através de uma descrição desnecessariamente pormenorizada do objeto, que incorpore aspectos diferenciais do produto ou serviço oferecido pelo licitante favorecido, o agente público poderá impor uma barreira arbitrária à entrada de concorrentes, de forma que usualmente passará despercebida dos órgãos de controle interno e externo, que desconhecem os padrões usualmente praticados no mercado (assimetria informacional).

A toda evidência, a precisão na definição do objeto não se confunde com a especificação excessiva, irrelevante ou desnecessária, capaz de direcionar a licitação e frustrar a competição. Como visto, a explicitação do objeto da contratação – seja ele a realização de obra, a prestação de serviço ou a aquisição de bens – determina as condições de participação oponíveis aos licitantes, as exigências impostas às propostas e os critérios adotados para seu julgamento. Uma vez que, como aclara o inciso I do artigo 9º da Lei nº 14.133/2021, do ato convocatório não podem constar cláusulas discriminatórias se “impertinentes ou irrelevantes para o específico objeto do contrato”, cabe à Administração fazer constar dos documentos preparatórios à licitação tão somente os detalhes e informações verdadeiramente necessários e suficientes.<sup>617 618</sup>

---

<sup>617</sup> Cf. TCU, Plenário, Acórdão 2407/2006, Rel. Min. Benjamin Zymler: “A Administração deve fundamentar tecnicamente quaisquer exigências de especificações ou condições com potencial de restringir o universo de competidores, assim como evitar o detalhamento excessivo do objeto, de modo a não direcionar a licitação.”

<sup>618</sup> Vale, também aqui, a advertência de Jessé Torres Pereira Junior: “Nem sempre o fator discriminante é de clara identificação. Situações há em que o ato convocatório estabelece discrimen que se justifica na aparência e desafia tormentosa interpretação. Nesses casos de dúvida razoável, devem prevalecer os princípios da isonomia, da competitividade e do julgamento objetivo. (...) É expediente igualmente censurável disfarçar-se a restrição à competitividade mediante a descrição de especificações técnicas irrelevantes para o atendimento às necessidades a que se destina o objeto em licitação. (...) O vício de competitividade pode localizar-se, ainda, em características do serviço, aparentemente destinadas a elevar o padrão de qualidade da prestação. Tal suposta elevação não se compadecerá com o interesse público, nem justificará a despesa, se o suposto benefício ou comodidade não for essencial à adequada execução do serviço público.” (cf. PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*, pp. 67 a 70, *passim*)



## 5. Estimativa do valor

No regime da Lei nº 8.666/93, o edital de licitação haveria de ser obrigatoriamente instruído com orçamento detalhado que estime o custo da contratação, “*em planilhas que expressem a composição de todos os seus custos unitários*” (artigo 7º, § 2º, II, combinado com artigo 40, § 2º, II). As normas supervenientes afastaram-se desta regra, no entanto, seja ao dispensar a divulgação do orçamento simultaneamente ao edital, seja ao desvincular o controle da economicidade contratual da composição de seus custos unitários.

O Regime de Contratação Diferenciada inovou significativamente na seara da estimativa de custos, ao prever a divulgação diferida do orçamento estimativo, publicado tão somente após o encerramento do certame. Senão, vejamos.

De acordo com o artigo 6º da Lei nº 12.462, o orçamento estimado para a contratação não constará, como usual, do instrumento convocatório. Salvo na hipótese de adoção do critério de julgamento por maior desconto, sua publicação ocorrerá apenas e imediatamente após a adjudicação do objeto, “sem prejuízo da divulgação do detalhamento dos quantitativos e das demais informações necessárias para a elaboração das propostas”. A despeito de seu caráter temporariamente sigiloso, aos órgãos de controle – Tribunal de Contas, Ministério Público e Controladoria-Geral da União, no âmbito federal – será franqueado acesso irrestrito e permanente às informações orçamentárias, cabendo-lhes preservar a confidencialidade.

Como se vê, não se trata de sigilo absoluto, mas de diferimento da divulgação pública e de limitação subjetiva ao acesso antecipado. Aqui, o legislador brasileiro incorporou prática recomendada pela Organization for Economic Co-operation and Development (OECD)<sup>619</sup>, a fim de evitar que

---

<sup>619</sup> Cf. *Diretrizes para Combater o Conluio entre Concorrentes em Contratações Públicas*, disponível no endereço eletrônico <<http://www.oecd.org/daf/competition/cartels/44162082.pdf>>, acesso em 07/08/2020.

licitantes alinhem suas propostas ao valor orçado<sup>620</sup> e deixem de oferecer descontos mais expressivos. A ideia é fomentar a competitividade e obter maior vantagem, em prol do interesse público.<sup>621</sup>

De qualquer forma, a elaboração do orçamento durante a fase interna é obrigatória, porquanto indispensável à programação financeira e fiscal da Administração. Tanto é assim que da Lei nº 12.462/2011 há repetidas referências à exigência de prévia dotação orçamentária – artigos 2º, parágrafo único, VI; 9º, § 2º, II; 10, parágrafo único; 19, § 3º; 24, III; 26, parágrafo único; 40, parágrafo único; 41 –, possível tão só à vista da estimativa do valor da futura contratação.<sup>622 623</sup>

---

<sup>620</sup> Nesse sentido, Peter Trepte propõe que a divulgação da estimativa de preços é interpretada pelos licitantes como uma indicação dos valores a serem pagos: “Em tais circunstâncias, a competição geralmente consiste na manipulação de planilhas para chegar a um preço cosmético (reduzindo percentuais de um preço estimado e acrescentando a outro), que se espera ser inferior aos dos ‘competidores’. (...) Preços não são utilizados como comunicadores de escassez e reflexão dos custos de produção, mas como metas fictícias contra as quais os fornecedores deveriam competir” (TREPTE, Peter. *Regulating Procurement: Understanding the Ends and Means of Public Procurement Regulation*. Oxford: Oxford University Press, 2006, p. 87)

<sup>621</sup> Como esclarecem Egon Bockmann Moreira e Fernando Vernalha Guimarães: “(...) o reconhecimento acerca de certo orçamento para a contratação presume a disposição da Administração em praticá-lo; mais que isso, instala a certeza quanto à existência de recursos necessários à sua execução (até aquele teto). Portanto, no caso da publicidade prévia não há qualquer estímulo a que os interessados ofereçam valores significativamente mais baixos que o orçamento (o que significa dizer que a Administração está destinada a pagar mais caro e a não se beneficiar dos ganhos de eficiência do contratado.” (MOREIRA, Egon Bockmann; GUIMARÃES, Fernando Vernalha. *Licitação Pública*, p. 196). No entanto, Márcio Cammarosano tem posicionamento diametralmente distinto: “Todavia, o argumento é falacioso, pois com ou sem sigilo quanto ao orçamento prévio, conluio sempre poderá haver, mesmo porque se a Administração só pode elaborar orçamento prévio de acordo com os preços vigentes no mercado, estes também são, obviamente, do conhecimento das empresas do ramo.” [CAMMAROSANO, Márcio. “Artigos 5º a 7º da Lei nº 12.462, de 5 de agosto de 2011”, in CAMMAROSANO, Márcio; POZZO, Augusto Neves Dal; VALIM, Rafael (Coordenadores). *Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC (Lei nº 12.462/11; Decreto nº 7.581/11). Aspectos fundamentais*. Belo Horizonte: Fórum, 2014, versão eletrônica]

<sup>622</sup> TCU, Plenário, Acórdão nº 2.832/2015, Rel. Min. Marcos Bemquerer: “A elaboração do orçamento base após publicação do edital constitui descumprimento dos art. 8º, § 5º, e art. 2º, parágrafo único, da Lei 12.462/2011, que instituiu o Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC), ainda que a Administração opte pelo sigilo do orçamento (art. 6º, § 3º, da mesma Lei).”

<sup>623</sup> Como bem explicita Márcio Cammarosano: “O orçamento previamente estimado deve ser revelador de que quem promove a licitação cuidou de inteirar-se a respeito dos preços vigentes no mercado, exatamente para que tenha parâmetros para a tomada de decisões de sua competência, a ser exercitada de forma séria, responsável, sem o que não se atende, dentre outras, às exigências decorrentes do princípio constitucional da moralidade administrativa (arts. 5º, LXXIV, e 37, *caput*).” (CAMMAROSANO, Márcio. “Artigos 5º a 7º da Lei nº 12.462, de 5 de agosto de 2011”, p. 51).

Incorporando ao regime geral de licitações a regra do Regime Diferenciado de Contratação, o artigo 24 da Lei nº 14.133/2021 prevê que “o orçamento estimado da contratação poderá ser sigiloso”, desde que “justificado”. Ressalva-se, no entanto, que: i) o sigilo não prevalecerá para órgãos de controle interno e externo (artigo 24, I); ii) o preço estimado ou máximo aceitável constará do edital quando foi adotado o critério de julgamento por maior desconto (artigo 24, parágrafo único); e iii) o sigilo quanto à estimativa do valor da contratação somente poderá ser preservado até a conclusão da licitação<sup>624</sup> (artigo 18, §1º, VI).

Se, por um lado, a divulgação tardia da estimativa orçamentária estimula a competição e reduz os incentivos para conluio entre os licitantes, por outro constitui evidente oportunidade para a corrupção. Afinal, um licitante poderia estar disposto a oferecer subornos para obter acesso a informações a que seus concorrentes não teriam acesso, ou um agente público interessado em favorecer determinada empresa poderia promover vazamentos seletivos de dados sigilosos.<sup>625</sup>

A fim de prevenir que a estratégia de diferimento da divulgação do orçamento estimado enseje o desvirtuamento da competição – risco, aliás, de eliminação completa impossível –, André Guskow Cardoso propõe que a Administração utilize todos os meios físicos e eletrônicos que se fizerem necessários à preservação do sigilo e, se indícios houver de violação, invalide o certame e puna os envolvidos.<sup>626</sup> Trata-se, no entanto, de exortação com escassas chances de sucesso, dado que – por definição – eventual vazamento

---

<sup>624</sup> O inciso II do art. 24, que previa que “o orçamento será tornado público apenas e imediatamente após a fase de julgamento das propostas”, foi vetado pela Presidência da República, sob o argumento de que a manutenção do sigilo poderia ser útil na fase de negociação, “posterior à de julgamento e estratégica para a definição da contratação”. Diante dos termos do art. 18, §1º, VI da Lei nº 14.133/2021, entende-se que o limite temporal para a divulgação do orçamento sigiloso seja a homologação da licitação.

<sup>625</sup> CARDOSO, André Guskow. “O Regime Diferenciado de Contratações Públicas: a questão da publicidade do orçamento estimado”, in JUSTEN FILHO, Marçal; PEREIRA, César A. Guimarães (Coordenadores). *O Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC): comentários à Lei nº 12.462 e ao Decreto nº 7.581*. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 91.

<sup>626</sup> CARDOSO, André Guskow. “O Regime Diferenciado de Contratações Públicas, p. 9.

de informações haveria de partir dos próprios agentes públicos encarregados de manter e fiscalizar o sigilo.

A decretação de sigilo sobre a estimativa de custos também poderá ter reflexos negativos sobre a competitividade do certame, considerando o disposto no artigo 59, III, da Lei nº 14.133/2021, segundo o qual tanto propostas superiores ao orçamento estimado quanto aquelas consideradas inexecutáveis são passíveis de desclassificação<sup>627</sup>. Uma tal decisão fundamentar-se-á, portanto, em dados a que o licitante eliminado não pode ter acesso, a caracterizar, na opinião de Márcio Cammarosano, flagrante violação ao princípio do devido processo legal.<sup>628</sup>

Quanto à questão da interposição de recurso contra decisão desclassificatória de proposta porquanto inexecutável ou superior ao valor estimado, Pedro Carneiro Sales defende que o prazo para tanto não se inicia senão com a divulgação do orçamento, preservado o direito do licitante à ampla defesa. A seu ver, as críticas ao RDC são infundadas neste ponto, porquanto o exercício do direito dos licitantes não é mais do que diferido.<sup>629</sup>

A Nova Lei de Licitações e Contratos utiliza duas categorias de parâmetros, no que tange à aferição da compatibilidade do custo estimado da contratação com os valores praticados no mercado (artigo 23, *caput*). Para a

---

<sup>627</sup> Especificamente no que diz respeito às obras e serviços de engenharia, o art. 59, §4º da Lei nº 14.133/2021 considera inexecutáveis as propostas cujos valores sejam inferiores a 75% do valor orçado pela Administração.

<sup>628</sup> CAMMAROSANO, Márcio. “Artigos 5º a 7º da Lei nº 12.462, de 5 de agosto de 2011”, p. 54: “Parece-nos também, referida disciplina legal, ensejadora de orçamento estimativo prévio que permaneça sigiloso mesmo durante a fase apropriada à interposição, pelos licitantes, de recursos administrativos, ofensiva ao princípio constitucional do contraditório e ampla defesa, pois aqueles terão eventualmente de recorrer da decisão que tenha desclassificado suas propostas tendo como parâmetro orçamento prévio, mas ainda para eles desconhecido.”

<sup>629</sup> SALES, Pedro Carneiro. “Regime Diferenciado de Contratações Públicas e Contratação por Resultados no Brasil”, in *Revista Digital de Direito Administrativo*, vol. 6, n. 1. São Paulo: USP, 2019, p. 137: “Apesar das críticas, é preciso esclarecer que o sigilo do orçamento previsto no RDC é apenas temporário, deixando de ser revelado na fase inicial do certame apenas para evitar a manipulação de preços por parte dos concorrentes. Deste modo, ao final da licitação, o orçamento estimado é revelado, permitindo seu controle e verificação de sua compatibilidade com o mercado e com o interesse público envolvido na contratação que se almeja. Inclusive, decisões que tenham como parâmetro o valor orçado, podem ser impugnadas pelos meios próprios após sua divulgação, não consistindo, portanto, em efetiva lesão aos direitos dos licitantes, mas apenas seu diferimento.”

*“aquisição de bens e contratação de serviços em geral”*, a Administração poderá optar livremente entre: i) composição de custos unitários menores ou iguais à mediana do item no "Portal Nacional de Contratações Públicas"; ii) contratações similares feitas pela Administração Pública, em curso ou concluídas há menos de um ano, inclusive mediante sistema de registro de preços, iii) pesquisa em mídia ou sítios eletrônicos especializados, ou tabela de referência aprovada pelo Poder Executivo; iv) pesquisa direta com três ou mais fornecedores, *“desde que seja apresentada justificativa da escolha desses fornecedores”* e que as cotações tenham sido obtidas com menos de seis meses de antecedência; e v) pesquisa na base nacional de notas fiscais eletrônicas (artigo 23, §1º).

Ao colocar a solicitação de cotações junto a três fornecedores como opção equivalente às pesquisas em bancos de dados e sistemas informatizados, a Lei nº 14.133/2021 afastou-se do entendimento jurisprudencial consolidado no Tribunal de Contas, que admite a consulta direta a fornecedores somente em caráter subsidiário.<sup>630</sup> De fato, a ausência de critérios claros acerca da seleção dos fornecedores aos quais serão dirigidos os pedidos de cotação de preços oferece nova oportunidade de corrupção, ao possibilitar que o agente público elabore uma pesquisa de preços baseada exclusivamente nas informações prestadas por empresas de sua escolha. Usualmente, os pedidos de cotação serão dirigidos a empresas previamente ajustadas entre si, de modo a induzir que a estimativa de preços da contratação seja calculada em montante superior ao real valor de mercado do bem ou serviço.

Ao dispor sobre a estimativa do custo de obras e serviços de engenharia, a Nova Lei de Licitações revestiu-se de maior rigor, seja por excluir a possibilidade de pesquisa direta com fornecedores, seja ao estabelecer uma

---

<sup>630</sup> Cf. TCU, Segunda Câmara, Acórdão nº 3.395/2013, Rel. Min. Aroldo Cedraz, j. 18/06/2013: “1.6.2. ao estimar o custo de contratação, adote como base, preferencialmente, os preços praticados em contratações similares, bem como aqueles parametrizados em indicadores setoriais, tabelas de fabricantes, valores oficiais de referência, tarifas públicas ou outros equivalentes, se for o caso, nos termos do art. 15, inciso XII, b, da IN SLTI 2/2008, valendo-se de consultas de preços diretamente junto a potenciais fornecedores somente quando não for possível utilizar-se dos citados expedientes.”

ordem de preferência entre os parâmetros a serem consultados, a saber: i) composição de custos unitários menores ou iguais à mediana do item em sistemas informatizados de custos<sup>631</sup>, ii) pesquisa em mídia ou sítios eletrônicos especializados; iii) contratações similares feitas pela Administração Pública, em curso ou concluídas há menos de um ano; iv) pesquisa na base nacional de notas fiscais eletrônicas (artigo 23, § 2º)

Ainda no campo da estimativa de custos, a Lei nº 13.144/2021 inovou ao estipular uma definição legal de “*sobrep preço*”, assim entendido o “*preço orçado para licitação ou contratado em valor expressivamente superior aos preços referenciais de mercado*” (artigo 6º, LVI). Embora toda estimativa deva estar fundada em “*preços unitários referenciais*” (artigo 18, § 1º, VI), a nova lei dispõe que a estipulação de preços unitários acima do valor de mercado somente caracterizaria sobrepreço quando a contratação “*for por preços unitários de serviço*”. Nos casos em que se adota o regime de empreitada por preço global, empreitada integral, semi-integrada ou integrada, o sobrepreço somente se caracteriza se “*o valor global do objeto*” exceder os parâmetros de mercado.

Tal distinção se reflete no artigo 171, III, da Nova Lei de Licitações, ao dispor que os órgãos de controle (e, notadamente, os Tribunais de Contas) deverão, “nos regimes de empreitada por preço global, empreitada integral, contratação semi-integrada e contratação integrada”, perquirir “a conformidade do preço global com os parâmetros de mercado para o objeto contratado”.

Deduz-se, a partir da conjugação dos dispositivos, que mesmo que o Tribunal de Contas identifique que a proposta do contratado contenha valores unitários manifestamente superiores ao valor de mercado, notadamente em casos de obras, tal disparidade somente caracterizaria “sobrepreço” na medida em que afetasse o valor global da contratação. No entanto, ao condicionar a

---

<sup>631</sup> Neste ponto a Lei nº 14.133/2021 inclui expressa referência ao Sistema de Custos Referenciais de Obras (SICRO), para obras de infraestrutura, e ao Sistema Nacional de Pesquisa de Custos e Índices de Construção Civil (SINAPI) para demais obras de engenharia (art. 23, §2º, I). Admite, no entanto, que Estados e Municípios adotem outros sistemas de custos (art. 23, §3º).

caracterização do sobrepreço à estimativa do valor de mercado de todos os itens de uma obra, atribui-se um ônus excessivo aos órgãos de controle, mormente nos casos em que inexistia projeto executivo que defina adequadamente os custos estimados<sup>632</sup>.

## 6. Requisitos de qualificação

Intimamente relacionada à delimitação do objeto a contratar, a definição da qualificação exigível dos licitantes é momento crucial da fase interna. Decorre do princípio da isonomia, como também do fim último de promoção da competitividade, que serão lícitos apenas os requisitos de participação: i) minimamente necessários à demonstração da idoneidade e da capacidade jurídica, técnica e econômica; ii) pertinentes, quantitativa e qualitativamente, ao objeto da contratação; e iii) passíveis de aferição objetiva, através dos documentos especificados nos artigos 28 a 32 da Lei nº 8.666/93, e atualmente nos artigos 66 a 70 da Lei nº 14.133/2021.

A impossibilidade de demandar para além do mínimo tem assento constitucional. Assim determina o inciso XXI do artigo 37 da Constituição da República: “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.” Na síntese feliz de Marçal Justen Filho, “em face

---

<sup>632</sup> Como ressalta Marçal Justen Filho, a generalização da ausência de projeto executivo e a insuficiência do projeto básico levaram o Tribunal de Contas da União a exercer um controle mais rigoroso sobre a composição de custos apresentada. Na prática, isso conduziu à atenuação da distinção entre a empreitada por preços unitários e a empreitada por preço global, em razão de o Tribunal de Contas da União ter passado a “exigir idênticos níveis de precisão e completude nos preços unitários tanto de empreitada por preço unitário quanto naqueles de empreitada por preço global” (cf. JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos – Lei nº 8.666/93*, p. 195/196).

da Constituição, o mínimo necessário à presunção de idoneidade é o máximo juridicamente admissível para exigir-se no ato convocatório”.<sup>633</sup>

Caberia ao administrador, portanto, sopesar as necessidades de segurança, por um lado, e de vantajosidade, por outro, para estabelecer, sempre com suporte em dados técnicos objetivamente demonstráveis, tão só os requisitos de participação indispensáveis à obtenção de uma contratação adequada e satisfatória. A regra aplica-se a todos os itens previstos pelo artigo 27 da Lei nº 8.666/93 e no artigo 62 da Lei nº 14.133/2021: i) habilitação jurídica; ii) qualificação técnica; iii) qualificação econômico-financeira; iv) regularidade fiscal, social e trabalhista, inclusive no que concerne à utilização de mão de obra infanto-juvenil.

Como visto, quaisquer exigências qualificativas hão de guardar pertinência com o objeto licitado; em outros termos, apenas são admitidos requisitos aptos a demonstrar estar o participante capacitado para executar o contrato a contento, e na exata medida que para tanto seja necessário. Nesse particular, o defeito pode ser: i) quantitativo, quando a exigência em si é adequada, mas ultrapassa o estritamente necessário (como no caso em que é exigida comprovação de capacidade financeira em montante desproporcional ao valor do contrato; ii) qualitativo, quando a imposição padece de total falta de pertinência (como na hipótese em que se pretende a demonstração de experiência anterior em tarefas não relacionadas ao objeto do contrato).<sup>634</sup>

Sob a perspectiva da Análise Econômica do Direito, os requisitos de qualificação atenderiam a um duplice propósito: i) reduzir a assimetria informacional entre o licitante e a Administração Pública, acerca da idoneidade e aptidão da empresa para executar satisfatoriamente o objeto contratado; e ii) conferir tratamento isonômico entre os licitantes (evitando, por exemplo, que as

---

<sup>633</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*, p. 675.

<sup>634</sup> Os exemplos são de MARÇAL JUSTEN FILHO (*Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*, pp. 675-676).



empresas que reduzem seus custos mediante sonegação fiscal ou descumprimento de obrigações trabalhistas tenham vantagens competitivas)<sup>635</sup>.

Na realidade, porém, os atestados de qualificação técnica e operacional apresentados pelos licitantes são apenas sinalizações imperfeitas de sua capacidade operacional<sup>636</sup>, que retratam apenas o passado e não dão conta dos riscos futuros (*backward looking*). No entanto, é através desses requisitos de qualificação que se pretende contornar o problema da seleção adversa, dado que as empresas que tendem a realizar as propostas de preço mais agressivas são aquelas com menor capacidade de atender satisfatoriamente ao interesse do contratante.<sup>637</sup>

Em comparação com a prática adotada internacionalmente, o sistema brasileiro de licitações tem se caracterizado pela excessiva imposição de requisitos de participação.<sup>638</sup> O acúmulo de exigências contribui para aumentar

---

<sup>635</sup> LOBATO NETO, Lucival Lage; TABAK, Benjamin Miranda. *A Eficiência nas Leis Nacionais de Licitações e Contratos Administrativos*, item 9.9.

<sup>636</sup> NÓBREGA, Marcos. “Análise Econômica do Direito Administrativo”, in *Direito e Economia no Brasil*. Estudos sobre a Análise Econômica do Direito. Indaiatuba: Editora Foco, 2019, p. 421: “Os critérios de qualificação técnica e econômica restam insuficientes para revelar informações seguras para o (poder concedente) das reais capacidade e/ou interesse em executar adequadamente o objeto.” Ao analisar os requisitos de qualificação previstos na Lei nº 14.133/2021, Marcos Nóbrega e Diego Franco de Araújo Jurubeba concluem que os dispositivos tratariam mais da imposição de formalidades burocráticas do que a revelação da capacidade de execução do objeto contratual (“Assimetrias de informação na nova Lei de Licitação e o problema da seleção adversa”, *Revista Brasileira de Direito Público*, Belo Horizonte, ano 18, n. 69, p. 26)

<sup>637</sup> FIUZA, Eduardo Pedral Sampaio. “Licitações e Governança de Contratos: A Visão dos Economistas”, in SALGADO, Lúcia H.; FIUZA, Eduardo P.S. (organizadores). *Marcos Regulatórios no Brasil: É tempo de rever regras?* Rio de Janeiro: IPEA, 2009, p. 262: “Em linguagem econômica, as exigências de capacidade financeira visam corrigir (ainda que o façam de maneira imperfeita) o problema da seleção adversa, pois firmas 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. Essas exigências, no entanto, são insuficientes para garantir que a firma se empenhe no presente contrato em termos de tempestividade, qualidade, boa gestão financeira e adimplência com fornecedores, o que configura um problema de risco moral (*moral hazard*).”

<sup>638</sup> Em estudo empírico, Laura Carpineti, Gustavo Piga e Matteo Zanza compararam a quantidade de requisitos de participação nos sistemas de licitação adotados em diversos países. O Brasil, juntamente com a Turquia, é o país com a maior quantidade de requisitos de participação em licitação (9), muito acima de Suécia (2), Reino Unido (3), Itália (4), França (4), Estados Unidos (4), Espanha (5) e Alemanha (6). (Cf. CARPINETI, Laura; PIGA, Gustavo; ZANZA, Matteo. “The Variety of Procurement Practice: Evidence from Public Procurement”, in DIMITRI, Nicola; PIGA, Gustavo; SPAGNOLO, Giancarlo (editors). *Handbook of Procurement*.

os custos de transação *ex ante*, sem um correspondente incremento na qualidade da contratação<sup>639</sup>; pelo contrário, serve apenas para tornar menos atraente a participação no certame de outras empresas<sup>640</sup>, para além dos *players* habituais.

Ainda mais preocupante, no entanto, é a abertura representada pelos requisitos de qualificação para o exercício abusivo da discricionariedade administrativa, com o intuito de favorecer determinada empresa (ou cartel de empresas) em detrimento dos demais licitantes, cerceando a competitividade do certame.

A análise da jurisprudência do Tribunal de Contas da União deixa entrever o quão problemático tem sido esse tema, e permite vislumbrar os esforços realizados para evitar imposições excessivas ou desnecessárias, injustificadamente restritivas à competitividade. Disso são exemplos, entre outros tantos<sup>641</sup>, os acórdãos plenários de número 2.951/2012 (“A exigência de certificado de registro cadastral ou de certidão emitidos pelo ente que conduz a licitação, com exclusão da possibilidade de apresentação de documentação apta a comprovar o cumprimento dos requisitos de habilitação, afronta o

---

Cambridge University Press, 2006, obtido em 20/07/2020 no endereço SSRN: <<https://ssrn.com/abstract=896748>>.

<sup>639</sup> Em crítica à Diretiva da União Européia, também aplicável à lei brasileira, Peter Trepte afirma: “Thus, for each contract, of whatever value, tenderers are obliged to provide original copies of all of the information set out in the directives regardless of whether or not they are necessary or useful and, in most cases, in total disregard for their purpose. Indeed, it becomes a mechanical exercise of requiring all documents in the hope that this will somehow achieve the objective of value for money procurement.” (TREPTE, Peter. “Transparency and Accountability as Tools for Promoting Integrity and Preventing Corruption in Procurement, p. 19). Nos dizeres de Cristiana Fortini e Fabricio Motta, “o exagero de documentos, certidões, atestados e certificações acaba transformando a concorrência em uma competição do melhor ‘cumpridor de condições formais’, e não de seleção da melhor proposta para o interesse público.” (FORTINI, Cristiana; Motta, Fabrício. “Prevenção à Corrupção nas Contratações”, in PONTES FILHO, Valmir; MOTTA, Fabrício; GABARDO, Emerson (coordenadores). *A regeneração da administração pública: Livro do XXX Congresso Brasileiro de Direito Administrativo NATAL-2016*. Curitiba: Íthala, 2017, p. 18)

<sup>640</sup> Segundo Eduardo Pedral Sampaio Fiuza e Bernardo Abreu de Medeiros, “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” (*A Agenda Perdida das Compras Públicas*, p. 26).

<sup>641</sup> Cf. TCU, Plenário, Acórdão nº 1.100/2013, Rel. Min. José Mucio Monteiro; TCU, Plenário, Acórdão nº 714/2014, Rel. Min. José Jorge; TCU, Primeira Câmara, Acórdão nº 4.788/2016, Rel. Min. Bruno Dantas; TCU, Segunda Câmara, Acórdão nº 5.900/2010, Rel. Min. Benjamin Zymler; TCU, Plenário, Acórdão nº 3.356/2015, Rel. Min. André de Carvalho.

comando contido no artigo 32 da Lei 8.666/1993.”), 1.567/2018 (“Caracteriza restrição à competitividade da licitação a exigência, como critério de habilitação, de atestado de qualificação técnica comprovando experiência em tipologia específica de serviço, salvo se imprescindível à certeza da boa execução do objeto e desde que devidamente fundamentada no processo licitatório.”) e 2.895/2014 (“Os requisitos de habilitação, quando o objeto estiver dividido em lotes, devem ser exigidos para cada lote individualmente, não em relação ao total de lotes. O edital deve estabelecer critérios objetivos a fim de assegurar que somente sejam adjudicados a uma mesma empresa os lotes para os quais esta demonstre ter os requisitos mínimos necessários para garantir o cumprimento das obrigações assumidas.”).

De acordo com o parágrafo primeiro do artigo 32 da Lei nº 8.666/83, a documentação comprobatória da qualificação dos participantes pode ser total ou parcialmente dispensada nas hipóteses de convite ou fornecimento de bens para pronta entrega. Nos termos do artigo 70, III, da Lei nº 14.133/2021, a dispensa de documentação de qualificação atualmente se aplica a contratações em valores inferiores a 1/4 do limite para dispensa de licitação (o que corresponderia atualmente R\$ 12.500,00 para compras em geral)<sup>642</sup>. Aqui, o próprio legislador ponderou que, porquanto contratações de menores complexidade e comprometimento de verbas públicas, menor o risco de insucesso relacionado à qualificação do contratado.

No que diz respeito ao procedimento da Lei do Pregão, a simplificação da fase interna também se estende aos requisitos de qualificação. Porque se está a cuidar da aquisição de bens ou serviços considerados comuns, reduz-se bastante a documentação comprobatória da habilitação jurídica, da qualificação técnica e da qualificação econômico-financeira passível de ser exigida dos participantes.<sup>643</sup> De mais a mais, de acordo com o artigo 9º do Decreto nº

---

<sup>642</sup> Casuisticamente, o legislador também estendeu a dispensa de comprovação de qualificação para “contratações de produto para pesquisa e desenvolvimento até o valor de R\$ 300.000,00” (art. 70, III da Lei nº 14.133/2021).

<sup>643</sup> Cf. art. 4º, XIII e XIV, da Lei nº 10.520/2002 e arts. 3º, XIII e XIV, 40, 41 e 42 do Decreto nº 10.024/2019. No ponto, confira-se PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*, p. 1066: “A lógica do pregão recomenda à Administração que ao objeto comum corresponda simplicidade de exigências de habilitação. O

10.024/2019, apenas licitantes previamente credenciados perante o provedor do sistema eletrônico poderão participar do pregão. No caso de certame promovido por órgão ou entidade integrante do Sistema de Serviços Gerais (SISG), o credenciamento dependerá de registro prévio e atualizado no Sistema de Cadastramento Unificado de Fornecedores (SICAF), restando os licitantes dispensados de apresentar os documentos de habilitação que daquele registro já constem.<sup>644</sup> Nítido, pois, o intuito de facilitar a participação dos interessados e abreviar a etapa de habilitação.

Também no campo dos requisitos de qualificação, a Nova Lei de Licitações tratou de incorporar ao regime geral de licitações as inovações da Lei do Pregão e do Decreto do Pregão Eletrônico. Inicialmente, ao dispor sobre o “rito procedimental comum” da licitação, aplicável tanto à concorrência quanto ao pregão (artigo 29, *caput*), a Lei nº 14.133/2021 estabelece a regra geral de que o julgamento das propostas antecederá a habilitação (artigo 17, *caput*). Admite-se, contudo, que o edital determine a antecipação da fase de habilitação, “mediante ato motivado com explicitação dos benefícios decorrentes” (artigo 17, § 1º), sem especificar os casos em que tal inversão seria admissível ou recomendável.

A Lei nº 14.133/2021 buscou enfrentar um aspecto sensível relativamente aos requisitos de qualificação: a participação de empresas estrangeiras no certame. Embora o artigo 3º, § 1º, II, da Lei nº 8.666/93 já estabelecesse uma regra de vedação ao tratamento discriminatório para empresas estrangeiras (atualmente reproduzido no artigo 9º, II, da nova lei), os requisitos de qualificação técnico-profissional favoreciam as empresas que atuam no Brasil<sup>645</sup>, notadamente no que diz respeito às seguintes exigências: i)

---

reduzido elenco, definido na MP [Medida Provisória nº 2.026/2000, convertida na atual Lei nº 10.520/2002] como o mínimo indispensável, deve ser a regra. Exigir mais, até os limites gizados nos arts. 30 e 31 da Lei nº 8.666/93, deve ser a exceção. Como tal, haverá de ser justificada nos autos do processo administrativo, inclusive para que não paire dúvida acerca do cabimento de realizar-se licitação na modalidade pregão.”

<sup>644</sup> Cf. artigos 10 e 26, § 2º, do Decreto nº 10.024/2019.

<sup>645</sup> Outros dispositivos da Lei nº 8.666/93 que favoreciam as empresas nacionais previam que consórcios entre empresas brasileiras e estrangeiras seriam necessariamente liderados pela empresa nacional (art. 33, § 1º), e que as propostas apresentadas por licitantes estrangeiros seriam “acrescidas dos gravames consequentes dos mesmos tributos que oneram

possuir em seus quadros profissional “*detentor de atestado de responsabilidade técnica por execução de obra ou serviço de características semelhantes*” (cf. artigo 30, § 1º, I, da lei anterior e artigo 67, I, da lei atual); ii) apresentar atestados registrados ou emitidos pelo “*conselho profissional competente*”, que demonstrem a capacidade de execução de obras ou serviços similares (artigo 30, §§ 1º e 3º, da lei anterior e artigo 67, II, da lei atual); e iii) apresentar “*registro ou inscrição na entidade profissional competente*” (artigo 30, I, da lei anterior e artigo 67, V, da lei atual).

Ao tratar da participação de empresas estrangeiras nas licitações, a Nova Lei de Licitações proíbe “condições de habilitação, classificação e julgamento que constituam barreiras de acesso ao licitante estrangeiro”, com ressalva da previsão de margem de preferência para bens e serviços nacionais (artigo 52, § 6º). Tal previsão se concretiza nos dispositivos que: i) admitem atestados emitidos por entidades estrangeiras (artigo 67, § 4º), ii) permitem que a solicitação de registro perante a entidade profissional competente seja apresentada no momento de assinatura do contrato (artigo 67, § 7º) e iii) autorizam substituição da documentação de habilitação por “documentos equivalentes, na forma de regulamento emitido pelo Poder Executivo federal” (artigo 70, parágrafo único).

Caso a Lei nº 14.133/2021 produza os efeitos almejados, ao reduzir as barreiras de entrada para empresas estrangeiras, terá representado um ganho significativo de competitividade nas licitações brasileiras, que se refletirão não somente na maior para a eficiência das contratações públicas, mas também na redução dos incentivos para a corrupção, intimamente associada à preservação de cartéis empresariais que atuam no setor público.

## 7. Modalidade de licitação

---

exclusivamente os licitantes brasileiros” (art. 42, § 4º), Ambas as disposições foram revistas na Lei nº 14.133/2021; foi mantido, entretanto, o critério de desempate que favorece as empresas brasileiras (art. 60, § 1º, II).

Como não poderia deixar de ser, também a determinação da modalidade de licitação relaciona-se intimamente ao objeto do futuro contrato. Na sistemática do artigo 23 da Lei nº 8.666/93, obras, serviços e compras haveriam de ser precedidos de concorrência, tomada de preços ou convite, de acordo com os valores estimados da contratação.<sup>646</sup> Compreensivelmente, o legislador impôs maiores amplitude à competição e complexidade ao procedimento licitatório à medida em que mais elevado o custo da utilidade que pretenda a Administração obter.<sup>647</sup>

De conformidade com o artigo 22, a concorrência destina-se às licitações de maior valor e permite a participação de quaisquer interessados que se comprovem detentores da qualificação mínima prevista no edital. À tomada de preços podem habilitar-se apenas interessados previamente cadastrados – ou que atendam a todas as condições exigidas para cadastramento até o terceiro dia anterior ao recebimento das propostas –, consagrando-se a contratações de valor intermediário. Contratos de menor monta, por sua vez, firmar-se-iam por convite, formulado ao mínimo de 3 (três) possíveis candidatos e extensível a quaisquer outros, desde que, previamente cadastrados, manifestem interesse até 24 (vinte e quatro) horas antes da apresentação das propostas. As modalidades da tomada de preços e do convite, no entanto, viriam a ser eliminadas com o advento da Lei nº 14.133/2021 (artigo 28).

---

<sup>646</sup> São essas as modalidades ditas comuns, em contraposição às especiais, concurso e ao leilão. O concurso destina-se à escolha de trabalho técnico, científico ou artístico, contra pagamento de prêmio ou remuneração; já o leilão se presta à venda de determinados bens móveis e imóveis. Como ambos escapam ao objeto da pesquisa, deixar-se-á de sobre eles tecer maiores considerações.

<sup>647</sup> Eduardo Pedral Sampaio Fiuza e Bernardo Abreu de Medeiros criticam a Lei nº 8.666/93 por estabelecer o valor contratado como único critério para enquadramento nas modalidades de licitação: “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 (...)*” (*A Agenda Perdida das Compras Públicas*, p. 39, grifos no original). O legislador admite, no entanto, a escolha de modalidade referente a faixa de preço superior, como adverte JUSTEN FILHO, Marçal (*Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*, p. 434): “A definição da modalidade de licitação não deve fazer-se apenas em função do valor da contratação. Também deverá tomar-se em vista a complexidade do objeto da licitação. (...) Quanto mais complexa a execução do objeto licitado, tanto maiores poderão ser as exigências de habilitação, exigindo a utilização da concorrência. Daí a previsão do art. 23, § 4º, que deve ser utilizada sempre que a complexidade do objeto licitado torne inadequada a escolha da licitação segundo os critérios padronizados da Lei.”

A definição da modalidade de licitação também pode constituir uma oportunidade para corrupção, nos casos em que o agente público manipule a delimitação do objeto licitado, de molde a possibilitar o recurso a modalidades menos competitivas, facilitando o direcionamento da contratação. A hipótese mais corriqueira desta prática era o fracionamento do objeto a ser contratado em mais de um processo licitatório.

O parágrafo 2º do artigo 23 estabelece ser obrigatório o parcelamento da execução do objeto da licitação sempre que presentes dois fatores cumulativos: i) o melhor aproveitamento dos recursos disponíveis no mercado; ii) a ampliação da competitividade sem perda da economia de escala. Como se vê, ainda que possibilite maior participação de interessados, o fracionamento só terá lugar quando o aumento da competitividade resultar em melhores ofertas e, conseqüentemente, na redução das despesas administrativas.<sup>648</sup>

De molde a evitar burla aos critérios legalmente estabelecidos acerca das modalidades de licitação<sup>649</sup>, o parágrafo 3º do artigo 23 dispõe que, ainda que o objeto seja parcelado em procedimentos distintos, haverá de ser adotada em cada um deles a modalidade que seria aplicável se licitado em sua totalidade. Por identidade de razão, o parcelamento tampouco será possível quando tiver por intento escapar ao dever de licitar em si, por meio da aplicação da hipótese de dispensa de licitação prevista nos incisos I e II do artigo 24 da Lei nº 8.666/93.

O risco de fracionamento do valor da licitação perdeu relevância, contudo, com a vigência da Lei nº 14.133/2021, que extinguiu os vínculos que atrelavam determinadas modalidades de licitação a seu valor. Segundo a nova Lei de Licitações, a modalidade de licitação a ser adotada passa a depender exclusivamente do objeto a ser licitado, a saber: i) pregão: para aquisição de

---

<sup>648</sup> Nesse sentido, JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*, p. 447.

<sup>649</sup> Cf. TCU, Primeira Câmara, Acórdão nº 7.012/2012, Rel. Ana Arraes; TCU, Segunda Câmara, Acórdão nº 6.330/2012, Rel. Min. Aroldo Cedraz; TCU, Plenário, Acórdão nº 133/2008, Rel. Min. Benjamin Zymler.

bens ou serviços comuns, inclusive serviços comuns de engenharia (artigo 6º, XLI e XXI, a); ii) concorrência: para bens e serviços especiais, e para obras e serviços especiais de engenharia (artigo 6º, XXXVIII; iii) diálogo competitivo: para objetos que demandem inovação tecnológica ou técnica, se a Administração não tiver condições de definir antecipadamente as especificações técnicas com precisão suficiente (artigo 32, I).

Em decorrência da desvinculação entre a modalidade de licitação e o valor da contratação, o fracionamento do objeto jamais implicará a modificação do procedimento adotado (ressalvado os casos em que o fracionamento implicar em fraude ao procedimento licitatório, induzindo à dispensa por baixo valor). Tal solução, que já havia sido adotada por ocasião da Lei do Pregão, contribuiu para superar parte significativa das dificuldades que se colocam quando da adoção da sistemática da Lei nº 8.666/93.<sup>650</sup>

Embora a modalidade de pregão somente se destine à aquisição e contratação de objetos comuns, a doutrina e jurisprudência do Tribunal de Contas da União vem entendendo não haver sinonímia entre “comum” e “simples”. Ainda que determinado produto ou serviço possa ser considerado sofisticado ou complexo, seria passível de aquisição por meio de pregão se seguir um padrão corrente, estiver amplamente disponível no mercado e destinar-se a atender necessidades cotidianas da Administração, de molde a tornar irrelevantes pequenas variações qualitativas. Para Vera Scarpinella, “bens e serviços com complexidade técnica, seja na sua definição ou na sua execução, também são passíveis de ser contratados por meio de pregão. O que se exige é que a técnica neles envolvida seja conhecida no mercado do

---

<sup>650</sup> NIEBUHR, Joel de Menezes. *Pregão Presencial e Eletrônico*, p. 98: “Em boa hora, a modalidade pregão acaba com esse problema, já que ela não depende do valor do contrato, mas apenas da natureza do objeto da licitação, que deve ser qualificado como *bem e serviço comum*. É plenamente lícito promover pregão para contrato de R\$ 250.000,00 (duzentos e cinquenta mil reais) ou qualquer outro valor e, na semana seguinte, se for necessário, proceder a outro pregão para o mesmo objeto, qualquer que seja o valor, e, assim, sucessivamente, sem que se esteja sujeito a qualquer constrangimento. Daí que um dos pontos altamente positivos dessa nova modalidade é evitar celeumas administrativas e jurídicas em torno do parcelamento indevido da licitação, conferindo segurança e tranquilidade para que os agentes administrativos de boa-fé, que são a imensa maioria, exerçam suas atividades.”



objeto ofertado, possibilitando, por isso, sua descrição de forma objetiva no edital.”<sup>651</sup>

Ainda sobre o objeto, ao cabo de alguma controvérsia, o Tribunal de Contas da União pacificou o entendimento segundo o qual mesmo serviços de engenharia podem ser licitados através de pregão, desde que considerados comuns.<sup>652</sup> Foi esse caminho trilhado pelo Decreto nº 10.024/2019, que, após incluir expressamente os serviços comuns de engenharia em seu escopo, os definiu como “atividade ou conjunto de atividades que necessitam da participação e do acompanhamento de profissional engenheiro habilitado, nos termos do disposto na Lei nº 5.194, de 24 de dezembro de 1966, e cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pela administração pública, mediante especificações usuais de mercado”.<sup>653</sup>

Mais recentemente, a Lei nº 14.133/2021 incorporou a distinção entre “serviços especiais de engenharia” (que se caracterizariam por “alta heterogeneidade ou complexidade”, nos termos do artigo 6º, XXI, b) e “serviços comuns de engenharia” (que seriam “objetivamente padronizáveis em termos de desempenho e qualidade, de manutenção, de adequação e de adaptação de bens móveis e imóveis”, nos termos do artigo 6º, XXI, a). Embora as obras e serviços comuns de engenharia estejam associadas à modalidade de concorrência, conforme o artigo 6º, XXXVIII, da Nova Lei de Licitações, o artigo 29, parágrafo único, do mesmo diploma admite de forma irrestrita sua contratação pela modalidade de pregão, a indicar que a Administração poderia escolher livremente entre ambas as modalidades.

---

<sup>651</sup> SCARPINELLA, Vera. *Licitação na Modalidade de Pregão*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 81. No mesmo diapasão, PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*, p. 1054: “Em aproximação inicial do tema, pareceu que ‘comum’ também sugeria simplicidade. Percebe-se, a seguir, que não. O objeto pode portar complexidade técnica e ainda assim ser ‘comum’, no sentido de que essa técnica é perfeitamente conhecida, dominada e oferecida pelo mercado. Sendo tal técnica bastante para atender às necessidades da Administração, a modalidade pregão é cabível a despeito da maior sofisticação do objeto.” O inciso III do artigo 3º do Decreto nº 10.024/2019, está na contramão de tal orientação, porquanto define como bens especiais – excluídos do âmbito do pregão, portanto – aqueles que “por sua alta heterogeneidade ou complexidade técnica, não podem ser considerados bens e serviços comuns”.

<sup>652</sup> Enunciado TCU nº 257: “O uso do pregão nas contratações de serviços comuns de engenharia encontra amparo na Lei 10.520/2002.”

<sup>653</sup> Cf. artigos 1º, *caput*, e 3º, VIII, do Decreto nº 10.024/2019.

Também na esteira da jurisprudência especializada, o Decreto nº 10.024/2019 legitimou a utilização do pregão eletrônico nas contratações de bens e serviços que envolvam “o desenvolvimento de soluções específicas de natureza intelectual, científica e técnica”, se comuns.<sup>654</sup> Como já se deixou consignado, a complexidade do objeto licitado não exclui de *per se* o pregão. Segundo entendimento do Tribunal de Contas da União, caberia ao administrador, diante do caso concreto, avaliar: i) se os padrões de desempenho e qualidade desses serviços podem ser objetivamente definidos em edital, por meio de especificações usuais no mercado; ii) se os serviços haverão de ser executados segundo protocolos, métodos e técnicas conhecidos e determinados em normas expedidas pelas entidades regulamentadoras; iii) se a qualidade do trabalho pode ser atestada por meio do confronto com normas técnicas e profissionais pré-estabelecidas, de modo que as possíveis variações metodológicas não sejam determinantes para a obtenção do resultado desejado pela Administração. Consequentemente, o fato de o objeto exigir capacitação técnica específica não seria bastante para excluí-lo do conceito de bem ou serviço comum.<sup>655</sup>

No mais, “a natureza predominantemente intelectual é típica daqueles serviços em que a arte e a racionalidade humana são essenciais para sua execução satisfatória”.<sup>656</sup> À luz de tal concepção, a corte de contas entendeu possível a utilização do pregão para a contratação de serviço de auditoria independente, porquanto executado de acordo com protocolos, métodos e técnicas pré-estabelecidos e conhecidos do mercado, cuja execução não requer inovação tecnológica.<sup>657</sup> A qualificação mínima a ser exigida do profissional – no caso, certo grau de formação e de experiência na área de auditoria – deverá se refletir na especificação do objeto do contrato, não se prestando a justificar a adoção de modalidade de licitação tradicional do tipo técnica e preço. Noutros termos, “a capacitação exigida não é determinante

---

<sup>654</sup> Cf. artigo 3º, § 2º, do Decreto nº 10.024/2019.

<sup>655</sup> Cf. voto do Min. Benjamin Zymler proferido por ocasião do Acórdão nº 1.046/2014.

<sup>656</sup> Cf. TCU, Plenário, Acórdão nº 2.471/2008, Rel. Min. Benjamin Zymler.

<sup>657</sup> Cf. voto do Min. Benjamin Zymler no Acórdão nº 1.046/2014.

para afastar do serviço a designação de comum, nem o caracteriza como tendo natureza predominantemente intelectual”.<sup>658</sup>

Neste particular, a Nova Lei de Licitações distanciou-se do entendimento do Tribunal de Contas da União, ao expressamente vedar a utilização da modalidade de pregão para contratação de “serviços técnicos especializados de natureza predominantemente intelectual” (artigo 29, parágrafo único), o que inclui serviços de auditoria e o patrocínio de causas judiciais (artigo 6º, XVIII, c e e).

No entanto, a lei admite a realização do pregão tanto de forma presencial quanto eletrônica. A despeito de a letra do artigo 1º da Lei nº 10.520/2002 sugerir que a adoção da modalidade pregão é facultativa, passou à condição de obrigatória por obra do artigo 4º, *caput*, do Decreto nº 5.450/2005. Tal dispositivo, ademais, tornou a forma eletrônica preferencial, “salvo nos casos de comprovada inviabilidade”. Com a edição do Decreto nº 10.042/2019, à vista dos parágrafos 1º e 4º de seu artigo 1º, a forma eletrônica passou a ser obrigatória, salvo se “comprovada a inviabilidade técnica ou a desvantagem para a administração na realização da forma eletrônica”.

Por viabilidade técnica, entenda-se o acesso estável à tecnologia de internet com velocidade adequada para oferecimento e processamento dos lances, ainda indisponível para alguns fornecedores e entidades da Administração Pública. Para parcela da doutrina, o pregão presencial poderá ser mais conveniente quando, por exemplo: i) porquanto de pequena monta, a contratação não for capaz de atrair competidores de localidades distantes; ii) se fizer necessário analisar mais detidamente as propostas formuladas – inclusive com a apresentação de amostras – ou a capacitação técnica dos licitantes; iii) utilizada anteriormente a forma eletrônica, mas sem resultados vantajosos.<sup>659</sup>

---

<sup>658</sup> Cf. relatório do Acórdão nº 1.046/2014.

<sup>659</sup> Os exemplos são de NIEBUHR, Joel de Menezes. *Pregão Presencial e Eletrônico*, p. 59. Por outro lado, nem sempre a forma eletrônica do pregão será a mais adequada, sobretudo quando a Administração Pública buscar a promoção simultânea de objetivos sociais. Nesse sentido, ainda fazendo referência ao revogado Decreto nº 5.450/2005, confira-se a lição de

O Tribunal de Contas da União, por sua vez, chancelou a obrigatoriedade do pregão, em especial na forma eletrônica, por entender que: i) é modalidade mais célere e vantajosa, se comparado às modalidades tradicionais; ii) a utilização da internet é mais proveitosa, pois aumenta a competição e, portanto, fomenta a economicidade.<sup>660</sup> Embora a regra geral da contratação de bens e serviços comuns seja o pregão eletrônico, o TCU admite a utilização da forma presencial mediante justificativa devidamente lançada no procedimento licitatório.

A Lei nº 14.133/2021 caminhou no sentido da facultatividade da adoção da forma eletrônica, ao dispor em seu artigo 17, § 2º, que as licitações (independentemente da modalidade utilizada) seriam realizadas “preferencialmente sob a forma eletrônica, admitida a utilização da forma presencial, desde que motivada”. Ainda que a Nova Lei de Licitações busque conferir maior transparência ao processo, ao dispor que a sessão pública deva ser “gravada em áudio e vídeo” (artigo 17, §§ 2º e 5º), tal providência não constitui impedimento às comunicações e acertos prévios ou posteriores entre

---

NOHARA, Irene Patrícia; CÂMARA, Jacintho Arruda. *Licitações e Contratos Administrativos*, p. 214-215: “(...) se a escolha pondera o desenvolvimento da produção local, não é recomendável a utilização indiscriminada da modalidade do pregão eletrônico, que é mais impessoal e possui âmbito de abrangência pulverizado. Ainda mais diante do fato de que nem todos os pequenos fornecedores locais estão ‘incluídos digitalmente’ e capacitados para participar de pregões eletrônicos. Logo, a orientação da obrigatoriedade do pregão eletrônico prevista no decreto federal não é apta, em determinados contextos, a promover o objetivo licitatório de promoção do desenvolvimento nacional sustentável por meio da licitação, por isso nos manifestamos favoravelmente ao sentido de facultatividade enunciado no art. 1º da Lei do Pregão, deixando-se ao gestor eleger a forma mais adequada à satisfação dos interesses públicos.”

<sup>660</sup> Cf. NIEBUHR, Joel de Menezes. *Pregão Presencial e Eletrônico*, p. 58: “O fato é que o TCU comprou a ideia de que o pregão eletrônico é mais vantajoso do que o pregão presencial e, por conseguinte, que esse somente pode ser realizado em casos de extrema excepcionalidade, tudo devida e antecipadamente justificado, com pretensão fundamento no *caput* e no § 1º do artigo 4º do Decreto Federal nº 5.450/05. O TCU, em adição, partindo da premissa de que o pregão é mais vantajoso que as modalidades tradicionais e que o pregão eletrônico é mais vantajoso que o pregão presencial, utiliza também como fundamento o princípio da economicidade. O raciocínio é que, sendo o pregão eletrônico mais vantajoso, a sua não adoção teria que ser justificada, dado que indicaria solução antieconômica.” São exemplos: i) TCU, Plenário, Acórdão nº 2.753/2011, Rel. Min. José Jorge: “É regra geral a utilização do pregão eletrônico para aquisição de bens e serviços comuns por parte de instituições públicas, nelas inclusas agências reguladoras, sendo o uso do pregão presencial hipótese de exceção, a ser justificada no processo licitatório.”; ii) TCU, Plenário, Acórdão nº 1.086/2018, Relator Min. Augusto Sherman: “Nas licitações para aquisição de bens e serviços comuns realizadas pelos conselhos de fiscalização profissional, a adoção do pregão presencial como regra viola o art. 4º, *caput* e § 1º, do Decreto 5.450/2005, pois o pregão eletrônico somente pode ser preterido quando sua adoção for justificadamente inviável”.

os licitantes que comparecerem, e muito menos à identificação da autoria dos lances no certame.

A despeito da opção do legislador, conferir ao administrador público o poder de escolher a realização do pregão presencial, em detrimento da forma eletrônica – ainda que “motivada” sob por uma suposta “vantagem” para a Administração, conceito aberto e sujeito a manipulações – esvazia em medida significativa a competitividade do certame, bem como sua efetividade como ferramenta de combate à corrupção.

Além da redução dos custos de transação *ex ante* (na medida em que possibilita a participação no certame sem os custos do deslocamento para comparecimento presencial, especialmente em relação a empresas sediadas em outros Estados) o pregão eletrônico oferece uma grande vantagem em um cenário de cartelização entre os fornecedores do poder público: o anonimato das partes licitantes, que desarticula a possibilidade de atuação do cartel junto a outras empresas que pretendam concorrer no certame.

Por ocasião da “Operação Vampiro”, que detectou a existência de cartel em licitações promovidas pelo Ministério da Saúde para a aquisição de hemoderivados, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), órgão encarregado da defesa da concorrência no Brasil, ressaltou que a adoção do pregão na forma presencial viabilizou o monitoramento dos compromissos assumidos entre as empresas cartelizadas, “vez que todas as etapas do certame – recebimento das propostas, habilitação, classificação das propostas e, principalmente, a fase competitiva de lances orais – se dão com a presença física de representantes de todos os licitantes”.<sup>661</sup> Por tais motivos, a Nota Técnica nº 47 do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada do Ministério da Economia (IPEA) propõe a eliminação do pregão presencial do ordenamento jurídico brasileiro.<sup>662</sup>

---

<sup>661</sup> Cf. CADE, Nota Técnica nº 102/2015/CGAA8/SGA2/SG/CADE, p. 23, *apud* CARVALHO, Victor Aguiar, *Cartéis em Licitações*, p. 126.

<sup>662</sup> FIUZA, Eduardo Pedral Sampaio; POMPERMAYER, Fabiano Mezaadre; RAUEN, André Tortato. “A Retomada da Agenda Perdida das Compras Públicas: Notas Sobre o Novo Projeto de Lei de Licitações da Câmara dos Deputados em 2018-2019”, Nota Técnica nº 47,

Na Lei nº 8.666/93, a concorrência estaria sempre associada ao modo de disputa fechado (apresentação de propostas sigilosas, a serem abertas publicamente) e o pregão ao modo de disputa aberto (oferta de lances sucessivos e decrescentes). A Lei nº 14.133/2021 flexibiliza tal regra, ao admitir ambos os modos de disputa em qualquer modalidade de licitação (artigo 56). Assim, por exemplo, o pregão poderá ter uma etapa de propostas fechadas antes da disputa aberta, ou vice-versa; mas não poderá ter uma disputa exclusivamente fechada, visto que necessariamente utilizará o critério de julgamento de menor preço ou maior desconto (artigo 56, § 1º, combinado com o artigo 6º, XLI). Do mesmo modo, a concorrência poderá ter uma etapa de lances abertos, exceto nos casos em que se utilizar o critério de julgamento de técnica e preço (artigo 56, § 2º).

A Lei nº 14.133/2021 também dissociou a modalidade licitatória dos prazos mínimos para apresentação de propostas ou lances, que agora são fixados exclusivamente em função do objeto licitado, do critério de julgamento ou do regime de contratação. No que tange ao objeto licitado, os bens possuem prazo inferior aos serviços e obras comuns, que por sua vez possuem prazo inferior aos serviços e obras especiais; no que tange ao critério de julgamento, as licitações por menor preço ou maior desconto possuem prazo inferior às demais modalidades; e há prazos mais dilatados para os regimes da contratação semi-integrada e da contratação integrada (artigo 55).

No que diz respeito às modalidades de licitação, a principal inovação da Lei nº 14.133/2021 consistiu na introdução do diálogo competitivo no direito brasileiro, definida como a modalidade "em que a Administração Pública realiza

---

DISET/IPEA, março 2019, p. 53: "Em outras palavras, o fundamental é impedir completamente a realização de certames presenciais. Não se deve deixar nenhuma brecha para que isso aconteça. Não se podem alegar razões técnicas, uma vez que a menor prefeitura que quiser realizar um pregão eletrônico pode facilmente contratar um portal de compras, aderir a um consórcio ou a um registro de preços. Pregões presenciais, como ocorrem às dezenas e centenas pelos municípios Brasil afora, devem desaparecer o quanto antes, pois são ocasiões propícias para a atuação de cartéis e ocorrência de licitações direcionadas por gestores desonestos e, são, portanto, inimigos da transparência pública. O simples fato de exigir a presença física dos licitantes já inibe, de antemão, a participação de firmas mais distantes, o que restringe a concorrência no certame desde o nascedouro. Em suma, há motivos de sobra para se abolirem os certames presenciais, e nenhum para justificar a sua manutenção."

diálogos com licitantes previamente selecionados mediante critérios objetivos, com o intuito de desenvolver uma ou mais alternativas capazes de atender às suas necessidades, devendo os licitantes apresentar proposta final após o encerramento dos diálogos" (artigo 6º, XLII).

A modalidade de diálogo competitivo se aplica quando inexistirem soluções disponíveis no mercado, aptas a satisfazer a necessidade da administração, de modo que haveria necessidade de inovação tecnológica ou técnica, sem que a Administração possa definir precisamente suas especificações de antemão (artigo 32, I). O diálogo competitivo almeja definir alternativas quanto a: i) solução técnica mais adequada; ii) requisitos técnicos aptos a concretizar uma solução já definida; ou iii) a estrutura jurídica ou financeira do contrato (artigo 32, II).

O diálogo competitivo, que deverá ser conduzido por comissão composta de pelo menos três servidores efetivos ou do quadro permanente da Administração (art. 32, XI), é composto de duas etapas: i) o diálogo entre a Administração e os particulares, e ii) a fase competitiva.

A fase de diálogo se inicia com a publicação de edital divulgando as necessidades ou exigências da Administração, em que se concede um prazo mínimo de 25 (vinte e cinco) dias úteis para manifestação de interesse em participar da licitação (artigo 32, § 1º, I). Tais interessados, que deverão ser pré-selecionados com base em requisitos editalícios objetivos (artigo 32, § 1º, II), mantêm diálogos com a Administração, até que seja identificada a solução ou as soluções que melhor atendam às necessidades públicas (artigo 32, § 1º, V). As reuniões mantidas na fase de diálogo devem ser registradas em atas e gravadas em áudio e vídeo, a serem juntadas aos autos com a conclusão do diálogo (artigo 32, § 1º, VI e VIII). Uma vez especificada a solução que atenda às necessidades da Administração e os critérios objetivos para seleção da proposta mais vantajosa, os licitantes pré-selecionados terão prazo não inferior a 60 (sessenta) dias para apresentar suas propostas (artigo 32, § 1º, VIII). Admite-se a solicitação de esclarecimentos ou ajustes às propostas apresentadas, *“desde que não impliquem discriminação nem distorçam a*

*concorrência entre as propostas*”, após o que será selecionada a proposta mais vantajosa de acordo com os critérios divulgados (artigo 32, § 1º, IX e X).

A despeito do salutar intuito de conferir transparência ao diálogo competitivo, com a gravação e divulgação das comunicações mantidas entre a Administração e os particulares, há diversos fatores nesta modalidade de licitação que ampliam as oportunidades para corrupção, tais como: i) o elevado grau de proximidade entre a comissão que conduz o processo e os licitantes pré-selecionados, ii) a ausência de critérios objetivos para seleção da proposta mais vantajosa, e iii) a assimetria de informação entre o licitante cuja proposta foi selecionada e seus concorrentes. Para agravar a situação, a Presidência da República vetou o inciso XII do §1º do artigo 32, que previa a possibilidade de acompanhamento e monitoramento dos diálogos competitivos por órgão de controle externo (notadamente, o Tribunal de Contas), inviabilizando a fiscalização *ex ante*. Diante da ausência de maturidade institucional da Administração Pública brasileira, não parece que a introdução do “diálogo competitivo” se tenha feito acompanhar por salvaguardas aptas a minimizar o risco de captura dos agentes públicos.

## 8. Regime de execução

De conformidade com o inciso VIII do artigo 6º da Lei nº 8.666/93, obras e serviços de engenharia podem ser executados sob os regimes de: i) empreitada por preço global; ii) empreitada por preço unitário; iii) tarefa; iv) empreitada integral. Na empreitada por preço global, como a denominação deixa entrever, o particular fornecerá a mão de obra, acrescida ou não dos materiais, vinculado a uma remuneração global previamente determinada. Na empreitada por preço unitário, diversamente, a remuneração do empreiteiro será o somatório dos valores dos itens considerados na estimativa de execução. Na empreitada integral, para além da construção da infraestrutura física de uma unidade operacional, o contratado assegura sua operação, responsabilizando-se por “adotar todas as providências destinadas a colocar em funcionamento os equipamentos, identificar as limitações e os defeitos, promover o treinamento do pessoal especializado e uma grande quantidade de



encargos qualitativamente diversos”.<sup>663</sup> A tarefa, por sua vez, é uma empreitada de pequeno porte, em que o contratado – usualmente um prestador de serviço individual – fornece apenas sua mão de obra.<sup>664</sup>

Também aqui, a ausência de planejamento adequado costuma dar causa aos problemas mais recorrentes. A empreitada por preço global pressupõe informações precisas sobre o objeto a ser executado, esmiuçadas tanto no projeto básico quanto no projeto executivo.<sup>665</sup> Esse último é definido pelo inciso X do artigo 6º da Lei nº 8.666/93 como “o conjunto dos elementos necessários e suficientes à execução completa da obra, de acordo com as normas pertinentes da Associação Brasileira de Normas Técnicas – ABNT”<sup>666</sup>. Ocorre que, como o parágrafo 1º do artigo 7º do mesmo diploma permite que seu desenvolvimento se dê em concomitância com a execução das obras e serviços se assim o administrador autorizar, grande parcela das licitações é realizada sem que o projeto executivo seja previamente confeccionado, com possível prejuízo ao planejamento.

Note-se que o artigo 46, § 6º, da Nova Lei de Licitações suprimiu a referência à possibilidade de desenvolvimento do projeto executivo concomitantemente à execução das obras, ainda que a Lei nº 14.133/2021 permita sua elaboração em momento posterior à contratação (artigo 14, § 4º), e chegue a dispensar o projeto executivo para serviços e obras comuns de engenharia (artigo 18, § 3º, combinado com o artigo 46, § 1º).

---

<sup>663</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*, p. 203.

<sup>664</sup> A tarefa é pouco utilizada na prática, pois as situações que a ensejariam costumam dispensar a realização de licitação, dada a sua pequena expressão econômica.

<sup>665</sup> Cf. TCU, Plenário, Acórdão nº 2432/2016, Rel. Min. Benjamin Zymler: “A empreitada por preço global deve ser adotada quando for possível definir previamente no projeto, com boa margem de precisão, as quantidades dos serviços a serem executados; enquanto a empreitada por preço unitário deve ser preferida para objetos que, por sua natureza, não permitam a precisa indicação dos quantitativos orçamentários.”

<sup>666</sup> Na mesma linha, o art. 6º, XXVI da Lei nº 14.133/2021 define o projeto executivo como “conjunto de elementos necessários e suficientes à execução completa da obra, com o detalhamento das soluções previstas no projeto básico, a identificação de serviços, de materiais e de equipamentos a serem incorporados à obra, bem como suas especificações técnicas, de acordo com as normas técnicas pertinentes”.

Diante de cenário de tamanha imprevisibilidade, em que nem a Administração, nem os interessados em com ela contratar dispõem de dados suficientes à estimação fidedigna do preço global, a escolha acaba frequentemente por recair sobre a empreitada por preço unitário, ainda que não fosse esse o regime de execução mais adequado.<sup>667</sup> Diferentemente do que ocorre na empreitada por preço global, o compromisso do particular se limita aos valores unitários que fez constar de sua proposta, que não poderão sofrer modificação.<sup>668</sup> Não há, pois, vinculação a um montante total predeterminado, até porque ajustes quantitativos serão realizados durante a execução do contrato. Nesse caso, a estimativa de custo total resultante do somatório dos valores unitários servirá tão só à previsão orçamentária e à classificação das propostas.

Ocorre que a deficiência no planejamento, em especial a ausência de informações técnicas suficientes, prejudica até mesmo a definição dos itens e seu preço unitário. À míngua de projeto executivo, e à vista de projetos básicos lacunosos, não raro apenas durante a execução do contrato concluir-se-á pela inadequação de determinados itens previstos inicialmente, ou mesmo pela necessidade de outros sequer antevistos pelas partes.<sup>669</sup> Como esclarece Marçal Justen Filho, “[p]roduziu-se uma dissociação relevante entre a licitação e o contrato efetivamente executado. As estimativas de custo obtidas não eram confirmadas durante a contratação. Os itens previstos originalmente e os

---

<sup>667</sup> “(...) é um profundo equívoco adotar a empreitada por preço unitário para obras de engenharia executáveis de modo indivisível. Não há cabimento em estabelecer, por exemplo, que uma ponte será edificada sob regime de empreitada por preço unitário. Assim se passa porque a Administração apenas será satisfeita mediante a execução do objeto na sua integralidade. Contrata-se a obra por um preço global. A empreitada por preço unitário é adequada para hipóteses em que a prestação é fracionável em unidades autônomas, dotadas de individualidade. Assim, poderia imaginar-se uma empreitada por preço unitário para obra de construção de unidades habitacionais. Cada unidade habitacional teria o seu preço unitário.” (JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*, p. 197)

<sup>668</sup> Na empreitada por preço global, o contratado haverá de honrar o valor que estimou para a execução da totalidade da obra ou serviço de engenharia, salvo se a alteração se fizer imperiosa por força maior, caso fortuito, fato do príncipe, fatos imprevisíveis ou de consequências incalculáveis, de conformidade com o artigo 65, II, d, da Lei nº 8.666/73.

<sup>669</sup> Cf. TCU, Plenário, Acórdão nº 707/2014, Rel. Min. Benjamin Zymler: “Independentemente do regime adotado, se empreitada por preço unitário ou empreitada por preço global, os projetos básicos elaborados pela Administração devem possuir os elementos necessários e suficientes, com nível de precisão adequado, para caracterizar a obra ou serviço, ou complexo de obras ou serviços objeto da licitação, de forma a possibilitar a avaliação do custo da obra e a definição dos métodos e do prazo de execução.”

quantitativos estimados eram alterados radicalmente durante a execução do contrato.”<sup>670</sup>

Conclui-se, pois que a imprecisão na definição do objeto pode acarretar alterações contratuais drásticas, o que, para além de frustrar o caráter competitivo da licitação, viabiliza o comportamento oportunista (risco moral ou *moral hazard*) de administradores e particulares inescrupulosos.<sup>671</sup>

Na hipótese de empreitada integral, o particular responsabiliza-se não só pela execução de obras de serviços, mas também por colocar o empreendimento em funcionamento, bastando à Administração “girar a chave”.<sup>672</sup> É sua incumbência conceber a solução técnica mais adequada à obtenção dos resultados almejados, de conformidade com os parâmetros estabelecidos no projeto básico e, quando houver, no projeto executivo.

Com a concessão de maior autonomia, aumentam os riscos ordinários assumidos pelo empreiteiro e, logicamente, os custos da contratação.<sup>673</sup> Ainda assim, justamente em razão dessa repartição de risco, a empreitada integral pode representar opção mais vantajosa à Administração, mormente na

---

<sup>670</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*, p. 195.

<sup>671</sup> “Suponha-se que um agente administrativo resolva beneficiar certo licitante. Seria bastante simples obter esse resultado reprovável através do expediente da ‘empreitada por preço global’. Para tanto, é necessário que a Administração conheça todas as características do objeto e tenha noção de todos os custos. Admita-se, no entanto, que a Administração veicule edital com objeto geral e mal definido, impondo aos licitantes o dever de arcar com todos os riscos. Em tal situação, poderia fornecer ao apadrinhado todos os dados acerca da execução do objeto. Por decorrência, todos os demais licitantes seriam obrigados a considerar riscos inexistentes ou situações imponderáveis. Logo, suas propostas seriam muito mais elevadas. O licitante favorecido, ao contrário, formularia proposta contendo apenas os valores necessários a executar aquilo que a Administração já sabia, de antemão, ser necessário. Daí o licitante protegido sairia vencedor, por formular a menor proposta. Frise-se que, se todos os demais licitantes tivessem tido acesso às mesmas informações, a Administração poderia ter recebido propostas ainda menores.” (JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*, p. 199.)

<sup>672</sup> Da expressão *turn key*, pela qual tal regime de execução também é conhecido.

<sup>673</sup> Cf. TCU, Plenário, Acórdão nº 1194/2018, Rel. Min. Augusto Sherman: “Em contratação sob o regime de empreitada integral, a celebração de aditivo contratual somente é admitida sob condições especiais, decorrentes de fatos imprevisíveis. Eventuais imprecisões no projeto básico não são motivo para correção por meio de aditivo, porquanto constituem riscos que se inserem na álea contratual ordinária, os quais são assumidos pelo contratado.”

hipótese de empreendimentos de maior vulto e complexidade, desde que assim apontem os estudos preparatórios à licitação.<sup>674 675</sup>

No que tange ao Regime Diferenciado de Contratação, de conformidade com os parágrafos 1º e 2º do artigo 8º da Lei nº 12.462/2011, obras e serviços de engenharia deverão ser executados preferencialmente sob os regimes de empreitada por preço global, empreitada integral ou contratação integrada, admissíveis a empreitada por preço unitário e a contratação por tarefa se devidamente justificadas. Peculiar, aqui, apenas a figura da contratação integrada, na medida em que, diferentemente dos demais regimes de execução e como já adiantado, não exige a confecção prévia de projeto básico pela Administração Pública.

Consoante disciplina o parágrafo 1º do artigo 9º da Lei do RDC, na contratação integrada são de responsabilidade do contratado “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”. A escolha por tal regime conglobante, para além de lastreada em sólida justificativa técnica e econômica, somente poderá ter lugar quando o objeto a contratar implicar: i) inovação tecnológica ou técnica; ii) possibilidade de execução com diferentes metodologias<sup>676</sup>; ou iii) possibilidade de execução com tecnologias de domínio restrito no mercado.

---

<sup>674</sup> “A elevação dos custos não significa, no entanto, a ausência de vantajosidade. A Administração promove contratação que lhe assegura a obtenção de uma unidade produtiva em funcionamento. É muito provável que opção diversa redundasse em custos mais elevados. Caberia à Administração assumir o risco de obter uma unidade produtiva compatível com os indicadores escolhidos. Eventuais defeitos e incorreções seriam arcados por ela, o que poderia resultar em desembolsos muito significativos.” (...) Em suma, existe uma margem de autonomia para o particular conceber e desenvolver soluções num contrato de empreitada integral.” (JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*, p. 204.)

<sup>675</sup> Cf. TCU, Plenário, Acórdão nº 723/2012, Rel. Min. Raimundo Carreiro: “O regime de empreitada integral, previsto no art. 6º, inciso VIII, alínea ‘e’, da Lei 8.666/1993 deve ser considerado na condução de projetos de vulto e complexos.”

<sup>676</sup> Cf. TCU, Plenário, Acórdão nº 356/2020, Rel. Min. Raimundo Carreiro: “Para o enquadramento de obra ou serviço de engenharia no regime de contratação integrada do RDC, consoante a hipótese do art. 9º, inciso II, da Lei 12.462/2011, a ‘possibilidade de execução com diferentes metodologias’ deve corresponder a diferenças metodológicas em ordem maior de grandeza e de qualidade, capazes de ensejar efetiva concorrência entre propostas, de forma a propiciar soluções vantajosas e ganhos reais para a Administração e a justificar os maiores

Está-se diante de hipóteses em que a Administração, à míngua das condições técnicas ideais, não é capaz de desenvolver satisfatoriamente os projetos básico e executivo. A adoção da contratação integrada pressupõe empreendimentos complexos, cuja execução depende de solução técnica de difícil antevisão pelo administrador, a tornar mais conveniente que concepção, implementação e funcionamento se concentrem sob a *expertise* e responsabilidade do contratado.<sup>677</sup> Por outro lado, uma vez que, por força do inciso VI do artigo 4º, também no RDC o parcelamento do objeto é diretriz, caberá à Administração explicitar no procedimento que razões – de origem técnica, financeira e/ou atinente à obtenção de economia de escala – aconselham a reunião de todas as etapas do empreendimento em uma única contratação.<sup>678</sup>

Do ponto de vista econômico, a opção pela contratação integrada será legítima se comprovadamente representar ganhos de eficiência, devidamente demonstrados no procedimento preparatório à licitação em si. Ao ver de Egon Bockmann Moreira e Fernando Vernalha Guimarães, porque a responsabilidade pela execução do projeto, execução da obra e seu aparelhamento recairá sobre o mesmo operador econômico, muitos são os incentivos para que, uma vez contratado, busque “a concepção e a formatação mais econômica e eficiente para o projeto”, porquanto suas deficiências

---

riscos repassados ao particular.”; TCU, Plenário, Acórdão nº 1.388/2016, Rel. Min. Ana Arraes: “A opção pelo regime de contratação integrada com base na possibilidade de execução com diferentes metodologias (art. 9º, inciso II, da Lei 12.462/2011) deve ser fundamentada em estudos objetivos que a justifiquem técnica e economicamente e considerem a expectativa de vantagens quanto a competitividade, prazo, preço e qualidade em relação a outros regimes de execução, especialmente a empreitada por preço global, e, entre outros aspectos e quando possível, considerem a prática internacional para o mesmo tipo de obra, sendo vedadas justificativas genéricas, aplicáveis a qualquer empreendimento.”

<sup>677</sup> TCU, Plenário, Acórdão nº 2.242/2014, Rel. Min. Aroldo Cedraz: “Um dos pressupostos necessários para a adoção do regime de contratação integrada, no Regime Diferenciado de Contratações (RDC), é que as obras e os serviços de engenharia a serem contratados sejam de alta complexidade. A simples presença de diferenças metodológicas na execução entre as diversas soluções possíveis não justifica o uso da contratação integrada, já que praticamente todas as obras e serviços de engenharia podem ser realizados mediante alguma variação de metodologia de execução. Obras de baixa complexidade, portanto, afastam a possibilidade do uso do regime de contratação integrada.”

<sup>678</sup> TCU, Plenário, Acórdão nº 1.510/2013, Rel. Min. Valmir Campelo: “Nas licitações baseadas na contratação integrada do regime diferenciado de contratação (RDC) é necessária a motivação acerca da inviabilidade do parcelamento da licitação.”

acarretarão maior custo. “Com isso, a Administração (e a sociedade em geral) poderá obter relevantes ganhos de eficiência.”<sup>679</sup>

O Plenário do Tribunal de Contas da União resumiu a questão do cabimento da contratação integrada em termos ainda mais práticos. No ponto, o Acórdão nº 2.618/2018, da relatoria do Ministro Benjamin Zymler, estabelece que, sob o prisma econômico, “a Administração deve demonstrar em termos monetários que os gastos totais a serem realizados com a implantação do empreendimento serão inferiores se comparados aos obtidos com os demais regimes de execução”. Do ponto de vista técnico, por sua vez, “deve demonstrar que as características do objeto permitem que ocorra competição entre as licitantes para a concepção de metodologias/tecnologias distintas, que levem a soluções capazes de serem aproveitadas vantajosamente pelo Poder Público”

A obrigação assumida pelo contratado é de resultado, do tipo chave na mão (*turn key*): é sua incumbência entregar o empreendimento – por si concebido e executado – em plena condição de funcionamento, responsabilizando-se por quaisquer ineficiências atinentes ao projeto e sua implementação. Como se vê, os riscos da empreitada, comumente relacionados à sua má concepção, transferem-se ao particular, passando a servir de estímulo a uma atuação mais zelosa e eficiente.<sup>680</sup> Tal sistemática de repartição de risco haverá de ser conjugada à aplicação do modelo de remuneração por desempenho, tal qual previsto pelo artigo 10, de modo que a remuneração do particular varie de acordo com o atingimento de metas de qualidade e o cumprimento de prazos.

---

<sup>679</sup> MOREIRA, Egon Bockmann; GUIMARÃES, Fernando Vernalha. *Licitação Pública*, p. 250.

<sup>680</sup> SALES, Pedro Carneiro. “Regime Diferenciado de Contratações Públicas e Contratação por Resultados no Brasil”, p. 135: “Inverte-se, nesse caso, portanto, a lógica de contratação de meio das obras e serviços de engenharia, que passa a ser uma contratação de fim. Ou seja, cabe ao prestador escolhido na contratação integrada a entrega de uma solução adequada e pronta para sua utilização, inclusive no que tange à operação do empreendimento. É nítido, portanto, o ganho em eficiência, já que a Administração recebe o objeto contratado pronto, em pleno funcionamento, bastando ‘girar a chave’ (*turn key*) para sua exploração. Ademais, a contratação integrada também é marcada pela transferência de risco ao particular que, obrigando-se pelo fim, se responsabiliza pelo sucesso da operação.”

A contratação integrada no RDC assemelha-se à empreitada de concepção-construção europeia, prevista no artigo 2º, 1, 6), a, da Diretiva 2014/24/UE. Aproxima-se, outrossim, da espécie contratual intitulada *engineering, procurement and construction contract* (EPC), na qual, contra o pagamento de um preço fixo global, o empreiteiro (conhecido pelo neologismo *epecista*) responsabiliza-se por todas as etapas de implantação do empreendimento, desde a sua concepção ao seu perfeito funcionamento. Uma vez que grande parte dos riscos inerentes à transação são assumidos pelo contratado, o dono da obra ou empreendimento goza de elevado grau de certeza quanto aos seu preço, prazo de entrega e qualidade.<sup>681</sup>

Não obstante a ausência de projeto básico prévio, o parágrafo 2º do artigo 9º, em seu inciso I, determina que o instrumento convocatório deverá conter anteprojeto de engenharia, o qual, por sua vez, contemplará as informações técnicas indispensáveis à caracterização da obra ou serviço.<sup>682</sup> Tal documento antecede e norteia a confecção do projeto básico pelo contratado, razão pela qual haverá de explicitar de forma suficiente e objetiva os padrões técnicos, as metas de resultado e os objetivos que o contratante pretende ver atendidos pelo empreendimento, ainda que sem especificidades a este ponto desnecessárias ou desconhecidas da Administração.<sup>683</sup>

Por óbvio, e até com maior razão, na contratação integrada o planejamento adequado da licitação é indispensável à consecução da proposta

---

<sup>681</sup> No ponto, cf. MOREIRA, Egon Bockmann; GUIMARÃES, Fernando Vernalha. *Licitação Pública*, pp. 244-247, *passim*. Para maiores esclarecimentos acerca do EPC, veja-se DEUS, Adriana Regina Sarra de. *O Contrato de EPC – Engineering, Procurement and Construction*. São Paulo: Almedina Brasil, 2019.

<sup>682</sup> “§ 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 art. 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.”

<sup>683</sup> TCU, Plenário, Acórdão nº 2.145/2013, Rel. Min. José Jorge: “Nas contratações do tipo turn key em que a elaboração do projeto básico for de responsabilidade da contratada (contratação integrada), deve ser promovida, previamente à abertura da licitação, a definição adequada das características do objeto a ser contratado, por meio de estudos, ensaios e projetos preliminares de engenharia.”

verdadeiramente mais vantajosa para a Administração. Como bem observa Mário Saadi, se a distribuição de riscos e responsabilidades não resulta suficientemente clara, “além de não haver perfeitas condições para a formulação das propostas, a contratação poderá ser permeada por ambiente de instabilidade e relativa insegurança jurídica.”<sup>684</sup>

À falta de projeto básico, impossível à Administração conhecer de antemão o custo preciso da obra ou serviço de engenharia licitados sob o regime de contratação integrada. Por isso, o inciso II do mesmo parágrafo 2º do artigo 9º prevê que “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”.<sup>685</sup>

Se a contratação integrada flexibiliza – e muito – a possibilidade de controle dos meios a serem utilizados pelo contratado, privilegiando a obtenção de resultados, o parágrafo 4º do artigo 9º pretendeu vedar a celebração de termos aditivos. Diante da peculiar repartição dos riscos inerente àquele

---

<sup>684</sup> SAADI, Mário. “A contratação integrada e o planejamento das licitações. Hipóteses de utilização e distribuição de riscos contratuais”, in CAMMAROSANO, Márcio; POZZO, Augusto Neves Dal; VALIM, Rafael (Coordenadores). *Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC (Lei nº 12.462/11; Decreto nº 7.581/11): aspectos fundamentais*. Belo Horizonte: Fórum, 2014, versão eletrônica.

<sup>685</sup> No ponto, recorre-se, uma vez mais, a Egon Bockmann Moreira e Fernando Vernalha Guimarães: “É evidente que sem o conhecimento mais exato acerca do projeto é inviável produzir orçamento abrangente das técnicas e metodologias a serem utilizáveis, dos materiais e insumos mais específicos que serão empregados na execução do objeto. Por isso, o que se exige é a adequação de um *valor global* (ou de valores globais atinentes às parcelas da obra) à prática do mercado. Mediante o cotejo financeiro com obras similares – é dizer: que apresentam os mesmos resultados e usos esperados para a obra, na conformidade do que informa o anteprojeto – chega-se a um juízo de adequação do valor proposto para a execução do contrato. E este cotejo analítico deve ser explicitado com o instrumento convocatório da licitação, permitindo-se um controle orçamentário e financeiro acerca da programação da execução do contrato.” (cf. MOREIRA, Egon Bockmann; GUIMARÃES, Fernando Vernalha. *Licitação Pública*, p. 258). Veja-se, ainda, TCU, Plenário, Acórdão nº 877/2016, Rel. Min. Weder de Oliveira: “Na contratação integrada, sempre que o anteprojeto permitir, a estimativa de preço a que se refere o art. 9º, § 2º, inciso II, da Lei 12.462/2011 deve se basear em orçamento tão detalhado quanto possível, referenciado em bases de dados amplamente aceitas, como Sicro e Sinapi, devidamente adaptadas às condições peculiares da obra. A utilização de estimativas paramétricas e avaliações aproximadas baseadas em obras similares deve se restringir às frações do empreendimento não suficientemente detalhadas pelo anteprojeto.”



regime, os contratos não poderão ser alterados “por necessidade de alteração do projeto ou das especificações para melhor adequação técnica aos objetivos da contratação”, quando decorrente de erros ou omissões imputáveis ao contratado.<sup>686</sup>

Entretanto, a modificação contratual por conta da adequação do projeto é possível se realizada a pedido da Administração, demonstrada sua necessidade e observados os limites estabelecidos no parágrafo 1º do artigo 65 da Lei nº 8.666/93.<sup>687</sup> Sobremais, a celebração de termo aditivo é mandatória na hipótese de desequilíbrio econômico-financeiro decorrente de caso fortuito ou força maior, compreendidos como quaisquer eventos supervenientes – ou de conhecimento posterior – imprevisíveis ao licitante ou de consequências incalculáveis à época em que formulou sua proposta. Dessarte, ao contrário do que à primeira vista a letra do parágrafo 4º deixa entrever, não se está diante de vedação absoluta.<sup>688</sup>

Com o advento da Lei nº 14.133/2021, o regime da contratação integrada foi incorporado ao regime geral de licitações (artigo 46, V, combinado com o artigo 6º, XXXII), com contornos virtualmente idênticos aos previstos no Regime Diferenciado de Contratações.<sup>689</sup> Criou-se, outrossim, um novo regime

---

<sup>686</sup> “Desta forma, os riscos das ineficiências de projeto estão alocados sob responsabilidade da pessoa contratada. Admitir que o projeto possa ser modificado (o que exigiria a manutenção da equação financeira do contrato) por erro do contratado significaria o retorno do risco de projeto para a própria Administração – pressupondo-se sempre que as alterações de projeto demandam a manutenção da equação financeira do contrato. O que, sobre ser ilegal, não faz sentido algum em termos de eficiência econômico-financeira do contrato.” (MOREIRA, Egon Bockmann; GUIMARÃES, Fernando Vernalha. *Licitação Pública*, p. 261)

<sup>687</sup> “§ 1º O contratado fica obrigado a aceitar, nas mesmas condições contratuais, os acréscimos ou supressões que se fizerem nas obras, serviços ou compras, até 25% (vinte e cinco por cento) do valor inicial atualizado do contrato, e, no caso particular de reforma de edifício ou de equipamento, até o limite de 50% (cinquenta por cento) para os seus acréscimos.”

<sup>688</sup> Cf. TCU, Plenário, Acórdão nº 1.541/2014, Rel. Min. Benjamin Zymler: “A vedação da celebração de termos aditivos nos contratos firmados sob o regime de contratação integrada do RDC não é absoluta e objetiva garantir que os riscos assumidos pelo particular quando da contratação sejam de fato a ele atribuídos na etapa de execução.”

<sup>689</sup> Nesse sentido, a elaboração de projeto básico pelo contratado, com base no anteprojeto desenvolvido pela Administração (art. 46, § 2º, da Lei nº 14.133/2021); a estimativa de preços baseada em orçamento sintético, admitindo-se a “utilização de metodologia expedita ou paramétrica” para as “frações do empreendimento não suficientemente detalhadas no anteprojeto” (art. 23, § 5º) e a vedação a alterações contratuais decorrentes de erros ou omissões no projeto básico (art. 133, II).

de execução, denominado “contratação semi-integrada”, figura intermediária em que o projeto básico é elaborado pela Administração, mas passível de modificação por iniciativa do contratado. Nos termos do artigo 46, § 5º, da Lei nº 14.133/2021, o projeto básico poderá ser alterado, mediante prévia autorização da Administração, quando for “demonstrada a superioridade das inovações propostas pelo contratado em termos de redução de custos, de aumento da qualidade, de redução do prazo de execução ou de facilidade de manutenção ou operação”. À semelhança da contratação integrada, o contratado assume responsabilidade integral pelos riscos associados à alteração do projeto básico.

Em que pese seu indubitável caráter inovador, centrado na consecução de resultados e na maior liberdade conferida às partes contratantes, os regimes de contratação integrada e semi-integrada resultam em ampla oportunidade para a corrupção, em razão das assimetrias informacionais decorrentes da incompletude ou possibilidade de reformulação do projeto licitado. À falta de um projeto completo antecipado, não haveria parâmetros orçamentários aptos a permitir a aferição da justiça do preço praticado, dificultando a detecção de possíveis conluíus entre licitantes e a fiscalização da execução da obra.<sup>690</sup>

Tais fatores justificam a desconfiança em relação à contratação integrada manifestada por parte da doutrina especializada, de que é exemplo Irene Patrícia Nohara. Para a autora, a flexibilização dos mecanismos de controle revelar-se-ia temerária em países em que é tradição o superfaturamento de obras públicas e a tentativa de espoliar o patrimônio coletivo.<sup>691</sup> Na mesma linha posicionam-se Lucival Lage Lobato Neto e

---

<sup>690</sup> LOBATO NETO, Lucival Lage; TABAK, Benjamin Miranda. *A Eficiência nas Leis Nacionais de Licitações e Contratos Administrativos*, item 12.2.2.2.

<sup>691</sup> Cf. NOHARA, Irene Patrícia. “Poder econômico e limites jurídicos à captura da concertação social”, p. 283: “Evidentemente que gastar tempo e dinheiro em controle, quando existe aprofundada no *ethos* social uma prática geral de confiança, palavra e valorização da busca pelo razoável e equilibrado em termos coletivos, seria idealmente injustificável; mas, do ponto de vista concreto, é preocupante o fato de que o Brasil não está bem classificado nos *rankings* internacionais de percepção de corrupção. Logo, a flexibilização dos controles é algo positivo num contexto social em que há pouco superfaturamento de obras públicas, por exemplo; mas é medida que tem que ser mais bem refletida para outros contextos, principalmente naqueles em que há potenciais interessados em espoliar o patrimônio coletivo, sem maiores preocupações que não aquela de sofrer controle.”

Benjamin Miranda Tabak, que sublinham os riscos da ampliação da discricionariedade associada aos novos regimes de execução, em um ambiente institucional frágil como o brasileiro.<sup>692</sup>

## 9. Critérios de julgamento

Ainda na fase interna, caberá à Administração explicitar o tipo de licitação, é dizer, qual será o procedimento adotado à vista do critério de julgamento aplicável às propostas formuladas pelos participantes do certame.<sup>693</sup> Pela sistemática do parágrafo 1º do artigo 45 da Lei nº 8.666/93, são eles: i) menor preço; ii) melhor técnica; iii) técnica e preço, os dois últimos utilizáveis, segundo o artigo 46, exclusivamente quando da contratação de “serviços de natureza predominantemente intelectual”. Na realidade, mais do que a natureza intelectual do objeto a ser contratado, a regra geral do menor preço cederá passo à análise da técnica – ou a ela será conjuminada – sempre que assim determinarem as características do interesse estatal a ser satisfeito pela licitação.

Na lição de Marçal Justen Filho, a adoção das licitações de melhor técnica ou de técnica e preço justifica-se sempre que a satisfação do contratante público depende “da maior perfeição técnica possível”. Em contrapartida, a licitação de melhor preço revela-se mais apropriada quando o

---

<sup>692</sup> LOBATO NETO, Lucival Lage; TABAK, Benjamin Miranda. *A Eficiência nas Leis Nacionais de Licitações e Contratos Administrativos*, item 12.2.2.3: “Trata-se, pois, de uma das maiores homenagens à discricionariedade daqueles responsáveis pela condução das licitações. Contudo, para aplicar o RDC e até para que ele se mostre uma boa norma, o gestor público deve, hoje, estar muito mais qualificado do que no passado, pois deverá realizar opções que nunca fez” (Zymler e Dios, 2014, p. 13). (...) Contudo, esse excesso de discricionariedade é um solo fértil para realização de más contratações públicas, quer seja por culpa (negligência, imprudência ou imperícia) dos servidores envolvidos, quer seja por dolo, mais especialmente quando os responsáveis pelo processo licitatório desejarem beneficiar um licitante ou um grupo deles.”

<sup>693</sup> Na licitação pelo menor preço, o procedimento será mais simples, pois o julgamento das propostas está centrado em questões econômico-financeiras. Nas licitações de melhor técnica ou técnica e preço, ao revés, o procedimento apresenta maior complexidade, já que a classificação das propostas depende de exames científicos ou tecnológicos. No ponto, confira-se JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*, p. 1037.

interesse público possa ser atendido “por uma prestação dotada de qualidade técnica mínima, desde que atendidos os requisitos necessários.”<sup>694</sup>

Levantamentos empíricos apontam que, na prática, apenas uma fração minúscula dos certames (0,43% do valor das licitações federais<sup>695</sup>) utiliza o critério de técnica e preço, usualmente destinado para a aquisição de bens e serviços de informática e para a elaboração de projetos de engenharia.

Um problema recorrente nos procedimentos fulcrados no menor preço – motivo de críticas à obrigação de licitar em si – é a aquisição de produtos ou serviços de baixa qualidade pela Administração Pública. No entanto, tal resultado insatisfatório não é uma decorrência necessária do sistema da Lei nº 8.666/93. Mesmo que o critério de classificação das propostas seja o menor preço, a Administração Pública não está fadada a escolher irrefletidamente o produto mais barato<sup>696</sup>. Caso o administrador definisse adequadamente o objeto da contratação, de modo a especificar os padrões técnicos mínimos necessários à obtenção do nível de qualidade que almeja, a Administração, em tese, somente adquiriria o produto de menor preço dentre aqueles que atendam ao padrão de qualidade especificado.<sup>697</sup>

---

<sup>694</sup> Cf. JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*, p. 1047.

<sup>695</sup> FIUZA, Eduardo Pedral Sampaio; MEDEIROS, Bernardo Abreu de. *A Agenda Perdida das Compras Públicas*, p. 49.

<sup>696</sup> Em idêntico sentido, veja-se NOHARA, Irene Patrícia; CÂMARA, Jacintho Arruda. *Licitações e Contratos Administrativos*, p. 310-311: “Tal prática de contratar pelo menor preço, sem se ater aos parâmetros de qualidade, não é um equívoco derivado propriamente da existência da Lei de Licitações, como defendem os ‘abolicionistas’, mas é provocado pelo mau uso da lei. Em suma, trata-se muito mais de um problema de gestão e falta de emprego adequado da possibilidade que existe de especificar parâmetros de qualidade dos produtos do que propriamente um problema estrutural do regime jurídico das licitações.”

<sup>697</sup> Cf. JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*, p. 1039: “(...) Não se tratará de licitação de melhor técnica ou de técnica e preço, eis que as propostas que não atenderem aos requisitos técnicos mínimos serão desclassificadas. Mas as que preencherem esses requisitos serão classificadas em rigorosa igualdade de condições, sagrando-se vencedora a que tiver melhor preço. (...) uma licitação de técnica e preço propiciará vantagens às propostas de maior qualidade técnica. A elevação da qualidade se refletirá na elevação da mota correspondente, o que elevará a média geral e ampliará a perspectiva de vitória. Já na licitação de menor preço, a superação da qualidade mínima exigida será indispensável para manter o licitante participando da licitação. Mas a formulação de proposta de qualidade superior ao mínimo não trará qualquer benefício ao licitante, eis que a seleção de proposta vencedora se fundará no critério do menor preço.”

É certo que a opção preferencial do legislador pelo critério do menor preço constitui um importante limitador do exercício abusivo da discricionariedade nas licitações públicas. Dado que o menor preço é um critério objetivo e de imediata aferição, que pode ser facilmente constatado pelos concorrentes no certame ou pelos órgãos de controle, sua utilização asseguraria a imparcialidade e afastaria a incidência de juízos subjetivos.<sup>698</sup>

O critério do menor preço, no entanto, também pode resultar em seleção adversa dos licitantes. Em razão da assimetria de informações entre o agente público responsável pela definição das especificações do objeto licitado e as empresas licitantes, no que diz respeito às características e funcionalidades dos produtos e serviços disponíveis no mercado, a Administração Pública “em muitos casos, não apresenta um edital que contenha especificações claras a respeito do objeto do contrato, o que possibilita que o licitante vencedor ofereça um produto com qualidade inferior ao que era esperado pela Administração.”<sup>699</sup>

Tal crítica é igualmente aplicável à Lei do Pregão, na qual não se há que falar em outro critério de julgamento e classificação das propostas senão o menor preço ou o maior desconto, “considerados os prazos para a execução do contrato e do fornecimento, as especificações técnicas, os parâmetros

---

<sup>698</sup> Cf. FORTINI, Cristiana; MOTTA, Fabrício. “Corrupção nas licitações e contratações públicas: sinais de alerta segundo a Transparência Internacional”, in *Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, ano 16, n. 64, p. 93-113, abr/jun 2016, p. 104: “No Brasil, o passo a passo da fase competitiva (na qual a disputa efetivamente se dá) é disciplinado de forma a reduzir a discricionariedade administrativa. Há um rito preconcebido, além de uma preferência pelo critério do menor preço, na tentativa de evitar subjetivismos. Mas, mesmo quando admite os critérios melhor técnica ou técnica e preço, a Lei nº 8.666/93 prescreve os movimentos a serem adotados, como se pode verificar da leitura do art. 46. A lei dita cada ato a ser adotado, na tentativa de salvaguardar a imparcialidade e eliminar a subjetividade. A mesma preocupação se percebe nas decisões dos Tribunais de Contas, que adotam posição rigorosa condenando o que consideram excessiva subjetividade e investigando os pormenores das licitações em que o elemento técnica está presente.”

<sup>699</sup> OLIVEIRA, Fernando Peixoto Fernandes de; LOBÃO, Jacqueline Do Socorro Neri Rodrigues. “A Utilização da Análise Econômica do Direito como Ferramenta para o Aperfeiçoamento do Regime de Contratações Públicas Brasileiro”, in REYMÃO, Ana Elizabeth Neirão; LOUREIRO FILHO, Lair da Silva; SANTOS, Jorge Luiz Oliveira dos (coordenadores). *Direito, economia e desenvolvimento econômico sustentável*. Florianópolis: CONPEDI, 2019, p. 110.

mínimos de desempenho e de qualidade, as diretrizes do plano de gestão logística sustentável e as demais condições estabelecidas no edital”.<sup>700 701</sup>

Por sua vinculação exclusiva ao critério do menor preço, os pregões estão sujeitos ao mesmo problema de seleção adversa anteriormente descrito. Conforme detectado em estudos empíricos, em diversos casos a economia supostamente obtida através do pregão resulta no aumento dos custos de transação *ex post*, em razão da desconformidade do bem com a especificação constante do termo de referência, ou da necessidade de acionamento da assistência técnica no prazo de garantia, dentre outros fatores.<sup>702</sup>

Em tese, o critério do menor preço seria adequado quando o objeto licitado é homogêneo e amplamente disponível, mas não quando os produtos oferecidos no mercado são diferenciados entre si.<sup>703</sup> Note-se, contudo, que a Lei nº 8.666/93 não contempla a possibilidade de que os licitantes apresentem propostas diferenciadas em razão de outros critérios objetivos e quantificáveis para além do preço (como prazo de entrega, condições do frete ou duração da garantia), os quais costumam estar pré-determinados na minuta contratual que instrui o edital de licitação.<sup>704</sup>

---

<sup>700</sup> Cf. art. 7º, *caput* e parágrafo único, do Decreto nº 10.024/2019. O art. 4º, X, da Lei nº 10.520/2002 contém disposição similar.

<sup>701</sup> PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*, p. 1055: “Os tipos melhor técnica e técnica e preço são impossíveis com o pregão. É da essência deste adotar como critério de julgamento o menor preço (...). A referência a especificações técnicas e a parâmetros de desempenho e qualidade é própria, também, do tipo menor preço, que o art. 45, § 1º, I, da Lei Geral das Licitações descreve como aquele em que ‘será vencedor o licitante que apresentar a proposta de acordo com as especificações do edital ou convite e ofertar o menor preço’. Logo, agregar ao menor preço exigências editalícias concernentes a qualidade não desnatura o tipo ‘menor preço’, nem o transmuta para os tipos ‘melhor técnica’ ou ‘técnica e preço’.”

<sup>702</sup> Cf. FREITAS, Rafael Vêras. “Análise Econômica das Contratações Públicas”, pp. 16-17; DIAS, Maria Tereza Fonseca. “Análise Econômica do Direito nas contratações públicas: estudo de casos da legislação e experiência brasileira”, p. 11.

<sup>703</sup> TREPTE, Peter. “Transparency and Accountability as Tools for Promoting Integrity and Preventing Corruption in Procurement”, p. 20: “The first option, namely lowest price, may have the advantage of speed and simplicity but, as explained above, is unlikely to be of benefit in the majority of cases, notably where bidders are essentially competing on the basis of differentiated products. The second option is one which permits the purchaser to take a number of factors into account other than price for the purposes of evaluation.”

<sup>704</sup> FIUZA, Eduardo Pedral Sampaio. “Licitações e Governança de Contratos: A Visão dos Economistas”, p. 250.

A regulação dos critérios de julgamento das licitações, no que diz respeito a preço e técnica, sofreu ajustes pontuais com o advento da Lei nº 14.133/2021. Em primeiro lugar, introduziu-se um novo critério, assemelhado ao “menor preço”: o julgamento por “*maior desconto*” (artigo 33, II), quando os lances dos licitantes são ofertados sob a forma de desconto sobre o preço global fixado no edital (artigo 34, § 2º).

A Nova Lei de Licitações também possibilitou a ampliação o foco da licitação por “menor preço”, com base na premissa de que as vantagens da contratação haveriam de ser avaliadas tendo em vista o “ciclo de vida do objeto” (artigo 11, I). Mais especificamente, permite que fatores vinculados ao ciclo de vida sejam levados em consideração na aferição do menor dispêndio, tais como “despesas de manutenção, utilização, reposição, depreciação e impacto ambiental”, desde que objetivamente mensuráveis (artigo 34, § 1º).

No que tange ao critério técnica e preço, a Lei nº 14.133/2021 ampliou a possibilidade de sua utilização, ao prever que tal critério deveria ser “preferencialmente” empregado na contratação de serviços técnicos especializados de natureza predominantemente intelectual (ao invés de “exclusivamente”, como previsto na Lei nº 8.666/93). Em especial, passou a admitir a utilização do critério técnica e preço para a contratação de “obras e serviços especiais de engenharia”, bem como “bens e serviços especiais de tecnologia da informação e de comunicação” e “objetos que admitam soluções específicas e alternativas e variações de execução” (artigo 36, § 1º, III a V, da Lei nº 14.133/2021).

A Nova Lei de Licitações também introduziu a possibilidade de se atribuir pontuação técnica ao licitante em função de seu desempenho pretérito (*past performance*) na execução de contratos (artigo 36, § 3º), com fundamento em documentos de avaliação de desempenho (artigo 88, § 3º) e nas notas que lhe tenham sido atribuídas através do Portal Nacional de Contratações Públicas (artigo 37, III).

Se, por um lado, a inclusão de critérios de avaliação técnica e a avaliação de desempenho pretérito possibilitam a melhoria da qualidade dos produtos e serviços adquiridos pela Administração, por outro lado ampliam a oportunidade para o exercício abusivo de discricionariedade por parte do agente público responsável pela avaliação das propostas, ao lhe conferir maior oportunidade para juízos subjetivos que lhe possibilitarão direcionar o certame em benefício do licitante que melhor lhe aprouver.<sup>705</sup>

O artigo 33, VI, da Lei nº 14.133/2021 também incorporou ao regime geral de licitações um novo critério de julgamento: o “maior retorno econômico”, a ser utilizado “exclusivamente para a celebração de contrato de eficiência” (artigo 39), na linha do que já se encontrava previsto no Regime Diferenciado de Contratação (artigos 18, V, e 23 da Lei nº 12.462/2011).

Nos termos do artigo 6º, LIII, da Lei nº 14.133/2021 (equivalente ao artigo 23, § 1º, da Lei nº 12.462/2011), o objeto do contrato de eficiência será “a prestação de serviços, que pode incluir a realização de obras e o fornecimento de bens, com o objetivo de proporcionar economia ao contratante, na forma de redução de despesas correntes, sendo o contratado remunerado com base em percentual da economia gerada”. Aqui, o contratado se compromete a gerar determinada economia à Administração, a que sua remuneração estará vinculada; é dizer, caso o particular não tenha bom êxito, terá sua remuneração reduzida e poderá sofrer punição por inexecução

---

<sup>705</sup> Como ressaltam Glenn T. Ware, Shaun Moss, J. Edgardo Campos e Gregory P. Noone, a utilização de sistemas de pontuação para avaliação da qualidade técnica da proposta confere ampla margem para a subjetividade e, por conseguinte, a corrupção: “Under such evaluation systems, there is often no right or wrong answer in the decision-making process, as the winning bid is simply the one that receives the most points; in such a situation, the decision is wide open to corrupt influence, and it becomes all but impossible to hold the evaluators accountable for the correctness of their decision.” [WARE, Glenn T.; MOSS, Shaun; CAMPOS, J. Edgardo; NOONE, Gregory P. “Corruption in Public Procurement: A Perennial Challenge”, in CAMPOS, J. Edgardo; PRADHAN, Sanjay (editors). *The many faces of corruption: tracking vulnerabilities at the sector level*. Washington, The International Bank for Reconstruction and Development/The World Bank, 2007, p. 315] (Em tradução livre: “Em tais sistemas de avaliação, muitas vezes não há resposta certa ou errada no processo de tomada de decisão, pois a proposta vencedora é simplesmente aquela que recebe mais pontos; em tal situação, a decisão está totalmente aberta à influência corrupta, e torna-se quase impossível responsabilizar os avaliadores pela correção de sua decisão.”



contratual.<sup>706</sup> Assim, a fim de que não haja margem para dúvida quanto à remuneração devida ao particular, o montante da despesa corrente em que a Administração incorreu anteriormente deve estar definido de forma prévia e clara.

Pedro Carneiro Sales é entusiasta do modelo, uma vez que, sempre que o contratado reduzir as despesas públicas, a Administração também será beneficiada pelo resultado econômico positivo. A seu ver, a incerteza quanto ao montante da remuneração por receber e a possibilidade de aplicação de sanções severas configurariam medidas aptas a desestimular a participação de prestadores de serviço pouco comprometidos com o ideal de eficiência dos serviços.<sup>707</sup>

De fato, apesar de não ser exatamente uma novidade no direito brasileiro, os contratos de resultado não são praxe nos contratos administrativos pátrios.<sup>708</sup> Em regra, de conformidade com a concepção tradicional, o vínculo contratual permanece estático e a conduta do particular é objeto de ajustes por meio de técnicas repressivas. Portanto, os artigos 39 e

---

<sup>706</sup> “Art. 39, § 4º. Nos casos em que não for gerada a economia prevista no contrato de eficiência: I - a diferença entre a economia contratada e a efetivamente obtida será descontada da remuneração da contratada; II - se a diferença entre a economia contratada e a efetivamente obtida for superior ao limite máximo estabelecido no contrato, o contratado sujeitar-se-á, ainda, a outras sanções cabíveis.” Veja-se, na mesma linha, o art. 23, § 3º, da Lei nº 12.462/2011.

<sup>707</sup> SALES, Pedro Carneiro. “Regime Diferenciado de Contratações Públicas e Contratação por Resultados no Brasil”, p. 142: “Tal rigor apresentado na disciplina desta modalidade contratual, afasta prestadores de serviço aventureiros e descompromissados com o verdadeiro objetivo do instituto, qual seja a redução de custos para o Poder Público com o consequente aumento da eficiência de sua atuação. Desse modo, condicionando-se a remuneração destes contratos aos resultados, ao tempo que se prevê sanções sérias no caso de não serem estes entregues, tal modalidade contratual se mostra como uma maneira criativa e inovadora para solucionar problemas da Administração e, ainda, alcançar economias extremamente importantes para o equilíbrio orçamentário.”

<sup>708</sup> Cf. MOREIRA, Egon Bockmann; GUIMARÃES, Fernando Vernalha. *Licitação Pública*, p. 229: “Embora inexistente regra equivalente no regime jurídico prescrito pela LGL, a vinculação da remuneração do contratado ao cumprimento de certas metas e níveis de qualidade não é uma técnica juridicamente alheia ao regime das contratações no Direito Brasileiro. Tanto nos contratos administrativos gerais (Lei 8.666/93) como nas concessões comuns de serviço público (Lei 8.987/1995) e nas parcerias público-privadas (Lei 11.079/2004) há viabilidade jurídica da hipótese. Para as PPPs, inclusive, há disposição explícita neste sentido (art. 7º da Lei 11.079/2004).” Contra a possibilidade de contratos por resultado nas modalidades de licitação previstas na Lei nº 8.666/93, confira-se AURÉLIO, Bruno. AURÉLIO, Bruno. “A previsão da remuneração variável do contratado sob o Regime Diferenciado das Contratações Públicas.”

144 da Lei nº 14.122/2021 são signos de uma mudança paulatina, na direção da dinamização dos ajustes – como resultado do condicionamento da remuneração do contratado ao seu desempenho – e da utilização de mecanismos de controle não sancionatórios – e, por conseguinte, independentes de procedimento administrativo incidental.<sup>709</sup>

Contudo, nenhuma mudança é isenta de custo. Logicamente, se comparados aos tradicionais, os contratos por resultado dependem da implementação de técnicas mais precisas – e, portanto, mais onerosas – de aferição de desempenho. Por outro lado, à prevenção de questionamentos, Bruno Aurélio alerta ser indispensável “o cumprimento irrestrito de deveres de motivação técnica da atuação pública, culminando na previsão de parâmetros objetivos que impeçam o juízo pessoal do agente designado”, aliado ao estabelecimento de um “constante e irrestrito canal de comunicação entre o contratante e o contratado, pelo qual sejam resolvidos os embates sem maiores e lesivas consequências ao interesse público”.<sup>710</sup>

Uma peculiaridade do critério de avaliação de propostas no sistema brasileiro de licitações diz respeito à denominada “margem de preferência” para produtos manufaturados e serviços nacionais “*que atendam a normas técnicas brasileiras*”. Embora o artigo 3º, §1º, II da Lei nº 8.666/93 vedasse o estabelecimento de “tratamento diferenciado (...) entre empresas brasileiras e estrangeiras”, a norma foi alterada no ano de 2010 para permitir o estabelecimento de preferência em favor de determinados produtos e serviços desenvolvidos no Brasil, a serem definidos pelo Poder Executivo Federal.<sup>711</sup> Tal preferência permitiria exceder em até 25% o preço dos produtos

---

<sup>709</sup> No ponto, cf. MOREIRA, Egon Bockmann; GUIMARÃES, Fernando Vernalha. *Licitação Pública*, p. 231.

<sup>710</sup> AURÉLIO, Bruno. AURÉLIO, Bruno. “A previsão da remuneração variável do contratado sob o Regime Diferenciado das Contratações Públicas.”

<sup>711</sup> Como ressalta Sidney Bittencourt, o Executivo Federal já publicou Decretos estabelecendo margens de preferência nas licitações para aquisição de “diversos produtos médicos, de confecções, calçados e artefatos, retroescavadeiras e motoniveladores, perfuratrizes, patrulhas mecanizadas e equipamentos de tecnologia da informação e comunicação, aeronaves executivas, licenciamento de uso de programas de computador e serviços correlatos etc.” (BITTENCOURT, Sidney. *Nova Lei de Licitações Passo A Passo*. Belo Horizonte: Editora Forum, 2021, p. 279)

manufaturados e serviços estrangeiros (artigo 3º, §§ 5º e 8º, da Lei nº 8.666). Supostamente, as margens de preferência deveriam ser estabelecidas “*com base em estudos revistos periodicamente*”, a partir de indicadores como a geração de empregos, arrecadação de tributos e desenvolvimento tecnológico no país (artigo 3º, § 6º, da Lei nº 8.666/93).

A Nova Lei de Licitações agravou o caráter discriminatório da margem de preferência, ao suprimir o limite máximo de 25% e eliminar a exigência de estudos técnicos, passando a se contentar com “decisão fundamentada do Poder Executivo Federal” (artigo 26, § 1º, I). Para além disso, admitiu-se a extensão da margem de preferência a outras categorias (como bens não manufaturados ou não submetidos a regulação por normas técnicas brasileiras), ainda que limitadamente a 10% (artigo 26, § 1º, II).

Como observa Ronny Charles Lopes de Torres, a definição de critérios de preferência, sob o pretexto da defesa do desenvolvimento econômico nacional, termina por produzir resultado inverso, na medida em que o custo adicional das contratações públicas será suportado pelo aumento de arrecadação tributária, com redução da eficiência econômica e demandas cada vez maiores por medidas protecionistas, “perpetuando um maléfico e falacioso círculo vicioso”.<sup>712</sup>

Para além do caráter manifestamente protecionista da norma que institui margem de preferência, o Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA) ressalta que se trata de uma “intervenção de baixa transparência” pela ausência de explicação dos critérios de escolha dos setores beneficiados, concluindo que “a política brasileira de margens de preferência parece estar muito mais associada ao lobby de setores específicos do que ao estabelecimento criterioso de prioridades”.<sup>713</sup>

---

<sup>712</sup> TORRES, Ronny Charles Lopes *apud* BITTENCOURT, Sidney. *Nova Lei de Licitações Passo A Passo*, p. 279.

<sup>713</sup> FIUZA, Eduardo Pedral Sampaio; POMPERMAYER, Fabiano Mezadre; RAUEN, André Tortato. “A Retomada da Agenda Perdida das Compras Públicas: Notas Sobre o Novo Projeto de Lei de Licitações da Câmara dos Deputados em 2018-2019”, Nota Técnica nº 47, DISET/IPEA, março 2019, p. 59.

A margem de preferência constitui, em última análise, a manifestação mais cabal da prática de *rent seeking* nas licitações públicas: ao invés de direcionar recursos para o aumento de sua eficiência e competitividade, os setores produtivos nacionais se mobilizam para obter, junto aos Poderes Legislativo e Executivo, a manipulação do ambiente regulatório para criar artificialmente barreiras de entrada para competidores internacionais. Para além de favorecer a cartelização e a concentração do poder de mercado, tais normas oferecem ampla oportunidade para a cooptação e corrupção de agentes públicos, cuja atuação será imprescindível para a imposição de tais barreiras de entrada.

#### 10. Órgãos decisórios e revisionais

Segundo a formulação de Robert Klitgaard, o risco de corrupção é proporcional à concentração do poder de conceder benefícios ou impor perdas nas mãos de determinado agente público. Transpondo-se tal conceito para o campo das licitações, a oportunidade para corrupção se intensifica na medida em que um único personagem seja responsável por decisões que determinam a amplitude da competição e julgam a adjudicação do contrato, seja por aplicação dos requisitos de qualificação ou dos critérios de julgamento definidos no edital.

No regime da Lei nº 8.666/93, o poder decisório sobre o julgamento das propostas estaria, ao menos em tese, diluído entre os componentes da Comissão de Licitação, composta por pelo menos três membros. Segundo Cristiana Fortini e Fabrício Motta, “[p]arece razoável a descentralização das decisões na condução da licitação, considerando a redução de riscos de corrupção. Em tese, quanto maior a concentração de poder, maior o risco de corrupção.”<sup>714</sup>

---

<sup>714</sup> FORTINI, Cristiana; Motta, Fabrício. “Prevenção à Corrupção nas Contratações”, in PONTES FILHO, Valmir; MOTTA, Fabrício; GABARDO, Emerson (coordenadores). *A regeneração da administração pública: Livro do XXX Congresso Brasileiro de Direito Administrativo NATAL-2016*. Curitiba: Íthala, 2017, p. 101.

Na prática, contudo, o poder de decisão concentra-se em mãos do Presidente da Comissão de Licitação, cujas decisões são acompanhadas pelos demais integrantes. Os integrantes da Comissão de Licitação – a começar pelo Presidente – costumam ser funcionários sem qualificação específica<sup>715</sup>, indicados por critérios políticos para a ocupação de cargos de livre nomeação e exoneração, o que amplia o risco de influência política no processo de decisão.

Considerando que a repetição de contatos ao longo do tempo favorece o estabelecimento de relações promíscuas entre empresários e agentes públicos, a previsão de rotatividade na formação da Comissão de Licitação poderia inibir a prática de corrupção. Neste sentido, o artigo 51, § 4º, da Lei 8.666/93 limita a investidura dos membros das Comissões permanentes a um ano, e proíbe “a recondução da totalidade de seus membros para a mesma comissão no período subsequente”. Na prática, isso significa que, anualmente, haveria rotatividade de um membro na comissão de licitação sem exigência de alternância na presidência da comissão ao longo do tempo.

Na Lei do Pregão, o poder decisório é ainda mais concentrado, nas mãos de um único agente público. O recebimento das propostas e lances, a análise de sua aceitabilidade e sua classificação, bem como a habilitação e a adjudicação do objeto do certame ao licitante vencedor, são atribuições do pregoeiro. Diferentemente do que ocorre nas demais modalidades licitatórias, em que é constituída uma comissão, no pregão toda a responsabilidade é atribuída pessoal e exclusivamente a um único servidor do órgão ou entidade licitante. A equipe de apoio tem função auxiliar, sem qualquer influência sobre as decisões.<sup>716</sup>

---

<sup>715</sup> “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, 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.” (FIUZA, Eduardo Pedral Sampaio; MEDEIROS, Bernardo Abreu de. *A Agenda Perdida das Compras Públicas*, p. 94).

<sup>716</sup> Cf. arts. 17 e 18 do Decreto nº 10.240/2019. Cf. TCU, Plenário, Acórdão nº 3.178/2016, Rel. Min. Ana Arraes: “A responsabilidade dos integrantes da equipe de apoio ao pregoeiro somente emerge se agirem com dolo, cumprirem ordem manifestamente ilegal ou deixarem de

Ainda que o pregoeiro não vá exercer julgamento a respeito da avaliação das propostas (dado que o pregão somente admite o critério de menor preço), também poderá determinar a exclusão de determinados competidores em prol de outros licitantes, notadamente ao apreciar se os requisitos de qualificação teriam sido cumpridos pelo vencedor do certame.

A Lei nº 14.133/2021 inovou ao introduzir um capítulo para tratar da atuação dos agentes públicos nas licitações. Em primeiro lugar, o legislador buscou atribuir a condução do processo licitatório a um *agente de contratação*, a ser designado pela autoridade competente “entre servidores efetivos ou empregados públicos dos quadros permanentes da Administração” (artigo 6º, LX, e artigo 8º, *caput*). Na mesma linha, o artigo 7º, I, da Nova Lei de Licitações prevê que os agentes públicos que desempenhem “funções essenciais à execução dessa lei” sejam preferencialmente servidores efetivos ou empregados do quadro permanente. Ou seja, a lei exclui a possibilidade de o processo licitatório ser conduzido por ocupantes de cargos comissionados, de livre nomeação e exoneração, na aparente intenção de minimizar o risco de influência política sobre as decisões tomadas na formação dos contratos públicos.

Via de regra, o poder decisório e a correspondente responsabilidade são atribuídas individualmente ao agente de contratação, ainda que este possa contar com o auxílio de uma equipe de apoio (artigo 8º, § 1º). O agente de contratação poderá ser substituído por uma comissão composta de pelo menos três membros, no caso de licitação para aquisição de bens ou serviços especiais (artigo 8º, § 2º). Especificamente nas licitações de técnica e preço, a atribuição de notas deverá ser obrigatoriamente realizada por banca composta de pelo menos três membros, entre servidores efetivos ou empregados do quadro permanente e profissionais contratados “por conhecimento técnico,

---

representar à autoridade superior na hipótese de terem conhecimento de ilegalidade praticada pelo pregoeiro, uma vez que os membros da equipe dão suporte a este, mas não praticam atos decisórios e não avaliam questões de mérito do certame, cuja competência é do pregoeiro.”

experiência ou renome na avaliação dos quesitos especificados em edital” (artigo 37, § 1º).

Finalmente, a lei determina que seja observado o princípio de segregação de funções (artigo 5º), proibindo a “designação do mesmo agente público para atuação simultânea em funções mais suscetíveis a riscos, de modo a reduzir a possibilidade de ocultação de erros e de ocorrência de fraudes na respectiva contratação” (artigo 7º, § 1º). Embora a norma não especifique quais funções seriam insuscetíveis de serem cumuladas pelo mesmo agente público, a jurisprudência do Tribunal de Contas da União já se posicionou no sentido de que: i) os responsáveis pela solicitação da aquisição não haveriam de participar da aprovação das despesas<sup>717</sup>, nem da condução do processo licitatório<sup>718</sup>; ii) os agentes que tenham participado da licitação não haveriam de participar da fiscalização da execução contratual<sup>719</sup>; e iii) os agentes encarregados de acompanhar a execução de operações não haveriam de participar das atividades de controle e contabilização<sup>720</sup>.

No que tange à revisão dos atos praticados no curso da licitação, os três instrumentos previstos na Lei nº 8.666/93 são: i) impugnação ao edital (artigo 41, §§ 1º e 2º); ii) recurso hierárquico (artigo 109, I); e iii) representação (artigo 109, II).

A impugnação ao edital pode ser promovida por qualquer cidadão, no prazo de até 5 dias úteis antes da licitação, e deverá ser julgada pela Administração em até 3 dias úteis (artigo 41, § 1º). Os licitantes dispõem de prazo adicional para promover a impugnação, até o segundo dia útil q anteceder a licitação (artigo 41, § 2º).

---

<sup>717</sup> TCU, Plenário, Acórdão nº 2.507/2007.

<sup>718</sup> TCU, Plenário, Acórdão nº 747/2013.

<sup>719</sup> TCU, Plenário, Acórdão nº 100/2013.

<sup>720</sup> TCU, Segunda Câmara, Acórdão nº 5.615/2008.

O recurso hierárquico se destina à revisão das seguintes decisões proferidas no curso do processo licitatório<sup>721</sup>: i) habilitação ou inabilitação de licitante; ii) julgamento das propostas; e iii) anulação ou revogação da licitação (artigo 109, I, da Lei nº 8.666/93). O recurso deve ser interposto pelo licitante dentro do prazo de cinco dias úteis e, após a comunicação aos demais licitantes (artigo 109, § 3º), é submetido inicialmente à apreciação da autoridade que praticou o ato recorrido. Em cinco dias úteis, o agente poderá reconsiderar seu ato ou encaminhá-lo para a autoridade superior, que, por sua vez, dispõe de mais cinco dias úteis para decidir (artigo 109, § 4º). Prevê-se que o recurso terá obrigatoriamente efeito suspensivo, quando interposto em face de decisões de habilitação ou inabilitação de licitante ou do julgamento das propostas, sendo facultativo o deferimento de efeito suspensivo nos demais casos (artigo 109, § 2º).

Finalmente, a representação se destina à revisão de decisões não sujeitas a recurso hierárquico, de modo que quaisquer outras irregularidades sejam levadas ao conhecimento da autoridade superior. A Lei nº 8.666/93 omite, no entanto, qualquer regulação de seu processamento, que é deixado a critério da Administração.<sup>722</sup>

Com o advento da Lei nº 14.133/2021, foi mantida fundamentalmente a mesma estrutura, salvo no que diz respeito à eliminação do instrumento da representação, de modo que as decisões em face das quais não couber recurso hierárquico somente poderiam ser objeto de recurso de reconsideração (artigo 165, II).<sup>723</sup>

Além disso, foram introduzidas as seguintes modificações: i) o prazo para impugnação ao edital foi fixado em até o limite de três dias úteis antes da

---

<sup>721</sup> O recurso hierárquico também se destina à revisão das decisões de rescisão contratual e de aplicação de sanções administrativas (art. 109, II, e e f), à exceção da sanção de inidoneidade, contra a qual somente caberá pedido de reconsideração (art. 109, III).

<sup>722</sup> PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*, p. 968.

<sup>723</sup> Cuida-se, no entanto, de medida de duvidosa constitucionalidade, em face da garantia do contraditório e da ampla defesa no processo administrativo, “com os meios e recursos a ela inerentes” (artigo 5º, LV, da Constituição da República).



abertura do certame, sem distinção entre a impugnação dos licitantes e a de qualquer cidadão (artigo 164); ii) o prazo para interposição de recurso hierárquico, bem como o prazo para reconsideração da decisão, foi reduzido para três dias úteis (artigo 165, I e § 2º); iii) o prazo para decisão da autoridade superior foi ampliado para dez dias úteis (artigo 165, § 2º); e iv) foi atribuído efeito suspensivo a todos os recursos e pedidos de reconsideração, até que sobrevenha a decisão final da autoridade competente (artigo 168).

Finalmente, passou-se a exigir que a intenção de recorrer contra o julgamento das propostas ou a decisão de habilitação ou inabilitação de licitante seja “manifestada imediatamente, sob pena de preclusão” (artigo 165, § 1º, I).

## 11. Contratação direta

Na sistemática da Lei nº 8.666/93, aplicável por disposição expressa também ao pregão<sup>724</sup> e ao Regime Diferenciado de Contratação<sup>725</sup>, a contratação direta por dispensa ou inexigibilidade de licitação encontra previsão nos artigos 24 e 25, respectivamente. Nas hipóteses de dispensa, a licitação poderia ocorrer, porquanto viável a competição, mas o legislador confere autorização ao administrador para contratar diretamente, por entender ser a realização do certame inoportuna ou inconveniente. Se de inexigibilidade se tratar, a competição é impossível, razão porque a contratação direta afigurar-se-ia um dever do administrador.<sup>726</sup> Como consequência, as hipóteses legais de dispensa são exaustivas, enquanto aquelas de inexigibilidade são meramente exemplificativas.

---

<sup>724</sup> Por força dos artigos 9º da Lei nº 10.520/2002 e 51 do Decreto nº 10.024/2019.

<sup>725</sup> De conformidade com o artigo 35 da Lei nº 12.462/2011.

<sup>726</sup> Veja-se MOREIRA, Egon Bockmann; GUIMARÃES, Fernando Vernalha. *Licitação Pública*, p. 469: “Logo, a dispensa e a inexigibilidade decorrem de fundamentos fáticos que não se confundem: nos casos de dispensa é recomendável a contratação direta; nos de inexigibilidade ela é imperiosa. Como anota Benjamin Zymler, ‘por imperativo lógico, a inexigibilidade precede a dispensa de licitação. Primeiro, deve o aplicador do Direito observar se a licitação é possível. Se não for, é caso imediato de inexigibilidade. Se for possível, poderá ser caso de dispensa de licitação’.”

Ao conferir ao agente público o poder de selecionar a empresa a ser contratada pela Administração Pública, sem o crivo de um processo participativo, transparente e impessoal, a contratação direta é um convite ao abuso da discricionariedade administrativa. No dizer de Eduardo Pedral Sampaio Fiuza, trata-se de “uma porta aberta para a corrupção do agente ou, ao menos, para julgamentos subjetivos. É o que Milgrom e Klemperer chamam de ‘concurso 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”.<sup>727</sup>

A despeito dos riscos inerentes a um processo contratação não competitivo – ou talvez justamente em razão de tal procedimento proporcionar maior oportunidade para a obtenção de vantagens ilícitas – expressiva parcela das compras e contratações realizadas no Brasil ocorrem mediante dispensa ou inexigibilidade de licitação. Segundo Eduardo Pedral Sampaio Fiuza e Bernardo Abreu de Medeiros, entre 1999 e 2013, mais de um terço (34,36%) dos valores destinados a compras realizadas pelo Governo Federal decorreram de contratação direta, enquanto o percentual despendido pela União Europeia através do procedimento equivalente (procedimento negociado) corresponde a apenas 14% do valor das compras.<sup>728</sup> Mais recentemente, o percentual de contratações diretas na Administração Pública Federal, que havia sido reduzido para 30,20% no exercício de 2019, saltou para 40,40% no ano de 2020, principalmente em decorrência do aumento de contratações emergenciais em decorrência da pandemia de Covid-19.<sup>729</sup>

Se originalmente o artigo 24 da Lei nº 8.666/93 contava com 15 incisos, foram-lhe casuisticamente acrescentados mais 20, a demonstrar quão forte é o movimento estatal de fuga à licitação. Em particular, a invocação de razões extraeconômicas como fundamento para a dispensa de licitação vem se

---

<sup>727</sup> FIUZA, Eduardo Pedral Sampaio. “Licitações e Governança de Contratos: A Visão dos Economistas”, p. 246.

<sup>728</sup> FIUZA, Eduardo Pedral Sampaio; MEDEIROS, Bernardo Abreu de. *A Agenda Perdida das Compras Públicas*, pp. 19-20.

<sup>729</sup> Cf. Portal de Transparência – Painel de Contratos, por meio do endereço eletrônico <<http://www.portaltransparencia.gov.br/contratos>>.

revelando um potente veículo para a captura do processo legislativo por interesses particulares. Grande parte dos incisos acrescentados ao artigo 24 da Lei nº 8.666/93 preveem o afastamento do procedimento licitatório *ratione personae*, ou seja, em virtude de características das entidades contratadas.<sup>730</sup> Tal cenário não foi substancialmente modificado com o advento da Lei nº 14.133/2021, que não só manteve praticamente inalteradas<sup>731</sup> as modalidades de dispensa de licitação revistas na Lei nº 8.666/93, como ainda incluiu no texto legal algumas hipóteses inéditas.<sup>732</sup>

Agora 29, as hipóteses de dispensa de licitação previstas na Lei nº 14.133/2021 podem ser classificadas nas seguintes categorias, de acordo com a *ratio* econômica que lhes é subjacente:<sup>733</sup>

i. custo econômico da licitação, quando o custo do certame se mostrar superior ao benefício que dele poderia advir; por exemplo, dispensas por baixo valor (incisos I e II);

ii. custo temporal da licitação, quando a demora na celebração da contratação possa acarretar sua ineficácia; por exemplo, aquisição de alimentos perecíveis

---

<sup>730</sup> FIUZA, Eduardo Pedral Sampaio; POMPERMAYER, Fabiano Mezadre; RAUEN, André Tortato. “A Retomada da Agenda Perdida das Compras Públicas: Notas Sobre o Novo Projeto de Lei de Licitações da Câmara dos Deputados em 2018-2019”, Nota Técnica nº 47, DISET/IPEA, março 2019, p. 42. Em nota técnica, o IPEA critica duramente tal prática: “O fato é, e nunca é demais repetir, que o Brasil tem um número inconcebivelmente grande de situações de dispensa de licitação, fruto da atuação histórica de diversos lobbies de grupos de interesse que não querem se sujeitar a uma mínima competição. Situações que naturalmente recomendam o não-uso da licitação são situações de emergência, baixo valor ou inexistência de substituto, ainda que imperfeito. (...) Mesmo se o fornecedor é um ente de direito público, NADA, absolutamente NADA justifica que ele seja privilegiado em compras. Ele deve competir em igualdade de condições com entes privados que possam oferecer o mesmo bem ou serviço. Qualquer ente público tem direito a competir em preço e ou qualidade pelos mesmos recursos (inclusive eventuais subsídios legalmente previstos) pagos a entes públicos na provisão dos mesmos bens ou serviços. O número de incisos atuais (e) sua evolução histórica (...) comprova que cada um na sociedade busca muito mais o seu próprio remendo, quando deveria batalhar por um tecido institucional robusto e enxuto que valesse para todos.”

<sup>731</sup> Uma exceção notável é a “compra e locação de imóvel destinado ao atendimento das finalidades precípuas da administração”, que se enquadrava entre as hipóteses de dispensa de licitação previstas na Lei nº 8.666/93 (art. 24, X), e atualmente constitui obrigatoriamente caso de licitação, ressalvados os casos de inexigibilidade (art. 51 da Lei nº 14.133/2021)

<sup>732</sup> Como a dispensa de licitação para aquisição de equipamentos destinados ao monitoramento de comunicações, ou de medicamentos destinados ao tratamento de doenças raras (art. 75, IV, *I e m*, da Lei nº 14.133/2021).

<sup>733</sup> Classificação adaptada da proposta por Marçal Justem Filho, *in Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*, p. 479.

durante o período necessário para licitar (alínea e do inciso IV), abastecimento ou suprimento de efetivos militares em estado eventual de curta duração movimentação operacional (alínea e do inciso IV), guerra, estado de defesa ou estado de sítio (inciso VII), emergência ou calamidade pública (inciso VIII) e intervenção para regular preço ou normalizar abastecimento (inciso X);

iii. ausência de potencialidade de benefício derivado da realização da licitação; por exemplo, licitação anterior deserta (alínea a do inciso III), licitação anterior com preços incompatíveis (alínea b do inciso III) e aquisição de peças originais para manutenção da garantia do fabricante (inciso IV);

iv. função extraeconômica da licitação, sempre que a contratação se nortear pelo interesse na consecução de outros fins públicos que não a maior vantajosidade. Ante a grande variedade de hipóteses de dispensa de licitação por razões extraeconômicas, este tópico pode ser dividido entre as seguintes subcategorias:

iv.1. contratação entre *entidades da Administração Pública*; por exemplo, aquisição de bens ou serviços produzidos por entidade da Administração Pública que tenha sido criada para esse fim específico (inciso IX) e contrato de programa com entidade pública para prestação de serviços de forma associada<sup>734</sup> (inciso XI);

iv.2. razões de *segurança nacional*; por exemplo, bens que envolvam alta complexidade tecnológica e defesa nacional (alínea f do inciso IV), e contratação que possa acarretar comprometimento da segurança nacional (inciso VI);

iv.3. razões de *desenvolvimento tecnológico*; por exemplo, produtos para pesquisa e desenvolvimento (alínea c do inciso IV), transferência de tecnologia nas contratações realizadas por instituição científica, tecnológica e de inovação

---

<sup>734</sup> O *contrato de programa* prevê os encargos assumidos por cada ente público em decorrência de uma conjugação de esforços (por exemplo, Municípios que se associam para execução do serviço de coleta de resíduos).

(alínea d do inciso IV), contratações visando ao fomento da pesquisa e desenvolvimento nos termos da Lei nº 10.973/2004 (inciso V) e contratações em que haja transferência de produtos estratégicos para o Sistema Único de Saúde (inciso XII);

iv.4. fomento a instituições privadas com fins sociais; por exemplo, contratação de cooperativas de catadores de materiais reciclados (alínea j do inciso IV), contratação de associação de pessoas com deficiência (inciso XIV) e contratação de instituições que promovam atividades de ensino, pesquisa, desenvolvimento institucional, científico e tecnológico, estímulo à inovação ou a recuperação social dos presos (inciso XV);

iv.5. casos análogos à inexigibilidade de licitação; por exemplo, aquisição ou restauração de obras de arte (alínea k do inciso IV) e contratação de profissional de notória especialização para compor comissão de avaliação de critérios de técnica (inciso XIII);

iv.6. demais casos previstos em lei; por exemplo, bens, serviços ou obras previstos em acordo internacional específico aprovado pelo Congresso Nacional (alínea b do inciso IV), materiais de uso das Forças Armadas quando houver necessidade de manter padronização (alínea g do inciso IV), atendimento dos contingentes militares em operações no exterior (alínea h do inciso IV), aquisições para atender equipamentos destinados ao rastreamento e obtenção de provas<sup>735</sup> (alínea l do inciso IV), aquisição de medicamentos para tratamento de doenças raras (alínea m do inciso IV) e aquisição de insumos estratégicos para a saúde por fundação de apoio (inciso XVI).

A Lei nº 14.133/2021 também ampliou o âmbito de incidência de algumas hipóteses anteriormente reguladas pela Lei nº 8.666/93: i) a dispensa de licitação por baixo valor (cujo patamar saltou de R\$ 17.600,00 para R\$ 50.000,00 para bens e serviços em geral, e de R\$ 33.000,00 para R\$

---

<sup>735</sup> Nos termos do art. 3º, § 1º, da Lei nº 12.850/2013, a dispensa de licitação está condicionada à “necessidade justificada de manter sigilo sobre a capacidade investigatória”.

100.000,00 para obras e serviços de engenharia<sup>736</sup>, com possibilidade de duplicação desses valores no caso de consórcios ou agências executivas<sup>737</sup>); ii) a aquisição de bens produzidos ou serviços prestados por entidade integrante da Administração Pública<sup>738</sup>; iii) a inexigibilidade de licitação e a contratação emergencial, como se detalhará mais adiante.

Igualmente preocupante é a regra contida no artigo 82, § 6º, combinada com o artigo 6º, XLV, da Lei nº 14.133/2021, que prevê a possibilidade de utilização do registro de preços nas hipóteses de dispensa ou inexigibilidade de licitação, o que permitiria estender significativamente o alcance dos efeitos anticompetitivos da contratação direta.

As hipóteses de dispensa de licitação previstas na Lei nº 8.666/1993 em que mais são detectadas ilicitudes serão analisadas mais adiante, mormente aquelas previstas nos incisos IV (situações emergenciais), XIII (contratação de instituição dedicada à pesquisa, ensino ou desenvolvimento institucional) e XXIV (contratação de organizações sociais).

### 11.1. Inexigibilidade

Como já se teve a oportunidade de adiantar, a inexigibilidade de licitação tem lugar quando inviável a competição, de conformidade com o artigo 25 da Lei nº 8.666/93, aplicável ao pregão e ao Regime Diferenciado de Contratação por força dos artigos 9º da Lei nº 10.520/2002 e 35 da Lei nº 12.462/2011, respectivamente. Em outros termos, a licitação será inexigível quando, à vista de sua estrutura, se mostra inadequada à obtenção do resultado pretendido, porquanto não cumpre a função de selecionar a proposta mais vantajosa.<sup>739</sup>

---

<sup>736</sup> Cf. art. 24, I e II, da Lei nº 8.666/1993, Decreto nº 9.412/2018 e art. 75, I e II da Lei nº 14.133/2021.

<sup>737</sup> Cf. art. 75, § 2º, da Lei nº 14.133/2021.

<sup>738</sup> O art. 24, VIII, somente permitia a dispensa em favor de órgão ou entidade que houvesse sido criados em data anterior à vigência da Lei nº 8.666/93, ressalva que não foi reproduzida no art. 75, IX, da Lei nº 14.133/2021.

<sup>739</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*, p. 594.

Das hipóteses de inexigibilidade, aquela em que mais comumente são observados desvios à legalidade relaciona-se à singularidade do objeto com notória especialização, prevista no inciso II. Ao conceito de serviço técnico especializado, explicitado no artigo 13, a Lei nº 8.666/93 agrega duas exigências: i) singularidade do objeto da contratação; e ii) necessidade de notória especialização por parte do sujeito que o executará.

Singular é a natureza do serviço, não o número de pessoas capacitadas a executá-lo. Dessarte, terão singularidade os serviços que não puderem ser reputados comuns ou normais, e que, por tal motivo, não são passíveis de execução satisfatória por um profissional-padrão, ainda que especializado.<sup>740</sup>

741

Consequentemente, a Administração só haverá de escolher o profissional para executar determinado serviço sob os auspícios da inexigibilidade de licitação se, após a definição exaustiva do objeto, restar caracterizada sua singularidade. Como adverte Jorge Ulisses Jacoby Fernandes, nunca, “em hipótese nenhuma, procede-se de forma inversa. Aqui, a ordem dos fatores altera a equação, pois quando se parte da definição do profissional, certamente se agregam ao objeto características que individualizam o executor do serviço.”<sup>742</sup>

---

<sup>740</sup> TCU, Plenário, Acórdão nº 2.616, Rel. Min. Benjamin Zymler: “Nas contratações diretas por inexigibilidade de licitação, o conceito de singularidade não pode ser confundido com a ideia de unicidade, exclusividade, ineditismo ou raridade. O fato de o objeto poder ser executado por outros profissionais ou empresas não impede a contratação direta amparada no art. 25, inciso II, da Lei 8.666/1993. A inexigibilidade, amparada nesse dispositivo legal, decorre da impossibilidade de se fixar critérios objetivos de julgamento.”

<sup>741</sup> Assim Marçal Justen Filho sintetiza sua explicação: “Ou seja, a natureza singular resulta da conjugação de dois elementos, entre si relacionados. Um deles é a excepcionalidade da necessidade a ser satisfeita. O outro é a ausência de viabilidade de seu atendimento por parte de um profissional especializado padrão. Portanto, a viabilidade de competição não pode ser avaliada apenas em face da necessidade estatal, mas também depende da verificação do mercado. É perfeitamente imaginável que uma necessidade estatal excepcional e anômala possa ser atendida sem maior dificuldade por qualquer profissional especializado.” (JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*, p. 613)

<sup>742</sup> FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *Contratação direta sem licitação*. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 526. Prossegue o autor, à página 527: “A notória especialização não inviabiliza a competição, a menos que ela seja imprescindível à realização de um determinado serviço singular e, mais do que isso, que a notoriedade apresente relação direta e imediata com a singularidade do objeto.”

Como nos demais casos de contratação direta, a inexigibilidade de licitação confere ampla oportunidade para o exercício abusivo do poder discricionário. Em especial, a assimetria informacional acerca da precisa natureza dos serviços que virão a ser executados possibilita que virtualmente qualquer trabalho que contenha aspectos intelectuais seja qualificado como “singular”, mesmo nos casos em que haveria outros prestadores igualmente capacitados no mercado.

Tantos foram os casos de inexigibilidade duvidosa submetidos ao Tribunal de Contas da União – mormente em contratações de serviços de advocacia<sup>743</sup> – que a corte decidiu pela edição do Enunciado nº 39 de sua Súmula, vazada nos seguintes termos: “A inexigibilidade de licitação para a contratação de serviços técnicos com pessoas físicas ou jurídicas de notória especialização somente é cabível quando se tratar de serviço de natureza singular, capaz de exigir, na seleção do executor de confiança, grau de subjetividade insuscetível de ser medido pelos critérios objetivos de qualificação inerentes ao processo de licitação, nos termos do art. 25, inciso II, da Lei 8.666/1993.”

Mesmo assim, hipóteses concretas há em que administradores, capturados por grupos empresariais, tentam driblar as exigências legais e enquadrar no inciso II serviços comuns, prestados por profissionais-padrão, como se dotados de singularidade fossem. Foi o que ocorreu no Município de Armação dos Búzios, Estado do Rio de Janeiro, em que servidores públicos – inclusive o Prefeito e o Presidente da Câmara de Vereadores – em conluio com empresa do setor de informática, realizaram sua contratação direta para prestar serviços sem qualquer traço de singularidade.<sup>744</sup>

---

<sup>743</sup> Por todos, veja-se TCU, Segunda Câmara, Acórdão nº 3.924/2012, Rel. Min. José Jorge: “A contratação direta de serviço de advocacia, por inexigibilidade de licitação, com suporte no permissivo contido no art. 25, inciso II, da Lei 8.666/1993, demanda não só a demonstração da notória especialização do profissional ou escritório escolhido, mas também a comprovação da singularidade do objeto da avença, caracterizada pela natureza 'excepcional, incomum à praxe jurídica' do respectivo serviço.”

<sup>744</sup> A condenação em primeiro grau, imposta pela 1ª Vara da Comarca de Armação dos Búzios nos autos da Ação Penal 0002064-84.2013.8.19.0078, ainda pende de confirmação pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.



O advento da Lei nº 14.133/2021 viria a abalar o consenso doutrinário estabelecido sob a vigência da Lei nº 8.666/93, ao suprimir qualquer referência à natureza singular dos serviços a serem contratados, limitando-se a exigir que os serviços de “natureza predominantemente intelectual” (art. 6º, XVIII) sejam prestados por profissionais ou empresas de notória especialização<sup>745</sup> (art. 74, III). Enquanto parcela da doutrina passou a defender a possibilidade de contratação por inexigibilidade de licitação independentemente da caracterização da natureza singular do objeto contratual<sup>746</sup>, outros administrativistas sustentaram que a exigência de singularidade estaria implícita na inviabilidade de competição: se os serviços de natureza predominantemente intelectual forem ordinários e comuns, poderiam ser prestados por qualquer profissional qualificado, o que afastaria a premissa da aplicabilidade do artigo 74 da Lei nº 14.133/2021<sup>747</sup>.

Ao deliberar sobre controvérsia similar, acerca do artigo 30, II, da Lei nº 13.303/2016 (que também suprimiu a referência à singularidade, ao referir-se à inexigibilidade de licitação no âmbito da Lei das Estatais), vem prevalecendo no âmbito do Tribunal de Contas da União o entendimento de que se mantém intacta a exigência de que o objeto da contratação tenha natureza singular<sup>748</sup>.

Caso se venha a entender, no entanto, que a Lei nº 14.133/2021 tenha suprimido a exigência de singularidade do objeto, abrir-se-ia ampla

---

<sup>745</sup> Mesmo o conceito de notória especialização foi flexibilizado no art. 6º, XIX da Lei nº 14.133/2021, ao exigir que o trabalho do profissional ou empresa seja “reconhecidamente adequado” à satisfação do objeto contratual, ao invés de “indiscutivelmente o mais adequado”, como previsto no art. 25, § 1º, da Lei nº 8.666/93.

<sup>746</sup> Antes da Lei nº 14.133/2021, a Lei nº 13.303/2016 (Lei das Estatais) já havia suprimido referência à singularidade do objeto, em dispositivo que foi saudado por Ivan Barbosa Rigolin, por ter livrado o ordenamento jurídico dessa “praga asquerosa que a lei de licitações denomina natureza singular do objeto e que ninguém jamais soube o que significa nem com mínima nitidez” (RIGOLIN, Ivan Barbosa. *As Licitações nas Empresas Estatais pela Lei nº 13.303*, de 30 de junho de 2016 – 1ª parte, disponível em <<http://rigolinadvocacia.com.br/artigos/detalhes/15>>, acesso em 20/07/2021)

<sup>747</sup> Veja-se, nesse sentido, NIEBUHR, Joel de Menezes et al. *Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. Curitiba: Zênite, 2021, pp. 43-45.

<sup>748</sup> Veja-se, neste sentido, o Acórdão 7893/2021 da 2ª Câmara do TCU, julgado em 25/05/2021, em que se deliberou pela realização de “licitação para a nova contratação dos serviços comuns de assessoria e perícia contábil em processos judiciais da entidade, limitando a eventual contratação direta desses serviços, por inexigibilidade de licitação, em função, apenas, da atuação em processos judiciais complexos ou materialmente relevantes ante a caracterização da singularidade do objeto”.

oportunidade para o direcionamento das contratações de serviços intelectuais em favor das pessoas ou empresas favorecidas pelo agente público, diante da abertura conceitual inerente à exigência remanescente da *notória especialização*.

## 11.2. Dispensa emergencial

Como esclarece Jorge Ulisses Jacoby Fernandes, para os fins do inciso IV do artigo 24 da Lei nº 8.666/93<sup>749</sup>, a emergência estará caracterizada quando absolutamente impossível atender o interesse público por meio do procedimento licitatório, à vista dos prazos dilargados que lhe são inerentes. A emergência autorizativa da dispensa requer, portanto, “a caracterização de uma situação cujo tempo de atendimento implique a necessidade de dispensar o procedimento licitatório”.<sup>750</sup>

A doutrina costuma distinguir emergência real e emergência ficta ou fabricada.<sup>751</sup> No primeiro caso, a impossibilidade de aguardar o trâmite licitatório normal decorre do imprevisível: ainda que o administrador tenha agido com a precaução e diligência que lhe eram devidas, surpreendeu-lhe o imponderável. No segundo, ao revés, o risco na demora da contratação é causado pela ausência de planejamento adequado: a despeito da previsibilidade da demanda por atender, o administrador desidioso e/ou

---

<sup>749</sup> “IV - nos casos de emergência ou de calamidade pública, quando caracterizada urgência de atendimento de situação que possa ocasionar prejuízo ou comprometer a segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou particulares, e somente para os bens necessários ao atendimento da situação emergencial ou calamitosa e para as parcelas de obras e serviços que possam ser concluídas no prazo máximo de 180 (cento e oitenta) dias consecutivos e ininterruptos, contados da ocorrência da emergência ou calamidade, vedada a prorrogação dos respectivos contratos.”

<sup>750</sup> FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *Contratação direta sem licitação*. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 262. No mesmo sentido, JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*, p. 485: “O dispositivo enfocado refere-se aos casos em que o decurso de tempo necessário ao procedimento licitatório normal impediria a adoção de medidas indispensáveis para evitar danos irreparáveis. Quando fosse concluída a licitação, o dano já estaria concretizado. A dispensa de licitação e a contratação imediata representam uma modalidade de atividade acautelatória dos interesses que estão sob a tutela estatal.”

<sup>751</sup> No ponto, por todos: JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*, pp. 489-491; FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *Contratação direta sem licitação*, pp. 265-268; PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*, pp. 297-299; MOREIRA, Egon Bockmann e GUIMARÃES, Fernando Vernalha. *Licitação Pública*, pp. 476-477.

corrupto permanece inerte, deixando de tomar as providências necessárias à realização atempada da licitação<sup>752</sup>.

Infelizmente, a jurisprudência do Tribunal de Contas da União é pródiga em exemplos de dispensas de licitação causadas por incúria administrativa, proposital ou não. Ocorre que, mesmo aqui, o interesse público na realização da contratação persiste. Por conseguinte, se presentes os demais requisitos previstos no inciso IV, a contratação direta haverá de ser realizada, sem embargo da responsabilização do administrador desidioso e/ou corrupto.<sup>753</sup>

Nesse sentido orienta-se a jurisprudência do Plenário Tribunal de Contas da União, como dá conta, entre outros tantos, o Acórdão nº 285/2010, da relatoria do Ministro Benjamin Zymler. Segundo o julgado, “a contratação direta é possível mesmo quando a situação de emergência decorre de falta de planejamento, da desídia administrativa ou da má gestão dos recursos públicos”. Isto porque “a inércia do servidor, culposa ou dolosa, não pode vir em prejuízo de interesse público maior a ser tutelado pela Administração”, afigurando-se cabível sua responsabilização.

Ocorre que raramente a conduta do administrador responsável por dar ensejo à emergência ficta é rigorosamente investigada e punida, o que acaba por servir de estímulo à inação e ao ardil.

---

<sup>752</sup> Conforme a Nota Técnica nº 47 do IPEA, “‘emergência’ só é emergência de verdade se o planejamento foi feito e um choque exógeno e imprevisível o arruinou.” (FIUZA, Eduardo Pedral Sampaio; POMPERMAYER, Fabiano Mezadre; RAUEN, André Tortato. “A Retomada da Agenda Perdida das Compras Públicas: Notas Sobre o Novo Projeto de Lei de Licitações da Câmara dos Deputados em 2018-2019”, Nota Técnica nº 47, DISET/IPEA, março 2019, p. 42)

<sup>753</sup> É esse o entendimento de Jorge Ulisses Jacoby Fernandes: “Relevante questão que se apresenta diz respeito à verificação da conduta do administrador e se esta, quando caracterizada como desidiosa, deve implicar a impossibilidade de a Administração servir-se desse dispositivo que autoriza a dispensa de licitação. A resposta é negativa. (...) Como foi exposto, vedar a contratação direta quando presentes todos os requisitos ou declará-la nula, com todos os consectários incidentes sobre o contrato, não parece ser o meio adequado de resguardar o interesse público. Ao contrário, implicará penalizar duas vezes a sociedade, já vítima de um gestor negligente, que agora não poderá ter suas necessidades atendidas pela contratação direta. Caracterizados os pressupostos do artigo, deve a contratação ser efetivada, apurando-se com rigor a responsabilidade pela desídia que ficar provada.” (FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *Contratação direta sem licitação*, pp. 265-267). Veja-se, também, JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*, pp. 490-491.

O advento da Nova Lei de Licitações não contribuiu para minimizar o risco de contratações diretas por emergência ficta. Pelo contrário, o legislador caminhou no sentido de “naturalizar” tal expediente, ao dispor expressamente que “considera-se emergencial a contratação por dispensa com objetivo de manter a continuidade do serviço público”, ainda que mediante determinação de que fossem adotadas “as providências necessárias para a conclusão do processo licitatório, sem prejuízo de apuração de responsabilidade dos agentes públicos que deram causa à situação emergencial” (artigo 75, VIII e § 6º, da Lei nº 14.133/2021).

À legalidade da dispensa de licitação em situação de emergência, uma vez que esta comprovadamente se verifique, faz-se indispensável a demonstração de que: i) há risco potencial e imediato de prejuízo ou comprometimento à segurança de pessoas ou bens; ii) a contratação é via adequada e efetiva à eliminação do risco; iii) o objeto contratado se limita ao mínimo necessário ao afastamento do risco.

Caso concreto interessante foi analisado pelo Tribunal de Contas da União no Acórdão nº 1.162/2014, da relatoria do Ministro José Jorge. O Município de Natal recebera verbas federais para proceder à reforma do Estádio João Cláudio de Vasconcelos Machado. Dispensou a licitação, com fundamento em situação emergencial, lastreado por laudos técnicos que asseveravam a existência de graves problemas estruturais. Ocorre que, não caracterizado risco de desabamento, “a interdição do local, por si só, suspenderia eventual risco à segurança dos frequentadores, e descaracterizaria a situação de urgência, possibilitando a realização do devido procedimento licitatório”. Dessarte, a contratação direta foi julgada irregular e sanções pecuniárias foram aplicadas. Poucos anos mais tarde, por ocasião dos preparativos para a Copa do Mundo FIFA, o mesmo estádio recém reformado viria a ser demolido, para ceder espaço a novo equipamento mais moderno.

De conformidade com o inciso IV do artigo 24 da Lei nº 8.666/93, apenas parcelas de obras e serviços que possam ser concluídos em 180 (cento e oitenta) dias são passíveis de contratação emergencial, sem possibilidade de

prorrogação. Caso tal contrato não atenda a necessidade pública de forma a exauri-la, caberia ao administrador utilizar o prazo legal para realizar a licitação regular.<sup>754</sup> Entretanto, apesar dos termos peremptórios do dispositivo, a jurisprudência do Tribunal de Contas da União tem abrandado a proibição nele encartada, para permitir que, excepcionalmente, a duração do contrato emergencial exceda 180 (cento e oitenta dias), sobretudo quando fatores alheios à vontade do administrador tenham retardado o início da execução.<sup>755</sup>

Sob a regra do artigo 75, VIII, da Lei nº 14.133/2021, o prazo máximo de vigência dos contratos emergenciais foi ampliado de 180 dias para um ano, em mais um exemplo da flexibilização das contratações diretas pela Nova Lei de Licitações. Em contraposição, o mesmo dispositivo acrescentou expressa vedação à recontratação de empresas que já houvessem sido contempladas com contratações emergenciais.

Mais comum do que a prorrogação da avença inicial é a celebração de novos contratos emergenciais, mediante novas dispensas de licitação, ainda que de prestação de serviços de natureza continuada se esteja a tratar. Emblemáticos dessa praxe distorcida são os contratos emergenciais de fornecimento de refeições preparadas à população carcerária, firmados pela Secretaria de Administração Penitenciária do Estado do Rio de Janeiro – SEAP mediante sucessivas dispensas de licitação. Segundo consignado no Processo nº 104.697-7/2017 pela Coordenadoria de Auditoria Governamental do Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro, a SEAP celebrou diversos contratos consecutivos ao abrigo do inciso IV, sempre sob a justificativa de retardo involuntário na tramitação do procedimento licitatório. Na realidade, como constatou a equipe técnica, o certame não ocorrera por responsabilidade do

---

<sup>754</sup> Neste sentido, confirmam-se: TCU, Primeira Câmara, Acórdão nº 6.439/2015, Rel. Min. Augusto Sherman: “A contratação direta emergencial, fundamentada no art. 24, inciso IV, da Lei 8.666/1993, deve se restringir somente à parcela mínima necessária para afastar a concretização do dano ou a perda dos serviços executados, devendo a solução definitiva, conforme o caso, ser objeto de licitação formal.”; TCU, Plenário, Acórdão nº 2.988/2014, Rel. Min. Benjamin Zymler: “A contratação emergencial só deve atender a situação emergencial até a realização de nova licitação (art. 24, inciso IV, da Lei 8.666/1993).”

<sup>755</sup> TCU, Plenário, Acórdão nº 3.238/2010, Rel. Min. Benjamin Zymler: “As contratações diretas amparadas no art. 24, inciso IV, da Lei 8.666/1993 - emergência ou calamidade pública -, podem, excepcionalmente e atendidas determinadas condições, ultrapassar 180 dias.”

próprio órgão governamental, estratégia que auxiliou a perpetuação da corrupção que tristemente é sua marca há mais de duas décadas.<sup>756</sup>

### 11.3. Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIP), Organizações Sociais (OS) e Organizações da Sociedade Civil (OSC)

Outra hipótese de dispensa de licitação que tem se revelado propícia a ilicitudes é a contratação de instituição dedicada à pesquisa, ensino ou desenvolvimento institucional, prevista<sup>757</sup> no inciso XIII do art. 24 da Lei nº 8.666/93. Os requisitos legais são: i) tratar-se de uma instituição, é dizer, “uma organização de recursos materiais e de esforços humanos que se autonomiza em face dos seus próprios fundadores, passando a gozar de um acentuado grau de independência”; ii) detentora de inquestionável reputação ético-profissional, limitada à sua “capacitação para o desempenho da atividade objetivada”; iii) sem fins lucrativos, de modo que estão excluídas as “entidades vocacionadas essencialmente para o lucro”; iv) dedicada à pesquisa, educação, desenvolvimento institucional – entendido como “ampliação da capacidade de uma instituição realizar seus fins de interesse transcendente” – ou recuperação social de presos.<sup>758</sup>

O artigo 75, XV, da Lei nº 14.133/2021 ampliou o escopo da referida hipótese de dispensa de licitação, para incluir instituições destinadas a atividades de “extensão”, “desenvolvimento científico e tecnológico” e “estímulo à inovação”, e para atribuir-lhes expressamente o poder de gestão

---

<sup>756</sup> Nos anos 1999-2000 foi desbaratado esquema de corrupção na SEAP, que garantiu o monopólio do fornecimento de refeições às sociedades comerciais controladas por empresário não por acaso conhecido pela alcunha de “Rei das Quentinhas”. Mais recentemente, a “Operação Titereiro”, desdobramento da “Operação Lava-Jato”, revelou que a prática de favorecimento a determinadas empresas – desta feita controladas por um ex-Secretário Estadual de Administração Penitenciária – teve continuidade. Por sua vez, a “Operação Pão Nosso”, que reuniu Ministério Público Federal e Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, desvelou novos mecanismos de enriquecimento ilícito, também levados a efeito por empresários do setor de alimentação em conluio com as autoridades que se sucederam no comando da pasta.

<sup>757</sup> “VIII - na contratação de instituição brasileira incumbida regimental ou estatutariamente da pesquisa, do ensino ou do desenvolvimento institucional, ou de instituição dedicada à recuperação social do preso, desde que a contratada detenha inquestionável reputação ético-profissional e não tenha fins lucrativos.”

<sup>758</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*, pp. 529-533, *passim*.

administrativa e financeira das atividades financiadas pelos cofres públicos. De início, esta hipótese de dispensa foi utilizada de forma indiscriminada, como verdadeira válvula de escape à obrigação de licitar. Surgiram inúmeras pessoas jurídicas criadas com o intuito único de, enquadrando-se – por vezes apenas formalmente<sup>759</sup> – na descrição legal, servirem como intermediárias à contratação de obras, serviços e bens à margem da Lei nº 8.666/93.<sup>760</sup>

A fim de coibir tal prática, o Tribunal de Contas da União editou o Enunciado nº 250 de sua Súmula, através do qual explicitou ser indispensável a existência de vínculo de pertinência entre o fim da instituição contratada e o objeto do contrato: “[a] contratação de instituição sem fins lucrativos, com dispensa de licitação, com fulcro no art. 24, inciso XIII, da Lei 8.666/1993, somente é admitida nas hipóteses em que houver nexo efetivo entre o mencionado dispositivo, a natureza da instituição e o objeto contratado, além de comprovada a compatibilidade com os preços de mercado.”<sup>761</sup>

Em outros julgados, ademais, a corte explicitou a impossibilidade de, contratada diretamente com fulcro no inciso XIII, a instituição subcontratar

---

<sup>759</sup> “(...) Não se aplica a autorização da contratação direta em face de pessoas jurídicas criadas no papel, mas destituídas de atuação social efetiva. Assim, a referência a ‘instituições’ elimina a possibilidade de contratação direta com ‘associações’ ou ‘fundações’ que sejam mera aparência de entidades autônomas, sempre que se encontrem sob controle de sujeitos específicos e determinados, que as orientem para a realização de seus interesses pessoais.” (JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*, p. 529)

<sup>760</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*, p. 535: “Por certo, não se admite que o inc. XIII seja utilizado para contratações meramente instrumentais, nas quais a instituição empresta seu nome para a Administração obter certas utilidades sem promover a licitação. A constatação de que a estrutura própria da instituição é insuficiente para gerar a prestação adequada a satisfazer a necessidade estatal inviabiliza a aplicação do dispositivo.”

<sup>761</sup> Com a alteração da Lei nº 8.958/94 pela Lei nº 12.349/2010, o legislador indicou no parágrafo 3º do artigo 1º, inciso I, a impossibilidade de contratações diretas fundadas no inciso XIII destinarem-se à “*manutenção predial ou infraestrutural, conservação, limpeza, vigilância, reparos, copeiragem, recepção, secretariado, serviços administrativos na área de informática, gráficos, reprográficos e de telefonia e demais atividades administrativas de rotina*”. Apesar de disciplinar apenas as contratações e convênios realizados por Instituições Federais de Ensino Superior e Instituições Científicas e Tecnológicas com suas fundações de apoio, nada impede que o dispositivo sirva de parâmetro às demais hipóteses de aplicação do inciso XIII do artigo 24 da Lei nº 8.666/93. Nesse sentido, JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*, p. 531.

terceiro para executar os serviços a si confiados *intuito personae*, porquanto flagrante a burla ao dever de licitar.<sup>762</sup>

Seja por conta do recrudescimento da fiscalização, seja em razão da criação por leis posteriores de novos tipos de avenças entre Administração Pública e instituições privadas sem fins lucrativos, o inciso XIII do artigo 24 passou a ser paulatinamente menos utilizado. Convênios (artigo 116 da Lei nº 8.666/93 e artigo 184 da Lei nº 14.133/2021), termos de parceria (artigo 9º da Lei nº 9.790/99), termos de colaboração (artigo 2º, VII, da Lei nº 13.019/2014) e termos de fomento (artigo 2º, VIII, da Lei nº 13.019/2014) são todos instrumentos atualmente à disposição do administrador para a contratação de entidades privadas sem fins lucrativos à margem dos procedimentos licitatórios previstos pela Lei nº 8.666/93.

Segundo a maioria da doutrina especializada, cuida-se de ajustes desprovidos de natureza contratual, em que ambas as partes se comprometem a cooperar com vistas à consecução de um fim comum. À falta de interesses contrapostos e de prestações comutativas, não se enquadrariam na definição do parágrafo único do artigo 2º da Lei nº 8.666/93, de modo que a escolha da entidade privada prescinde de licitação prévia.<sup>763</sup> As transferências de recursos públicos dar-se-iam no âmbito da atividade estatal de fomento: “o Estado não abre mão de serviço público para transferi-lo à iniciativa privada, mas faz

---

<sup>762</sup> Cf. TCU, Plenário, Acórdão nº 344/2014, Rel. Min. Walton Alencar Rodrigues: “A dispensa de licitação com base no art. 24, inciso XIII, da Lei 8.666/1993 para contratar instituição que utiliza profissionais não integrantes do seu quadro funcional para a execução do objeto contratual, caracterizando intermediação da prestação dos serviços, configura burla à licitação.”; TCU, Plenário, Acórdão nº 950/2010, Rel. Min. Benjamin Zymler: “Por ocasião da realização de contratações de instituições sem fins lucrativos, com fulcro no art. 24, inciso XIII, da Lei 8.666/1993, a Administração deve observar a existência de nexo efetivo entre o dispositivo, a natureza da instituição e o objeto contratado, além de demonstrar a compatibilidade dos preços oferecidos com aqueles praticados no mercado, e a comprovação por parte da instituição da capacidade de execução do objeto contratual com estrutura própria e de acordo com suas competências, sendo inadmissível, nesses casos, a subcontratação, ainda que parcial, dos serviços contratados.”

<sup>763</sup> Segundo a definição do parágrafo único do art. 2º da Lei nº 8.666/93, “considera-se contrato todo e qualquer ajuste entre órgãos ou entidades da Administração Pública e particulares, em que haja um acordo de vontades para a formação de vínculo e a estipulação de obrigações recíprocas, seja qual for a denominação utilizada.” A Lei nº 14.133/2021 suprimiu tal definição, de modo que o âmbito de incidência da Nova Lei de Licitações foi delimitado a partir da inclusão de diversas categorias de negócios jurídicos em seu art. 2º, e da exclusão de outras categorias em seu art. 3º, dentre as quais se destacam as contratações sujeitas a legislação própria.



parceria com a entidade, para ajudá-la, incentivá-la, a exercer atividades que, mesmo sem a estrutura de serviços públicos, atendem a necessidades coletivas”.<sup>764</sup>

Lamentavelmente, também aqui, não são poucas as ilicitudes constatadas pelos órgãos de fiscalização.<sup>765</sup> Mesmo quando o ajuste é precedido de algum tipo de processo seletivo simplificado, não raro a definição da entidade colaboradora resulta da aplicação de critérios de julgamento desprovidos de objetividade e pertinência mínimas.<sup>766</sup> Escolhas subjetivas dão azo a avenças viciadas, no curso das quais a entidade agraciada haverá de recompensar o administrador que a selecionou.<sup>767</sup>

A redação original da Lei nº 13.019/2014 introduziria avanços importantes no campo da moralização dos ajustes firmados entre Administração Pública e entidades privadas sem fins lucrativos, a que denominou organizações da sociedade civil (OSCs). Entre as principais medidas encontravam-se: i) divulgação dos valores aprovados na lei

---

<sup>764</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 293.

<sup>765</sup> “As relações jurídicas entre a Administração Pública e as entidades do terceiro setor têm sido campo fértil para os desvios dos objetivos que justificam a celebração de parcerias entre os setores público e privado para fomento de atividades sociais de interesse público; como também têm propiciado o desrespeito das finalidades institucionais das entidades parceiras; e, principalmente, têm provocado o desvio de vultosos recursos públicos para finalidades outras que não são de interesse público.” (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública*, p. 310)

<sup>766</sup> Os critérios de julgamento nos processos seletivos de organizações sociais usualmente atribuem elevado peso a juízos de qualidade dos projetos de gestão apresentados por cada organização social, o que dá margem a elevado grau de subjetividade.

<sup>767</sup> Como diagnosticado pelo Tribunal de Contas do Município do Rio de Janeiro e pelo Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, inúmeros ajustes firmados pela Secretaria Municipal de Assistência Social e Direitos Humanos na década passada obedeceram a essa lógica. Caso rumoroso – que redundou na propositura da Ação Civil Pública por Improbidade Administrativa nº 0369527-36.2015.8.19.0001, ainda em tramitação – foi o Convênio nº 151/2011, através do qual a entidade privada sem fins lucrativos que atendia pela curiosa denominação “Casa Espírita Testamento Esotérico Superior Legado Ortodoxo Oriental (TESLOO)” haveria de realizar a identificação e cadastramento de famílias de baixa renda em programas sociais. Do que consta da petição inicial, apesar de pareceres técnicos e jurídicos contrários à realização nos moldes propostos tanto do processo seletivo quanto da avença, ainda assim o responsável pela pasta decidiu levá-los a cabo, existindo indícios sérios de que o fez em troca de vantagem pecuniária. Ainda tramita em sede do Tribunal de Contas do Município do Rio de Janeiro o Processo nº 008/000377/2019, com o intuito de verificar se, à vista das inúmeras irregularidades detectadas na execução do convênio, foram tomadas as medidas necessárias ao ressarcimento das verbas públicas dispendidas.

orçamentária anual que poderiam ser executados por meio de parcerias (artigo 9º); ii) manutenção por prazo não inferior a 5 (cinco) anos – contados da apreciação da prestação de contas final – da relação das parcerias celebradas pela Administração em seu sítio oficial na internet (artigo 10); iii) previsão de que pelo menos dois terços dos membros da comissão de seleção e da comissão de monitoramento e avaliação fossem servidores públicos ocupantes de cargos permanentes (artigo 2º, X e XI); iv) aplicação do novo regime mais restritivo às organizações da sociedade civil de interesse público (OSCIPs), de que trata a Lei nº 9.790/99 (artigo 4º); v) previsão da elaboração de plano de trabalho pormenorizado, de que constassem a descrição objetiva de metas, objeto, prazos e parâmetros de avaliação, bem como a demonstração da compatibilidade dos custos da parceria com os valores de mercado ou de outras avenças similares (artigo 22); vi) obrigatoriedade da realização de procedimento seletivo prévio e isonômico, denominado chamamento público (artigo 24, *caput*); vii) exigência de que a OSC possuísse no mínimo 3 (três) anos de existência com cadastro ativo (artigo 24, § 1º, VII, a); viii) vedação à previsão no ato convocatório de quaisquer cláusulas restritivas à competição, em especial se referentes à localização da sede ou domicílio das OSCs participantes (artigo 24, § 2º); ix) regulamentação da utilização em rede de outras entidades que não a OSC titular da parceria (artigo 25); x) necessidade de que a OSC elaborasse regulamento de compras e contratações, que disciplinaria a utilização das verbas públicas a si transferidas (artigo 43); xi) responsabilização pessoal e solidária de ao menos um dirigente da OSC pela execução das atividades pactuadas e cumprimento de metas assumidas (artigo 37); xii) proibição de parcerias destinadas à terceirização de mão-de-obra e fornecimento de materiais consumíveis (artigo 40); xiii) restrições à liberação dos recursos públicos e às suas movimentação e aplicação financeira pela OSC (artigos 51 a 53).

Ao ver de Maria Sylvia Zanella di Pietro, o diploma “adotou uma série de medidas que, se devidamente monitoradas pelos órgãos de controle, podem contribuir para moralizar as parcerias com entidades do terceiro setor e corrigir

os abusos que atualmente se verificam”.<sup>768</sup> Ocorre que, antes mesmo de entrar em vigor, a Lei nº 13.019/2014 foi completamente descaracterizada pela Lei nº 13.204/2015, que alterou ou simplesmente revogou muitas das precauções adotadas pelo legislador original.

A começar pela transparência e facilitação do controle. Não há mais previsão de divulgação anual dos valores disponíveis à realização de termos de colaboração, termos de fomento ou acordos de cooperação. Tampouco foi mantida a possibilidade de criação de portal único na internet pelos entes públicos, para reunir informações sobre todas as parcerias por si celebradas. O prazo de manutenção da informação acerca da parceria no sítio eletrônico do ente público, por sua vez, foi limitado a 180 (cento e oitenta) dias, contados do término do ajuste. Quanto à composição das comissões de seleção e de monitoramento e avaliação, basta agora que um único componente seja ocupante de cargo efetivo ou emprego público permanente.

No que concerne à abrangência da lei, as OSCIPs foram dela expressamente excluídas, enquanto cooperativas e entidades religiosas passaram a ser por ela abarcadas. A exclusão das OSCIPs – cuja legislação de regência é bastante mais permissiva, se comparada à redação original da Lei nº 13.019/2014<sup>769</sup> – seria ainda mais lastimável se a obrigatoriedade do chamamento público para seleção da entidade parceira tivesse se mantido como regra geral. Entretanto, tantas foram as exceções inseridas pela Lei nº

---

<sup>768</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública*, p. 310.

<sup>769</sup> Maria Sylvia Zanella Di Pietro (*Parcerias na Administração Pública*, p. 295) há muito critica o desvirtuamento das OSCIPs: “Na prática, vem ocorrendo desvirtuamento das Oscips, tendo em vista que os termos de parceria com elas firmados nem sempre observam os seus fins institucionais, que são atividades privadas de interesse público, dentre as previstas no art. 3º da Lei nº 9.790 ou na respectiva legislação estadual e municipal. No entanto, dessa lei já decorria a ideia de que a participação do Poder Público deve se enquadrar na atividade de fomento: o objetivo é o de incentivar tais entidades pelo fato de prestarem atividade privada de interesse público. Elas não se prestam à delegação de serviços públicos nem podem ser contratadas pela Administração Pública para prestação de serviços ou obras (sob a forma de empreitada) ou para fornecimento de mão de obra, porque isso contraria os objetivos institucionais da entidade (que tem que se enquadrar em um dos previstos no art. 3º da lei). Elas devem atuar paralelamente ao Estado, e não substituir-se à Administração Pública. Na hipótese de admitir-se como válida a celebração de contratos de prestação de serviços ou de fornecimento de mão de obra com a Oscip, essa contratação está sujeita às normas da licitação, não podendo fazer-se por meio de termos de parceria.”

13.204/2015, que a realização do processo seletivo não mais pode ser considerada como tal.

A primeira exceção consta do artigo 29: os “termos de colaboração ou de fomento que envolvam recursos decorrentes de emendas parlamentares às leis orçamentárias anuais e os acordos de cooperação serão celebrados sem chamamento público”. Cabe aqui um esclarecimento. As emendas parlamentares são o instrumento através do qual Deputados Federais e Senadores podem, individualmente, direcionar a alocação de até 1,2% (um inteiro e dois décimos por cento) da receita corrente líquida prevista no projeto de lei orçamentária encaminhado pelo Poder Executivo. Por meio de tais emendas – cuja execução é obrigatória –, os parlamentares dispõem de discricionariedade total para destinar recursos públicos a seus Municípios de origem, fundos públicos de finalidade específica ou entidades privadas sem fins lucrativos.<sup>770</sup> Na média, entre 2014 e 2018, 13% (treze por cento) das emendas parlamentares individuais tiveram essas últimas instituições como beneficiárias.<sup>771</sup>

Na prática, como constatado em auditoria levada a efeito pelo Tribunal de Contas da União, a escolha das entidades privadas e projetos agraciados “depende mais da iniciativa e da articulação advinda do próprio congressista com suas bases eleitorais e de suas experiências prévias”, sem atenção às prioridades e orientações próprias à política pública existente. Conclui o relatório, então, pelo “risco de ocorrência de situações indesejáveis, principalmente na grave situação fiscal pela qual passa o país, de haver destinação de recursos para objetos não prioritários ou que requeiram soluções estruturais prévias”.<sup>772</sup>

---

<sup>770</sup> Cf. artigo 166, §§ 9º a 12, da Constituição da República, incluídos pela Emenda Constitucional nº 86. Segundo dados obtidos pelo Tribunal de Contas da União, o valor disponível para alocação via emendas parlamentares individuais em 2014 foi de R\$ 7,8 bilhões, que, divididos igualmente pelo quantitativo de congressistas, resultou em pouco mais de R\$ 13 milhões para cada um. Cf. Relatório de Auditoria que supedaneou a decisão plenária no Acórdão nº 2.704/2019, da relatoria do Ministro Vital do Rêgo, p. 5.

<sup>771</sup> Cf. Relatório de Auditoria, p. 16, TCU, Plenário, Acórdão nº 2.704/2019, Rel. Min. Vital do Rêgo.

<sup>772</sup> “Em um dos casos verificados, foi destinado recurso para que a Associação Fluminense de Reabilitação (AFR) adquirisse diversos equipamentos, dentre eles um baropodômetro de R\$

Segundo Irene Nohara, o direcionamento de recursos públicos em organizações da sociedade civil por indicação parlamentar favorece a captura das entidades do terceiro setor por agentes políticos, que vislumbram tais parcerias “como uma oportunidade de estreitar o vínculo com as suas bases, numa dinâmica atrasada focada na troca de favores (assistenciais)”, quando não na extração de vantagens ilícitas.<sup>773</sup>

Como se vê, a previsão legal de que a celebração de termos de colaboração e de fomento financiados com recursos públicos advindos de emendas parlamentares prescinde de chamamento público nada mais fez do que reforçar a sistemática discricionária adotada nessa seara da alocação orçamentária. Discricionariedade ilimitada, que sequer necessita se pautar pelos princípios reitores da eficiência e da razoabilidade, é porta escancarada para favorecimentos de cunho subjetivo e, em última análise, para a corrupção.

O artigo 30 da Lei nº 13.019/2014, com as alterações promovidas pela Lei nº 13.204/2015, passou a dispensar o chamamento público “no caso de atividades voltadas ou vinculadas a serviços de educação, saúde e assistência social, desde que executadas por organizações da sociedade civil previamente credenciadas pelo órgão gestor da respectiva política”. Despiciendo apontar que educação, saúde e assistência social são as áreas de atuação por excelência das organizações da sociedade civil, razão pela qual não é exagero afirmar que a regra geral passou a ser a dispensa do chamamento público, substituído pelo mero credenciamento prévio.

---

20.000,00. Essa associação é uma instituição filantrópica de utilidade pública. À semelhança das Santas Casas de Misericórdia, os recursos públicos representam parcela relevante de suas receitas e, por isso, as emendas parlamentares são importantes para elas. Não obstante, no caso em questão, o baropodômetro adquirido pela AFR foi destinado exclusivamente ao atendimento de consultas particulares não cobertas pelo SUS, com custo entre R\$ 250,00 a R\$ 420,00 para o usuário (peça 78, p. 82-84).” (cf. Relatório de Auditoria, p. 25, TCU, Plenário, Acórdão nº 2.704/2019, Rel. Min. Vital do Rêgo)

<sup>773</sup> NOHARA, Irene. “Poder econômico e limites jurídicos à captura da concertação social”, in *A Prevenção da Corrupção e Outros Desafios à Boa Governança da Administração Pública*, Instituto de Ciências Jurídico-Políticas da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2018, p. 69.

As exigências atinentes ao plano de trabalho, por sua vez, sofreram drástica atenuação. Foram suprimidas todas as referências do artigo 22 à mensuração objetiva de metas, detalhamento da finalidade da parceria e dos meios para concretizá-la, determinação de prazos, demonstração da compatibilidade dos custos a partir de elementos indicativos concretos etc.

Também o dispositivo que regulamentava a atuação de OSCs em rede foi atalhado. Originalmente, a rede era autorizada apenas “para a execução de iniciativas agregadoras de pequenos projetos” e, ainda assim, desde que tal possibilidade constasse do edital do chamamento público e do plano de trabalho, entre outras condicionantes. No atual artigo 35-A, não há qualquer restrição à atuação de outras OSCs, bastando que comprovem sua regularidade jurídica e fiscal àquela que celebrou o termo de fomento ou de colaboração. Como se vê, o próprio legislador legitimou a “subcontratação” de OSCs estranhas à parceria, diferindo o exame de sua licitude para o momento da prestação de contas.

Flexibilizada, a exigência de pelo menos 5 (cinco) anos de inscrição ativa junto ao Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas – CNPJ passou a ser de 3 (três), 2 (dois) ou 1 (um) ano, a depender do ente federativo a firmar a parceria (artigo 33, V, a). Por outro lado, o novo parágrafo 2º do artigo 24 passou a admitir que os atos convocatórios impeçam a participação de OSCs não sediadas ou sem “representação atuante e reconhecida na unidade da Federação onde será executado o objeto da parceria”, como também daquelas que ali não tenham prestado atividades ou executado projetos anteriormente. Em suma, a lei, em sentido diametralmente oposto àquilo que veiculava em sua versão original e na contramão do princípio da competitividade, passou a agasalhar cláusulas discriminatórias fundadas em critérios geográficos.<sup>774</sup> Resta saber a quem interessará tal medida restritiva.

---

<sup>774</sup> Compare-se a redação dos dispositivos. Na versão original: “Art. 26, § 2º É vedado admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo e estabeleçam preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou do domicílio dos concorrentes ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto da parceria.”; na redação atual: § 2º É vedado admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo em decorrência

As obrigações da OSC parceira, por seu turno, foram em muito reduzidas. Não há mais necessidade de elaboração e aprovação de regulamento das compras e contratações realizadas pela OSC com recursos públicos a si transferidos, nem previsão da utilização de sistema eletrônico aberto ao público via internet para o processamento de tais transações. Tampouco resistiram à Lei nº 13.240/2015 a maioria das normas que regulavam os gastos passíveis de custeio com as verbas públicas transferidas à OSC, em especial aquelas atinentes aos “custos indiretos necessários à execução do objeto”.

Para concluir esta breve análise da Lei nº 13.019/2014, duas últimas alterações que igualmente dão larga margem ao desvirtuamento dos termos de fomento e colaboração. Da nova redação do artigo 40 deixou de constar a vedação à utilização das parcerias para “prestação de serviços ou de atividades cujo destinatário seja o aparelho administrativo do Estado”, “contratação de serviços de consultoria” e “o apoio administrativo, com ou sem disponibilização de pessoal, fornecimento de materiais consumíveis ou outros bens”. Por óbvio, a intenção foi preservar o *status quo*, em que entidades privadas sem fins lucrativos nada mais são do que intermediários à contratação de mão de obra terceirizada e aquisição de bens sem licitação.

Finalmente, a modificação da sistemática de pagamentos a fornecedores pelas OSCs beira o escárnio. O novo parágrafo 2º do artigo 53 permite a realização de pagamentos em espécie, desde que demonstrada a “impossibilidade física” de realização de transferência eletrônica, *tout court*. O antigo artigo 54 veiculava norma semelhante, mas impunha no *caput* e nos 6 incisos que o complementavam uma série de pré-requisitos cumulativos. Como é cediço, pagamentos em espécie são fórmula costumeira de dissimulação de desvios e branqueamento de recursos, razão pela qual sua utilização,

---

de qualquer circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto da parceria, admitidos: I - a seleção de propostas apresentadas exclusivamente por concorrentes sediados ou com representação atuante e reconhecida na unidade da Federação onde será executado o objeto da parceria; II - o estabelecimento de cláusula que delimite o território ou a abrangência da prestação de atividades ou da execução de projetos, conforme estabelecido nas políticas setoriais.”

mormente quando se tratar de verbas públicas, somente há de ser considerada legítima em situações excepcionalíssimas, devidamente justificadas.

Mas talvez o movimento de fuga da Administração à aplicação do regime de direito público, assim como de demissão dos controles de meio em prol de um duvidosíssimo controle de resultado, tenha na contratação das organizações sociais – OSs, reguladas pela Lei nº 9.637/98, sua mais bem acabada tradução. A contratação de OSs é causa de dispensa de licitação<sup>775</sup>, de conformidade com o inciso XXIV do artigo 24 da Lei nº 8.666/93, e uma das hipóteses em que, na prática, mais comumente são verificadas condutas ilícitas.

Em suma, tal normativa prevê: i) a qualificação como organizações sociais de entidades particulares sem fins lucrativos, cujas atividades sejam dirigidas ao ensino, à pesquisa científica, ao desenvolvimento tecnológico, à proteção e preservação do meio ambiente, à cultura e à saúde (artigos 1º e 2º), desde que apresentem determinada estrutura societária (artigos 3º e 4º); ii) a celebração de contrato de gestão entre a Administração Pública e organizações sociais, “com vistas à formação de parceria entre as partes para fomento e execução de tais atividades” (artigos 5º a 7º); iii) os mecanismos de fiscalização da execução do contrato de gestão (artigos 8º a 10), bem como a possibilidade de destinação de recursos, bens e servidores públicos à entidade privada (artigos 11 a 15); iv) a absorção por organizações sociais de atividades desenvolvidas por órgãos ou entidades públicos, se incluídas no âmbito da lei (artigos 18 a 22).

Da leitura dos artigos 5º e 8º da Lei nº 9.637/98 extrai-se que o contrato de gestão é a formalização de uma colaboração público-privada, celebrada pelo Estado com determinadas entidades privadas sem fins lucrativos no campo de sua atividade de fomento. Tal cooperação não implicaria delegação

---

<sup>775</sup> Considerando que o inciso XXIV do art. 24 da Lei nº 8.666/93 não foi reproduzido entre os incisos do art. 75 da Lei nº 14.133/2021, os contratos de gestão com organizações sociais regulados pela Lei nº 9.637/98 se encontram fora da incidência da Nova Lei de Licitações, que expressamente não se aplica a “contratações sujeitas a normas previstas em legislação própria” (art. 3º, II).



de competência pública à organização social, que continuaria a atuar no âmbito da iniciativa privada e no exercício de direito próprio. Essa foi a tese encampada pelo Supremo Tribunal Federal por ocasião do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.923/DF, que analisou a conformidade da Lei nº 9.637/98 à luz da Carta Maior. Não é essa, contudo, a realidade – jurídica e prática – dos contratos de gestão.

Da análise sistemática da Lei nº 9.637/98 – resultado da conversão da Medida Provisória nº 1.648-7/98, editada no contexto do Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado – é possível depreender que sua verdadeira intenção foi privatizar a gestão de serviços de natureza pública, através de sua transferência a particulares.<sup>776</sup> Na seara federal, como dão conta o artigo 20 e o Decreto nº 9.190/2017, que tardiamente o regulamentou, projeta-se mesmo a substituição de órgãos ou entidades da Administração Pública por organizações sociais. À similitude do que foi determinado pelo artigo 21, as OSs absorvem as atividades, patrimônio e pessoal da antiga estrutura pública, que, conseqüentemente, é extinta.<sup>777</sup>

Nos Estados e Municípios, entretanto, as organizações sociais não costumam absorver funções e substituir estruturas estatais; limitam-se, na realidade, a gerir os serviços públicos que lhes são delegados, mais à semelhança do regime próprio às OSCIPs. Na área da saúde, quase a

---

<sup>776</sup> Como sintetiza MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO (*Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 620- 621): “Aparentemente, a organização social vai exercer atividade de natureza privada, com incentivo do Poder Público, dentro da atividade de fomento. No entanto, na realidade, o real objetivo é o de privatizar a forma de gestão do serviço público delegado pelo Estado. (...) O Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado fala em *publicização* e a própria Lei nº 9.637/98, logo na ementa, fala em *Programa Nacional de Publicização*, para definir a forma como se substituirá uma entidade pública por uma entidade particular qualificada com organização social. No entanto, apesar da terminologia utilizada, não há qualquer dúvida quanto a tratar-se de um dos muitos instrumentos de privatização de que o Governo vem se utilizando para diminuir o tamanho do aparelhamento da Administração Pública. A atividade prestada pelo Poder Público, no regime jurídico publicístico, passa a ser prestada por entidade privada, no regime jurídico de direito privado, parcialmente derogado por normas publicísticas(...)”

<sup>777</sup> “Art. 20. Será criado, mediante decreto do Poder Executivo, o Programa Nacional de Publicização - PNP, com o objetivo de estabelecer diretrizes e critérios para a qualificação de organizações sociais, a fim de assegurar a absorção de atividades desenvolvidas por entidades ou órgãos públicos da União, que atuem nas atividades referidas no art. 1º, por organizações sociais, qualificadas na forma desta Lei, observadas as seguintes diretrizes: I - ênfase no atendimento do cidadão-cliente; II - ênfase nos resultados, qualitativos e quantitativos nos prazos pactuados; III - controle social das ações de forma transparente.”

integralidade das unidades públicas – hospitais, unidades de pronto atendimento, postos de saúde, programas de atenção à saúde da família etc. – passaram a ser geridas por OSs. Uma vez firmado o contrato de gestão, a OS ocupa o equipamento cuja administração foi a si transferida e passa – em seu nome e sob regime de direito privado, mas sempre se utilizando de verbas públicas – a contratar profissionais de saúde e empresas de prestação de serviços, adquirir equipamentos, medicamentos e demais insumos. Não por acaso, segundo informações coletadas no portal da transparência governamental, em 2019 o Estado do Rio de Janeiro destinou mais de 2 bilhões de reais (mais de 300 milhões de euros) à OSs que atuam na saúde.<sup>778</sup>

Ocorre que, a despeito das somas altíssimas geridas pelas OSs, equiparáveis ao quantitativo destinado às empreiteiras para realização de obras de engenharia infraestruturais, o arcabouço de controle previsto na Lei nº 9.637/98 – e em suas congêneres estaduais e municipais ainda mais – revela-se bastante falho. Em primeiro lugar, para além do preenchimento de requisitos de natureza formal, a qualificação como organização social depende exclusivamente do juízo de oportunidade e conveniência da autoridade pública competente. Segundo, como já se adiantou, a contratação de OSs independe de licitação prévia, de conformidade com o inciso XXIV do artigo 24 da Lei 8.666/93 e artigo 3º, II, da Lei nº 14.133/2021, bastando a realização de um processo seletivo “objetivo e impessoal”, segundo as balizas estabelecidas pelo Supremo Tribunal Federal quando do julgamento da citada Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.923/DF. Terceiro, as avenças realizadas pela OS tampouco obedecem à lógica das licitações, bastando-lhes, segundo o artigo 17, elaborar um “regulamento próprio contendo os procedimentos que adotará para a contratação de obras e serviços, bem como para compras com emprego de recursos provenientes do Poder Público”, de modo que, como assinalou a Suprema Corte, tais ajustes “sejam conduzidos de forma pública, objetiva e impessoal, com observância dos princípios do *caput* do art. 37 da CF”. Quarto, a execução do contrato de gestão será objeto de fiscalização ordinária apenas ao término de cada exercício, quando, de conformidade com o parágrafo 1º do

---

<sup>778</sup> Conforme dados obtidos no endereço eletrônico <[http://www.fazenda.rj.gov.br/tfe-download/fornecedor\\_ob.zip](http://www.fazenda.rj.gov.br/tfe-download/fornecedor_ob.zip)>, consultado em 20/08/2020.

artigo 8º, a OS apresentará relatório de que conste “comparativo específico das metas propostas com os resultados alcançados, acompanhado da prestação de contas correspondente ao exercício financeiro”.

De acordo com o diagnóstico da Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e à Lavagem de Dinheiro (ENCCLA)<sup>779</sup>, os principais problemas detectados na etapa de qualificação da entidade privada sem fins lucrativos como OS são: i) constituição irregular ou alteração de natureza jurídica de entidades associativas para qualificação como OS; ii) “vendas” de inscrições junto ao Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas; iii) comprovação inadequada do requisito de experiência e capacidade técnica; iv) não comprovação efetiva da constituição da OS por tempo mínimo consoante dos critérios de qualificação; v) habilitação meramente documental, sem diligências sobre a idoneidade dirigentes e responsáveis técnicos; vi) ausência de investigação sobre mera reformulação de entidades anteriores desqualificadas ou que foram objeto de rescisão; vii) falta de análise criteriosa e detalhada (*due diligence*) para aferir a regularidade das OSs.<sup>780</sup>

O relatório da ENCCLA prossegue, para apontar as principais deficiências no processo de escolha da OS com que firmar contrato de gestão: i) planejamento insatisfatório e emergências criadas; ii) aprovações legislativas sem maturação ou consultas públicas aprovadas em regimes de urgência (com prevalência, em particular, no âmbito municipal); iii) processos seletivos iniciados sem dotação orçamentária disponível; iv) processos seletivos sem detalhamento suficiente; v) processos seletivos com indícios de

---

<sup>779</sup> “A Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e à Lavagem de Dinheiro (ENCCLA), criada em 2003, é a principal rede de articulação para o arranjo e discussões em conjunto com uma diversidade de órgãos dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário das esferas federal e estadual e, em alguns casos, municipal, bem como do Ministério Público de diferentes esferas, e para a formulação de políticas públicas e soluções voltadas ao combate àqueles crimes.” (<<http://enccla.camara.leg.br/quem-somos>>, acesso em 22/08/2020)

<sup>780</sup> *Boas Práticas: Contratualização de Resultados na Saúde*. ENCCLA, novembro/2018, p. 15, <<http://enccla.camara.leg.br/acoes/ENCCLA2018Ao03ReferencialdeBoasPrcticasContratualizao deResultadosnaSade.pdf>>, consultado em 22/08/2020.

direcionamento; vi) critérios de seleção de unidades e áreas de gestão por OS imprecisos, incompletos e mal detalhados.<sup>781</sup>

O sistema é de tal forma lasso que não tardaram a eclodir casos escandalosos de corrupção. Como bem esclarece Eduardo Santos de Carvalho, os principais fatores pelos quais os contratos de gestão afiguram-se tão sujeitos à corrupção são: i) o grande volume de recursos públicos neles envolvidos, comparável a obras de engenharia de vulto; ii) a utilização de mecanismos corriqueiros e pouco custosos para ocultação dos desvios de verbas públicas e o posterior branqueamento dos valores deles resultantes – a exemplo de pessoas interpostas (“laranjas”), empresas fictícias (“fantasmas”) e emissão de notas fiscais fraudulentas (“frias”); iii) a ausência de controle estatal eficiente, tanto na fase da contratação quanto na etapa da execução do contrato de gestão.<sup>782</sup>

Ainda que, de início, as organizações sociais pudessem ser entidades realmente sem fins lucrativos, espontaneamente organizadas pela sociedade civil com o intento de prestar serviços de relevância pública à comunidade, o que se vê é a captura da maioria por empresários ou grupos empresariais, interessados em aceder aos volumosos recursos públicos que movimentam.<sup>783</sup> Caso emblemático desse fenômeno é a Cruz Vermelha Brasileira (CVB), instituição centenária outrora de indisputável credibilidade. Como revelou a “Operação Calvário”, realizada em conjunto pelos Ministérios Públicos dos

---

<sup>781</sup> CARVALHO, Eduardo Santos de. “Corrupção e a Fiscalização das Organizações Sociais de Saúde”, in *A atuação do Ministério Público em face das organizações sociais de saúde*. Conselho Nacional do Ministério Público: Brasília, 2019, p. 14.

<sup>782</sup> CARVALHO, Eduardo Santos de. “Corrupção e a Fiscalização das Organizações Sociais de Saúde”, pp. 60-61.

<sup>783</sup> CARVALHO, Eduardo Santos de. “Corrupção e a Fiscalização das Organizações Sociais de Saúde”, p. 62: “Em todos os escândalos de corrupção envolvendo organizações sociais, uma mesma dinâmica se repete: a ‘entidade sem fins lucrativos’ é apenas uma fachada, uma ficção jurídica que viabiliza o acesso a imensos volumes de dinheiro público, ao mesmo tempo em que oculta a real natureza da atividade econômica desempenhada. Via de regra, as organizações sociais que efetivamente disputam e ganham contratos milionários com a Administração Pública são empresas disfarçadas; mais precisamente, costumam ser braços de um grupo empresarial, que se traveste da roupagem jurídica de entidade sem fins lucrativos para ter acesso aos recursos públicos disponibilizados pelos contratos de gestão. Ainda que as disposições estatutárias da organização social preencham todos os requisitos para sua qualificação jurídica como uma entidade sem fins lucrativos, quase sempre quem exerce de fato o poder decisório sobre a organização social é um empresário (ou uma sociedade de empresários), que é quem efetivamente controla a atividade da ‘entidade sem fins lucrativos’.”

Estados do Rio de Janeiro e da Paraíba, em troca de soma considerável, dirigentes da CVB permitiram que empresário interessado em ingressar no mercado de gestão de saúde pública por OSs, após se apropriar da “marca” CVB, passasse a atuar em paralelo e firmar contratos de gestão de unidades de saúde. No Estado da Paraíba, o empresário associou-se criminosamente ao então Governador e, após influenciar a criação da figura da OS naquele ente federativo, foi agraciado com a gestão de unidade de saúde, após processo seletivo flagrantemente direcionado.<sup>784</sup>

Caso recentíssimo desvelou a realidade da maioria das contratações de OSs. As investigações levadas a efeito pelo Ministério Público Federal, a partir de fatos criminosos relatados pelo Secretário de Saúde do Estado do Rio de Janeiro que ocupou a pasta de 1º de janeiro de 2019 a 17 de maio de 2020, não deixam margem à dúvida: está-se diante de enorme porta de entrada à corrupção. Em suma, em troca do recebimento de valores substanciais – equivalentes a 5% do montante transferido às OSs via contratos de gestão<sup>785</sup> –, governantes e servidores públicos fluminenses se associaram aos empresários controladores – nem sempre ostensivos – daquelas entidades e a elas direcionavam os processos seletivos, para tanto se utilizando de exigências de habilitação descabidas.<sup>786</sup>

---

<sup>784</sup> Para maiores esclarecimentos sobre o *modus operandi* da organização criminosa, veja-se a denúncia oferecida pelo Ministério Público do Estado da Paraíba, acessível por meio do endereço <<http://www.mppb.mp.br/images/IMPrensa/denuncias-calvario/10.-calvario-cvb.pdf>>, acesso em 22/08/2020.

<sup>785</sup> Porque extremamente elucidativo, confira-se o excerto do depoimento prestado pelo ex-Secretário de Estado delator, transcrito na Medida Cautelar Inominada Criminal nº 35/DF, postulada pelo Ministério Público Federal ao Superior Tribunal de Justiça como desdobramento da “Operação Placebo”: “Assim, as contratações de organizações sociais na área de saúde envolvem o montante anual de, aproximadamente, R\$ 2.000.000.000,00 (dois bilhões de reais), ou, ainda, R\$ 8.000.000.000,00 (oito bilhões de reais) durante o mandato do Governador do Estado, desconsiderando-se eventual reeleição. Nesse diapasão, a organização criminosa, somente com esse esquema criminoso de contratação de organizações sociais na área de saúde, tinha por pretensão angariar quase R\$ 400.000.000,00 (quatrocentos milhões de reais) de valores ilícitos, ao final de quatro anos, na medida em que objetivava cobrar 5% de propina de todos os contratos.” (disponível em <[https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/wp-content/uploads/sites/41/2020/08/cautelar-cometa-prisao-preventiva-final-1\\_280820204148.pdf](https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/wp-content/uploads/sites/41/2020/08/cautelar-cometa-prisao-preventiva-final-1_280820204148.pdf)>, acesso em 29/08/2020)

<sup>786</sup> Consta, ainda, do mesmo depoimento: “Que a Secretaria de Estado de Saúde possuía, em 2019, alguns contratos a vencer, como o do Hospital Getúlio Vargas que era gerenciado pela PRO SAUDE; (...) Que EDSON TORRES e VICTOR BARROSO indicaram a Organização Social SPDM de São Paulo para vencer a licitação; [...] Que para direcionar o processo seletivo para a mencionada OS, foi feita uma alteração dos critérios de técnica e preço por parte de SCARDUA; Que a SPDM de fato, em razão disso, iria ser a ganhadora pelos critérios

O caráter sistêmico da corrupção na seara da contratação de organizações sociais restou evidenciado por ocasião do processo de *impeachment* do ex-Governador do Estado do Rio de Janeiro Wilson Witzel perante o Tribunal Especial Misto do TJRJ, em que o ex-Secretário Estadual de Saúde Edmar Santos prestou a seguinte declaração: “[t]odas as Organizações Sociais que atuam na área da Saúde do estado estão comprometidas. Não existe nenhuma que atue de forma lícita, sem destinar algum recurso extra para agentes do governo. Mesmo as que venceram as licitações de forma regular também procedem dessa forma”.<sup>787</sup>

Há casos em que a contratação de organizações sociais oculta crimes ainda piores do que a corrupção. Segundo investigação da Polícia Civil de São Paulo, agentes ligados à facção criminosa Primeiro Comando da Capital (PCC) teriam assumido o controle da OSCIP Instituto Inovação em Gestão Pública, contratada pela Prefeitura de Arujá para gestão do hospital e de postos de saúde do Município. Para além de fraudar licitações mediante pagamento de suborno a agentes municipais<sup>788</sup>, a facção se utilizaria da organização social para lavagem de dinheiro e aquisição de opioides desviados para o tráfico de entorpecentes<sup>789</sup>.

---

estabelecidos; Que, no entanto, antes do julgamento das propostas, VICTOR e EDSON mudam de ideia quanto à SPDM, orientando que outra OS deveria ganhar o processo licitatório; Que EDSON e VICTOR determinam que quem deveria ganhar o processo seria a OS INSTITUTO SOLIDÁRIO; (...) Que de fato o INSTITUTO SOLIDÁRIO ganhou o processo seletivo; Que o colaborador ressalta que a manipulação do processo poderá ser facilmente comprovada da sua análise documental, uma vez que possui muitas fragilidades; (...) Que o colaborador não sabe quanto ficou ajustado por EDSON e VICTOR com a citada OS; Que a regra era cobrança de 4 a 5% de OS e 20% dos ‘restos a pagar’.”

<sup>787</sup> Disponível no endereço eletrônico <<http://www.tjrj.jus.br/noticias/noticia/-/visualizar-conteudo/5111210/8003013>>, acesso em 07/05/2021.

<sup>788</sup> Cf. reportagem de Allan de Abreu e Josmar Jozinho intitulada “PCC veste branco”, publicada no sítio eletrônico da Revista Piauí, disponível em <<https://piaui.folha.uol.com.br/pcc-veste-branco/>>, acesso em 30/07/2021.

<sup>789</sup> Segundo apurado, os traficantes de entorpecentes que controlavam a organização social realizavam compras de grande volume de opioides com o prazo de validade próximo do vencimento. Expirada a sua validade, os medicamentos eram descartados, recolhidos em seguida por empresa de coleta de lixo (também controlada pela facção criminosa), e destinados ao tráfico para serem misturados à cocaína trazida do exterior (Valmar Hupsel e Marcelo Godoy, “Grupo do PCC domina cargos e licitações da Saúde e da coleta de lixo em cidade da Grande SP”, em <<https://sao-paulo.estadao.com.br/noticias/geral,grupo-do-pcc-domina-cargos-e-licitacoes-da-saude-e-da-coleta-de-lixo-em-cidade-da-grande-sp,70003402171>>).

Como se vê, na prática, a maior parte dos processos seletivos para escolha das OSs com as quais a Administração firmará contratos de gestão nada tem de objetivo e impessoal. Tal qual foi concebido – e referendado pelo Supremo Tribunal Federal – o modelo de transferência da administração de serviços públicos por OSs “consiste: i) na entrega de dinheiro público para um gestor privado, cuja escolha prescinde dos procedimentos de garantia da isonomia e impessoalidade (concurso público e licitação); ii) à vista da ausência dos mecanismos de controle interno e externo da Administração Pública, o gestor privado é exortado a se comportar em conformidade com os princípios constitucionais, na esperança de que o resultado seja uma prestação mais eficiente do serviço público”.<sup>790</sup> O incentivo à fraude é, pois, óbvio<sup>791</sup>; bem menos evidente é o decantado benefício à eficiência da prestação do serviço público, traduzido em maior flexibilidade para contratação de pessoal (à margem da obrigatoriedade de concurso público) e aquisição de materiais, equipamentos e insumos (sem necessidade de licitação prévia).

Na tentativa de melhor regular as contratações de OS para prestação de serviços de saúde, o Plenário do Tribunal de Contas da União, por ocasião do Acórdão nº 2.057/2016, da relatoria do Ministro Bruno Dantas, proferiu as seguintes orientações, na esteira do acórdão do Supremo Tribunal Federal:

“a) apesar de abrir mão da execução direta dos serviços de saúde objeto de contratos de gestão, o Poder Público mantém responsabilidade de garantir que sejam prestados na quantidade e qualidade apropriados;

---

<sup>790</sup> CARVALHO, Eduardo Santos de. “Corrupção e a Fiscalização das Organizações Sociais de Saúde”, p. 61.

<sup>791</sup> CARVALHO, Eduardo Santos de. “Corrupção e a Fiscalização das Organizações Sociais de Saúde”, p. 63: “Como a seleção das organizações sociais que celebrarão contratos de gestão com a Administração Pública com frequência ocorre por meio de processos viciados e direcionados, usualmente o empresário-controlador se associa a um agente público ou político que possa lhe “abrir as portas” junto à entidade contratante, viabilizando seu acesso aos recursos públicos, e assegurando a manutenção, prorrogação ou renovação de seu contrato de gestão. Em retribuição, o empresário-controlador compromete-se com o pagamento de vantagens pecuniárias ao agente público, tanto mediante entrega de propinas (normalmente na forma de ‘comissão’ ou percentual sobre os valores recebidos) quanto de contribuições não declaradas para campanhas políticas.”

- b) do processo de transferência do gerenciamento dos serviços de saúde para organizações sociais deve constar estudo detalhado que contemple a fundamentação da conclusão de que a transferência do gerenciamento para organizações sociais mostra-se a melhor opção, avaliação precisa dos custos do serviço e dos ganhos de eficiência esperados, bem assim planilha detalhada com a estimativa de custos a serem incorridos na execução dos contratos de gestão;
- c) a escolha da organização social para celebração de contrato de gestão deve, sempre que possível, ser realizada a partir de chamamento público, devendo constar dos autos do processo administrativo correspondente as razões para sua não realização, se for esse o caso, e os critérios objetivos previamente estabelecidos utilizados na escolha de determinada entidade, a teor do disposto no art. 7º da Lei 9.637/1998 e no art. 3º combinado com o art. 116 da Lei 8.666/1993;
- d) as organizações sociais submetem-se a regulamento próprio sobre compras e contratação de obras e serviços com emprego de recursos provenientes do Poder Público, observados os princípios da impessoalidade, moralidade e economicidade, sendo necessário, no mínimo, cotação prévia de preços no mercado;
- e) não é necessário concurso público para organizações sociais selecionarem empregados que irão atuar nos serviços objeto de contrato de gestão, entretanto, durante o tempo em que mantiverem contrato de gestão com o Poder Público Federal, devem realizar processos seletivos com observância aos princípios constitucionais da impessoalidade, publicidade e moralidade;
- f) os Conselhos de Saúde devem participar das decisões relativas à terceirização dos serviços de saúde e da fiscalização da prestação de contas das organizações sociais, a teor do disposto no art. 1º, §2º, da Lei Federal 8.142/1990;
- g) os contratos de gestão devem prever metas, com seus respectivos prazos de execução, bem assim indicadores de qualidade e produtividade, em consonância com o art. 7º, inciso I, da Lei 9.637/1998;
- h) os indicadores previstos nos contratos de gestão devem possuir os atributos necessários para garantir a efetividade da avaliação dos resultados



alcançados, abrangendo as dimensões necessárias à visão ampla acerca do desempenho da organização social;

i) a comissão a quem cabe avaliar os resultados atingidos no contrato de gestão, referida no art. 8º, §2º, da Lei 9.637/1998, deve ser formada por especialistas da área correspondente;

j) devem ser realizados estudos que indiquem qual sistema de remuneração dos serviços prestados é mais adequado para o caso específico do objeto do ajuste a ser celebrado, levando em consideração que a escolha da forma de pagamento por tempo, por procedimentos, por caso, por capitação ou a combinação de diferentes métodos de remuneração possui impacto direto no volume e na qualidade dos serviços prestados à população;

k) os processos de pagamento das entidades contratadas devem estar suportados por documentos que comprovem que os serviços foram efetivamente prestados - demonstrando o controle da frequência dos profissionais, os procedimentos realizados, os pacientes atendidos - e que garantam que os impostos, taxas e encargos trabalhistas aplicáveis ao caso foram devidamente recolhidos;

l) não há amparo legal na contratação de mão de obra por entidade interposta mediante a celebração de termos de compromisso com organizações da sociedade civil de interesse público ou de instrumentos congêneres, tais como convênios, termos de cooperação ou termos de fomento, firmados com entidades sem fins lucrativos;

m) deve ser promovido, no âmbito das unidades federativas, o fortalecimento dos órgãos de controle e de gestão de modo a se permitir o acompanhamento efetivo dos contratos de gestão.”

#### 11.4. Aspectos procedimentais da contratação direta

Contratação direta não é sinônimo de atuação administrativa livre, porquanto imperativo ao administrador seguir um procedimento, ainda que mais simplificado, destinado a promover a realização da melhor contratação possível, assegurado o respeito aos princípios administrativos basilares. Para tanto, assim como nos casos em que haverá licitação, o planejamento adequado é fase importantíssima, “eis que a presença dos requisitos

indispensáveis à dispensa ou à inexigibilidade apenas poderá ser identificada depois de exauridas as etapas iniciais de identificação do objeto e das soluções cabíveis.”<sup>792</sup>

Consoante disposto no artigo 26 da Lei nº 8.666/93, do procedimento administrativo<sup>793</sup> deverá constar: i) a comprovação, por meio de documentos e estudos técnicos, da inviabilidade de competição – se caso de inexigibilidade – ou da subsunção da situação fática à hipótese legal de dispensa; ii) a justificativa de preço; iii) a razão da escolha do fornecedor ou executante; iv) a comunicação à autoridade superior, para ratificação e publicação. O artigo 72 da Lei nº 14.133/2021 ampliou o rol de exigências preliminares à contratação direta<sup>794</sup>, para incluir: i) estimativa de despesa e demonstração de compatibilidade com a previsão orçamentária; ii) parecer jurídico e, se necessário, pareceres técnicos; iii) comprovação do preenchimento dos requisitos de habilitação e qualificação.

É dever do administrador demonstrar a existência de correlação lógica entre a situação fática e quaisquer das hipóteses legais de contratação direta, sob pena de nulidade do ato por ausência de motivação válida.<sup>795</sup> Demonstrado

---

<sup>792</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*, p. 646.

<sup>793</sup> A instauração de procedimento administrativo regular é obrigatória mesmo nas hipóteses de dispensa de licitação por emergência. Nesse sentido, confira-se TCU, Primeira Câmara, Acórdão nº 3.083/2007, Rel. Min. Marcos Bemquerer: “Mesmo no caso de dispensa de licitação por situação emergencial, é dever da instituição contratante formalizar o respectivo processo, caracterizando a situação, a razão da escolha do prestador de serviço e a justificativa do preço, e publicar o ato de dispensa na imprensa oficial, sendo vedada a prestação de serviços sem a cobertura de contrato devidamente formalizado, por expressa previsão do art. 60, parágrafo único, da Lei 8.666/1993.” Como esclarece MARÇAL JUSTEN FILHO (*Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*, p. 645), “[s]omente em hipóteses limite é que a Administração estaria autorizada a contratar sem o cumprimento dessas formalidades. Seriam aqueles casos de emergência tão grave que a demora, embora mínima, pusesse em risco a satisfação dos valores a cuja realização se orienta a atividade administrativa.”

<sup>794</sup> Nos termos do art. 72, I, da Lei nº 14.133/2021, a necessidade da contratação deverá ser demonstrada em “documento de formalização de demanda e, se for o caso, estudo técnico preliminar, análise de riscos, termo de referência, projeto básico ou projeto executivo”.

<sup>795</sup> MOREIRA, Egon Bockmann e GUIMARÃES, Fernando Vernalha. *Licitação Pública*, p. 516: “Fundamentalmente, devem ser explicitadas as razões fáticas e jurídicas que conduziram à opção pela contratação direta. Tanto a situação fática subjacente como o fundamento legal autorizativo devem ser devidamente explicados na motivação exigida pela norma. Mais que isso, o administrador haverá de demonstrar a correlação lógica entre a hipótese fática e o motivo legal (entendido, aqui, como a hipótese normativa autorizativa da dispensa ou

o enquadramento da situação fática à previsão legal autorizativa da dispensa, ou, se de inexigibilidade se tratar, constatada a inviabilidade de competição efetiva, o contratante haverá de fazer constar do procedimento administrativo pesquisas de preço e planilhas de composição de custo, em obediência ao inciso III do parágrafo único do artigo 26 da Lei nº 8.666/93 e incisos II e VII do artigo 72 da Lei nº 14.133/2021. Ainda que a contratação não seja precedida de licitação, aplicam-se-lhe, por óbvio, os princípios da legalidade, da moralidade e da economicidade. Assim, uma vez que há dispêndio de verbas públicas, é dever do administrador demonstrar a razoabilidade do preço arbitrado, por meio de seu cotejo com os valores praticados em contratações similares. Impositiva, pois, a ampla pesquisa de mercado, através da consulta a sistemas de referência de preços, sistemas de compras governamentais, atas de sistema de registro de preços e histórico recente de aquisições análogas realizadas por outros entes públicos ou mesmo particulares.

Vai nessa toada a Instrução Normativa nº 5/2014, editada pela Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, aplicável às compras de bens e serviços gerais no âmbito da União Federal. O artigo 2º prevê os parâmetros que a serem utilizados quando da realização de pesquisa de preços: i) painel de preços<sup>796</sup>; ii) contratações similares de outros entes públicos, em execução ou concluídos nos 180 (cento e oitenta) dias anteriores à data da pesquisa de preços; iii) pesquisa publicada em mídia especializada, sítios eletrônicos especializados ou de domínio amplo, desde que contenha a data e hora de acesso; ou iv) pesquisa com os fornecedores, desde que as datas das pesquisas não se diferenciem em mais de 180 (cento e oitenta) dias. Muito importante: ainda que os balizamentos possam ser utilizados de forma combinada, o administrador, por força do parágrafo 1º, deve priorizar os dois primeiros, dotados que são de maior objetividade.

---

inexigibilidade) que ensejou a contratação direta. A alegação fática deve estar devidamente comprovada, mediante documentos e diligências acostados ao processo.”

<sup>796</sup> Disponível no endereço eletrônico <<http://paineldeprecos.planejamento.gov.br>>.

A jurisprudência copiosa do Tribunal de Contas da União é indício forte do quão frequentemente administradores costumam descumprir esta sua obrigação, arriscando-se – mesmo que não haja indícios de sobrepreço ou superfaturamento – à aplicação de sanções pecuniárias. Nesse sentido, o Acórdão nº 4.984/2018, da relatoria do Ministro Vital do Rêgo, proferido pela Primeira Câmara: “[a]inda que afastada a existência de sobrepreço ou superfaturamento, a falta de pesquisa de mercado no âmbito do processo de contratação direta representa irregularidade grave, por descumprimento ao art. 26, parágrafo único, inciso III, da Lei 8.666/1993, sendo suficiente para a aplicação de multa pelo TCU.”<sup>797</sup>

No caso de bens padronizados e serviços gerais, como a Instrução Normativa nº 5/2014 deixa entrever, o poder público tem à disposição sistemas eletrônicos integrados, aptos a indicar de forma razoavelmente fidedigna os preços praticados pelo mercado. É nas hipóteses em que o objeto da futura contratação direta não é passível de cotação eletrônica que há maior margem para manobras ilícitas. Aqui, não raro a pesquisa de preços se limita à solicitação de orçamentos a três empresas escolhidas ao alvedrio do contratante, segundo critérios eminentemente subjetivos.

Não é de surpreender que as empresas consultadas possam estar previamente concertadas – entre si e com o próprio administrador – para informar preços já acordados, direcionando a contratação àquela que apresente o menor orçamento. Foi precisamente o que se deu no esquema de corrupção desvelado na “Operação Caixa de Pandora”, da Polícia Federal. Comprovou-se que, em troca do recebimento de grandes somas, diversos servidores públicos do Distrito Federal engendraram a contratação direta emergencial de determinada empresa de informática, para o que realizaram

---

<sup>797</sup> Veja-se também: TCU, Plenário, Acórdão nº 2.380/2013, Rel. Min. Ana Arraes: “É obrigatória, nos processos de licitação, dispensa ou inexigibilidade, a consulta dos preços correntes no mercado, dos fixados por órgão oficial competente ou, ainda, dos constantes em sistema de registro de preços. A ausência de pesquisa de preços configura descumprimento de exigência legal.”; TCU, Plenário, Acórdão nº 2.724/2012, Rel. Min. Marcos Bemquerer: “Os processos de inexigibilidade de licitação devem ser instruídos com a devida justificativa de preços, ou, ainda, com pesquisa comprovando que os preços praticados são adequados ao mercado, sendo a falha nesse procedimento passível de aplicação de multa.”

pesquisa de preços simulada.<sup>798</sup> Em escândalo recente, constatou-se que a própria empresa corruptora indicou as demais que haveriam de com ela compor a pesquisa de preço, todas, aliás, controladas por membros da mesma família.<sup>799</sup>

Mais complexa pode ser a aferição da razoabilidade do valor proposto no caso de inexigibilidade de licitação justificada pela singularidade do objeto, aliada à notória especialização do contratado. Mesmo aqui, é impositiva a análise da relação custo-benefício, porquanto injustificáveis contratações excessivamente onerosas. Diante das circunstâncias concretas, é possível contratar profissional menos qualificado, desde que menor a sua remuneração e igualmente atendidas as necessidades da Administração.<sup>800</sup>

Por outro lado, também aqui, a justificação do preço poderá se dar “mediante a comparação do valor ofertado com aqueles praticados pelo

---

<sup>798</sup> Sobre o caso, vale a leitura do acórdão proferido pela Quinta Câmara do Superior Tribunal de Justiça do Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 263.820/DF, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, DJe 21/02/2018, de cuja ementa se extrai: “3. Sem perder de vista o elevado valor da contratação por dispensa de licitação fundada em situação emergencial inexistente – R\$ 5.999.992,56 (cinco milhões, novecentos e noventa e nove mil, novecentos e noventa e dois reais e cinquenta e seis centavos) – o voto condutor do julgado recorrido, antes de afirmar a prescindibilidade do dano efetivo, afirmou, p. ex., a comprovação de que a pesquisa de preço realizada pela CODEPLAN para justificar a escolha da LINKNET foi apenas simulada, ou melhor, direcionada à montagem de uma situação de aparente legalidade, da qual se pudesse supor o cuidado dos gestores públicos na seleção da proposta mais vantajosa para a Administração, quando assim não o era. Além disso, afirmou, ainda, que o crime de licitação, na verdade, instrumentalizou a ‘... a vontade dos réus em criarem um mecanismo de desvio de recursos públicos ...’, permitindo, com isso, a conclusão única de que, de fato, a contratação direta realizada materializou a sangria dos cofres do Distrito Federal.”

<sup>799</sup> Na “Operação Mercadores do Caos”, realizada pelo Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, descobriu-se que a empresa contratada emergencialmente quando da eclosão da pandemia por COVID19 para fornecer respiradores mecânicos/ventiladores pulmonares à Secretaria de Saúde do Estado do Rio de Janeiro, para além de não ter experiência pretérita e capacidade financeira, indicou as outras duas empresas que participaram do simulacro de pesquisa de preços. Como explicita a denúncia, dirigida à 1ª Vara Criminal Especializada da Comarca da Capital, todas eram controladas por membros da mesma família. Para maiores detalhes sobre o esquema criminoso, confira-se o endereço consultado em 24/08/2020 <[https://www.mprj.mp.br/documents/20184/540394/denuncia\\_mercadores\\_caos.pdf](https://www.mprj.mp.br/documents/20184/540394/denuncia_mercadores_caos.pdf)>.

<sup>800</sup> Cf. JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*, p. 619: “Um exemplo prático permite compreender a situação. Suponha-se que um pequeno Município seja réu em ação de indenização, cujo valor é significativo em face da dimensão do orçamento local. A Administração municipal decide contratar um advogado especializado. Se for selecionar a alternativa *indiscutivelmente* mais adequada, acabaria por escolher um dos maiores advogados do Brasil – cujos honorários seriam tão elevados quanto a indenização pleiteada do Município! Essa seria, a toda evidência, uma solução inválida e defeituosa. A Administração deverá determinar *quanto* pode (deve) desembolsar e, dentro desse limite, escolher a solução mais satisfatória.”

contratado junto a outros entes públicos ou privados, em avenças envolvendo o mesmo objeto ou objeto similar”.<sup>801</sup> Como bem observa Jorge Ulisses Jacoby Fernandes, “é a regra de ouro que consta do art. 15, inciso V, da Lei nº 8.666/1993, aplicável tanto a compras como por analogia a obras e serviços”.<sup>802</sup> Tal critério viria a ser melhor explicitado do artigo 23, § 4º, da Lei nº 14.133/2021, que admite que os preços nas contratações por inexigibilidade e dispensa de licitação sejam estimados com base em notas fiscais com objeto equivalente, emitidas em face de outros contratantes, quando não for possível identificar outros parâmetros de comparação.

Como se vê, as contratações diretas reguladas pela Lei nº 8.666/93 não são precedidas de chamamento aberto. O artigo 75, § 3º, da Lei nº 14.133/2021 introduziu a previsão de que, especificamente no caso de dispensas de licitação por baixo valor, fosse “preferencialmente” divulgado aviso em sítio eletrônico do ente federativo com pelo menos três dias de antecedência, a indicar que tal exigência poderia ser afastada por qualquer justificativa fundada. Desse modo, o processo de contratação direta transcorre sem que potenciais concorrentes tomem conhecimento da intenção de contratar manifestada pelo gestor público. Nos processos de dispensa de licitação, somente às empresas pré-selecionadas pelo gestor público, usualmente por critérios de seleção pouco transparentes, é concedida a oportunidade de realizar propostas; e nos casos de inexigibilidade, inexistente até esse mínimo grau de competitividade.

Evidente, portanto, o potencial para o exercício abusivo do poder discricionário do agente público, em especial diante da assimetria informacional entre os *insiders* (gestor público e empresa, ou seleto conjunto de empresas, que participarão do processo de inexigibilidade ou dispensa) e os *outsiders* (concorrentes potencialmente interessados na obtenção do contrato público).

---

<sup>801</sup> Cf. TCU, Plenário, Acórdão nº 2.993/2018, Rel. Min. Bruno Dantas.

<sup>802</sup> *Op. cit.*, p. 580.

A fase de habilitação não é dispensável nas hipóteses de contratação direta.<sup>803</sup> Se é verdade que nem todas as exigências dos artigos 27 e seguintes terão lugar diante da situação fática *in concreto*, certos requisitos mínimos são incontornáveis, sobretudo no que concerne à habilitação jurídica e à regularidade fiscal do particular.<sup>804</sup> Contudo, a depender da natureza e do valor da contratação, mesmo as capacidades técnica e econômico-financeira do contratado haverão de ser submetidas a escrutínio. Como o pagamento costuma ocorrer no mínimo um mês após a execução do objeto, é fundamental que o particular tenha saúde financeira suficiente para fazer frente às despesas inerentes à contratação, minorando, assim, o risco de descumprimento.

## 12. Adesão a registro de preço

O sistema de registro de preços, previsto nos artigos 15, II, da Lei nº 8.666/93, 11 da Lei nº 10.520/2002 e 32 da Lei nº 12.462/2011, e regulado como procedimento auxiliar às licitações no artigo 78, IV, da Lei nº 14.133/2021 é uma cotação formalizada de preços unitários, levada à efeito por meio de concorrência ou pregão, destinada à futura aquisição de bens e serviços comuns. Dentro do prazo de 12 (doze) meses, prorrogável por igual período (artigo 84 da Lei nº 14.133/2021), o proponente titular da melhor proposta compromete-se a fornecer o produto ou serviço licitado pelo preço registrado, até a quantidade máxima prevista no edital, de acordo com a demanda da Administração. “É, por isso, um modelo propício para atender a necessidades

---

<sup>803</sup> MOREIRA, Egon Bockmann e GUIMARÃES, Fernando Vernalha. *Licitação Pública*, p. 513: “É certo, também, que a contratação direta não significará a dispensa de todas as exigências aplicáveis à licitação. Há requisitos mínimos de habilitação cuja aferição não deve ser descuidada. O atendimento à regularidade fiscal, à habilitação jurídica e, mesmo, a certas exigências de habilitação econômico-financeira e habilitação técnica do prestador deverá ser aferido. Bem assim o cumprimento do disposto no inciso V do art. 27 da LGL. É claro que nem todas as exigências de qualificação econômico-financeira e de qualificação técnica deverão ser exigidas. Caberá à Administração dimensioná-las conforme as necessidades a serem atendidas pela execução do objeto.” No mesmo sentido, JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*, p. 823.

<sup>804</sup> Cf. TCU, Plenário, Acórdão nº 2.575/2009, Rel. Min. Raimundo Carreiro: “Deve ser exigido comprovante de regularidade com o INSS e o FGTS de todos aqueles que contratam com o poder público, inclusive nas contratações realizadas mediante convite, dispensa ou inexigibilidade de licitação, mesmo quando se tratar de compras para pronta entrega (art. 195, § 3º, da Constituição Federal).”

administrativas contínuas, cuja estimativa precisa do tempo e da quantidade da aquisição não seja de antemão plenamente possível.”<sup>805</sup>

A possibilidade de adesão a sistema de registro de preços estruturado por outro órgão ou ente público, popularmente apelidada “carona”, foi introduzida em nível federal pelo Decreto nº 3.931/2001, não tendo sido contemplada na redação da Lei nº 8.666/93. Tal situação não é regulada como uma hipótese de dispensa de licitação<sup>806</sup>, pois o procedimento licitatório terá sido realizado em momento anterior à adesão, ainda que sem a participação da unidade administrativa responsável pela contratação<sup>807</sup>. Na opinião de Egon Bockmann Moreira e Fernando Verdalha Guimarães, a prática da “carona” pode ser vantajosa a órgãos e entidades de menor envergadura, para os quais os custos da licitação seriam proporcionalmente elevados, até porque nenhum prejuízo é carreado ao responsável pelo registro de preços. Ao ver dos autores, “trata-se de perspectiva de colaboração interorgânica que deve ser prestigiada pela Administração Pública”.<sup>808</sup>

Em sentido diametralmente oposto, Joel de Menezes Niebuhr sustenta que a adesão a ata de registro de preços violaria os princípios da legalidade, isonomia, vinculação ao edital, moralidade administrativa, impessoalidade e economicidade<sup>809</sup>. Critica-se, em particular, que os potenciais fornecedores interessados em contratar com o órgão aderente sejam privados da

---

<sup>805</sup> MOREIRA, Egon Bockmann; GUIMARÃES, Fernando Verdalha. *Licitação Pública*, p. 446.

<sup>806</sup> Em sentido contrário, Joel de Menezes Niebuhr sustenta que a adesão à ata de registro de preços “desenha hipótese de dispensa de licitação que não encontra previsão legal nem qualquer razão ou justificativa”, pois decorreria tão somente de um juízo de conveniência do gerenciador da ata, da entidade aderente e do fornecedor (*Licitação Pública e Contrato Administrativo*, Forum, p. 699).

<sup>807</sup> Cf. FIUZA, Eduardo Pedral Sampaio; MEDEIROS, Bernardo Abreu de. *A Agenda Perdida das Compras Públicas*, p. 105: “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.”

<sup>808</sup> MOREIRA, Egon Bockmann; GUIMARÃES, Fernando Verdalha. *Licitação Pública*, p. 452.

<sup>809</sup> NIEBUHR, Joel de Menezes. *Licitação Pública e Contrato Administrativo*, pp. 699-701.



oportunidade de oferecer propostas, e que sejam desprezados os ganhos de economia de escala que deveriam decorrer do aumento do quantitativo contratado.

Por ocasião da criação do instituto, inexistia limitação à quantidade de adesões possíveis, de modo que uma ata de registro de preços poderia gerar um número ilimitado de contratações. Sob pressão do Tribunal de Contas da União, o Executivo Federal instituiu limites à possibilidade de adesão, principalmente ao determinar que o quantitativo decorrente de adesões não poderia ultrapassar cinco vezes o quantitativo registro na ata de registro de preços (artigo 22, § 4º, do Decreto nº 7.892/2013). Com a superveniência da Lei nº 14.133/2021, reduziu-se o limite das adesões para o dobro do quantitativo de cada item registrado na ata de registro de preços (artigo 86, § 5º).

A adesão ao registro de preços se revela especialmente problemática quando um órgão ou ente de maior envergadura decide utilizar sistema de registro de preços formulado por unidade administrativa de menor pujança financeira, em que tanto a competitividade quanto os mecanismos de controle são menos desenvolvidos. Até por isso, o parágrafo 8º do artigo 86 da Lei nº 14.133/2021 proíbe à Administração federal aderir à ata de registro de preços gerenciada por órgão ou entidade estadual, distrital ou municipal.

Tal restrição, no entanto, não se aplica aos órgãos e entidades da Administração Pública estadual, distrital e municipal, que poderão aderir a ata de registro de preços gerenciada por qualquer órgão federal, estadual ou distrital (artigo 86, § 3º, da Lei nº 14.133/2021). Ainda que a Nova Lei de Licitações exija do órgão aderente a apresentação de justificativa da vantagem da adesão e a demonstração de compatibilidade com os valores praticados no mercado (artigo 86, § 2º), tais formalidades não se prestam a minimizar o risco de comportamento oportunista, diante da assimetria de informação entre as entidades envolvidas na contratação e os órgãos de controle externo.

Especificamente no caso do Estado do Rio de Janeiro – e, presumivelmente, em grande parte dos demais entes da federação –, o regramento não estabelece qualquer restrição à adesão a sistemas de registros de preços alheios (parágrafos 7º e 8º do artigo 26 do Decreto Estadual nº 46.751/2019), dando azo a situações esdrúxulas. Foi o que ocorreu em recente contratação para prestação de serviço de monitoramento eletrônico, realizada pela Secretaria de Estado Administração Penitenciária, segundo o Relatório de Auditoria encartado no Processo nº 101.148-9/19 do Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro (TCERJ). Ao invés de realizar ela própria pregão eletrônico para registro de preços, o órgão fluminense preferiu aderir, sucessivamente, às atas dos Estados de Rondônia e do Estado do Mato Grosso, sem sequer pormenorizar o objeto da futura contratação e confeccionar planilhas de quantitativos e preços unitários. Não por acaso, a contratação do Consórcio de Monitoramento Eletrônico de Sentenciados (CMES), fundada na adesão ao sistema de registro de preços rondoniense, redundou em ações penal e por improbidade administrativa em face do administrador público. Por seu turno, a contratação da Spacecomm Monitoramento S/A, possibilitada pela “carona” à ata mato-grossense, segue sob inspeção do TCERJ, constatadas que foram inúmeras ilegalidades.

A adesão a registro de preços revela-se, deste modo, mais uma oportunidade para a corrupção, ao ensejar que o gestor público de um dos 27 Estados (incluindo o Distrito Federal), ou de um dos 5.570 Municípios brasileiros, atribua o fornecimento de bens ou a prestação de serviços a determinada empresa pelo preço aferido em outro mercado, sem a realização de novo processo competitivo. A vasta gama de esferas administrativas em que um agente econômico possa posteriormente oferecer a possibilidade de adesão lhe confere uma forma de multiplicar os ganhos da corrupção, no caso em que o registro de preço original lhe tenha sido atribuído através de processos viciados por alguma das formas de direcionamento anteriormente descritas.<sup>810</sup>

---

<sup>810</sup> Veja-se, a esse respeito, o comentário de Joel de Menezes Niebuhr: “(...) em meio a esse processo decisório, há um grande risco de o representante da entidade aceitar alguma espécie de agrado para beneficiar o fornecedor e optar pela carona, o que, se ocorrer, importa agravo

### 13. Execução contratual

O término do procedimento licitatório, de conformidade com o inciso VI do artigo 43 da Lei nº 8.666/93, dá-se com a sua homologação – é dizer, com a análise e aprovação dos atos até então praticados – e a ulterior adjudicação do objeto ao particular. Após a adjudicação – isto é, após a declaração formal de que o objeto do procedimento haverá de ser executado pelo particular escolhido –, é que o contrato será assinado, nos estritos termos previstos no ato convocatório. No pregão, diferentemente, a adjudicação antecede a homologação, de acordo com os incisos XX, XXI e XXII do artigo 4º da Lei nº 10.520/2002 (pregão presencial) e incisos VIII e IX do artigo 6º do Decreto nº 10.024/2019 (pregão eletrônico). Essa inversão, também prevista no Regime Diferenciado de Contratação (inciso IV do artigo 28 da Lei nº 12.462/2011), foi incorporada ao regime da Lei nº 14.133/2021 (inciso IV do artigo 71).

Assinado o contrato, é durante sua execução que boa parte das oportunidades de corrupção se põe. Como é intuitivo, caso a execução seja instantânea, a exemplo da aquisição de bens comuns a serem entregues de uma única vez, a probabilidade de fraude, ainda que não possa ser descartada, será menor. Entretanto, sobretudo se de obra ou fornecimento continuado de bens e serviços se tratar, múltiplas serão as oportunidades de desvio.

A doutrina costuma dar pouca atenção à fase de execução do contrato; os órgãos de controle, por sua vez, com ela se preocupam apenas *a posteriori*. Grave equívoco, na visão de Fabrício Motta, para quem “atualmente os principais vícios corruptivos ocorrem na execução dos contratos, e não na realização da licitação”, em razão do aumento do controle interno e externo, do amplo acesso à informação e do crescimento do controle social.<sup>811</sup>

---

ao princípio da moralidade e, junto com ele, ao da impessoalidade. Só alguém muito ingênuo e completamente alienado da realidade nacional pode supor que isso não aconteça com certa frequência no Brasil.” (NIEBUHR, Joel de Menezes. “‘Carona’ em Ata de Registro de Preços: Atentado veemente aos princípios do Direito Administrativo”, in *ILC – Informativo de Licitações e Contratos*, nº 143. Curitiba: Zênite. Jan. 2006. pp. 13-19)

<sup>811</sup> MOTTA, Fabrício. “Licitar não basta, é preciso fiscalizar a execução dos contratos”, in *Revista Consultor Jurídico*, 28 de abril de 2016, consultada em 03/09/2020 por meio do

Interessante notar, neste sentido, que a despeito de todas as alterações introduzidas no sistema brasileiro de licitação nas primeiras duas décadas do século XXI, incluindo a criação da modalidade de pregão e do Regime Diferenciado de Contratação, manteve-se inalterada a remessa à Lei nº 8.666/93 quanto ao regramento da contratação pública.<sup>812</sup>

Somente por ocasião do advento da Lei nº 14.133/2021, a regulação da execução contratual viria a sofrer algumas alterações, que veiculam modestos avanços – e outros tantos retrocessos – no que diz respeito estabelecimento de controles e à minimização das oportunidades de corrupção verificadas no curso da execução contratual.

O Projeto de Lei nº 4.253/2020 (que viria a se converter na nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos) continha algumas novidades que promoveriam importantes avanços quanto à transparência na etapa de execução contratual, a saber: i) a divulgação do inteiro teor dos contratos públicos e de seus aditamentos (artigo 94, § 5º); e ii) a implantação de “base nacional de notas fiscais eletrônicas” contendo “as notas fiscais e os documentos auxiliares destinados a órgão ou entidade da Administração Pública”, que seria “de livre consulta pública” (artigo 174, § 5º). Em especial, a possibilidade de livre acesso às notas fiscais contendo os produtos, serviços e obras faturados para a Administração Pública ampliaria significativamente a possibilidade da população (e das empresas concorrentes) fiscalizar os

---

endereço eletrônico <<https://www.conjur.com.br/2016-abr-28/interesse-publico-licitar-nao-basta-preciso-fiscalizar-execucao-contratos>>. Prossegue o autor: “Desta forma, se em tempos passados bastava prever preços superiores aos vigentes no mercado (sobreprego) para desviar os valores excedentes, atualmente é mais fácil conseguir esse excedente criminoso durante a execução contratual. Exemplos: a Administração contrata empresa para prestar serviço de vigilância armada em 20 postos de trabalho, mas na prática apenas 15 trabalham; uma obra pública é licitada e contratada prevendo a colocação de piso de granito, mas é colocado porcelanato; é feito um aterro com a contratação de 200 caminhões com terra, sendo 150 para a obra e 50 para a casa do prefeito. A pergunta que naturalmente surge é: ninguém fiscaliza isso tudo?”

<sup>812</sup> Cf. NIEBUHR, Joel de Menezes. “10 Medidas de Combate à Insegurança Jurídica e ao Inadimplemento da Administração Pública em Contratos Administrativos”, in *Direito do Estado*, Ano 2016, Número 270, obtido no endereço <<http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/joel-de-menezes-niebuhr/10-medidas-de-combate-a-inseguranca-juridica-e-ao-inadimplemento-da-administracao-publica-em-contratos-administrativos>>, acesso em 21/08/2020.

quantitativos e custos unitários praticados na etapa de execução contratual, de modo a reduzir a assimetria informação entre *insiders* e *outsiders*. No entanto, ambos os dispositivos viriam a ser vetados pelo Presidente da República<sup>813</sup>.

### 13.1. Fiscalização

A atual sistemática de fiscalização da execução contratual confere amplas oportunidades para a corrupção. O artigo 67 da Lei nº 8.666/93 prevê que um representante da Administração – o fiscal do contrato – será especialmente designado para acompanhar a etapa de execução.<sup>814</sup> Cabe a ele verificar, principalmente: i) se o particular mantém as condições de habilitação e qualificação que lhe foram exigidas para contratar (inciso XIII do artigo 55 da Lei nº 8.666/93)<sup>815</sup>; ii) se a execução do objeto pactuado está quantitativa e qualitativamente de acordo com o previsto no ajuste; iii) o respeito aos prazos contratuais. A mesma regra foi mantida, sem alterações substanciais, no art. 117 da Lei nº 14.133/2021.

Como se vê, é grande a concentração de poder na figura do fiscal do contrato. É ele o responsável por atestar o exato cumprimento das obrigações pactuadas, de que depende a liquidação da despesa previamente empenhada, à qual, como explicita o artigo 62 da Lei nº 4.320/64, está condicionado o

---

<sup>813</sup> Foi mantida, no entanto, a obrigatoriedade da divulgação do contrato e de seus aditivos no Portal Nacional de Contratações Públicas, como “condição indispensável” para sua eficácia (art. 94 da Lei nº 14.133/2021).

<sup>814</sup> “Art. 67. A execução do contrato deverá ser acompanhada e fiscalizada por um representante da Administração especialmente designado, permitida a contratação de terceiros para assisti-lo e subsidiá-lo de informações pertinentes a essa atribuição. § 1º O representante da Administração anotará em registro próprio todas as ocorrências relacionadas com a execução do contrato, determinando o que for necessário à regularização das faltas ou defeitos observados.”

<sup>815</sup> Essa aferição é particularmente importante no caso de contratações que envolvam a utilização de mão de obra, na medida em que a Administração Pública é responsável solidária pelo não recolhimento de contribuição previdenciária (cf. parágrafo 2º do artigo 71 da Lei nº 8.666/93) e subsidiária por débitos trabalhistas contraídos pelo particular por si contratado, desde que constatada sua culpa *in eligendo* ou *in vigilando* (cf. Tese nº 246, decidida sob o regime da repercussão geral nos autos do Recurso Extraordinário nº 760.931/DF, em que confirmada a jurisprudência firmada no julgamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 16). Nesse sentido, veja-se TCU, Plenário, Acórdão nº 1.521/2016, Rel. Min. Benjamin Zymler: “Após pronunciamento do STF na Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) 16, a nova redação da Súmula TST 331 implica responsabilidade subsidiária da Administração pelos débitos trabalhistas na terceirização no setor público, em razão da inobservância do dever legal de fiscalização sobre a empresa contratada (culpa *in vigilando*).”

pagamento.<sup>816</sup> Dessarte, no mais das vezes, basta a empreiteiros e fornecedores inadimplentes cooptar um único servidor público, para que tenham referendadas as notas fiscais por si emitidas. Mesmo quando, no caso de contratações de maior vulto, é constituída uma comissão, não raro apenas um de seus integrantes é encarregado da fiscalização da execução contratual *in loco*, limitando-se os demais a respaldar suas conclusões.<sup>817</sup>

Uma estratégia adotada pelos órgãos de controle, no intuito de conter os comportamentos oportunistas do fiscal e dos contratados com que atua em conluio, é a realização de auditorias. No entanto, a assimetria de informação entre os *insiders* e os órgãos de controle é virtualmente intransponível, especialmente nos casos em que a execução contratual deixa poucos vestígios materiais (tal como a quantidade de horas trabalhadas ou o volume de materiais ou produtos consumidos). Agregam-se, ainda, dificuldades adicionais como a tendência dos órgãos de controle a focalizar aspectos formais e procedimentais da contratação<sup>818</sup>, a elevada demanda por auditorias complexas e a baixa capacidade dos órgãos de controle para sua realização<sup>819</sup>.

---

<sup>816</sup> De conformidade com os artigos 58, 63 e 64 da Lei 4.320/64, o ciclo da despesa pública tem início com o empenho, é dizer, com “o ato emanado de autoridade competente que cria para o Estado obrigação de pagamento pendente ou não de implemento de condição”. Segue-se sua liquidação, que “consiste na verificação do direito adquirido pelo credor tendo por base os títulos e documentos comprobatórios do respectivo crédito”, a exemplo dos “comprovantes da entrega de material ou da prestação efetiva do serviço”. Por fim, dá-se a ordem de pagamento, ou seja, “o despacho emanado de autoridade competente, determinando que a despesa seja paga”. O artigo 62 prevê peremptoriamente que “o pagamento só será efetuado quando ordenado após sua regular liquidação”.

<sup>817</sup> VIEIRA, André Luiz. “Fiscalização de Contratos Administrativos: síntese e contexto”, *in Revista Eletrônica Direito do Estado*, número 320, ano 2017, disponível, cf. acesso em 03/09/2020, no endereço eletrônico <<http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/andre-luis-vieira/fiscalizacao-de-contratos-administrativos-sintese-e-contexto>>: “No caso da formação de comissões para fiscalizar contratos cujos objetos sejam resultado de maior complexidade técnica ou tragam maior encargo administrativo, há que se ressaltar que cada membro da comissão realiza uma fiscalização específica, ou seja, tal comissão funciona como uma reunião ou colegiado de fiscais, sem que haja repartição da competência fiscalizatória entre os servidores. No exemplo da fiscalização de determinada obra, pode-se ter um fiscal técnico encarregado pelas medições e cálculos estruturais, outro servidor encarregado de fiscalizar os recolhimentos de tributos e encargos sociais da empreiteira, outro, ainda, incumbido de velar pelo atendimento às normas de segurança do trabalho, e assim sucessivamente.”

<sup>818</sup> Cf. FIUZA, Eduardo Pedral Sampaio; MEDEIROS, Bernardo Abreu de. *A Agenda Perdida das Compras Públicas*, p. 22: “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.”

<sup>819</sup> Acerca da deficiência de auditoria no Brasil, comentou Stephen Kanitz: “Somos, sim, um país onde a corrupção, pública e privada, é detectada somente quando chega a milhões de dólares e porque um irmão, um genro, um jornalista ou alguém botou a boca no trombone, não

Por outro lado, os contratados permanecem extremamente vulneráveis à ação de fiscais desonestos, de quem dependem para receber seus pagamentos regularmente e, assim, manter seu fluxo financeiro. Basta ao servidor designado não comparecer na data aprazada – e, assim, deixar de realizar atempadamente as medições e verificações necessárias –, para que o pagamento não ocorra e o particular fique em dificuldade, fazendo-se necessário que paguem juros de mora ou renegociem com seus fornecedores. Na prática, sob uma perspectiva puramente econômico-pragmática, boa parte dos empresários considera mais vantajoso oferecer vantagens ilícitas – ou aceitar solicitações espúrias –, que depender do sistema de revisão administrativa, não raro igualmente viciado. Opta-se, ademais, por evitar ao máximo acorrer ao Poder Judiciário, cuja lentidão poderá resultar na perpetuação indefinida do conflito.

Essa praxe pernicioso também foi explicitada pela “Operação Rio 40 Graus”, desdobramento da “Operação Lava-Jato”, realizada pelo Ministério Público Federal e pela Polícia Federal. Os três responsáveis pela fiscalização das obras da via expressa Transcarioca exigiram quantia equivalente a 3% do valor do ajuste, a ser paga pelo consórcio de empreiteiras contratado. Segundo os acordos de leniência e colaboração celebrados, as vantagens ilícitas eram adimplidas no intuito de evitar retaliações por parte dos fiscais, mormente a procrastinação das medições cotidianas, o que impediria a emissão das ordens de pagamento. Da mesma forma, cabia aos fiscais sinalizar a necessidade de alterações contratuais – decorrentes, como usual, da ausência de

---

por um processo sistemático de auditoria. As nações com menor índice de corrupção são as que têm o maior número de auditores e fiscais formados e treinados. A Dinamarca e a Holanda possuem 100 auditores por 100.000 habitantes. Nos países efetivamente auditados, a corrupção é detectada no nascedouro ou quando ainda é pequena. O Brasil, país com um dos mais elevados índices de corrupção, segundo o World Economic Forum, tem somente oito auditores por 100.000 habitantes, 12.800 auditores no total. Se quisermos os mesmos níveis de lisura da Dinamarca e da Holanda, precisaremos formar e treinar 160.000 auditores. (...) Não serão intervenções cirúrgicas (leia-se CPIs) nem remédios potentes (leia-se códigos de ética) que irão resolver o problema da corrupção no Brasil. Precisamos da vigilância de um poderoso sistema imunológico que combata a infecção no nascedouro, como acontece nos países considerados honestos e auditados. Portanto, o Brasil não é um país corrupto. É apenas um país pouco auditado”. (Cf. “A origem da corrupção”, in *Revista Veja*, edição 1600, de junho de 1999)

planejamento adequado –, sem as quais obra e pagamentos futuros permaneceriam sobrestados.<sup>820</sup>

A sistemática de fiscalização da execução dos contratos de gestão firmados com organizações sociais é ainda mais falha. Como sabido, cabe à OS realizar as contratações necessárias à prestação do serviço público a seu cargo, tanto aquelas atinentes à mão de obra, quanto à aquisição de bens e serviços. Pois bem. É à vista de planilhas e faturas atestadas pela própria OS, sem que qualquer conferência seja realizada por servidor público, que a Administração realiza o repasse da verba correspondente. Apesar de possível, na prática, não há qualquer supervisão cotidiana *in loco*, limitando-se a fiscalização, no mais das vezes, à análise documental quando da prestação de contas anual. É essa a sistemática que deflui do artigo 8º da Lei nº 9.637/98, centrado que é na avaliação de resultado.<sup>821</sup>

O conflito de interesses e o incentivo à fraude são evidentes: quanto mais gastos – verdadeiros ou simulados – a OS demonstrar ter realizado, maior a quantia que lhe será transferida. Não raro, então, são apresentadas à Administração Pública planilhas e faturas fictícias ou superfaturas, atestadas

---

<sup>820</sup> Consta da fundamentação da sentença condenatória proferida pela 7ª Vara Federal Criminal da Seção Judiciária do Rio de Janeiro no Processo nº 0174071-16.2017.4.02.5101 (cf. Caderno Judicial JFRJ, publicado em 15/01/2019), o seguinte trecho de depoimento: “que o pagamento de vantagens indevidas era sempre uma demanda que vinha dos agentes públicos e não partia da iniciativa das empresas; que caso a demanda não fosse atendida a empresa sofria represálias veladas; que, por exemplo, como as medições tinham muitas páginas, bastava que o fiscal dissesse que precisava de alguns dias para avaliar aquilo que todos os recebimentos do Consórcio atrasavam; que no caso da Transcarioca, por exemplo, apareceu uma galeria que não estava prevista, o que comumente acontece devido à falta de projetos; que nesses casos a obra tem que parar para a negociação da retirada desses imprevistos do traçado e basta que o fiscal diga que não vai analisar aquilo naquele momento que os recebimentos todos atrasam.”

<sup>821</sup> “Art. 8º A execução do contrato de gestão celebrado por organização social será fiscalizada pelo órgão ou entidade supervisora da área de atuação correspondente à atividade fomentada. § 1º A entidade qualificada apresentará ao órgão ou entidade do Poder Público supervisora signatária do contrato, ao término de cada exercício ou a qualquer momento, conforme recomende o interesse público, relatório pertinente à execução do contrato de gestão, contendo comparativo específico das metas propostas com os resultados alcançados, acompanhado da prestação de contas correspondente ao exercício financeiro. § 2º Os resultados atingidos com a execução do contrato de gestão devem ser analisados, periodicamente, por comissão de avaliação, indicada pela autoridade supervisora da área correspondente, composta por especialistas de notória capacidade e adequada qualificação. § 3º A comissão deve encaminhar à autoridade supervisora relatório conclusivo sobre a avaliação procedida.”



falsamente pelo funcionário da OS. Foi este o esquema de desvio de verbas públicas revelado nas “Operações Calvário e Favorito”, do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Na primeira, interessante observar que o superintendente de uma das unidades de saúde geridas pela OS Cruz Vermelha – e, portanto, responsável pelas atestações – era também o encarregado de fazer o recolhimento dos valores a maior pagos aos fornecedores participantes do esquema.<sup>822</sup> Na segunda, um funcionário da OS Instituto Data Rio remetia duas planilhas distintas à empresa fornecedora da alimentação consumida nas Unidades de Pronto Atendimento sob administração da entidade privada. A primeira, real, continha o quantitativo e os valores das refeições efetivamente providas; da segunda, fictícia, constavam a quantidade e o montante superfaturados que haveriam de figurar na nota fiscal.<sup>823</sup>

Diante da precariedade da fiscalização estatal, bem como da ausência de obrigatoriedade de realização prévia de concurso público para seleção de mão de obra, e de licitação para obras, serviços e compras, OSs gozam de liberdade quase absoluta. Com isso – e apesar da bem-intencionada exortação à impessoalidade impressa na decisão do Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADIN nº 1.923/DF –, não são incomuns as contratações de apaniguados para o exercício de funções para as quais não detêm qualificação – ou mesmo como funcionários fictícios. Tampouco surpreende que empresas pertencentes de forma dissimulada ao controlador da OS – ou que com ele estejam conluiadas – sejam reiteradamente contratadas para fornecerem bens e serviços. Dessa forma, apesar de se tratar de instituição formalmente sem fins lucrativos, à qual, portanto, é vedada a distribuição de lucro, a OS utiliza-se de tais contratações para camuflar o repasse dos dividendos ilícitos ao empresário que a controla e, sucessivamente, aos agentes públicos e políticos seus cúmplices.<sup>824</sup>

---

<sup>822</sup> Confira-se a denúncia completa em <<https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/wp-content/uploads/sites/41/2019/10/DEN%C3%9ANCIA-CVB-RS-11dez-definitivo.pdf>>, acessado em 03/08/2020.

<sup>823</sup> Disponível no endereço <<https://www.mprj.mp.br/home/-/detalhe-noticia/visualizar/85217>>, acesso em 03/08/2020.

<sup>824</sup> CARVALHO, Eduardo Santos de. “Corrupção e a Fiscalização das Organizações Sociais de Saúde”, p. 63: “Dado que a finalidade lucrativa é incompatível com a natureza jurídica das

Geralmente, como bem esquematiza Eduardo Santos de Carvalho, o desvio de verbas públicas por meio de OSs concretiza-se em quatro etapas: i) direcionamento das contratações realizadas pela OS, de modo que sejam firmadas com fornecedores participantes do esquema criminoso; ii) realização de pagamentos superfaturados, à vista das notas fiscais falsas emitidas pelas empresas selecionadas e atestadas por funcionário da própria OS; iii) repasse para o empresário-controlador dos valores recebidos a maior por tais empresas; iv) utilização de parte da verba pública desviada como compensação pela colaboração de agentes públicos e políticos.<sup>825</sup>

A “Operação SOS”, realizada pelo Ministério Público Federal, é exemplo contundente do emprego desse esquema de desvio. Entretanto, para além de empresas cúmplices pertencentes a terceiros e daquelas ligadas ao próprio empresário-controlador, a OS Pró-Saúde, responsável pela gestão de vários hospitais de grande porte do Estado do Rio de Janeiro, contratou também fornecedores indicados por alguns dos agentes públicos facilitadores, através dos quais tais servidores auferiam diretamente as vantagens indevidas que lhe cabiam no arranjo criminoso.<sup>826</sup>

### 13.2. Pagamento

Outro momento propício à corrupção é o do pagamento, total ou parcial, pelo objeto contratado. Como visto, de acordo com os artigos 58 e seguintes da

---

organizações sociais, o empresário-controlador não pode se apropriar diretamente dos recursos depositados na conta da organização social, seja para seu enriquecimento pessoal, seja para a remuneração do agente público ou político que viabilizou seu acesso ao contrato de gestão. Por força do parágrafo único do artigo 70 da Constituição da República, as entidades privadas que gerenciam recursos públicos são obrigadas a prestar contas de sua administração, de modo que a organização social precisa recorrer a subterfúgios para justificar a saída dos recursos a serem apropriados. A real destinação do dinheiro desviado não raro é dissimulada mediante a realização de pagamentos supostamente destinados à aquisição de bens e insumos, ou à subcontratação dos serviços necessários para a gestão da unidade pública de saúde.”

<sup>825</sup> CARVALHO, Eduardo Santos de. “Corrupção e a Fiscalização das Organizações Sociais de Saúde”, pp. 63-64, em que o autor esmiuça com riqueza de detalhes o roteiro criminoso aqui apresentado de forma sintética.

<sup>826</sup> Para a íntegra da denúncia, cf. <[http://www.mpf.mp.br/rj/sala-de-imprensa/docs/pr-rj/Denuncia%20-%20Pro-Saude%20-FINAL\\_Redigido02.pdf](http://www.mpf.mp.br/rj/sala-de-imprensa/docs/pr-rj/Denuncia%20-%20Pro-Saude%20-FINAL_Redigido02.pdf)>, acesso em 05/08/2020.

Lei nº 4.320/64, uma vez que a despesa seja empenhada e liquidada, a ordem de pagamento haveria de ser expedida pela autoridade competente. O *caput* do artigo 5º da Lei nº 8.666/93, por sua vez, estabelece que o pagamento das obrigações contratuais assumidas pela Administração Pública deve “obedecer, para cada fonte diferenciada de recursos, a estrita ordem cronológica das datas de suas exigibilidades”, sob as penas do crime tipificado pelo artigo 92.<sup>827</sup>

Ainda assim, é prática corriqueira que ordenadores de despesa corruptos retenham indevidamente os pagamentos a fornecedores, com o único intuito de obter favores ilícitos em troca de sua liberação.<sup>828</sup> Aproveitam-se, primeiramente, da extrema amplitude da exceção prevista no próprio artigo 5º, porquanto permitida a subversão da ordem cronológica “quando presentes relevantes razões de interesse público e mediante prévia justificativa da autoridade competente, devidamente publicada”. Em segundo lugar, a sanção criminal não é séria o bastante para cumprir a contento seu papel intimidatório: para além de multa pecuniária, o tipo prevê pena privativa de liberdade máxima de quatro anos, passível de cumprimento integral em regime aberto e de substituição por pena restritiva de direitos. Finalmente, é fato que a violação à ordem cronológica não costuma ser objeto de fiscalização, seja quanto à efetiva existência de “relevante razão de interesse público”, seja quanto à aplicação do tipo penal, nos casos em que a justificativa do ordenador de despesas se revelar inaceitável.

---

<sup>827</sup> “Art. 92. Admitir, possibilitar ou dar causa a qualquer modificação ou vantagem, inclusive prorrogação contratual, em favor do adjudicatário, durante a execução dos contratos celebrados com o Poder Público, sem autorização em lei, no ato convocatório da licitação ou nos respectivos instrumentos contratuais, ou, ainda, pagar fatura com preterição da ordem cronológica de sua exigibilidade, observado o disposto no art. 121 desta Lei: Pena - detenção, de dois a quatro anos, e multa.”

<sup>828</sup> Cf. NIEBUHR, Joel de Menezes. “O que fazer diante do Inadimplemento da Administração Pública”, in *Direito do Estado*, Ano 2016, Número 95, obtido em 19/08/2020 em <<http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/joel-de-menezes-niebuhr/o-que-fazer-diante-do-inadimplemento-da-administracao-publica>>: “A realização de pagamentos fora da ordem cronológica, de acordo com o humor dos agentes administrativos, é medida comumente utilizada para beneficiar apadrinhados e prejudicar desafetos, em total descompasso com os princípios constitucionais republicanos, dentre os quais o da impessoalidade e da moralidade. A realização de pagamentos segundo a vontade do agente administrativo é instrumento politiquês que perpetua prática clientelista e alimenta a corrupção.”

De mais a mais, de conformidade com os artigos 7º, III, e 14 da Lei nº 8.666/93, as licitações e contratos são realizados à vista tão somente do empenho, que não passa de uma previsão orçamentária. Considerando que, se comparadas à real possibilidade de arrecadação, as receitas públicas costumam ser superestimadas, não raro há um déficit de dinheiro em caixa e despesas que acabam por permanecer a descoberto. Com isso, aqueles que contratam com a Administração Pública, sabedores da grande probabilidade de atraso no recebimento dos valores a si devidos, precificam essa demora e praticam valores mais elevados que aqueles de mercado.<sup>829 830</sup>

Para além da flagrante violação à economicidade decorrente do repasse dos elevados custos de transação *ex post* para a proposta dos licitantes, a “contumaz inadimplência” do Estado gera seleção adversa, ao afastar do mercado de contratações públicas as empresas que não estejam dispostas a se adaptar às “regras do jogo”, mediante oferta de vantagens indevidas ao agente público que controla a liberação de recursos em seu favor.

Também se evidencia o risco moral (*moral hazard*) em cenários nos quais a celebração do instrumento contratual não seja suficiente, por si só, para assegurar a previsibilidade da contraprestação pelo fornecimento de um produto ou pela prestação de um serviço. A possibilidade de exercício abusivo

---

<sup>829</sup> Cf. NIEBUHR, Joel de Menezes. “10 Medidas de Combate à Insegurança Jurídica e ao Inadimplemento da Administração Pública em Contratos Administrativos”: “Ganha destaque o inadimplemento contumaz da Administração Pública, que passa, via de regra, à margem dos órgãos de controle. Grita aos olhos que o inadimplemento retira a credibilidade da Administração Pública. Contratar com ela é muito arriscado e o risco é precificado pelo mercado. O resultado é que a Administração Pública, sem querer generalizar, paga mais caro do que a iniciativa privada. Então, fazer com que a Administração Pública pague em dia é fazer com que ela economize, o que é essencial em tempos de crise econômica.”

<sup>830</sup> Neste sentido, afirmam Cristiana Fortini e Fabrício Motta: “O Estado paga mais caro por suas obras, bens e serviços, e a corrupção é uma das causas. Entretanto, outra causa dessa situação é a contumaz inadimplência e o descaso estatal no cumprimento de suas obrigações contratuais. O contratado pelo Estado já conta com a real expectativa de que executará sua prestação, mas não receberá os valores devidos nos prazos ajustados. Em simples palavras, o particular já imagina que terá que se esforçar muito para que o Estado cumpra suas obrigações contratuais. Essa mora incorrigível tem um custo, que obviamente compõe o custo formado pelo particular na apresentação de sua proposta. É constrangedor admitir que o Estado, como regra, não possui credibilidade como cumpridor de contratos – essa falta de credibilidade é precificada pelo mercado.” [FORTINI, Cristiana; Motta, Fabrício. “Prevenção à Corrupção nas Contratações”, in PONTES FILHO, Valmir; MOTTA, Fabrício; GABARDO, Emerson (coordenadores). *A regeneração da administração pública: Livro do XXX Congresso Brasileiro de Direito Administrativo NATAL-2016*. Curitiba: Íthala, 2017, p. 19]

da discricionariedade representará um forte incentivo para que as empresas “comprem” a previsibilidade contratual que lhes seria devida, através da construção de relacionamentos pessoais e do pagamento de subornos para garantir a “boa vontade” do ordenador de despesas.

Essa dinâmica tem por consequência perniciosa conferir ao ordenador de despesas um poder anômalo – no limite, quase um poder de vida ou de morte sobre a empresa contratada. Como explicitam os artigos 36 e 37 da Lei nº 4.320/64, caso o pagamento não seja realizado até o final do exercício financeiro correspondente, a despesa passa ao ano seguinte sob a categoria “restos a pagar”, para a qual a obediência à ordem cronológica deverá ocorrer “sempre que possível”.<sup>831</sup> Bem se vê que, diante de tamanha incerteza com relação ao momento do adimplemento, muitos serão os empresários dispostos a bem remunerar o ordenador de despesa que se dispuser a priorizar seu pagamento.<sup>832</sup>

No intuito de minimizar o risco de perseguição e/ou favorecimento a determinados fornecedores, na etapa de pagamento das obrigações

---

<sup>831</sup> “Art. 36. Consideram-se Restos a Pagar as despesas empenhadas mas não pagas até o dia 31 de dezembro distinguindo-se as processadas das não processadas. Art. 37. As despesas de exercícios encerrados, para as quais o orçamento respectivo consignava crédito próprio, com saldo suficiente para atendê-las, que não se tenham processado na época própria, bem como os Restos a Pagar com prescrição interrompida e os compromissos reconhecidos após o encerramento do exercício correspondente poderão ser pagos à conta de dotação específica consignada no orçamento, discriminada por elementos, obedecida, sempre que possível, a ordem cronológica.”

<sup>832</sup> Sobre a banalização dos restos a pagar como manobra contábil para diferir indefinidamente o pagamento de obrigações estatais, veja-se ABRAHAM, Marcus. *O fantasma dos restos a pagar* (<<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/coluna-fiscal/o-fantasma-dos-restos-a-pagar-12122019#:~:text=Nem%20sempre%20%C3%A9%20poss%C3%ADvel%20quitar,que%20inviabilizam%20o%20pagamento%20tempestivo>>, acesso em 05/08/2020): “Infelizmente, o que se observa hoje em dia é o uso excessivo e abusivo dos restos a pagar por numerosos governos, equiparável a uma manobra artificiosa contábil de postergação do cumprimento de obrigações financeiras, servindo de mecanismo indireto de rolagem de dívida (enquadrado legalmente como dívida flutuante, nos termos do artigo 92 da Lei nº 4.320/64), em que se acumulam débitos pretéritos naquela conta, sem haver recursos financeiros suficientes para a sua satisfação. Em verdade, através do uso imoderado da conta de restos a pagar, cria-se um orçamento alternativo, apenas com obrigações de pagar, mas sem fonte de recursos, adiando-se de maneira indefinida o adimplemento de dívidas previamente contraídas. Há, portanto, uma banalização e malversação no uso da conta de restos a pagar. Tal fato se deve, principalmente, à elaboração de orçamentos públicos com receitas superinfladas e irreais, ou sem que haja o devido acompanhamento da execução orçamentária ao longo do ano.”

assumidas, a Associação dos Membros dos Tribunais de Contas (ATRICON) recomendou em 2014 que fossem editadas normas regulamentadoras da ordem cronológica, que contemplassem, dentre outras medidas, que: i) o credor fosse informado sobre sua posição na ordem cronológica; ii) fossem explicitadas as razões de interesse público que autorizem a inversão de ordem cronológica; iii) fosse estabelecido prazo máximo para liquidação da despesa.<sup>833</sup>

Nesta linha, o Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão editou a Instrução Normativa nº 2/2016 para disciplinar “a observância da ordem cronológica de pagamento das obrigações relativas ao fornecimento de bens, locações, realização de obras e prestação de serviços” no âmbito federal. De acordo com o parágrafo 1º de seu artigo 3º, a inclusão do crédito na sequência de pagamentos terá como marco o momento em que o órgão contratante atestar a execução do objeto do contrato. Por outro lado, na hipótese de insuficiência de recursos financeiros disponíveis, estabelece o parágrafo 4º do artigo 4º que “poderá haver pagamento parcial do crédito, permanecendo o saldo remanescente na mesma posição da ordem cronológica”.

O parágrafo 1º do artigo 5º, por sua vez, explicita que “relevantes razões de interesse público” são capazes de ensejar a inobservância da ordem cronológica, reduzindo-as a: i) situações de emergência, calamidade pública ou grave perturbação da ordem; ii) casos em que demonstrado o risco à continuidade do cumprimento do objeto do ajuste, quando o contratado for microempresa, empresa de pequeno porte e congênere; iii) hipóteses de risco à continuidade de serviços necessários ao funcionamento dos sistemas estruturantes do Governo Federal; iv) casos de falência, recuperação judicial ou dissolução da empresa contratada; v) situações de perigo à integridade do patrimônio público ou ao funcionamento das atividades finalísticas do órgão ou entidade, se houver risco de descontinuidade da prestação de serviço público

---

<sup>833</sup> FORTINI, Cristiana; Motta, Fabrício. “Prevenção à Corrupção nas Contratações”, in PONTES FILHO, Valmir; MOTTA, Fabrício; GABARDO, Emerson (coordenadores). *A regeneração da administração pública: Livro do XXX Congresso Brasileiro de Direito Administrativo NATAL-2016*. Curitiba: Íthala, 2017, p. 20.

de relevância ou do cumprimento da missão institucional. Sobremais, mensalmente, os órgãos ou entidades federais deverão de disponibilizar em seu sítio eletrônico a ordem cronológica de seus pagamentos, bem como as justificativas que fundamentam seu eventual descumprimento.

A louvável regulamentação, todavia, não parece ter sido suficiente para desestimular ordenadores de despesas na Administração federal a diferir para o exercício seguinte o pagamento de despesas contraídas em determinado ano<sup>834</sup>, como é possível depreender do recente Acórdão nº 2.033/2019, proferido pelo Plenário do Tribunal de Contas da União, da relatoria do Ministro Vital do Rêgo:

“[a] prática de elevada inscrição e rolagem de recursos orçamentários na rubrica de restos a pagar ofende os princípios da anualidade orçamentária e da razoabilidade, sendo incompatível com o caráter de excepcionalidade dos restos a pagar, contrariando o disposto no art. 165, inciso III, da Constituição Federal, c/c o art. 2º da Lei 4.320/1964.”

No âmbito do Estado do Rio de Janeiro, a “Operação *Tris in Idem*”, do Ministério Público Federal, revelou a existência de acerto financeiro entre agentes políticos, servidores públicos e fornecedores da Administração Pública titulares de créditos não adimplidos atempadamente e inscritos como restos a pagar. Segundo relatado por colaborador, a organização criminosa teria instituído como praxe que as empresas interessadas em receber restos a pagar lhe destinassem até 20% (vinte por cento) dos valores percebidos, como retribuição pela precedência conferida.<sup>835</sup>

---

<sup>834</sup> Como explica Mansueto Almeida (cf. *Nota Técnica: Restos a Pagar e Artifícios Contábeis*, p. 2, <<https://docplayer.com.br/22376109-Nota-tecnica-restos-a-pagar-e-artificios-contabeis.html>>, acesso em 05/08/2020), o “ganho que o governo tem em aumentar os restos a pagar é conseguir melhorar o resultado do superávit primário para um determinado ano, pois os restos a pagar serão contabilizados como Dívida Flutuante que não entram na contabilidade da Dívida Líquida do Setor Público (DLSP). O resultado desse artifício contábil é aumentar a Dívida Flutuante com fornecedores para alcançar um superávit primário maior e cumprir a meta daquele ano. Isso permite ao governo mostrar que está sendo feito um esforço maior de contenção de despesas, quando o que de fato ocorreu foi a postergação de pagamentos de despesas.”

<sup>835</sup> Para a íntegra da medida cautelar proposta no âmbito da “Operação *Tris in Idem*”, consulte-se o endereço eletrônico <[https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/wp-content/uploads/sites/41/2020/08/cautelar-cometa-prisao-preventiva-final-1\\_280820204148.pdf](https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/wp-content/uploads/sites/41/2020/08/cautelar-cometa-prisao-preventiva-final-1_280820204148.pdf)>, acesso em 10/09/2020.

Com o advento da Lei nº 14.133/2021, o legislador buscou conferir maior segurança jurídica aos fornecedores contratados pela Administração Pública, ao estender normas originalmente previstas na Instrução Normativa nº 2/2016 para todos os níveis da Federação. Assim, i) se restringiu a possibilidade de modificação da ordem cronológica de pagamentos às hipóteses excepcionais descritas na mencionada Instrução (artigo 141, § 1º); e ii) se determinou a disponibilização em portal eletrônico da ordem cronológica de pagamentos, “bem como as justificativas que fundamentem a eventual alteração dessa ordem” (artigo 141, § 3º).

O Projeto de Lei submetido à sanção presidencial continha, ainda, preceitos que condicionavam a expedição de “ordem de serviço para execução de cada etapa” da obra pública ao prévio e obrigatório “depósito em conta vinculada dos recursos financeiros necessários” para seu custeio, de modo a minimizar – ao menos nas contratações de obras – o risco de inadimplência do Poder Público (artigos 115, § 2º, e artigo 142, parágrafo único). Todavia, tais dispositivos foram vetados pelo Presidente da República, por entender que a vedação à possibilidade de “remanejamentos financeiros” seria contrária ao interesse público.<sup>836</sup>

#### 14. Cláusulas Exorbitantes/Mecanismos de Solução de Conflitos

Diz-se que os contratos administrativos se distinguem por sua assimetria: à Administração Pública são conferidas as prerrogativas anômalas de alterá-los e extingui-los unilateralmente<sup>837</sup> – ainda que condicionadas à observância dos direitos à recomposição do patrimônio do particular –, bem como de fiscalizar sua execução e aplicar sanções. Tais cláusulas exorbitantes, justificadas pela tradicional teoria da supremacia do interesse público (sob a

---

<sup>836</sup> Cfr. mensagem de veto nº 118, de 01/04/2021.

<sup>837</sup> Neste tema, os dispositivos da Lei nº 8.666/93 foram reproduzidos, sem alterações significativas, na Lei nº 14.133/2021. Em relação à modificação unilateral do contrato administrativo, veja-se o inciso I do artigo 58 da Lei nº 8.666/93 e o inciso I do art. 104 da Lei nº 14.133/2021; em relação à rescisão unilateral, vejam-se o inciso II do artigo 58, o inciso XII do artigo 78 e o inciso I do artigo 79 da Lei nº 8.666/93 e o inciso II do artigo 104, o inciso VIII do artigo 137 e o inciso I do artigo 138 da Lei nº 14.133/2021.



premissa do Estado como ente monolítico e benevolente<sup>838</sup>), supostamente se destinam a assegurar soluções mais vantajosas para a Administração Pública, notadamente por lhe reduzir os custos de transação *ex post*, relativos ao preenchimento da incompletude contratual e ao *enforcement* do acordo. Paradoxalmente, no entanto, a possibilidade de recurso a tais remédios frequentemente resulta em contratações celebradas em termos menos vantajosos para a Administração, resultando em prejuízos para a consecução do interesse público que se almejava preservar.

Embora o fundamento jurídico das cláusulas exorbitantes resida na primazia do interesse público, sua consequência econômica é tornar as contratações públicas mais onerosas para os cofres públicos, em razão do aumento dos custos de transação *ex ante* e *ex post*. Para Rafael Vêras Freitas, “[o] regime jurídico dos contratos administrativos, tal como delineado pela Lei nº 8.666/1993, é um exemplo (quase que de manual) de como se celebrar um contrato com elevados custos de transação nas fases pré e pós contratual.”<sup>839</sup>

Em primeiro lugar, as cláusulas exorbitantes tornam as licitações menos atraentes e por conseguinte menos competitivas, ao reduzir o universo dos particulares dispostos a contratar com a Administração Pública. Em segundo, mesmo aqueles que a tanto se proponham, praticarão preços mais elevados, à vista do risco de alteração ou extinção unilateral da avença.<sup>840</sup> Em terceiro, a prerrogativa de modificação unilateral das contratações a bem do interesse público – conceito assaz aberto, é de se reconhecer – tem como efeito colateral a displicência dos administradores com a fase de planejamento. Diante de tal cenário, não chega a surpreender a proverbial imprecisão dos projetos básicos.

---

<sup>838</sup> Ou seja, desconsiderando-se a potencial captura do ente público e o risco de desvios decorrentes da relação agente-principal.

<sup>839</sup> FREITAS, Rafael Vêras. “Análise Econômica das Contratações Públicas”, p. 23.

<sup>840</sup> Como pontua Marçal Justen Filho: “Quanto maiores as restrições aos direitos dos particulares, tanto maior o preço que a Administração desembolsará para haver as utilidades de que necessita. Em outras palavras, os cofres públicos arcam com os reflexos econômicos de todas as prerrogativas anômalas que forem instituídas a propósito da realização pelo Estado de suas funções. Portanto, configura-se um paradoxo. O intento de assegurar a potencial proteção ao interesse coletivo acarreta, na verdade, o seu efetivo sacrifício. É que o Estado paga preço mais elevado para participar da relação jurídica caracterizada pela sua supremacia.” (JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*, p. 1.174)

Outra causa de aumento do custo de transação é a previsão legal que autoriza a Administração Pública a diferir seus pagamentos por dois meses, pois atrasos inferiores, sem importar em suspensão ou extinção das obrigações assumidas pelo particular (artigo 137, § 2º, IV, da Lei nº 14.133/2021).<sup>841</sup> Como não poderia deixar de ser, esse verdadeiro inadimplemento institucionalizado é também objeto de precificação pelos licitantes<sup>842</sup>.

Ainda que, excedido o prazo de dois meses, a lei tenha agasalhado a possibilidade de utilização pelo contratado da *exceptio non adimpleti contractus* – de resto controvertida em sede doutrinária<sup>843</sup> –, dificilmente o particular dela lança mão em sede administrativa. Provavelmente, como bem observa Rafael Vêras de Freitas, a questão será remetida ao Poder Judiciário, com incremento substancial do custo de transação: não raro as empresas contratadas temem

---

<sup>841</sup> Registre-se, contudo, que os custos de transação impostos ao fornecedor pela Lei nº 14.133/2021, no que diz respeito ao risco de inadimplência do Poder Público, são um pouco menos onerosos do que aqueles atribuídos na anterior redação do artigo 78, VX da Lei nº 8.666/93. A Nova Lei de Licitações e Contratos introduziu as seguintes alterações no que diz respeito aos casos de inadimplência do ente público: i) redução do prazo em que se admitia o atraso sem interrupção da execução contratual, de 90 (noventa) dias para dois meses; e ii) estipulação de que o atraso haveria de ser “contado da emissão da nota fiscal”, enquanto a Lei nº 8.666/93 possibilitava que o termo inicial fosse retardado enquanto não atestado o recebimento.

<sup>842</sup> FREITAS, Rafael Vêras de. “Análise Econômica das Contratações Públicas”, pp. 14-15: “De fato, não se pode desconsiderar que o contratado ‘precifica’ o risco de contratar com o Poder Público, seja em razão das exorbitâncias contratuais que poderão ser manejadas durante a execução da avença, seja pela utilização de uma de suas maiores ‘prerrogativas’: a de não cumprir com as suas obrigações. Isto porque o conceito de ‘risco’ está relacionado, de um lado, à possibilidade de suportar, dentro de uma determinada relação jurídica, efeitos indesejáveis, inesperados, e, de outro, à de não experimentar acréscimos planejados. Ou seja: a precificação do risco é feita considerando-se os riscos que poderão incidir sobre a prestação do objeto contratado. E, atualmente, não existe maior risco do que o de contratar com o poder público.”

<sup>843</sup> No ponto, veja-se DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 328: “Grande parte dos doutrinadores entende que essa exceção não pode ser aplicada no direito administrativo, principalmente pelo fato de que, neste, o contratado assume o papel de colaborador da Administração Pública e, como tal, age no interesse público, que não pode ficar prejudicado pela paralisação na execução do contrato. Essa doutrina sofre hoje algum abrandamento, pois já se aceita que a *exceptio non adimpleti contractus* seja invocada pelo particular contra a Administração, embora sem a mesma amplitude que apresenta no direito privado. (...) o particular deve, como regra, dar continuidade ao contrato, evitando de, *sponte sua*, paralisar a execução do contrato, já que a rescisão unilateral é prerrogativa da Administração; o que o particular pode e deve fazer, até mesmo para acautelar seus interesses, é pleitear a rescisão, administrativa ou judicialmente, aguardando que ela seja deferida. Essa regra admite exceção pela aplicação da teoria do fato da Administração, quando sua conduta tornar impossível a execução do contrato ou causar ao contratado um desequilíbrio econômico extraordinário, que não seria razoável exigir que suportasse, pela desproporção entre esse sacrifício e o interesse público a atingir pela execução do contrato.”

suspender unilateralmente a prestação dos serviços<sup>844</sup>, por conta da possibilidade de virem a sofrer punições.<sup>845</sup>

Para além de toda a problemática atinente à eficiência, a possibilidade de aplicação das cláusulas exorbitantes pode configurar instrumento de pressão sobre o contratado, à disposição de administradores interessados em obter vantagens ilícitas. Disso é exemplo a aplicação das sanções administrativas<sup>846</sup> no regime do artigo 156 da Lei nº 14.133/2021, cuja dosimetria carece de critérios legais objetivos.<sup>847</sup> Assim, por exemplo, as infrações descritas nos incisos II, III, IV, V, VI e VII do artigo 155 poderão ensejar a aplicação de multa (artigo 156, § 3º), de impedimento de contratar no âmbito do ente federativo que aplicou a sanção (§ 4º do mesmo dispositivo) ou de inidoneidade para contratar com a Administração Pública em qualquer nível da federação (§5º do mesmo dispositivo), a depender da gravidade atribuída à infração pelo agente público.

---

<sup>844</sup> Embora o §2º do artigo 137 atribua ao contratado o “direito à extinção do contrato” nos casos de atraso de pagamento superior a dois meses, tal extinção somente poderá ocorrer de forma consensual (inciso II do artigo 138 da Lei nº 14.133/2021), por decisão arbitral ou por decisão judicial (inciso III do artigo 138). A lei não indica outras vias pelas quais o contratado pudesse exercer “o direito de optar pela suspensão do cumprimento das obrigações assumidas”, como alternativa à extinção do contrato (inciso II do §3º do artigo 137 da Lei nº 14.133/2021).

<sup>845</sup> FREITAS, Rafael Vêras de. “Análise Econômica das Contratações Públicas”, p. 128: “(...) ainda que tal exigência seja, em tese, despicienda, qual empresa teria coragem de alegar *exceptio non adimpleti contractus* e suspender os serviços prestados para o Poder Público, considerando a possibilidade de ser sancionada com uma penalidade de declaração de inidoneidade? Resultado: o Poder Público paga mais caro do que qualquer empresa do setor privado na aquisição de bens e de serviços.”

<sup>846</sup> Registre-se, contudo, que a Lei nº 14.133/2021 confere algumas balizas referentes à aplicação de sanções administrativas que estavam ausentes da Lei nº 8.666/93, a saber: i) especificação das infrações às quais são cominadas cada tipo de sanção (§§2º a 5º do artigo 156); ii) detalhamento dos critérios para orientar a dosimetria das sanções (§1º do artigo 156); iii) exigência de instauração de processo de responsabilização para aplicação das sanções de impedimento e inidoneidade (artigo 158).

<sup>847</sup> Cf. FORTINI, Cristiana; MOTTA, Fabrício. “Corrupção nas licitações e contratações públicas: sinais de alerta segundo a Transparência Internacional”, in *Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, ano 16, n. 64, p. 93-113, abr/jun 2016, p. 103: “A indefinição prévia da atitude a ser adotada e a pluralidade de caminhos (alguns mais penosos que outros) contribuem para o risco de corrupção. A Lei nº 8.666/93, embora detalhista em grande parte do tempo, não esclarece quando se aplica cada uma das sanções descritas no art. 87. Caberá ao administrador fazer a correlação entre a infração e a pena, já ao minutar o contrato, na fase interna da licitação ou, pior, decidir qual reprimenda aplicar, quando detectada a falha, livre de qualquer referência mais precisa.”

Compreende-se, assim, que se mostra crucial para o fornecedor manter boas relações com o administrador, cuja atuação poderá até mesmo resultar em sua exclusão do mercado de compras públicas em nível nacional, impedindo-lhe de participar de contratações perante quaisquer outros órgãos públicos. A exposição a tal situação de risco contribui para que empresários estejam inclinados a acatar as solicitações que lhes sejam dirigidas no curso da fiscalização contratual, seja no que diz respeito ao pagamento de vantagens indevidas, seja no sentido de se abster de questionar licitações direcionadas em favor de outros fornecedores.

Ao permitirem a suspensão temporária de pagamentos por até dois meses, o exercício desproporcional do poder sancionatório, a modificação e até rescisão unilateral do objeto contratado mediante invocação do “interesse público”, as cláusulas exorbitantes conferem ao agente público um vasto arsenal para o exercício abusivo de seu poder discricionário, incluindo a ameaça ou prática de comportamentos oportunistas, visando à extração de vantagens indevidas das empresas que contratam com o poder público.

Por outro lado, a vulnerabilidade do particular a tais comportamentos oportunistas é reforçada pela ausência de mecanismos ágeis e eficientes que lhe permitam se contrapor aos prejuízos impostos pela Administração Pública e “garantir ao licitante vencedor qualquer seguro contra as mudanças de humores da Administração e seus consequentes contingenciamentos e cancelamentos”.<sup>848</sup>

A permissão contida no artigo 1º, § 1º, da Lei nº 9.307/96, acrescentado pela Lei nº 13.129/2015, segundo a qual a Administração Pública poderia “utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis” foi expressamente reiterada no artigo 151 da Lei nº 14.133/2021. Na prática, contudo, tais dispositivos raramente são utilizados nas contratações públicas. Em tais casos, e diante das escassas possibilidades de sucesso em sede de recurso administrativo, resta ao contratado a judicialização de

---

<sup>848</sup> FIUZA, Eduardo Pedral Sampaio. “Licitações e Governança de Contratos: A Visão dos Economistas”, p. 260.

eventuais conflitos de interesse com o ente público. Tal solução, no entanto, eleva ainda mais os custos de transação *ex post*, seja em razão das despesas inerentes ao processo judicial (como custas judiciais e honorários do advogado e do perito), seja em razão da notória morosidade do Poder Judiciário.

Para além dos fatores de ineficiência comuns inerentes ao Poder Judiciário brasileiro (burocracia, sobrecarga, contraditório, excesso de recursos), o contratado que demanda contra a Administração Pública ainda enfrenta dificuldades adicionais, como a restrições legais à antecipação de tutela em face da Fazenda Pública e a obrigatoriedade de precatório judicial para recebimento dos créditos devidos, nos termos do artigo 100 da Constituição da República.

## 15. Alterações contratuais

### 15.1. Modificações quantitativas e qualitativas

Como visto, a ausência de projeto básico – ou termo de referência, se o caso – suficientemente detalhado costuma dar azo a toda sorte de modificações das condições inicialmente pactuadas. Em princípio, a incompetência do administrador em identificar e quantificar *ex ante* os insumos necessários para a execução do projeto contratado poderão ensejar seleção adversa, privilegiando a empresa que melhor explorar o erro de planejamento da Administração Pública.<sup>849</sup>

Ainda mais preocupante, no entanto, é a possibilidade de que o planejamento deficiente seja parte de estratégia artificioso, utilizado, num primeiro momento, para direcionar a licitação e, sob o manto de suposta imprevisibilidade, justificar alterações quantitativas e qualitativas *a posteriori*.<sup>850</sup>

---

<sup>849</sup> FIUZA, Eduardo Pedral Sampaio. “Licitações e Governança de Contratos: A Visão dos Economistas”, p. 248: “Com isso, ganha a licitação não necessariamente a firma mais eficiente, e sim aquela que detecta melhor o erro de quantitativo de um item de planilha e submete o lance mais baixo, sabendo que recuperará mais tarde a perda, apontando ao contratante o erro só depois de o contrato ter sido assinado.”

<sup>850</sup> No ponto, veja-se RODRIGUES, Raimilan Seneterri da Silva. “Acréscimos e supressões em contratos públicos: uma leitura a partir do princípio da proporcionalidade”. In *Revista do TCU*,

Tal comportamento oportunista é viabilizado em razão da assimetria de informação entre os *insiders* (o agente corrupto e a empresa favorecida), que têm conhecimento das reais necessidades da administração (e de quais itens incluídos no projeto seriam desnecessários ou substituíveis), e os *outsiders*, que somente dispõem das informações publicamente divulgadas no edital para orientar a formulação de suas propostas.

À vista do artigo 65 da Lei nº 8.666/93 – em especial de seus parágrafos 1º e 2º -, o Tribunal de Contas da União consolidou o entendimento de que são permitidas alterações em contratos de obras, serviços ou compras até o limite de 25% (vinte e cinco por cento) de seu valor inicial atualizado, ampliado para 50% (cinquenta por cento) se de reforma de edificação ou equipamento se tratar.<sup>851</sup> Apesar de alguma dissensão doutrinária<sup>852</sup>, a corte entendeu de

---

nº 120, janeiro/abril 2011, p. 88: “Em verdade, a simples redução dos quantitativos licitados pode ser um sério indício de irregularidade e de falta de planejamento. Ora, o dimensionamento errado do objeto no projeto inicial do certame pode constituir meio decisivo para que interessados não acorram ao certame. Em muitos casos, se a licitação fosse instaurada para fornecer uma quantidade menor do objeto poderia propiciar uma mais ampla concorrência de interessados de menor porte econômico. Apesar da autorização legal, reduzir o objeto em patamar excessivo depois do certame poderá evidenciar intenção deliberada de manter determinados interessados fora do páreo. Por isso, até mesmo uma redução do objeto contratual, ainda que nos limites da lei, poder-se-á evidenciar excessiva diante do caso concreto, o que reclama sua análise em obséquio aos princípios da finalidade e de proporcionalidade.”

<sup>851</sup> Transcreve-se aqui o artigo 65 parcialmente, cingindo-se aos trechos mais importantes à análise empreendida: “Art. 65. Os contratos regidos por esta Lei poderão ser alterados, com as devidas justificativas, nos seguintes casos: I - unilateralmente pela Administração: a) quando houver modificação do projeto ou das especificações, para melhor adequação técnica aos seus objetivos; b) quando necessária a modificação do valor contratual em decorrência de acréscimo ou diminuição quantitativa de seu objeto, nos limites permitidos por esta Lei; II - por acordo das partes: d) para restabelecer a relação que as partes pactuaram inicialmente entre os encargos do contratado e a retribuição da administração para a justa remuneração da obra, serviço ou fornecimento, objetivando a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, na hipótese de sobrevirem fatos imprevisíveis, ou previsíveis porém de consequências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do ajustado, ou, ainda, em caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe, configurando álea econômica extraordinária e extracontratual. § 1º O contratado fica obrigado a aceitar, nas mesmas condições contratuais, os acréscimos ou supressões que se fizerem nas obras, serviços ou compras, até 25% (vinte e cinco por cento) do valor inicial atualizado do contrato, e, no caso particular de reforma de edifício ou de equipamento, até o limite de 50% (cinquenta por cento) para os seus acréscimos. § 2º Nenhum acréscimo ou supressão poderá exceder os limites estabelecidos no parágrafo anterior, salvo: I - (VETADO); II - as supressões resultantes de acordo celebrado entre os contratantes. § 3º Se no contrato não houverem sido contemplados preços unitários para obras ou serviços, esses serão fixados mediante acordo entre as partes, respeitados os limites estabelecidos no § 1º deste artigo.”

<sup>852</sup> Para Marçal Justen Filho (*Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*, p. 1.344/1349, *passim*) e Celso Antônio Bandeira de Mello (*Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 620/621), os limites previstos no parágrafo 1º do artigo 65

aplicar tais restrições tanto às modificações quantitativas quanto àquelas de natureza qualitativas – é dizer, aquelas em que “houver modificação do projeto ou das especificações, para melhor adequação técnica aos seus objetivos”.<sup>853</sup> Contudo, se de alterações consensuais qualitativas se estiver a tratar, a corte abrandou seu posicionamento, para admitir que os percentuais máximos possam ser ultrapassados excepcionalmente, desde que presentes determinados pressupostos cumulativos.<sup>854</sup>

Com o advento da Lei nº 14.133/2021, tende-se a ampliar a possibilidade de modificações contratuais para além do limite anteriormente permitido de 25% (ou 50% em caso de reforma). Com efeito, embora os referidos percentuais tenham sido mantidos com referências às alterações unilaterais do contrato (artigo 125, que reproduz o artigo 65, §1º da Lei nº 8.666/93), foi suprimida na nova lei a vedação a alterações consensuais que excedam esse patamar, pois não reproduziu o artigo 65, § 2º, da Lei nº 8.666/93. Diante de tal alteração legislativa, Marçal Justen Filho sustenta que a limitação prevista no artigo 125 da Lei 14.133/2021 se aplicaria “especificamente às alterações impostas de modo unilateral e compulsório, sem a concordância do contratado”, mas não alcançaria as modificações consensuais. Sustenta, assim, que seria “cabível promover alteração que

---

aplicar-se-iam apenas às modificações unilaterais quantitativas; Jessé Torres Pereira Júnior, por seu turno, advoga o entendimento oposto (PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*, p. 722/724).

<sup>853</sup> Cf. TCU, Plenário, Decisão nº 215/1999. Rel. Min. José Antônio B. de Macedo: “(...) tanto as alterações contratuais quantitativas - que modificam a dimensão do objeto - quanto as unilaterais qualitativas - que mantêm intangível o objeto, em natureza e em dimensão, estão sujeitas aos limites preestabelecidos nos §§ 1º e 2º do art. 65 da Lei nº 8.666/93, em face do respeito aos direitos do contratado, prescrito no art. 58, I, da mesma Lei, do princípio da proporcionalidade e da necessidade de esses limites serem obrigatoriamente fixados em lei.”

<sup>854</sup> São eles: i) a modificação há de ser mais vantajosa que a eventual rescisão contratual a bem do interesse público, computados os custos inerentes à realização de nova licitação; ii) o contratado deve dispor de capacidade técnica e econômico-financeira suficiente; iii) a alteração deve decorrer de fatos supervenientes que impliquem em dificuldades não previstas ou imprevisíveis por ocasião da contratação inicial; iv) o objeto originalmente contratado não pode ser transfigurado em outro de natureza e propósito diversos; v) a modificação deve ser necessárias à completa execução do objeto original do contrato, à otimização do cronograma de execução e à antecipação dos benefícios sociais e econômicos decorrentes; vi) a rescisão contratual seguida de nova licitação deve importar sacrifício insuportável ao interesse coletivo a ser atendido pela obra ou serviço. (Cf. TCU, Plenário, Decisão nº 215/1999. Rel. Min. José Antônio Barreto de Macedo)

supere os limites previstos, desde que mediante concordância entre as partes”.<sup>855</sup>

Estratégia muito utilizada por particulares que, após se sagrarem vencedores em licitações para realização de obra ou serviço de engenharia, pretendem maximizar seu lucro é o denominado “jogo de planilha”.<sup>856</sup> Conhecedor de falhas do projeto básico no mais das vezes propositais, o licitante apresenta proposta fictícia: ao passo que orça a valores ínfimos itens que sabe que terão sua quantidade – inicialmente significativa – reduzida, cota a preços muito altos outros cuja quantidade – originalmente inexpressiva – sabe que será aumentada. À custa da manobra – e considerando que os demais licitantes não têm conhecimento prévio das alterações contratuais futuras –, seu preço final será o menor. Modificados os quantitativos já no curso da execução, a maior vantajosidade da proposta vencedora se esvai, e o contratado, ainda que o preço final seja mantido – ou, se majorado, permaneça aquém dos limites legais –, consegue aumentar artificialmente sua margem de lucro.<sup>857</sup>

---

<sup>855</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos* – Ed. 2021, p. RL 1.36

<sup>856</sup> Outro artifício utilizado por contratados em detrimento do interesse público é o jogo de cronograma, consubstanciado na concentração na fase inicial da obra da parcela do contrato mais vantajosa sob a ótica econômico-financeira, a despeito da ausência de justificativa técnica para tal. Na medida em que as etapas posteriores não guardam a mesma atratividade, não raro o particular abandona a obra inconclusa, causando evidente prejuízo à Administração Pública. Confira-se TCU, Plenário, Acórdão nº 2.442/2014, Rel. Min. Benjamin Zymler: “A aquisição de bens de alto valor, que representam percentual significativo do contrato, sem que sejam necessários no estágio em que a obra se encontra ou em momento próximo, expõe indevidamente a Administração à perda precoce da garantia do fabricante, à deterioração e ao jogo de cronograma, por meio do qual a empreiteira antecipa a medição de serviços mais rentáveis e abandona o contrato sem executar os menos rentáveis. A medição de tais bens somente deve ser feita quando forem efetivamente necessários à execução dos serviços a que se destinam, considerando a manutenção de estoque mínimo que permita a continuidade e o bom andamento dos serviços.”

<sup>857</sup> PARZIALE, Aniello dos Reis. *A ocorrência do “jogo de planilha” durante a execução de obras e serviços de engenharia*. Obtido em <<https://jus.com.br/artigos/61849/a-ocorrencia-do-jogo-de-planilha-durante-a-execucao-de-obras-e-servicos-de-engenharia>>, acesso em 07/08/2020: “(...) para o ‘jogo de planilha’ efetivamente ocorrer, é necessário que o contratado, durante o processamento da licitação, tome conhecimento da inadequação do projeto básico, em especial da planilha, elaborado para subsidiar a execução do objeto licitado. Logo, sabendo-se que o referido objeto será devidamente alterado durante sua execução, a fim de corrigir a distorção e viabilizar sua conclusão, ofertará o licitante sobrepreço para determinados itens cujos quantitativos licitados são subestimados e subpreços para os superestimados, o que torna o valor global da sua proposta reduzido, sagrando-se, desta feita, vencedor da licitação. Logo, durante a execução do objeto contratado, momento em que se observará a inconsistência do projeto básico, em sendo realizados tais acréscimos e supressões, por meio



Tal comportamento oportunista favorece os *players* habituais no certame, seja pelo acesso à informação privilegiada acerca das falhas intencionais no projeto, seja pela certeza de que lograrão renegociar o contrato em termos mais favoráveis diante do relacionamento pessoal mantido com o gestor público.

O estratagema ilícito não escapou à censura do Tribunal de Contas da União. Por meio do Enunciado nº 259, e no intuito de evitar o superfaturamento pontual, a corte impôs ao administrador a obrigação de estabelecer no ato convocatório da licitação critérios de aceitabilidade dos preços unitários e global, fixando-lhes patamar máximo baseado em valores de mercado.<sup>858</sup> Por outro lado, entendeu que a obediência aos limites de 25% (vinte e cinco por cento) e 50% (cinquenta por cento) deve ser analisada separadamente – é dizer, tanto o percentual de acréscimos quanto aquele de diminuições não de se cingir ao teto legal –, independente do cômputo final.<sup>859</sup>

A ideia é tentar evitar que casos esdrúxulos, como o da reforma do Estádio do Maracanã, tornem a acontecer. Após inúmeros termos aditivos, o valor global previsto inicialmente foi acrescido em 50% (cinquenta por cento), de conformidade com os parágrafos 1º e 2º do artigo 65 da Lei nº 8.666/93. Ocorre que, como demonstrou a Coordenadoria de Auditoria de Obras e

---

de competente termo aditivo contratual, verificar-se-á que a remuneração do particular contratado, reduzida inicialmente, será majorada indevidamente, circunstância que anula a vantajosidade observada na licitação, fato que é extremamente danoso ao interesse público.”

<sup>858</sup> TCU, Plenário, Acórdão nº 1.618/2019, Rel. Min. Marcos Bemquerer: “É imprescindível a análise dos preços unitários em licitações do tipo menor preço global, de modo a se coibir a prática do denominado jogo de planilha, que se caracteriza pela elevação dos quantitativos de itens que apresentam preços unitários superiores aos de mercado e redução dos quantitativos de itens com preços inferiores, por meio de aditivos.”

<sup>859</sup> TCU, Plenário, Acórdão nº 2.157/2013, Rel. Min. Ana Arraes: “O limite para alteração contratual de 25% (ou de 50%, no caso de reforma de edifício ou de equipamento) refere-se, individualmente, às supressões e aos acréscimos e não comporta compensação entre um e outro percentual para cômputo da máxima alteração permitida por lei (art. 65, da Lei 8.666/1993). A extrapolação desses limites só é aceitável em situações excepcionalíssimas, permeadas de imprevisibilidade, e, ainda, quando atendidos os requisitos definidos na Decisão 215/1999-Plenário.” É bem verdade que, à vista do caso concreto, a própria corte pode amenizar seu entendimento; cf. TCU, Plenário, Acórdão nº 2.544/2011, Rel. Min. Marcos Bemquerer; TCU, Plenário, Acórdão nº 1.918/2013, Rel. Min. Ana Arraes; TCU, Plenário, Acórdão nº 1.302/2015, Rel. Min. Marcos Bemquerer; TCU, Primeira Câmara, Acórdão nº 3.524/2017, Rel. Min. Bruno Dantas.

Serviços de Engenharia do Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro, o contrato sofreu acréscimos equivalentes a 121% (cento e vinte e um por cento) do valor inicial, considerados itens existentes (13%) e novos (108%), e decréscimos de 98% (noventa e oito por cento). Por óbvio, ainda que o valor global possa ter se mantido dentro do limite de variação legal, alterações contratuais tão drásticas – para mais e para menos – denotam a completa modificação do projeto licitado, em flagrante desrespeito aos princípios mais basilares da licitação.<sup>860</sup>

Se é verdade que as alterações contratuais devem ser precedidas de estudos técnicos devidamente formalizados no processo administrativo correspondente, a iterativa jurisprudência do Tribunal de Contas da União revela que nem sempre tal obrigatoriedade é respeitada pelos administradores.<sup>861</sup> De mais a mais, uma vez que apenas a notícia da assinatura do termo aditivo é publicada na imprensa oficial, a possibilidade de fiscalização concomitante pelos licitantes derrotados, pelos órgãos de controle e pela sociedade em geral fica bastante prejudicada. Apenas à vista da análise do processo administrativo, raramente acessível *on line*, é possível saber qual a modificação implementada, e se tem ela potencial para transmutar o objeto do contrato.

---

<sup>860</sup> Cf. Processo TCERJ nº 106.660-0/2013, fl. 2.851. As muitas irregularidades na licitação e contratação para reforma do Estádio do Maracanã deram ensejo à propositura da Ação Civil Pública por Improbidade Administrativa nº 0056834-25.2017.8.19.0001 (íntegra da petição inicial disponível em <<https://www.mprj.mp.br/home/-/detalhe-noticia/visualizar/4801>>, acesso em 08/09/2020), da atribuição do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, como também da Ação Penal nº 0507030-30.2018.4.02.5101 (íntegra da denúncia em <[http://www.mpf.mp.br/rj/sala-de-imprensa/docs/pr-rj/Denuncia%20-%20Caso%20Odebrecht-Cabral%20-%20versao%201\\_Redigido.pdf](http://www.mpf.mp.br/rj/sala-de-imprensa/docs/pr-rj/Denuncia%20-%20Caso%20Odebrecht-Cabral%20-%20versao%201_Redigido.pdf)>, consultado em 08/09/2020), do Ministério Público Federal.

<sup>861</sup> São exemplos TCU, Segunda Câmara, Acórdão nº 428/2010, Rel. Min. Aroldo Cedraz: “No caso de alteração contratual, deve ser registrado, previamente e por escrito, nos processos licitatórios e nos processos deles decorrentes, as justificativas para as alterações contratuais, com as demonstrações analíticas das variações dos componentes dos custos contratados.”; TCU, Plenário, Acórdão nº 3.053/2016, Rel. Min. Benjamin Zymler: “As alterações do objeto contratado devem ser precedidas de procedimento administrativo no qual fique registrada a justificativa das alterações tidas por necessárias, embasadas em pareceres e estudos técnicos pertinentes, bem como restar caracterizada a natureza superveniente, em relação ao momento da licitação, dos fatos ensejadores das alterações. Ademais, a justificativa técnica para o aditamento contratual deve ainda contemplar a análise dos quantitativos e dos valores dos serviços aditados, inclusive com pesquisas de mercado para justificar a economicidade do termo de aditamento contratual.”

Por tais fatores, levantamentos empíricos confirmam a frequência da renegociação precoce em contratos celebrados pela Administração Pública<sup>862</sup>, que tende a dissipar as economias eventualmente obtidas no curso do processo licitatório.

## 15.2. Prorrogação

De acordo com o artigo 57 da Lei nº 8.666/93, os contratos em geral têm duração anual, adstritos que estão à vigência dos respectivos créditos orçamentários. Contudo, na hipótese de prestação de serviços continuados, “com vistas à obtenção de preços e condições mais vantajosas”, é possível sua prorrogação até o prazo máximo de 60 (sessenta) meses, passível de extensão, “em caráter excepcional”<sup>863</sup>, por mais 12 (meses).<sup>864</sup> Como se vê, a prorrogação da avença está autorizada apenas se demonstrada sua maior vantajosidade em processo administrativo regular.

Para tanto, segundo a jurisprudência reiterada do Tribunal de Contas da União, o administrador deve realizar ampla pesquisa de preços, através de consultas a portais de compras governamentais e contratações similares realizadas por outros entes públicos. Apesar de recomendado que a pesquisa

---

<sup>862</sup> Citando informações do Banco Mundial, Marcos Nóbrega afirma que “dados de contratos de concessão celebrados na América Latina apontam para um elevado grau de renegociação (73%) nos dois primeiros anos do contrato” (NÓBREGA, Marcos. “Análise Econômica do Direito Administrativo”, p. 422). Especificamente no caso brasileiro, Eduardo Pedral Sampaio Fiuza e Bernardo Abreu de Medeiros apontam 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.” (*A Agenda Perdida das Compras Públicas*, p. 70).

<sup>863</sup> No ponto, veja-se TCU, Plenário, Acórdão nº 1.938/2007, Rel. Min. Ubiratan Aguiar: “Deve ser evitada a prorrogação dos contratos de execução continuada além dos 60 meses previstos na Lei de Licitações, uma vez que a prorrogação contida no § 4º do art. 57 da norma é excepcional. Para tanto, deve ser realizado, a tempo, o processo licitatório para tais serviços.”

<sup>864</sup> “Art. 57. A duração dos contratos regidos por esta Lei ficará adstrita à vigência dos respectivos créditos orçamentários, exceto quanto aos relativos: II - à prestação de serviços a serem executados de forma contínua, que poderão ter a sua duração prorrogada por iguais e sucessivos períodos com vistas à obtenção de preços e condições mais vantajosas para a administração, limitada a sessenta meses. § 4º Em caráter excepcional, devidamente justificado e mediante autorização da autoridade superior, o prazo de que trata o inciso II do *caput* deste artigo poderá ser prorrogado por até doze meses.”

junto a fornecedores seja utilizada tão só subsidiariamente<sup>865</sup>, não raro ela é o único método empregado para comprovar ser a prorrogação a alternativa mais vantajosa. Não é difícil antever que o contratado atual, interessado na renovação da avença, possa propor ao administrador que, em troca de suborno, solicite apenas orçamentos “de cobertura”, a serem elaborados por fornecedores conluiados.

Foi precisamente o que ocorreu nas sucessivas prorrogações do contrato de fornecimento de desjejum e lanche noturno firmado pela Secretaria de Administração Penitenciária do Estado do Rio de Janeiro com a Organização da Sociedade Civil de Interesse Público Iniciativa Primus, em esquema desvelado pelo Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro na “Operação Pão Nosso”. Algumas das OSCIPs que apresentaram cotações fictícias sequer existiam para além de seu registro formal; ainda assim, eram velhas conhecidas dos órgãos de controle, por sua participação em outros processos seletivos, sempre com o único intuito de colaborar para o direcionamento do resultado.<sup>866</sup>

Finalmente, como as empresas concorrentes – inclusive aquelas que participaram do certame licitatório anterior – não são científicas do interesse da Administração na prorrogação contratual, ficam privadas da oportunidade de demonstrar que a abertura de novo procedimento competitivo seria opção mais vantajosa para o erário.

A Lei nº 14.133/2021 não contribuiu para tornar as prorrogações contratuais mais transparentes; pelo contrário, somente ampliou as oportunidades para comportamentos oportunistas do agente público.

Enquanto o artigo 57 da Lei nº 8.666/93 exigia a prorrogação anual do contrato de prestação de serviços continuados, até o limite de 60 meses (ou, excepcionalmente, 72 meses), mediante (suposta) demonstração de obtenção

---

<sup>865</sup> Cf. TCU, Plenário, Acórdão nº 1.604/2017, Rel. Min. Vital do Rêgo.

<sup>866</sup> Para consulta à íntegra da denúncia ministerial, confira-se o endereço eletrônico <[http://www.mprj.mp.br/documents/20184/277884/MINUTA\\_DENUNCIA\\_PRIMUS\\_Versao\\_final\\_277\\_paginas.pdf](http://www.mprj.mp.br/documents/20184/277884/MINUTA_DENUNCIA_PRIMUS_Versao_final_277_paginas.pdf)>, acesso em 08/09/2020.

de preços e condições mais vantajosas, o artigo 106 da Lei nº 14.133/2021 autoriza desde logo a Administração Pública a celebrar contratos com prazo de 5 (cinco) anos. Admite-se, apenas, que a Administração poderá exercer, a cada aniversário do contrato (§1º do artigo 106), a “opção” de extinguir o contrato “sem ônus, quando não dispuser de créditos orçamentários para sua continuidade ou quando entender que o contrato não lhe oferece mais vantagem” (inciso III do artigo 106). Dispensa-se, portanto, qualquer demonstração da preservação da economicidade contratual durante o quinquênio de vigência contratual, e amplia-se a discricionariedade do agente acerca da conveniência de manutenção do contrato vigente, multiplicando as oportunidades para a prática de comportamentos oportunistas.

De forma ainda mais grave, a nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos ainda prevê a possibilidade de prorrogação de tais contratos após o decurso de seu prazo original, até o limite de 10 (dez) anos de vigência (artigo 107 da Lei nº 14.133/2021). Até mesmo contratos celebrados mediante dispensa de licitação (por exemplo, nos casos de materiais de uso padronizados das Forças Armadas ou de contratações em que haja transferência de tecnologia de produtos estratégicos para o Sistema Único de Saúde) poderão ter seu prazo de vigência fixado em 10 (dez) anos (alínea g do inciso IV e inciso XII do artigo 75 c/c artigo 108 da Lei nº 14.133/2021).

Finalmente, o artigo 114 da Lei nº 14.133/2021 estabelece um prazo ainda mais generoso para contratos de “operação continuada de sistemas estruturantes de tecnologia da informação”, cuja vigência poderá se estender por até 15 (quinze) anos.

## 16. Programas de integridade

A Lei nº 14.133/2021 introduziu uma novidade na regulação do sistema de licitações e contratações públicas, ao tratar da implementação de programas de integridade (*compliance*) em empresas que contratam com a Administração Pública.

Embora inexista uma regra geral exigindo que todos os fornecedores que almejam contratar com a Administração Pública possuam um programa de integridade, a sua implantação é obrigatória nas contratações de “obras, serviços e fornecimentos de grande vulto” – ou seja, cujo valor exceda R\$ 200 milhões, conforme o inciso XXII do artigo 6º c/c §4º do artigo 25 da Lei nº 14.133/2021. O programa de integridade deverá ser implementado no prazo de 6 meses contados da celebração do contrato, remetendo-se para regulamentação posterior a disposição acerca das “medidas a serem adotadas, a forma de comprovação e as penalidades pelo seu descumprimento”.

Nos dizeres de Marçal Justen Filho, programas de integridade são “processos gerenciais orientados a impedir desvios éticos e práticas de fraude a terceiros, inclusive aqueles atinentes à corrupção. Esses programas envolvem a implantação de controles internos muito rígidos, especialmente no tocante ao destino de verbas e recursos de titularidade da empresa”<sup>867</sup>.

A Lei nº 14.133/2021 também prevê a implantação de programas de integridade: i) como critério de desempate no processo licitatório (artigo 60, IV); ii) como critério para atenuar as sanções por infrações administrativas (artigo 156, § 1º, V); e iii) como pré-condição para a reabilitação do licitante ou contratado (artigo 163, parágrafo único).

---

<sup>867</sup> Comentários à Lei de Licitações e Contratações Administrativas, Ed. 2021, p. RL-1.7.

– CAPÍTULO V –  
OUTROS SISTEMAS DE LICITAÇÕES E CONTRATOS PÚBLICOS:  
PORTUGAL E ESTADOS UNIDOS

1. Portugal

1.1. Panorama Legislativo

A Constituição da República Portuguesa – diferente do que ocorre no Brasil – não prevê de forma explícita que as aquisições realizadas pela Administração Pública devam se submeter preferencialmente a procedimento concorrencial. Entretanto, como é possível depreender de seus artigos 81º, alínea f), 99º, alínea a), e 100º, alínea c), a defesa da concorrência foi erigida ao *status* de incumbência estatal prioritária e, como tal, há de ser contemplada na elaboração das políticas públicas comercial e industrial. Cuida-se de valor estruturante da Constituição Econômica, garantidor da isonomia dos agentes econômicos atuantes no mercado.<sup>868</sup>

Não obstante, quando uma das partes contratantes ostentar natureza formal ou materialmente pública, para além de tutelar as posições subjetivas dos operadores econômicos, a concorrência se presta também à promoção objetiva do interesse público. Como explicita Pedro Fernández Sánchez, ao ampliar o universo de particulares interessados em contratar com o poder público, a concorrência aumenta a probabilidade de seleção de uma proposta que melhor contemple a demanda coletiva que a contratação pretende atender. Assim, a adoção preferencial de procedimentos burocráticos concorrenciais prévios às aquisições públicas cumpre igualmente o mandamento de

---

<sup>868</sup> SÁNCHEZ, Pedro Fernández. *Direito da Contratação Pública – Volume I*. Lisboa: AAFDL Editora, 2021, 1ª reimpressão, pp. 22-23.

prossecução do interesse público, insculpido no nº 1 do artigo 266º da Constituição Portuguesa.<sup>869</sup>

É nesta toada que se posiciona Miguel Assis Raimundo, para quem o regime das contratações públicas, por implicar a transformação de impostos em despesas – e, portanto, a gestão do património de todos –, há de adotar cautelas logicamente mais exigentes do que aquelas próprias às contratações privadas.<sup>870</sup> A preferência por modos de contratação pública concorrencial, para além de atender ao desejo dos particulares por igualdade de oportunidades, justifica-se, pois, pela obrigatoriedade de prossecução do interesse da coletividade, traduzido no interesse em seleccionar os cocontratantes mais confiáveis, pelos valores mais vantajosos.<sup>871</sup>

---

<sup>869</sup> Cf. SÁNCHEZ, Pedro Fernández. *Direito da Contratação Pública – Volume I*, p. 23: “Em suma, na perspectiva da Constituição Portuguesa, a formulação de uma obrigação para adoptar procedimentos concorrenciais por entes públicos não se esgota numa dimensão igualitária em benefício dos operadores de mercado, concretizando-se, além disso, num método de promoção do princípio da prossecução do interesse público proclamado pelo nº 1 do artigo 266º da Constituição. A concorrência não é então apenas uma garantia da igualdade dos prestadores no mercado (tutela de *interesses privados ou particulares*, sem prejuízo da defesa de interesses meta-individuais dos consumidores), mas também um meio de que o Poder dispõe para maximizar as possibilidades de encontrar as *condições contratuais mais adequadas no mercado* (tutela de *interesses públicos e de necessidades gerais ou colectivas*).”

<sup>870</sup> RAIMUNDO, Miguel Assis. *A Formação dos Contratos Públicos. Uma Concorrência Ajustada ao Interesse Público*. Lisboa: AAFDL Editora, 2013, p. 70: “(...) para além do fim da protecção da concorrência, o regime da contratação pública é permeado pelas particulares cautelas que devem rodear essa actividade de *transformar impostos em despesas*, que é o que no essencial se faz por meio da contratação pública. Por outras palavras: o que a História revela e o Direito confirma é que o facto essencial da contratação pública começa por ser o de que se trata de uma actividade de *gestão de coisa alheia*, como a coisa gerida é *de todos*, e por isso os fins da comunidade imprimem ao regime do contrato (*maxime* ao regime da sua *fase de formação*) uma feição própria, que em circunstância alguma se assemelha à contratação do privado-pessoa-singular, mesmo nos casos limite onde a influência do direito público parece mais ténue.”

<sup>871</sup> Cf. RAIMUNDO, Miguel Assis. *A Formação dos Contratos Públicos*, pp. 78-79: “(...) qualquer contrato público celebrado por uma entidade que seja de qualificar como uma entidade adjudicante *nunca deixa de colocar dois problemas radicalmente ligados ao interesse público e ao universo de preocupações do direito público*: (i) um problema de *cumprimento da relação de confiança na afectação de fundos públicos*, e (ii) um problema de *tratamento igual e imparcial de todos aqueles com quem essa entidade entra em relação*.” Como bem sintetiza Pedro Costa Gonçalves: “Embora variável em função do tipo do contrato, no que se refere aos contratos de compras públicas, a exigência de regulamentação específica do respectivo procedimento de formação explica-se por razões de interesse público geral (selecção de contratantes fiáveis para colaborar com a Administração Pública ou com as entidades adjudicantes) e de carácter financeiro (aquisição mais eficiente e que corresponda à melhor aplicação dos recursos públicos), mas também por razões ligadas à promoção da concorrência e ao respeito da igualdade de oportunidades dos operadores económicos em aceder ao benefício económico decorrente da celebração do contrato e do desenvolvimento da atividade contratada. Estas razões explicam a estipulação de uma regra de adoção de *procedimentos de selecção concorrencial* que as entidades adjudicantes ficam legalmente obrigadas a seguir.”



Neste particular, o direito português está em linha com o direito europeu.<sup>872</sup> Diante da importância inerente às aquisições públicas, dúvida não há de que a promoção da livre concorrência – por meio da dispensação de igual tratamento aos concorrentes, da vedação a especificações técnicas de cunho discriminatório e da aplicação de critérios objetivos de adjudicação, seus corolários – constitui meio eficaz de abertura e consolidação do mercado interno comum aos Estados-Membros.<sup>873</sup> De mais a mais, afora as preocupações de viés econômico, o direito europeu cada vez mais deixa transparecer que o regime das contratações públicas também há de se orientar à consecução de objetivos de natureza política – a exemplo da boa ordenação dos Estados-Membros e da prevenção à corrupção –, e pode ser utilizado como instrumento de políticas públicas.<sup>874</sup>

Em matéria de contratações públicas para realização de obras, prestação de serviços e aquisição de bens – objeto desta tese –, vige a Diretiva 2014/24/UE do Parlamento Europeu e do Conselho da União Europeia, que estabeleceu as regras aplicáveis àqueles procedimentos sempre que os

---

(GONÇALVES, Pedro Costa. *Direito dos Contratos Públicos*. Coimbra: Almedina, 2021, 5ª edição, reimpressão, p. 41).

<sup>872</sup> Como esclarece Peter Trepte (*Public procurement in the EU: A practitioner's guide*. Oxford: Oxford University Press, 2007, p. 2), as diretivas europeias não impõem um sistema licitatório e contratual completo e acabado. Na realidade, seu escopo é limitado à coordenação das regras dos diferentes Estados-Membros, aos quais é permitido manter ou adotar quaisquer disposições substantivas ou procedimentais, desde que não conflitantes com o arcabouço europeu.

<sup>873</sup> No dizer de Miguel Assis Raimundo, o direito europeu apresenta “forte pendor funcional”, porquanto “normas mais voltadas para prosseguir objetivos concretos, relacionados com a integração europeia” (*Direito dos Contratos Públicos – Volume 1*. Lisboa: AAFDL, 2022, p. 28). Ainda assim, “a regulação europeia, embora se concentre mais na regulação do ‘como comprar’ (*how to buy*), ou seja, na dimensão *procedimental*, tem vindo a incrementar os incentivos à procura de *bons resultados de contratação pública*, concentrando-se, cada vez mais, na dimensão de ‘o que comprar’ (*what to buy*)” (*Direito dos Contratos Públicos*. Volume 1, p. 63). No ponto, confira-se, ainda, TREPTE, Peter. *Public procurement in the EU: A practitioner's guide*, p. 3.

<sup>874</sup> Cf. RAIMUNDO, Miguel Assis. *A Formação dos Contratos Públicos*, pp. 73-74: “Por um lado, as instituições comunitárias mantêm para esta secção do Direito comunitário um discurso legitimador baseado na dimensão económica, mas a forma concreta de implementar esse discurso é feita com recurso a figuras e princípios que provêm do direito público e que por isso trazem consigo a ligação a valorações políticas fundamentais – ou seja, neste como noutros domínios, faz-se avançar uma *intenção jurídico-política* sem a assumir. Repare-se, por outro lado, que mesmo esta dimensão económica da União vai sendo crescentemente permeada por referências que a *temperam* ou *misturam* com outros elementos, quer em geral, quer mesmo no que diz respeito à contratação pública.”

valores estimados do contrato público sejam iguais ou superiores àqueles previstos no seu artigo 4º.<sup>875</sup> Segundo o artigo 2º, nº 1, parágrafo 5), considera-se contrato público aquele celebrado por escrito e a título oneroso entre um ou mais operadores económicos, de um lado, e uma ou mais autoridades adjudicantes, de outro.<sup>876</sup>

Para fins da Diretiva 2014/24/UE, de conformidade com o nº 1 de seu artigo 2º, consideram-se autoridades adjudicantes “as autoridades estatais, regionais ou locais, organismos de direito público e associações formadas por uma ou mais dessas autoridades ou organismos de direito público”. Por sua vez, o conceito de organismo de direito público, de desenvolvimento jurisprudencial, consta do nº 4 do artigo 2º. É aquele que, desprovido de carácter industrial ou comercial, porquanto destinado à satisfação de necessidades de interesse geral, é dotado de personalidade jurídica e, alternativamente: i) tem suas atividades financiadas em maioria pelo Estado, autarquias regionais, autarquias locais ou outros organismos de direito público; ii) está sujeito ao seu controle de gestão; iii) tem mais da metade de seus órgãos de administração, direção ou fiscalização preenchida por membros designados por aqueles entes. À vista de sua grande abrangência, bem se vê que o intuito do legislador foi evitar quaisquer arranjos institucionais que possibilitassem aos Estados-Membros escapar ao regime europeu de contratação pública.<sup>877</sup>

---

<sup>875</sup> De conformidade com o Regulamento Delegado (UE) 2021/1952, editado pela Comissão Europeia e datado de 10 de novembro de 2021, os limiares atuais são: i) € 5 382 000 (cinco milhões, trezentos e oitenta e dois mil euros), no caso de empreitada de obras públicas; ii) € 140 000 (cento e quarenta mil euros), quando de fornecimentos de bens e de prestação de serviços adjudicados pelo Estado; iii) € 215 000 (duzentos e quinze mil euros), na hipótese de fornecimentos de bens e de prestação de serviços adjudicados por outras entidades adjudicantes; iv) € 750 000 (setecentos e cinquenta mil euros), caso se refiram a serviços sociais e outros serviços específicos.

<sup>876</sup> “Art. 1º, nº 2. Na aceção da presente diretiva, entende-se por ‘contratação pública’ a aquisição, mediante contrato público, de obras, fornecimentos ou serviços por uma ou mais autoridades adjudicantes a operadores económicos selecionados pelas mesmas, independentemente de as obras, os fornecimentos ou os serviços se destinarem ou não a uma finalidade de interesse público.”

<sup>877</sup> No ponto, fazendo menção ao dispositivo correlato do Código dos Contratos Públicos português, cf. GONÇALVES, Pedro Costa. *Direito dos Contratos Públicos*, pp. 173-174: “O conceito jurídico de organismo de direito público (...) é uma construção do direito da União Europeia, idealizada originariamente para prevenir o fenómeno da ‘fuga ao direito da contratação pública’ pelas entidades adjudicantes estatutárias. A figura responde a uma exigência funcional, e abrange quaisquer entidades, independentemente da respetiva natureza jurídica, que se dediquem a missões sem carácter comercial e que apresentem sinais de dependência económica ou jurídica em relação às entidades adjudicantes estatutárias.”

A pretexto de satisfazer seu dever de transposição das inovações constantes da Diretiva 2014/24/UE, Portugal editou o Decreto-Lei nº 111-B/2017, de 31 de agosto, que remodelou o Código dos Contratos Públicos (CCP). Na verdade, como fez constar de seu Preâmbulo, o legislador nacional fez mais, porquanto introduziu medidas outras, no intuito de simplificar, desburocratizar e flexibilizar o regime das contratações, bem como de ampliar a transparência e promover a boa gestão pública. Ocorre que, como o processo legislativo sofreu as tribulações próprias à instabilidade política do período em que se desenvolveu – durante o qual se sucederam três Governos Constitucionais com visões díspares sobre diversos pontos do projeto –, o articulado acabou por carecer de unidade e congruência.<sup>878</sup>

Não surpreende que o CCP tenha sofrido nova alteração pela Lei nº 30, de 21 de maio de 2021. Entre outras modificações às normas adotadas em 2017, deixou de vigorar a lógica de dupla exclusão, segundo a qual aos contratos excluídos da incidência da Parte II do CCP – que regula a formação dos contratos públicos – também não se aplicaria a Parte III – dedicada ao regime de execução dos contratos administrativos. Como bem observa Pedro Fernández Sánchez, “o legislador não se deu conta de que as razões que

---

Igualmente, veja-se LEITÃO, Alexandra. *Lições de Direito dos Contratos Públicos – Parte Geral*. Lisboa: AAFDL, 2015, p. 46: “Pode concluir-se, assim, que, à luz do Direito da União Europeia, deve adotar-se um conceito ampliativo de organismo de direito público, na medida em que tal conduz à aplicação das diretivas comunitárias em todos os casos em que a qualificação formal é duvidosa, em conformidade com a intenção clara do TJUE de aplicar as regras comunitárias da contratação pública a qualquer entidade regulada, ainda que parcialmente, pelo Direito Público e que utilize dinheiros públicos.”

<sup>878</sup> Sobre as dificuldades enfrentadas durante a elaboração do Decreto-Lei nº 111-B/2017 e que redundaram, em suas palavras, em um “*melting pot normativo*”, veja-se SÁNCHEZ, Pedro Fernández. *Direito da Contratação Pública – Volume I*, pp. 34-37. Para uma análise ainda mais ácida, cf. ESTORNINHO, Maria João. “Apreciação Crítica à Alteração de 2017 ao Código dos Contratos Públicos”, in *Contratação Pública*. Lisboa: Centro de Estudos Judiciários, 2018, pp. 9-17, disponível para consulta por intermédio do endereço eletrônico <[http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/Administrativo\\_fiscal/eb\\_ContratacaoPublica2018.pdf](http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/Administrativo_fiscal/eb_ContratacaoPublica2018.pdf)>, acesso em 31/07/2021. À p. 12, fica claro o ponto de vista da autora: “A meu ver, com grande pena e antecipando já um juízo global, esta revisão do CCP, em 2017, representa uma oportunidade perdida de, em termos globais, melhorar o enquadramento legal da contratação pública. Pelo contrário, antes contribui para agravar muitas das disfunções da versão de 2008 do Código dos Contratos Públicos, em matérias cruciais relativamente às quais se exigiriam soluções claras e acertadas.”

determinam o afastamento da Parte II podem não coincidir com as razões que justificam a inaplicabilidade da Parte III”.<sup>879</sup>

Na verdade, a sistemática legal aplicável à formação dos contratos públicos é, de conformidade com o n.º 1 do artigo 5.º, norteadada pela promoção da concorrência, enquanto o regime da execução dos contratos administrativos visa precipuamente à salvaguarda do interesse público, tanto que ao artigo 302.º coube elencar prerrogativas que desequilibram a relação contratual a favor da Administração.<sup>880</sup> Distintas que são suas finalidades, pois, nada impede que a concorrência seja afastada e, por conseguinte, a Parte II não tenha aplicação, mas, ainda assim, as prerrogativas de direito público da Parte III continuem a fazer todo o sentido quando da execução da avença. Igualmente, ainda que o contrato não possa ser considerado administrativo para fins de aplicação da Parte III, pode não haver qualquer impedimento à utilização da sistemática procedimental de formação prevista na Parte II.

Segundo é possível depreender dos n.º 2 do artigo 1.º e n.º 2 do artigo 16, n.º 2, do CCP, sua Parte II se impõe aos contratos: i) celebrados pelas entidades adjudicantes identificadas nos artigos 2.º, n.ºs 1 e 2, e 7.º, independentemente de sua designação e natureza; ii) não excluídos pelos artigos 4.º, 5.º, 5.º-A e 6.º-A; iii) destinados à satisfação de necessidades aquisitivas – contratos de “procura pública” – e dotados de interesse concorrencial. Entretanto, a maneira como a Parte II incide sobre tais contratos não é uniforme: como sintetiza Pedro Costa Gonçalves, a aplicação do CCP

---

<sup>879</sup> SÁNCHEZ, Pedro Fernández. *A Revisão de 2021 do Código dos Contratos Públicos*. Lisboa: AAFDL Editora, 2021, edição eletrônica, p. 62.

<sup>880</sup> Neste particular, confira-se RAIMUNDO, Miguel Assis. *Direito dos Contratos Públicos – Volume 1*, pp. 29-30: “(...) o regime jurídico dos contratos públicos tal como ele pode ser observado num ordenamento jurídico como o português resulta do encontro entre tendências e movimentos até certo ponto diferenciados: um movimento é o da diferenciação do regime jurídico do contrato de direito administrativo, a partir, essencialmente, do propósito de facilitação da prossecução do interesse público, com incidência sobretudo no seu ‘regime substantivo’; e um outro movimento de diferenciação do regime jurídico do que veio a chamar-se ‘contrato público’, que parte da ideia da igualdade de tratamento entre os agentes económicos com quem as entidades públicas contratam, e origina uma preocupação especial com o regime de formação desses contratos. Estes dois movimentos, cuja convivência por vezes não é pacífica, têm consequências palpáveis, por exemplo, na diferença dos âmbitos de aplicação entre a parte II e a parte III do CCP, entre o conceito de contrato público e o de contrato administrativo, e dicotomias equivalentes.”

obedece a uma “geometria variável”, em função do tipo de entidade adjudicante, combinado com o tipo de contrato celebrado.<sup>881</sup>

Com a nova revisão, para que o intérprete possa saber se a Parte III é aplicável, a natureza concorrencial – ou não concorrencial – do procedimento adjudicatório afigura-se desimportante. Em boa hora, a Lei nº 30/2021 suprimiu a referência a “relações jurídicas contratuais administrativas”, conceito que dificultava a compreensão da disposição legal. O regime público será aplicado sempre que o contrato for considerado administrativo, é dizer, desde que: i) uma das partes seja um contraente público listado no artigo 3º; e ii) esteja presente ao menos um dos critérios de administratividade elencados nas alíneas do nº 1 do artigo 280º, a saber: a) sejam qualificados como tal, ou submetidos a um regime substantivo de direito público, por força de lei ou da vontade das partes; b) ostentem objeto passível de ato administrativo ou digam com o exercício de poderes públicos; c) confirmem direitos especiais sobre coisas públicas ou transfiram o exercício de funções públicas; d) sejam submetidos ou passíveis de submissão por força de lei a procedimento de formação regulado por normas de direito público, e em que a prestação do contratado possa condicionar ou substituir a realização de atribuições do contratante público.<sup>882</sup>

Não obstante, o legislador de 2021 manteve, apenas com alguns reparos, a sistemática já constante do nº 3 do artigo 280º, que prevê que as disposições da Parte III relativas à invalidade, limites à modificação objetiva, cessão da posição contratual e subcontratação serão aplicáveis, ainda que com adaptações e sem prejuízo do disposto em lei especial, “a todos os contratos públicos, independentemente da sua qualificação como contratos administrativos”. E assim procedeu porquanto vedado pelo ordenamento europeu que contratos submetidos a procedimento adjudicatório competitivo

---

<sup>881</sup> Cf. GONÇALVES, Pedro Costa. *Direito dos Contratos Públicos*, p. 204.

<sup>882</sup> “Por isso, o novo nº 2 do artigo 280º apenas precisa de ressaltar os casos em que a natureza de um dado tipo contratual prejudique a aplicação do regime substantivo geral previsto no Título I da Parte III, em virtude de ser incompatível com as razões justificativas deste regime.” (SÁNCHEZ, Pedro Fernández. *A Revisão de 2021 do Código dos Contratos Públicos*, p. 65).

possam ser afetados por atos praticados durante a execução contratual sempre que capazes de subverter a concorrência promovida anteriormente. Por outro lado, na forma do nº 4 do artigo 280º, o direito civil incidirá sobre a execução dos contratos administrativos, com as indispensáveis adaptações, naquilo que porventura não estiver regulado no CCP ou em leis especiais, nem resultar da aplicação dos princípios gerais de direito administrativo.

Bem se vê que, apesar de extenso e minucioso, o CCP não pretendeu normatizar toda a matéria atinente aos contratos públicos e aos contratos administrativos; tanto é assim que excluiu de forma expressa diversas pactuações, reguladas por leis avulsas.<sup>883</sup> Por outro lado, casos há em que contratos abrangidos pelo CCP – como, por exemplo, as parcerias público-privadas – são regulamentados por leis especiais, que a ele se sobrepõem.

Na esteira da diretiva europeia, o CCP recorre principalmente a critérios subjetivos para delimitar a abrangência de sua aplicação. De conformidade com o nº 2 do artigo 1º, a Parte II incide sobre os contratos públicos – se não excluídos – celebrados pelas entidades adjudicantes identificadas nos artigos 2º e 7º, qualquer que seja o *nomen iuris* atribuído ao acordo de vontades e independentemente de ter por finalidade o atendimento a interesse de natureza pública.<sup>884</sup>

As entidades adjudicantes estatutárias estão elencadas no nº 1 do artigo 2º: Estado, Regiões Autônomas, autarquias locais, institutos públicos, entidades administrativas independentes, Banco de Portugal, fundações públicas e associações públicas. Ainda que não possam ser consideradas

---

<sup>883</sup> É o caso, por exemplo, dos contratos no âmbito das relações de emprego público, regulados pela Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas, dos contratos no âmbito do Serviço Nacional de Saúde, a que aplicáveis os Decretos-Lei nº 138/2013 e 139/2013, e daqueles contratos firmados entre o Estado e escolas particulares, normatizado pelo Decreto-Lei nº 152/2013.

<sup>884</sup> Como observa Pedro Fernández Sánchez, à vista da abrangência do artigo 1º, nº 2, estratégias comumente utilizados pela Administração Pública para subtrair seus contratos ao regime da contratação pública tornaram-se inúteis. Ainda que utilize denominação distinta, a exemplo de protocolo, acordo ou memorando, “basta que se identifique um acordo de vontades pelo qual uma entidade adjudicante e um outro sujeito de direito ordenam autonomamente os seus interesses jurídicos para daí se concluir estar verificado o critério previsto no nº 2 do artigo 1º do CCP e para ser aplicável o regime da contratação pública sempre que se não verifique uma das exceções previstas nos artigos 4º a 6º-A”. (cf. SÁNCHEZ, Pedro Fernández. *Direito da Contratação Pública – Volume I*, p. 125)

entidades adjudicantes institucionais – já que tal condição não é inerente ao seu formato organizativo típico –, constam do rol à alínea i) as associações de que participem as entidades enumeradas nas alíneas anteriores, desde que submetidas à sua influência determinante, aqui entendida como controle de gestão, financiamento majoritário ou designação da maioria dos titulares de um órgão de administração, direção ou fiscalização.

Do nº 2 do artigo 2º consta a relação de entidades *também* consideradas adjudicantes, advérbio que já deixa entrever sua submissão a normatização distinta. Os organismos de direito público – assim como os “organismos de direito público dependentes de outros organismos de direito público” e as “associações de organismos de direito público”<sup>885</sup> – são entendidos como pessoas coletivas públicas ou privadas, criadas especificamente para a satisfação de necessidades de interesse geral, sem caráter industrial ou comercial, e que demonstrem sinais de dependência econômica ou jurídica frente às entidades adjudicantes institucionais.

Consoante disciplina o nº 1 do artigo 260, as entidades listadas no artigo 2º podem constituir centrais de compras que, de conformidade com o nº 3 do artigo 2º do Decreto-Lei nº 200/2008, são igualmente entidades adjudicantes. É cada vez mais frequente que aquisições de bens e serviços destinados ao Estado, bem como a contratação de empreitadas de obras, ocorra com intermediação de instituições centralizadoras, como medida de eficiência e economia na utilização dos recursos públicos.

O artigo 7º, por sua vez, elenca as entidades *ainda* classificadas como adjudicantes. São todas pessoas coletivas que desenvolvem certas atividades no âmbito dos setores especiais – designadamente água, energia, transportes e serviços postais –, conforme explicitado nos artigos 9º e 10º: i) se submetidas à influência dominante exercida por entidades adjudicantes elencadas no artigo 2º; ii) se gozarem de direitos especiais ou exclusivos não atribuídos no âmbito de um procedimento de formação de contrato com publicidade internacional; iii)

---

<sup>885</sup> Cf. GONÇALVES, Pedro Costa. *Direito dos Contratos Públicos*, p. 173.

se constituídas exclusivamente por entidades adjudicantes referidas nos itens anteriores, ou se por elas forem financiadas majoritariamente, tiverem a gestão controlada ou tiverem designada a maioria dos membros de um órgão de administração, direção ou fiscalização.

Ocorre que nem todos os contratos que venham a ser firmados por entidades consideradas adjudicantes submetem-se à Parte II do CCP. De conformidade com a Diretiva 2014/24/UE, e no que diz com o objeto da presente tese, o regime da contratação pública estabelecido na Parte II do CCP aplica-se apenas à formação de contratos de aquisição de obras, bens móveis e serviços, porquanto “contratos de procura pública”, tendentes “à satisfação de um interesse próprio e de uma necessidade da entidade adjudicante”.<sup>886</sup> Tanto é assim que, na forma do artigo 36º, seu procedimento de formação é instaurado por iniciativa da entidade adjudicante interessada, a qual, após identificar uma dada necessidade, decide atendê-la por meio do contrato.

Mais. À vista do que disciplina o nº 1 do artigo 16, apenas os contratos de procura pública suscetíveis de interesse concorrencial haverão de se submeter ao procedimento preparatório regulado na Parte II do CCP. Em outros termos, apenas quando existir uma “possível, provável ou eventual” pluralidade de operadores econômicos interessados em celebrar o contrato e obter o benefício dele resultante far-se-á necessário obedecer àquelas normas adjudicatórias.<sup>887</sup> Como nota Pedro Fernández Sánchez, uma vez que a razão de ser do procedimento burocrático de contratação reside na promoção da concorrência, sua adoção seria contraproducente sempre que as prestações a

---

<sup>886</sup> Vejam-se GONÇALVES, Pedro Costa. *Direito dos Contratos Públicos*, pp. 223-224; SÁNCHEZ, Pedro Fernández. *Direito da Contratação Pública – Volume I*, p. 126; ALMEIDA, Mário Aroso de. *Teoria Geral do Direito Administrativo*. Coimbra: Almedina, 2018, 5ª edição, pp. 451-452.

<sup>887</sup> Cf. GONÇALVES, Pedro Costa. *Direito dos Contratos Públicos*, p. 228. À p. 229, o autor explicita: “Quando isto sucede, o contrato público surge como um *bem escasso e disputado*, que suscita a competição entre os vários interessados na obtenção das vantagens que dele decorrem: estamos, então, perante um ‘contrato com interesse concorrencial’, um contrato cujo objeto abrange prestações que estão ou são suscetíveis de submissão à concorrência de mercado.”



adquirir não se mostrarem ao menos subsumíveis à concorrência de mercado.<sup>888</sup>

Por fim, mesmo que uma entidade considerada adjudicante pretenda celebrar um contrato de procura pública com interesse concorrencial, tal contratação estará adstrita ao procedimento prévio da Parte II do CCP apenas no caso de não se enquadrar em uma das causas de exclusão previstas nos artigos 4º, 5º, 5º-A e 6º-A.<sup>889</sup> Vejamos.

Do artigo 4º constam contratos que, detentores de características muito particulares, não seriam adequadamente regulados por um diploma genérico; é o caso, por exemplo, de contratos celebrados ao abrigo de regras internacionais, dos contratos de trabalho em funções públicas e dos contratos individuais de trabalho.

Nos artigos 5º, nº 4, e 5º-A, por sua vez, são excluídos determinados contratos celebrados no âmbito do setor público e contratos entre entidades adjudicantes, na esteira do permissivo constante do artigo 12º da Diretiva 2014/24/UE.<sup>890</sup> Foram aqui previstos, exemplificativamente, os contratos

---

<sup>888</sup> SÁNCHEZ, Pedro Fernández. *Direito da Contratação Pública – Volume I*, p. 137. Prossegue, ainda, às páginas 137-138: “Naturalmente, mais do que *irrelevante* ou *inútil*, a imposição de um procedimento burocrático para a formação desse contrato poderia assumir-se como *lesiva* para o interesse público, pois que obrigaria a Administração a protelar a celebração de um contrato relevante para a satisfação de uma necessidade de interesse geral apenas com o propósito de cumprir um conjunto de formalidades que não produziriam efeito útil para o ordenamento.”

<sup>889</sup> Como já se deixou entrever, com a Lei nº 30/2021, o legislador restaurou a importância da distinção entre contratos excluídos – aos quais, de conformidade com o artigo 4º, não se aplicam as Partes II e III – e contratações excluídas – não submetidas à Parte II, de acordo com os artigos 5º, 5º-A e 6º-A. Ademais, como explicita Pedro Costa Gonçalves (*Direito dos Contratos Públicos*, p. 287), “há outra diferença entre os contratos excluídos e os contratos pertencentes à contratação excluída: o CCP ocupa-se da ‘contratação excluída’ (universo referenciado em três preceitos: artigos 5º, 5º-A e 6º-A, nº 1) e chega até a indicar o regime aplicável a essa contratação: artigos 5º-B e 6º-A, nº 2; o mesmo não ocorre quanto aos contratos excluídos, de cujo regime o CCP não se ocupa.” E arremata Pedro Fernández Sánchez (*Direito da Contratação Pública – Volume I*, p. 203): “Portanto, na prática, o traço distintivo que os artigos 5º, 5º-A e 6º-A apresentarão em face da lista constante do artigo 4º consistirá na circunstância de ainda se submeterem a um regime híbrido de contratação excluída (nº 1 do artigo 5º-B e nº 2 do artigo 6º-A) que os ‘contratos excluídos’ do artigo 4º simplesmente desconhecem.”

<sup>890</sup> Vale, aqui, a advertência constante do Considerando nº 32 da Diretiva 2014/24/UE: “O simples facto de ambas as partes num acordo serem autoridades públicas não exclui, por si só, a aplicação das regras acima referidas. Contudo, a aplicação das regras da contratação pública não deverá interferir na liberdade das autoridades públicas para desempenharem as suas

firmados com centrais de compras públicas, os contratos *in house* e aqueles de cooperação horizontal.

Por fim, o nº 1 do artigo 6º-A estabelece a exclusão da aplicação da Parte II à formação dos contratos públicos que, de valor inferior a 750.000 EUR, tenham por objeto a aquisição de serviços de saúde, serviços sociais e serviços conexos previstos no Anexo IX do CCP. Ainda assim, aplicam-se, de conformidade com o nº 2 do artigo 6º-A, os princípios gerais da contratação pública, “com as devidas adaptações”. Por outro lado, mesmo as contratações de valor superior àquele limiar não se submetem integralmente ao regime geral de adjudicação da Parte II, mas, sim, à versão simplificada prevista nos artigos 250º-A, 250º-B e 250º-C.

É verdade que as contratações do setor social de valor inferior a 750.000 EUR foram excluídas também do âmbito de aplicação da Diretiva 2014/24/UE, incumbindo aos Estados-Membros delinear tais procedimentos de formação. No entendimento do legislador europeu, explicitado no considerando 114, não existiria interesse transfronteiriço a proteger. Entretanto, como advertem Maria João Estorninho e Pedro Costa Gonçalves, tal premissa não conduz à conclusão de que também a concorrência à escala nacional haveria de ser dispensada. Muito ao revés: à vista do princípio da igualdade de acesso aos benefícios econômicos atribuídos pelo Estado, a regra há de ser a subsunção da formação e adjudicação dos contratos públicos a procedimento burocrático concorrencial.<sup>891</sup>

---

missões de serviço público utilizando os seus próprios recursos, o que inclui a possibilidade de cooperação com outras autoridades públicas. Dever-se-á evitar que qualquer cooperação público-público isenta provoque uma distorção da concorrência em relação aos operadores económicos privados ao colocar um prestador de serviços privado em posição de vantagem perante os seus concorrentes.”

<sup>891</sup> Cf. ESTORNINHO, Maria João. “Apreciação Crítica à Alteração de 2017 ao Código dos Contratos Públicos”, p. 14; GONÇALVES, Pedro Costa. *Direito dos Contratos Públicos*, p. 340. Prossegue este autor, às páginas 340-341: “Neste contexto, não se nos afigura juridicamente incontestável a solução de excluir do âmbito do CCP os contratos de serviços sociais e outros serviços específicos de valor abaixo de 750.000 EUR. Esclarece-se que não convence dizer-se que a exclusão se aplica pela intenção de beneficiar as instituições do setor social e solidário, que, normalmente, se dedicam aos serviços abrangidos por esses contratos excluídos (serviços de saúde, serviços sociais). O argumento improcede à partida, pois as entidades adjudicantes, logo a começar pelo Estado, não têm qualquer obrigação legal de contratar a prestação de tais serviços com entidades do setor social e solidário. Estas podem ser beneficiadas, nos mesmos termos em que pode ser beneficiado qualquer outro operador

Maria João Estorninho, aliás, critica o elenco demasiado alargado de contratos excluídos pelo CCP mesmo para além do setor social.<sup>892</sup> Na mesma linha posiciona-se Pedro Fernández Sánchez, para quem o legislador nacional manteve “uma lista incompreensivelmente ampla de contratos afastados do regime da contratação pública”. A crítica do autor estende-se, ainda, à incerteza decorrente da criação pelos artigos 5º-B e 6º-A, nº 1, de um regime alternativo de “obrigações principiológicas” de carácter indeterminado, “cujo teor só será concretizado pelo intérprete e pelo juiz”.<sup>893</sup>

Finalmente, como já se deixou entrever, aplicável que se mostre a Parte II, sua incidência se dará de forma diferente, a depender da combinação entre qual seja a autoridade adjudicante e o tipo de contrato que pretenda firmar. As entidades adjudicantes elencadas no nº 1 do artigo 2º – à exceção do Banco de Portugal – estão submetidas à aplicação mais exigente da Parte II. Desde que não expressamente excluído, todo contrato que venham a celebrar, cujo objeto seja suscetível à concorrência de mercado, haverá de ser precedido pelo procedimento pré-contratual ali estabelecido, de conformidade com o nº 1 do artigo 5º, *a contrario sensu*, e do nº 1 do artigo 16º. Por outro lado, na forma do

---

económico. E, em qualquer caso, se a intenção tivesse sido a de beneficiar essas entidades (salvaguardando-as da ‘competição por contratos públicos’ com operadores económicos comuns), então talvez não fosse desacertado instituir procedimentos de acesso reservado ou, porventura, com consulta prévia a essas entidades, permitindo alguma transparência e publicidade, bem como concorrência dentro do próprio sector social e solidário.”

<sup>892</sup> ESTORNINHO, Maria João. “Apreciação Crítica à Alteração de 2017 ao Código dos Contratos Públicos”, p. 14: “Sempre critiquei o elenco, a meu ver demasiado alargado, de contratos excluídos do âmbito do CCP, considerando incompreensível quer a exclusão desse âmbito de aplicação de determinados contratos quer, por outro lado, a exclusão de certos contratos do âmbito de aplicação da Parte II, relativa aos procedimentos adjudicatórios. Ora, a meu ver, as alterações introduzidas em 2017 aos Artigos 4º e 5º, entre outros, não representam melhoria nesta matéria. Por exemplo, incompreensível é que não fiquem sujeitos à Parte II do Código e, assim, aos procedimentos nacionais de formação dos contratos públicos, vários contratos excluídos do âmbito de aplicação das Diretivas, uma vez que o facto de as Diretivas não se aplicarem a determinados contratos (por entenderem que tais contratos não se revestem de interesse transfronteiriço ou por outras razões) não deve significar, do ponto de vista do direito interno, a pura e simples exclusão de tais contratos do âmbito de aplicação do Código ou sequer do âmbito da Parte II. Preocupantes são as exclusões relativas a contratos celebrados por determinados serviços periféricos das entidades públicas no estrangeiro, ou as prestações de serviços a centrais de compras ou, ainda, entre outros, a contratos relativos a serviços sociais até 750 000 Euros ou a contratos de aquisição de serviços de arbitragem. Muito preocupantes são também as novidades relativas ao regime previsto para os contratos in-house e, em particular, aos casos da, muito em voga, cooperação público-público.”

<sup>893</sup> Cf. SÁNCHEZ, Pedro Fernández. *Direito da Contratação Pública – Volume I*, p. 249.

artigo 12º, *a contrario sensu*, ainda que diga direta e principalmente com atividades afetas aos setores especiais, o contrato não se beneficia do regime de formação específico previsto para os setores da água, da energia, dos transportes e dos serviços postais.

Por sua vez, no caso das entidades adjudicantes enumeradas no nº 2 do artigo 2º – é dizer, dos organismos públicos – e do Banco de Portugal, a Parte II tem aplicação tão somente aos contratos cujo objeto envolva prestações típicas de empreitadas de obras públicas, de aquisições de bens móveis ou de serviços e de concessão de obras públicas ou de serviços públicos, como expressamente disciplina o nº 8 do artigo 5º. De outro giro, como dá conta o artigo 12º, quando celebram contratos direta e principalmente atinentes a atividades dos setores especiais, podem se beneficiar do regime de formação específico.

Por fim, os contratos firmados pelas entidades adjudicantes do artigo 7º, como também pelos organismos de direito público se atinentes aos setores da água, da energia, dos transportes e dos serviços postais, estão submetidos à Parte II apenas nos termos do regime de formação específico aos setores especiais. Dá-se, pois, a inversão da regra geral, na medida em que apenas os contratos que atendam às condições elencadas no nº 1 do artigo 11º estão submetidos à Parte II.

Além do direito interno português e do direito europeu, o regime das contratações públicas tem como fontes normativas adicionais acordos internacionais bilaterais ou multilaterais, de que o Acordo sobre Contratos Públicos (ACP), subscrito pela Comunidade Europeia no âmbito da Organização Mundial do Comércio (OMC), é o principal exemplo. Ainda que *soft law* e, portanto, não vinculantes, constituem importantes inspirações a Lei-Modelo sobre Contratação Pública, adotada em 2011 pela Comissão das Nações Unidas para o Direito do Comércio Internacional (UNCITRAL), e a Recomendação do Conselho da Organização para a Cooperação e

Desenvolvimento Económico (OCDE) em Matéria de Contratos Públicos, datada de 2015.<sup>894</sup>

Outra fonte de densificação, mesmo que de eficácia coercitiva restrita aos Estados beneficiários de suas políticas de financiamento, são as Diretrizes do Banco Mundial, estabelecidas no âmbito de seu *Procurement Framework*, e as *Procurement Policies and Rules*, editadas pelo Banco Europeu para a Reconstrução e o Desenvolvimento.<sup>895</sup>

## 1.2. Fase Preparatória do Procedimento de Adjudicação

### 1.2.1. Decisões Iniciais

Se o artigo 36º do CCP estabelece que o procedimento de contratação tem início com a decisão fundamentada de contratar, também é verdade que tal decisão põe termo à fase preparatória ou propedêutica do procedimento de formação dos contratos públicos. Durante o *iter* pré-procedimental, a decisão de contratar se robustece, ganhando em refinamento e legitimação.<sup>896</sup>

Como observa Miguel Assis Raimundo, o momento de concepção e preparação do procedimento adjudicatório “decorre ainda num ambiente interno e reservado, prestando-se a interferências indevidas e, devido aos problemas de ‘agência’, à implementação de preferências ilegítimas”.<sup>897</sup> Ciente de

---

<sup>894</sup> Vejam-se <[https://uncitral.un.org/en/texts/procurement/modellaw/public\\_procurement](https://uncitral.un.org/en/texts/procurement/modellaw/public_procurement)> e <<https://www.oecd.org/gov/ethics/Recomenda%C3%A7%C3%A3o-conselho-contratos.pdf>>, respectivamente, acesso em 31/07/2021.

<sup>895</sup> Para a íntegra dos documentos, <<https://www.worldbank.org/en/projects-operations/products-and-services/brief/procurement-new-framework#framework>> e <<https://www.ebrd.com/work-with-us/procurement/policies-and-rules.html>>, respectivamente, acesso em 31/07/2021.

<sup>896</sup> No ponto, cf. COIMBRA, José Duarte. “Planeamento da contratação e consulta preliminar ao mercado”, in ESTORNINHO, Maria João; MARTINS, Ana Gouveia (coordenadoras). *A Revisão do Código dos Contratos Públicos – Atas da Conferência*. Lisboa: ICDP/CIDP, dezembro de 2016, p. 101/102: “(...) os objetivos reguladores do Direito da Contratação Pública não se bastam com a previsão complexa e criteriosa de *procedimentos de formação* em sentido estrito, reclamando, num momento prévio ao início destes procedimentos, a institucionalização de mecanismos destinados ao *refinamento* da concreta necessidade de interesse público a prosseguir com a atividade procedimental posterior e ao *refinamento* dessa própria atividade procedimental pré-contratual, formalmente iniciada com a *decisão de contratar*.”

<sup>897</sup> RAIMUNDO, Miguel Assis. *Direito dos Contratos Públicos – Volume 1*, p. 97.

tamanha suscetibilidade, o legislador nacional preocupou-se em regular determinados pontos da fase preparatória, como é possível entrever dos artigos 35º-A, 36º, 43º e 71º do CCP.

Ainda que essencialmente discricionária, a decisão de contratar não é livre, pois vinculada a limites, critérios e cânones jurídicos. Para além das normas atinentes à competência, à possibilidade de contratar e à imposição de fundamentação<sup>898</sup>, a decisão de contratar há de se conformar às exigências da prossecução do interesse público, da adequação entre prestação a obter e a necessidade por satisfazer, da eficiência económica e da boa administração.<sup>899</sup>

Durante a fase preparatória, a autoridade adjudicante: i) constata a existência de uma necessidade específica; ii) verifica se é possível satisfazê-la por meio de recursos próprios ou se mais conveniente contratar terceiro; iii) feita a opção pela contratação fora de portas, delinea o seu objeto, estima o valor do contrato e fixa o preço base, define o tipo de procedimento e o critério de adjudicação a utilizar, pondera sobre a divisão em lotes *etc.*; iv) realiza o estudo prévio de avaliação de custo-benefício, se de hipótese do número 3 do artigo 36º se tratar<sup>900</sup>; e v) identifica todos os pareceres prévios, licenciamentos

---

<sup>898</sup> Cf. RAIMUNDO, Miguel Assis. *Direito dos Contratos Públicos – Volume 1*, p. 279: “A fundamentação da decisão de contratar, além de uma evidente função de promover a reflexão da entidade adjudicante e o escrutínio, por eventuais terceiros, do percurso que levou àquela decisão, tem ainda uma relevante função de fixação dos pressupostos dessa decisão.” De mais a mais, como explicita Pedro Costa Gonçalves, “a decisão de contratar define o sentido e delimita o conteúdo do contrato a celebrar: pode falar-se a este respeito de um ‘imperativo legal de conformidade’ do contrato a celebrar com a decisão de contratar” (*Direito dos Contratos Públicos*, p. 409).

<sup>899</sup> Cf. GONÇALVES, Pedro Costa. *Direito dos Contratos Públicos*, p. 420. Prossegue o autor, à mesma página: “Embora, em si mesmo, o poder de decidir contratar – isto é, o poder de decidir realizar uma compra ou atribuir uma concessão – consubstancie um momento discricionário, oferece-se claro que: a) a necessidade a satisfazer há de corresponder a uma exigência ou, pelo menos, a uma possibilidade evidente de prossecução de um interesse público (tem de existir uma efetiva necessidade pública a satisfazer), sempre que se trate de uma entidade adjudicante da Administração Pública; b) o contrato idealizado, com um determinado objeto, tem de se mostrar adequado para responder à necessidade identificada; c) enquanto facto gerador de uma despesa pública, o contrato como tem de se revelar eficiente e económico (racionalidade económica), o que envolve uma necessária ponderação dos custos que implica (como o preço contratual e os ‘custos de transação’) em face dos benefícios pretendidos e, quando possível, da alternativa da não contratação e da produção do resultado através de meios próprios da entidade adjudicante.”

<sup>900</sup> Miguel Assis Raimundo felicita o legislador revisor de 2021 por explicitar a desnecessidade da realização da avaliação de custo-benefício quando de aquisições de bens ou serviços essenciais de uso corrente, ainda que de valor igual ou superior a 5.000.000 EUR. Crítica, entretanto, as demais exceções introduzidas pelo nº 4 do artigo 36º do CCP, pois “podem

e autorizações que porventura condicionem o procedimento e a execução do contrato, conforme estatui o número 5 do artigo 36º<sup>901</sup>. Como se vê, a decisão de contratar – ou, mais propriamente, sua fundamentação – equivale à síntese da fase preparatória do procedimento adjudicatório.<sup>902</sup>

Ainda no âmbito da preparação do procedimento adjudicatório, à similitude do artigo 48º da Diretiva 2014/24/UE, o artigo 34 do CCP determina às entidades adjudicantes a publicação no Jornal Oficial da União Europeia (JOUE) de anúncios de pré-informação, indicativos dos procedimentos de adjudicação que pretendam lançar nos 12 (doze) meses subsequentes.<sup>903</sup> Com isso, preenchidos os requisitos do nº 2 do artigo 136º e do nº 2 do artigo 191º, os prazos mínimos para a formulação das futuras propostas poderão ser reduzidos em muito, uma vez que os interessados já terão sido antecipadamente informados das condições da contratação. Se os operadores econômicos terão maior previsibilidade, a entidade adjudicante, de seu turno, poderá imprimir maior celeridade ao procedimento.<sup>904</sup>

---

potenciar a tomada de decisões de afectação de grandes quantidades de fundos públicos sem uma preparação adequada”. A seu ver, “não é de todo evidente a razão pela qual, por exemplo, uma intervenção de valor superior a cinco milhões de euros num imóvel não deve estar sujeita a avaliação de custo-benefício” (cf. *Direito dos Contratos Públicos – Volume 1*, p. 278).

<sup>901</sup> Cf. GONÇALVES, Pedro Costa. *Direito dos Contratos Públicos*, p. 417: “Seja como for, independentemente da interpretação correta e adequada do nº 5 do artigo 36º, resulta dos princípios da boa administração e da prossecução do interesse público, bem como da exigência elementar de racionalidade da ação administrativa que as entidade adjudicantes não lancem procedimentos para adjudicação de contratos cuja execução dependa de licenciamentos, de autorizações ou de pareceres de terceiras entidades (cuja obtenção seja da responsabilidade do contraente público, v.g., enquanto dono da obra) sem que, previamente, tenham obtido estes licenciamentos, autorizações ou pareceres ou sem, pelo menos, terem uma garantia de que os vão obter.”

<sup>902</sup> FERNANDES, Débora Melo. “Alguns apontamentos sobre a decisão de contratar no CCP”, in GOMES, Carla Amado; PEDRO, Ricardo; SERRÃO, Tiago; CALDEIRA, Marco (coordenadores). *Comentários ao Código dos Contratos Públicos – Volume I*. Lisboa: AAFDL Editora, 2021, p. 365.

<sup>903</sup> Segundo o nº 2 do artigo 34º do CCP, a publicação dos anúncios de pré-informação seria facultativa se de contratos de serviços sociais e outros serviços específicos se tratar, disciplina que parece contrariar o artigo 31º, nº 3, da Diretiva 2014/23. De todo modo, nestes casos, o período de referência pode ser superior a 12 (doze) meses, como disciplina o nº 3 do artigo 34º.

<sup>904</sup> A ausência de publicação do anúncio de pré-informação, ainda quando se fazia obrigatória, não acarreta a invalidação do procedimento adjudicatório, mas impede a redução premial dos prazos de entrega de propostas. Neste sentido, RAIMUNDO, Miguel Assis. *Direito dos Contratos Públicos – Volume 1*, p. 267.

Inovação importante, como já deixa entrever o preâmbulo do Decreto-Lei nº 111-B/2017, de 31 de agosto, foi introduzida no CCP pelo artigo 35º-A. Na esteira dos artigos 40º e 41º da Diretiva 2014/24/UE, ainda que com algumas omissões<sup>905</sup>, o legislador nacional previu a possibilidade de, antes de iniciar o procedimento de adjudicação, a entidade adjudicante formule consultas informais ao mercado, a fim de coletar informações importantes e atualizadas para o melhor planeamento da contratação. Se não se duvidava da licitude de solicitações de pareceres preliminares a peritos ou autoridades independentes, tais dispositivos autorizam expressamente a consulta a agentes económicos, desde que tal proceder não acarrete distorção à concorrência, nem desrespeito aos princípios da não discriminação e da transparência.

Ao contrário do que costuma advogar a perspectiva tradicional da contratação pública, é possível – e por vezes mesmo desejável – que a Administração mantenha contato com o mercado durante a fase pré-procedimental.<sup>906</sup> Sobretudo em contratações orientadas à qualidade para além do preço, ou dotadas de algum grau de complexidade, a assimetria de informação entre entidade adjudicante e operadores económicos faz-se ainda mais evidente. Inegável, pois, que atores privados têm a contribuir já na etapa

---

<sup>905</sup> Por exemplo, na sistemática europeia, à autoridade adjudicante é permitido, inclusive, aceitar opiniões, conselhos e pareceres encaminhados *sponte propria* pela iniciativa privada, pois podem se mostrar de algum interesse. A bem da verdade, ainda que à míngua de previsão legal, nada impede que particulares manifestem seu interesse em contratar antes de qualquer iniciativa da entidade adjudicante. São atos de estímulo à contratação, considerados “antecedentes procedimentais” legítimos. Cf. GONÇALVES, Pedro Costa. *Direito dos Contratos Públicos*, p. 408.

<sup>906</sup> Miguel Assis Raimundo bem sintetiza a questão: “Como a lei tradicionalmente não regula a actividade prévia ao lançamento de um procedimento de formação de um contrato, temos aparentemente *ausência de lei habilitante* e portanto essa actividade é concebida como uma actividade que deve processar-se a nível puramente *interno*, até porque a incidência dos princípios da actividade administrativa leva a que se equacione o contacto prévio entre a Administração e uma empresa como gerando risco de violação da *par conditio* no procedimento pré-contratual subsequente, por criação de *vantagens de partida* a favor de certos concorrentes. Assim, somos levados à seguinte conclusão: tudo o que é definição do objecto do procedimento é interno; o primeiro contacto da entidade adjudicante com o mercado já é um contacto *formal*, ou seja, é já um contacto onde *se pede uma proposta para alguma coisa, que no essencial já se definiu*. A ciência do direito administrativo de hoje, no entanto, pode e deve ser mais fina na sua análise de tudo o que resulta das considerações precedentes. A dogmática e a experiência prática demonstram que há aqui uma série de equívocos.” (RAIMUNDO, Miguel Assis. *A Formação dos Contratos Públicos*, pp. 686-687)



de redação das peças do procedimento, com vistas à consecução do interesse público que a contratação há de satisfazer.<sup>907</sup>

Em boa hora, pois, os legisladores europeu e nacional permitiram a formulação de consultas preliminares ao mercado e as balizaram. De mais a mais, cômico de sua ignorância, não raro o administrador recorria a contatos clandestinos, que lhe permitiam antever as melhores soluções técnicas e estratégias de compra a adotar. Contudo, à falta de regulamentação legal, tanto o administrador quanto o particular por ele consultado agiam sob o constante temor de o contato prévio, se descoberto: i) colocar sob suspeição a lisura do procedimento; ii) dar ensejo a impedimento para contratar, por suposto desvirtuamento da concorrência.<sup>908</sup> Portanto, o permissivo europeu e sua transposição para o direito interno português têm clara intenção tranquilizadora. Por outro lado, como afirma Pedro Fernández Sánchez, é preferível admitir expressamente a realização das consultas preliminares, com a imposição dos limites e cautelas necessários à garantia da isonomia e da transparência, do que as proscrever e manter tais contatos à margem do sistema jurídico.<sup>909</sup>

Caso os agentes económicos consultados venham a se tornar candidatos ou concorrentes, caberá à autoridade adjudicante tomar medidas adequadas à preservação da concorrência hígida. Nomeadamente, o nº 4 do artigo 35º-A prevê a comunicação aos demais participantes do procedimento

---

<sup>907</sup> Cf. RAIMUNDO, Miguel Assis. *A Formação dos Contratos Públicos*, pp. 687-688: “Numa palavra, nenhuma entidade adjudicante, que vai ao mercado *esporadicamente*, consegue saber com o mesmo grau de precisão dos agentes económicos *qual é o estado da arte* desse mesmo mercado; noutros casos, não é propriamente uma questão de saber qual o estado da arte, mas a simples questão de saber se o mercado reagiria positivamente ao procedimento, por exemplo, se estaria disposto a assumir determinado risco.”

<sup>908</sup> Cf. SÁNCHEZ, Pedro Fernández. *Direito da Contratação Pública – Volume I*, pp. 527-530.

<sup>909</sup> Cf. SÁNCHEZ, Pedro Fernández. *Direito da Contratação Pública – Volume I*, p. 530: “Trata-se, pois, da admissão de que as informações que potenciais co-contratantes da Administração lhe podem fornecer na preparação do procedimento representam vantagens para a obtenção de condições mais adequadas para o interesse público que compensam quaisquer desvantagens inerentes ao perigo de discriminação dos operadores não consultados, devendo por isso ser legalmente admitidas e incentivadas. Por essa via, ao admitir e regular expressamente a sua realização, o legislador europeu pode depois concentrar-se na mera formulação das condições e dos limites à realização dessas consultas – o que é claramente preferível do que uma pura proibição que mantenha estes contactos informais à margem do sistema jurídico.”

“de todas as informações pertinentes” trocadas durante a etapa preparatória, mediante sua inclusão entre as peças instrutórias. Ao ver de Pedro Fernández Sánchez, por informações pertinentes entendem-se “todos os dados que a entidade adjudicante tenha transmitido a um ou mais operadores económicos consultados e que possam ser úteis na compreensão dos requisitos procedimentais e na elaboração das candidaturas, das propostas ou das soluções”.<sup>910</sup>

Neste contexto, divulgar as questões postas pela entidade adjudicante aos agentes económicos consultados afigura-se muitíssimo mais relevante que dar a conhecer as respostas fornecidas. Revelar as soluções originais aventadas pelos operadores consultados colocá-los-ia em posição de franca desvantagem frente aos demais concorrentes, em desprestígio à boa-fé e desestímulo a participações futuras em consultas preliminares. Assim, bastaria à autoridade adjudicante facultar igual acesso à íntegra das perguntas e dos dados franqueados aos operadores consultados ou, no limite, publicizar “uma brevíssima síntese das informações que tenha obtido e em que se tenha baseado para elaborar o caderno de encargos”.<sup>911</sup>

Diferentemente da diretiva, o CCP silenciou quanto à fixação de prazos mais longos para a recepção de propostas dos agentes económicos não consultados, com vistas à diluição da vantagem anticoncorrencial de que gozam os competidores consultados e à promoção da igualdade de condições. Nada impede, entretanto, que a autoridade adjudicante venha a fazê-lo com fulcro no nº 2 do artigo 63º e na norma europeia, até porque se está diante de previsão meramente exemplificativa.<sup>912</sup>

---

<sup>910</sup> Cf. SÁNCHEZ, Pedro Fernández. *Direito da Contratação Pública – Volume I*, p. 534.

<sup>911</sup> Cf. SÁNCHEZ, Pedro Fernández. *Direito da Contratação Pública – Volume I*, p. 535. Em sentido semelhante, RAIMUNDO, Miguel Assis. *Direito dos Contratos Públicos – Volume 1*, pp. 273-274

<sup>912</sup> Cf. SÁNCHEZ, Pedro Fernández. *Direito da Contratação Pública – Volume I*, p. 538: “Não obstante o erro legislativo envolvido nesta omissão, a entidade adjudicante que pretenda evitar qualquer suspeição no tratamento dos operadores económicos não deixará de levar em conta esta relevantíssima sugestão presente no artigo 41º da Diretiva 2014/24. No caso de esta solução se revelar excessivamente morosa, uma interessante alternativa para a fixação de um prazo mais extenso de apresentação de propostas, sobretudo nos casos em que o procedimento apresente maior urgência, consiste em promover uma consulta aberta (por exemplo, através de um anúncio mais ou menos informal no sítio eletrónico da entidade

O artigo 55º, nº 1, alínea i), estatui que estão impedidos de participar como candidatos ou concorrentes aqueles operadores económicos que tenham prestado, direta ou indiretamente, assessoria ou apoio técnico na preparação e elaboração das peças do procedimento, se tal proceder lhes atribuir vantagem capaz de falsear as condições normais de concorrência. Na expressão de Pedro Fernández Sánchez, sua menção pelo artigo 35º-A, nº 1, parte final, funciona como um “lembrete útil” à autoridade adjudicante, para que o recurso à consulta preliminar não redunde na confecção de um “caderno de encargos à medida”, com nítido prejuízo à livre concorrência e à igualdade de tratamento.<sup>913</sup>

Do artigo 41º da Diretiva 2014/24/UE, entretanto, consta regra de temperamento, segundo a qual a exclusão do operador consultado somente haverá de ter lugar: i) se não existirem outras formas mais brandas de garantir a observância do princípio da igualdade de tratamento; ii) após oportunizado ao candidato ou proponente demonstrar que sua participação “não é suscetível de distorcer a concorrência”. Apesar de não existir previsão semelhante no CCP, tais condicionantes nada mais são que desdobramentos dos princípios da proporcionalidade e de audiência prévia dos interessados, razão pela qual nada impede sua adoção pelas entidades adjudicantes nacionais.<sup>914 915</sup>

---

adjudicante), informando o mercado de que tem interesse em conhecer soluções para uma certa necessidade aquisitiva e disponibilizando nesse meio os dados necessários para a consulta. Essa iniciativa evitará qualquer alegação de que um segmento do mercado obteve informações privilegiadas num momento antecipado.”

<sup>913</sup> Cf. SÁNCHEZ, Pedro Fernández. *Direito da Contratação Pública – Volume I*, p. 531.

<sup>914</sup> No ponto, veja-se GONÇALVES, Pedro Costa. *Direito dos Contratos Públicos*, pp. 404-405. Em sentido assemelhado, cf. SÁNCHEZ, Pedro Fernández. *Direito da Contratação Pública – Volume I*, p. 540; RAIMUNDO, Miguel Assis. *Direito dos Contratos Públicos – Volume 1*, p. 275: “O impedimento, contudo, como sucede em geral, deve entender-se como *ultima ratio*, existindo uma relação de subsidiariedade do seu funcionamento, face a medidas alternativas (...), no que é apenas mais um corolário dos princípios da concorrência e da proporcionalidade.”

<sup>915</sup> Ainda assim, Alexandra Leitão prevê que a consulta preliminar ao mercado será de difícil implementação, à vista do risco de exclusão futura na hipótese de dupla participação. Por tal razão, a seu ver, as autoridades adjudicantes deveriam “optar preferencialmente por consultar entidades independentes e não operadores económicos que possam vir a ter interesse na adjudicação do contrato” (cf. LEITÃO, Alexandra. *Lições de Direito dos Contratos Públicos – Parte Geral*, p. 97). Para Raquel Carvalho, a fim de que possa alcançar seu potencial máximo, a consulta preliminar precisa ter aspectos omissos importantes regulados pelo legislador, sem descuidar da informalidade que lhe caracteriza. Ao ver da autora, o “legislador português consagrou uma ampla discricionariedade, mas não estabeleceu critérios guia, o que

### 1.2.2. Definição do Objeto: Valor do Contrato e Preço Base

Como se vê, a consulta preliminar veio ao encontro da obrigação de pormenorizar corretamente o objeto a contratar, sobretudo nos procedimentos desprovidos de fase negocial<sup>916</sup>, a bem da eficiência da futura contratação. No mais das vezes, as repercussões negativas oriundas de uma representação equivocada da realidade são detectadas apenas por ocasião da formulação das propostas ou mesmo da execução do contrato já firmado, com consequentes atrasos e despesas adicionais.<sup>917</sup>

De mais a mais, a descrição precisa e suficiente do objeto a contratar possibilita a estimativa fidedigna do valor do contrato. Conforme o artigo 18º, o valor do contrato é o critério geral a ser utilizado pela entidade adjudicante para a escolha do tipo de procedimento, aqui considerados o ajuste direto, a consulta prévia, o concurso público e o concurso limitado por prévia qualificação. Dos artigos 19º, 20º e 21º é possível deduzir que, quanto menor a expressão económica do valor do contrato, menores deverão de ser também a solenidade, a formalidade e a complexidade do procedimento de formação a adotar. Do contrário, a pretexto de promover a igualdade e a concorrência, estaria a autoridade adjudicante a malferir os princípios da celeridade e da desburocratização.<sup>918</sup> Em outras palavras, a vantagem económica passível de

---

consubstancia uma grande fragilidade do instituto” (cf. CARVALHO, Raquel. “Consultas preliminares ao mercado no CCP”, in GOMES, Carla Amado; PEDRO, Ricardo; SERRÃO, Tiago; CALDEIRA, Marco [coordenadores]. *Comentários ao Código dos Contratos Públicos – Volume I*. Lisboa: AAFDL Editora, 2021, p. 417).

<sup>916</sup> A fase preparatória dos procedimentos dialógicos segue lógica própria no que concerne à definição do objeto. Conforme disciplina o artigo 29º, as características dos bens, serviços e obras, assim como as necessidades da autoridade adjudicante, hão de estar suficientemente identificadas no anúncio de concurso do procedimento concorrencial com negociação, permitindo aos operadores económicos decidir se dele pretendem participar. Contudo, como é próprio às situações elencadas pelo artigo 26º, nº 4, as propostas ofertadas podem ser submetidas à negociação, de modo que mesmo as características do objeto podem vir a sofrer alteração.

<sup>917</sup> No ponto, veja-se RAIMUNDO, Miguel Assis. *A Formação dos Contratos Públicos*, p. 726.

<sup>918</sup> Cf. SÁNCHEZ, Pedro Fernández. *Direito da Contratação Pública – Volume I*, p. 369. Para um quadro esquemático da correlação entre tipo de contrato, tipo de procedimento e valor do contrato, veja-se p. 374. Por sua vez, da p. 383 à p. 393 o autor critica vivamente o legislador nacional, porquanto, a seu ver, o CCP hesitaria entre os conceitos de valor do contrato como consequência e como causa da escolha do procedimento. Para Miguel Assis Raimundo, a escolha do procedimento condiciona o valor do contrato a celebrar. A seu ver, “a entidade

obtenção em razão do emprego de procedimentos de adjudicação abertos à competição não compensaria os custos de transação que lhes são inerentes.

Definido no artigo 17º, o valor do contrato é “o valor máximo do benefício económico que pode ser obtido pelo adjudicatário com a execução de todas as prestações que constituem o seu objeto”. Como esmiuçado no nº 2, para além do preço a pagar em espécie – seja pela entidade adjudicante, seja por terceiros –, inclui o valor de quaisquer contraprestações efetuadas em favor do adjudicatário, bem como de vantagens que decorram diretamente da execução do contrato, desde que possam ser consideradas contrapartida das prestações sob sua incumbência.<sup>919</sup> Nesta linha abrangente, prevê o nº 4 que, se de um acordo-quadro ou sistema de aquisição dinâmico se estiver a tratar, o valor do contrato equivale ao valor máximo de todos os contratos previstos ao seu abrigo durante seu prazo de vigência.

Consoante o nº 7, a fixação do valor do contrato há de obedecer a critérios objetivos, preferencialmente “os custos médios unitários de prestações do mesmo tipo adjudicadas em anteriores procedimentos promovidos pela entidade adjudicante”. Na impossibilidade de utilização de tal balizamento – porque a entidade contratante jamais realizou contratação similar, por exemplo –, é possível recorrer aos preços atualizados de mercado obtidos através de consulta preliminar, à semelhança do que prevê o nº 3 do artigo 47º para a determinação do preço base.

Neste particular, se diferem quanto à sua intenção, os conceitos de valor do contrato e preço base – ao menos na hipótese de contratos que objetivem a

---

adjudicante continua a partir de um cálculo de valor do contrato que pretende celebrar, para poder aplicar racionalmente as normas sobre escolha do procedimento pré-contratual. Perante o valor a que chegar, goza depois, na escolha do procedimento, de alguma margem de autonomia, orientada pelos critérios de escolha que definem os pressupostos de utilização dos diferentes procedimentos (se o valor do contrato for superior aos limiares de aplicação das directivas e a entidade pretender recorrer a um procedimento escolhido nos termos dos artigos 19º e 20º, a margem de escolha é menor do que se for inferior ao limiar da consulta prévia, por exemplo.” (RAIMUNDO, Miguel Assis. *Direito dos Contratos Públicos – Volume 1*, p. 329).

<sup>919</sup> Destarte, o valor de uma isenção tributária que a entidade adjudicante tenha se obrigado a conceder ou de um terreno entregue ao adjudicatário no contexto da operação integram o valor do contrato. Confira-se em RAIMUNDO, Miguel Assis. *Direito dos Contratos Públicos – Volume 1*, p. 328.

aquisição de obras, bens e serviços – são coincidentes em larga medida, tanto no que tange aos critérios determinativos de seus montantes quanto aos componentes a considerar para seu cálculo. A fixação de ambos, inclusive, deve ser fundamentada, como impõem o nº 7 do artigo 17º e o nº 3 do artigo 47º.<sup>920</sup> Entretanto, o valor do contrato serve de parâmetro à autoridade adjudicante para que: i) proceda à escolha do tipo de procedimento; ii) realize ou não sua publicização no JOUE; iii) delibere acerca da competência para autorizar a despesa correspondente; e iv) verifique se há condições jurídico-financeiras para a celebração da avença. Já o preço base equivale ao custo máximo que a autoridade adjudicante se dispõe e pode assumir em pagamento pela execução do contrato. Cuida-se de um limite de índole orçamental ou financeira a que autoridade adjudicante está adstrita, mas corresponde igualmente a um parâmetro base do caderno de encargos, a que as propostas estão vinculadas, sob pena - no mais das vezes - de exclusão.<sup>921 922</sup>

De acordo com o artigo 71º do CCP, a autoridade adjudicante pode definir as situações em que o preço das propostas há de ser considerado anormalmente baixo, sobretudo por comparação à média obtida em consultas preliminares ao mercado ou ao histórico de contratações anteriores. Se, sob uma ótica míope de economia de gastos públicos, declarar vencedora uma

---

<sup>920</sup> As entidades adjudicantes que optarem por contratar sob o regime das Medidas Especiais de Contratação Pública, instituído pela Lei nº 30/2021, foram dispensadas do dever de fundamentação do preço base, consoante a alínea b) do artigo 11º daquele diploma. Tal regra, entretanto, não se aplica à fundamentação do valor do contrato. No ponto, cf. GONÇALVES, Pedro Costa; MARTINS, Licínio Lopes; AZEVEDO, Pedro Santos. *As Medidas Especiais de Contratação Pública*. Coimbra: Almedina, 2021, pp. 77-79; RAIMUNDO, Miguel Assis. “Medidas especiais de contratação pública”, p. 86.

<sup>921</sup> Em se tratando de concurso público ou de concurso limitado por prévia qualificação, na hipótese de todas as propostas virem a ser excluídas, o novo nº 6 do artigo 70º, com redação conferida pela Lei nº 30/2021, de 21 de maio, passou a permitir que, excepcionalmente, por razões de interesse público e preenchidas certas condições, a autoridade proceda à adjudicação ao concorrente mais bem posicionado.

<sup>922</sup> Fixado, em regra, no caderno de encargos, o preço base é desde logo dado a conhecer aos interessados. Se tal previsão legal atende ao princípio da transparência, acaba por desestimular consideravelmente a formulação de propostas a preços mais competitivos, já que todos os participantes sabem de antemão o valor máximo que a entidade adjudicante está disposta a pagar. Ao ver de Miguel Assis Raimundo, a “função de estimulação de preços competitivos fica, assim, inteiramente dependente do facto de os concorrentes não saberem os preços que os outros concorrentes vão propor – embora a existência do preço base reduza, também, esse efeito de incerteza, ao comunicar a todos os interessados um preço que eles não poderão ultrapassar” (RAIMUNDO, Miguel Assis. *Direito dos Contratos Públicos – Volume 1*, p. 297).

proposta de preço tão baixo quanto possível poderia parecer a melhor estratégia, tal solução revela-se temerária a médio e longo prazos, à vista do sério risco de descumprimento do contrato e de deturpação da concorrência.

Assim, na esteira do artigo 69º, nº 3, § 2º, da Diretiva 2014/24/UE, o legislador revisor de 2021 previu que o preço é tido como anormalmente baixo “designadamente por se revelar insuficiente para o cumprimento de obrigações legais em matéria ambiental, social e laboral ou para cobrir os custos inerentes à execução do contrato”.<sup>923</sup> Cabe ao júri solicitar esclarecimentos ao proponente e, uma vez que sejam prestados, verificar se são suficientes para ilidir a suspeita de ausência de seriedade da proposta; em caso negativo, dá-se sua exclusão.<sup>924</sup>

Como explicita o nº 8 do artigo 17º, o objeto do contrato não deve ser artificialmente fracionado pela autoridade adjudicante, no intuito de defraudar os limites quantitativos previstos nos artigos 19º, 20º e 21º e escapar à adoção de procedimentos de maior abertura concorrencial. Caso a autoridade adjudicante fracione a contratação de objeto único em múltiplos procedimentos adjudicatórios, o nº 1 do artigo 22º impõe regras de agregação, de modo que a

---

<sup>923</sup> Sobre a evolução do tratamento da matéria no CCP, vejam-se, especialmente, ALVES, Ana Sofia. “Apontamentos sobre o novo regime das propostas de preço anormalmente baixo”, in *Revista de Direito Administrativo*, nº 12, setembro-dezembro 2021, AAFDL, pp. 39-47; SILVA, Duarte Rodrigues. “O preço anormalmente baixo na revisão do Código dos Contratos Públicos de 2021”, in ESTORNINHO, Maria João; MARTINS, Ana Gouveia; SÁNCHEZ, Pedro Fernández (organizadores). *A Revisão do Código dos Contratos Públicos de 2021 (Atas da Conferência)*. Lisboa: AAFDL, 2021, pp. 111-137.

<sup>924</sup> Cf. SÁNCHEZ, Pedro Fernández. *A Revisão de 2021 do Código dos Contratos Públicos*. Lisboa: AAFDL Editora, 2021, Edição Ebook, p. 145: “Daqui resulta que, independentemente de qualquer outra consideração, a mera comparação entre o preço proposto e os custos necessários para cumprir as obrigações imperativas do concorrente é tudo quanto basta para a entidade adjudicante desencadear, de imediato, um incidente de verificação da anomalia do preço. Esse constitui um *elemento suficiente de suspeita da ilegalidade da proposta*, obrigando o concorrente a proceder aos esclarecimentos necessários, no contexto de um *ônus da prova* que recai sobre ele e não sobre a entidade adjudicante, destinados a desmentir as suspeitas de anomalia da sua conduta. Tal elemento anómalo é detectado e fiscalizado *per se*, independentemente de qualquer outra consideração sobre outros elementos da proposta e, por maioria de razão, sobre a estrutura de custos ou sobre outras vantagens competitivas de que o concorrente disponha. Com efeito, esses outros elementos são irrelevantes para um *juízo que relaciona exclusivamente o preço que ele propõe e os custos a que legalmente está obrigado a atender*.”

escolha do tipo de procedimento tome em conta o somatório do valor de todas as licitações ou dos contratos resultantes da cisão.<sup>925</sup>

Hipótese diferente é a adjudicação do objeto contratual por lotes, em que o procedimento adjudicatório é único, mas, por conta da divisão do objeto, dá ensejo a mais de uma adjudicação e a mais de um contrato.<sup>926</sup> Regulada no artigo 46º-A do CCP, a adjudicação por lotes visa à promoção de níveis mais elevados de concorrência, por meio da facilitação do acesso das pequenas e médias empresas aos contratos públicos.<sup>927</sup> O CCP estabelece ser a adjudicação por lotes preferencial: i) se deixar de ser adotada em aquisições de bens e serviços de valor superior a 135.000 EUR, bem como em empreitadas de obras públicas de valor superior a 500.000 EUR, a decisão deve ser fundamentada; ii) *a contrario sensu*, se motivos de urgência ou imperativos de ordem técnica ou funcional não a desaconselharem, a adoção da adjudicação por lotes passa a ser um dever.<sup>928</sup>

---

<sup>925</sup> A atual redação do nº 2 do artigo 22º, conferida pela Lei nº 30/2021, dispensa a aplicação das regras de agregação quando de “procedimentos para a formação de contratos cujo valor seja inferior a € 80 000, no caso de bens e serviços, ou a € 1 000 000, no caso de empreitadas de obras públicas, e desde que o valor conjunto desses procedimentos não exceda 20% do somatório calculado nos termos do número anterior”.

<sup>926</sup> Para a diferenciação entre o regime do artigo 22º (denominado “divisão em lotes” antes da revisão de 2017) e aquele previsto no atual artigo 46º-A (adjudicação por lotes), cf. COIMBRA, José Duarte. “Adjudicação por lotes”, in GOMES, Carla Amado; PEDRO, Ricardo; SERRÃO, Tiago; CALDEIRA, Marco [coordenadores]. *Comentários ao Código dos Contratos Públicos – Volume I*. Lisboa: AAFDL Editora, 2021, pp. 682-686.

<sup>927</sup> No ponto, cf. SÁNCHEZ, Pedro Fernández. *Direito da Contratação Pública – Volume I*, p. 394. Sobre o regime jurídico instituído pelo artigo 46º-A, confira-se, ainda, RAMOS, Vasco Moura. “O novo regime jurídico da ‘Divisão do contrato em lotes’ no Código dos contratos públicos português e nas Diretivas europeias da contratação pública: algumas considerações”, in *Revista de Contratos Públicos*, Belo Horizonte, ano 7, n. 13, mar./ago. 2018, p. 255-281; COIMBRA, José Duarte. “Adjudicação por lotes”, in GOMES, Carla Amado; PEDRO, Ricardo; SERRÃO, Tiago; CALDEIRA, Marco (coordenadores). *Comentários ao Código dos Contratos Públicos – Volume I*. Lisboa: AAFDL, 2021, pp. 665-755.

<sup>928</sup> Neste sentido, RAIMUNDO, Miguel Assis. *Direito dos Contratos Públicos – Volume 1*, p. 289. À p. 292, acrescenta o autor: “A exigência de um discurso fundamentador significa que se exige, naturalmente, a menção a razões válidas, juridicamente aceitáveis, que sejam suficientes para afastar as ‘razões-por-defeito’ que apontam para a preferência pela adjudicação por lotes (isto é, a presunção de que a divisão por lotes assegura maior concorrência). A fundamentação serve para cumprir um *ônus de argumentação* que passa por demonstrar que a adjudicação unitária é melhor para a entidade adjudicante do que a adjudicação por lotes; se esse ônus de argumentação não for cumprido, de todo, ou não for cumprido com aquela fundamentação (por ser a mesma errônea, improcedente ou insuficiente), normativamente, prevalece a preferência legislativa pela divisão.” Para José Duarte Coimbra, não há no ordenamento jurídico português “qualquer norma de âmbito geral que, à partida, imponha ou proíba o desdobramento dos procedimentos de formação dos contratos públicos em lotes. Não deve por isso pensar-se que da faculdade procedimental em que assenta a



Cabe menção, aqui, à norma introduzida pela alínea a) do artigo 11º da Lei nº 30/2021: no âmbito do regime das MECP e em prol de suposta celeridade, a autoridade adjudicante está dispensada do dever de fundamentar a não divisão por lotes. Em primeiro lugar, como unanimemente aponta a doutrina<sup>929</sup>, tal desoneração argumentativa vai na contramão da política de incentivos às pequenas e médias empresas, que anima tanto a Diretiva 2014/24/2021 – como dá conta seu considerando 78 – quanto as reformas legislativas que lhes seguiram no âmbito nacional – de que é exemplo a própria introdução do artigo 46º-A. Por óbvio, as PME são as maiores beneficiárias da adoção do princípio *divide or explain*, que visa lhes permitir maior participação no mercado das contratações públicas. Em segundo lugar, liberadas do dever de fundamentação, as entidades adjudicantes estão autorizadas, na prática, a deixar de dividir em lotes no âmbito das MECP, ainda que não caracterizadas as hipóteses fáticas permissivas.<sup>930</sup>

O nº 4 do artigo 46º-A, no intuito de evitar que a utilidade da divisão do objeto viesse a ser frustrada, estatui que o número de lotes passíveis de atribuição a um mesmo concorrente pode ser limitado, desde que: i) a entidade adjudicante faça constar tal restrição do convite ou programa do procedimento; ii) os critérios de alocação dos lotes sejam objetivos e não discriminatórios.<sup>931</sup> O nº 5, por sua vez, prevê a possibilidade de combinação de parte ou da

---

alternativa *adjudicar por lotes/não adjudicar por lotes* resulta uma qualquer forma de ‘liberdade incondicionada’ das entidades adjudicantes e, muito menos, uma qualquer zona de ‘insindicabilidade’ quanto ao modo concreto de exercício dessa faculdade.” (COIMBRA, José Duarte. “Adjudicação por lotes”, p. 710).

<sup>929</sup> Vejam-se, exemplificativamente, GONÇALVES, Pedro Costa; MARTINS, Licínio Lopes; AZEVEDO, Pedro Santos. *As Medidas Especiais de Contratação Pública*, pp. 74-76; SÁNCHEZ, Pedro Fernández. *A Revisão de 2021 do Código dos Contratos Públicos*, p. 51; RAIMUNDO, Miguel Assis. “Medidas especiais de contratação pública”, pp. 85-86. À p. 86, RAIMUNDO conclui: “É de lamentar que se prescindia dessa regra em todos os contratos da MECP, por uma muito contestável ideia de fundo, segundo a qual os deveres autónomos de ponderação e fundamentação são meras formalidades para perder tempo.”

<sup>930</sup> SÁNCHEZ, Pedro Fernández. *A Revisão de 2021 do Código dos Contratos Públicos*, p. 51: “Na prática, isto significa que a preferência legal de adjudicação por lotes a que se refere este artigo fica aqui simplesmente derogada, visto que aquele dever de fundamentação já constituía a única condição a respeitar por uma entidade adjudicante que não pretendesse realizar essa cisão contratual.”

<sup>931</sup> José Duarte Coimbra elenca como critérios objetivos possíveis i) a escolha do concorrente; ii) seleção da combinação que implique maior benefício à entidade adjudicante; iii) sorteio (cf. “Adjudicação por lotes”, p. 748).

totalidade dos lotes, caso assim esteja previsto no convite ou programa e os critérios fundamentadores da agregação tenham sido antecipadamente estabelecidos e indicados.<sup>932</sup>

### 1.2.3. Definição do Objeto: Especificações Técnicas

À definição do objeto bem elaborada, indispensáveis suas especificações técnicas, conforme estabelecido no Anexo VIII do CCP.<sup>933</sup> Parte integrante do caderno de encargos, destinam-se a municiar os operadores económicos de uma descrição suficientemente clara e precisa das características materiais e níveis de desempenho exigíveis à obra, bem ou serviço que a entidade adjudicante pretende adquirir.<sup>934</sup>

Por descrição suficiente leia-se descrição necessária. Uma vez que as cláusulas do caderno de encargos nada mais são do que condições à

---

<sup>932</sup> Veja-se COIMBRA, José Duarte. “Adjudicação por lotes”, p. 752: “Não é difícil de compreender (...) a ‘função’ subjacente a estas hipóteses de substituição da adjudicação de propostas *lote por lote* pela adjudicação de propostas *agregadas*: pretende-se essencialmente evitar que o parcelamento do *quid* contratual determine, por completo, o desaproveitamento de eventuais ‘descontos de escala’ que, perante a possibilidade de apresentação de propostas *agregadas*, os concorrentes estejam dispostos a garantir à entidade adjudicante na execução simultânea de vários lotes.”

<sup>933</sup> Veja-se, ainda, COMISSÃO EUROPEIA. *Contratação Pública – Guia Prático para Profissionais Sobre a Prevenção dos Erros Mais Comuns em Projetos Financiados pelos Fundos Europeus Estruturais e de Investimento*, 2018, p. 60, disponível para consulta em <[https://poise.portugal2020.pt/documents/10180/104010/guidance\\_public\\_procurement\\_2018\\_pt.pdf/b0d68b4f-dd48-4138-b70b-16bcd03ac5b8](https://poise.portugal2020.pt/documents/10180/104010/guidance_public_procurement_2018_pt.pdf/b0d68b4f-dd48-4138-b70b-16bcd03ac5b8)>, acesso em 05/10/2020: “Regra geral, as especificações técnicas bem elaboradas devem: i) ser exatas na forma como descrevem os requisitos; ii) ser facilmente compreendidas pelos operadores económicos e por todas as outras partes interessadas; iii) definir de forma clara recursos, realizações e resultados alcançáveis e mensuráveis; iv) fornecer informações suficientemente pormenorizadas que permitam aos operadores económicos apresentar propostas realistas e adaptadas às necessidades; v) ter em conta, tanto quanto possível, as opiniões da autoridade adjudicante, dos potenciais utilizadores ou beneficiários do contrato e de partes interessadas externas, bem como os contributos do mercado; vi) ser elaboradas por pessoas com conhecimentos especializados suficientes, seja no seio da autoridade adjudicante seja recorrendo a peritos externos; vii) não mencionar nomes de marcas ou requisitos que limitem a concorrência; viii) ser elaboradas de forma a ter em conta critérios de acessibilidade para pessoas com deficiência, ou ser concebidas para todos os utilizadores caso a aquisição se destine a ser utilizada por pessoas singulares, quer se trate do público em geral ou de pessoal da autoridade adjudicante; ix) ser aprovadas pelos responsáveis e órgãos competentes da autoridade adjudicante, em função das regras internas aplicáveis.”

<sup>934</sup> Ademais, de conformidade com o nº 2 do artigo 49º, as especificações técnicas podem fazer referência ao processo ou método específico de produção ou execução das obras, bens móveis ou serviços a adquirir, como também a um processo específico para outra fase do seu ciclo de vida, desde que “estejam ligados ao objeto do contrato e sejam proporcionais ao seu valor e aos seus objetivos”.

aceitação das propostas, requisitos inúteis, supérfluos ou desnecessários – é dizer, não justificados por um interesse público relevante – configuram restrição ilegal à concorrência.<sup>935</sup> Na lição de Peter Trepte, a prossecução da concorrência resultaria irremediavelmente obviada se às entidades adjudicantes fosse possível prever especificações ou padrões técnicos discriminatórios, passíveis de atendimento por não mais que alguns poucos fornecedores e, por isso, capazes de criar restrições artificiais à ampla participação.<sup>936</sup>

Por conseguinte, especificações técnicas desarrazoadas são vedadas, já que diminuem injustificadamente o universo de potenciais interessados em contratar. É precisamente o que deflui do nº 4 do artigo 49º do CCP, redigido à semelhança do nº 2 do artigo 42º da Diretiva 2014/24/UE: “[a]s especificações técnicas devem permitir a igualdade de acesso dos operadores económicos ao procedimento de contratação e não devem criar obstáculos injustificados à abertura dos contratos públicos à concorrência”.<sup>937</sup>

Até por isso, e à vista do que é possível deduzir do nº 7 do artigo 49º do CCP e do nº 3 do artigo 42º da Diretiva 2014/24/UE, ainda que dentro de sua margem de escolha, a entidade adjudicante deve privilegiar a adoção de requisitos técnicos atinentes ao desempenho ou às exigências funcionais. Ao invés de especificar o tipo de bens, produtos ou materiais a serem utilizados – e, com isso, excluir os operadores económicos que porventura empreguem

---

<sup>935</sup> Cf. SÁNCHEZ, Pedro Fernández. *Direito da Contratação Pública – Volume I*, pp. 668-669.

<sup>936</sup> Cf. TREPTE, Peter. *Public procurement in the EU: A practitioner's guide*, p. 272. No mesmo sentido, GONÇALVES, Pedro Costa. *Direito dos Contratos Públicos*, p. 585: “A definição das especificações da obra, do bem ou do serviço poderia constituir um meio de distorção da concorrência, na medida em que a entidade adjudicante pudesse, por ex., definir, sem um motivo justificado, características de um produto que só um operador económico comercializa ou produz.”

<sup>937</sup> Cf. os parágrafos 31 a 37 do Acórdão TJUE de 25/10/2018, *Roche Lietuva UAB*, Processo C-413/17. Do parágrafo 34 consta: “Como o Tribunal de Justiça já decidiu, os princípios da igualdade de tratamento, da não discriminação e da transparência revestem uma importância crucial no que se refere às especificações técnicas, tendo em conta os riscos de discriminação ligados quer à sua escolha quer à forma de as formular (v., no caso da Diretiva 2004/18, Acórdão de 10 de maio de 2012, *Comissão/Países Baixos*, C-368/10, EU:C:2012:284, nº 62).” No parágrafo 37, lê-se: “O cumprimento destes requisitos é tanto mais importante quanto, como no caso em apreço, as especificações técnicas contidas no caderno de encargos de um contrato são formuladas de forma particularmente pormenorizada. Com efeito, quanto mais pormenorizadas forem as especificações técnicas maior é o risco de os produtos de um dado fabricante serem privilegiados.”

outros –, a autoridade adjudicante deve conferir liberdade de escolha dos meios aos concorrentes, limitando-se a descrever os objetivos que pretenda alcançar com o futuro contrato.<sup>938 939</sup>

A pedra angular do sistema de especificações técnicas – ou, no dizer de Pedro Fernández Sánchez, sua “chave de leitura”<sup>940</sup> – está contida no nº 8 do artigo 49º, que reproduz o nº 4 do artigo 42º da Diretiva 2014/24/UE. Em suma, são proibidas referências a: i) fabrico ou proveniência determinados; ii) procedimento específico capaz de caracterizar os produtos ou serviços prestados por fornecedor determinado; iii) marcas, patentes, tipos, origens ou modos de produção determinados, se não justificadas pelo objeto do contrato e tiverem “por efeito favorecer ou eliminar determinadas empresas ou produtos”.

Como se vê, o sistema de especificações técnicas não se presta a garantir igualdade de tratamento apenas aos participantes diretos do procedimento adjudicatório, mas também aos operadores económicos que possam ser por ele indiretamente afetados. Graças à sua natureza transversal, horizontal e vertical, estende sua proteção a todos aqueles que participam da

---

<sup>938</sup> Cf. TREPTE, Peter. *Public procurement in the EU: A practitioner's guide*, p. 273: “The new Directives have brought about a fundamental and welcome change to the way in which technical specifications are to be defined by allowing the technical requirements to be defined by way of output specifications rather than by reference to some specific standard or by means of a description of the characteristics of, for example, the products required. It is precisely these latter options which enable technical specifications to be defined so precisely as to identify the preferred tenderer in advance of the competitive process, usually in a manner designed to be discriminatory.” (“As novas diretivas trouxeram uma mudança fundamental e bem-vinda na forma como as especificações técnicas devem ser definidas, permitindo que os requisitos técnicos sejam definidos por meio de especificações de saída e não por referência a alguma norma específica ou por meio de uma descrição das características, por exemplo, dos produtos requeridos. São precisamente estas últimas opções que permitem que as especificações técnicas sejam definidas com tanta precisão que identifiquem o proponente preferencial antes do processo competitivo, geralmente de forma discriminatória.”)

<sup>939</sup> Pedro Costa Gonçalves, ao sintetizar o nº 7 do artigo 49º, explicita que “as especificações técnicas devem ser descritas segundo várias modalidades, a saber: a) descrição detalhada no caderno de encargos dos termos de desempenho e dos requisitos funcionais; b) por referência a especificações técnicas definidas em normas técnicas; c) descrição dos termos do desempenho ou dos requisitos funcionais, com referência a normas técnicas como meio de presunção de conformidade, com esse desempenho ou com esses requisitos funcionais; d) por referência às especificações técnicas definidas em normas técnicas para determinadas características, e por referência ao desempenho ou aos requisitos funcionais para outras.” (cf. GONÇALVES, Pedro Costa. *Direito dos Contratos Públicos*, pp. 585-586).

<sup>940</sup> Cf. SÁNCHEZ, Pedro Fernández. *Direito da Contratação Pública – Volume I*, p. 674.

cadeia produtiva, desde o fabrico do bem até sua comercialização final.<sup>941</sup> Por conseguinte, como consta do nº 9 do artigo 49º, a utilização de referências suspeitas é admissível apenas quando imprescindível à descrição precisa e inteligível do objeto contratual; à vista de sua natureza derogatória, uma tal especificação técnica há de merecer interpretação estrita.<sup>942</sup>

Por fim, sempre em prol de garantir a mais ampla concorrência, os nºs 10, 11 e 12 do artigo 49º garantem aos concorrentes fazer uso de quaisquer meios de prova – em especial daqueles enunciados no artigo 49º-A – para demonstrar que as soluções por si propostas satisfazem de modo equivalente os requisitos definidos no caderno de encargos, sejam exigências funcionais ou de desempenho, sejam normas técnicas nacionais, europeias ou internacionais.

### 1.3. Requisitos de Participação

A definição dos critérios mínimos de participação – requisitos de qualificação, para o direito brasileiro – é parte importantíssima da fase pré-procedimental. A autoridade adjudicante, sob influxo dos princípios da não discriminação e da proporcionalidade, há de ser extremamente parcimoniosa, sob pena de vir a reduzir artificialmente a concorrência.<sup>943</sup> Afinal, a participação

---

<sup>941</sup> Cf. SÁNCHEZ, Pedro Fernández. *Direito da Contratação Pública – Volume I*, p. 674. Às pp. 674-675, prossegue o autor: “Ilustrando este ponto, é frequente que uma entidade adjudicante que, por mera comodidade, se limita a enunciar uma especificação por referência a uma marca conhecida no mercado – livrando-se do esforço mais exigente, mas mais favorável a uma sã competição, de enunciar requisitos funcionais ou de desempenho – consiga demonstrar que não prejudicou a posição competitiva de qualquer dos potenciais concorrentes, pela simples razão de que se situa num segmento de mercado em que os fabricantes de um bem ou equipamento não comparecem directamente no procedimento, sendo representados por intermediários ou comercializadores finais. Não é incomum que seja indiferente aos comercializadores que os clientes lhes solicitem ou não a entrega de bens de uma marca específica, visto que comercializadores se relacionam indistintamente com qualquer fabricante. Porém, num tal caso, a restrição à concorrência não se situa no plano dos comercializadores finais, mas sim no plano dos próprios fabricantes, que se vêem beneficiados ou prejudicados pela referência específica a uma marca constante do caderno de encargos.”

<sup>942</sup> Cf. parágrafo 38 do Acórdão TJUE de 25/10/2018, *Roche Lietuva UAB*, Processo C-413/17.

<sup>943</sup> “Art. 18º, nº 1, segunda parte. Os concursos não podem ser organizados no intuito de não serem abrangidos pelo âmbito de aplicação da presente diretiva ou de reduzir artificialmente a concorrência. Considera-se que a concorrência foi artificialmente reduzida caso o concurso tenha sido organizado no intuito de favorecer ou desfavorecer indevidamente determinados operadores económicos.”

em procedimentos adjudicatórios de contratos públicos nada mais é do que uma dimensão do direito de iniciativa económica e, se de procedimento de seleção aberta se cuidar, do direito à igualdade concorrencial de acesso ao benefício público resultante do contrato.

Na síntese feliz de Pedro Costa Gonçalves, é “dentro de um quadro geral conformado pelos princípios da máxima abertura ao mercado e à concorrência, da liberdade de iniciativa económica, de favorecimento à participação e da proporcionalidade que devemos analisar as condições de participação”.<sup>944</sup> Por conseguinte – e assim está orientada a jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE)<sup>945</sup> –, são ilegítimas quaisquer restrições de acesso desproporcionais ou não orientadas por razões de interesse público.<sup>946</sup>

Os requisitos de participação podem ser gerais, porquanto aplicáveis a quaisquer procedimentos adjudicatórios, ou especiais, exigíveis apenas nos procedimentos de formação dotados de fase prévia de qualificação – a saber, concurso limitado por prévia qualificação, procedimento de negociação, diálogo concorrencial e parceria para inovação.

Naturalmente, exige-se que o operador económico ostente capacidade jurídica geral de participação e de contratar. Para tanto, consoante disciplinam os artigos 52º e 53º do CCP, podem ser candidatos e concorrentes tanto pessoas singulares quanto pessoas coletivas, desde que, no caso destas, os

---

<sup>944</sup> GONÇALVES, Pedro Costa. *Direito dos Contratos Públicos*, p. 631.

<sup>945</sup> Cf. TJUE, *Duomo Gpa Srl*, Processo nº C-357/10, Acórdão de 10/05/2012; TJUE, *Frigerio Luigi*, Processo nº 357/06, Acórdão de 18/12/2007.

<sup>946</sup> Veja-se, no ponto, RAIMUNDO, Miguel Assis. *A Formação dos Contratos Públicos*, p. 889: “Com efeito, a utilização de qualquer procedimento onde seja aferido o preenchimento de um nível mínimo de capacidade técnica ou financeira é por definição um procedimento onde a incidência do princípio da igualdade será limitada pela incidência de princípios concorrentes (interesse público e seus corolários) que *justificam* que naquele caso concreto, haja uma *preferência* por agentes económicos particularmente capazes, experientes ou sólidos. (...) O controlo jurídico-público a fazer aqui é, consequentemente, o de saber *se a diferença de tratamento é justificada*, à luz de uma metodologia assente na ideia de proporcionalidade e de ponderação de princípios. Tal controlo mostra-se necessário, sobretudo, para a prevenção da prática ancestral, por tantos notada, de seleccionar o co-contratante através de requisitos de participação tão precisos que apenas permitem a um agente económico cumpri-los.”

direitos e obrigações inerentes ao contrato se coadunem com suas finalidades estatutárias.

Coerente com os princípios que animam a contratação, o artigo 19º da Diretriz 2014/24/UE veda a exclusão de interessados constituídos e habilitados à prestação do objeto do contrato em Estado-Membro distinto, caso a eliminação se funde exclusivamente em exigência local quanto à forma singular ou coletiva. Nem haveria de ser diferente: considerando o propósito declarado de estimular o comércio transfronteiriço, o legislador europeu não poderia albergar critérios seletivos de ordem formal potencialmente excludentes de operadores econômicos provenientes de outros países. Não por acaso, condições de participação fundadas exclusivamente na nacionalidade do interessado, na existência de filial no local de execução da prestação ou na promoção do desenvolvimento nacional, por exemplo, são consideradas suspeitas.<sup>947</sup>

De conformidade com o artigo 54º do CCP, pessoas singulares e coletivas podem se associar informal e temporariamente para participar de procedimentos de adjudicação. Desprovido de personalidade, apenas em caso de adjudicação o agrupamento haverá de adotar a modalidade jurídica prevista no programa do procedimento de que tiver se sagrado vencedor. A fim de preservar a concorrência, é vedada a dupla participação, é dizer, os membros de um agrupamento candidato ou concorrente não podem participar do mesmo procedimento, seja individualmente, seja como integrantes de outro agrupamento.

De acordo com o artigo 117º do CCP, desde que um de seus membros tenha sido convidado, os agrupamentos podem apresentar proposta em consultas prévias e ajustes diretos. São exceções, entretanto: i) os procedimentos em que tais modalidades de procedimento tenham sido adotadas em razão do valor do contrato, a fim de evitar burlas à vedação de

---

<sup>947</sup> No ponto, cf. RAIMUNDO, Miguel Assis. *A Formação dos Contratos Públicos*, pp. 890-891.

convites sucessivos, insculpida no nº 2 do artigo 113º do CCP<sup>948</sup>; ii) os procedimentos para formação de um contrato ao abrigo de um acordo-quadro, pois apenas os cocontratantes do acordo-quadro podem ser convidados.

Para além da capacidade jurídica, requisito geral positivo, candidatos e concorrentes em geral não podem estar impedidos de participar e contratar.<sup>949</sup> Por tal razão, os artigos 57º, nº 1, a), e 81º, nº 1, exigem a apresentação de declaração e documentos comprobatórios de sua não incidência em qualquer das situações elencadas no nº 1 do artigo 55º. Normalmente, as hipóteses de impedimento relacionam-se à proteção: i) do interesse da entidade adjudicante na correta execução do contrato; ii) de interesses públicos essenciais, a exemplo da promoção da moralidade nos negócios públicos<sup>950</sup>; e iii) da igualdade de tratamento entre os operadores económicos.

De conformidade com o nº 1 do artigo 55º do CCP, estão impedidos de participar de procedimentos de adjudicação candidatos e concorrentes enquadráveis nas seguintes hipóteses: i) insolvência e situações próximas; ii) condenação transitada em julgado por crime que afete a honorabilidade profissional; iii) sanção administrativa por falta grave em matéria profissional;

---

<sup>948</sup> Através de “agrupamentos de fachada”, no diagnóstico de Pedro Costa Gonçalves (*Direito dos Contratos Públicos*, p. 639). O autor afirma às pp. 639-640 não existir uma incompatibilidade “à partida” entre a possibilidade de constituição de agrupamentos e o princípio da concorrência, mas admite que a necessidade de abertura máxima à concorrência “pode justificar a decisão de exclusão de agrupamentos que, comprovadamente, se constituam para abolir uma competição entre os respectivos membros. Do mesmo modo, a exclusão de propostas de agrupamentos deve ser determinada quando o órgão adjudicante tenha fortes indícios de que a constituição do agrupamento é um ‘ato’ suscetível de falsear as regras da concorrência.”

<sup>949</sup> Os impedimentos à participação na qualidade de candidato ou concorrente de que se está a tratar distinguem-se dos impedimentos à intervenção em procedimento, referidos nos artigos 69º e seguintes do Código de Procedimento Administrativo – CPA e no artigo 8º, nº 1, do Regime do Exercício de Funções por Titulares de Cargos Políticos e Altos Cargos Públicos. Os impedimentos administrativos se aplicam aos agentes públicos e funcionam como garantia de sua imparcialidade, no intuito de evitar os conflitos de interesses de que trata o artigo 1º-A, nºs 3 e 4, do CCP. No ponto, cf. LOPES, Pedro Moniz; CAPELA, Maria Teresa. “Conflitos de interesses na contratação pública”, in GOMES, Carla Amado; PEDRO, Ricardo; SERRÃO, Tiago; CALDEIRA, Marco (organizadores). *Comentários ao Código dos Contratos Públicos – Volume I*, pp. 23-55.

<sup>950</sup> GONÇALVES, Pedro Costa. *Direito dos Contratos Públicos*, p. 665: “Ao afastar da contratação pública operadores económicos que já deram provas de falta de idoneidade profissional, que já foram punidos por atos ilícitos graves, a lei promove a ética e a integridade nos negócios públicos e concede às entidades adjudicantes o direito de se defenderem contra concorrentes inidôneos e irresponsáveis.”



iv) situação contributiva ou tributária não regularizada; v) proibição de participação em procedimentos de contratação pública, determinada em observância ao artigo 460º do CCP ou aos regimes contraordenacionais em matéria laboral, de concorrência, igualdade e não discriminação; vi) sanção por utilização de mão de obra clandestina; vii) condenação transitada em julgado por crimes graves – a exemplo de corrupção, fraude e branqueamento de capitais –, ainda que não relacionados ao exercício profissional; viii) participação prévia no apoio à elaboração das peças do procedimento; ix) prática de atos ilícitos contrários à lisura do procedimento; x) conflitos de interesse; xi) desempenho deficiente em contratos públicos anteriores.

Atente-se que, nos procedimentos adjudicatórios realizados no âmbito do regime especial, o artigo 13º da Lei nº 30/2021 relativiza os impedimentos atinentes à situação contributiva ou tributária não regularizada, no intuito de permitir a maior participação de operadores económicos nacionais – sobretudo pequenas e médias empresas – em tempos de recuperação económica pós-pandémica.<sup>951</sup>

Os artigos 113º, nºs 2, 5 e 6, e 114º, nº 2, do CCP, por sua vez, impedem o oferecimento de propostas por operadores económicos que, no ano económico em curso e nos dois anos económicos anteriores, tenham sido agraciados com adjudicações antecedidas de consultas prévias ou ajustes diretos, se o preço contratual acumulado for igual ou superior àqueles previstos nas alíneas c) e d) do artigo 19º e alíneas c) e d) do nº 1 do artigo 20º. Logicamente, a intenção do legislador é promover a rotação das contratações, de molde a “evitar a consolidação das relações contratuais das entidades

---

<sup>951</sup> No ponto, cf. CALDEIRA, Marco. “As medidas especiais de contratação pública – uma primeira apreciação sobre alguns aspectos da Lei nº 30/2021, de 21 de maio”, in ESTORNINHO, Maria João; MARTINS, Ana Gouveia; SÁNCHEZ, Pedro Fernández (organizadores). *A Revisão do Código dos Contratos Públicos de 2021 – Atas da Conferência*. Lisboa: AAFDL, 2021, pp. 91-102. À p. 97, o autor explicita: “À luz de tudo isto, e numa óptica de proporcionalidade, sempre entendemos que faria todo o sentido aproveitar plenamente as possibilidades conferidas pelo Direito europeu e permitir a apresentação de candidaturas ou propostas por parte de operadores económicos cuja situação tributária ou contributiva não se encontrasse regularizada.”

adjudicantes com determinados operadores económicos e favorecer a distribuição de oportunidades de contratação”.<sup>952</sup>

Neste cenário, não surpreende que operadores económicos impedidos tentem se valer de estratégias para contornar tais vedações, dos quais a utilização fraudulenta de pessoas coletivas – no Brasil conhecidas como “laranjas” – é dos mais comuns. Apesar de reconhecer que algumas decisões judiciais já têm corretamente reprimido a prática, Miguel Assis Raimundo critica o legislador revisor de 2021, pois deixou de introduzir no artigo 55º regra genérica capaz de “tornar claro que as entidades instrumentais criadas com o propósito de iludir a aplicação das normas em matéria de impedimentos também ficam impedidas”.<sup>953</sup>

O artigo 57º da Diretiva 2014/24/UE prevê outros motivos de exclusão – de natureza facultativa<sup>954</sup> – não incorporados pelo legislador português ao rol do nº 1 do artigo 55º do CCP, a saber: i) descumprimento de obrigações em matéria ambiental, social e laboral; ii) indícios de práticas colusivas e anticoncorrenciais; iii) declarações falsas e impossibilidade de apresentar documentos. Entretanto, ainda que não incluídas no CCP entre os impedimentos ao candidato ou concorrente, tais hipóteses foram previstas como causas de exclusão da candidatura ou da proposta, como dão conta os artigos 70º, nº 2, alíneas f) e g), 146º, nº 2, alíneas d) e m) e 184º, nº 2, alíneas e) e f).<sup>955</sup>

Com a introdução do artigo 55º-A pelo Decreto-Lei nº 111-B/2017, na esteira do nº 6 do artigo 57º da Diretiva 2014/24/UE, o CCP passou a prever

---

<sup>952</sup> GONÇALVES, Pedro Costa. *Direito dos Contratos Públicos*, p. 467.

<sup>953</sup> RAIMUNDO, Miguel Assis. *Direito dos Contratos Públicos – Volume 1*, p. 385.

<sup>954</sup> Lê-se no terceiro parágrafo do considerando 101: “Ao aplicar motivos facultativos de exclusão, deverá prestar-se especial atenção ao princípio da proporcionalidade. Só em circunstâncias excecionais poderão as pequenas irregularidades conduzir à exclusão de um operador económico. No entanto, a reincidência em pequenas irregularidades pode levantar dúvidas quanto à fiabilidade de um operador económico que poderão justificar a sua exclusão.”

<sup>955</sup> No ponto, cf. TAVARES, Gonçalo Guerra; MENEZES, António Magalhães e. “O regime dos impedimentos no CCP, à luz da Directiva UE 2014/24”, in GOMES, Carla Amado; PEDRO, Ricardo; SERRÃO, Tiago; CALDEIRA, Marco (organizadores). *Comentários ao Código dos Contratos Públicos – Volume II*, pp. 116-119.

hipóteses em que a autoridade adjudicante pode relevar o impedimento e autorizar a participação do candidato ou concorrente que, do contrário, haveria de ser excluído do certame. A ideia é evitar a eliminação quando, adotadas medidas de autorreabilitação ou autolimpeza, tal providência não mais se justifique à luz das finalidades que fundamentaram sua consagração legal. Consoante o nº 2 do artigo 55º-A, caberá ao candidato ou concorrente que se encontre nas situações ali excepcionadas demonstrar que as medidas por si implementadas são suficientes à comprovação de sua idoneidade para a execução do contrato.<sup>956 957</sup>

Se anteriormente a exclusão do operador económico era um dever, sob o atual CCP as autoridades adjudicantes devem ponderar se determinadas circunstâncias que a princípio acarretariam o impedimento são graves o suficiente para motivar tamanha restrição à concorrência, à luz do princípio da proporcionalidade. Como se vê, o legislador português optou por um sistema de relevação de impedimentos descentralizado, a ser levado a efeito caso a caso pelas mais diversas autoridades adjudicantes. Na visão de Gonçalo Guerra Tavares e António Magalhães e Menezes, tal atomização apresenta duas desvantagens principais: i) o aumento dos ônus e responsabilidades a cargo das autoridades adjudicantes – que, em alguns casos, pode se provar excessivo –; ii) a incerteza e insegurança jurídicas inerentes à multiplicidade de instâncias decisórias.<sup>958</sup>

---

<sup>956</sup> Exemplificativamente, o dispositivo prevê as seguintes medidas possíveis: i) demonstração de que ressarcir ou tomou medidas para ressarcir eventuais danos causados pela infração penal ou falta grave; ii) esclarecimento integral dos factos e circunstâncias por meio de colaboração ativa com as autoridades competentes; iii) adoção de medidas técnicas, organizativas e de pessoal suficientemente concretas e adequadas para evitar outras infrações penais ou faltas graves.

<sup>957</sup> A tal respeito, cf. o considerando 102 da Diretiva 2014/24/UE: “Se tais medidas proporcionarem garantias suficientes, o operador económico em questão deverá deixar de estar excluído por esses motivos apenas. Os operadores económicos deverão ter a possibilidade de solicitar que sejam examinadas as medidas de execução tomadas com vista a uma eventual admissão ao procedimento de contratação. No entanto, deverá ser deixada ao critério dos Estados-Membros a determinação das exatas condições processuais e materiais aplicáveis nesses casos. Em particular, os Estados-Membros são livres de decidir se querem deixar ao cuidado das autoridades adjudicantes as avaliações pertinentes ou confiar essa tarefa a outras autoridades a nível central ou não central.”

<sup>958</sup> Veja-se TAVARES, Gonçalo Guerra; MENEZES, António Magalhães e. “O regime dos impedimentos no CCP, à luz da Directiva UE 2014/24”, pp. 125-126: “No entanto, os referidos objectivos de flexibilização e agilização das regras em matéria de impedimentos acarretam riscos e podem, na prática, onerar e responsabilizar excessivamente as entidades adjudicantes

Neste contexto, merece destaque a hipótese de impedimento do operador económico por deficiências graves a ele imputáveis na execução de contrato público anterior, aplicação da teoria da *bad past performance*. De conformidade com a alínea I) do nº 1 do artigo 55º, contudo, a eliminação haverá de ser imposta apenas se as deficiências se revelarem “significativas ou persistentes” e incidirem na execução de um requisito essencial do contrato.<sup>959</sup> De conformidade com o considerando 101, servem de exemplo “falhas na entrega ou execução, deficiências significativas do produto ou do serviço prestado que os tornem inutilizáveis para o fim a que se destinavam, ou conduta ilícita que levante sérias dúvidas quanto à fiabilidade do operador económico”.

Para Margarida Olazabal Cabral, quando da avaliação da performance passada do operador económico, a autoridade adjudicante: i) “não pode prescindir da averiguação das circunstâncias da aplicação da(s) sanção(ões)” anteriores, já que as deficiências devem ser realmente significativas e persistentes; ii) deve fundamentar cuidadosamente a decisão pela exclusão, “com base nos dados concretos relativos às sanções que se consideram relevantes”; iii) na dúvida, “deve decidir a favor do concorrente e do procedimento, admitindo a participação e considerando que não se verifica o impedimento”.<sup>960</sup>

---

nacionais a quem se exige, por apelo a conceitos indeterminados, um esforço adicional na apreciação das situações de impedimento de um interessado – declaradas por esse interessado ou por um seu concorrente – e, ainda, a consideração e valoração das medidas que o interessado entende serem suficientes para demonstrar a sua idoneidade para a execução do contrato em causa. Esta opção de responsabilização das entidades adjudicantes nacionais, no nosso entendimento, poderá vir a ser agravada pela incerteza e insegurança jurídica na aplicação de conceitos indeterminados, pela multiplicidade de juízos decisórios (naturalmente diferentes de caso para caso e de entidade adjudicante para entidade adjudicante) e pela crescente litigância dos operadores económicos nos procedimentos pré-contratuais (...).”

<sup>959</sup> Cf. GONÇALVES, Pedro Costa. *Direito dos Contratos Públicos*, p. 741: “Seria porventura de se equacionar a criação de um sistema centralizado de informação sobre as sanções contratuais aplicadas a contratantes acessível a qualquer entidade adjudicante: veja-se, a este respeito, o artigo 464º-A, nº 2, instituindo uma obrigação de comunicação que poderia alimentar esse sistema.”

<sup>960</sup> CABRAL, Margarida Olazabal. “Alguns apontamentos sobre os impedimentos no CCP”, in GOMES, Carla Amado; PEDRO, Ricardo; SERRÃO, Tiago; CALDEIRA, Marco (organizadores). *Comentários ao Código dos Contratos Públicos – Volume II*, p. 74.

Assim, parece lícito concluir que, ao prever critérios seletivos positivos restritos ao mínimo necessário à vista do objeto da contratação, como também a possível derrogação da maioria dos critérios seletivos negativos se adotadas medidas suficientes de *self cleaning*, os legisladores europeu e português claramente privilegiaram a ampliação da concorrência. Afinal, não se pode perder de vista que a aplicação de tais requisitos tem por finalidade precípua verificar se o candidato ou proponente reúne aptidão e confiabilidade bastantes para executar a contento o contrato público. Nem mais, nem menos.

Com o claro intuito de facilitar a participação de maior quantidade de interessados, o nº 1 do artigo 81 do CCP, na esteira do artigo 59º da Diretiva 2014/24/UE, permite ao operador econômico apresentar autodeclaração formal, firmada sob compromisso de honra, de que não incide em quaisquer dos motivos de impedimento. A declaração prevista no Anexo II do CCP – como também o formulário-tipo “Documento Europeu Único de Contratação Pública”, conforme o caso – serve como prova meramente inicial: antes da adjudicação do contrato, e a qualquer tempo do procedimento, a autoridade adjudicante deve exigir a apresentação dos documentos comprobatórios.

No ponto, importante alteração promovida pela Lei nº 30/2021 foi a obrigatoriedade de “apresentação de um plano de prevenção de corrupção e de infrações conexas” por empresas de grande porte, sempre que o valor do contrato a celebrar determine a sua sujeição a fiscalização prévia do Tribunal de Contas”, inserida no nº 9 do artigo 81º.<sup>961</sup> Alinhada ao esforço de integração do combate à corrupção no sistema de contratação pública, explicitado à partida pelo novo nº 2 do artigo 1º-A do CCP, tal modificação mereceu a crítica de Pedro Fernández Sánchez, seja porque implicaria transferir aos privados a responsabilidade estatal de prevenção e combate à corrupção, seja porque não suficientemente esclarecido em que o referido plano haveria de consistir. A seu ver, apesar de bem-intencionada, a inovação legislativa teria como efeito

---

<sup>961</sup> Consoante o artigo 48º da Lei nº 98/97, com redação da Lei nº 27-A/2020, tal valor equivale atualmente a 750.000 EUR, no caso de contratos relativos a obras, bens ou serviços, ou 950.000, na hipótese de atos e contratos que aparentem estar relacionados entre si.

prático a “criação de uma dificuldade burocrática adicional na esfera dos operadores jurídicos privados”.<sup>962</sup>

Como já se deixou entrever, para além dos requisitos gerais ou de partida – é dizer, capacidade para contratar e ausência de impedimentos –, é possível à entidade adjudicante erigir requisitos de qualificação ou critérios de seleção especiais. Verdadeiros filtros adicionais à concorrência, tais requisitos de qualificação justificam-se tão só no caso de contratações que: i) pressuponham o desempenho de atividade para qual é necessária especial habilitação; ii) exijam grandes investimentos e, portanto, maior solidez financeira do operador económico a contratar; iii) por sua complexidade ou singularidade, demandem maior capacidade técnica e experiência.<sup>963</sup>

Por conseguinte, não se relacionar a: i) habilitações profissionais que os candidatos precisem ostentar para o exercício da atividade contratada; ii) requisitos de capacidade técnica ou financeira comprobatórios da capacidade de execução do contrato. Devem se referir obrigatoriamente ao objeto do contrato, régua que servirá à aferição de sua proporcionalidade. Afinal, ao exigir dos interessados em com ela contratar níveis mínimos de capacidade, a Administração está, em detrimento do princípio da igualdade, a lhes dispensar tratamento diferenciado. Nesse cenário, tal diferenciação será legítima apenas

---

<sup>962</sup> SÁNCHEZ, Pedro Fernández. *A Revisão de 2021 do Código dos Contratos Públicos*, p. 203. Para uma análise crítica acerca dos planos de prevenção à corrupção – denominados planos de integridade pelo autor – e sua apresentação obrigatória em contratações públicas de vulto, confira-se a tese de doutoramento em Direito Público de CARVALHO, Victor Aguiar de. *Corrupção empresarial e Administração Pública: uma abordagem integrada do arranjo normativo-institucional brasileiro para o enfrentamento da oferta de corrupção*. Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2021, p. 281: “Se confirmada a hipótese de inexistência, na Administração Pública de tais entes [públicos], do conhecimento e da estrutura necessária para a avaliação dos programas exigidos por tais leis, não será improvável que os contratados se limitem a estruturar programas pouco efetivos, que não tragam os resultados almejados pelos legisladores, mas que inevitavelmente acabarão por elevar em alguma medida os custos do contratado. A depender de outras características do mercado, passíveis de aferição por técnicas económicas, é possível que o aumento dos custos acabe por ser repassado ao preço pago pelo Poder Público contratante, encarecendo o valor das contratações públicas e prejudicando o contribuinte sem que se alcance, por outro lado, os fins pretendidos pela norma. Ainda há o risco de que o legislador coloque em desvantagem competitiva no mercado justamente as empresas que verdadeiramente se comprometam com melhores padrões de integridade (...). Com previsões da espécie, os entes públicos poderão criar um novo (mais um, aliás) problema de seleção adversa nas contratações públicas.”

<sup>963</sup> Cf. RAIMUNDO, Miguel Assis. *Direito dos Contratos Públicos – Volume 1*, p. 407.

se – e na proporção em que –, considerado o objeto da contratação *in concreto*, encontrar justificativa no interesse público.

Em suma, os requisitos exigíveis devem ser: i) conformes com os princípios da transparência, da igualdade de tratamento e da não discriminação; ii) proporcionais à natureza e à dimensão do contrato; iii) pertinentes e específicos ao contrato a adjudicar; iv) redigidos de forma simples, clara e de fácil compreensão; v) elaborados de maneira a não dissuadir a participação de operadores econômicos potencialmente eficientes.<sup>964</sup>

Como sabido, há profissões e atividades especialmente regulamentadas, cujo exercício depende de algum tipo de autorização estatal.<sup>965</sup> Por conseguinte, conforme explicita o nº 8 do artigo 81º, sempre que a execução do objeto contratual demandar a atuação de um profissional habilitado ou o desempenho de uma atividade controlada, a entidade adjudicante pode exigir a apresentação dos documentos comprobatórios correspondentes, “ainda que tal não conste do convite ou do programa do procedimento”.

De acordo com o nº 2 do artigo 58º da Diretiva 2014/24/UE, o operador económico deve, em obediência às normas vigentes em seu Estado-Membro de estabelecimento, ostentar os registros e autorizações exigíveis para o desempenho lícito da atividade profissional ou comercial necessária à execução do contrato. Bem se vê que a apreciação de tal habilitação remete às normas do país de origem do candidato ou proponente, como forma de facilitar a participação de operadores económicos não situados no Estado-Membro da autoridade adjudicante.

---

<sup>964</sup> Cf. COMISSÃO EUROPEIA. *Contratação Pública*, p. 35.

<sup>965</sup> “Não se pode excluir que seja a própria entidade adjudicante a exigir uma determinada habilitação profissional para a execução de um contrato numa situação em que a lei não impõe essa exigência. E também não se exclui que se condicione o acesso ao procedimento à titularidade de uma habilitação maior do que a exigida por lei para a execução do contrato. Claro que a conformidade legal de ‘exigências administrativas’ desta natureza tem de ser especialmente justificada no caso e respeitar os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.” (GONÇALVES, Pedro Costa. *Direito dos Contratos Públicos*, pp. 732-733)

Quanto às capacidades técnico-profissional e financeiro-econômica, o programa do procedimento deve prever os requisitos mínimos que o operador econômico há de comprovar preencher, a fim de demonstrar sua capacidade de bem se desincumbir da futura avença. Cautela importante, sobretudo no caso de contratos de maior expressão econômica ou de execução técnica mais complexa, implica a adoção de procedimentos adjudicatórios bifásicos ou plurifásicos, porquanto contemplam uma fase prévia de qualificação.<sup>966</sup>

Os requisitos de capacidade técnico-profissional, previstos nos artigos 164º, nº 1, alínea h), e 165º, nºs 1 e 4, destinam-se a assegurar que os candidatos dispõem dos recursos humanos, meios técnicos e experiência profissional necessários à qualidade exigida pela execução do contrato. Daí que, exemplificativamente, são passíveis de comprovação compulsória pelos candidatos: i) sua experiência curricular; ii) a disponibilidade de recursos humanos, tecnológicos, de equipamento ou outros por si utilizados a qualquer título; iii) seus modelo e capacidade organizacionais, designadamente no que respeita à direção e integração de valências especializadas, aos sistemas de informação de suporte e aos sistemas de controle de qualidade; iv) sua capacidade de adotarem medidas de gestão ambiental no âmbito da execução do contrato a celebrar.

No que concerne à comprovação da capacidade econômica e financeira necessária à execução do contrato, uma vez que os artigos 164º, nº 4, e 165º, nºs 3 e 4, do CCP não orientam explicitamente a definição de quais requisitos mínimos seriam pertinentes, resta à autoridade adjudicante recorrer ao nº 3 do artigo 58º da Diretiva 2014/24/UE. Assim, entre outras condições, é possível exigir que o candidato: i) demonstre ter um volume anual mínimo de negócios não superior ao dobro do valor estimado do contrato; ii) forneça informações sobre suas contas anuais, a exemplo da razão entre seus ativos e passivos, que poderá ser tomada em consideração desde que segundo critérios

---

<sup>966</sup> Como esclarece Pedro Costa Gonçalves, as autoridades adjudicantes devem se prevenir do risco de “contratarem com operadores económicos que – apesar de serem titulares das habilitações oficiais exigidas – ainda não deram provas concretas da sua aptidão técnica para a execução de contratos mais complexos; ou que, em casos de maior exigência, possam não dispor de recursos financeiros necessários para enfrentar os encargos que a execução do contrato comporta” (GONÇALVES, Pedro Costa. *Direito dos Contratos Públicos*, p. 738).



objetivos, transparentes e não discriminatórios; iii) mantenha um nível adequado de seguro contra riscos profissionais.

Por fim, o legislador português conferiu às entidades adjudicantes a possibilidade de restringir a participação em procedimentos adjudicatórios a candidatos ou concorrentes que ostentem determinadas condições. Frente a certos interesses que entende de fazer preponderar, o legislador limita o escopo do princípio da concorrência, a fim de que a competição permaneça circunscrita àqueles candidatos ou concorrentes admissíveis.<sup>967</sup> De acordo com a redação anterior do artigo 54º-A, que se limitava a transpor o artigo 20º da Diretiva 2014/24/UE, a participação em procedimentos adjudicatórios poderia ser reservada a entidades cujo objeto principal fosse a integração social e profissional de pessoas com deficiência ou desfavorecidas.

Com a alteração promovida pela Lei nº 30/2021, o artigo 54º-A passou a prever mais duas hipóteses de reserva, em favor de: i) micro, pequenas ou médias empresas – PME, em procedimentos para a formação de contratos de empreitada até 500.000 EUR e de aquisição de bens e serviços, de valor inferior aos limiares europeus; e ii) entidades com sede e atividade efetiva no território da entidade intermunicipal em que se localize a entidade adjudicante, em procedimentos promovidos por entidades intermunicipais, associações de autarquias locais, autarquias locais ou empresas locais, para a formação de contratos de locação ou aquisição de bens móveis ou aquisição de serviços de uso corrente de valor inferior aos limiares europeus.

No primeiro caso, a certificação como micro, pequena ou média empresa, de conformidade com o Decreto-Lei nº 372/2007, é requisito especial de participação: não apresentado o documento comprobatório correspondente,

---

<sup>967</sup> Cf. GONÇALVES, Pedro Costa. “A reforma de 2021 do CCP em matéria de contratos reservados e de modificações objetivas dos contratos”, in GOMES, Carla Amado; PEDRO, Ricardo; SERRÃO, Tiago; CALDEIRA, Marco (organizadores). *Comentários ao Código dos Contratos Públicos – Volume I*, p. 45: “Apesar de se basearem num anúncio e não num convite, estes procedimentos têm o efeito intrínseco de limitar a concorrência, razão pela qual representam um desvio à liberdade de participação nos mercados públicos, bem como uma restrição – *rectius*, uma eliminação – do direito à igualdade de tratamento dos operadores económicos.”

a proposta haverá de ser excluída. Se é verdade que o estímulo à participação das PME consta do considerando nº 2 da Diretiva 2014/24/UE como estratégia de aumento da eficiência da despesa pública, a hipótese elencada no artigo 54º-A, nº 1, b) não encontra correspondência na legislação europeia. Assim, apenas contratações de valor inferior aos limiares poderão ser reservadas às PME, limitação que, se caracterizado interesse transfronteiriço, pode não se afigurar suficiente para garantir a conformidade do procedimento adjudicatório à sistemática europeia.<sup>968</sup>

Tampouco a contratação reservada prevista no artigo 54º-A, nº 1, c), que tem por objetivo promover a dinamização da economia local, encontra respaldo na normativa europeia. Ao revés, a contratação de proximidade – e aqui de forma mais clara que na hipótese anterior – não se coaduna com os princípios da concorrência e da igualdade de tratamento, porquanto fundada exclusivamente em critério geográfico.<sup>969</sup> Ao ver de Pedro Fernández Sánchez, “a formulação de uma reserva confessadamente fundada na proveniência territorial dos operadores económicos, nos termos da alínea c) do nº 1 do artigo 54º-A, constitui o perfeito exemplo de um atentado aos princípios fundantes do mercado interno europeu”.<sup>970</sup>

Quando o objeto do futuro contrato se relacionar com serviços de saúde, sociais, ensino ou culturais relacionados no Anexo X, o artigo 250º-D do CCP autoriza procedimentos reservados à participação de organizações que preencham os seguintes requisitos cumulativos: i) ter por objeto a prossecução de uma missão de serviço público ligada à prestação dos serviços a que se refere o número anterior; ii) reinvestir seus lucros com vistas à consecução de

---

<sup>968</sup> Neste sentido, GONÇALVES, Pedro Costa. “A reforma de 2021 do CCP em matéria de contratos reservados e de modificações objetivas dos contratos”, p. 48.

<sup>969</sup> Cf. GONÇALVES, Pedro Costa. “A reforma de 2021 do CCP em matéria de contratos reservados e de modificações objetivas dos contratos”, p. 50: “A ideia de contratação de proximidade (geográfica) reporta-se a um mero dado de facto, não a um valor ou a um bem que, por si só, mereça proteção jurídica. Por seu lado, a dinamização da economia local, que até pode ser uma política pública, não pode, contudo, justificar a atribuição às entidades locais de um poder de afastar dos seus procedimentos de aquisição operadores económicos não locais.”

<sup>970</sup> SÁNCHEZ, Pedro Fernández. *A Revisão de 2021 do Código dos Contratos Públicos*, pp. 39-40. À p. 40, o autor aponta terem sido violados os artigos 18º, 26º e 45º e seguintes do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia.

seu objetivo ou, caso sejam distribuídos ou redistribuídos, fazê-lo com base em considerações de natureza participativa; iii) contar com a participação dos trabalhadores no capital social ou basear sua estrutura de gestão em princípios participativos que requerem o envolvimento ativo dos trabalhadores, utilizadores ou partes interessadas; iv) não ter celebrado nos últimos três anos, com a mesma entidade adjudicante, outro contrato reservado sob idêntico fundamento.<sup>971</sup>

#### 1.4. Critérios de julgamento

Para além de servir como indicativo das prioridades a obter quer nos procedimentos em particular quer pelo sistema contratação pública como um todo, é grande a importância do critério de avaliação das propostas na prossecução dos princípios da concorrência e da igualdade de tratamento entre os operadores económicos. Por conseguinte, haverá de ser explicitado à saída, já nas peças do procedimento, sempre que possa existir necessidade de avaliar mais de uma proposta.

Segundo disciplina o nº 1 do artigo 74º do CCP, a adjudicação é feita de acordo com o critério da proposta economicamente mais vantajosa. Como define Pedro Costa Gonçalves, “a proposta economicamente mais vantajosa é, de entre as que foram apresentadas e não excluídas, a ‘melhor proposta’”. A fim de que tal comparação possa ocorrer, indispensável a definição do método que orientará a avaliação de cada uma das propostas de forma individualizada, para, na sequência, permitir sua classificação e ordenação em lista. Tal método pode ser multifatorial ou monofatorial.

Na modalidade multifator, as propostas são avaliadas em relação a uma pluralidade de fatores – e subfatores, se este o caso –, correspondentes aos aspectos da execução do contrato submetidos à concorrência. A proposta economicamente mais vantajosa para a entidade adjudicante será aquela que obtenha a melhor classificação global, conjugadas as avaliações alcançadas

---

<sup>971</sup> De conformidade com o nº 3 do artigo 250º-D, os contratos reservados ali regulados não podem ter prazo de vigência superior a três anos.

para cada fator ou subfator, de acordo com o modelo de avaliação de que trata o nº 2 do artigo 74º. Exemplificativamente, e o exemplo é de Pedro Costa Gonçalves, poder-se-ia valorar “(i) ‘preço’, (ii) ‘prazo e condições de entrega do produto’ – fator decomposto nos *subfatores* (ii.a) ‘prazo de entrega do produto’ e (ii.b) ‘condições de entrega do produto’ –, (iii) ‘utilização de produtos biológicos na execução do contrato’ e (iv) ‘qualificação da equipe afeta à execução do contrato’”.<sup>972</sup> Como é possível intuir, a proposta economicamente mais vantajosa para a entidade adjudicante pode não ser aquela de preço ou custo mais baixo.

Na modalidade monofatorial, as propostas são avaliadas e classificadas em relação a apenas um único fator, correspondente ao único aspecto da execução do contrato submetido à concorrência. Se tal fator possuir natureza quantitativa, como é o caso do preço, do custo e da duração do produto, a ordenação das propostas é simples e imediata: a proposta economicamente mais vantajosa será aquela de menor preço, menor custo ou maior duração do produto. Se o fator tiver natureza qualitativa, todavia, deve ser elaborada uma grelha de avaliação das propostas, em consonância com o nº 3 do artigo 74º.

Durante muito tempo, entendeu-se ser o preço o único critério inequívoco de adjudicação, capaz de possibilitar a comparação sólida das propostas, ensejar a automatização da escolha do administrador e, com isso, evitar a manipulação dos procedimentos concorrenciais. Durante o século XX, entretanto, o modelo de aquisição nele centrado de forma exclusiva – muito criticado por conduzir a maus resultados do ponto de vista do interesse público<sup>973</sup> – foi perdendo espaço para um modelo de aquisição mais permeável

---

<sup>972</sup> GONÇALVES, Pedro Costa. *Direito dos Contratos Públicos*, p. 874.

<sup>973</sup> No ponto, veja-se GONÇALVES, Pedro Costa. *Direito dos Contratos Públicos*, p. 875: “Apesar da sugestão em contrário, a identificação da proposta economicamente mais vantajosa de acordo com o fator do preço mais baixo não significa que a entidade adjudicante persiga o objetivo único de comprar barato, desvalorizando outros fatores, como, por ex., a qualidade do produto ou certos custos futuros que o mesmo comporta. Na verdade, pode acautelar esses aspetos nas especificações técnicas, as quais podem ser exigentes e até sofisticadas. Neste sentido, o fator do preço mais baixo não indica que a entidade adjudicante quer comprar barato, mas apenas que compra a quem lhe exigir um menor preço para o produto ou serviço que pretende nos termos especificados.” Ao ver de RAIMUNDO, Miguel Assis. *A Formação dos Contratos Públicos*, p. 827: “As críticas dirigidas ao critério do preço podem ser enfrentadas, desde logo, pela incidência das regras gerais: (i) controlando a *credibilidade* da proposta de

à qualidade e aos custos futuros. De todo modo, sobretudo em aquisições de menor complexidade e carácter mais ou menos standardizado, o menor preço continua a ser o fator preponderante.<sup>974</sup>

Ainda em sede da modalidade monofatorial, a autoridade adjudicante pode optar por uma abordagem de custo-eficácia, atenta não só ao valor de aquisição da obra, bem ou serviço, mas também a custos internos – suportados pela própria entidade adjudicante – e externos – suportados por terceiros – expectáveis após a aquisição em si.<sup>975</sup> Neste particular, uma possível metodologia para aferição da relação custo-eficácia é aquela que toma em consideração o cálculo dos custos do ciclo de vida, definido pelo artigo 2º, item 20), da Diretiva 2014/24/UE. Regulado nos termos do nº 7 do artigo 75º do CCP, o custo calculado com base no ciclo de vida pode abranger os custos de utilização, de manutenção e assistência técnica, de fim de vida e imputados a externalidades ambientais.<sup>976</sup>

---

preço, o que o Direito vigente faz por meio da figura do *preço anormalmente baixo* (...); e limitando o escopo das alterações que podem ser introduzidas após a adjudicação, de forma a prevenir propostas apenas *de fachada*, que só são sustentadas na fase de formação e depois são objecto de alterações significativas (...).”

<sup>974</sup> Ao ver de Miguel Assis Raimundo: “De há muito se entende que o critério de adjudicação do preço está associado a situações de prática ausência (ou indiferença) de liberdade na feitura da proposta. É adequado utilizar este critério de adjudicação onde ‘estão pré-determinadas absolutamente todas as condições do fornecimento ou da obra, limitando-se os proponentes a fixar o preço’.” (cf. RAIMUNDO, Miguel Assis. *A Formação dos Contratos Públicos*, p. 827/828). No ponto, veja-se também *Contratação Pública – Guia Prático para Profissionais*, p.70/71: “A utilização do critério baseado apenas no preço pode ser útil nos seguintes casos: i) Nas obras em que os projetos são fornecidos pela autoridade adjudicante ou com um projeto já existente, é comum aplicar o critério do preço mais baixo. ii) Nos fornecimentos de produtos simples e normalizados imediatamente disponíveis (por exemplo, artigos de papelaria), o preço pode ser o único fator relevante que serve de base à decisão de adjudicação do contrato. Iii) Em certos serviços normalizados (por exemplo, serviços de limpeza de edifícios ou serviços de publicação), a autoridade adjudicante pode preferir pormenorizar os requisitos exatos das especificações e, posteriormente, seleccionar a proposta que preencha os requisitos e ofereça o preço mais baixo.”

<sup>975</sup> “Na abordagem custo-eficácia, a proposta vencedora é a que oferece o custo total mais baixo, tendo em conta todos os custos dos bens, obras ou serviços ao longo de todo o seu ciclo de vida. Os custos do ciclo de vida abrangem todos os custos, pontuais ou recorrentes, suportados pela autoridade adjudicante, incluindo: i) custos de aquisição (por exemplo, aquisição, instalação, formação inicial); ii) custos de funcionamento (por exemplo, energia, consumíveis, manutenção); iii) custos de fim de vida (por exemplo, reciclagem, eliminação); iv) impactos ambientais (por exemplo, emissões poluentes). As autoridades adjudicantes têm de especificar, nos documentos do concurso, o método a utilizar para calcular os custos do ciclo de vida, e têm de indicar com precisão os dados que serão necessários aos proponentes para o efeito.” (*Contratação Pública – Guia Prático para Profissionais*, p. 71)

<sup>976</sup> GONÇALVES, Pedro Costa. *Direito dos Contratos Públicos*, p. 877: “A adoção do método do custo-eficácia (...) pode ser um importante instrumento de valorização de certos impactos

O nº 1 do artigo 75º impõe que os aspectos da execução do contrato valorados pela autoridade adjudicante como fatores ou subfatores do critério de avaliação devem estar necessariamente ligados ao objeto do contrato a celebrar. Em acréscimo, o nº 2 exemplifica fatores e subfatores sobre os quais pode recair a escolha da autoridade adjudicante, em função de seus objetivos e necessidades. Como forma de incentivar a concorrência entre empresas com diferentes níveis de capacidade, experiência e origem, o nº 3 prevê que a avaliação das propostas não pode “dizer respeito, direta ou indiretamente, a situações, qualidades, características ou outros elementos de facto relativos aos concorrentes”. Ressalva, no que já aponta uma evolução no tratamento da matéria, o disposto na alínea b) do nº 2, que permite a avaliação qualitativa das equipas que em concreto serão responsáveis pela execução do contrato.<sup>977</sup>

Cabe, ainda, uma nota sobre o modelo de avaliação das propostas, exigido pelo nº 2 do artigo 74º no caso de adoção do método multifatorial. Para além da definição dos fatores e subfatores de avaliação, há que se determinar: i) o coeficiente de ponderação – é dizer, o peso – de cada um deles na avaliação global da proposta; ii) a escala de pontuação, de modo que a cada fator ou subfator é atribuída uma pontuação parcial. Tal pontuação pode ser determinada por aplicação de uma expressão matemática ou, no caso de fatores de natureza qualitativa, de uma grelha de avaliação, como, aliás, prevê o nº 3 do artigo 74º quando da adoção da modalidade monofatorial atenta a fator de natureza qualitativa.

## 1.5. Espécies de Procedimentos

### 1.5.1. Visão Geral

---

ambientais ('custos ambientais') do serviço ou produto a adquirir ou das obras a construir. Com efeito, a consideração dos custos ambientais revela-se possível na avaliação dos 'custos de utilização' (consumo de energia e de outros recursos), dos 'custos do fim de vida' (recolha e reciclagem), bem como, claro, nas externalidades ambientais para a coletividade.”

<sup>977</sup> Cf., no ponto, RAIMUNDO, Miguel Assis. *Direito dos Contratos Públicos – Volume 1*, pp. 313-315; GONÇALVES, Pedro Costa. *Direito dos Contratos Públicos*, pp. 882-886.

De acordo com a necessidade concreta que pretenda atender, e se de prestações suscetíveis de submissão à concorrência de mercado se estiver a tratar, a autoridade adjudicante pode optar, em decisão fundamentada, por um de sete tipos de procedimento de formação de contratos previstos no nº 1 do artigo 16º do CCP. São eles, na ordem sequencial adotada pelo legislador: i) ajuste direto; ii) consulta prévia; iii) concurso público; iv) concurso limitado por prévia qualificação; v) procedimento de negociação; vi) diálogo concorrencial; vii) parceria para a inovação.

Tipificados em sistema de *numerus clausus*, correspondem, de forma geral, àqueles previstos no artigo 26º da Diretiva 2014/24/UE.<sup>978</sup> Para além de determinados casos específicos, sua escolha pode se fundar no critério geral do valor do contrato ou em critérios materiais, consoante os Capítulos II e III do Título I da Parte II do CCP.

Parece importante, a este ponto, retomar algumas ideias. Ao selecionar o procedimento a ser adotado, a autoridade adjudicante deve ponderar que, quanto menor o nível de concorrência – ainda que a pretexto de desburocratizar a atividade contratual e imprimir maior celeridade à prossecução do interesse público –, menor é a transparência e maiores são os riscos de corrupção e de queixas, com a maior utilização das vias recursais. Por outro lado, mesmo que animados pela promoção ótima dos princípios da igualdade e da concorrência, há procedimentos que exigem bastante às entidades adjudicantes, seja quanto à quantidade de propostas a analisar, seja quanto à complexidade das questões a decidir. Em outras palavras, há que se ter sempre em mente que a vantagem econômica oriunda da maior abertura à concorrência deve ultrapassar os custos de transação, a fim de evitar a perpetuação do conhecido movimento de fuga à concorrência.

---

<sup>978</sup> Quais sejam: i) concurso aberto; ii) concurso limitado; iii) procedimento concorrencial com negociação; iv) diálogo concorrencial; v) parceria para inovação; vi) procedimento por negociação sem publicação prévia de anúncio de concurso. No ponto, veja-se GONÇALVES, Pedro Costa. *Direito dos Contratos Públicos*, pp. 463-464.

No ponto, veja-se a tabela abaixo, inspirada na “matriz de decisão para apoiar a escolha do procedimento de contratação” elaborada pela Comissão Europeia:<sup>979</sup>

|                   | NÍVEL DE CONCORRÊNCIA | VOLUME DE TRABALHO | QUEIXAS E CORRUPÇÃO | INCENTIVO À INOVAÇÃO |
|-------------------|-----------------------|--------------------|---------------------|----------------------|
| concurso aberto   | ALTO                  | ALTO               | BAIXO               | BAIXO                |
| concurso limitado | MÉDIO                 | MÉDIO              | MÉDIO               | BAIXO                |
| p. concorrencial  | MÉDIO                 | ALTO               | MÉDIO               | MÉDIO                |
| diálogo           | MÉDIO                 | ALTO               | ALTO                | ALTO                 |
| p. inovação       | MÉDIO                 | ALTO               | ALTO                | ALTO                 |
| ajuste direto     | BAIXO                 | BAIXO              | ALTO                | BAIXO                |

### 1.5.2. Ajuste Direto

#### 1.5.2.1. Critérios para sua adoção

Se empregado o critério do valor do contrato, o ajuste direto pode ser adotado: i) em empreitadas de obras públicas de valor inferior a 30.000 EUR [cf. alínea d) do artigo 19º]; ii) em locações e aquisições de bens móveis ou aquisições de serviços de valor inferior a 20.000 EUR [cf. alínea d) do nº 1 do artigo 20º]; iii) em outros tipos de contratos, excetuadas as concessões de obras ou serviços públicos e as sociedades, de valor inferior a 50.000 EUR [cf. alínea c) do nº 1 do artigo 21º].

O nº 1 do artigo 7º da Lei nº 30/2021 introduziu, ainda, outra hipótese em que é possível empregar o ajuste direto previsto no CCP de conformidade com o valor do contrato. Nas contratações necessárias à gestão de combustíveis, realizadas por entidades adjudicantes no âmbito do Sistema de Gestão

<sup>979</sup> Cf. COMISSÃO EUROPEIA. *Contratação Pública*, pp. 36-41.



Integrada de Fogos Rurais (SGIFR), o ajuste direto pode ser empregado: i) em locações e aquisições de bens ou aquisições de serviços até 140.000 EUR – se adjudicados pelo Estado – ou 215.000 EUR – quando adjudicados por outras entidades; ii) em empreitadas de obras públicas até 750.000 EUR.

O ajuste direto simplificado, conforme regulado nos artigos 128º e 129º do CCP, pode ser utilizado na contratação: i) de empreitadas de obras públicas de valor não superior a 10.000 EUR; ii) de locações e aquisições de bens móveis ou aquisições de serviços de valor não superior a 5.000 EUR.

Com o advento das Medidas Especiais de Contratação Pública (MECP), introduzidas pela Lei nº 30/2021, o ajuste direto simplificado do artigo 128º do CCP passou a ser permitido quando o valor da avença – independentemente do objeto pactuado – for igual ou inferior a 15.000 EUR, desde que os contratos: i) “se destinem à execução de projetos financiados ou cofinanciados por fundos europeus” [cf. alínea c) do artigo 2º]; ii) “se destinem à promoção de intervenções que (...) sejam consideradas integradas no âmbito do Programa de Estabilização Económica e Social (...) ou no Plano de Recuperação e Resiliência” (cf. nº 1 do artigo 6º).<sup>980</sup> No caso de aquisições de bens agroalimentares: i) de produção biológica; ii) fornecidos por detentores do Estatuto da Agricultura Familiar; ou iii) fornecidos por detentores do Estatuto do Jovem Empresário Rural, o artigo 8º facultou o emprego do ajuste direto simplificado do artigo 128º do CCP quando o valor do contrato for igual ou inferior a 10.000 EUR.

---

<sup>980</sup> Até 31 de dezembro de 2022, o ajuste direto simplificado previsto na alínea c) do artigo 2º da Lei nº 30/2021 também poderá ser adotado em contratações que: i) “se destinem à promoção de habitação pública ou de custos controlados ou à intervenção nos imóveis cuja titularidade e gestão tenha sido transferida para os municípios, no âmbito do processo de descentralização de competências”(cf. artigo 3º); ii) “tenham por objeto a aquisição de equipamentos informáticos, a aquisição, renovação, prorrogação ou manutenção de licenças ou serviços de software, a aquisição de serviços de computação ou de armazenamento em cloud, a aquisição de serviços de consultoria ou assessoria e a realização de obras públicas associados a processos de transformação digital” (cf. artigo 4º); iii) “tenham por objeto a locação ou aquisição de bens móveis, assim como empreitadas de obras públicas que se destinem à construção, renovação ou reabilitação de imóveis no âmbito do setor da saúde, das unidades de cuidados continuados e integrados, e do apoio social no âmbito das pessoas idosas, da deficiência, da infância e da juventude” (cf. artigo 5º).

Qualquer que seja o valor e o tipo de contrato a celebrar, a adoção do ajuste direto pode se dar com fundamento nos critérios materiais elencados no artigo 24<sup>a</sup>, a saber: i) ausência de candidaturas ou propostas em procedimento concursal público ou limitado por prévia qualificação realizado anteriormente [alínea a) do n° 1]; ii) exclusão de todas as propostas em procedimento concursal anterior [alínea b) do n° 1]; iii) urgência imperiosa, resultante de acontecimentos imprevisíveis pela entidade adjudicante e a ela não imputáveis [alínea c) do n° 1]; iv) contratos destinados a permitir que sejam prestados ao público um ou mais serviços de telecomunicações [alínea d) do n° 1]; v) contratos cujo objeto só possa ser confiado a uma determinada entidade, por se tratar de criação artística, porque necessário proteger direitos exclusivos ou, finalmente, por não existir concorrência possível à vista de motivos técnicos [alínea e) do n° 1].<sup>981</sup>

Nos dois casos de insucesso de procedimentos concursais anteriores, o legislador faculta à entidade adjudicante recorrer ao ajuste direto – e prescindir de novo anúncio ao mercado, portanto –, uma vez que anteriormente já haviam sido asseguradas amplas publicidade e concorrência. Para tanto, são vedadas quaisquer alterações substanciais nas condições iniciais do contrato previstas nos concursos anteriores. Afinal, ainda que os procedimentos – concursal e ajuste direto – sejam distintos, faz-se indispensável que sejam animados pela intenção de celebrar o mesmo contrato.<sup>982</sup> Por outro lado, a permissão para a realização do procedimento restrito caduca em seis meses, nos termos da alínea a) do n° 3 e da alínea a) do n° 4, ambos do artigo 24°.

Para que seja admissível a adoção do ajuste direto com fundamento em urgência imperiosa, é necessário estar diante de: i) um acontecimento

---

<sup>981</sup> Para além dos critérios materiais à adoção do ajuste direto em quaisquer tipos de contrato, há aqueles aplicáveis especificamente às empreitadas de obras públicas (cf. artigo 25°), à locação ou aquisição de bens móveis (cf. artigo 26°) e à aquisição de serviços (cf. artigo 27°).

<sup>982</sup> Veja-se GONÇALVES, Pedro Costa. *Direito dos Contratos Públicos*, pp. 512-513: “Surge aqui uma exigência de *identidade substancial* entre o objeto do procedimento que ficou deserto, depois de aberto à concorrência, e o objeto do procedimento de acesso restrito que venha a ser iniciado. Este procedimento, embora constituindo, para todos os efeitos, um procedimento autónomo, está numa situação de dependência em relação ao seu antecedente; em ambos os procedimentos, tem de estar presente a intenção de celebrar o ‘mesmo contrato’ (a decisão de contratar é a mesma).”

imprevisível; ii) não imputável à entidade adjudicante; iii) causador de uma situação de urgência incontornável; iv) que torna inviável a utilização dos procedimentos abertos, porquanto mais demorados; v) que redunde em contrato que se limite à medida do estritamente necessário.

Se é certo se tratar de regulamentação bastante exigente, já que tais pressupostos são cumulativos, fato é que a cautela legislativa redobrada tem razão de ser: se caracterizada a urgência imperiosa, os princípios da publicidade e da concorrência – que informam todo o sistema de contratação pública – cedem por completo frente à satisfação prioritária e inadiável do interesse público *in concreto*.<sup>983</sup> De mais a mais, na prática, não são raras as situações em que administradores públicos adotam o ajuste direto de forma leviana<sup>984</sup>, seja porque não se está diante de fato verdadeiramente imprevisível a si não imputável, seja porque ausente qualquer relação de causalidade entre o acontecimento imprevisível e a reação urgente<sup>985</sup>, seja, ainda, porque o objeto contratado ultrapassa o estritamente necessário<sup>986</sup>.

---

<sup>983</sup> RAIMUNDO, Miguel Assis. *A Formação dos Contratos Públicos*, pp. 950-951: “Compreende-se o carácter restritivo da formulação da norma se atendermos ao que está em causa quando se permite a contratação por ajuste directo com este fundamento. Com efeito, trata-se de um fundamento para a escolha de um procedimento que afasta por completo, e para contratos sem limite de valor (recorde-se o art. 23º), a necessidade de publicitar a intenção de contratar. É esta a dimensão do valor sacrificado: *permite-se a dispensa total de publicidade e de concorrência*, que seriam porventura indispensáveis em situação não urgente, ou seja, permite-se a compressão total desse valor, até à sua total inobservância. A dimensão desse valor que sabemos sacrificado e a intensidade do seu sacrifício *exige*, pois, *do lado oposto, um valor que no caso assuma relevância superior, que seja dotado de uma pretensão de satisfação prioritária*, como é de regra na urgência (...).”

<sup>984</sup> Cf. OLIVEIRA, Mário Esteves de; OLIVEIRA, Rodrigo Esteves de. *Concursos e Outros Procedimentos de Contratação Pública*. Coimbra: Almedina, 2016, p. 755: “O critério da urgência imperiosa da alínea c) do art. 24º/1 é, como se sabe, um dos mais invocados pelas entidades adjudicantes, embora seja também, justamente por causa da falta de preenchimento dos respetivos requisitos, um dos que mais tem justificado a censura do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias e do Tribunal de Contas.”

<sup>985</sup> Cf. Tribunal de Contas, 1ª Secção/SS, Acórdão 20/2022, j. 07/06/2022, Rel. Nuno Miguel Pereira Ribeiro Coelho, em que foi reconhecida a urgência, mas não a imprevisibilidade do fato que a motivou – o fim do prazo de vigência do contrato anterior e a necessidade de obter atempadamente o visto do Tribunal de Contas à nova contratação –, nem a inimputabilidade do administrador – cuja inércia redundou na demora do procedimento de fiscalização prévia. Veja-se, também, Tribunal de Contas, 1ª Secção/Plenário, Acórdão 1/2018, j. 29/01/2018, Rel. Fernando Oliveira Silva, em que se entendeu não existir urgência imperiosa diante de problemas sistêmicos e corriqueiros, nem consistir em circunstância imprevisível os prazos procedimentais internos ao concurso público e a possibilidade de interposição de recursos que posterguem a adjudicação. Neste particular, a Corte editou a seguinte recomendação: “Devem ser adotados procedimentos concorrenciais sempre que se trate de satisfazer necessidades de carácter permanente claramente previsíveis, devendo os concursos públicos ser lançados com a necessária antecedência, uma vez que a exceção de urgência pressupõe a total

Por outro lado, consoante o nº 7 do artigo 24º, o ajuste direto fundado na impossibilidade de concorrência por motivos técnicos ou por conta de direito de exclusividade só pode ser adotado “quando não exista alternativa ou substituto razoável e quando a inexistência de concorrência não resulte de uma restrição desnecessária face aos aspetos do contrato a celebrar”.<sup>987</sup>

#### 1.5.2.2. Tramitação

Procedimento mais simples e célere, composto tão só por uma fase de adjudicação, no ajuste direto a entidade adjudicante convida diretamente um único operador económico à sua escolha para apresentar proposta, na letra do nº 2 do artigo 112º. Como se vê, está-se diante de procedimento de acesso restrito, porquanto não se inicia com um apelo público à concorrência, mas, ao revés, com um convite direcionado pelo contratante.

Na lição de Pedro Costa Gonçalves, prestigiada pela Orientação Técnica nº 1/2018 do Instituto dos Mercados Públicos, do Imobiliário e da Construção (IMPIC), ainda que a lei assim não preveja explicitamente, a escolha do operador económico a quem o convite é dirigido deve ser fundamentada.<sup>988</sup> Pedro Fernández Sánchez, contudo, entende que a entidade adjudicante é livre para realizar sua escolha, com a ressalva de que, apesar de discricionária, a

---

impossibilidade de agir de outra forma e a ausência de responsabilidade nos atrasos verificados no procedimento.”

<sup>986</sup> GONÇALVES, Pedro Costa. *Direito dos Contratos Públicos*, p. 522: “Assim, por ex., o colapso de uma ponte autoriza um procedimento sem convite para a contratação de um serviço de transporte fluvial por um período limitado de tempo, mas não autoriza naturalmente a contratação de uma empreitada para a construção de uma nova ponte, nem tão pouco a contratação de um serviço de transporte fluvial pelo prazo que durar a construção da nova ponte. Em ambos os casos, tratar-se-ia da adoção de procedimentos sem convite além do estritamente necessário para responder ao motivo de urgência imperiosa.”

<sup>987</sup> Cf. Tribunal de Contas, 1ª Secção/SS, Acórdão 15/2021, Rel. Alziro Antunes Cardoso, j. 22/06/2021, em que se concluiu que a seguradora contratada não era a única empresa disponível e com aptidão técnica para atender as necessidades da entidade adjudicante. Quanto à motivação artística, cf. Tribunal de Contas, 1ª Secção/SS, Acórdão 33/2019, Rel. Fernando Oliveira Silva, j. 03/09/2019, em que a Corte considerou não ser possível a adoção do ajuste direto para a contratação de arquiteto de renome nacional e internacional, porquanto “existem no mercado da arquitetura outros arquitetos, de grande prestígio e notoriedade, a quem poderia igualmente ser confiada a prestação contratual em causa, escolhidos naturalmente no âmbito de um procedimento de natureza concorrencial”.

<sup>988</sup> GONÇALVES, Pedro Costa. *Direito dos Contratos Públicos*, p. 466.

decisão não pode ser arbitrária.<sup>989</sup> Miguel Assis Raimundo inclina-se pela segunda posição, ao argumento de que o artigo 113º se limita a introduzir restrições a quem se pode convidar, mas, *de lege ferenda*, advoga a imposição de critérios objetivos à escolha.<sup>990</sup>

De fato, coube ao nº 2 do artigo 113º do CCP limitar a liberdade de escolha da entidade adjudicante, ao proibir que convide entidades às quais já tenha adjudicado: i) no ano económico em curso e nos dois anos económicos anteriores; ii) na sequência de ajustes diretos adotados com fundamento no valor da empreitada de obras públicas [até 30.000 EUR, cf. alínea d) do artigo 19º] ou da aquisição de bens móveis ou serviços [até 20.000 EUR, cf. alínea d) do nº 1 do artigo 20º]; iii) propostas para a celebração de contratos cujo preço acumulado seja igual ou superior àqueles valores. De conformidade com o nº 3 do artigo 113º, se a entidade adjudicante for o Estado ou uma das regiões autónomas, contam para o cômputo de tal somatório apenas os contratos celebrados no âmbito de cada gabinete governamental, serviço central ou serviço periférico; caso a entidade adjudicante seja um município, os contratos celebrados por cada um de seus serviços são contados autonomamente.

Está-se diante, pois, de um sistema de rotação automática e obrigatória dos fornecedores, instituído no claro intuito de evitar favorecimentos pessoais. Esta limitação não se aplica, entretanto, aos ajustes diretos para a formação de contratos de locação ou aquisição de bens móveis e serviços de uso corrente, se promovidos por autarquias locais, desde que, na forma do nº 4 do artigo 113º: i) “a entidade convidada seja uma pessoa singular ou uma micro, pequena ou média empresa, devidamente certificada nos termos da lei, com sede e atividade efetiva no território do concelho em que se localize a entidade adjudicante”; e ii) “a entidade adjudicante demonstre fundamentadamente que, nesse território, a entidade convidada é a única fornecedora do tipo de bens ou serviços a locar ou adquirir”.

---

<sup>989</sup> SÁNCHEZ, Pedro Fernández. *Direito da Contratação Pública – Volume I*, p. 96.

<sup>990</sup> RAIMUNDO, Miguel Assis. *Direito dos Contratos Públicos – Volume 1*, pp. 559-560.

A introdução de tal exceção pela Lei nº 30/2021 mereceu a crítica ácida de Mário Aroso de Almeida, porquanto “é ao nível local que, precisamente por estar em causa ‘contratação de proximidade’, os riscos de favorecimento e corrupção se colocam com mais acuidade”.<sup>991</sup> Para além de considerar que faltarà à norma grande aplicabilidade prática, Miguel Assis Raimundo a critica por prever “aberta discriminação positiva em razão de aspectos laterais, como seja a localização da sede das empresas”, criando “indesejáveis segmentações do mercado nacional em mercados locais, de acordo com critérios rígidos e alheios a uma racionalidade económica”.<sup>992</sup>

O nº 5 do mesmo dispositivo, ademais, veda novos convites a entidades que “tenham executado obras, fornecido bens móveis ou prestado serviços à entidade adjudicante, a título gratuito, no ano económico em curso ou nos dois anos económicos anteriores, exceto se o tiverem feito ao abrigo do Estatuto do Mecenato”. Também aqui, entendeu o legislador de prestigiar o princípio da imparcialidade, uma vez que, como observa Pedro Costa Gonçalves com argúcia, “não há almoços grátis”.<sup>993</sup>

À vista da constatação de que as vedações instituídas pelos nºs 2 e 5 não raro eram objeto de fraude<sup>994</sup>, a revisão de 2021 fez inserir a norma de reforço do nº 6, que estende tais proibições às “entidades especialmente relacionadas” com aquelas ali referidas, assim consideradas, “nomeadamente,

---

<sup>991</sup> ALMEIDA, Mário Aroso de. “Novos regimes de contratação pública: apreciação geral”, in GOMES, Carla Amado; PEDRO, Ricardo; SERRÃO, Tiago; CALDEIRA, Marco (coordenadores). *Comentários ao Código dos Contratos Públicos – Volume I*. Lisboa: AAFDL, 2021, pp. 40-41. Prossegue o autor, à p. 41: “Trata-se, pois, de uma opção determinada por uma motivação estritamente política, que, parecendo apenas pretender dar resposta a uma reivindicação dos autarcas, não tem racionalidade que a sustente.”

<sup>992</sup> RAIMUNDO, Miguel Assis. *Direito dos Contratos Públicos – Volume 1*, p. 563. Pedro Costa Gonçalves observa que tal exceção à regra da rotatividade tem pressupostos cumulativos e, por vezes, muito exigentes (cf. *Direito dos Contratos Públicos*, pp. 470-471).

<sup>993</sup> GONÇALVES, Pedro Costa. *Direito dos Contratos Públicos*, p. 472.

<sup>994</sup> Cf. RAMOS, Vasco Moura. “A consulta prévia”, in GOMES, Carla Amado; PEDRO, Ricardo; SERRÃO, Tiago; CALDEIRA, Marco (coordenadores). *Comentários ao Código dos Contratos Públicos – Volume I*. Lisboa: AAFDL, 2021, p. 769: “Com efeito, são conhecidas por todos situações em que entidades que não podem ser convidadas a participar num determinado procedimento criam outras entidades que, não estando limitadas, poderiam ser convidadas e celebrar o contrato em causa. Pretendeu-se, assim, que as entidades que não pudessem ser já convidadas encontrassem mecanismos que permitissem furtar-se às regras dos nºs 2 e 5 do artigo 113º do CCP.”

as entidades que partilhem, ainda que apenas parcialmente, representantes legais ou sócios, ou as sociedades que se encontrem em relação de simples participação, de participação recíproca, de domínio ou de grupo”. Como se vê, a ideia do legislador foi densificar, por meio de um rol exemplificativo de situações mais corriqueiras, o conceito indeterminado de “relação especial”.

Na visão de Pedro Fernández Sánchez, para além de gerar insegurança jurídica, por conta da utilização do vocábulo “nomeadamente”, o dispositivo pode ser facilmente burlado “por outros expedientes afins que não são cobertos pela lei”.<sup>995</sup> Ricardo Branco rebate tal linha de argumentação, por entender que a técnica legislativa empregada – é dizer, a conjugação da cláusula geral “relação especial” com uma enumeração meramente exemplificativa – transmite certeza jurídica bastante, ao passo que permite ao intérprete aplicá-la com segurança a outras situações assemelhadas e atalhar novas estratégias criativas.<sup>996</sup>

Miguel Assis Raimundo concorda com Ricardo Branco e vê com bons olhos a inovação legislativa, ainda que a entenda insuficiente, porquanto necessária a instituição de uma norma antifraude de carácter geral, a abranger igualmente os impedimentos insculpidos no artigo 55º.<sup>997</sup> Vasco Moura Ramos, por seu turno, entende que a norma pode ficar aquém da intenção do

---

<sup>995</sup> SÁNCHEZ, Pedro Fernández. *A Revisão de 2021 do Código dos Contratos Públicos*, p. 29: “Não é difícil antecipar que, para qualquer entidade adjudicante que efectivamente pretenda evitar a concorrência, a tentativa agora formulada nesta revisão legislativa é facilmente ultrapassada por outros expedientes afins que não são cobertos pela lei. E, de resto, o aditamento destes preceitos fornece a mais eloquente resposta que se poderia imaginar à objecção de quem, perante as críticas à inutilidade da imposição de qualquer competição num procedimento não concorrencial (ajuste directo ou consulta prévia), responde que tais críticas partem de uma visão pessimista ou obscura acerca dos comportamentos da Administração Pública. Sucede que é o próprio legislador que responde a essa objecção: de uma vez por todas, assume os receios de que qualquer esforço de implementação da competição fora de um procedimento com anúncio não tenha verdadeira efectividade.”

<sup>996</sup> BRANCO, Ricardo. “Alterações ao regime do ajuste direto e da consulta prévia”, in ESTORNINHO, Maria João; MARTINS, Ana Gouveia; SÁNCHEZ, Pedro Fernández (organizadores). *A Revisão do Código dos Contratos Públicos de 2021 – Atas da Conferência*. Lisboa: AAFDL, 2021, pp. 108-109. Lê-se à p. 109: “Contudo, a referida técnica dos exemplos-padrão, através da qual se pode descrever o tipo de formulação adotado nestes dois preceitos [nº 6 do artigo 113º e nº 2 do artigo 114º], obvia, precisamente, a essa criatividade que não se esgota nos exemplos que a concretiza, embora os respectivos contornos sejam fielmente apercebidos através do espírito que anima esses exemplos como paradigmas.”

<sup>997</sup> RAIMUNDO, Miguel Assis. *Direito dos Contratos Públicos – Volume 1*, pp. 565-566.

legislador, pois “se nenhuma das entidades especialmente relacionadas chegar a ficar impedida de ser convidada, nada parece obstar a que se vão convidando sucessivamente as diversas entidades entre si especialmente relacionadas”.<sup>998</sup>

Como já se deixou entrever, o procedimento do ajuste direto é marcado pela simplicidade. Feito o convite de conformidade com o nº 1 do artigo 115º e encaminhada a proposta, os serviços da entidade adjudicante<sup>999</sup> poderão solicitar esclarecimentos ao concorrente, bem como o convidar a melhorar sua proposta. Segundo o nº 2 do artigo 125º, não há lugar às fases de negociação – ao menos sob o signo da competição – e de audiência prévia, nem à elaboração de relatórios preliminar e final. O projeto de decisão de adjudicação é submetido ao órgão competente para a decisão de contratar e, firmada a avença, dá-se sua publicação obrigatória no portal dos contratos públicos, sem a qual, de acordo com o nº 3 do artigo 127º, o contrato é ineficaz e são vedados quaisquer pagamentos.

O ajuste direto simplificado, previsto no artigo 128º do CCP e estendido pela Lei nº 30/2021, tem tramitação ainda mais singela. A adjudicação é feita diretamente sobre uma fatura ou documento equivalente apresentado pela entidade convidada, dispensada a tramitação eletrônica e quaisquer outras formalidades previstas pelo CCP.<sup>1000</sup> O prazo de vigência do contrato não pode superar três anos, vedada sua prorrogação e a revisão do preço inicialmente concertado.

---

<sup>998</sup> RAMOS, Vasco Moura. “A consulta prévia”, p. 770. Afirma o autor que a norma pode ficar também além da intenção do legislador, pois “o facto de duas sociedades terem sócios comuns (basta pensar em sociedades cotadas em bolsa ou sociedades com múltiplos sócios) ou de uma sociedade ter mais de 10% por outra, é claramente insuficiente para que se possa presumir a existência de uma situação de fraude ao limite do artigo 113º do CCP.” Em sentido assemelhado, cf. GONÇALVES, Pedro Costa; MARTINS, Licínio Lopes; AZEVEDO, Pedro Santos. *As Medidas Especiais de Contratação Pública*, p. 84.

<sup>999</sup> A constituição de júri é dispensada, consoante o nº 1 do artigo 67º.

<sup>1000</sup> O dispositivo menciona expressamente a dispensa das formalidades atinentes à celebração do contrato, à publicitação de informações sobre sua formação e execução no portal dos contratos públicos, à designação de gestor e à utilização do regime de faturação eletrônica.



### 1.5.3. Consulta Prévia

#### 1.5.3.1. Critérios para sua adoção

Se empregado o critério do valor do contrato, a consulta prévia, procedimento iniciado pelo envio de convite a pelo menos três entidades, pode ser adotada: i) em empreitadas de obras públicas de valor inferior a 150.000 EUR [cf. alínea c) do artigo 19º]; ii) em locações e aquisições de bens móveis ou aquisições de serviços de valor inferior a 75.000 EUR [cf. alínea c) do nº 1 do artigo 20º]; iii) em outros tipos de contratos, excetuadas as concessões de obras ou serviços públicos e as sociedades, de valor inferior a 100.000 EUR [cf. alínea b) do nº 1 do artigo 21º]; iv) em locações e aquisições de bens ou aquisições de serviços até 140.000 EUR – se adjudicados pelo Estado – ou 215.000 EUR – quando adjudicados por outras entidades – e em empreitadas de obras públicas até 750.000 EUR, se necessárias à gestão de combustíveis e realizadas por entidades adjudicantes no âmbito do SGIFR (cf. nº 1 do artigo 7º da Lei nº 30/2021).

Por sua vez, a consulta prévia simplificada, instituída pela alínea b) do artigo 2º da Lei nº 30/2021 no contexto das MECP, para além da particularidade de exigir a formulação do convite ao mínimo de cinco entidades, pode ser utilizada quando o valor da avença for, simultaneamente, inferior aos limiares europeus do artigo 474º do CCP e inferior a 750.000 EUR, desde que os contratos: i) “se destinem à execução de projetos financiados ou cofinanciados por fundos europeus” [cf. alínea c) do artigo 2º]; ii) “se destinem à promoção de intervenções que (...) sejam consideradas integradas no âmbito do Programa de Estabilização Económica e Social (...) ou no Plano de Recuperação e Resiliência” (cf. nº 1 do artigo 6º).<sup>1001</sup> Em suma, a consulta prévia simplificada pode ser adotada em contratações para: i) empreitadas de obras públicas até 750.000 EUR; ii) fornecimento de bens e prestação de

---

<sup>1001</sup> Assim como ocorre com o ajuste direto simplificado, a consulta prévia simplificada também poderá ser adotada nas contratações especificadas nos artigos 3º, 4º e 5º da Lei nº 30/2021 até 31 de dezembro de 2022.

serviços até 140.000 EUR – se a entidade adjudicante for o Estado – e 215.000 EUR – no caso das demais entidades adjudicantes.

Tal elevação dos limites em que o recurso à consulta prévia passou a ser permitido causou viva controvérsia doutrinária. Em primeiro lugar, ainda que as MECP não se apliquem às contratações abrangidas pela Diretiva 2014/24/UE, questiona-se se a utilização ampliada de procedimentos restritos pode ser considerada compatível com a jurisprudência do Tribunal de Justiça. Segundo a corte europeia, os princípios da concorrência, da igualdade e da proibição de tratamento discriminatório – que exigem certo grau de publicidade e transparência – são aplicáveis mesmo a contratações excluídas do âmbito das diretivas, desde que dotadas de “interesse transfronteiriço certo”.<sup>1002</sup> Conceito de criação pretoriana e apreensão fugidia, abarcaria adjudicações de contratos cujas características – como valor, objeto e local de execução – os tornem atrativos a operadores económicos dos demais Estados-Membros.<sup>1003</sup>

Em segundo lugar, por sua grande extensão, censura-se o alargamento das possibilidades de utilização da consulta prévia, em detrimento de outros procedimentos verdadeiramente abertos à concorrência. Pedro Fernández Sánchez é crítico da consulta prévia em si, por considerá-la pouco mais que um “artifício terminológico” empregado pela reforma de 2017, resultante de “uma operação cosmética para esconder perante as instituições financeiras internacionais a recusa portuguesa em reduzir o recurso da Administração nacional ao ajuste directo”.<sup>1004</sup> Não surpreende, então, que tenha se colocado entre as vozes discordantes de sua ampliação pela Lei nº 30/2021.

---

<sup>1002</sup> Cf. GONÇALVES, Pedro Costa. *Direito dos Contratos Públicos*, pp. 54-57.

<sup>1003</sup> No ponto, vejam-se RAIMUNDO, Miguel Assis. “Medidas especiais de contratação pública – notas gerais, âmbito dos regimes e algumas medidas em especial”, in ESTORNINHO, Maria João; MARTINS, Ana Gouveia; SÁNCHEZ, Pedro Fernández (organizadores). *A Revisão do Código dos Contratos Públicos de 2021 – Atas da Conferência*. Lisboa: AAFDL, 2021, pp. 72-76; GONÇALVES, Pedro Costa; MARTINS, Licínio Lopes; AZEVEDO, Pedro Santos. *As Medidas Especiais de Contratação Pública*. Coimbra: Almedina, 2021, pp. 16-17.

<sup>1004</sup> SÁNCHEZ, Pedro Fernández. *A Revisão de 2021 do Código dos Contratos Públicos*, pp. 13-15. Na mesma linha, RAMOS, Vasco Moura. “A consulta prévia”, p. 757: “Em rigor, o procedimento de *consulta prévia* pouco tinha de inovador, pois mais não era do que um *ajuste directo* em que eram convidadas pelo menos três entidades. O que então sucedeu correspondeu apenas a uma tentativa do legislador impor que, mesmo nos procedimentos fechados (ou seja, naqueles em que é a Entidade Adjudicante que escolhe quem pode apresentar proposta), existisse alguma ‘concorrência’.”

A seu ver – e nisto é acompanhado por grande parcela da doutrina<sup>1005</sup> –, a elevação do número de entidades convidadas de três para cinco não acarreta o aumento proporcional da concorrência. Por um lado, como esclarece Pedro Costa Gonçalves, o procedimento de consulta prévia “não cumpre as exigências do *princípio da concorrência*”: ainda quando ocorra uma competição interna real entre os operadores económicos escolhidos, “um mercado em que só entram *convidados* não é um mercado organizado segundo o princípio da concorrência”.<sup>1006</sup> Por outro lado, não é difícil imaginar a possibilidade de fraude e conluio entre as entidades convidadas, sejam elas três ou cinco.

Miguel Assis Raimundo, por seu turno, faz um contraponto às críticas mais contundentes à ampliação das hipóteses em que possível o recurso aos procedimentos por convite promovida pela Lei nº 30/2021. À partida, entende ser a consulta prévia uma solução de compromisso, porquanto permitiria compatibilizar o interesse da entidade adjudicante em restringir a quantidade de propostas a analisar e avaliar – e, com isso, garantir celeridade à contratação –, com a consecução de “uma medida relevante de concorrência

---

<sup>1005</sup> Cf. GONÇALVES, Pedro Costa; MARTINS, Licínio Lopes; AZEVEDO, Pedro Santos. *As Medidas Especiais de Contratação Pública*, pp. 22-23; ALMEIDA, Mário Aroso de. “Novos regimes de contratação pública: apreciação geral”, pp. 27-29; RAMOS, Vasco Moura. “A consulta prévia”, em especial pp. 758-760 e 777-778; ESTORNINHO, Maria João. “(Mais) uma revisão do Código dos Contratos Públicos: três breves notas de preocupação, em tempos de pandemia”, in ESTORNINHO, Maria João; MARTINS, Ana Gouveia; SÁNCHEZ, Pedro Fernández (organizadores). *A Revisão do Código dos Contratos Públicos – Atas da Conferência*. Lisboa: AAFDL, 2021, p. 17: “Um dos aspectos preocupantes prende-se com o facto de, na linha do que vem acontecendo desde 2008, de revisão em revisão do CCP, o legislador em vez de ter a coragem de reduzir o elenco de fundamentos para utilização de procedimentos de adjudicação direta (com ou sem consulta a mais de uma entidade), indo ao encontro das preocupações – nacionais e europeias – de reforço da concorrência e da transparência nos procedimentos de contratação pública, vem mais uma vez em 2021, na *ânsia* e a pretexto de aproveitar os fundos europeus, sacrificar a concorrência em nome da celeridade na celebração dos contratos.”

<sup>1006</sup> GONÇALVES, Pedro Costa. *Direito dos Contratos Públicos*, p. 475. Em idêntico sentido, cf. RAMOS, Vasco Moura. “A consulta prévia”, p. 760: “é pelo menos questionável que se possa concluir pela existência de concorrência quando o universo dos interessados é definido pela *procura* (pela entidade que pretende escolher o cocontratante) e não pela *oferta* (pelos operadores de mercado interessados em celebrar o contrato). Com efeito, é estranho que se considere que um procedimento é verdadeiramente concorrencial quando quem define quem nele participa é a Entidade Adjudicante.” Veja-se, ainda, ANTUNES, Aquilino Paulo. “Critérios de escolha do procedimento: o valor e a tentação da adjudicação directa”, in GOMES, Carla Amado; PEDRO, Ricardo; SERRÃO, Tiago; CALDEIRA, Marco (coordenadores). *Comentários ao Código dos Contratos Públicos – Volume I*. Lisboa: AAFDL, 2021, p. 517.

pelo contrato”.<sup>1007</sup> Por conseguinte, se adequadamente implementadas as cautelas introduzidas pelo legislador – em especial o aumento do número de entidades convidadas e o reforço ao sistema de rotação de fornecedores –, o recurso ampliado à consulta prévia simplificada encontrar-se-ia perfeitamente justificado, à vista do interesse público na agilização das contratações em momentos de crise.<sup>1008</sup>

Com a atuação da Comissão Independente de Acompanhamento e Fiscalização, criada pelo artigo 18º da Lei nº 30/2021, como também do Tribunal de Contas, facilitada a coleta e a sistematização de dados empíricos atinentes à aplicação das MECP, será possível verificar se o recurso a tais medidas de simplificação procedimental – e o enorme sacrifício que impõem aos princípios da publicidade e da concorrência – realmente resultará em contratações mais rápidas e eficazes.<sup>1009 1010</sup>

#### 1.5.3.2. Tramitação

O procedimento da consulta prévia, tal qual regulado nos artigos 112º a 129º do CCP, apresenta maior complexidade se comparado ao ajuste direto. A entidade adjudicante deve encaminhar convites a pelo menos três entidades à sua escolha<sup>1011</sup> – que não têm obrigação de apresentar proposta –, com as quais pode negociar aspectos da execução do contrato a celebrar.

---

<sup>1007</sup> Cf. RAIMUNDO, Miguel Assis. “Medidas especiais de contratação pública”, p. 82.

<sup>1008</sup> O autor faz referência a leis assemelhadas editadas no âmbito de outros Estados-Membros, a fim de demonstrar que as MECP não são resultado de um fenómeno exclusivamente nacional (cf. “Medidas especiais de contratação pública”, pp. 83-85).

<sup>1009</sup> No ponto, veja-se RAIMUNDO, Miguel Assis. “Medidas especiais de contratação pública”, p. 81.

<sup>1010</sup> Cf. ALMEIDA, Márcio Aroso. “Novos regimes de contratação pública: apreciação geral”, pp. 38: “O que, na realidade, sucede é que a nossa Administração Pública, que se encontra fortemente depauperada de recursos em quantidade e qualidade adequados, evidencia dificuldades em preparar em tempo útil os programas de execução dos fundos comunitários, o que implica que os concursos são lançados em momento muito tardio. O problema não reside, pois, no tempo que os concursos demoram a tramitar, mas no tempo perdido até ao momento em que eles são lançados. Como sucede em tantos outros domínios da contratação pública, é natural que quando se avança tarde para a contratação, já não haja mais tempo para tramitar concursos e que o tempo que os concursos levam a tramitar seja, nesse contexto, apontado como o bode expiatório de culpas que se encontram a montante, sobretudo quando são objeto de litígios entre os concorrentes.”

<sup>1011</sup> Coloca-se, aqui, a mesma discussão acerca da existência do dever de fundamentação da escolha, a que se fez referência quando da análise do ajuste direto.

Aplicam-se, também aqui, as limitações à escolha dos operadores económicos convidados previstas pelos n.ºs 2, 5 e 6 do artigo 113.º. Para além de tais hipóteses, contudo, o n.º 2 do artigo 114.º proscreve o envio de convites a entidades que tenham uma relação especial *entre si*, no intuito de lhes garantir autonomia e permitir, senão uma verdadeira concorrência – que, como visto, não existe –, ao menos algum grau de competição.<sup>1012</sup>

Convidados os operadores económicos escolhidos pela autoridade adjudicante e recebida mais de uma proposta<sup>1013</sup>, tem lugar a fase de negociação, se assim previr o convite. O júri – se constituído for<sup>1014</sup> – procede à análise das propostas iniciais e, encerradas as tratativas, fixa prazo para apresentação das propostas finais. Analisadas e avaliadas as novas proposições – ou as originais, na ausência de fase de negociação –, elabora um relatório preliminar, o qual é remetido aos concorrentes em audiência prévia, para que se manifestem por escrito em prazo não inferior a três dias. Confeccionado o relatório final, a autoridade competente pratica o ato de adjudicação e celebra o contrato, que haverá de ser publicitado no portal dos contratos públicos para que tenha eficácia, consoante o n.º 4 do artigo 127.º. Assim como no ajuste direto, não há obrigatoriedade de tramitação do procedimento em plataformas eletrónicas, à vista do artigo 115.º, n.º 1, alínea g), e n.º 4.

De conformidade com o artigo 9.º da Lei n.º 30/2021, a tramitação da consulta prévia simplificada obedece às disposições especiais da MECP, aplicada a Parte II do CCP supletivamente. Como primeira diferenciação, o artigo 10.º impõe a tramitação eletrónica às consultas prévias simplificadas, exceção feita àquelas destinadas à formação de contratos: i) de empreitadas

---

<sup>1012</sup> Caso a relação especial venha à luz no decorrer do procedimento, Vasco Moura Ramos entende que entidade adjudicante deve proferir uma decisão de não adjudicação e dar início a nova consulta prévia. Cf. “A consulta prévia”, pp. 773-774.

<sup>1013</sup> Se recebida uma única proposta, o procedimento assemelha-se àquele do ajuste direto, sem lugar para fases de negociação e de audiência prévia, nem necessidade de confecção de relatórios preliminar e final.

<sup>1014</sup> O n.º 3 do artigo 67 permite que o órgão competente para a decisão de contratar dispense a constituição de júri nas consultas prévias, de modo que os procedimentos sejam conduzidos pelos serviços da entidade adjudicante.

de obras públicas de valor inferior a 150.000 EUR; ii) de locação e aquisição de bens móveis ou de aquisição de serviços de valor inferior a 75.000 EUR; iii) de outras avenças de valor inferior a 100.000 EUR.

Diferem, ainda, as limitações apostas à liberdade de formulação de convites, aqui muitíssimo mais lassas. O nº 1 do artigo 12º da Lei nº 30/2021 prevê que não podem ser convidados operadores económicos a que a entidade adjudicante já tenha adjudicado, no ano económico em curso e nos dois anos económicos antecedentes, na sequência de outras consultas prévias simplificadas, propostas para a celebração de contratos cujo preço contratual acumulado seja: i) igual ou superior a 750.000 EUR, no caso de empreitadas de obras públicas ou de concessões de serviços públicos e de obras públicas; ii) igual ou superior a 140.000 EUR – se a entidade adjudicante for o Estado – e 215.000 EUR – no caso das demais entidades adjudicantes, se de fornecimento de bens móveis e prestação de serviços se tratar.

Uma vez que do dispositivo consta a locução “na sequência de consulta prévia simplificada adotada ao abrigo da presente lei”, impositivo concluir que a contagem do limite trienal só se aplica a procedimentos e contratos iniciados e executados a partir de 20 de junho de 2021, data em que a Lei nº 30 entrou em vigor. Por identidade de razão, apenas contratos celebrados na sequência de consultas prévias simplificadas entram no cômputo dos limites máximos: ainda que adjudicados pela mesma entidade adjudicante ao mesmo operador económico, contratos que resultem de consultas prévias tramitadas sob o regime do CCP não podem ser levados em conta.<sup>1015</sup>

Por outro lado, o nº 2 do artigo 12º faz remissão, “com as necessárias adaptações”, aos nºs 3 a 6 do artigo 113º do CCP. Assim, aplicam-se às consultas prévias simplificadas as normas atinentes a: i) abrangência do conceito de entidade adjudicante para o cômputo dos limites ao convite; ii) não aplicação do limite trienal às aquisições de bens móveis ou serviços de uso

---

<sup>1015</sup> Neste sentido, cf. GONÇALVES, Pedro Costa; MARTINS, Licínio Lopes; AZEVEDO, Pedro Santos. *As Medidas Especiais de Contratação Pública*, p. 81.

corrente por autarquias locais, se convidada pessoa singular ou PME com sede e atividade efetiva no mesmo concelho que seja a única possível fornecedora; iii) proibição de novos convites a empreiteiros e fornecedores a título gratuito; iv) vedação a convites a operadores económicos especialmente relacionados com entidades que já tenham ultrapassado os limites máximos. Por identidade de motivos, e apesar da omissão legislativa, há que se estender às consultas prévias simplificadas o nº 2 do artigo 114º, que veda o convite operadores económicos especialmente relacionados entre si.<sup>1016</sup>

Outra particularidade da tramitação da consulta prévia simplificada é o prazo peremptório de três dias – sem possibilidade de extensão – para manifestação dos concorrentes em audiência prévia sobre o relatório preliminar. Por sua vez, os prazos para apresentação de impugnações administrativas, manifestação dos contrainteresados e decisão foram reduzidos para três dias. Tais alterações promovidas pelos artigos 14º e 16º são parte do esforço legislativo para dar maior celeridade às adjudicações no âmbito das MECP, assim como as controversas dispensas dos deveres de fundamentação da decisão de não divisão em lotes e da fixação do preço base, previstas no artigo 11º.<sup>1017</sup>

#### 1.5.4. Concurso Público

##### 1.5.4.1. Critérios para sua adoção

O concurso público é o tipo de procedimento concorrencial paradigmático, passível de ser adotado em quaisquer espécies de contratações – empreitadas de obras públicas, locação e aquisição de bens móveis ou aquisição de serviços – e independentemente do valor do contrato a adjudicar. O valor do contrato constitui variável importante tão só para caracterizar – ou não – a obrigatoriedade de publicação do anúncio no Jornal Oficial da União

---

<sup>1016</sup> Neste sentido, GONÇALVES, Pedro Costa; MARTINS, Licínio Lopes; AZEVEDO, Pedro Santos. *As Medidas Especiais de Contratação Pública*, p. 85.

<sup>1017</sup> Às quais já se fez menção no tópico próprio.

Europeia, presente quando superar os limiares europeus, conforme o nº 1 do artigo 474º do CCP.

Tal regra geral, contudo, não se aplica ao concurso público urgente, assentado nos artigos 155º a 161º do CCP. Tal modalidade pode ser empregada quando: i) a celebração do contrato seja urgente; ii) seu valor não exceda os limiares do artigo 474º, se de locação e aquisição de bens móveis ou de aquisição de serviços de uso corrente se tratar, ou 300.000 EUR, se destinado à realização de empreitada de obra pública; e iii) o critério de adjudicação for monofator, consoante a alínea b) do nº 1 do artigo 74º.

Segundo esclarece Pedro Costa Gonçalves, apesar de próximos, “os requisitos legais que autorizam o concurso público urgente não são os mesmos que permitem a adoção do procedimento de ajuste direto por razões de urgência imperiosa”, porquanto menos exigentes.<sup>1018</sup> De todo modo, é assente na jurisprudência do Tribunal de Contas ser indispensável demonstrar que a utilização do concurso público regra resultaria ineficaz ou inadequada para, atempadamente, fazer frente a uma circunstância de risco ou perigo iminente e atual.<sup>1019</sup>

Por sua vez, o concurso público simplificado, conforme disposto na alínea a) do artigo 2º da Lei nº 30/2021 poderá ser empregado quando o valor do contrato for inferior aos limiares europeus, desde que: i) “se destinem à execução de projetos financiados ou cofinanciados por fundos europeus” [cf. alínea c) do artigo 2º]; ii) “se destinem à promoção de intervenções que (...) sejam consideradas integradas no âmbito do Programa de Estabilização Económica e Social (...) ou no Plano de Recuperação e Resiliência” (cf. nº 1 do artigo 6º).<sup>1020</sup>

---

<sup>1018</sup> GONÇALVES, Pedro Costa. *Direito dos Contratos Públicos*, p. 481.

<sup>1019</sup> Cf. Tribunal de Contas, 1ª Secção/PL, Acórdão nº 31/2011, Rel. Helena Abreu Lopes, j. 15/11/2011.

<sup>1020</sup> Assim como ocorre com o ajuste direto simplificado e com a consulta prévia simplificada, até 31 de dezembro de 2022 o concurso público simplificado poderá ser adotado também nas contratações especificadas nos artigos 3º, 4º e 5º da Lei nº 30/2021.



#### 1.5.4.2. Tramitação

Regulado nos artigos 130º a 161º do CCP, o concurso público é marcado pela publicidade ampla, tanto porque essencial sua publicitação no Diário da República e, se este o caso, no Jornal Oficial da União Europeia, quanto porque obrigatória sua tramitação através de plataformas eletrônicas. Outra característica que lhe é peculiar é a abertura plena à participação de quaisquer operadores económicos: para além dos impedimentos, não há qualquer restrição prévia à possibilidade de concorrer. Em outros termos, não há uma fase de apreciação da capacidade técnica e financeira dos participantes, mas tão só a avaliação das propostas que tenham formulado.

O concurso público inicia-se com a publicação do anúncio no Diário da República e, se este o caso, no Jornal Oficial da União Europeia. Curiosamente, por força do nº 1 do artigo 27º da Diretiva 24/2014/UE, os prazos para apresentação das propostas não são contados da publicação em si, mas a partir do envio do anúncio à publicação. De acordo com os nºs 1 e 2 do artigo 63º do CCP, desde que respeitados limites mínimos fixados naquele diploma e critérios de proporcionalidade<sup>1021</sup>, o prazo para apresentação de propostas é fixado livremente.

Nos concursos públicos sem publicidade internacional, os prazos mínimos para apresentação das propostas são, na forma dos nºs 1 e 2 do artigo 135º: i) de seis dias, em locações e aquisições de bens móveis e aquisições de serviços; ii) de quatorze dias, em empreitadas de obras públicas, passíveis de redução para seis dias, em caso de manifesta simplicidade dos trabalhos. Naqueles procedimentos com publicidade internacional, por sua vez, o prazo mínimo passa a ser de 30 (trinta) dias, ressalvadas as situações de

---

<sup>1021</sup> “Art. 63º/2 - Na fixação do prazo para a apresentação das propostas, deve ser tido em conta o tempo necessário à sua elaboração, em função da natureza, das características, do volume e da complexidade das prestações objeto do contrato a celebrar, em especial dos aspetos da sua execução submetidos à concorrência pelo caderno de encargos, bem como a necessidade de prévia inspeção ou visita a locais ou equipamentos, por forma a permitir a sua elaboração em condições adequadas e de efetiva concorrência.” Na mesma linha, o artigo 64º do CCP prevê hipóteses em que a prorrogação do prazo de apresentação das propostas se mostra impositiva, a fim de garantir a igualdade de tratamento e a obtenção de propostas ponderadas.

“urgência devidamente fundamentada” (cf. nº 3 do artigo 136º) e de publicação de anúncio de pré-informação ou anúncio periódico indicativo (cf. nº 2 do artigo 136º), quando é reduzido à metade.

À propósito da hipótese regulada no nº 3 do artigo 136º, a alínea d) do artigo 2º da Lei nº 30/2021 permitiu às autoridades adjudicantes aplicar o prazo reduzido de 15 (quinze) dias sem a necessidade de fundamentar a situação de urgência, se de contratação sob o regime das MECP se tratar. Em outras palavras, se o concurso público internacional tiver uma das finalidades previstas na Lei nº 30/2021, o prazo de apresentação das propostas poderá ser reduzido de 30 (trinta) para 15 (quinze) dias, sem necessidade de demonstração fundamentada da situação de urgência.<sup>1022</sup>

Findo o prazo, o júri elabora a lista dos concorrentes e a publica na plataforma eletrônica utilizada pela entidade adjudicante. Passa-se, então, à fase de análise e avaliação das propostas, composta pela elaboração do relatório preliminar, audiência prévia dos concorrentes e elaboração do relatório final. Após, se fase de negociação houver, produzem-se novos relatórios preliminar – submetido à audiência prévia – e final (cf. artigos 149º a 156º). Já se permitida e prevista a realização de leilão eletrônico – definido pelo nº 1 do artigo 140º como “processo interativo baseado num dispositivo eletrónico destinado a permitir aos concorrentes melhorar progressivamente os atributos das respetivas propostas” – a primeira avaliação e ordenação das propostas não é submetida à audiência prévia, já que o relatório preliminar não será confeccionado senão após a obtenção da nova pontuação global (cf. artigos 140º a 145º).

Como de se esperar, no concurso público urgente são reduzidos os prazos mínimos de apresentação de propostas (24 ou 72 horas, em dias úteis, conforme o caso), de manutenção obrigatória das propostas (10 dias, sem prorrogação) e de entrega dos documentos de habilitação (2 dias, se não

---

<sup>1022</sup> Ao ver de Pedro Costa Goncalves, Licínio Lopes Martins e Pedro Santos Azevedo, é duvidosa a conformidade da alínea d) do artigo 2º da Lei nº 30/2021 com o nº 3 do artigo 27º da Diretiva 2014/24/UE. Veja-se *As Medidas Especiais de Contratação Pública*, pp. 44-45.

inferior). Ocorre que, para além da simples compressão desses prazos, o nº 2 do artigo 156º restringe ou suprime a aplicação de toda uma série de disposições, perfazendo desvios de tal monta à tramitação do procedimento normal que, diferentemente do que ocorre no nº 3 do artigo 136º, o concurso público urgente pode ser mesmo considerado uma sua variante.<sup>1023</sup>

Ao concurso público simplificado aplica-se a normativa do CCP, com as alterações previstas na Lei nº 30/2021, especialmente nos artigos 14º, que fixa em cinco dias o prazo para manifestação sobre o relatório preliminar, e 16º, que prevê três dias para a apresentação de impugnações, manifestação dos contrainteressados e prolação de decisão.

#### 1.5.5. Concurso Limitado por Prévia Qualificação

##### 1.5.5.1. Critérios para sua adoção

À semelhança do concurso público, o concurso limitado por prévia qualificação pode ser adotado em quaisquer espécies de contratações – empreitadas de obras públicas, locação e aquisição de bens móveis ou aquisição de serviços – e independentemente do valor do contrato a adjudicar. Vale, também aqui, a obrigatoriedade de publicação internacional caso atingidos os limiares europeus.

O concurso limitado por prévia qualificação simplificado tem lugar nas mesmas hipóteses em que é facultada a utilização do concurso público simplificado. Na realidade, no que concerne às contratações para locação ou aquisição de bens móveis e para aquisição de serviços, há verdadeira sobreposição dos limiares estabelecidos para as versões simplificadas da consulta prévia, do concurso público e do concurso limitado por prévia

---

<sup>1023</sup> Neste sentido, cf. GONÇALVES, Pedro Costa. *Direito dos Contratos Públicos*, p. 481. Veja-se, ainda, RAIMUNDO, Miguel Assis. *Direito dos Contratos Públicos – Volume 1*, pp. 577-578.

qualificação, cabendo à autoridade adjudicante optar pelo procedimento que melhor atender o interesse público.<sup>1024</sup>

#### 1.5.4.2. Tramitação

Aplica-se à tramitação do concurso limitado por prévia qualificação a disciplina do concurso público, com as ressalvas previstas nos artigos 162º a 192º do CCP. De acordo com o artigo 163º, o procedimento caracteriza-se pela existência de duas fases sucessivas: i) a primeira, destinada à apresentação das candidaturas e qualificação dos candidatos; ii) a segunda, de apresentação e análise das propostas e adjudicação.

A primeira fase tem início com a publicação do aviso, nacional ou também internacional, a fim de que os operadores económicos interessados apresentem suas candidaturas diretamente via plataforma eletrônica (cf. nº 1 do artigo 170º). O prazo para tanto é assinalado pela entidade adjudicante com atenção à proporcionalidade (cf. nº 2 do artigo 172º), respeitado o mínimo de 6 (seis) dias, se concurso sem publicidade internacional (cf. artigo 173º), e 30 (trinta) dias, passível de redução à metade em caso de situação de urgência devidamente fundamentada, se publicação no JOUE houver (cf. artigo 174º).

O júri publica a lista dos candidatos (cf. artigo 177º) e procede à análise das candidaturas (cf. artigo 178º), com vistas à verificação do preenchimento dos requisitos mínimos de capacidade técnica e financeira a que faz referência o artigo 165º. Para tanto, pode ser utilizado: i) o método simples, em que todos os candidatos que preencham tais requisitos mínimos passam à fase de propostas (cf. artigo 179º); ou ii) o método complexo, no qual, por meio de um sistema de seleção, os candidatos que preencham os requisitos são ordenados segundo o critério da maior capacidade técnica e financeira, passando à fase

---

<sup>1024</sup> Cf. GONÇALVES, Pedro Costa; MARTINS, Licínio Lopes; AZEVEDO, Pedro Santos. *As Medidas Especiais de Contratação Pública*, p. 39: “Existe, pois, uma possibilidade de escolha livre do procedimento por parte da entidade adjudicante, liberdade esta que é balizada, embora em termos muito débeis, pela teoria geral da discricionariedade administrativa e, em concreto, pelo artigo 1º-A do Código dos Contratos Públicos, que plasma os princípios da contratação pública aplicáveis à atividade contratual pública.”

subsequente não menos do que os 5 (cinco) melhores classificados (cf. artigo 181º).

Elaborado o relatório preliminar desta primeira fase, no qual o júri deve propor a qualificação dos candidatos e, se o caso, a exclusão de candidaturas (cf. artigo 184º), os candidatos têm o mínimo de 5 (cinco) dias para se manifestar em audiência prévia (cf. artigo 185º), permitindo a confecção do relatório final da fase de qualificação (cf. artigo 186º). Em até 44 (quarenta e quatro) dias após o termo do prazo de apresentação de candidaturas, se prorrogação não se fizer necessária, a autoridade competente toma a decisão de qualificação, da qual todos os candidatos hão de ser notificados (cf. artigos 187º e 188º). De conformidade com o nº 5 do artigo 187º, e em obediência ao nº 3 do artigo 75º, os candidatos qualificados passam à fase seguinte em condições de igualdade.

A fase de apresentação e análise de propostas tem início por meio de convite enviado aos candidatos qualificados (cf. artigo 189º), que terão o prazo mínimo de: i) 14 (quatorze) dias – passível de redução para 6 (seis), na hipótese de manifesta simplicidade dos trabalhos –, se concurso limitado sem publicidade internacional (cf. artigo 190º); ii) 25 (vinte e cinco) dias – ou 10 (dez), se publicado anúncio de pré-informação ou caracterizada situação de urgência devidamente fundamentada (cf. artigo 191º). De resto, a segunda fase tramita tal e qual o concurso público, com a particularidade de que vedada a inserção de uma fase de negociação.

Por fim, à tramitação do concurso limitado por prévia qualificação simplificado, consoante estatui a Lei nº 30/2021, aplicam-se as mesmas regras atinentes ao concurso público simplificado.

#### 1.5.6. Procedimento de Negociação, Diálogo Concorrencial e Parceria para a Inovação

##### 1.5.6.1. Critérios para sua adoção

De acordo com o artigo 29º do CCP, o procedimento de negociação e o diálogo concorrencial podem ser adotados quando: i) as necessidades da autoridade adjudicante não podem ser satisfeitas sem a adaptação das soluções disponíveis no mercado; ii) os produtos ou serviços a contratar dependem da concepção de soluções inovadoras; iii) a negociação prévia à contratação se mostra indispensável, à vista da natureza, da complexidade, da montagem jurídica e financeira ou do risco a si associado; iv) as especificações técnicas não podem ser suficientemente precisadas por referência a uma norma, homologação técnica europeia, especificações técnicas comuns ou referência técnica.

Como se vê, os procedimentos dialógicos não se aplicam às situações em que o mercado já fornece serviços ou produtos capazes de bem suprir as demandas da Administração Pública. Para tanto, como aponta Thiago Marrara, as autoridades adjudicantes há muito dispõem das modalidades tradicionais de concurso.<sup>1025</sup> É precisamente, aliás, o que se extrai do considerando 43 da Diretiva 2014/24/UE.<sup>1026</sup>

O artigo 30º-A, por seu turno, estatui que a entidade adjudicante pode adotar a parceria para a inovação para realizar atividades de investigação e o desenvolvimento de bens, serviços ou obras inovadoras, independentemente de sua natureza e áreas de atividade. O objetivo final é sua aquisição posterior,

---

<sup>1025</sup> MARRARA, Thiago. “O ‘diálogo competitivo’ como modalidade licitatória e seus impactos”, in *Revista Consultor Jurídico*, 6 de janeiro de 2017, consultado em 10/09/2020 no endereço <<https://www.conjur.com.br/2017-jan-06/thiago-marrara-dialogo-competitivo-modalidade-licitatoria>>.

<sup>1026</sup> “Considerando 43: No caso dos contratos de empreitada de obras, estas situações [em que os concursos aberto ou limitado sem negociação não são capazes de gerar resultados satisfatórios] surgem quando se trata de edifícios que não são normalizados ou sempre que a obra compreenda a concepção ou soluções inovadoras. Os serviços ou fornecimentos que exijam esforços de concepção ou adaptação podem beneficiar do recurso a um procedimento concorrencial de negociação ou de diálogo concorrencial. Os esforços de adaptação ou concepção são especialmente necessários no caso das aquisições complexas, tais como produtos sofisticados, serviços intelectuais, por exemplo alguns serviços de consultoria, serviços de arquitetura ou engenharia, ou grandes projetos de tecnologias de informação e de comunicação (TIC). Nestes casos, podem ser necessárias negociações para garantir que o produto ou o serviço em causa corresponda às necessidades da autoridade adjudicante. No caso de serviços ou de produtos imediatamente disponíveis que possam ser fornecidos por muitos operadores diferentes no mercado, não deverá ser utilizado o procedimento concorrencial com negociação, nem o diálogo concorrencial.”

se atingidos os níveis de desempenho e preços máximos previamente acordados.

#### 1.5.6.2. Tramitação

O procedimento de negociação caracteriza-se por possuir uma fase de apresentação de candidaturas e qualificação, à moda do concurso limitado por prévia qualificação, e, naturalmente, uma fase de negociação de propostas. Até por isso, o artigo 193º faz uma remissão geral ao regime do concurso limitado, mas impede a utilização do leilão eletrônico (cf. artigo 195º). No que concerne à fase de negociação, ausente naquele procedimento paradigma, o artigo 202º remete às regras pertinentes da consulta prévia; a sequência de atos que a sucedem, por sua vez, é regulada à semelhança dos artigos 152º a 154º, atinentes ao concurso público (cf. artigo 203º).

Respeitada a imutabilidade dos requisitos mínimos e dos critérios de adjudicação, cabe à autoridade adjudicante negociar com os proponentes os termos da primeira proposta e daquelas que lhe sucederem, garantida a todos a igualdade de tratamento e de acesso às informações. Quaisquer alterações haverá de ser informadas por escrito, de modo que, concedido prazo razoável, seja possível aos participantes adaptar suas propostas. Quando pretender concluir as negociações, a autoridade adjudicante haverá de comunicar sua intenção e conferir aos participantes prazo comum para apresentação de suas propostas finais. Verificado o cumprimento dos requisitos mínimos, dar-se-á a avaliação dessas propostas e a adjudicação do contrato.

Independentemente do valor do contrato a celebrar, o procedimento de negociação deve ser submetido à publicidade internacional (cf. nº 2 do artigo 197º), estabelecido o prazo mínimo de 30 dias para apresentação das candidaturas, passível de redução para 25, se publicado anúncio periódico indicativo (cf. artigo 198º). Caso os anúncios sejam preparados e enviados por meios eletrônicos, ambos os prazos podem ser reduzidos em 7 dias.

O procedimento de diálogo concorrencial, por sua vez, é composto por 3 fases subsequentes: i) apresentação das candidaturas e qualificação dos candidatos; ii) apresentação das soluções e diálogo com os candidatos qualificados; iii) apresentação e análise das propostas e adjudicação. A intenção é reduzir progressivamente a quantidade de soluções a debater durante a fase negocial, porquanto, ao passo que necessário, o diálogo concorrencial é em si complexo e pode implicar custos associados significativos. Naquilo em que os artigos 204º a 218º não dispuser em contrário, é regulado pelas disposições próprias ao concurso limitado por prévia qualificação, vedada a realização de leilão eletrônico e de fase de negociação.

Quando do anúncio, a autoridade adjudicante informa quais são as necessidades que pretende ver satisfeitas pela contratação, os requisitos qualitativos, os critérios de adjudicação e o calendário indicativo. Os operadores econômicos têm suas candidaturas analisadas e, caso selecionados, são convidados à fase dialógica. Nela, todos os aspectos podem ser objeto de debate, de modo a possibilitar a identificação dos meios pelos quais a autoridade adjudicante melhor poderá ter suas necessidades satisfeitas.

Durante o diálogo, todos os participantes têm assegurada a igualdade de tratamento, porquanto vedado à autoridade adjudicante: i) fornecer informações que possam conferir vantagens a determinados participantes em detrimento de outros; ii) revelar informações confidenciais referentes a quaisquer dos participantes sem sua autorização prévia e específica.

Pois bem. A autoridade adjudicante prossegue o diálogo até estar em condições de identificar a solução ou soluções passíveis de satisfazer suas necessidades. Encerrada, portanto, a fase dialógica, os participantes remanescentes são convidados a apresentar suas propostas finais. Ainda que, a pedido da autoridade adjudicante, possam ser apresentadas “especificações, clarificações, ajustamentos ou informações complementares”, é vedada a alteração dos elementos fundamentais da proposta e do concurso – inclusive a descrição das necessidades a atender e os requisitos qualitativos constantes



do anúncio ou memória descritiva –, quando possam distorcer a concorrência ou dar azo a discriminações.

Ato contínuo, as propostas são avaliadas de conformidade com os critérios de adjudicação previamente definidos. Uma vez definida a proposta dotada da melhor relação qualidade/preço, o participante responsável por tal proposição poderá ser instado a confirmar os termos e compromissos financeiros assumidos, dando lugar a uma última fase de negociação. Aos demais partícipes do diálogo, por sua vez, poderão ser conferidos prêmios ou pagamentos por sua participação.

O procedimento da parceria para a inovação também é integrado por três fases, passíveis de adaptação “em função da complexidade e relevância financeira da parceria a celebrar”: i) apresentação das candidaturas e, quando se trate do desenvolvimento de projetos dotados de especial complexidade, qualificação dos candidatos; ii) apresentação de propostas de projetos de investigação e desenvolvimento; iii) análise das propostas de projetos de investigação e celebração da parceria.

Introduzido sob o influxo da Diretiva 2014/24/UE, a parceria para a inovação está regulada do artigo 218º-A ao artigo 218º-D, aplicando-se-lhe o regime do procedimento de negociação supletivamente.

Nas parcerias para a inovação, por ocasião do anúncio, a autoridade adjudicante indica necessitar de produtos, serviços ou obras que, porquanto não disponíveis à pronta aquisição no mercado, hão de ser objeto de investigação e desenvolvimento. Qualquer operador económico pode apresentar um pedido de participação, devidamente acompanhado das informações necessárias à seleção qualitativa. Durante tal fase habilitatória, são aplicados, em especial, critérios atinentes às “capacidades dos candidatos no domínio da investigação e desenvolvimento, bem como no desenvolvimento e implementação de soluções inovadoras”. Feita a análise, somente os operadores económicos convidados pela autoridade adjudicante poderão

apresentar seus projetos de investigação e inovação, em quantitativo passível de redução ao mínimo de 3.

À exceção dos requisitos mínimos de seleção qualitativa e dos critérios de adjudicação, as propostas são passíveis de negociação, até a apresentação de suas versões finais. Durante a negociação a autoridade adjudicante deve garantir aos proponentes igualdade de tratamento e acesso não discriminatório às informações. Quaisquer alterações às especificações técnicas e demais documentos do concurso deverão de ser comunicadas por escrito aos participantes restantes, a que será concedido prazo suficiente à reformulação de seus projetos.

Ao bom êxito da parceria é importante que a autoridade adjudicante assegure que a duração e o valor das diferentes fases reflitam o grau de inovação da solução proposta e a sequência das atividades de investigação e desenvolvimento, bem assim que o valor estimado dos produtos, serviços ou obras a serem criados seja proporcional ao investimento exigido dos parceiros.

#### 1.6. Publicidade

Por meio da desmaterialização dos procedimentos de adjudicação e de sua tramitação obrigatória através de plataformas eletrônicas, adotados ainda em 2008 pelo CCP, Portugal tornou-se exemplo de experiência bem-sucedida para o restante da União Europeia. Em prol das maiores eficiência, transparência e competitividade nos procedimentos de adjudicação, como também da simplificação da publicização dos contratos<sup>1027</sup>, o artigo 22º da Diretiva 2014/24/UE tornou compulsória a utilização da via eletrônica para transmissão de todas as comunicações do procedimento, designadamente anúncios, pedidos de participação e propostas; o artigo 53º, por sua vez, obrigou a disponibilização eletrônica, integral e gratuita dos documentos da contratação. Finalmente, a Diretiva 2014/55/UE do Parlamento Europeu e do

---

<sup>1027</sup> Cf. considerando 52 da Diretiva 2014/24/UE.

Conselho, determinou a adoção de faturas eletrônicas quando da execução de contratos a que a Diretiva 2014/24/UE é aplicável.

O sistema de contratação pública eletrônica português encontra-se delineado principalmente pelo CCP e pela Lei nº 96/2015 (Lei das Plataformas Eletrônicas – LPE). De acordo com o nº 1 do artigo 133º, a partir da data de publicação do anúncio, as entidades adjudicantes devem disponibilizar as peças do procedimento na respectiva plataforma eletrônica (*e-access*). Já o nº 1 do artigo 62º e o nº 1 do artigo 170 do CCP preveem, respectivamente, que a apresentação das propostas – exceção feita àquelas atinentes a ajustes diretos e consultas prévias<sup>1028</sup> – e das candidaturas se dê diretamente em plataforma eletrônica (*e-submission*). Ademais, as decisões do júri e do órgão adjudicante, como também as notificações e comunicações, hão de ser efetuadas por meio escrito e eletrónico de transmissão de dados. Mesmo a assinatura do contrato pode ser realizada por meio eletrónico, conforme previsão constante do nº 1 do artigo 94º.<sup>1029</sup>

Como aponta Pedro Costa Gonçalves, “os meios eletrónicos cumprem um papel essencial na defesa e na promoção do valor constitucional e ético da *transparência*, ao permitir a difusão e o acesso fácil a toda a informação relevante relacionada com os negócios públicos”.<sup>1030</sup> Indubitavelmente, o portal dos contratos públicos constitui importante ferramenta facilitadora da atuação dos órgãos de controle social e estatal, a que se associa, no âmbito da execução contratual, o sistema de faturação eletrônica instituído pelo artigo 299º-B do CCP. Neste particular, a tecnologia da informação tem muito a contribuir com a lisura e a integridade da gestão do contrato, etapa pródiga em oportunidades à corrupção.

Como bem pontua Miguel Assis Raimundo, a utilização de ferramentas eletrônicas de gestão aumenta exponencialmente a capacidade de detecção de

---

<sup>1028</sup> Cf. artigo 115º, nº 4, do CCP.

<sup>1029</sup> Para além das comunicações e do acesso a informações, os meios eletrónicos podem ser utilizados em eventual fase de negociação, como prevê o nº 1 do artigo 77º da LPE, e são naturalmente empregados nos leilões eletrónicos e nos sistemas de aquisição dinâmicos.

<sup>1030</sup> GONÇALVES, Pedro Costa. *Direito dos Contratos Públicos*, p. 609.

práticas suspeitas, como a introdução de modificações contratuais injustificadas ou o estabelecimento de padrões de pagamento extraordinários, além de auxiliar a medição do desempenho do cocontratante. Daí, pois, a importância da integração de todas as etapas dos sistemas de formação dos contratos, de faturação das cobranças (*e-billing*) e dos pagamentos (*e-payment*), rumo a um verdadeiro *end-to-end e-procurement*.<sup>1031 1032</sup>

Para além de aumentar a transparência, a capacidade de controle e a auditabilidade dos processos de adjudicação e gestão dos contratos públicos, o *e-procurement* amplia o potencial de utilização futura da memória das contratações anteriores, seja no seu planeamento, seja na definição do preço base e do preço anormalmente baixo. Permite, ainda, a classificação dos fornecedores de acordo com seu desempenho pretérito, com a valorização daqueles de melhor avaliação e maior nível de experiência. Como sugere Miguel Assis Raimundo, a posição do fornecedor em listas oficiais de desempenho poderia, inclusive, emprestar maior objetividade à escolha dos operadores económicos convidados em ajustes diretos e consultas prévias.<sup>1033</sup>

---

<sup>1031</sup> RAIMUNDO, Miguel Assis. “*E-procurement*”, in FONSECA, Isabel Celeste (coordenadora). *Atas do II Congresso Internacional de Compras Públicas. Para um crescimento da economia assente na contratação pública sustentável*. Braga: EDUM, 2017, p. 406: “Em termos de vantagens para o sector público, a utilização de mecanismos informáticos de gestão de contrato oferece uma capacidade muito aumentada de identificar *variações suspeitas* na prática contratual, como padrões de pagamentos inesperados, ou modificações contratuais ilegítimas, que podem ser indícios de corrupção: algo tanto mais importante, quanto parece haver indícios de que é na fase de execução do contrato, nomeadamente, através de alterações ilegítimas face ao que ficou convencionado na fase de formação, que se concentra a corrupção nos contratos públicos. Em sistemas plenamente informatizados, onde exista uma ligação informática entre o sistema de contratação pública (no sentido de formação de contratos) e o sistema de pagamentos do sector público, a segurança na afectação legítima dos recursos públicos é aumentada, pois o sistema não reconhece nem permite a saída de fundos sem um prévio e regular contrato que dê cobertura a essa despesa – sendo, porém, importante lembrar que, obviamente, nenhum sistema é totalmente imune a fraudes.”

<sup>1032</sup> Não obstante, a implantação do *end-to-end e-procurement* depende da existência de certas condições práticas de base, como um acesso à internet fiável, difundido e pouco custoso e sistemas tecnicamente seguros. Neste sentido, cf. RAIMUNDO, Miguel Assis. “*E-procurement*”, pp. 409-410 e 416.

<sup>1033</sup> RAIMUNDO, Miguel Assis. “*E-procurement*”, pp. 408-409: “Com efeito, procedimentos como o ajuste directo ou a consulta prévia sofrem, por vezes, a suspeição ligada à circunstância de a escolha dos agentes económicos convidados ser do critério do decisor público: pois bem, o envio do convite, nesses procedimentos, aos agentes económicos mais bem classificados em listas oficiais de fornecedores constitui um modo válido de objectivar e legitimar a escolha em razões que todos compreendem.”

## 1.7. Contratações Agregadas e Centralizadas

### 1.7.1. Agrupamento de Entidades Adjudicantes

Como consta do Considerando 59 da Diretiva 2014/24/UE, cada vez mais entidades adjudicantes europeias têm recorrido à agregação da procura e à centralização das aquisições, como estratégias eficientes que são à obtenção de economias de escala – com a redução dos preços e dos custos de transação – e à profissionalização da gestão das contratações públicas.<sup>1034</sup> Para tanto, têm à disposição o agregamento de entidades adjudicantes, a constituição de centrais de compras, a celebração de acordos-quadro, a instituição de sistemas dinâmicos e a criação de catálogos eletrônicos.

Se parece inegável que, por meio da agregação e da centralização, as autoridades adjudicantes adquirem peso negocial que jamais ostentariam isoladamente, no mesmo considerando a Diretiva 2014/14/UE adverte para a necessidade de prevenir a “concentração excessiva do poder de compra” e possíveis “situações de conluio”, com atenção especial à preservação da transparência, da concorrência e das oportunidades de acesso a pequenas e médias empresas.<sup>1035</sup>

Pois bem. De conformidade com o artigo 38º da Diretiva 2014/24/UE, duas ou mais entidades adjudicantes podem promover aquisições conjuntas ocasionais. Coube ao artigo 39º do CCP regular o agrupamento de entidades adjudicantes, constituído com o intuito de: i) promover a formação de um

---

<sup>1034</sup> Para um estudo teórico e empírico das vantagens da centralização das contratações públicas, veja-se BALDI, Simona; VANNONI, Davide. “The Impact of Centralization on Pharmaceutical Procurement Prices: The Role of Institutional Quality and Corruption”, in *African Journal of Procurement, Logistics & Supply Chain Management*, Volume 1, Issue 4, April 2019, pp. 44-59, disponível em <<https://damaacademia.com/ajplscm/2019/05/20/the-impact-of-centralization-on-pharmaceutical-procurement-prices-the-role-of-institutional-quality-and-corruption/>>, acesso em 14/08/2021.

<sup>1035</sup> No ponto, cf. GRAELLS, Albert Sànchez; ANCHUSTEGUI, Ignacio Herrera. “Impact of public procurement aggregation on competition. Risks, rationale and justification for the rules in Directive 2014/24”, in University of Leicester School of Law, Research Paper nº 14-35, 2014, disponível <<https://www.semanticscholar.org/paper/Impact-of-Public-Procurement-Aggregation-on-Risks%2C-Graells-Anchustegui/5445cc1d10fa1c4e1ef907a522a9db60c849cd28>>, acesso em 14/08/2021.

contrato único – ou de tantos contratos quantos as entidades agrupadas<sup>1036</sup> – tendente à satisfação de necessidades comuns<sup>1037</sup>; ii) formar acordos-quadro de que todas as entidades adjudicantes possam se beneficiar; iii) partilhar a gestão de sistemas de aquisição dinâmicos; iv) realização aquisições conjuntas por meio de catálogos eletrônicos. Para tal, faz-se desnecessária a constituição de uma entidade autônoma, tanto é que, na forma do nº 2 do artigo 39º, a representação do agrupamento cabe a uma de suas participantes.<sup>1038</sup>

Conforme disciplinam os nºs 4 e 5 do artigo 39º, se do agrupamento participar ao menos uma das entidades adjudicantes elencadas no nº 1 do artigo 2º, e o critério de eleição do tipo de procedimento for o valor do contrato, o conjunto de entidades há de respeitar o mais exigente dos limites quantitativos previstos nos artigos 19º e 20º.<sup>1039</sup> Por outro lado, caso a escolha do procedimento se fundamente em critérios materiais, somente poderá ter lugar se tal critério for aplicável a todas as entidades participantes.

A toda evidência, a intenção do legislador foi evitar que, por meio da formação de agrupamentos artificiais, entidades subsumíveis a regime legal mais estrito pudessem se valer de regras mais brandas e, com isso, fraudar a

---

<sup>1036</sup> Com a modificação redacional promovida pelo Decreto-Lei nº 111-B/2017, e à vista do teor do Considerando 71 da Diretiva 2014/24/UE, foi sanada a dúvida quanto à possibilidade de, ao cabo do procedimento de formação comum, cada entidade adjudicante firmar um contrato próprio, gerido de forma autônoma e sem possibilidade de responsabilização por eventual incumprimento das demais. Cf. MONGE, Cláudia. “Agrupamentos de Entidades Adjudicantes, Centrais de Compras, Acordos-Quadro”, in ESTORNINHO, Maria João; MARTINS, Ana Gouveia (coordenadoras). *Atas da Conferência: A Revisão do Código dos Contratos Públicos*. Lisboa: ICDP/CIDP, dezembro de 2016, pp. 257-258.

<sup>1037</sup> No ponto, veja-se SÁNCHEZ, Pedro Fernández. *Direito da Contratação Pública – Volume I*, p. 583: “De acordo com a sistematização proposta pela nossa doutrina, pode estar em causa um interesse de fruição indivisível (como a promoção de um evento comum), um interesse convergente (como a construção de uma estrada que liga Municípios vizinhos) ou um interesse paralelo (como os serviços relativos a programas informáticos que várias entidades usam).”

<sup>1038</sup> No ponto, MONGE, Cláudia. “Agrupamentos de Entidades Adjudicantes, Centrais de Compras, Acordos-Quadro”, p. 258; OLIVEIRA, Mário Esteves de; OLIVEIRA, Rodrigo Esteves de. *Concursos e Outros Procedimentos de Contratação Pública*. Coimbra: Almedina, 2016, p. 395.

<sup>1039</sup> Cf. GONÇALVES, Pedro Costa. *Direito dos Contratos Públicos*, p. 403: “Assim, por ex., um agrupamento composto por dois municípios e por um organismo de direito público que atue no setor da água (artigo 12º) só pode adjudicar um contrato de aquisição de produtos por consulta prévia de valor inferior a 75.000 EUR [artigo 20º, nº 1, alínea c)]; um agrupamento composto pelo Estado e por um organismo de direito público só pode adjudicar um contrato de serviços por procedimento de concurso sem publicação de anúncio no JOUE de valor inferior a 139.000 EUR [artigo 20º, nº 1, alínea b), conjugado com o artigo 474º, nº 3, alínea b)].”

concorrência. Como bem sumariza Pedro Fernández Sánchez, “o pressuposto básico para escolha do procedimento é o de que, sempre que se agrupam entidades adjudicantes às quais são aplicáveis diferentes regras de contratação pública, prevalecem sempre as que forem mais exigentes, mais restritivas ou menos flexíveis”.<sup>1040</sup>

### 1.7.2. Centrais de Compras

O agrupamento ocasional de entidades adjudicantes não se confunde com a figura da central de compras. Passível de constituição pelas entidades adjudicantes referidas nos n.ºs 1 e 2 do artigo 2.º – isoladas ou agrupadas –, a central de compras, ainda quando desprovida de personalidade jurídica, tem existência e estrutura institucional autônomas, considerada que é ela própria uma autoridade adjudicante pelo n.º 3 do artigo 2.º do Decreto-Lei n.º 200/2008. De conformidade com o n.º 2 do artigo 260.º, é possível que assuma natureza transversal, com atuação em qualquer setor da atividade económica, ou setorial, se dedicada exclusivamente a um determinado setor de atividade.

Criadas com intenção de estabilidade, prestam-se a, consoante o n.º 1 do artigo 260.º: i) adjudicar propostas de aquisição de obras, bens e serviços, a pedido e em representação das entidades adjudicantes; ii) locar ou adquirir bens e serviços destinados a entidades adjudicantes, a fim de agrupar encomendas; iii) celebrar acordos-quadro, que tenham por objeto a posterior aquisição de obras, bens ou serviços; iv) instituir sistemas de aquisição dinâmicos; v) instituir catálogos eletrónicos; vi) adjudicar contratos públicos de prestação de atividades auxiliares de contratação.<sup>1041</sup>

---

<sup>1040</sup> SÁNCHEZ, Pedro Fernández. *Direito da Contratação Pública – Volume I*, p. 588. À mesma página, o autor exemplifica: “(...) a alínea c) do n.º 1 do artigo 24.º do CCP só permite o ajuste directo por motivos de ‘urgência imperiosa’ quando ‘as circunstâncias invocadas não sejam, em caso algum, imputáveis à entidade adjudicante’. A habilitação prevista no artigo 39.º poderia, então, permitir que uma entidade à qual fossem ‘imputáveis’ as ‘circunstâncias invocadas’ – estando, portanto, impedida de recorrer ao ajuste directo – se agrupasse com uma entidade a quem tais circunstâncias não fossem imputáveis, contornando o impedimento previsto no preferido preceito.”

<sup>1041</sup> Para sua organização administrativa interna, veja-se SERRÃO, Tiago. “Centrais de compras: algumas questões sobre organização administrativa”, in RAIMUNDO, Miguel Assis (coordenador). *Centralização e Agregação de Compras Públicas. Reflexões Sobre uma Tendência Actual da Contratação Pública*. Coimbra: Almedina, 2019, pp. 111-130.

Como se vê, em linha com o Considerando 69 da Diretiva 2014/24/UE, as centrais de compras atuam essencialmente como: i) grossistas, caso em que agem em nome próprio para adquirir, armazenar temporariamente e revender produtos e serviços às entidades adjudicantes compradoras; ou, hipótese mais usual, ii) intermediárias, quando se dedicam à adjudicação de propostas, à celebração de acordos-quadro, à gestão de sistemas de aquisição dinâmicos e ou de catálogos eletrónicos a serem utilizados pelas autoridades adjudicantes.

Se, como mandatárias, intermedeiam a adjudicação de propostas, incumbem-se, na qualidade de entidades adjudicantes autónomas que são, da prática de todos os atos atinentes ao procedimento de contratação, desde a publicação do anúncio até que a entidade adjudicante mandante venha a celebrar o contrato.<sup>1042</sup>

Entretanto, indubitavelmente, é à celebração de acordos-quadro – ou melhor, de contratos de aprovisionamento, na dicção dos artigos 264º a 266º do CCP<sup>1043</sup> – que as centrais de compras se dedicam mais amiúde<sup>1044</sup>, seja por

---

<sup>1042</sup> “Dito de outro modo, a constituição da central de compras pode servir para agilizar as relações entre esta central e as entidades que dela beneficiam; mas não pode servir para dispensar a adopção de procedimentos concorrenciais no relacionamento com o mercado. Os operadores económicos mantêm a garantia jurídica de que a entidade adjudicante que com eles se relacionar – seja uma entidade que contrata directamente com eles para satisfazer as suas próprias necessidades, seja a central de compras que seja utilizada como intermediária por outras entidades adjudicantes – respeitará sempre os mesmos procedimentos de contratação pública.” (SÁNCHEZ, Pedro Fernández. *Direito da Contratação Pública – Volume II*. Lisboa: AAFDL Editora, 2021, 1ª reimpressão, p. 807)

<sup>1043</sup> Cf. GONÇALVES, Pedro Costa. *Direito dos Contratos Públicos*, pp. 256-257: “O conceito de (contratos públicos de) aprovisionamento parece sugerir que se trata de contratos de aquisição de bens ou serviços para ‘aprovisionar’, colocar em *stock* ou em armazém. Embora as centrais de compras possam desenvolver uma efetiva função de compra, a missão principal delas não consiste em serem compradoras por grosso (para posterior revenda às entidades adjudicantes vinculadas), mas antes em celebrarem acordos-quadro ao abrigo dos quais, em momento ulterior, as entidades adjudicantes fazem suas aquisições, directamente aos operadores económicos subscritores dos acordos-quadro com as centrais de compras. Neste sentido, os acordos-quadro celebrados por centrais de compras constituem um instrumento alternativo à compra por grosso. Quando necessitam dos produtos ou dos serviços objeto de acordos-quadro, as entidades adjudicantes, em vez de encomendarem ao armazém central, contratam com os operadores económicos do acordo-quadro a entrega dos produtos ou dos serviços em falta. É isto que explica a referência aos acordos-quadro de centrais de compras como contratos públicos de aprovisionamento.”

<sup>1044</sup> Cf. CALDEIRA, Marco. “O âmbito subjectivo da centralização das compras públicas em Portugal”, in RAIMUNDO, Miguel Assis (coordenador). *Centralização e Agregação de Compras*



conta dos ganhos econômico-financeiros potenciais decorrentes da ampliação do peso negocial, seja pelas maiores agilidade e simplicidade de que o procedimento de contratação final passa a gozar. Analisar-se-á em minúcias o instituto do acordo-quadro – e, portanto, do contrato de aprovisionamento – no item subsequente.

Paralelamente ao regime geral instituído pelo CCP e pelo Decreto-Lei nº 200/2008, de 9 de outubro, parcela significativa das aquisições públicas centralizadas está submetida ao Sistema Nacional de Compras Públicas (SNCP), aprovado pelo Decreto-Lei nº 37/2007, de 19 de fevereiro, e esmiuçado pelo Regulamento nº 330/2009, de 30 de julho. Os serviços da administração direta do Estado e os institutos públicos estão abrangidos pelo SNCP por força de lei e de sua mera qualificação ou natureza jurídica, razão pela qual são denominados entidades compradoras vinculadas (cf. nº 2 do artigo 3º do Decreto-Lei nº 37/2007).<sup>1045</sup> No caso das entidades da Administração autónoma e do setor empresarial público, a adesão ao SNCP é meramente facultativa – são entidades compradoras voluntárias, portanto –, de modo que seus termos haverão de ser formalizados em contrato de adesão (cf. nº 3 do artigo 3º do Decreto-Lei nº 37/2007 e artigo 6º do Regulamento SNCP).

O SNCP abrange a Entidade de Serviços Partilhados da Administração Pública, I.P. (ESPAP), sua gestora, as Unidades Ministeriais de Compras (UMC) e as demais entidades compradoras vinculadas ou voluntárias. Sob o aspecto objetivo, estão a si submetidas as aquisições de obras, bens e serviços subsumíveis às categorias definidas pelas portarias de que trata o nº 3 do artigo 5º do Decreto-Lei nº 37/2007. Surgido sob o influxo da progressiva centralização de competências decisórias no Ministério das Finanças, com vistas ao maior controle da despesa pública nacional, o SNCP arrima-se na obrigatoriedade da contratação centralizada, sob pena de nulidade das

---

*Públicas. Reflexões Sobre uma Tendência Actual da Contratação Pública.* Coimbra: Almedina, 2019, pp. 140-141.

<sup>1045</sup> Para a discussão da legitimidade do enquadramento automático dos institutos públicos ao SNCP, sobretudo à vista da preferência constitucional por uma administração descentralizada, consubstanciada no nº 2 do artigo 267 da Constituição da República Portuguesa, cf. CALDEIRA, Marco. “O âmbito subjectivo da centralização das compras públicas em Portugal”, pp. 162-165.

avenças celebradas diretamente – é dizer, fora dos acordos-quadro firmados sob seus auspícios – e de responsabilização do decisor público. Caso a aquisição ao abrigo do acordo-quadro celebrado pelo SNPC implique contratar pior e mais caro, o nº 4 do artigo 5º do Decreto-Lei nº 37/2007 prevê como alternativa a obtenção de autorização ministerial prévia e expressa, por meio de um procedimento moroso e excepcional.

A opção pela vinculatividade dos acordos-quadro firmados no âmbito do SNCP contrasta com a Diretiva 2014/24/UE e com o regime geral previsto no nº 2 do artigo 263º do CCP. Segundo dele consta, o recurso às centrais de compras é obrigatório apenas na hipótese em que as entidades adjudicantes pretendam realizar aquisições ao abrigo de um acordo-quadro. Na síntese de Pedro Fernández Sánchez, a estratégia do CCP “consistiu na atribuição de uma margem de discricionariedade a cada entidade adjudicante para recorrer ou não aos serviços de centrais de compras no âmbito de suas aquisições individuais, precisando de preservar o poder de escolha do decisor público que se encontra mais perto do sector de mercado em causa e que constitui o verdadeiro beneficiário da compra a realizar”.<sup>1046</sup>

Muitas são as críticas ao carácter rígido e burocrático em excesso do SNCP, capaz de promover a ineficiência e distorcer a concorrência a longo prazo.<sup>1047</sup> Ao ver de Pedro Fernández Sánchez, a estratégia legislativa de impor um regime de vinculação obrigatória revela-se contraproducente, na

---

<sup>1046</sup> SÁNCHEZ, Pedro Fernández. *Direito da Contratação Pública – Volume II*, pp. 814-815.

<sup>1047</sup> Cf. MIMOSO, Artur Trindade. *Novo Sistema Nacional de Compras Públicas: Centralização de Compras Públicas – Uma Oportunidade*. Dissertação apresentada à Universidade Católica Portuguesa para obtenção do grau de mestre em Direito Administrativo na especialidade de Contratação Pública, Setembro 2020, pp. 60-64, disponível em <[https://repositorio.ucp.pt/bitstream/10400.14/31607/1/Artur%20Trindade%20Mimoso\\_Disserta%C3%A7%C3%A3o.pdf](https://repositorio.ucp.pt/bitstream/10400.14/31607/1/Artur%20Trindade%20Mimoso_Disserta%C3%A7%C3%A3o.pdf)>, acesso em 14/08/2021. Veja-se, ainda, CALDEIRA, Marco. “O âmbito subjectivo da centralização das compras públicas em Portugal”, pp. 171-177. À p. 175, o autor pontua com precisão: “Como é evidente, não faz sentido, à luz do nosso quadro de valores constitucional, defender que a centralização é um objectivo a ser prosseguido a todo o custo e que o interesse público deve ceder na proporção necessária para se compatibilizar com aquele objectivo. Pelo contrário: a centralização é que é instrumental face ao interesse público e só é constitucionalmente justificada se e na medida em que contribua para a prossecução deste. Mesmo que se considerasse que as razões acima referidas (maior peso negocial das entidades compradoras, obtenção de economias de escala) permitem sustentar uma presunção de que, em princípio, uma compra centralizada é uma compra mais satisfatória para o interesse público, é manifesto que uma tal presunção – que, aliás, juridicamente, não existe – sempre teria de ser ilidível.”

medida em que incentiva a inércia e a ineficiência, tanto das centrais de compras quanto dos fornecedores abrangidos pelos acordos-quadro. As primeiras, na medida em que são poupadas de quaisquer esforços para obter condições mais atrativas e angariar a adesão dos decisores públicos; os segundos, porquanto têm suas posições blindadas às pressões competitivas enquanto o acordo-quadro viger.<sup>1048</sup>

Além do efeito potencialmente deletério sobre a concorrência, acordos-quadro vinculativos podem acarretar claros prejuízos à prossecução do interesse público, quantitativa e qualitativamente. Não fosse a obrigação de contratar sob as condições do acordo-quadro, o administrador diligente recorreria ao mercado sempre que comprovasse lhe ser possível adquirir o mesmo produto ou serviço por custo ou prazo de entrega inferiores; ou, por outra, sempre que identificasse o surgimento de uma solução melhor, a ponto de tornar inadequado o leque de bens e serviços pré-determinado. De mais a mais, a aquisição repetida de bens e serviços estandardizados pode acarretar uma excessiva uniformização, pois incapaz de atender às necessidades heterogêneas de cada uma das entidades adjudicantes abarcadas.<sup>1049</sup> Logicamente, por sua maior amplitude, os danos potenciais à concorrência e ao interesse público são ainda mais significativos quando de contratos de aprovisionamento.

Diante do nº 2 do artigo 39º da Diretiva 2014/24/UE, transposto pelo nº 4 do artigo 260º do CCP, o regime de vinculação rígida aos acordos-quadro celebrados no bojo do SNCP sofreu irremediável abalo. Deu-se, então, a introdução do artigo 256º-A, que previu uma importante válvula de escape: as

---

<sup>1048</sup> SÁNCHEZ, Pedro Fernández. *Direito da Contratação Pública – Volume II*, pp. 816-817. Conclui o autor, à p. 818: “Um sistema centralizado eficiente deve, pois, apresentar uma *natureza facultativa*, não podendo ficar dependente do auxílio legislativo para provar a sua competitividade. Se o sistema souber usar bem o seu peso negocial, o decisor não hesitará em aproveitar as vantagens resultantes das economias de escala que a central de compras criou; se, pelo contrário, um decisor de uma entidade adjudicante individual, apesar de laborar isoladamente e não ter o apoio desse peso negocial, já consegue, só por si, superar a atractividade das opções que a central de compras lhe oferece, então não deve ser o legislador a intervir em socorro do sistema centralizado e prolongar artificialmente as condições contratuais que já se revelam moribundas do ponto de vista económico-financeiro e que visivelmente não servem o interesse público.”

<sup>1049</sup> Para uma crítica à lógica *one size fits all*, cf. CALDEIRA, Marco. “O âmbito subjectivo da centralização das compras públicas em Portugal”, p. 174.

entidades adjudicantes estão dispensadas de contratar ao abrigo de acordos-quadro celebrados no bojo de sistemas de compra vinculada, caso comprovem que a utilização de tal acordo-quadro acarretaria o desembolso de preço ao menos 10% maior se comparado àquele praticado pelo mercado. Apesar de festejada como mecanismo de *market testing*<sup>1050</sup>, tal abertura foi considerada por muitos insuficiente, porquanto: i) depende de procedimento demasiado complexo; ii) permite que a administração pública dispenda 9,99% a mais do que poderia pela mesma prestação; iii) não contempla a possibilidade de desvinculação por problemas de natureza qualitativa.<sup>1051</sup>

### 1.7.3. Acordos-Quadro

Segundo é possível depreender do artigo 251º do CCP, e em linha com o artigo 33º, nº 1, 2º parágrafo, da Diretiva 2014/24/UE, acordo-quadro é o contrato celebrado entre uma ou várias entidades adjudicantes e um ou mais operadores económicos, em que são fixados os termos de contratos futuros, destinados à aquisição da prestação final, a serem celebrados em lapso temporal determinado. Ostenta natureza jurídica *sui generis*: nem procedimento pré-contratual típico nem contrato público clássico, está-se diante, como esclarece Ana Gouveia Martins, de um instrumento procedimental especial e, simultaneamente, de um contrato preliminar.<sup>1052</sup>

Destina-se, em especial, ao aprovisionamento de entidades adjudicantes que de antemão sabem necessitar de determinados bens e serviços ao longo de um período certo, mas desconhecem as quantidades exatas de que virão a

---

<sup>1050</sup> Cf. RAIMUNDO, Miguel Assis. *Direito dos Contratos Públicos, Volume 1*, p. 682.

<sup>1051</sup> No ponto, consultem-se, exemplificativamente, SÁNCHEZ, Pedro Fernández. *Direito da Contratação Pública – Volume II*, pp. 821-827; e CALDEIRA, Marco. “O âmbito subjectivo da centralização das compras públicas em Portugal”, pp. 171-173.

<sup>1052</sup> Cf. MARTINS, Ana Gouveia. “Os acordos-quadro e os contratos celebrados ao seu abrigo: em especial, o regime da sua modificação”, in RAIMUNDO, Miguel Assis (coordenador). *Centralização e Agregação de Compras Públicas. Reflexões Sobre uma Tendência Actual da Contratação Pública*. Coimbra: Almedina, 2019, pp. 220-224. Para Pedro Costa Gonçalves, trata-se de um contrato normativo, pois se limita a disciplinar aqueles que o sucederão (cf. GONÇALVES, Pedro Costa. *Direito dos Contratos Públicos*, p. 254). Na mesma linha, SÁNCHEZ, Pedro Fernández. *Direito da Contratação Pública – Volume II*, p. 777.

precisar em cada momento.<sup>1053</sup> Celebrado o acordo-quadro, uma vez que a necessidade se apresente, a entidade adjudicante limitar-se-á a enviar convites para contratar aos operadores económicos previamente seleccionados, de conformidade com as condições estipuladas. Considerando que a concorrência plena terá ocorrido quando da contratação do acordo-quadro, pôde o legislador simplificar o procedimento ulterior de contratação final e poupar tempo à entidade adjudicante compradora.<sup>1054</sup>

De acordo com o que disciplinam as alíneas a) e b) do nº 1 do artigo 252º, os acordos-quadro podem ser classificados como: i) completos, porque suficientemente especificados todos os aspectos da execução dos contratos a serem celebrados a seu abrigo; ii) incompletos, pois não contemplam ou não especificam de modo suficiente todos os aspectos da execução dos contratos futuros. Se os acordos incompletos devem ser necessariamente celebrados com vários operadores económicos – e, por isso, são denominados plurais ou múltiplos<sup>1055</sup> –, os acordos completos podem ser também individuais.<sup>1056</sup>

---

<sup>1053</sup> Veja-se TREPTE, Peter. *Public procurement in the EU: A practitioner's guide*, p. 208: “Such agreements are used frequently in practice where a purchaser has a continuing or recurring need to purchase the same or similar products and wishes to avoid the costs associated with awarding a new contract (particularly where the value of those contracts exceed the relevant thresholds of the Directives) each and every time it needs further supplies. It may be that the purchaser has no storage (or specialized) facilities to buy in bulk or lacks the funds to do so. It may also be that the time or even place of the requirement is not known in advance. This is not only the case in respect of office consumables and spare parts, for example, but also where framework agreements are awarded for such things as routine repair and maintenance services for buildings or equipment (in one or more locations) or for fleet car servicing. Framework agreements can also be used to achieve economies of scale through bulk purchasing, notably where they are used for the benefit of a number of procuring entities acting jointly, such as in the case of central purchasing.” [“Na prática, tais acordos são usados frequentemente quando um comprador tem uma necessidade contínua ou recorrente de comprar os mesmos produtos ou produtos similares e deseja evitar os custos associados à adjudicação de um novo contrato (particularmente quando o valor desses contratos excede os limites relevantes das Directivas) toda e cada vez que necessitar de mais fornecimentos. Pode ser que o comprador não tenha instalações de armazenamento (ou especializadas) para comprar em quantidade ou não tenha fundos para fazê-lo. Também pode ser que o momento ou mesmo o local da prestação não sejam conhecidos antecipadamente. Este não é apenas o caso de material consumível de escritório ou peças sobressalentes, por exemplo, mas também de serviços de reparação e manutenção de rotina para edifícios ou equipamentos (em um ou mais locais), ou para manutenção de frotas de veículos. Os acordos-quadro também podem ser usados para obter economias de escala por meio de compras a granel, principalmente quando são usados em benefício de várias entidades compradoras atuando em conjunto, como no caso de compras centrais.”]

<sup>1054</sup> Cf. GONÇALVES, Pedro Costa. *Direito dos Contratos Públicos*, p. 254.

<sup>1055</sup> “Naturalmente, cada concorrente apresenta a sua proposta, que será diferente das demais. Na medida em que celebra o acordo-quadro, cada concorrente, ao participar, assume a obrigação de contratar nos termos que neste ficam definidos, e, assim, em conformidade com a

O procedimento de formação do acordo-quadro não se confunde com os procedimentos de formação dos contratos que ao seu abrigo poderão vir a ser celebrados.<sup>1057</sup> Segue, como dá conta o n.º 1 do artigo 253.º, os critérios gerais de escolha do procedimento, para o que há de ser considerado o somatório dos valores dos contratos futuros porventura firmados sob seus auspícios.

Em princípio, qualquer tipo de procedimento pode vir a ser adotado, mas dificilmente a escolha recairá por aqueles de baixo valor. Como explicita Miguel Assis Raimundo, nada impede que uma autoridade adjudicante opte pela consulta prévia quando da formação de determinado acordo-quadro, mas haverá de atentar que, sob tal enquadramento, tão somente poderá celebrar contratos cujo valor somado não ultrapasse 75.000 EUR.<sup>1058</sup> Por outro lado, carece de sentido a adoção de procedimentos iniciados por convite, já que a formação de acordos-quadro visa concentrar em momento antecedente o cumprimento de exigências procedimentais mais rigorosas, permitindo às entidades adjudicantes prescindir de tal etapa quando da adjudicação dos contratos futuros.<sup>1059</sup>

Todavia, essa regra tem exceção nos contratos de aprovisionamento. À vista do grande impacto que os acordos-quadro celebrados por centrais de compras podem provocar no mercado concorrencial, se não incidente qualquer

---

melhor proposta, e não exatamente nos termos da sua própria proposta.” (GONÇALVES, Pedro Costa. *Direito dos Contratos Públicos*, p. 259)

<sup>1056</sup> Miguel Assis Raimundo utiliza as classificações acordos-quadro mono-atributivos fechados, pluri-atributivos fechados e pluri-atributivos abertos para denominar, respectivamente, os acordos-quadro completos individuais, completos múltiplos e incompletos múltiplos. Cf. *Direito dos Contratos Públicos – Volume 1*, pp. 671-672.

<sup>1057</sup> RAIMUNDO, Miguel Assis. *Direito dos Contratos Públicos – Volume 1*, p. 672: “Trata-se, por isso, tal como sucede com os SAD, de um instrumento de ‘contratação a dois tempos’: uma parte da actividade de formação é concentrada num momento no tempo, deixando para mais tarde a celebração dos referidos ‘contratos firmes’, que têm por objecto a realização das prestações finais pretendidas.”

<sup>1058</sup> RAIMUNDO, Miguel Assis. *Direito dos Contratos Públicos – Volume 1*, pp. 672-673.

<sup>1059</sup> Cf. GONÇALVES, Pedro Costa. *Direito dos Contratos Públicos*, p. 258. Como explicita Miguel Assis Raimundo, mormente se forem muitas as entidades adjudicantes a utilizar o acordo-quadro, justifica-se a imposição de requisitos de capacidade financeira mais exigentes, a serem comprovados em fase prévia de qualificação, mormente por conta da obrigatoriedade de apresentação de proposta nos procedimentos adjudicatórios futuros realizados ao abrigo do acordo-quadro, imposta aos operadores económicos participantes pelo n.º 1 do artigo 255.º (cf. *Direito dos Contratos Públicos – Volume 1*, p. 672).

dos fundamentos materiais de que tratam os artigos 24º a 29º, o procedimento para sua adjudicação há de ser do tipo concurso público ou concurso limitado por prévia qualificação, e, conforme o nº 2 do artigo 265º, obrigatoriamente publicado no JOUE.<sup>1060</sup>

No que concerne ao procedimento de adjudicação das contratações celebradas ao abrigo de acordos-quadro completos, a regra prevista nos nºs 1 e 2 do artigo 258º é a adoção do ajuste direto, sem possibilidade de “reabertura da concorrência”. Se a utilização do ajuste direto se o acordo-quadro completo for individual não deixa margem a dúvidas, o mesmo não ocorre no caso de acordos-quadro completos múltiplos, pois necessário determinar a qual dos operadores económicos participantes a contratação final será adjudicada.

Na forma do nº 3 do artigo 252º e do nº 2 do artigo 258º, o adjudicatário haverá de ser selecionado de acordo com os critérios objetivos estabelecidos no caderno de encargos do acordo-quadro. Pedro Costa Gonçalves considera válidos critérios como o sorteio, a rotação ou cascata – de modo que os operadores económicos sejam convidados sucessivamente e de acordo com a ordem de classificação de suas propostas – ou qualquer outro desde que transparente e não discriminatório.<sup>1061</sup>

Para Pedro Fernández Sánchez, diferentemente, a previsão legal de celebração de acordos-quadro múltiplos completos haveria de ser tida por não escrita, pois à entidade adjudicante seria impossível encontrar “um único critério relativo à atractividade da proposta que lhe permita seleccionar eficientemente o adjudicatário para cada contrato”. Sorteio e rodízio, a seu ver,

---

<sup>1060</sup> Cf. SÁNCHEZ, Pedro Fernández. *Direito da Contratação Pública – Volume II*, p. 810: “(...) atendendo ao forte impacto que os acordos-quadro instituídos por uma central de compras produzem sobre o funcionamento do mercado concorrencial – com especiais dificuldades, aliás, no cálculo do valor do contrato por quem pretendesse adoptar um procedimento não plenamente concorrencial –, o artigo 265º afasta as regras gerais de escolha do procedimento em função do critério do valor que resultariam dos artigos 17º e seguintes. Em vez disso, o contrato público de aprovisionamento precisará sempre de ser precedido de um concurso (público ou limitado) com publicidade internacional, permitindo a celebração de contratos cujo somatório apresente um valor ilimitado. A única excepção a esta regra é alheia do recurso ao critério do valor, decorrendo da abertura para a invocação dos critérios materiais previstos nos artigos 24º a 29º.”

<sup>1061</sup> Cf. GONÇALVES, Pedro Costa. *Direito dos Contratos Públicos*, p. 265.

afigurar-se-iam critérios aleatórios e, nessa condição, vedados a bem do princípio da eficiência na prossecução do interesse público.<sup>1062</sup>

Ana Gouveia Martins, por seu turno, esmiuça os possíveis critérios de seleção, distinguindo-os entre: i) método de classificação fixa (*fixed ranking*), também designado método cascata (*cascade method*), em que os convites são enviados de acordo com a classificação obtida pela proposta quando da celebração do acordo-quadro; ii) método de classificação dinâmica (*dynamic ranking*), no qual a concorrência é reaberta no que concerne a um dado aspecto da execução contratual; iii) método de classificação indicativa (*indicative ranking*), em que cabe a cada entidade adjudicante *in concreto* definir caso a caso a classificação final das propostas apresentadas pelos operadores parte do contrato-quadro, aplicados os fatores e coeficientes previamente definidos no caderno de encargos, a fim de garantir a satisfação de suas necessidades específicas.

Ao ver da autora, se o método de classificação fixa é perfeitamente admissível no ordenamento jurídico português, indubitável a impossibilidade de adoção do método de classificação dinâmica, frente à proibição constante do n.º 2 do artigo 258.º. Quanto ao método de classificação indicativa, entende defensável sua aplicabilidade, uma vez que a classificação final resulta da aplicação do critério de adjudicação e do modelo de avaliação estabelecidos no contrato-quadro, “sem que seja admissível a apresentação de novas propostas ou a introdução de quaisquer alterações”. Outros métodos, como a escolha por sorteio (*random selection*), a rotatividade dos operadores económicos parte no acordo-quadro (*cab-rank selection*) ou a alocação por percentagem (*percentage allocation*) não se coadunam à seleção da proposta economicamente mais vantajosa, razão pela qual desaconselhável – e mesmo ilegítima – sua adoção.<sup>1063</sup>

---

<sup>1062</sup> Cf. SÁNCHEZ, Pedro Fernández. *Direito da Contratação Pública – Volume II*, p. 784.

<sup>1063</sup> MARTINS, Ana Gouveia. “Os Acordos-Quadro e os Contratos Celebrados ao seu Abrigo”, pp. 233-235. Para propostas de adequação da sistemática dos acordos-quadro completos e plurais às exigências do interesse público, veja-se MONGE, Cláudia. “Agrupamentos de Entidades Adjudicantes, Centrais de Compras, Acordos-Quadro”, pp. 268-271.



Quando de acordo-quadro incompleto se cuidar, na forma do artigo 259º, adotar-se-á o procedimento de consulta prévia, com as especificidades simplificadoras que lhe são próprias, em que apenas fornecedores incluídos no acordo-quadro – respeitado o número mínimo de três<sup>1064</sup> – são convidados a apresentar novas propostas, atinentes aos aspectos não submetidos à concorrência anterior. É esta a modalidade adotada quando da formação da maioria dos acordos-quadro, porquanto reserva parcela da concorrência ao procedimento de adjudicação do contrato final.

Se promovem economia de escala e conferem maior profissionalismo às compras públicas, é inegável que os acordos-quadro acabam por formar sistemas fechados de contratação, tanto sob a ótica dos sujeitos participantes quanto de seu conteúdo. Ao longo de sua vigência e como regra geral, os fornecedores do acordo-quadro permanecem os mesmos, assim como as entidades que podem adjudicar contratos ao seu abrigo. Os operadores econômicos que neste momento inicial tenham formulado as propostas mais competitivas têm sua posição cristalizada: enquanto participantes do acordo-quadro, permanecerão blindados à pressão de outros concorrentes, mesmo daqueles que porventura os tenham ultrapassado em atratividade.<sup>1065</sup>

Tal cristalização não é tão problemática em acordos-quadro celebrados por uma só entidade adjudicante ou por um pequeno agrupamento. Consoante o nº 2 do artigo 255º, uma vez que não lhes é obrigatório contratar ao abrigo do acordo-quadro, podem e devem recorrer ao mercado se constatada a perda de competitividade dos fornecedores participantes da avença. Entretanto, no caso de sistemas em que muitas entidades adjudicantes são obrigadas a recorrer a contratos de aprovisionamento celebrados por centrais de compras, a

---

<sup>1064</sup> A obtenção de propostas ou candidaturas em número inferior àquele previsto nas peças do procedimento de formação dos acordos-quadro plurais passou a ser fundamento de sua não adjudicação, à vista do artigo 79º, nº 1, alínea g), introduzido pela reforma de 2017. Ao ver de Miguel Assis Raimundo, tal disposição, assim como a previsão da quantidade mínima de 3 (três) fornecedores, são “disposições que procuram assegurar que durante a vigência do acordo quadro ainda exista uma medida de concorrência e diversidade de fornecedores” (cf. *Direito dos Contratos Públicos – Volume 1*, p. 677).

<sup>1065</sup> SÁNCHEZ, Pedro Fernández. *Direito da Contratação Pública – Volume II*, p. 832.

combinação entre cristalização das posições dos fornecedores e vinculação dos adquirentes pode ser demasiado deletéria ao princípio da concorrência.<sup>1066</sup>

O nº 4 do artigo 257º, em contrapartida, permite que outras entidades adjudicantes não referidas no procedimento de formação do acordo-quadro venham a ele aderir, desde que de tal programa ou convite: i) conste a possibilidade de adesão; ii) estejam identificadas suficientemente as entidades adjudicantes que podem vir a aderir, por meio de categorias gerais ou delimitações geográficas.

Aqui o legislador português incorporou a jurisprudência consolidada pelo Tribunal de Justiça, no sentido de que, a bem dos princípios da concorrência e da transparência, é indispensável que as condições à adesão de outras entidades adjudicantes aos acordos-quadro estejam definidas desde logo nas peças do procedimento para sua formação.<sup>1067</sup> Operadores económicos de maior capacidade financeira podem se interessar por participar de acordos-quadro de menor expressão, se, apesar de instituídos por poucas entidades adjudicantes, muitas outras a ele possam vir a aderir. Ao revés, em situação idêntica, fornecedores mais modestos podem preferir deixar de participar, por reconhecer a impossibilidade de fazer frente às prováveis contratações abertas por entidades aderentes.<sup>1068</sup>

Também do ponto de vista do conteúdo o acordo-quadro pode ser considerado um sistema de contratação fechado. Conforme os nºs 2 e 3 do artigo 257º, os contratos celebrados ao abrigo de acordos-quadro não podem

---

<sup>1066</sup> SÁNCHEZ, Pedro Fernández. *Direito da Contratação Pública – Volume II*, p. 832: “Nesses casos em que a ineficiência das centrais de compras seja protegida por regras que impedem as entidades adjudicantes de se socorrer de co-contratantes com condições manifestamente mais vantajosas e que desincentivam as centrais de compras e os fornecedores que elas seleccionaram de realizar qualquer esforço competitivo adicional – porque as protegem da pressão concorrencial externa ao deixar as entidades adjudicantes indefesas contra as suas deficiências, eliminando as suas alternativas de contratação –, o acordo-quadro assume-se como um dos principais factores de liquidação de uma competição viva e actualizada.”

<sup>1067</sup> Vejam-se, em especial, os acórdãos *Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato* (Processo C-216/17, Oitava Secção, julgado em 19 de dezembro de 2018) e *Simonsen & Weel* (Processo C-23/20, Quarta Secção, julgado em 17 de junho de 2021), este último já com referência à Diretiva 2014/24/UE.

<sup>1068</sup> Neste sentido, cf. RAIMUNDO, Miguel Assis. *Direito dos Contratos Públicos – Volume 1*, p. 675.

alterar substancialmente as condições nele pactuadas, senão para, por conta de inovações tecnológicas, atualizar características dos bens ou serviços a adquirir, mantidos o tipo de prestação e as especificações de desempenho. Por outro lado, à vista do nº 3 do artigo 252º, aos procedimentos de formação dos contratos realizados sob os acordos-quadro não é permitido promover modificações substanciais no critério de adjudicação, nas condições fundamentais do objeto do contrato ou nos critérios de alocação de lotes.

Até por isso, a vigência dos acordos-quadro é limitada a 4 (quatro) anos, em consonância com o nº 1 do artigo 256º. O nº 2 autoriza a previsão de prazo superior apenas se necessário ou conveniente em função da natureza das prestações objeto do acordo-quadro ou das condições de sua execução. Cuida-se de exceção e sua aplicação, consoante o nº 3 do artigo 256º, há de ser fundamentada, normalmente com arrimo em razões associadas ao período de rentabilização dos encargos com o contrato.<sup>1069</sup>

De todo modo, o prazo do acordo-quadro, como também dos contratos firmados sob seus auspícios, deve ser fixado caso a caso, com observância ao princípio da proporcionalidade. A toda evidência, quanto menor a sua vigência, maior a flexibilidade das entidades adjudicantes e sua abertura ao mercado. Assim, se o acordo-quadro tiver por objeto a aquisição de bens ou serviços calcados em inovação e tecnologia, é de cautela a adoção de duração mais curta, a fim de minorar o risco de obsolescência das prestações a contratar.

#### 1.7.4. Sistemas de Aquisição Dinâmicos

Assim como os acordos-quadro, os sistemas de aquisição dinâmicos – SAD são instrumentos de agregação e centralização de compras públicas, como deixam claro os artigos 39º, nº 1, alínea c), 237º, nº 5, e 261º, nº 1, alínea d). Entretanto, como os SAD se mantêm continuamente abertos à entrada de novos fornecedores, podem se mostrar mais eficientes à obtenção de melhores

---

<sup>1069</sup> Tal exceção não se aplica aos contratos de aprovisionamento, à vista de seu maior potencial restritivo da concorrência.

propostas e à promoção da concorrência, sobretudo se comparados a acordos-quadro vinculativos firmados por centrais de compras.<sup>1070</sup>

Apesar de vocacionados à utilização por agrupamentos de entidades adjudicantes e centrais de compras, quaisquer entidades adjudicantes podem instituir sistemas de aquisição dinâmicos. Quanto ao objeto, de conformidade com o atual nº 1 do artigo 237º, podem ser utilizados para futuras contratações de: i) locação ou aquisição de bens móveis e serviços de uso corrente; e ii) empreitada de obra pública de complexidade técnica reduzida, desde que – em ambas as hipóteses – as características e modos de execução genericamente disponíveis no mercado satisfaçam as necessidades da entidade adjudicante.

A reforma de 2017 eliminou a confusão entre a expressão “uso corrente” e o conceito de “standardização”. À similitude do que ocorre na interpretação da alínea a) do nº 1 do artigo 26º e do artigo 155º, também aqui é considerado de uso corrente o bem ou serviço utilizado pela entidade adjudicante de forma habitual, ainda que como tal não seja reputado pelo mercado em geral. A ideia de “complexidade técnica reduzida”, por sua vez, encontra paralelo no conceito de “manifesta simplicidade” empregado nos artigos 42º, nº 2, 95º, nº 1, alínea d), 135º, nº 2, e 190º, nº 2. Finalmente, apenas os bens e serviços prontamente disponíveis no mercado e passíveis de utilização sem adaptação específica ou customização (*off-the-shelf products*), como também as empreitadas com tais características – e que mais se aproximam à mera prestação de serviço – podem ser objeto de contratação ao abrigo dos SAD.<sup>1071</sup>

---

<sup>1070</sup> Cf. SÁNCHEZ, Pedro Fernández. *Direito da Contratação Pública – Volume II*, p. 833: “Daí que, como acima se viu, tais acordos-quadro de natureza vinculativa apresentem uma ineptidão estrutural: se, por natureza, já constituiriam um método, embora justificado, de restrição da concorrência, acabam afinal por sabotar a própria prossecução do interesse público que poderia oferecer o fundamento para aquela restrição concorrencial, porquanto contribuem adicionalmente para impedir as entidades adjudicantes de se beneficiarem da pressão concorrencial para a obtenção de melhores propostas.”

<sup>1071</sup> No ponto, vejam-se SÁNCHEZ, Pedro Fernández. *Direito da Contratação Pública – Volume II*, pp. 836-837; RAIMUNDO, Miguel Assis. *Direito dos Contratos Públicos – Volume 1*, pp. 691-693. Prossegue este autor, à p. 694: “É certo que se pode dizer (...) que haverá sempre uma apreciação mais ou menos objectiva, que se atém ao grau de *adaptação* que a entidade adjudicante promove nos bens, serviços ou obras que pretende contratar. No entanto, esta ressalva também deve ser confrontada com o facto de mesmo os bens, serviços ou obras de uso corrente e habitual serem normalmente oferecidos pelo mercado com um conjunto de opções ou escolhas que não eliminam o facto de estarmos perante bens não customizados. A não recondução de um determinado tipo de objecto contratual ao perímetro admissível de

Os SAD são totalmente eletrônicos e se assemelham a uma bolsa de operadores económicos permanentemente aberta a possíveis interessados.<sup>1072</sup> À vista da publicação do anúncio correspondente – nacional ou internacional, a depender do valor máximo dos contratos finais a celebrar –, os potenciais fornecedores apresentam suas candidaturas, destinadas tão só à sua qualificação com base nos requisitos mínimos de capacidade técnica e financeira de que trata o artigo 165º.

Não há lugar para a formulação de propostas indicativas iniciais<sup>1073</sup>: em transposição à normativa europeia, o nº 3 do artigo 237º determina que a tramitação do procedimento de formação dos SAD siga as regras do concurso limitado por prévia qualificação.<sup>1074</sup> Entretanto, o próprio código admite a necessidade de adaptações, a exemplo da impossibilidade de utilização do modelo complexo de qualificação previsto no artigo 181º, já que, à vista do nº 1 do artigo 241º-A, todos os candidatos que satisfaçam os requisitos mínimos de qualificação hão de ser obrigatoriamente admitidos.

Para além dos elementos gerais previstos no artigo 164º, o programa do procedimento de formação do SAD deve incluir as informações previstas nos nºs 1 e 2 do artigo 240º. De conformidade com a alínea a) do referido nº 1 e à similitude dos acordos-quadro, a duração do SAD há de ser limitada a 4 (quatro) anos, passíveis de extensão fundamentada, opção legislativa de difícil

---

utilização do SAD parece, pois, na prática, algo difícil de afirmar, excepto em casos manifestos (*zonas de certeza negativa* do conceito), em que se esteja perante objectos que, por exemplo, o mercado habitualmente não forneça, *excepto a entidades públicas*.”

<sup>1072</sup> A expressão “bolsa de operadores económicos” é de Pedro Fernández Sánchez (cf. *Direito da Contratação Pública – Volume II*, p. 834).

<sup>1073</sup> Até por conta da aplicação da regra constante do artigo 182º, nº 2, alínea h).

<sup>1074</sup> A preferência do legislador europeu pelo concurso limitado por prévia qualificação mereceu aplausos de Pedro Fernández Sánchez e críticas de Miguel Assis Raimundo. Para o primeiro, “a entidade adjudicante deve estar segura de que quem pretende entabular consigo uma relação procedimental de carácter mais ou menos complexo e duradouro dispõe de meios técnicos e financeiros suficientes para vir a celebrar contratos públicos e não pretende uma simples aventura temerária pautada por um risco de incumprimento” (cf. *Direito da Contratação Pública – Volume II*, p. 838). No entender do segundo, a crença de que, para participar de um SAD, “o agente económico tem de ter estrutura para conseguir economias de escala ‘e produzir a custos unitários inferiores à média’” arrima-se em “perspectiva incorrecta, que vê na contratação centralizada o campo dos grandes operadores económicos” (cf. *Direito dos Contratos Públicos – Volume 1*, p. 696).

compreensão em vista da abertura que lhe é própria.<sup>1075</sup> Por seu turno, segundo o nº 2, bastar ao programa prever o critério de adjudicação, sem necessidade de explicitar o modelo de avaliação das futuras propostas.<sup>1076</sup> De mais a mais, ainda que o CCP assim não preveja de forma explícita, a bem do respeito aos princípios da transparência e da concorrência, do caderno de encargos hão de constar as natureza e características dos bens, serviços ou obras a adquirir futuramente, como também sua quantidade e valor estimado.<sup>1077</sup>

Instituído o sistema pela publicação do anúncio, apresentação de candidaturas e apreciação dos requisitos de qualificação, os operadores económicos admitidos ao SAD passam a aguardar a iniciativa da entidade adjudicante. Caso decida contratar ao abrigo do sistema – faculdade a que não está vinculada –, a entidade adquirente deve enviar convite a todos os fornecedores dele participantes, sem que haja necessidade de fazer publicar novo anúncio, porquanto revogado o artigo 242º.

Uma vez convidados, os operadores económicos não estão obrigados a apresentar propostas, a denotar que a ligação por si que mantida com a entidade adjudicante ostenta carácter muitíssimo mais lasso se comparada àquela estabelecida nos acordos-quadro.<sup>1078</sup> Se decidirem fazê-lo, a

---

<sup>1075</sup> Para críticas à limitação temporal dos SAD, confirmam-se SÁNCHEZ, Pedro Fernández. *Direito da Contratação Pública – Volume II*, p. 841; RAIMUNDO, Miguel Assis. *Direito dos Contratos Públicos – Volume 1*, p. 701; TREPTE, Peter. *Public procurement in the EU: A practitioner's guide*, p. 411.

<sup>1076</sup> RAIMUNDO, Miguel Assis. *Direito dos Contratos Públicos – Volume 1*, p. 699: “Este aligeiramento deve considerar-se compatível com a ideia de densificação progressiva do critério de adjudicação, isto é, com a possibilidade de, nos procedimentos ao abrigo do SAD (leia-se, nos respectivos convites), haver uma maior pormenorização dos factores e subfactores e modo de os avaliar (...).”

<sup>1077</sup> Cf. SÁNCHEZ, Pedro Fernández. *Direito da Contratação Pública – Volume II*, p. 841: “com efeito, a publicidade obtida pelo anúncio só é verdadeiramente conforme com a concorrência quando cada potencial concorrente tem consciência de qual é a dimensão dos benefícios económicos que pode obter se ingressar no sistema”. Veja-se, ainda, RAIMUNDO, Miguel Assis. *Direito dos Contratos Públicos – Volume 1*, p. 701.

<sup>1078</sup> A não obrigatoriedade de apresentação de propostas “decorre da existência, no SAD, de uma incompletude estrutural das condições dos futuros procedimentos, e dos contratos a celebrar ao seu abrigo, na fase de instituição do sistema. Não só o participante no SAD não indica proposta (sequer indicativa) quando se regista no sistema, como do próprio lado da(s) entidade(s) adjudicante(s) não existe, ainda, uma total definição do objecto contratual, nem sequer, necessariamente, dos próprios detalhes do critério de adjudicação.” (RAIMUNDO, Miguel Assis. *Direito dos Contratos Públicos – Volume 1*, p. 689).

apresentação das propostas e a tramitação subsequente do procedimento de adjudicação do contrato final seguirá as normas próprias ao concurso limitado por prévia qualificação, com as adaptações previstas em lei.

Como se vê, com as alterações promovidas pela reforma de 2017 no influxo da Diretiva 2014/24/UE, os SAD assumiram feição muitíssimo mais flexível e amiga da concorrência. Com o passar do tempo, a colmatação prática de algumas lacunas procedimentais e a crescente profissionalização das contratações públicas, aposta a doutrina que virão a ser cada vez mais utilizados pelas entidades adjudicantes.<sup>1079</sup>

### 1.9 Órgãos decisórios

A condução do procedimento, como também a análise das candidaturas e propostas, é realizada por um júri ou comissão de avaliação, “composto exclusivamente por pessoas singulares independentes dos participantes no concurso”. A constituição de um júri temporário, nomeado *ad hoc* e específico para cada procedimento revela-se proveitosa, pois permite que o julgamento das candidaturas e propostas se dê colegiadamente – o que pode gerar debate e pluralismo –, por um corpo qualificado à análise das questões técnicas que porventura suas decisões suscitem.

Para além do perfil técnico adequado, o júri deve ostentar imparcialidade, neutralidade e, tanto quanto possível, equidistância face aos interesses que apreciará. Por isso, na forma do artigo 24º, seus membros devem assumir o compromisso de que não têm interesse direto ou indireto de natureza financeira, econômica ou pessoal no deslinde do procedimento. Como forma de garantir tal imparcialidade, o artigo 82º, números 2 e 6, determina que as propostas sejam analisadas anonimamente, e que todo o diálogo travado entre a comissão e os candidatos seja objeto de registro em ata.

---

<sup>1079</sup> Cf. SÁNCHEZ, Pedro Fernández. *Direito da Contratação Pública – Volume II*, pp. 830-831; RAIMUNDO, Miguel Assis. *Direito dos Contratos Públicos – Volume 1*, p. 707; PEREIRA, Pedro Matias; SILVA, Carolina Ferreira da. “Sistemas de aquisição dinâmicos, sistemas de qualificação e o leilão eletrônico” in GOMES, Carla Amado; PEDRO, Ricardo; SERRÃO, Tiago; CALDEIRA, Marco (coordenadores). *Comentários ao Código dos Contratos Públicos – Volume II*, p. 367.

Por outro lado, como elucida Pedro Costa Gonçalves, o júri deve ser um órgão independente também do ponto de vista funcional, é dizer, não deve integrar “qualquer cadeia hierárquica de órgãos da autoridade adjudicante”. Assim, não terá “o dever de acatar ordens, instruções ou diretivas sobre o modo como substancialmente exerce as suas *competências próprias* de instrução do procedimento.”<sup>1080</sup> Nesse sentido parece indicar o artigo 82º, nº 1, ao prever que “o júri é independente no que se refere às suas decisões e pareceres”. Segundo pondera Miguel Assis Raimundo, poder-se-ia até mesmo defender uma regra de inamovibilidade de seus componentes, “em atenção à defesa da imparcialidade e da igualdade entre os candidatos”.<sup>1081</sup>

#### 1.10. Sistema de Revisão

De conformidade com o artigo 1º, nº 3, da Diretiva 89/665/CEE, com a redação conferida pela Diretiva 2007/66/CE, qualquer interessado na obtenção de um determinado contrato que se acredite lesado por eventual violação praticada pela Administração Pública deve ter garantido o direito de recorrer.

Uma vez interposta a irresignação, consoante o artigo 2º, nº 1, a autoridade competente para sua apreciação deve reunir poderes para: i) decretar medidas urgentes para suspender o procedimento de adjudicação do contrato público ou a execução de quaisquer decisões tomadas pela autoridade adjudicante; ii) anular as decisões ilegais, a exemplo de especificações

---

<sup>1080</sup> GONÇALVES, Pedro Costa. *O Direito dos Contratos Públicos*, p. 162.

<sup>1081</sup> “A procura de resultados conformes com o interesse público tem de fazer-se por meio de uma intervenção no regime jurídico concreto que é aplicável aos actos e operações das entidades públicas (sujeitando esse regime à incidência dos princípios jurídico-públicos), mas também por uma forma de intervenção diversa e tão ou mais necessária do que essa, que consiste em estabelecer *formas organizacionais ou institucionais* que garantam resultados isentos e imparciais. Trata-se, numa palavra, de evitar que por descuido ou outra razão ainda menos legítima, o legislador acabe por criar *situações institucionais* onde *seja compensador para os agentes da entidade adjudicante actuar em detrimento dos princípios do interesse público*, ou onde se crie, para o exterior, essa suspeita, que é devastadora para a confiança dos particulares no sistema administrativo.” (cf. RAIMUNDO, Miguel Assis. *A Formação dos Contratos Públicos*, pp. 791-792). Prossegue o autor, às mesmas páginas: “(...) uma das funções de um modelo valorativamente adequado de contratação pública é o de legitimar a acção pública, reduzindo os riscos de comportamentos contrários à confiança depositada pelos cidadãos na sua Administração.”



técnicas, económicas ou financeiras discriminatórias que constem dos documentos do concurso; iii) conceder indenização.

De qualquer forma, a fim de possibilitar a interposição de recurso eficaz contra a decisão de adjudicação, o artigo 2º-A prevê um prazo suspensivo mínimo de 10 a 15 dias (*stand still*), durante o qual o contrato não pode ser celebrado. Como relata o considerando 4, não raro autoridades adjudicantes firmavam rapidamente a avença, no intuito de tornar irreversíveis os efeitos de sua decisão de adjudicatória. A ideia é conferir aos interessados “tempo suficiente para analisarem a decisão de adjudicação e avaliarem da oportunidade de interpor recurso”. Para tanto, os proponentes preteridos devem ser informados da decisão e de seus fundamentos, por meio de notificação que contenha o nome do adjudicatário, as características e vantagens relativas da proposta vencedora e, se possível for, um quadro de síntese da pontuação e da classificação final.<sup>1082</sup>

#### 1.11. Modificações Contratuais Objetivas

A despeito da letra do considerando 107 da Diretiva 2014/24/UE, que consagra como regra geral a necessidade de realização de novo procedimento adjudicatório quando da implementação de alterações materiais ao contrato original<sup>1083</sup>, o artigo 72º daquele diploma é pródigo ao prever exceções.<sup>1084</sup> Não

---

<sup>1082</sup> Cf. *Contratação Pública – Guia Prático para Profissionais.*, p. 101.

<sup>1083</sup> “Considerando 107. É necessário esclarecer as condições em que as modificações de um contrato durante a sua execução exigem um novo procedimento de contratação, tendo em conta a jurisprudência pertinente do Tribunal de Justiça da União Europeia. É exigido um novo procedimento de contratação em caso de alterações materiais ao contrato inicial, em particular ao âmbito de aplicação e ao conteúdo dos direitos e obrigações mútuos das partes, incluindo a distribuição de direitos de propriedade intelectual. Tais alterações demonstram a intenção das partes de renegociar termos ou condições essenciais desse contrato. Isso verifica-se, em particular, nos casos em que as condições alteradas poderiam ter tido influência no resultado do procedimento, se tivessem sido inicialmente contempladas.”

<sup>1084</sup> São estas as situações autorizativas, segundo o artigo 72º: nº 1, *alínea a*) aplicação de cláusulas de revisão previstas nos documentos iniciais do concurso, independentemente do valor, desde que não alterem a natureza do contrato ou do acordo-quadro; nº 1, *alínea b*) necessidade de obras, serviços ou fornecimentos complementares não incluídos no contrato inicial, caso a mudança de contratante se revele prejudicial à autoridade adjudicante e desde que o aumento de preço não exceda 50% (cinquenta por cento) do valor do contrato original; nº 1, *alínea c*) verificadas todas as seguintes condições: i) imprevisibilidade; ii) intangibilidade da natureza global do contrato; iii) aumento de preço restrito a 50% (cinquenta por cento) do valor do contrato ou acordo-quadro original; nº 1, *alínea d*) substituição de adjudicatário; nº 1, *alínea*

por acaso, a ampliação das hipóteses de dispensa de novo procedimento adjudicatório fez suscitar aceso debate doutrinário, a fim de determinar se a imutabilidade da avença ainda é de fato a diretriz geral.<sup>1085</sup>

Se a Diretiva 2014/14/UE pretendeu flexibilizar os contratos públicos, ao ampliar as hipóteses em que sua modificação é autorizada e simplificar o regramento aplicável, a reforma do CCP de 2017 tomou caminho diametralmente oposto: tornou o regime geral de modificação contratual mais rígido e complexo.<sup>1086</sup> Portanto, coube ao legislador revisor de 2021 corrigir equívocos, sanar incongruências e simplificar a sistemática conferida à matéria, colocando-a em linha com as previsões europeias.

De conformidade com o atual artigo 311º, o contrato pode ser modificado em razão de: i) acordo entre as partes, definido em cláusula do contrato inicial ou em avença posterior, adotada forma de igual ou maior solenidade; ii) decisão judicial ou arbitral, respeitada a margem de discricionariedade própria à função administrativa; iii) ato administrativo unilateral, conforme previsto na alínea b) do nº 2 do artigo 301º, fundado em “razões de interesse público

---

e) independente do valor, a alteração não for substancial; nº 2) independente da aferição quando à natureza substancial da modificação, seu valor seja inferior tanto aos limiares europeus quanto aos percentuais de 10% (dez por cento) do contrato inicial de serviços e fornecimentos e 15% (quinze por cento) se de empreitada de obras se tratar.

<sup>1085</sup> No ponto, cf. MARTINS, Ana Gouveia. “A modificação dos contratos no anteprojecto do Código dos Contratos Públicos”, in ESTORNINHO, Maria João; MARTINS, Ana Gouveia (coordenadoras). *A Revisão do Código dos Contratos Públicos – Atas da Conferência*. Lisboa: ICDP/CIDP, dezembro de 2016, p. 287: “Em nosso entender, a intenção do Direito comunitário foi a de descrever, com o maior detalhe possível, as condições em que a modificação do contrato é admissível, sem necessidade de lançamento de um novo procedimento selectivo. A modificação do contrato é apresentada como um instrumento de adaptação do contrato perfeitamente legítimo, reunidos que estejam determinados pressupostos e respeitados certos limites. Salvo uma inflexão da jurisprudência comunitária, não parece, porém, que seja admitida a modificação do contrato fora dos casos expressamente previstos. A verdade é que a amplitude com que é reconhecida a admissibilidade da modificação dificilmente permite uma afirmação categórica do seu estatuto excepcional, pelo menos no que respeita à sua relevância prática.”

<sup>1086</sup> Veja-se MARTINS, Ana Gouveia. “O regime da modificação dos contratos após a revisão do Código dos Contratos Públicos”, in ESTORNINHO, Maria João; MARTINS, Ana Gouveia; SÁNCHEZ, Pedro Fernández (organizadores). *A Revisão do Código dos Contratos Públicos de 2021*. Lisboa: AAFDL, 2021, p. 214: “Com efeito, em rota de colisão com o escopo assumidamente flexibilizador do pacote de Directivas de 2014 relativamente à jurisprudência comunitária anterior, o legislador de 2017 optou por restringir de forma desmesurada a admissibilidade de introdução de alterações aos contratos, quiçá movido por uma ingénua ideia de poupança de dinheiros públicos e sob a bandeira de promoção da concorrência a todo o custo.”

decorrentes de necessidades novas ou de uma nova ponderação das circunstâncias existentes”, na letra da alínea c) do artigo 312º.

O artigo 312º, por sua vez, elenca de forma taxativa os fundamentos pelos quais os contratos podem ser modificados, cada qual a provocar uma consequência financeira distinta. Na sua ausência, ou sempre que não caracterizadas as condições ou pressupostos exigidos por lei, à autoridade pública contraente restará realizar novo procedimento adjudicatório, como adverte o nº 6 do artigo 313º.

O primeiro fundamento, constante da alínea a) do artigo 312º, é a previsão no caderno de encargos<sup>1087</sup> de “cláusulas contratuais que indiquem de forma clara, precisa e inequívoca o âmbito e a natureza das eventuais modificações, bem como as condições em que podem ser aplicadas”. A rigor, como realça Pedro Costa Gonçalves, mais do que *modificações do contrato*, cuida-se de *modificações de acordo com o contrato*, porquanto nele previamente concertadas.<sup>1088</sup>

Como é possível depreender do dispositivo legal, não basta que a possibilidade de modificação conste do contrato inicial, “como se de um cheque em branco se tratasse”.<sup>1089</sup> Por respeito aos princípios da concorrência, da não discriminação e da transparência, afigura-se indispensável que a previsão contratual seja suficientemente clara, precisa e minuciosa, “quer no que respeita ao tipo de modificações a introduzir e ao seu alcance, quer no que concerne às condições e circunstâncias que legitimam a sua aplicação”.<sup>1090</sup> Preenchidos tais requisitos, as modificações operadas em virtude de cláusulas de variação constantes do contrato inicial não se submetem aos limites

---

<sup>1087</sup> Consoante determina o artigo 96º, nº 1, alínea j), do CCP.

<sup>1088</sup> GONÇALVES, Pedro Costa. “A reforma de 2021 do CCP em matéria de contratos reservados e de modificações objetivas de contratos”, in GOMES, Carla Amado; PEDRO, Ricardo; SERRÃO, Tiago; CALDEIRA, Marco (coordenadores). *Comentários ao Código dos Contratos Públicos – Volume I*. Lisboa: AAFDL Editora, 2021, p. 53, nota nº 11.

<sup>1089</sup> MARTINS, Ana Gouveia. “O regime da modificação dos contratos após a revisão do Código dos Contratos Públicos”, p. 221.

<sup>1090</sup> MARTINS, Ana Gouveia. “O regime da modificação dos contratos após a revisão do Código dos Contratos Públicos”, p. 221.

quantitativos estatuidos para as demais hipóteses de modificação objetiva, porquanto já foram dadas a conhecer ao mercado quando do procedimento adjudicatório.<sup>1091</sup>

O segundo fundamento à modificação contratual, constante da alínea b) do artigo 312º, é a “alteração anormal e imprevisível das circunstâncias em que as partes tenham fundado a decisão de contratar, desde que a exigência das obrigações por si assumidas afete gravemente os princípios da boa-fé e não esteja coberta pelos riscos próprios do contrato”. Na verdade, a modificação aqui prevista é uma *consequência* eventual de fatos anormais, imprevisíveis e exteriores ao contrato e à vontade das partes, capazes de impactar a relação contratual para além da álea original. Se, nestas mesmas hipóteses, o nº 1 do artigo 437º do Código Civil prevê como alternativa a resolução dos contratos firmados entre particulares, a incidência do princípio da prossecução do interesse público impede que tarefas relevantes à comunidade possam ser abruptamente descontinuadas. Por conseguinte, uma vez que ao cocontratante não é dado tão simplesmente se desvincular da relação contratual, pode ela vir a ser modificada com fulcro em *razões de justiça* contratual, aplicada a teoria da imprevisão.<sup>1092</sup>

---

<sup>1091</sup> “Esta precisão é fundamental, já que muitas cláusulas contratuais referentes a modificações não têm os referidos predicados: muitas dessas cláusulas limitam-se a reproduzir, com pouco detalhe adicional, os fundamentos de modificação previstos na lei (p.e., a alteração de circunstâncias, modificação unilateral). Sublinhe-se, contudo, que as cláusulas modificativas que não sejam claras e inequívocas não são, *prima facie*, inválidas. A consequência da falta dessas características é, assim, (apenas) a de que tais cláusulas não podem considerar-se sujeitas ao regime particular da modificação pela via de cláusulas contratuais, apenas sendo admitidas as modificações a que elas tendam se e na medida em que, por uma avaliação autónoma, cumpram os limites fixados na lei para o tipo de modificação em causa.” (RAIMUNDO, Miguel Assis. *Direito dos Contratos Públicos – Volume 2*, p. 189).

<sup>1092</sup> No ponto, cf. SÁNCHEZ, Pedro Fernández. A Revisão de 2021 do Código dos Contratos Públicos, p. 111: “Os receios quanto à eventual ruína do co-contratante, por maiores que sejam, não podem permitir que as tarefas de alcance geral que lhe foram confiadas sejam puramente descontinuadas, pelo menos de imediato e sem conceder tempo à Administração para encontrar um substituto capaz de realizar as mesmas. Portanto, visto que a especificidade prestações sem perda de eficiência do interesse público que é objecto do contrato administrativo prejudica a mera aplicação da solução civilística de desvinculação contratual, a Administração Pública, como principal interessada na continuação do contrato, fica responsável por ir em socorro do co-contratante, incorporando no erário público parte dos seus danos e indemnizando-o por ‘imprevisão’ das circunstâncias que conduziram à alteração das representações iniciais das partes.”

Tal hipótese não se confunde com a modificação fundamentada em “razões de interesse público decorrentes de necessidades novas ou de uma nova ponderação das circunstâncias existentes”, prevista na alínea c) do artigo 312º. Neste caso, diferentemente do anterior, a modificação contratual não é consequência de uma circunstância externa à avença e alheia à vontade das partes – circunstância esta que gera o desequilíbrio. Ao revés, a modificação contratual é a *causa* do desequilíbrio da relação original e *resultado* da vontade da entidade contratante, que, à vista de novas necessidades surgidas após a celebração da avença – ou mesmo da nova ponderação de circunstâncias já então existentes –, conclui ser de interesse público alterar o conteúdo ou o modo de execução das prestações inicialmente pactuadas e, para tanto, faz uso de seu poder exorbitante de modificação unilateral.

Como já se deixou entrever, e até porque se estribam em realidades fáticas distintas, cada fundamento modificativo acarreta uma consequência financeira particular. Nos casos em que a modificação decorre da mera aplicação de cláusula prévia, a repercussão financeira será aquela prevista no contrato inicial; desnecessária, portanto, qualquer imposição legal específica.

Na hipótese de modificação por razão de interesse público, uma vez alterada pela entidade contratante a equação econômico-financeira em que se fundou a avença inicial, impositiva sua recomposição integral pela entidade contratante, em obediência do princípio *pacta sunt servanda*. Assim, conforme a alínea b) do nº 1 do artigo 314º, é direito do cocontratante a reposição do equilíbrio financeiro, nos exatos termos do artigo 282º, a que corresponde um dever da Administração que não se limita à simples compensação de parte dos prejuízos sofridos em decorrência da modificação. Como bem esclarece Pedro Fernández Sánchez, a recomposição não tem natureza indenizatória, pois visa à recuperação da “‘proporção entre sacrifícios e benefícios’ que as partes acordaram”, de modo a garantir ao cocontratante “o exacto lucro (...) que deveria receber se a modificação não tivesse ocorrido”.<sup>1093</sup>

---

<sup>1093</sup> SÁNCHEZ, Pedro Fernández. *A Revisão de 2021 do Código dos Contratos Públicos*, pp. 115-116. Consta também à p. 115: “Ao contrário do que sucede num caso de alteração de circunstâncias que não são provocadas pela Administração Pública, não está em causa uma

Se o caso for de alteração anormal e imprevisível das circunstâncias que fundaram a decisão de contratar, à entidade contratante caberá compensar o cocontratante prejudicado, a bem da continuidade das tarefas a ele confiadas e do respeito à boa-fé. Mas, diferente da hipótese anterior, não lhe será exigível “a recuperação rigorosa e integral da equação económico-financeira inicial”, a fim de recolocar o cocontratante “na precisa situação em que se encontrava antes do contrato”.<sup>1094</sup> Aqui, a entidade contratante não é responsável pelo desequilíbrio do contrato, mas, sim, por sua ininterrupção, porquanto prejudicial ao interesse público a descontinuação da prestação de serviços relevantes. Por conseguinte, a Administração se limita a auxiliar o cocontratante – na estrita medida necessária e de acordo com critérios de equidade – a suportar os efeitos da imprevisão, evitando-lhe a ruína e a consequente paralisação dos serviços. É esse o sentido do nº 2 do artigo 314º.<sup>1095</sup>

Ainda que distintas, as duas figuras – alteração anormal e imprevisível de circunstâncias externas ao contrato e modificação da avença por razões de interesse público – aproximam-se na hipótese de *fato do príncipe*. É possível que uma decisão tomada pelo contratante público no exercício de um seu poder de carácter geral – e, portanto, não relacionada ao poder de intervenção no contrato – venha a repercutir de forma específica na situação do cocontratante, acarretando desequilíbrio à avença. Imagine-se, por exemplo, a imposição de um novo tributo pelo contraente público, que venha a encarecer especialmente a prestação de serviço por ela contratada ao particular. Se este

---

simples indemnização destinada a salvar da hipotética ruína o co-contratante afectado por eventos supervenientes; em vez disso, restaura-se rigorosamente um equilíbrio que a Administração inicialmente aceitou respeitar e cuja subsistência foi colocada em risco pela sua intervenção unilateral. O co-contratante não tem de demonstrar o perigo de ruína; o dever de reposição integral do equilíbrio inicial resulta do próprio acto modificativo.”

<sup>1094</sup> SÁNCHEZ, Pedro Fernández. *A Revisão de 2021 do Código dos Contratos Públicos*, pp. 116-117.

<sup>1095</sup> SÁNCHEZ, Pedro Fernández. *A Revisão de 2021 do Código dos Contratos Públicos*, p. 118: “Assim se procura evitar o erro técnico que tradicionalmente tem afectado a nossa prática administrativa, que usa o conceito de ‘reequilíbrio financeiro do contrato’ de forma indiferenciada para resposta a qualquer modificação contratual ou alteração de circunstâncias. Esse é um claro equívoco: a reposição financeira existe quando a Administração tenha ficado obrigada a restaurar integralmente a equação contratual inicial. E isso só é exigível quando o facto provocador do desequilíbrio resulta de uma actuação pública unilateral, o que não sucede no caso de uma alteração de circunstâncias que se impõe às partes e que é alheia à sua vontade.”

o caso, apesar de se cuidar de fato exterior à relação contratual, recebe tratamento equiparado às hipóteses de modificação unilateral por razões de interesse público, de modo que ensejará a reposição do equilíbrio financeiro do contrato, na forma do artigo 314º, nº 1, alínea a).<sup>1096</sup>

Se o rol de hipóteses de modificação contratual foi ampliado, também a publicidade dos atos administrativos que as levam a cabo sofreu incremento. De conformidade com o nº 1 do artigo 315º, quaisquer modificações devem ser publicadas no portal dos contratos públicos até 5 (cinco) dias após sua concretização e ali mantidas até 6 (seis) meses após o término do contrato. Mais: tal publicização foi erigida pelo nº 3 à “condição de eficácia dos atos ou acordos modificativos, nomeadamente para efeitos de quaisquer pagamentos”. Como explicita Pedro Fernández Sánchez, tal incremento do princípio da transparência visa garantir que, mesmo após celebrada a avença, a atividade contratual pública possa ser submetida a escrutínio efetivo, mormente pelos particulares interessados em disputar um novo procedimento pré-contratual, caso as novas prestações resultantes da modificação fossem submetidas à concorrência.<sup>1097</sup>

Para além da regra comum de obrigatoriedade de sua publicização no portal dos contratos públicos, quaisquer das hipóteses de modificação têm como limite, explicitado no nº 1 do artigo 313º, a impossibilidade de se traduzirem “na alteração da natureza global do contrato, considerando as prestações principais que constituem o seu objeto”. O conceito de *alteração da*

---

<sup>1096</sup> No ponto, cf. GONÇALVES, Pedro Costa. “A reforma de 2021 do CCP em matéria de contratos reservados e de modificações objetivas de contratos”, pp. 55-58. Pedro Fernández Sánchez adverte que hipóteses de fato do príncipe devem ensejar o reequilíbrio estrito da relação contratual apenas quando nela repercutirem de modo específico, em prejuízo do cocontratante. Do contrário, aplicar-se-á o regime do nº 2 do artigo 314º. Veja-se SÁNCHEZ, Pedro Fernández. *A Revisão de 2021 do Código dos Contratos Públicos*, p. 121: “Quando, pelo contrário, a alteração de circunstâncias, embora prejudicando o equilíbrio contratual e exigindo uma compensação à luz da boa fé, seja aprovada ao abrigo de considerações de política geral que afectam um universo, mais amplo ou mais restrito, de operadores económicos, sem se “repercutirem de modo específico na situação contratual do co-contratante”, tal caso não cabe já na alínea a) do n.º 1 do artigo 314.º. E isso significa que se torna aplicável a cláusula residual prevista no n.º 2 do artigo 314.º: ocorrerá uma mera compensação ou modificação contratual segundo juízos de equidade, destinada à partilha parcial e não integral de prejuízos.”

<sup>1097</sup> SÁNCHEZ, Pedro Fernández. *A Revisão de 2021 do Código dos Contratos Públicos*, p. 131.

*natureza global* – também utilizado no considerando 109 da Diretiva 2014/24/UE – equivale à desfiguração do contrato, porquanto modificados seu tipo, natureza ou objeto principal.<sup>1098</sup> Protege tanto a posição do cocontratante, impedindo que lhe sejam exigidas de forma unilateral prestações totalmente diferentes daquelas com as quais anuiu, quanto a concorrência, ao proscrever modificações desnaturantes de contratos cujos procedimentos de formação foram submetidos à competição.

Não obstante, a modificação fundada em razões de interesse público deve observar – também – o limite constante do nº 2 do artigo 313º, segundo o qual não poderá ter lugar “quando implicar uma modificação substancial do contrato ou configurar uma forma de impedir, restringir ou falsear a concorrência”.<sup>1099</sup> Na esteira do nº 5 do artigo 72º da Diretiva 2014/24/UE, e no intuito dar maior concretude à vedação geral, a reforma de 2021 enunciou três hipóteses exemplificativas: i) “introduzir alterações que, se inicialmente previstas no caderno de encargos, teriam ocasionado no procedimento pré-contratual, de forma objetivamente demonstrável, a alteração da qualificação dos candidatos, a alteração da ordenação das propostas avaliadas, a não exclusão ou a apresentação de outras candidaturas ou propostas”<sup>1100</sup>; ii)

---

<sup>1098</sup> “O parâmetro interpretativo do conceito de alteração da natureza global do contrato é o da falta de cognoscibilidade do contrato inicial face à modificação que se pretende introduzir. Apela à ideia de que se é possível ‘mudar o contrato’, não é possível ‘mudar de contrato’.” (MARTINS, Ana Gouveia. “O regime da modificação dos contratos após a revisão do Código dos Contratos Públicos”, p. 223)

<sup>1099</sup> Veja-se RAIMUNDO, Miguel Assis. *Direito dos Contratos Públicos – Volume 2*, p. 204: “Estas duas ideias – modificação substancial e protecção da concorrência – surgem agora, na letra da lei, com uma adversativa (‘ou’), mas, na verdade, a protecção da concorrência é a função essencial desta limitação, como se retira das diversas alíneas do preceito, e também das disposições que, no direito europeu, funcionam como fonte deste regime. Dessa forma, as alíneas do nº 2 do artigo 313º não são, apenas, exemplos de situações contrárias à concorrência, mas concretizações da ideia mais ampla, resultante da leitura global do proêmio desse nº 2, segundo a qual as alterações substanciais ali previstas são problemáticas, essencialmente, pelo seu impacto na concorrência pré-contratual.”

<sup>1100</sup> Cf. SÁNCHEZ, Pedro Fernández. *A Revisão de 2021 do Código dos Contratos Públicos*, p. 123: “Primeiro, nos termos da alínea a), estará identificada uma violação do princípio da concorrência quando as alterações sejam susceptíveis de defraudar o resultado do procedimento pré-contratual. Numa manifesta proximidade com o que sucede no caso de introdução de ajustamentos ao contrato no contexto do próprio procedimento prévio (cfr. artigo 99.º), isso ocorrerá quando seja objectivamente demonstrável que as alterações, se tivessem sido inicialmente previstas no caderno de encargos, teriam permitido qualificar um candidato não qualificado ou não qualificar um candidato qualificado; excluir uma proposta não excluída ou não excluir uma proposta excluída; viabilizar a apresentação de candidaturas ou propostas que não foram apresentadas; ou alterar a ordenação das propostas que foram avaliadas. Em todos esses casos, existe uma forte probabilidade de que a alteração, se tivesse sido realizada



“alterar o equilíbrio económico do contrato a favor do cocontratante de modo a que este seja colocado numa situação mais favorável do que a resultante do equilíbrio inicialmente estabelecido”; iii) “alargar consideravelmente o âmbito do contrato”.

Ao ver de Ana Gouveia Martins, a *modificação substancial do contrato* – categoria que deita raízes na jurisprudência do Tribunal de Justiça Europeu<sup>1101</sup> – não se confunde com a *alteração da natureza global do contrato*, de que trata o n.º 1 do artigo 313.º. Animada pela prossecução dos princípios da concorrência, transparência, igualdade e não discriminação, a vedação à modificação substancial impõe critério mais rigoroso e exigente à alteração de elementos essenciais do contrato, aqui “entendidos como os termos e condições que constavam das peças do procedimento”. Em consequência, mesmo aspectos não submetidos à concorrência ou atributos de candidaturas e propostas – a exemplo do prazo, preço e quantidade de prestações – não podem ser alvo de modificação, caso tenham influenciado de forma determinante “na decisão de participação ou não no procedimento pelos potenciais interessados ou na seleção do candidato ou do adjudicatário”.<sup>1102</sup>

O n.º 2 do artigo 313.º proscreve, igualmente e de forma expressa, a modificação capaz de desequilibrar a avença em favor do cocontratante sem fundamento legítimo e o aumento considerável do âmbito do contrato. À guisa de exemplo da primeira hipótese, Ana Gouveia Martins elenca a elevação

---

no próprio procedimento pré-contratual, redundaria num adjudicatário distinto. E isso implicaria defraudar o objetivo desse procedimento inicial.”

<sup>1101</sup> Veja-se GONÇALVES, Pedro Costa. “Acórdão *Presstext*: modificação de contrato existente vs. adjudicação de novo contrato”, in *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 73, Janeiro/Fevereiro 2009, pp. 11-20.

<sup>1102</sup> Cf. MARTINS, Ana Gouveia. “O regime da modificação dos contratos após a revisão do Código dos Contratos Públicos”, p. 224. Prossegue a autora, à p. 226: “Em suma, o conceito de alteração substancial do contrato pressupõe que sejam introduzidas significativas ‘alterações materiais ao contrato inicial, em particular ao âmbito de aplicação e ao conteúdo dos direitos e obrigações mútuos das partes’, que afectem condições essenciais do contrato, sem, contudo, o desfigurar ou desnaturalizar, i.e., sem que afectem o limite da natureza global do contrato. Ao invés, o limite do objecto do contrato ou da natureza global do contrato não obsta a que seja alterado o conteúdo das estipulações contratuais, sendo possível alterar, nomeadamente, as obrigações do co-contratante no que respeita à quantidade, qualidade, especificações técnicas, prazos, condições jurídicas e técnicas da sua execução.” Miguel Assis Raimundo, por sua vez, discorda parcialmente, por acreditar que a distinção entre o limite da natureza global do contrato e o limite da modificação substancial seria de grau e não de qualidade (cf. *Direito dos Contratos Públicos – Volume 2*, p. 200).

exagerada do preço frente ao custo da inserção de uma nova contraprestação, como também a disponibilização gratuita do uso de imóveis, bens móveis ou serviços. A segunda hipótese dá-se quando do “aumento da quantidade de prestações requeridas ou da esfera territorial, pessoal ou temporal da execução do contrato”.<sup>1103</sup>

O nº 3 do artigo 313º prevê duas exceções à vedação instituída no nº 2, a saber: i) modificações de valor diminuto (ou *de minimis*), cujo valor seja inferior aos limiares europeus e a 10% (dez por cento) do preço contratual inicial, ou, se de empreitada de obra pública se tratar, 15% (quinze por cento), consideradas cumulativamente (cf. nº 4 do artigo 313º); ii) modificações “que decorram de circunstâncias que uma entidade adjudicante diligente não pudesse ter previsto, desde que a natureza duradoura do vínculo contratual e o decurso do tempo as justifique, e desde que o seu valor não ultrapasse 50% do preço contratual inicial”, consideradas isoladamente (cf. nº 4 do artigo 313º).

No primeiro caso, a premissa em que se fundaram os legisladores europeu e nacional foi a de que alterações de valor reduzido não são capazes de distorcer significativamente a concorrência, razão pela qual há de preponderar a necessidade de flexibilidade e adaptabilidade das obrigações contratuais. Entretanto, à vista do limite insculpido no nº 1 do artigo 313º, “esta presunção pode e deve ser afastada quando uma alteração, ainda que mínima, desnaturalize o contrato, subvertendo e defraudando o procedimento pré-contratual”.<sup>1104</sup> Não se está diante, pois, de uma permissão automática: os percentuais de 10% e 15% do preço inicial – como também os limiares europeus – não constituem fundamento autónomo de modificação contratual, mas, isto sim, um limite às modificações fundadas em razões de interesse público ou em outro motivo legítimo.<sup>1105</sup>

---

<sup>1103</sup> MARTINS, Ana Gouveia. “O regime da modificação dos contratos após a revisão do Código dos Contratos Públicos”, p. 225.

<sup>1104</sup> MARTINS, Ana Gouveia. “O regime da modificação dos contratos após a revisão do Código dos Contratos Públicos”, p. 232.

<sup>1105</sup> MARTINS, Ana Gouveia. “O regime da modificação dos contratos após a revisão do Código dos Contratos Públicos”, p. 232: “Não se poderá interpretar a alínea a) do novo nº 3 do artigo 313º como atribuindo um cheque garantido de modificações na ordem dos 10% ou 15% do valor do contrato mas antes como um limite máximo de valor, ‘se’ e ‘quando’ se demonstre ser

No segundo caso, para além do limite da alteração da natureza global, a modificação contratual somente poderá ocorrer na presença dos seguintes pressupostos: i) impossibilidade de previsão – mesmo por uma entidade adjudicante diligente – das circunstâncias geradoras da necessidade de alteração; ii) natureza duradoura do vínculo contratual e o decurso do tempo; iii) valor limitado ao máximo de 50% (cinquenta por cento) do preço inicial, considerado individualmente na hipótese de modificações sucessivas<sup>1106</sup>.

Ao ver de Pedro Costa Gonçalves, as *circunstâncias imprevisíveis às autoridades adjudicantes diligentes*<sup>1107</sup> que autorizam a modificação substancial de acordo com a alínea b) do nº 3 do artigo 313º não se confundem com aquelas consideradas na alínea b) do artigo 312º. A *alteração anormal e imprevisível das circunstâncias* impacta a base negocial da avença inicial e impede que, por razões de justiça e boa-fé, seja exigido ao cocontratante o cumprimento das obrigações por si assumidas. Por sua vez, a referência legal a circunstâncias imprevisíveis às autoridades adjudicantes diligentes tem contornos distintos: permitem modificações por razões de interesse público, promovidas no interesse da entidade adjudicante, à vista de fatos imprevisíveis. É o caso – e os exemplos são do autor – do “aparecimento de ‘surpresas’ no

---

necessária a introdução de modificações ao contrato.”. Veja-se, ainda, RAIMUNDO, Miguel Assis. *Direito dos Contratos Públicos – Volume 2*, p. 208.

<sup>1106</sup> No ponto, cf. MARTINS, Ana Gouveia. “O regime da modificação dos contratos após a revisão do Código dos Contratos Públicos”, p. 230: “Importa assinalar que o nº 4 do artigo 313º vem estabelecer que, em caso de modificações sucessivas, o limite máximo de 50% do valor do contrato a considerar para efeitos da modificação fundada em circunstâncias imprevisíveis é o valor de cada modificação, solução expressamente admitida pelo inciso iii) da alínea c) do nº 1 do art. 72º da Directiva 2014/24/UE. O que significa dizer que se cada modificação pode ascender até 50% do valor do contrato inicial, no limite, o somatório de várias modificações possa ser superior ao valor do contrato inicial... Há que ter em consideração, porém, que o último parágrafo da referida disposição comunitária consagra uma cláusula geral de fraude à lei, alertando-se para o facto de as modificações sucessivas não poderem ‘ter por objetivo a não aplicação das disposições da presente directiva’. Não se prescinde, assim, de uma apreciação casuística das razões apresentadas para justificar várias modificações fundadas em circunstâncias imprevisíveis e/ou do eventual fraccionamento abusivo das modificações para tornar aquele limite percentual máximo.”

<sup>1107</sup> “Circunstâncias imprevisíveis serão, por conseguinte, tanto as circunstâncias imprevisíveis em sentido restrito – no sentido de não ser, de todo, possível a sua previsão (impossibilidade objectiva de previsão) – como as circunstâncias, que embora objectivamente previsíveis, não pudessem ser previstas por uma entidade adjudicante diligente quando da preparação do procedimento em concreto.” (MARTINS, Ana Gouveia. “O regime da modificação dos contratos após a revisão do Código dos Contratos Públicos”, p. 228)

subsolo, que só a escavação pôde revelar (v.g., achados arqueológicos), a ampliação de uma empreitada cuja execução provocou o inesperado colapso de uma estrutura contígua ou a exigência do reforço do âmbito de prestação de um serviço na sequência da deflagração de um incêndio de grandes proporções”.<sup>1108</sup>

Consequentemente, segundo Pedro Costa Gonçalves, o limite de 50% (cinquenta por cento) do valor inicial do contrato, previsto na alínea b) do nº 3 do artigo 313º, não se aplica às alterações anormais e imprevisíveis das circunstâncias, reguladas pela alínea b) do artigo 312º.<sup>1109</sup> Miguel Assis Raimundo, ao revés, advoga que o conceito de *alterações anormais e imprevisíveis das circunstâncias* está contido na noção mais abrangente de *alterações que uma entidade adjudicante diligente não poderia prever*, de modo que, por identidade de princípio, àquelas há de ser aplicado o limite quantitativo insculpido na alínea b) do nº 3 do artigo 313º. Na sua percepção, a assertiva segundo a qual as modificações por alteração anormal e imprevisível não colocam em xeque a concorrência não se coaduna com a intenção do legislador europeu, que “terá querido, precisamente, sinalizar o limiar quantitativo muito generoso (50% do preço contratual, ainda para mais considerado em relação a cada modificação) a partir do qual já existe uma modificação que perturba essa concorrência”.<sup>1110</sup>

---

<sup>1108</sup> GONÇALVES, Pedro Costa. “A reforma de 2021 do CCP em matéria de contratos reservados e de modificações objetivas de contratos”, pp. 63-64.

<sup>1109</sup> Na mesma direção vai Ana Gouveia Martins, ainda que ressalve a necessidade de acompanhar o evoluir da jurisprudência europeia: “Como já fizemos referência, consideramos que não é de incluir no fundamento das circunstâncias imprevisíveis as situações de alteração anormal e imprevisível das circunstâncias em que as partes basearam a sua vontade de contratar, muito embora haja que estar atento à evolução da jurisprudência comunitária nesta matéria.” (MARTINS, Ana Gouveia. “O regime da modificação dos contratos após a revisão do Código dos Contratos Públicos”, p. 229)

<sup>1110</sup> RAIMUNDO, Miguel Assis. *Direito dos Contratos Públicos – Volume 2*, p. 212. Prossegue o autor, à página seguinte: “Por outras palavras: a modificação do contrato em ordem à sua manutenção não é um corolário indispensável da ideia de justiça contratual, podendo o legislador europeu entender que um contrato ‘demasiado modificado’ não deve manter-se como tal, e deve ser (de novo) submetido à concorrência, a partir de certo nível de impacto que ele sofra. Assim, a nosso ver, a solução mais conforme com as formulações da directiva é adoptar uma noção *ampla* de circunstâncias imprevistas, não ignorando que isso tem por consequência a aplicação, aos casos de alteração anormal e imprevisível, de um regime de modificações *mais restritivo* do que o defendido por outros autores.”

Diferentemente da Diretiva 2014/24/UE, a alínea b) do nº 3 do artigo 313º introduz como requisitos adicionais a natureza duradoura da relação contratual e o decurso do tempo. Por conseguinte, a modificação fundada em circunstâncias imprevisíveis somente poderá ocorrer em contratos de longa duração e se já transcorrida uma parte considerável de seu prazo de vigência. No entender de Pedro Fernández Sánchez, apenas o decurso do tempo é capaz de justificar “que as partes sejam surpreendidas com uma nova necessidade de interesse público ou, pelo menos, com uma nova compreensão das necessidades de interesse público já existentes, as quais devem levar a uma reponderação da avaliação inicialmente realizada”.<sup>1111</sup>

Outra é a posição de Pedro Costa Gonçalves, para quem se está diante de “requisito incompreensível”, porquanto “as circunstâncias imprevisíveis podem surgir logo no início da execução de um contrato de curta duração”.<sup>1112</sup> Também Miguel Assis Raimundo critica tal opção do legislador português, mas oferece uma interpretação criativa: a seu ver, a despeito dos termos em que vazada a alínea b) do nº 3 do artigo 313º, os requisitos atinentes à duração do contrato e ao decurso do tempo nada mais seriam que “elementos auxiliares do juízo de fundamentação de uma modificação por alteração de circunstâncias”. Uma vez que em muitos casos o transcurso de lapso temporal significativo se presta a justificar a modificação por circunstâncias imprevisíveis, o legislador português teria tomado a parte pelo todo e optado por uma redação infeliz.<sup>1113</sup>

Por fim, o nº 5 do artigo 313º afasta a aplicação do regime geral de que se vem de tratar às modificações que tenham por objeto a realização de prestações complementares<sup>1114</sup>, pois especialmente reguladas pelo artigo

---

<sup>1111</sup> SÁNCHEZ, Pedro Fernández. *A Revisão de 2021 do Código dos Contratos Públicos*, p. 126.

<sup>1112</sup> GONÇALVES, Pedro Costa. “A reforma de 2021 do CCP em matéria de contratos reservados e de modificações objetivas de contratos”, p. 64.

<sup>1113</sup> RAIMUNDO, Miguel Assis. *Direito dos Contratos Públicos – Volume 2*, pp. 218-219.

<sup>1114</sup> Cf. MARTINS, Ana Gouveia. “O regime da modificação dos contratos após a revisão do Código dos Contratos Públicos”, p. 233: “Vem, assim, o novo nº 5 do art. 313º esclarecer que o regime das prestações complementares constitui um regime especial de modificação, sujeito a pressupostos e limites próprios e específicos que afastam o regime geral, sem prejuízo de, no que toca a outro tipo de modificações, continuar naturalmente a ser aplicável o regime geral.”

370º.<sup>1115</sup> São prestações complementares, de acordo com o nº 1 do artigo 370º, aquelas “cuja espécie ou quantidade não esteja prevista no contrato”, definição que, por sua amplitude, abrange tanto os acréscimos que a entidade contratante decida realizar quanto as soluções de erros ou omissões das peças do procedimento.

Consoante disciplina o nº 2, a realização de prestações complementares pelo cocontratante com dispensa de novo procedimento adjudicatório tem lugar tão só nas hipóteses em que a contratação de outro operador económico: i) “não possa ser efectuada por razões técnicas, designadamente em função da necessidade de assegurar a permutabilidade ou interoperabilidade com equipamentos, serviços ou instalações existentes”; e ii) “provoque um aumento considerável de custos”. Como se vê, à Administração cabe demonstrar que, na prática, a contratação de outro operador económico e sua convivência com o cocontratante originário perturbaria a execução dos trabalhos, sobrelevando significativamente o custo total.

O valor das prestações complementares não pode exceder, de forma acumulada, 50% (cinquenta por cento) do preço contratual inicial, conforme estatui o nº 4. A opção por um regime mais restritivo do que o europeu, que aplica o limite quantitativo a cada complementação isoladamente, revela uma maior preocupação do legislador português com a preservação do princípio da concorrência. Referindo-se em específico às empreitadas de obras públicas, Miguel Assis Raimundo ressalta que, se a complementação dos trabalhos é essencial à sua boa execução, é igualmente importante o risco que representa ao controle financeiro e à salvaguarda da concorrência realizada no procedimento adjudicatório que redundou no contrato.<sup>1116</sup>

---

<sup>1115</sup> Fazem remissão ao regime do artigo 370º, que se refere a contratos de empreitada de obras públicas, os artigos 447º-A e 454º, atinentes a contratos de aquisição de bens móveis e de serviços, respectivamente.

<sup>1116</sup> RAIMUNDO, Miguel Assis. *Direito dos Contratos Públicos – Volume 2*, pp. 286/287.

## 2. Estados Unidos da América

### 2.1. Panorama Legislativo-Institucional

No Brasil, apesar de adotar a federação como forma de Estado, o inciso XXVII do artigo 22 da Constituição da República confere à União competência para estabelecer normas gerais aplicáveis às licitações e contratos públicos federais, estaduais e municipais. Se alcançados os limiares, as diretivas europeias têm incidência sobre a generalidade dos contratos públicos firmados pela Administração dos Estados-Membros em todos os seus níveis, igualmente abrangidas que estão autoridades adjudicantes centrais, regionais e locais. Diferentemente, à vista da repartição constitucional de competências legislativas constante da Constituição dos Estados Unidos da América (EUA), não há uma normativa comum a dar sentido de unidade aos sistemas de compras públicas federal, estaduais e locais. Por conseguinte, o presente trabalho restringirá sua análise às regras federais de contratação pública, naquilo em que aplicáveis às aquisições de obras, bens e serviços pelo governo central.

No plano legislativo, os contratos públicos federais são regidos pelo Título 41 do *U.S. Code* e regulamentados pelo Título 48 do *Code of Federal Regulations*, denominado *Federal Acquisition Regulation* (FAR). Cabe ao FAR consolidar as normas aplicáveis às contratações de obras, bens e serviços realizadas pelo conjunto de órgãos federais – *agencies*, na denominação original –, aí incluídas as práticas, políticas e procedimentos que haverão de adotar. Não obstante, às agências é facultado elaborar seus próprios regulamentos, no intuito de adaptar as políticas e procedimentos previstos no FAR às suas especificidades.<sup>1117</sup>

---

<sup>1117</sup> NOHARA, Irene Patrícia; CÂMARA, Jacintho Arruda. *Licitações e Contratos Administrativos*. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2019, p. 59.

De fato, o poder regulamentar de que as agências governamentais dispõem é bastante significativo.<sup>1118</sup> O Congresso pode se limitar a traçar apenas as linhas gerais da política pública e delegar aos órgãos do Poder Executivo sua normatização<sup>1119</sup>, desde que lhes estabeleça limites e diretrizes suficientes.<sup>1120</sup> O legislador determina a meta que pretende ver implementada – “o que fazer” –, cabendo à agência, integrada que é por burocratas altamente profissionais e especializados, definir os meios para obtê-la e superá-la – “como fazer”.<sup>1121</sup> É precisamente esse o cenário do sistema federal de compras públicas.

No âmbito do Poder Executivo, suas coordenação e regulamentação gerais estão a cargo do *Office of Federal Procurement Policy* (OFPP). Criado em 1974 para promover a economia, eficiência e efetividade nos processos aquisitivos governamentais, seu *Administrator* é indicado pelo Presidente da República, sob aprovação do Senado. Entre suas prioridades estão prover equipes profissionais qualificadas, aptas à promoção da competitividade e à celebração de contratos vantajosos, bem como organizar um sistema de dados eficiente, a fim de permitir avaliações e planejamentos fidedignos.

---

<sup>1118</sup> No Brasil, diversamente, o poder regulamentar a dar fiel execução às leis, conforme dispõe o inciso IV do artigo 84 da Constituição da República.

<sup>1119</sup> FIUZA, Eduardo Pedral Sampaio; POMPERMAYER, Fabiano Mezadre; RAUEN, André Tortato. “A Retomada da Agenda Perdida das Compras Públicas: Notas Sobre o Novo Projeto de Lei de Licitações da Câmara dos Deputados em 2018-2019”, Nota Técnica nº 47, DISET/IPEA, março 2019, p. 10: “A provisão de regulamentação infralegal para compras é um traço marcante do arcabouço institucional norte-americano. Lá, as regras que regem as compras federais são dispostas em vários estatutos, regulamentos e decisões.”

<sup>1120</sup> Como a Suprema Corte teve oportunidade de decidir em *Mistretta v. United States* (1989), a delegação legislativa será constitucional sempre que aprovada no chamado *intelligible principle test*: “Applying this ‘intelligible principle’ test to congressional delegations, our jurisprudence has been driven by a practical understanding that in our increasingly complex society, replete with ever changing and more technical problems, Congress simply cannot do its job absent an ability to delegate power under broad general directives. Accordingly, this Court has deemed it ‘constitutionally sufficient’ if Congress clearly delineates the general policy, the public agency which is to apply it, and the boundaries of this delegated authority.” (Em tradução livre: “Ao aplicar este teste de ‘princípio inteligível’ às delegações congressionais, nossa jurisprudência foi conduzida pela constatação prática de que em nossa sociedade cada vez mais complexa, repleta de problemas em permanente mudança e cada vez mais técnicos, o Congresso simplesmente não pode fazer seu trabalho sem a capacidade de delegar poder sob diretivas gerais amplas. Consequentemente, este Tribunal considerou tal delegação ‘constitucionalmente suficiente’ se o Congresso delinear claramente a política geral, identificar o órgão público que deve aplicá-la e delimitar a autoridade delegada.”)

<sup>1121</sup> Cf. NOHARA, Irene Patrícia; CÂMARA, Jacintho Arruda. *Licitações e Contratos Administrativos*, p. 58.



Para assistir a administração do OFPP, foi criado o *Federal Acquisition Regulatory Council*. Subdividido em *Civilian Agency Regulation Council* (para aquisições dos departamentos civis) e *Defense Acquisition Regulations Council* (para aquisições dos departamentos militares), tem por missão verificar a conformidade dos regulamentos de compras editados pelas agências executivas com o FAR e as políticas gerais.<sup>1122</sup>

Apesar de não mais centralizar a totalidade das aquisições federais, função para a qual foi originariamente criada após a Segunda Grande Guerra, a *General Services Administration* (GSA) manteve sua importância. É sua a gestão do *Federal Supply Schedule*, sistema centralizado de celebração de acordos-quadro (*basic schedule contracts*) destinados ao fornecimento de suprimentos e serviços comuns. As agências federais podem optar entre realizar suas próprias licitações e emitir ordens de entrega ou de serviço em face das empresas contratadas via *Federal Supply Schedule*. Cabe à GSA, ainda, centralizar as informações sobre excesso de inventário no estoque das demais agências, de molde a possibilitar seu remanejamento.<sup>1123</sup>

No âmbito das agências governamentais, caberá às suas chefias (*agency heads*) nomear agentes de contratação (*contracting officers*), responsáveis pela execução de todos os atos necessários à efetivação das contratações. Uma vez celebrada a avença, cabe-lhes assegurar a observância de seus termos, de modo a resguardar os interesses do governo federal e proporcionar aos contratados tratamento imparcial, justo e equitativo (cf. FAR 1.602-2). Para garantir seu alto nível de profissionalização, cada agência deve manter um sistema de seleção e indicação de agentes de contratação consistente com os parâmetros de capacitação ditados pelo OFPP, bem como um programa de gestão das carreiras em licitações (*procurement career management program*) (cf. FAR 1.603-1).

---

<sup>1122</sup> Veja-se FELDMAN, Steven W. *Government Contracts in a Nutshell*. St. Paul: West Academic Publishing, 2015, p. 4.

<sup>1123</sup> Cf. FELDMAN, Steven W. *Government Contracts in a Nutshell*, pp. 124-125.

Ao proceder à seleção dos agentes de contratação, a chefia da agência deve tomar em conta a complexidade e o valor das aquisições a serem realizadas, de forma que sua escolha recaia sobre candidatos experientes, com conhecimentos em negócios e reputação ilibada.<sup>1124</sup> Entre os critérios previstos em lei expressamente, destacam-se: i) experiência pretérita em contratações e administração governamental ou compras comerciais; ii) formação ou treinamento especial em administração de empresas, direito, contabilidade, engenharia e áreas correlatas; iii) conhecimento de políticas e procedimentos de aquisição, em especial aqueles disciplinados pela FAR e demais regulamentos; iv) conhecimento especializado no campo pertinente à contratação a ser realizada; e v) aproveitamento satisfatório em cursos para treinamentos em aquisição (cf. FAR 1.603-2).

Outra instituição a exercer papel central no sistema norte-americano de licitações é o *Government Accountability Office* (GAO), dirigido pelo *Comptroller General* por indicação pelo Presidente da República, após aprovação do Senado, para o exercício de mandato de 15 (quinze) anos. Apesar de vinculado ao Congresso, o GAO é um órgão independente, composto por contadores e especialistas em orçamento, ao qual incumbe: i) a fiscalização dos gastos públicos; ii) a supervisão da contabilidade estatal; iii) a auditoria da efetividade e eficiência das operações governamentais.

Em caso de irresignação frente a decisões tomadas pelos agentes de contratação durante o procedimento licitatório, para além de protestar à própria agência, podem os participantes recorrer ao GAO. É-lhes facultado, ademais, ajuizar sua impugnação junto à *U.S. Court of Federal Claims* (COFC), corte com competência sobre todo o território nacional, especializada em dirimir demandas de conteúdo monetário em face do governo federal.<sup>1125 1126</sup> Assim,

---

<sup>1124</sup> CARVALHO, André Norberto Carbone de; PAVANI, Daniela Elias Pavani. “Licitações federais nos Estados Unidos da América”, in SANTOS, Márcia Walquiria Batista dos; TANAKA, Sônia Yurikov Kanashiro (coordenadoras). *Estudos Avançados de Direito Administrativo – Análise Comparada da Lei de Licitações*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014, p. 231.

<sup>1125</sup> Em 1992, o *Federal Courts Administration Act* ampliou a competência da *Court of Federal Claims* para abranger disputas relacionadas a contratos governamentais, ainda que desprovidas de conteúdo monetário (FELDMAN, Steven W. *Government Contracts in a Nutshell*, p. 497).

em caso de afronta à lei ou aos regulamentos, os atos praticados pelo Poder Executivo no curso do processo licitatório encontram-se submetidos à revisão de dois órgãos independentes e especializados, vinculados ao Poder Legislativo (GAO) e ao Poder Judiciário (COFC).

As impugnações (*bid protests*) submetidas ao GAO e à COFC podem ser promovidas por ocasião da divulgação da solicitação de propostas, quando, no mais das vezes, questionam restrições indevidas à competitividade na licitação, a exemplo da imposição de prazos excessivamente curtos ou de especificações técnicas discriminatórias. Sua formulação pode ocorrer, igualmente, quando da adjudicação do contrato, mormente ao argumento de que a seleção do licitante vencedor teria se dado em desacordo com os critérios e parâmetros estabelecidos na solicitação.<sup>1127</sup> Por fim, o cancelamento eventual tanto da solicitação quanto da adjudicação também pode dar ensejo ao *bid protest*.

## 2.2. A Reforma do Sistema de Compras Públicas

Na década de 1990, o sistema de compras públicas norte-americano foi submetido a importante processo de reforma, sob a condução de Steve Kelman, Professor da *Harvard University* e *Administrator* do OFPP entre 1993 e 1997. Estudioso das aquisições governamentais no campo da tecnologia da informação, incomodava ao *Administrator* a enorme dissociação existente entre o procedimento administrativo de aquisição e as necessidades públicas que haveriam de por ele ser atendidas.

A seu ver, o problema maior estava na desconfiança do legislador acerca das competências técnica e ética da burocracia governamental, que resultava em excessiva restrição à discricionariedade administrativa e

---

<sup>1126</sup> Daniel Gordon e Gabriella Racca registram que, ao longo dos anos, foram experimentados outros sistemas de repartição da competência para controle jurisdicional sobre as licitações e contratos federais, inclusive sua atribuição às cortes federais comuns (GORDON, Daniel I.; RACCA, Gabriella. "Integrity Challenges in the EU and US Procurement Systems", *in lus Publicum Network Review*, 2014, p. 37).

<sup>1127</sup> GORDON, Daniel I.; RACCA, Gabriella M. "Integrity Challenges in the EU and US Procurement Systems", p. 37.

consequente ineficiência das contratações. Diante de um cenário em que predominavam licitações com propostas fechadas (*sealed bids*), Steve Kelman advogava a superioridade de sistemas de compras públicas mais flexíveis, que permitissem contratações diretas e conferissem maior poder de negociação ao administrador<sup>1128</sup>. Para tanto, procurou implementar não só mudanças que aumentassem a margem de decisão dos agentes de contratação, como também que os incentivassem à obtenção de um melhor desempenho contratual.<sup>1129</sup>

A centralização obrigatória das compras públicas pela GSA, vigente até então, provocara efeitos deletérios, porquanto não raro resultava na oferta de produtos de baixa qualidade a preços elevados. A partir da reforma, o monopólio da GSA sobre as compras públicas federais foi extinto. As agências, por sua vez, foram incentivadas a celebrar seus próprios acordos-quadro (*framework agreements*) junto a múltiplos operadores econômicos. Essa maior autonomia veio acompanhada da necessidade de justificar decisões por escrito e de dispor de órgãos colegiados internos com poder decisório sobre o processo licitatório.<sup>1130</sup> Para preservar sua receita, composta por uma espécie de tarifa calculada sobre o uso de seus acordos-quadro, a GSA viu-se obrigada a melhorar a qualidade dos serviços ofertados às demais agências, com as quais passou a competir.<sup>1131</sup>

No intuito de orientar o sistema de aquisições à obtenção de resultados mais eficientes, os agentes de contratação passaram a receber instruções muito específicas sobre os objetivos a alcançar ao cabo dos processos licitatório e contratual, bem como a sofrer cobranças acerca do cumprimento da avença pelo particular contratado. Em contrapartida, passaram a dispor de

---

<sup>1128</sup> Segundo Steve Kelman, a maior parte da história da regulação da contratação pública reflete a tensão entre o ideal da licitação com propostas fechadas (*sealed bids*) e a relutante percepção de que se tratava de um método irremediavelmente inapropriado para grande parte das necessidades do governo (KELMAN, Steven. *Procurement and Public Management: The Fear of Discretion and the Quality of Government Performance*. Washington D.C.: The AEI Press, 1990, pp. 15-16).

<sup>1129</sup> ROSE-ACKERMAN, Susan; PALIFKA, Bonnie J. *Corruption and Government*, p. 148.

<sup>1130</sup> ROSE-ACKERMAN, Susan; PALIFKA, Bonnie J. *Corruption and Government*, p. 149.

<sup>1131</sup> GORDON, Daniel I.; RACCA, Gabriella M. "Integrity Challenges in the EU and US Procurement Systems", pp. 32-33.

ampla margem discricionária para exercer seu juízo negocial (*wide latitude to exercise business judgement*) e escolher os meios mais adequados à implementação dos objetivos pré-estabelecidos, ainda que, caso necessário, permanecessem obrigados a consultar especialistas [cf. FAR 1.602-2 e 1602-2 (c)].<sup>1132</sup>

Se a ampliação da discricionariedade dos agentes de licitação aumentava o perigo de favorecimento indevido e de corrupção, em prol da almejada eficiência o Poder Executivo americano deliberadamente optou por administrá-lo. Como os custos inerentes à eliminação absoluta do risco são proibitivos, aceitou assumi-lo em algum nível, a fim de que os agentes de contratação locais possam agir de forma mais independente e baseada em seu juízo profissional. Como consta do subparágrafo FAR 1.102-2 (c) (2), a eficiência das operações de compras públicas exige que o foco se desloque da prevenção do risco (*risk avoidance*) para o seu gerenciamento (*risk management*).<sup>1133</sup>

Ao conferir maior flexibilidade à atuação dos agentes públicos, a reforma do regime jurídico das compras públicas norte-americano acabou por aproximá-lo do direito privado. Ao invés de compreender a legalidade administrativa como o princípio segundo o qual a Administração só pode fazer aquilo que lhe é permitido por lei, a FAR incentiva a adoção de soluções inovadoras sempre que ausentes regulação específica ou proibição expressa.<sup>1134</sup>

---

<sup>1132</sup> Para Cristiana Fortini e Fabrício Motta, a FAR é “um brinde à discricionariedade”, por conter inúmeras situações em que se reserva ao agente de contratação ampla liberdade de escolha decisória (cf. FORTINI, Cristiana; MOTTA, Fabrício. “Corrupção nas licitações e contratações públicas: sinais de alerta segundo a Transparência Internacional”, *in Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, ano 16, n. 64, abr/jun 2016, p. 105).

<sup>1133</sup> Assim disciplina a íntegra do subparágrafo FAR 1.102-2 (c) (2): “To achieve efficient operations, the System must shift its focus from ‘risk avoidance’ to one of ‘risk management’. The cost to the taxpayer of attempting to eliminate all risk is prohibitive. The Executive Branch will accept and manage the risk associated with empowering local procurement officials to take independent action based on their professional judgment.” (Em tradução livre: “Para alcançar operações eficientes, o Sistema deve mudar seu foco da ‘prevenção de riscos’ para o ‘gerenciamento de riscos’. O custo de tentar eliminar todos os riscos é proibitivo para o contribuinte. O Poder Executivo aceitará e gerenciará o risco associado ao empoderamento de agentes de contratação locais, para que tomem medidas independentes com base em seu julgamento profissional.”)

<sup>1134</sup> Nos termos do parágrafo FAR 1.102-4 (e), ainda que não regulados de forma específica, procedimentos, estratégias ou práticas não se presumem vedados. Pelo contrário, a ausência

Em prol da liberdade conferida ao administrador – quando necessário para atender a necessidades específicas de cada agência ou para desenvolver e testar novas técnicas e métodos de aquisição –, a FAR tolera desvios (*deviations*) às regras que estabelece (cf. FAR 1.402), a exemplo de: i) atos com ela incompatíveis, praticados em qualquer etapa da licitação; ii) omissão de cláusula obrigatória no instrumento de solicitação ou no contrato; iii) utilização de redação alternativa não autorizada em cláusula obrigatória da solicitação ou do contrato (cf. FAR 1.401). O desvio, que haverá de ser objeto de autorização pela chefia da agência, pode ocorrer tanto em contratos específicos (*individual deviations*, cf. FAR 1.403) quanto atingir toda uma categoria de contratos (*class deviations*, cf. FAR 1.404). Caso ostentem caráter permanente, as *class deviations* deverão ensejar uma proposta de revisão da FAR.

Para além da presunção de que a utilização de estratégias não reguladas na FAR constitui exercício regular de autoridade, bem como do incentivo contínuo à iniciativa pessoal e à utilização de um juízo negocial sensato (*sound business judgement*), outro princípio orientador do sistema norte-americano de aquisição pós-reforma é o trabalho em equipe. Na concepção de Steve Kelman, deve existir cooperação e unidade de propósito entre todos os partícipes do procedimento de licitação e contratação – agentes públicos, usuários finais e empresas contratadas [cf. FAR 1.102 (c)] –, como integrantes que são da equipe de aquisição (*acquisition team*). A ideia de pertença a uma mesma equipe tem por escopo estimular o trabalho conjunto e a comunicação franca, com vistas à consecução dos objetivos principais do sistema: i) entregar ao cliente, a tempo oportuno, o produto ou serviço de melhor custo-benefício; ii) preservar a confiança da população; iii) atender os fins traçados pela política pública [cf. FAR 1.102 (a)].

---

de comando normativo deve ser interpretada como permissão para inovar e utilizar um juízo negocial sensato [*sound business judgement*, cf. FAR 1.102 (d)], desde que consistente com a lei e com os limites da autoridade da equipe de aquisição. Os agentes de contratação são vivamente encorajados a promover inovações no processo negocial.

### 2.3. Planejamento da Compra Pública

No procedimento de aquisição de produtos ou serviços, cada membro da equipe de aquisição deverá planejar antecipadamente suas ações, sem descuidar da flexibilidade necessária para se adaptar a necessidades mutáveis ou imprevistas [cf. FAR 2.101 (a) (7)]. O planejamento antecipado (*advance planning*), que há de anteceder a emissão de solicitações para aquisição de bens ou serviços, abrange: i) o planejamento de aquisições (*acquisition planning*), regulado na parte 7 da FAR, consiste na elaboração de um plano integrado e coordenado para atendimento às necessidades da agência (cf. FAR 2.101 (b) (2)); e ii) a realização de pesquisa de mercado (*market research*), regulada na parte 10 da FAR.

Em 1984, quando da edição do *Competition in Contracting Act*, o principal objetivo do legislador ao exigir o planejamento de aquisições foi evitar a realização de contratações que prescindissem de procedimento competitivo.<sup>1135</sup> Embora a FAR dê maior ênfase à necessidade de descrição e especificação prévias do bem a adquirir, o planejamento da aquisição perpassa todos os aspectos do ciclo de formação do contrato, que haverá de ter início tão logo identificada a necessidade a atender, preferencialmente muito antes do exercício em que a contratação será realizada [cf. FAR 7.104 (a)]. A pesquisa de mercado, por sua vez, consiste na verificação da existência de fornecedores aptos a satisfazer as necessidades da agência, com especial foco na identificação de itens comerciais (*commercial items*) adequados ao atendimento da demanda. Uma solicitação que não admita a aquisição de itens comerciais poderá ser objeto de impugnação, caso se funde em pesquisa de mercado deficiente ou em um planejamento defeituoso.<sup>1136</sup>

### 2.4. Definição do Objeto

Segundo a FAR, os suprimentos ou serviços a adquirir devem ser descritos em termos de: i) funções a serem executadas; ii) desempenho

<sup>1135</sup> FELDMAN, Steven W. *Government Contracts in a Nutshell*, p. 108.

<sup>1136</sup> FELDMAN, Steven W. *Government Contracts in a Nutshell*, pp. 190-191.

exigido; ou iii) características físicas essenciais [cf. FAR 11.002 (a) (2) (i)]. As especificações funcionais descrevem a tarefa a ser desempenhada a partir do objetivo que se pretenda alcançar com a contratação, sem determinar o modo pelo qual tal ocorrerá. Esse tipo de descrição permite que um amplo leque de suprimentos ou serviços seja ofertado na licitação; porém, por carecer de objetividade, pode revelar-se ambígua, indefinida ou arriscada em excesso.

As especificações de desempenho (*performance*), por sua vez, estabelecem um padrão ou parâmetro a ser alcançado, na expectativa de que os licitantes utilizem sua engenhosidade para atingir o objetivo proposto. A descrição de desempenho deve informar a variedade de características ou padrões mínimos aceitáveis, a partir da combinação de elementos das modalidades funcional e de *design*.

Finalmente, as especificações de *design* descrevem o objeto a ser adquirido em termos de características específicas e explícitas, com indicação clara da tarefa a ser desempenhada. Porque objetiva e inflexível, a descrição de *design* está mais sujeita a questionamentos quanto à competitividade do certame. Até por isso, o GAO não admite a utilização de especificações de *design* sempre que a necessidade da agência licitante possa ser delineada satisfatoriamente através de descrições funcionais ou de desempenho.<sup>1137</sup>

Embora a referência a marcas seja admissível para auxiliar a descrição do bem a adquirir, a solicitação deverá indicar todas as marcas e modelos aceitáveis, bem como permitir expressamente a oferta de produto equivalente. Da descrição não de constar quais características físicas, funcionais ou de performance ostentadas pela marca são essenciais para que um produto similar possa ser considerado equivalente, sob pena de incorrer em indevida restrição à competição [cf. FAR 11.104 (a) e (b)]. Como visto, se entenderem que as especificações do objeto contratual restringem injustificadamente a competição, os licitantes podem impugná-las perante o GAO. Tal órgão revisor, contudo, tende a prestigiar as opções técnicas realizadas pelos agentes de

---

<sup>1137</sup> FELDMAN, Steven W. *Government Contracts in a Nutshell*, pp. 192-194.



aquisição, porquanto detentores da experiência necessária à melhor identificação das necessidades da agência governamental.<sup>1138</sup>

A FAR manifesta expressa preferência pela aquisição de itens comerciais (*commercial items*), compreendidos como produtos e serviços comercializados no mercado privado (cf. FAR 12.000). São categorias de itens comerciais: i) produtos que tenham sido disponibilizados no mercado em geral para fins não-governamentais; ii) versões mais avançadas de produtos que serão disponibilizadas no mercado a tempo de atender à solicitação governamental; iii) produtos com modificações disponíveis no mercado, ou com modificações de pequena monta; iv) entre outros, serviços de instalação, manutenção, conserto ou treinamento, desde que ofertados ao público em geral em condições similares às aquelas oferecidas ao governo; v) serviços amplamente disponíveis no mercado, com preços fixados em catálogo ou não; vi) produtos que dispensam desenvolvimento (*nondevelopmental items*), que tenham sido desenvolvidos para uso governamental às custas da iniciativa privada, desde que sejam vendidos de forma competitiva para múltiplos governos locais (cf. FAR 2.101).

Aplica-se à aquisição dos itens comerciais as mesmas modalidades de aquisição competitiva previstas na FAR – a saber, aquisições simplificadas, licitações com propostas fechadas e aquisições negociadas –, ainda que parcialmente derogadas por regras especiais simplificadoras [cf. FAR 12.102 (c)]. Entre tais regras, destacam-se: i) a utilização de formulários simplificados para solicitações e contratos [cf. FAR 12.204 (a)]; ii) a possibilidade de reunir em

---

<sup>1138</sup> Cf. a decisão do GAO no caso B-234283.2, de 22 de agosto de 1989, disponível em <<https://www.gao.gov/products/b-234283.2>>, acesso em 11/08/2021: “Second, concerning the proper standard of review in such protests, we agree with the statement of the General Services Board of Contract Appeals as follows: ‘We cannot take issue with an agency’s restrictions on competition in pursuit of legitimate agency requirements where those restrictions are rationally premised and reasonable. ... We give more credence to those persons charged with the responsibility for making such discretionary judgments than we give to the opinions of vendors which have not clearly demonstrated greater knowledge of the Government’s internal operations and needs’.” (Em tradução livre: “Em segundo lugar, no que diz respeito ao padrão adequado de revisão em tais protestos, concordamos com a seguinte declaração do General Services Board of Contract Appeals: ‘Não podemos questionar as restrições à concorrência impostas pelas agências no gozo de sua atribuição legítima caso consentâneas com premissas racionais e razoáveis. ... Conferimos maior crédito às pessoas encarregadas da responsabilidade de fazer tais juízos discricionários do que à opinião que vendedores que não demonstraram claramente possuir maior conhecimento das operações e necessidades internas do governo’.”

um único documento a sinopse divulgada no portal eletrônico do governo e a solicitação dirigida a potenciais licitantes [cf. FAR 12.603 (a)]; iii) a possibilidade de licitantes proporem múltiplos produtos como ofertas separadas [cf. FAR 12.205 (b)]; iv) a possibilidade de fixação de prazo inferior a trinta dias para apresentação de ofertas [cf. FAR 12.205 (c)]; v) a adoção do procedimento de aquisição simplificada até o limite de US\$ 7,5 milhões (cf. FAR 12.203); e vi) a utilização do sistema de controle de qualidade do contratado, em substituição à inspeção e testes do governo (cf. FAR 12.208).

Adotado o procedimento simplificado para aquisição de itens comerciais, os únicos fatores reputados apropriados à avaliação das ofertas são a capacidade técnica – entendida como adequação do produto às necessidades da agência –, o preço e o desempenho anterior do fornecedor [cf. FAR 12.602 (b)].

## 2.5. Requisitos de Qualificação e Capacidade

Ademais, cabe ao agente de contratação especificar quais requisitos as empresas interessadas hão de preencher para que se qualifiquem à celebração do contrato. É através do juízo de qualificação (*determination of responsibility*) [cf. FAR 9.103 (b)] que os concorrentes terão avaliada sua capacidade de execução satisfatória do futuro contrato, com o intuito último de minorar os riscos de insolvência, demora injustificada e desempenho contratual insatisfatório [cf. FAR 9.103 (c)].

Os parâmetros gerais à qualificação de licitantes são: i) disponibilidade de recursos financeiros adequados à execução contratual; ii) capacidade de atender à programação prevista; iii) histórico de desempenho satisfatório; iv) histórico de integridade; v) capacidade organizacional, contábil, operacional e técnica; vi) disponibilidade dos equipamentos e das instalações necessárias; e vii) elegibilidade para a adjudicação contratual (cf. FAR 9.104-1).<sup>1139</sup> Em atenção ao objeto contratual, podem ser estabelecidos requisitos específicos

---

<sup>1139</sup> Em princípio, uma empresa não poderá ser desqualificada com fundamento único na ausência de histórico de desempenho relevante [cf. FAR 9.104-1 (c)].

(*definitive responsibility criteria* ou *special responsibility standards*), desde que fundados em critérios passíveis de avaliação objetiva.<sup>1140</sup>

Via de regra, as informações atinentes à qualificação são solicitadas aos licitantes, uma vez identificadas as propostas potencialmente vencedoras. As provas sobre qualificação devem ser substanciais, críveis e objetivas, mas os agentes de contratação dispõem de discricionariedade para sopesar seu valor relativo e avaliar sua suficiência à prolação de decisão.<sup>1141</sup>

De todo modo, antes da adjudicação, o agente de contratação deve consultar o *Federal Awardee Performance and Integrity Information System* (FAPIS), que inclui: i) informações registrais disponíveis no *System for Award Management* (SAM), inclusive quanto à existência de processos criminais, cíveis e administrativos, e de sanções de inidoneidade (*exclusions*); ii) avaliações de desempenho de eventuais contratos anteriores, reunidas no *Contractor Performance Assessment Reporting System* (CPARS) [cf. FAR 9.104-6 (a) (1)]. Podem ser utilizados, ainda, registros e informações coletados pelos agentes anteriormente encarregados da contratação [cf. FAR 9.105-1 (c)].

A decisão do agente de contratação, ao reconhecer ou negar qualificação a um licitante, pode ser objeto de impugnação perante o GAO. Embora o órgão revisor admita ser a decisão discricionária, porquanto baseada em no juízo negocial (*business judgement*) de seu prolator, caberá sua revisão: i) se desarrazoada; ii) se demonstrada má-fé; iii) se nem todos os fatores relevantes tiverem sido levados em consideração como devido.<sup>1142</sup>

A FAR admite que a participação no processo competitivo seja restrita a ofertantes que atendam a pré-requisitos de qualificação (*qualification requirements*). Se esse o caso, a Administração examina e testa os produtos a serem ofertados antecipadamente e, com aqueles que considere satisfatórios, elabora: i) uma lista de produtos pré-qualificados [*qualified products list* (QPL)];

---

<sup>1140</sup> Cf. FELDMAN, Steven W. *Government Contracts in a Nutshell*, pp. 161-162.

<sup>1141</sup> Cf. FELDMAN, Steven W. *Government Contracts in a Nutshell*, p. 155.

<sup>1142</sup> Cf. FELDMAN, Steven W. *Government Contracts in a Nutshell*, pp. 159-163.

ii) uma lista de fabricantes pré-qualificados; ou iii) uma lista de licitantes pré-qualificados [*qualified manufacturers list* (QML)] (cf. FAR 2.101 e 9.201). Usualmente, tal procedimento é adotado em licitações destinadas à aquisição de peças de reposição para itens técnicos complexos ou serviços correlatos.<sup>1143</sup>

## 2.6. Publicidade

No que diz respeito à publicidade das aquisições governamentais, a FAR exige que os atos de contratação (*contract actions*) sejam divulgados no âmbito do setor econômico relevante, no intuito de aumentar a competição e estimular a participação empresarial (cf. FAR 5.002). São consideradas *contract actions* as ações que podem resultar em novas contratações, de modo que no conceito não se incluem as modificações apostas a contratos em vigor (cf. FAR 5.001).

Ressalvadas hipóteses excepcionais – a exemplo das contratações emergenciais (cf. FAR 5.202) –, uma breve sinopse das oportunidades de contratação cujo valor exceda US\$ 25.000,00 deve ser objeto de divulgação no *Governmentwide Point of Entry* (GPE), portal eletrônico de compras do governo federal [cf. FAR 5.101 (a) (1)].<sup>1144</sup> Tal publicação há de ocorrer ao menos quinze dias antes da emissão da solicitação ou ato de contratação [cf. FAR 5.203 (a)], prazo passível de redução quando da aquisição de itens comerciais – hipótese em que também é possível realizar uma única publicação, a combinar sinopse e solicitação [cf. FAR 5.203 (a) (1) e (2)].

De todo modo, o tempo de resposta disponibilizado aos interessados deve ser suficiente e razoável [cf. FAR 5.203 (b)]. Emitida a solicitação, caso o valor do contrato exceda o limite previsto para aquisição simplificada – e, como visto, ressalvadas as aquisições de itens comerciais –, os licitantes dispõem de 30 (trinta) dias para apresentação de sua oferta ou proposta [cf. FAR 5.203 (c)]. Se o objeto contratual estiver situado no campo da pesquisa e

---

<sup>1143</sup> Veja-se FELDMAN, Steven W. *Government Contracts in a Nutshell*, p. 167.

<sup>1144</sup> Acessível através do endereço eletrônico <[www.FedBizOpps.gov](http://www.FedBizOpps.gov)>.

desenvolvimento, o prazo de resposta é estendido para 45 (quarenta e cinco dias) [cf. FAR 5.203 (e)].

A partir da edição do *Competition in Contracting Act*, o GAO passou admitir o protesto contra equívocos cometidos na descrição ou classificação das sinopses divulgadas no portal eletrônico de compras. No entendimento do órgão revisor, tais erros, ainda que perpetrados de boa-fé, podem implicar violação à exigência de competição plena e aberta (*full and open competition*), se resultarem na frustração de expectativas razoáveis de ofertantes potenciais.<sup>1145</sup>

Via de regra, para além das solicitações, deverão ser divulgadas no portal de compras federais: i) as sinopses das adjudicações cujos valores superem US\$ 25.000,00, no prazo máximo de 60 (sessenta) dias [cf. FAR 5.301 (a) (1) e 5.301 (c)]; ii) a justificativa de contratações realizadas sem recurso à competição plena e aberta (*contracts awarded using other than full and open competition*) [cf. FAR 5.301 (d) (1)].

## 2.7. Contratações Centralizadas

A aquisição de qualquer produto por meio de procedimento de procura ao mercado deve ser precedida de consulta à GSA, acerca da sua eventual disponibilidade em excedente nos estoques de outras agências federais [cf. FAR 8.002 (a) (1)]. Se confirmada a necessidade de aquisição externa, a agência interessada pode optar entre fazê-lo diretamente ou se utilizar da programação centralizada de fornecimento a órgãos federais [*Federal Supply Schedule* (FSS)]. Embora a FAR recomende a priorização do FSS sobre a aquisição direta, não há obrigatoriedade de adesão nem tampouco presunção de que o fornecedor contratado pelo FSS represente o melhor custo-benefício (cf. FAR 8.004).

---

<sup>1145</sup> No ponto, cf. FELDMAN, Steven W. *Government Contracts in a Nutshell*, p. 82.

O FSS oferece procedimentos simplificados para a aquisição de suprimentos e serviços comuns, no intuito de obter economia de escala nas compras federais. Na linha dos acordos-quadro europeus, trata-se de uma licitação dividida em duas etapas: i) inicialmente, a agência encarregada da contratação da programação (*schedule contracting office*, usualmente a própria GSA ou um órgão delegatário) adjudica o contrato básico de programação (*basic schedule contract*); ii) na sequência, a agência que demanda o produto ou serviço (*agency ordering office*, que pode ser qualquer órgão federal ou, em dadas circunstâncias, entidades subnacionais) emite ordens de entrega ou ordens de serviço em face do contrato básico de programação. Tais ordens são submetidas por meio de um portal eletrônico de compras (o *GSA Advantage*), no qual é divulgada a lista dos preços fixos dos suprimentos e serviços – neste caso, por hora trabalhada ou por tarefa – passíveis de aquisição via FSS [cf. FAR 8.402 (c) (1) e FAR 8.404 (d)].

Através do FSS, a GSA celebra com múltiplas empresas contratos denominados *multiple award schedules* (MAS) (cf. FAR 8.401), para fornecimento de suprimentos ou serviços similares e entrega na mesma região geográfica, com possibilidade de variação de preços. *Multiple award schedules* são uma categoria de *indefinite-delivery indefinite-quantity (IDIQ) contracts*<sup>1146</sup>, a indicar que há flexibilidade tanto no que diz respeito às quantidades adquiridas quanto ao cronograma de aquisição [cf. FAR 16.501-2 (b) (2)]. As agências que se utilizarem do FSS poderão formular pedidos diretamente às empresas comerciais, mediante aplicação dos termos e condições gerais previamente negociados pela GSA por ocasião da adjudicação do contrato de programação original. Possibilita-se, desse modo, que as agências possam escolher entre múltiplos fornecedores, sem que necessitem se encarregar da definição de especificações com vistas à realização de licitações junto ao mercado.<sup>1147</sup>

---

<sup>1146</sup> Enquanto os *multiple award schedules* são administrados pela GSA sob a parte 8 da FAR, os *indefinite-delivery indefinite-quantity (IDIQ) contracts* celebrados por outras agências são regulados pela subparte 16.5 da FAR, e se submetem a uma regime diferenciado (YUKINS, Christopher R. “The U.S. Federal Procurement System: An Introduction”. GWU Law School Public Law Research Paper No. 2017-75, p. 85).

<sup>1147</sup> FELDMAN, Steven W. *Government Contracts in a Nutshell*, pp. 125-126.

Dado que a participação no *multiple award schedule* é aberta a todo fornecedor qualificado, considera-se que as ordens emitidas com fundamento naquela programação atendem à exigência da competição plena e aberta, ainda que as agências não busquem cotações de preços fora do FSS [cf. FAR 8.404 (a)]. Usualmente, as solicitações formuladas pela GSA para *multiple award schedule contracts* contêm descrições tão amplas quanto possível, a fim de viabilizar que os operadores econômicos ofereçam uma vasta gama de itens comparáveis. A amplitude das descrições decorre da dificuldade de discriminar especificações que possam atender uniformemente às necessidades de todas as agências federais.<sup>1148</sup>

Embora qualquer empresa qualificada possa submeter ofertas em resposta à solicitação por *multiple award schedule contracts*, a GSA possui uma margem de discricionariedade para determinar, dentro de parâmetros de razoabilidade, a quantidade de contratos a serem celebrados. Em regra, o contrato será adjudicado a toda empresa que ofereça descontos comparáveis aos ofertados por outros fornecedores.<sup>1149</sup>

Para além de ordens de compras e de serviço, as agências que se utilizem do FSS podem celebrar acordos genéricos de compras [*blanket purchase agreement* (BPA)], um método simplificado para o atendimento de suas necessidades repetitivas [cf. FAR 8.405-3 (a) (1)], pelo qual a agência recebe dos fornecedores qualificados faturas mensais com as entregas realizadas ao longo do período [cf. FAR 13.303-3 (a) (6)].

Se houver múltiplos fornecedores contratados pelo FSS aptos a fornecer o suprimento ou serviço requerido pela agência, a FAR exige a adoção de um procedimento simplificado de competição, consistente na submissão de pedidos de cotação (*request for quotations*) a pelo menos três fornecedores incluídos na programação [cf. FAR 8.405-1 (c) (1) e 8.405-2 (c) (2) (ii)]. Quando da avaliação das cotações apresentadas, a agência determina qual é aquela de

---

<sup>1148</sup> FELDMAN, Steven W. *Government Contracts in a Nutshell*, p. 126.

<sup>1149</sup> FELDMAN, Steven W. *Government Contracts in a Nutshell*, p. 126.

melhor custo-benefício; para tanto, toma em conta o preço, mas também performance anterior, características especiais, condições de troca, provável vida útil, garantia, manutenção, eficiência ambiental e termos de entrega [cf. FAR 8.405 (f)].

No intuito de manter a compatibilidade dos preços praticados no âmbito dos *multiple award schedules* com o mercado, a FAR busca aproveitar-se de forças competitivas externas ao mercado de compras públicas, através da denominada *Price Reduction Clause*, pela qual os fornecedores se comprometem a praticar, nas compras governamentais, preços não superiores aos praticados com seu cliente comercial mais favorecido (*most favored customer*)<sup>1150</sup>, sob risco de responsabilização por fraude<sup>1151</sup>.

## 2.8. Procedimentos Não Competitivos

Nos termos da *Competition in Contracting Act* (CICA), editada em 1984, as contratações das agências federais devem promover a competição plena e aberta (*full and open competition*), ressalvados os casos em que: i) impraticável ou desnecessária; ii) afastada pela preponderância de outras políticas públicas.

O CICA exige que a chefia da agência designe um *competition advocate* (promotor da competição), posição a ser ocupada por um agente governamental que não exerça tarefas incompatíveis nem seja encarregado das licitações [cf. OFPPA/CICA 20 (a) (2)]. O *competition advocate* deve promover a competição plena e aberta, questionar as barreiras de entrada impostas a potenciais fornecedores e atuar como um *ombudsman*. A ele incumbe: i) a revisão das operações de contratação da agência; ii) a identificação de oportunidades e ações que ampliem a competição, ou de condições que a restrinjam desnecessariamente [cf. OFPPA/CICA 20 (b) (2) e (3) e OFPPA/CICA 20 (c)]. Seu poder, contudo, se limita à formulação de

---

<sup>1150</sup> *General Services Administration Manual (GSAM)* 538.270 (a).

<sup>1151</sup> YUKINS, Christopher R. "The U.S. Federal Procurement System: An Introduction". GWU Law School Public Law Research Paper No. 2017-75, p. 86.



recomendações e sugestões à chefia encarregada das licitações [cf. OFPPA/CICA 20 (b) (4), (5) e (6)].

Ao tratar dos requisitos de competição nos procedimentos licitatórios americanos, a Parte 6 da FAR distingue entre: i) procedimentos de competição plena e aberta (*full and open competition*), tanto licitações com propostas fechadas (*sealed bid*) quanto aquisições competitivas (*competitive acquisition*) [cf. FAR 6.102 e 15.002 (b)]; ii) procedimentos de competição aberta mediante exclusão de fornecedores (*full and open competition after exclusion of sources*), usualmente licitações reservadas para pequenas empresas ou outros grupos desfavorecidos (FAR 6.2); iii) procedimentos sem competição plena e aberta (*other than full and open competition*), equiparáveis aos casos de dispensa e inexigibilidade de licitação brasileiros (FAR 6.3).

A categoria dos procedimentos competitivos mediante exclusão de fornecedores divide-se em duas modalidades: i) quando apenas um fornecedor em particular é excluído – por razões de defesa nacional, por exemplo –, mas remanesce o interesse na formação ou manutenção de um rol de fornecedores alternativos [cf. FAR 6.202 (a)]; ii) quando a licitação for reservada (*set-aside*) para adjudicação a pequenas empresas, notadamente quando situadas em áreas carentes (*Historically under-utilized business zones*, cf. FAR 6.205), de propriedade de veteranos inválidos (*Service-disabled veteran-owned small businesses*, cf. FAR 6.206) ou de mulheres em situação de desvantagem econômica (*Economically disadvantaged women owned small businesses*, cf. FAR 6.207). Por força do *Buy Indian Act*, as licitações realizadas pelo *Bureau of Indian Affairs* também são reservadas a empresas controladas por indígenas ou tribos nativas (cf. Parte 1480 do Título 48 do *Code of Federal Regulations*).

A categoria de procedimentos sem competição plena e aberta é composta pelos casos de inexigibilidade e dispensa de licitação previstos na regulação norte-americana, a saber: i) existência de um único fornecedor idôneo – ou de um número limitado de fornecedores idôneos –, sem que haja qualquer outro produto ou serviço que satisfaça às exigências da agência (*sole source procurement*) [cf. FAR 6.302-1 (a) (2)]; ii) situação de urgência incomum

e premente [cf. FAR 6.302-2 (a) (2)]; iii) manutenção de mobilização industrial, capacidade de engenharia, pesquisa ou desenvolvimento, e contratação de serviços de especialista [cf. FAR 6.302-3 (a) (2)]; iv) acordos internacionais [cf. FAR 6.302-4 (a) (2)]; v) demais casos autorizados ou exigidos por lei [cf. FAR 6.302-5 (a) (2) (i)]; vi) razões de segurança nacional [cf. FAR 6.302-6 (a) (2)]; e vii) razões de interesse público [cf. FAR 6.302-7 (a) (2)]. Mesmo nas hipóteses de inaplicabilidade da competição plena e aberta, a FAR exige que sejam solicitadas ofertas ao máximo de fornecedores potenciais que for possível, diante das circunstâncias [cf. FAR 6.301 (d)]. O GAO não admite o recurso ao *sole source procurement* por razões de conveniência administrativa, preferência dos agentes públicos, crença de que um ofertante tenha vantagens de técnica ou de preço, maior familiaridade a pretexto de facilitar desempenho contratual, natureza superior do produto ou serviço do ofertante ou risco de litigiosidade.<sup>1152</sup>

A competição é afastada em razão da existência de um único fornecedor apto a atender às necessidades públicas dentro do prazo exigido, situação análoga à inexigibilidade de licitação brasileira. As hipóteses de *sole source procurement* incluem: i) submissão de proposta de pesquisa que descreva conceito único ou inovador ou demonstre capacidade singular, ofereça um conceito ou serviço de que o governo não disponha, e não se assemelhe a aquisição competitiva pendente [cf. FAR 6.302-1 (a) (2) (i)]; ii) continuidade do desenvolvimento de sistema especializado anteriormente contratado, quando a substituição do fornecedor gerar custos irrecuperáveis ou demora inaceitável [cf. FAR 6.302-1 (a) (2) (ii)]; iii) monopólio de direitos sobre dados, patentes ou procedimentos sigilosos [cf. FAR 6.302-1 (b) (2)]; iv) monopólio da prestação de serviços públicos [cf. FAR 6.302-1 (b) (3)]; v) exclusividade no fornecimento de peças padronizadas [cf. FAR 6.302-1 (b) (3)]; vi) exclusividade no fornecimento de peças compatíveis com equipamento existente; vii) a situação em que a contratação de outro fornecedor poderia gerar riscos técnicos

---

<sup>1152</sup> FELDMAN, Steven W. *Government Contracts in a Nutshell*, p. 95. Uma peculiaridade do sistema de licitações norte-americano consiste na possibilidade de *sole source procurement* mediante invocação de razões de interesse público, por decisão indelegável da chefia do órgão [cf. FAR 6.302-7 (c) (1) (ii)], caso em que o Congresso haverá de ser notificado com antecedência de ao menos trinta dias [cf. FAR 6.302-7 (c) (2)].

inaceitáveis; viii) exclusiva capacidade de fornecer os itens como um "pacote total", quando não puderem ser adquiridos separadamente; e ix) necessidade de bens ou serviços singulares.<sup>1153</sup> Também são consideradas como não competitivas as aquisições de produtos que estejam descritos pelo nome de marca, sem ressalva da admissibilidade de produtos equivalentes, independentemente da quantidade de fornecedores solicitados [cf. FAR 6.302-1 (c) (1) (i) e 6.302-1 (c) (2)].

Uma licitação não é considerada *sole source procurement*, no entanto, quando a solicitação de propostas é encaminhada a todos os potenciais fornecedores, mas somente um responde; ou, por outra, quando, após revisão das propostas iniciais, a faixa competitiva (*competitive range*) fica reduzida a um único fornecedor. Por outro lado, o GAO considera que modificações contratuais, se importarem em alteração material do objeto contratual para além do escopo originalmente pactuado, deverão ser consideradas de fato como licitações de fornecedor único.<sup>1154</sup>

Em regra, é publicado um aviso no portal eletrônico de aquisições federais, comunicativo da intenção de contratar por procedimento diverso da competição plena e aberta [cf. FAR 6.303-2 (b) (6), com as exceções do 5.202 (a)]. A decisão por tal modalidade de contratação deve ser objeto de justificação por escrito, da qual constem as razões pelas quais a concorrência se mostra inviável e o resultado da pesquisa de mercado previamente realizada [cf. FAR 6.303-2 (b)]. A justificativa é submetida à aprovação superior e divulgada no portal eletrônico de compras do governo federal [cf. FAR 6.305 (d) (1)], no máximo 14 (quatorze) dias após a adjudicação [cf. FAR 6.305 (a)].<sup>1155</sup>

O segundo caso de contratação não competitiva corresponde à urgência incomum e premente (*unusual and compelling urgency*), em que a demora na

---

<sup>1153</sup> Cf. FELDMAN, Steven W. *Government Contracts in a Nutshell*, pp. 95-96.

<sup>1154</sup> FELDMAN, Steven W. *Government Contracts in a Nutshell*, p. 94.

<sup>1155</sup> Quando o valor da contratação estiver situado entre US\$ 700.000,00 e US\$ 13.500.000,00, a justificativa será submetida à aprovação do *competition advocate*, na forma do Subparágrafo 6.304 (a) (2) da FAR. Acima deste valor, a justificativa será submetida à aprovação do chefe do setor de licitações, conforme os Subparágrafos 6.304 (a) (3) e (4) da FAR.

competição e na adjudicação do contrato poderia gerar prejuízo à Administração Pública [cf. FAR 6.302-2 (a) (2)]. Nestas hipóteses, pode ser dispensada a publicação do aviso da intenção de contratar [cf. FAR 5.202 (a) (2)] e o prazo para divulgação da justificativa é estendido para trinta dias [cf. FAR 6.305 (b)].

A FAR proíbe expressamente a adoção de procedimentos não competitivos em razão de deficiências no planejamento antecipado, ou do risco de indisponibilidade futura dos recursos necessários para a aquisição [cf. FAR 6.301 (c)]. Segundo o entendimento do GAO<sup>1156</sup>, as impugnações em face de dispensas emergenciais de licitação serão acolhidas quando a situação emergencial é causada pela própria agência, por conta de falha culposa ou negligência no planejamento antecipado. Admite-se, no entanto, a contratação emergencial nos casos de equívocos de planejamento justificáveis.<sup>1157</sup>

Também merecem ser detalhados os casos em que o procedimento competitivo é dispensado por autorização legal, que abrangem a contratação: i) da empresa pública que administra os presídios federais (*Federal Prison*

---

<sup>1156</sup> Cf. a decisão do GAO no caso B-410778.3, de 01/10/2015, disponível em <<https://www.gao.gov/products/b-410778.3>>, acesso em 17/08/2021: “The Competition in Contracting Act of 1984 (CICA) generally requires that agencies engage in ‘full and open competition’ when conducting government procurements. 41 U.S.C. § 3301(a). While there are specific exceptions to this general requirement, under no circumstances may noncompetitive procedures be used due to a lack of advance planning by contracting officials. (...) Our Office has recognized that, while the requirement for advance planning does not mean that such planning must be completely error-free (...), as with all agency procurement actions, the advance planning required by CICA must be reasonable. In considering this statutory requirement, we have noted that contracting officials have a duty to promote competition. (...) That is, contracting officials must act affirmatively to obtain and safeguard competition; they cannot take a passive approach and remain in a sole-source situation when they could reasonably take steps to enhance competition.” [Em tradução livre: “O Competition in Contracting Act de 1984 (CICA) geralmente exige que as agências se envolvam em ‘concorrência total e aberta’ ao conduzir aquisições governamentais. 41 U.S.C. § 3301 (a). Embora haja exceções específicas a tal requisito geral, em nenhuma circunstância procedimentos não competitivos podem ser utilizados devido à falta de planejamento prévio por parte dos funcionários contratantes. (...) Nosso Escritório reconheceu que, embora a exigência de planejamento antecipado não signifique que deva ser totalmente isento de erros (...), como acontece com todas as ações de licitação de agências, o planejamento antecipado exigido pelo CICA deve ser razoável. Ao considerar este requisito legal, observamos que os funcionários contratantes têm o dever de promover a concorrência. (...) Ou seja, os funcionários contratantes devem agir afirmativamente para obter e salvaguardar a concorrência; não podem adotar uma abordagem passiva e permanecer em uma situação de fonte única quando poderiam razoavelmente tomar medidas para aumentar a concorrência.”]

<sup>1157</sup> Cf. FELDMAN, Steven W. *Government Contracts in a Nutshell*, p. 100.

*Industries, Inc.*) [cf. FAR 6.302-5 (b) (1)] e da Imprensa Oficial (*Government Printing Office*) [cf. FAR 6.302-5 (b) (3)], que constituem os únicos casos de dispensa de licitação por contratação *in house* previstas na FAR; ii) entidades sem lucrativos reconhecidas por agência de promoção dos portadores de deficiência (*Committee for Purchase From People Who Are Blind or Severely Disabled*) [cf. FAR 6.302-5 (b) (2) e 8.002 (a) (1) (iv)]; iii) pequenas empresas contratadas por intermédio de agência federal (*Small Business Administration*) [cf. FAR 6.302-5 (b) (4) e 19.800 da FAR]. Os programas de incentivo a pequenas empresas situadas em áreas carentes, bem como àquelas pertencentes a veteranos inválidos ou a mulheres em situação de desvantagem econômica, também contêm hipóteses de *sole source procurement* [cf. FAR 6.302-5 (b) (5), (6) e (7)].

## 2.9. Procedimentos Competitivos

No que tange às licitações competitivas, os três principais procedimentos de aquisição utilizados pelo governo federal são: i) aquisição simplificada (*simplified acquisition*), regulada na Parte 13 da FAR; ii) licitação com proposta fechada (*sealed bidding*), regulada na Parte 14 da FAR; e iii) contratação por negociação (*contracting by negotiation*), regulada na Parte 15 da FAR.

A aquisição simplificada é utilizada na compra de bens e serviços de valor entre US\$ 3.500,00<sup>1158</sup> e US\$ 250.000,00. Emprega métodos simplificados para obtenção de cotações e ofertas e, em princípio, são reservadas às pequenas empresas, nos termos da subseção 19.502-2 da FAR.<sup>1159</sup> Já as contratações de valores mais significativos são realizadas por

---

<sup>1158</sup> Consideram-se microcompras (*micropurchases*) as aquisições abaixo de US\$ 3.500,00 (três mil e quinhentos dólares). São realizadas preferencialmente através de um cartão governamental: similar a um cartão de crédito comercial, é emitido em favor do pessoal autorizado das agências, para adquirir e pagar por bens e serviços. No ponto, cf. CARVALHO, André Norberto Carbone de; PAVANI, Daniela Elias Pavani. "Licitações federais nos Estados Unidos da América", p. 237.

<sup>1159</sup> Nos termos da FAR, a licitação situada entre na faixa acima do limite das micro compras e até o limite das aquisições simplificadas somente deixará de ser reservado para pequenas empresas quando o agente de contratação determinar que não seria razoável esperar que haja duas ou mais pequenas empresas qualificadas, que sejam competitivas em termos de preços de mercado, qualidade e entrega. Nesta faixa, basta que uma pequena empresa qualificada apresente uma oferta aceitável para que haja adjudicação do contrato.

proposta fechada – que representam um percentual cada relativamente pequeno e cada vez menor das despesas anuais – ou por negociação (*negotiated acquisition*), a critério do agente de contratação.

Tal liberdade de escolha sobre o procedimento a adotar revela quão grande é a flexibilidade do sistema de compras públicas norte-americano. Desde a década de 1970, os agentes de contratação dispõem de ampla margem de discricionariedade para optar entre utilizar: i) licitações com propostas fechadas (*sealed bid*), em que as ofertas são avaliadas apenas quanto à sua conformidade com a solicitação (*responsiveness*) e o contrato é adjudicado ao licitante que, entre as propostas julgadas conformes, tenha submetido o menor preço; ii) procedimentos negociados, que lhes permitem conduzir discussões com os ofertantes e levar em consideração fatores para além do preço.<sup>1160</sup>

A licitação com propostas fechadas costuma ser utilizada para aquisições de menor valor e/ou menor complexidade, em que seja possível descrever a prestação contratual objetivamente e dispensar a avaliação de fatores outros que não o preço – a exemplo da qualidade técnica ou do desempenho anterior. Normalmente cuida-se de construções rotineiras, renovação ou reparos de edificações e estruturas, serviços desprovidos de complexidade e itens comerciais prontamente disponíveis no mercado.<sup>1161</sup>

Nos termos do parágrafo 6.401 (a) da FAR, será adequada quando atendidos os seguintes requisitos: i) disponibilidade de tempo para a solicitação, encaminhamento e avaliação de propostas fechadas; ii) adjudicação com base no preço e fatores a ele relacionados; iii) desnecessidade de manter discussões com os ofertantes sobre as suas propostas; iv) razoável expectativa da apresentação de mais de uma proposta fechada. Na ausência de qualquer dessas condições, o parágrafo 6.401 (b) da FAR remete ao emprego da contratação por negociação.

---

<sup>1160</sup> Cf. GORDON, Daniel I.; RACCA, Gabriella M. “Integrity Challenges in the EU and US Procurement Systems”, pp. 11-12.

<sup>1161</sup> Cf. FELDMAN, Steven W. *Government Contracts in a Nutshell*, pp. 226-227.

Caracterizada pela abertura pública das propostas (cf. FAR 14.101), a licitação por propostas fechadas divide-se em cinco etapas: 1ª) preparação de convites para ofertar (*invitations for bids*), nos quais deve constar a descrição clara, precisa e completa da necessidade governamental (cf. FAR 14.201); 2ª) publicização do convite, que deve ser divulgado através do portal eletrônico de compras do governo (GPE) (cf. FAR 14.203); 3ª) envio de propostas fechadas pelos licitantes, a serem abertas na data e na hora especificadas no convite; 4ª) abertura pública de todas as propostas (cf. FAR 14.402); 5ª) adjudicação em favor do licitante que ofereceu a proposta mais vantajosa (cf. FAR 14.408). Como antecipado, a avaliação das propostas pode levar em consideração tão somente o preço e fatores relacionados a preço (*price-related factors*).<sup>1162</sup> O agente de contratação verifica: i) se a oferta se encontra em conformidade (*responsive*) com os termos da solicitação [cf. FAR 14.103-2 (d) e 14.404-2]; ii) se o fornecedor é idôneo (*responsible*); e iii) se os preços ofertados são razoáveis (cf. FAR 14.408-2).

A licitação de propostas fechadas tem como variante a denominada licitação de propostas fechadas em duas etapas (*two-step sealed bidding*) (cf. FAR 14.5). Tal procedimento é recomendado nos casos em que o objeto da contratação seja mais complexo e exija alguma análise técnica, mas, ainda assim, a avaliação se dê exclusivamente por critérios de preço [cf. FAR 14.501 (a)]. Na primeira etapa, procede-se à solicitação de propostas indicando os parâmetros da proposta técnica a ser submetida, mas sem uma descrição definitiva ou completa do objeto a ser contratado [cf. FAR 14.502 (a) (1)]. Em resposta, os licitantes submetem suas propostas técnicas para avaliação, sem referência a preços, admitindo-se que o agente de licitação solicite esclarecimentos ou informações complementares [cf. FAR 14.503-1 (f) (1)]. Na segunda etapa, os licitantes cujas propostas técnicas foram consideradas

---

<sup>1162</sup> Os fatores relacionados a preços estão enumerados na subseção 14.201-8 da FAR, e incluem: i) custos relacionados à localização dos suprimentos e transporte; ii) alterações solicitadas pelo licitante, quando admissíveis; iii) custo da adjudicação em favor de múltiplos licitantes; iv) tributos; v) origem dos suprimentos, especialmente quando provenientes do exterior.

adequadas apresentam suas propostas de preço, nos moldes da licitação de proposta fechada usual.

Para além do procedimento por *sealed bids*, a outra modalidade licitatória predominante é a negociação competitiva (*competitive acquisition*), que é classificada como uma categoria de contratação negociada (*negotiated acquisition*).<sup>1163</sup> Os objetivos do procedimento de negociação competitiva consistem em: i) na minimizar a complexidade das solicitação, avaliação e escolha realizadas pela Administração; ii) avaliar as propostas de forma imparcial e abrangente; iii) selecionar da proposta mais vantajosa para o interesse público [cf. FAR 15.002 (b)].

Daniel I. Gordon e Gabriella M. Racca esclarecem que, até a década de 1980, a adoção de critérios de avaliação diversos do preço e a realização de negociações com os licitantes (denominadas “*discussions*”) eram admitidas apenas em casos específicos. Contudo, a partir da *Competition in Contracting Act*, de 1984, tanto uma quanto a outra perderam tal caráter excepcional e se tornaram opções rotineiras na condução das licitações.<sup>1164</sup> A reforma do sistema em favor de negociações multilaterais seria justificada pelo crescente interesse da Administração Pública na comparação de uma maior variedade de soluções disponíveis no mercado, especialmente em campos de tecnologia de ponta, como armamentos e sistemas informatizados<sup>1165</sup>.

O critério de avaliação da negociação competitiva é o da proposta mais vantajosa, cabendo ao agente de contratação definir o peso relativo dos fatores preço e qualidade. Fatores de custo ou preço tendem a prevalecer em situações nas quais os termos da solicitação estão claramente definidos e o risco de fracasso no desempenho contratual é mínimo. Porém, quando houver necessidade de aprimorar a definição do objeto ou riscos mais elevados ao

---

<sup>1163</sup> Nos termos da seção 15.002 da FAR, a outra hipótese de contratação negociada seria a aquisição de fornecedor único (*sole source acquisition*), a respeito da qual já se tratou.

<sup>1164</sup> GORDON, Daniel I.; RACCA, Gabriella M. “Integrity Challenges in the EU and US Procurement Systems”, p. 17.

<sup>1165</sup> YUKINS, Cristopher R. “The U.S. Federal Procurement System: An Introduction”. GWU Law School Public Law Research Paper No. 2017-75, p. 81.



desempenho, recomenda-se a preponderância de considerações técnicas e do histórico de desempenho (*past performance*) (cf. FAR 15.101). A modalidade de negociação competitiva pode ser dividida em múltiplas etapas. Vejamos.

A primeira etapa, de intercâmbio de informações entre o governo e potenciais licitantes (*exchanges with industry*), tem por intuito aperfeiçoar o entendimento dos requisitos exigidos pela contratação e da capacidade da indústria. A ideia é, de um lado, possibilitar aos potenciais licitantes uma melhor compreensão acerca das formas à sua disposição para satisfazer as exigências governamentais e, de outro, aumentar a probabilidade de obtenção de bens e serviços de melhor qualidade a preços razoáveis [cf. FAR 15.201 (b)]. As trocas de informação anteriores à solicitação (*presolicitation exchanges*) podem se concretizar por meio de conferências com a indústria ou com pequenos empresários, audiências públicas, pesquisas de mercado, divulgação de avisos ou de minutas de solicitação e visitas a instalações, entre outras formas [cf. FAR 15.201 (c)]. Embora se exija que tais trocas de informação sejam consistentes com as exigências de integridade na licitação [cf. FAR 15.201 (a)], são admissíveis reuniões individuais com potenciais fornecedores (*one-on-one meetings*), sem necessidade de abertura à participação de todos os interessados [cf. FAR 15.201 (c) (4)].

Na segunda etapa, de envio das solicitações de propostas (*requests for proposals*), o governo comunica aos potenciais licitantes suas exigências, os termos e condições que serão aplicados no contrato, as informações que devem constar da proposta e os critérios que serão utilizados na avaliação das propostas [cf. FAR 15.203 (a)]. Também são admitidas trocas de informação (*exchanges*) na etapa posterior à solicitação e antes da submissão de ofertas, tanto através de conferências quanto por reuniões individuais. No entanto, exige-se que as informações necessárias à elaboração de propostas que tenham sido divulgadas a um dos ofertantes sejam disponibilizadas o mais prontamente possível a todos os interessados, a fim de evitar uma indevida vantagem competitiva [cf. FAR 15.201 (f)].

Enviadas as propostas pelos licitantes (*submission of proposals*), atividade que compõe a terceira etapa (cf. FAR 15.208), passa-se à quarta, de seleção dos fornecedores (*source selection*). Tal etapa inicia-se com a arregimentação de uma equipe de avaliação pelo agente de contratação [cf. FAR 15.303 (b)], ou por outro indivíduo indicado pela chefia da agência como autoridade para seleção de fornecedores (*source selection authority*). Os critérios de avaliação passíveis de utilização são: i) o preço ou custo para o governo; e ii) a qualidade do produto ou serviço, que abrange fatores como o histórico de desempenho (*past performance*) [cf. FAR 15.305 (a) (2)], cumprimento dos requisitos da solicitação, excelência técnica, capacidade gerencial, qualificação de pessoal e experiência anterior [cf. FAR 15.304 (c)].

Na quinta etapa, dá-se novo intercâmbio de informações, já posterior ao recebimento das propostas (*exchanges with offerors after receipt of proposals*), oportunidade em que os licitantes podem encaminhar esclarecimentos (*clarifications*), como também corrigir erros de pequena monta ou irregularidades formais em suas propostas [cf. FAR 15.306 (a)].

Cumpridas essas 5 (cinco) etapas, comuns a todos os procedimentos de negociação competitiva, abrem-se 2 (duas) alternativas possíveis à autoridade para seleção de fornecedores: i) avançar desde logo para a etapa final de adjudicação, sem ulterior negociação com os licitantes; ii) optar pela realização de uma nova etapa de negociações (*discussions*) antes da adjudicação do contrato.

Nesse último caso, tem lugar uma sexta etapa, de definição da faixa competitiva (*competitive range*), na qual a equipe de avaliação seleciona as propostas melhor avaliadas, a fim de identificar os licitantes que avançarão à etapa de negociação [cf. FAR 15.306 (c)]. Neste caso, o intercâmbio de informações que constitui a quinta etapa destinar-se-á a definir a composição da faixa competitiva, sendo certo que as comunicações (*communications*) mantidas versarão sobre o esclarecimento de ambiguidades e sobre o histórico de desempenho do licitante [15.306 (b) (3)].

Na sétima etapa, de negociações (*discussions*) com os licitantes situados na faixa competitiva, a agente de contratação barganha a revisão das propostas, a fim de obter ainda mais vantagens.<sup>1166</sup> No curso das negociações, o agente de contratação pode eliminar gradualmente os licitantes que compunham a faixa competitiva [cf. FAR 15.307 (a)], mas jamais favorecer determinado operador econômico ou revelar informações sobre os concorrentes [cf. FAR 15.306 (e)].

Nas oitava e nona etapas, dá-se a apresentação da versão final das propostas [cf. FAR 15.307 (b)] e, finalmente, a seleção do fornecedor. As propostas devem ser objeto de análise comparativa, diante dos critérios estabelecidos da solicitação (cf. FAR 15.308).

Embora a contratação negociada possa ser mais vantajosa, mormente em aquisições de maior complexidade, seu *iter* enseja menor transparência se comparado à licitação com propostas fechadas, em que a abertura das propostas é pública e as tratativas individuais entre gestor público e licitantes são vedadas.

Ainda assim, e mesmo que a lei atribua primazia à licitação com propostas fechadas, a realidade da Administração Pública federal norte-americana demonstra uma clara preferência pelas aquisições negociadas, que na prática se tornaram a primeira opção dos agentes de contratação federais.<sup>1167</sup>

O primeiro aspecto polêmico da negociação competitiva consiste na possibilidade de, mesmo antes da definição das especificações do objeto a ser contratado, o órgão adjudicante estabelecer intercâmbio de informações com potenciais fornecedores através de contatos individualizados. Embora o objetivo da reforma promovida na década de 1990 fosse mesmo possibilitar ao

---

<sup>1166</sup> O parágrafo 15.306 (d) da FAR expressamente autoriza os agentes de contratação a barganharem nas negociações posteriores à definição da *competitive range*, especificando que o processo de barganha inclui “persuasão, alteração das premissas e das posições, toma-lá-dá-cá, e pode se aplicar ao preço, ao cronograma, as exigências técnicas, ao tipo de contrato ou a outros termos do contrato proposto”. As discussões deverão ser mantidas com todos os licitantes dentro da faixa competitiva, e serem modeladas em função das propostas apresentadas por cada fornecedor.

<sup>1167</sup> Cf. FELDMAN, Steven W. *Government Contracts in a Nutshell*, p. 89.

governo se beneficiar das experiências do mercado privado, não passou despercebido à doutrina que tais comunicações pudessem se converter em potenciais abuso e favoritismo, sobretudo à vista da restrição e eliminação de algumas modalidades de impugnações ao certame (*bid protests*).<sup>1168</sup>

Para os críticos da reforma, as novas regras da contratação negociada outorgariam tamanha discricionariedade ao agente de contratação – em especial no que concerne à determinação do alcance da competição –, que quase certamente conduziriam ao favoritismo, ao direcionamento de verbas para fins políticos ou à exclusão de propostas válidas e meritórias por razões de conveniência do agente público.<sup>1169</sup>

Outro aspecto polêmico diz respeito à avaliação do histórico de desempenho (*past performance*) do licitante. Ao ver de Steve Kelman, a perspectiva de obtenção de contratações futuras poderia funcionar como um forte incentivo para que os contratantes apresentassem um bom desempenho,

---

<sup>1168</sup> No ponto, veja-se ROSE-ACKERMAN, Susan; PALIFKA, Bonnie J. *Corruption and Government*, p. 149.

<sup>1169</sup> Cf. BURMAN, Allan V. "Will Rule Changes Go too Far?", in *Government Executive*, 1 Sept. 1997, *Business Insights: Essentials*, disponível no endereço eletrônico <[http://bi.gale.com/essentials/article/GALE%7CA211577529/167ad0a43c0d34ccb4ad1c63eff661b4?u=nysl\\_me\\_bpl\\_cent](http://bi.gale.com/essentials/article/GALE%7CA211577529/167ad0a43c0d34ccb4ad1c63eff661b4?u=nysl_me_bpl_cent)>, acesso em 17/08/2021: "This debate is not just about the niceties of competitive range prescriptions. It is about trust between industry and government, and about whether industry believes government officials on their own will continue to be fair. The chamber fears small businesses will lose out in an environment where contract awards could be based on a company's relationship with the contracting officer, not on the quality of its goods and services. Unless contracting officials can demonstrate that they have the integrity and skill to accomplish agency missions without trampling on such legal mandates as full and open competition, every effort to reduce regulatory layering will have to refight this battle. A well-educated, well-trained, workforce and effective agency-industry communications are prerequisites to building trust on both sides." (Em tradução livre: "Este debate não é apenas sobre as sutilezas das prescrições atinentes à faixa competitiva. É uma questão de confiança entre a indústria e o governo, e se a indústria acredita que os funcionários do governo continuarão a ser justos mesmo em autonomia. A câmara teme que as pequenas empresas percam em um ambiente onde a adjudicação de contratos poderia ser baseada no relacionamento da empresa com o oficial contratante, e não na qualidade de seus bens e serviços. A menos que as autoridades contratantes possam demonstrar que têm integridade e habilidade para cumprir as missões da agência sem atropelar mandatos legais como a concorrência plena e aberta, todos os esforços para reduzir as camadas regulatórias terão de ser refeitos. Uma força de trabalho bem educada e bem treinada, assim como comunicações eficazes entre a agência e o setor, são pré-requisitos para construir a confiança de ambos os lados.")

investissem mais e inovassem nos serviços governamentais.<sup>1170</sup> Entretanto, a implementação da *past performance* enfrentou dificuldades, à vista da ausência de técnicas seguras de avaliação. Elaborou-se, então, um sistema eletrônico, denominado *Contractor Performance Assessment Reporting System* (CPARS), para lançamento dos relatórios de desempenho dos fornecedores contratados pela Administração Federal. A partir daí, foram padronizados os fatores de avaliação e as categorias de pontuação, levando em consideração fatores como qualidade, agilidade e satisfação do cliente.<sup>1171</sup>

Como bem notam Daniel I. Gordin e Gabriella M. Racca, a *past performance evaluation* inclui um inegável elemento de subjetividade nas contratações negociadas – inadmissível em outros sistemas de licitação –, dado que as pontuações por desempenhos anteriores são atribuídas aos licitantes com base em juízos desprovidos de critérios objetivos.<sup>1172</sup> Enfim, ainda que orientada por algumas diretrizes a partir do CPARS, a avaliação do agente de contratação permanece permeável à subjetividade.

Não obstante, coerente com o espírito da reforma normativa, e assim como a *Court of Federal Claims* (CFM)<sup>1173</sup>, o GAO tem reafirmado que tanto a avaliação do desempenho anterior dos fornecedores quanto a relevância, o alcance e o peso a serem atribuídos ao histórico pretérito são questões afetas à discricionariedade do agente de contratação. Por conseguinte, suas avaliações serão objeto de revisão tão só quando se revelarem desarrazoadas ou manifestamente inconsistentes, considerados os critérios indicados quando da solicitação de propostas.<sup>1174 1175</sup>

---

<sup>1170</sup> ROSE-ACKERMAN, Susan; PALIFKA, Bonnie J. *Corruption and Government*, pp. 148-149.

<sup>1171</sup> FELDMAN, Steven W. *Government Contracts in a Nutshell*, p. 293.

<sup>1172</sup> GORDON, Daniel I.; RACCA, Gabriella M. “Integrity Challenges in the EU and US Procurement Systems”, p. 18.

<sup>1173</sup> É amplamente reconhecido o princípio segundo o qual “deve ser concedida grande deferência à avaliação da agência sobre desempenho anterior”, como consta do julgamento do caso *Al Andalus Gen. Contracts Co. v. United States*, 86 Fed. Cl. 252, 264 (2009).

<sup>1174</sup> Cf. a decisão GAO no caso B-405980.7, de 01/05/2012, disponível no endereço eletrônico <<https://www.gao.gov/products/b-405980.7%2Cb-405980.8%2Cb-405980.9>>, conforme acesso em 17/08/2021.

<sup>1175</sup> FELDMAN, Steven W. *Government Contracts in a Nutshell*, p. 294.

Um terceiro fator de risco inerente às negociações competitivas é a subjetividade na avaliação das propostas apresentadas – sobretudo se aplicados critérios seletivos para além do preço –, como também no sopesamento de tais critérios quando do julgamento das propostas. Enquanto o sistema europeu adota critérios preferencialmente objetivos, o sistema norte-americano admite a juízos subjetivos de ponderação entre fatores de preço e qualidade, desde que consistentes com os critérios de avaliação divulgados e com o princípio da razoabilidade. Entende-se que a submissão da avaliação a fórmulas rígidas privaria o agente público da discricionariedade necessária para considerar e ponderar as vantagens de soluções inovadoras apresentadas pelos licitantes<sup>1176</sup>. Permite, assim, que a mesma situação seja julgada de formas diferentes, a depender da opinião subjetiva do agente de contratação.

Desde a década de 1970, o GAO considera aceitável que agentes de contratação realizem juízos subjetivos acerca do *tradeoff* entre o preço e fatores a ele não relacionados, desde que respeitada a razoabilidade e conformes aos critérios de avaliação anunciados publicamente. Um exemplo, citado por Daniel I. Gordin e Gabriella M. Racca, demonstra como tal discricionariedade conduziria à inconsistência na atuação estatal: imagine-se uma licitação em que o critério de avaliação divulgado na solicitação atribua peso igual ao preço e ao desempenho anterior. O licitante “A”, que ofertou o preço de US\$ 10 milhões, tem um histórico de desempenho considerado excelente, enquanto o licitante “B”, com um histórico de desempenho considerado bom, ofertou o preço de US\$ 9 milhões. Diante de tal situação, um agente de contratações pode entender que pagar US\$ 1 milhão a mais para que o contrato seja celebrado com uma empresa de excelente histórico de desempenho é a melhor decisão, adjudicando-o à empresa “A”. Contudo, a conclusão diametralmente oposta seria igualmente lícita e permitida, de modo que a adjudicação do contrato recairia sobre a empresa “B”. Tal situação reduz a transparência do processo decisório, na medida em que não são evidentes

---

<sup>1176</sup> YUKINS, Christopher R. “The U.S. Federal Procurement System: An Introduction”. GWU Law School Public Law Research Paper No. 2017-75, p. 84.

os motivos pelos quais a Administração terá escolhido o vencedor do procedimento e, portanto, dá margem a oportunidades de corrupção.<sup>1177</sup>

## 2.10. Execução Contratual

Diante do histórico no atraso de pagamentos devidos a fornecedores do governo, o Congresso americano aprovou em 1982 a *Prompt Payment Act*, que dispôs sobre a obrigatoriedade de pagamento de juros indenizatórios (*interest penalties*) a partir de 30 dias contados do recebimento da fatura, independentemente de requerimento do contratado. A cada período de 30 dias, os juros indenizatórios se incorporam ao valor do principal e juros indenizatórios passam a incidir sobre este novo total, até o limite de um ano ou a cobrança desses valores.<sup>1178</sup>

No âmbito das cláusulas exorbitantes, a FAR prevê a inclusão obrigatória nos contratos de uma cláusula padrão (*changes clause*), que confere ao agente público o poder de alterar unilateralmente os termos do contrato [cf. FAR 43.201 (a)]. Dela consta, ainda, que condutas públicas que aumentem ou diminuam o custo ou a quantidade de tempo necessária para o desempenho das tarefas pactuadas conferem direito ao reequilíbrio contratual, mediante alteração do valor contratado ou do cronograma das entregas (*equitable adjustment*) [cf. FAR 52.243-7 (e) (1)].

São inadmissíveis alterações fora do escopo original do contrato, porquanto tornariam a tarefa a ser desempenhada essencialmente distinta daquela inicialmente adjudicada. Tais modificações, a que a jurisprudência da *Court of Federal Claims* denomina *cardinal changes*, podem ensejar tanto a recusa por parte da empresa contratada quanto impugnações por parte de eventuais concorrentes interessados na contratação.<sup>1179</sup>

---

<sup>1177</sup> GORDON, Daniel I.; RACCA, Gabriella M. "Integrity Challenges in the EU and US Procurement Systems", p. 18.

<sup>1178</sup> 5 CFR §1315.10

<sup>1179</sup> Cf. *Aircraft Charter Solutions, Inc. v. United States* (2013) 109 Fed. Cl. Ct.

A FAR também prevê a inclusão de cláusulas que prevejam modificações contratuais pré-fixadas (denominadas *options*), a serem implementadas por decisão unilateral da Administração Pública. Com base nas *option clauses*, a Administração poderá optar pela aquisição de suprimentos ou serviços adicionais já especificados [cf. FAR 17.204 (f)], ou pela extensão do prazo de vigência contratual [cf. FAR 17.204 (g)]. As *options* são consideradas ofertas irrevogáveis realizadas pelo contratado para vender produtos ou serviços sob termos determinados, as quais poderão ser ou não aceitas, a juízo discricionário da Administração.<sup>1180</sup> Em suma, embora usualmente conste dos contratos de prestações de serviço uma *option clause* que preveja sua renovação anual até o limite de cinco anos, tal providência não configura direito do contratado, mas faculdade da Administração [cf. FAR 17.204 (e)].

As *options* devem ser claras, definidas e conter todos os pré-requisitos para a formação de um contrato vinculante, de modo a dispensar a realização de ulteriores negociações para a fixação de seus termos essenciais.<sup>1181</sup> A fim de compatibilizar a alteração contratual com a regra da competição plena e aberta, seu exercício da *option* deve ter sido previsto na solicitação inicial, e seu objeto deve estar especificado ou ser determinável a partir dos termos do contrato inicial [cf. FAR 17.207 (f)].

Em razão de seu potencial efeito anticompetitivo, a FAR restringe o exercício das *options* quando: i) a necessidade prevista envolver quantidades suficientes para permitir a recuperação dos custos iniciais do fornecedor e a produção por preço razoável, estendendo-se o cronograma de aquisição suficientemente no futuro para permitir a aquisição competitiva [cf. FAR 17.202 (b) (1)]; ii) quando houver previsão de flutuação substancial no preço de mercado no curso da vigência contratual [cf. FAR 17.202 (c) (2)].

Finalmente, a FAR condiciona o exercício da *option* à constatação de que seria ela a escolha de melhor custo-benefício para a Administração Pública [cf. FAR 17.207 (c) (3)], seja em razão de pesquisa informal de mercado seja

---

<sup>1180</sup> FELDMAN, Steven W. *Government Contracts in a Nutshell*, p. 350.

<sup>1181</sup> FELDMAN, Steven W. *Government Contracts in a Nutshell*, pp. 350-351.



porque a solicitação não foi capaz de gerar propostas mais vantajosas [cf. FAR 17.207 (d)]. Embora o agente de contratação disponha de discricionariedade para delimitar a extensão da verificação de preços no mercado, sua decisão poderá ser modificada pelo GAO, caso o órgão revisor identifique não ter havido um esforço verdadeiro para aferir se o exercício da *option* de fato seria o caminho mais vantajoso para a Administração.<sup>1182</sup>

## 2.11. Sistema de Revisão

Se, por um lado, o sistema norte-americano confere alto grau de subjetividade e discricionariedade ao agente de contratação, por outro lado busca compensar a vulnerabilidade daí resultante por meio de um sistema efetivo de revisão e *accountability*. Os mecanismos de revisão de atos praticados no âmbito das licitações e contratações podem ser classificados em duas categorias: i) *protests*, manejados pelos licitantes para impugnação dos atos praticados no curso do certame; ii) *disputes*, suscitados pelos fornecedores contratados para o questionamento de atos praticados no curso da execução do contrato.

Os *protests* são objeções apresentadas por escrito, destinadas à impugnação da solicitação ou pedido inicial de ofertas (bem como de seu cancelamento) e da adjudicação ocorrida ou em vias de ocorrer (assim como de seu cancelamento). Podem ser manejados por qualquer licitante efetivo ou potencial que tenha interesse econômico na eventual adjudicação (cf. FAR 33.101). Para minimizar os atrasos e perturbações que possam causar sobre o processo de aquisição, a FAR prevê limites temporais ao seu exercício: i) quando a impugnação estiver baseada em impropriedades da solicitação, até o prazo final para recebimento de propostas, ii) nos demais casos, dentro do prazo de 10 dias contados do conhecimento (efetivo ou presumido) do fato impugnado [cf. FAR 33.103 (e)].

---

<sup>1182</sup> FELDMAN, Steven W. *Government Contracts in a Nutshell*, p. 358.

Como já se fez menção, o licitante pode optar por dirigir a impugnação a um dos três seguintes fóruns: i) a própria agência que promove a licitação; ii) o *U.S. Government Accountability Office* (GAO); e iii) a *U.S. Court of Federal Claims*, tribunal competente do Judiciário Federal [cf. FAR 33.102 (a)]. Uma vez que estes últimos observam as mesmas normas processuais da jurisdição federal (cf. FAR 33.105), discorrer-se-á mais esmiuçadamente sobre os demais.

O *protest* dirigido à própria agência é um remédio menos formal, de menor custo, procedimento simplificado e solução mais rápida [cf. FAR 33.103 (c)]. Antes mesmo da formalização da impugnação, a FAR orienta que se deve diligenciar a solução das queixas das partes interessadas junto ao agente de contratação, por meio de “discussões abertas e francas” [cf. FAR 33.103 (b)]. São encaminhados ao agente de contratação ou a outro funcionário encarregado de seu recebimento [cf. FAR 33.103 (d) (3)] e deverão admitir revisão independente por outro agente com poder de supervisão [cf. FAR 33.103 (d) (4)].

Se anteceder a adjudicação, o *protest* dirigido ao GAO tem, em princípio, o efeito de obstá-la [cf. FAR 33.104 (b) (1)]; quando posterior à adjudicação, a impugnação suspende a execução do contrato [33.104 (c) (1)]. Tal efeito suspensivo se produz automaticamente, porquanto independe da apreciação do mérito das razões da impugnação. O efeito suspensivo poderá, no entanto, ser derogado (*override*) à vista de manifestação escrita da chefia do setor de contratação, quando identificadas circunstâncias urgentes e prementes que não permitam aguardar a decisão do GAO [cf. FAR 33.104 (b) (1) e (c) (1)].

As decisões de derrogação do efeito suspensivo do *protest* ao GAO por invocação de circunstâncias urgentes e prementes são submetidas a rigoroso escrutínio pela *U.S. Court of Federal Claims*, segundo os seguintes parâmetros de razoabilidade: (i) se a manutenção da suspensão necessariamente acarretaria consequências adversas significativas; ii) se haveria alternativas razoáveis ao *override* para atendimento às circunstâncias urgentes; iii) como os potenciais custos do *override*, incluindo a possibilidade de que o *protest* venha a ser acolhido, se comparam com seus benefícios previstos; e iv) o impacto do

*override* sobre a competitividade e a integridade do sistema de licitações.<sup>1183</sup> Para evitar a revisão judicial da decisão de *override*, usualmente as agências optam por alternativas que não afastam o efeito suspensivo do *protest*, como a extensão do prazo do contrato vigente ou a celebração de contrato emergencial.<sup>1184</sup>

Recebido o *protest*, o GAO notifica a agência e o adjudicatário – ou, se em momento anterior à adjudicação, todos os licitantes [cf. FAR 33.104 (a) (2)] –, conferindo ao agente de contratação o prazo de trinta dias (ou vinte dias, se adotado o rito expresso), para prestar informações e fornecer documentos [cf. FAR 33.104 (a) (3) (i)]. O impugnante e os demais interessados podem se manifestar sobre as informações da agência no prazo de dez dias (ou cinco dias) [cf. FAR 33.104 (a) (6)]. O GAO, por sua vez, deve emitir sua decisão no prazo de cem dias (sessenta e cinco dias, no rito expresso), contados da propositura da impugnação [cf. FAR 33.104 (f)].

Para além de decidir o mérito, o GAO também pode empregar métodos alternativos de solução do litígio [*alternative dispute resolutions* (ADR)], em especial: i) *negotiation assistance* (assistência negocial), em que o procurador GAO atua como um facilitador do acordo entre as partes; e ii) *outcome prediction* (previsão de desfecho), em que o procurador do GAO reúne as partes para expor o provável desfecho do caso e suas razões, e busca obter um acordo que torne desnecessária a prolação de decisão de mérito.<sup>1185</sup>

Os *protests* dizem respeito à impugnação de eventos pertinentes ao processo licitatório. As disputas que surgirem entre Administração e fornecedor contratado no curso da execução contratual, para as quais o GAO não tem competência, são reguladas pelo *Contract Disputes Act* de 1978, que: i) estabeleceu procedimento padrão para todas as agências; ii) aumentou a autoridade da agência contratante para a solução consensual de disputas; iii)

---

<sup>1183</sup> Cf. *Safeguard Base Operations, LLC v. U. S. and B&O Joint Venture, LLC*, No. 18-1515C, 05/11/2018.

<sup>1184</sup> FELDMAN, Steven W. *Government Contracts in a Nutshell*, pp. 478-479.

<sup>1185</sup> Cf. FELDMAN, Steven W. *Government Contracts in a Nutshell*, p. 482.

aumentou a autoridade dos conselhos recursais (*agency boards of contract appeals*) para aferir o mérito das disputas; iv) ampliou os tipos de cobranças (*claims*) sujeitos a disputas; v) estendeu o processo às cobranças da Administração em face dos contratados; vi) limitou o tempo para que o agente de contratação delibere sobre as cobranças do contratado; vii) acelerou o processo para solução de pequenas causas; viii) conferiu ao contratado a opção entre apelar para o conselho recursal ou procurar o Judiciário através da *U.S. Court of Federal Claims*; e ix) deu ao governo e aos contratados o direito de recorrer contra decisões negativas proferidas pelo conselho ou pela COFC.<sup>1186</sup>

A aplicação do *Contract Disputes Act* é prevista no contrato por meio de cláusula padronizada (*disputes clause*), pela qual: i) o agente de contratação se obriga a decidir sobre as cobranças dentro de um limite temporal [cf. FAR 52.233-1 (e)]; ii) para além da possibilidade de solução do litígio por métodos alternativos (ADR) [cf. FAR 52.233-1 (g)], é facultado o recurso administrativo ou a propositura de demanda judicial [cf. FAR 52.233-1 (f)].

O processo de disputa contratual se inicia com a apresentação da cobrança do contratado ao agente de contratação, a quem incumbe buscar soluções consensuais para o litígio. Enquanto aguarda a solução para a disputa, o fornecedor se obriga a dar continuidade ao desempenho de suas obrigações contratuais [cf. FAR 33.213 (a)]. Caso as partes não cheguem a acordo aceitável, o agente de contratação profere decisão unilateral acerca da cobrança realizada pelo contratado (cf. FAR 33.210), no prazo de sessenta dias. Caso dela discorde, o contratado pode optar entre apelar para o conselho de recursos contratuais (*agency board of contract appeals*), no prazo de noventa dias, ou promover demanda judicial perante a *U.S. Court of Federal Claims* em até um ano [cf. FAR 33.211 (a) (4) (v)].

O conselho de recursos contratuais é, portanto, o foro administrativo competente para decidir o mérito das cobranças não resolvidas pelo agente de

---

<sup>1186</sup> Cf. FELDMAN, Steven W. *Government Contracts in a Nutshell*, p. 468.

contratação. Atualmente, os conselhos recursais de todas as agências civis do governo federal foram reunidos no *Civilian Board of Contract Appeals* (CBCA)<sup>1187</sup>, que integra a estrutura da *General Services Administration* (GSA).

Caso não se conforme com a solução do recurso administrativo ou da demanda judicial, a parte irressignada poderá recorrer para a Corte Federal de Apelações (*Court of Appeals for the Federal Circuit*) no prazo de 60 dias, em caso de sentença da *Court of Federal Claims*, ou em 120 dias, se de deliberação da CBCA se tratar.<sup>1188</sup>

## 2.12. Mecanismos de Defesa da Integridade

Em paralelo à regulação do procedimento licitatório, o sistema legal norte-americano dispõe de outras normas instituidoras de mecanismos de defesa da integridade nas licitações e nos contratos públicos. Como consta da Subseção 3.101-1 da FAR, as transações que impliquem o dispêndio de verbas governamentais devem ser conduzidas de maneira absolutamente imparcial por agentes de conduta irrepreensível, de modo a manter a confiança pública em seu mais alto grau. A regra geral é evitar qualquer conflito de interesses – real ou aparente – nas relações entre agentes governamentais e operadores econômicos, que não devem hesitar em divulgar suas ações publicamente.

As hipóteses de conflitos de interesse, por sua vez, estão reguladas no Título 18, parágrafo 208, do *U.S. Code*. É vedado a quaisquer funcionários públicos participar de procedimentos licitatórios ou de litígio dele oriundo se tiverem interesse pessoal – ou mantiverem relação próxima com pessoa interessada – no deslinde do feito. No entanto, o GAO somente aprecia a ocorrência de conflitos de interesse na medida em que demonstrado o efetivo favorecimento a determinado licitante, ao argumento de que não lhe cabe emitir

---

<sup>1187</sup> FELDMAN, Steven W. *Government Contracts in a Nutshell*, p. 497.

<sup>1188</sup> FELDMAN, Steven W. *Government Contracts in a Nutshell*, p. 498.

juízos acerca da conduta de funcionários de outras agências governamentais.<sup>1189</sup>

De outra sorte, também é vedada a divulgação de informações sobre as propostas apresentadas, entre outras informações sensíveis (*source selection information*, conforme definição no FAR 2.101), antes da adjudicação do contrato [cf. FAR 3.104-4 (a)], sob pena de sanções criminais, civis e administrativas.

Com o objetivo de prevenir a prática de tráfico de influência no processo licitatório, a Subparte 3.4 da FAR proíbe os fornecedores contratados pelo governo de pagar *contingent fee* (taxa de contingência), a pretexto de comissão, percentagem ou taxa de intermediação (cf. FAR 3.401). Em caso de recebimento, estar-se-á diante de acordo ilícito, ainda que o beneficiário da taxa de contingência não tenha exercido influência indevida no processo de contratação *in concreto*.<sup>1190</sup> Por outro lado, a FAR prevê a inclusão de uma cláusula contratual padrão (*Covenant Against Contingency Fees*), que permite ao governo rescindir o contrato sem indenizar, ou deduzir do preço do contrato o valor da comissão, quando o contratado violar o compromisso de não ajustar o pagamento de taxas de contingência [cf. FAR 52.203-5 (a)], com a ressalva da atuação de agências ou empregados de boa-fé [cf. FAR 52.203-5 (b)].

Outra conduta proibida pela Seção 3.501 da FAR denomina-se *buying-in*. Ocorre quando um licitante apresenta proposta abaixo do preço de custo, na expectativa de recuperar suas perdas seja através de modificações contratuais desnecessárias ou superfaturadas, seja por meio de contratos subsequentes (*follow-on contracts*) a preços artificialmente elevados (cf. FAR 3.501-1). Diante do risco de redução da competitividade na licitação e de mau desempenho contratual, a FAR determina que o agente de contratação adote medidas preventivas para evitar que perdas decorrentes de *buying-in* sejam

---

<sup>1189</sup> Cf. a decisão do GAO nº B-232721, de 03/02/1989, disponível no endereço eletrônico <<https://www.gao.gov/products/b-232721>>, acesso em 17/08/2021.

<sup>1190</sup> Cf. *Eglin Manor, Inc. v. United States*, 279 F.2d 268 (Fed. Cir. 1960).

recuperadas através de alterações contratuais ou contratações subsequentes [cf. FAR 3.501-2 (a)].

Com vistas a minimizar as oportunidades de *buying-in*, a Administração deve exigir um compromisso quanto aos preços, a cobrir toda a extensão da programação contratual, por meio da contratação de preços por períodos plurianuais ou através do uso de *options* precificadas para quantidades adicionais [cf. FAR 3.501-2 (b)]. Contudo, podem existir razões válidas capazes de justificar a apresentação de ofertas abaixo do preço de custo.<sup>1191</sup>

Por sua vez, a Seção 3.502 da FAR implementa o *Anti-Kickback Act* de 1986, que impõe sanções criminais, cíveis e administrativas para a oferta e solicitação de suborno, bem como a inclusão – direta ou indireta – do valor do suborno nos pagamentos recebidos pelo contratado ou realizados em favor de um subcontratado. Além disso, prevê que: i) tanto o fornecedor contratado quanto os seus subcontratados se obrigam a relatar casos suspeitos de pagamentos de suborno [cf. FAR 3.502-2 (g)]; ii) representantes da agência contratante e do GAO poderão inspecionar as instalações e auditar os registros contábeis dos fornecedores contratados [cf. FAR 3.502-2 (h)]; iii) no âmbito de contratos superiores a US\$ 150.000,00, os fornecedores contratados deverão adotar procedimentos razoáveis para prevenir e detectar casos de pagamento de suborno [cf. FAR 3.502-2 (i) (1)].

Ainda no que diz respeito ao controle interno exigido dos fornecedores contratados pela Administração Pública, o *Close the Contractor Fraud Loophole Act* de 2008 determina, sob pena de suspensão ou inidoneidade [cf. FAR 3.1003 (a) (2)], que contratados notifiquem o governo quando houver fundados indícios (*credible evidence*) de fraude, conflito de interesse, suborno ou cobrança fraudulenta, nos termos da cláusula padrão sobre Código de Ética e Conduta Negocial do Contratado [cf. FAR 52.203-13 (b) (3) (i)].

---

<sup>1191</sup> Veja-se FELDMAN, Steven W. *Government Contracts in a Nutshell*, p. 40.

Um instrumento processual relevante no direito americano para a defesa da integridade do tesouro é a ação por cobrança fraudulenta (*false claim lawsuits*), introduzida pelo *False Claim Act* de 1863, que versa sobre cobranças falsas ou fraudulentas de verbas ou propriedade do governo federal.<sup>1192</sup> A peculiaridade das ações propostas com tal fundamento consiste na denominada provisão *qui tam*<sup>1193</sup>, segundo a qual indivíduos poderão promover demandas em prol do governo e reter para si uma parte do valor recuperado. Em 1986, a legislação foi emendada para tornar as ações mais lucrativas e, portanto, atraentes para os seus autores (denominados *relators*). Com isso, 71,4% das demandas por fraude instauradas entre 1986 e 2019 foram suscitados com fundamento da provisão *qui tam*, e renderam quase US\$ 7,4 bilhões em participação para os *relators*.<sup>1194</sup>

Embora a *false claim lawsuit* também possa ser promovida por escritórios de advocacia, organizações não governamentais e funcionários públicos, via de regra os *relators* são empregados (ou ex-empregados) da empresa envolvida na fraude, que, na qualidade de *whistleblowers*, gozam de proteção contra retaliações de seus empregadores<sup>1195 1196</sup>.

A notícia trazida pelo *relator*, instruída com as provas que lhe dão suporte, é entregue à Procuradoria Federal, onde permanece sob sigilo pelo prazo de sessenta dias [cf. 31 U.S.C. § 3730 (b) (2)], enquanto a Administração decide se vai assumir a iniciativa da persecução [cf. 31 U.S.C. § 3730 (b) (4) (A)]. Se o governo assumir a autoria, o *relator* poderá prosseguir no feito, ainda que com limitações à sua atuação [cf. 31 U.S.C. § 3730 (c) (1)], e lhe caberá uma fração entre 15% e 25% do resultado obtido com a demanda [cf. 31 U.S.C.

---

<sup>1192</sup> 31 U.S.C § 3729 a § 3733.

<sup>1193</sup> *Qui tam* é uma abreviação da expressão latina *qui tam pro domino rege quam pro se ipso in hac parte sequitur*, que pode ser traduzida como “aquele que demanda em favor do rei e também em favor de si próprio” (HELMER, JR., James B. “False Claims Act: Incentivizing Integrity for 150 Years for Rogues, Privateers, Parasites and Patriots”, in *University of Cincinnati Law Review*, Volume 81, September 2013, p. 1262, disponível no endereço eletrônico <<https://scholarship.law.uc.edu/uclr/vol81/iss4/3/>>, acesso em 10/08/2021).

<sup>1194</sup> O valor total recuperado em acordos ou sentenças foi de US\$ 62,1 bilhões (cfr. estatísticas do Departamento de Justiça dos EUA, disponíveis em <<https://www.justice.gov/opa/press-release/file/1233201/download>>)

<sup>1195</sup> 31 U.S.C § 3730 (h) (1).

<sup>1196</sup> Cf. FELDMAN, Steven W. *Government Contracts in a Nutshell*, p. 57.



§ 3730 (d) (1)]. Caso a Procuradoria Federal decline de assumir a autoria da demanda, o *relator* poderá a ela dar prosseguimento por sua própria conta [cf. 31 U.S.C. § 3730 (c) (3)], caso em que lhe será atribuído de 25% a 30% dos valores eventualmente recuperados [cf. 31 U.S.C. § 3730 (d) (1)]. No ano 2000, a Suprema Corte confirmou que a atribuição aos *relators* de fração dos danos causados aos cofres públicos lhes legitima a promover demandas em favor do governo, mesmo quando a Procuradoria Federal optar por não intervir no caso.<sup>1197</sup>

Cristopher R. Yukins classifica as sanções civis e criminais da *False Claim Acts* como “draconianas”<sup>1198</sup>, afirmando que a combinação de multas severas, condenação ao triplo do valor do dano, desnecessidade de comprovação de intencionalidade (bastando que seja constatada negligência do fornecedor) e fortes incentivos para *whistleblowers* tornam o sistema americano um dos mais agressivos do mundo no combate à fraude.

Finalmente, merece menção o *Lobbying Disclosure Act* de 1995, que classifica como *lobbying* a comunicação mantida com um agente público dos Poderes Executivo e Legislativo, relativa à administração ou execução de um programa federal [cf. 2 U.S.C. § 1602 (8) (A) (iii)], o que abrange a negociação, adjudicação ou administração de contratos públicos. No intuito de conferir transparência à atividade, a referida norma prevê: i) a obrigatoriedade de que os lobistas sejam registrados junto ao Poder Legislativo [cf. 2 U.S.C. § 1603 (a) (1)]; ii) sejam enviados relatórios periódicos, informativos das questões que foram objeto de lobby e das despesas associadas à atividade [cf. 2 U.S.C. § 1604 (b)].

### 2.13. Lições do Sistema

Especialmente a partir das reformas promovidas na década de 1990, o sistema de licitações e contratos norte-americano passou a enfatizar critérios

---

<sup>1197</sup> *Vermont Agency of Natural Resources v. United States ex rel. Stevens*, 529 U.S. 765 (2000).

<sup>1198</sup> YUKINS, Christopher R. “The U.S. Federal Procurement System: An Introduction”. GWU Law School Public Law Research Paper No. 2017-75, p. 73.

de eficiência e flexibilidade, ainda que às expensas da possibilidade de controle sobre a atuação do agente público. Sob o influxo do *new public management*, o sistema de aquisições públicas passou a priorizar o desempenho (*performance*) e valorizar o juízo negocial do agente de contratações, à premissa de que gestores públicos dotados de maior autonomia podem realizar contratações mais vantajosas. Ao ver de Irene Patrícia Nohara e Jacintho Arruda Câmara, tamanha autonomia adequa-se a cenários com baixa percepção de corrupção, pois depende do nível de comprometimento dos administradores com a consecução do interesse público na condução dos negócios governamentais.<sup>1199</sup>

Steve Kelman tratava a corrupção como um problema individual e não estrutural. Seu enfrentamento, portanto, haveria de ocorrer por meio do reforço dos mecanismos de repressão, não através da imposição de restrições procedimentais. Para Susan Rose-Ackerman e Bonnie J. Palifka, Kelman não levou em devida consideração as repercussões de suas propostas sob a perspectiva da corrupção: ele considerava que os mecanismos de controle previstos no sistema de licitações seriam virtualmente inúteis contra malfeitores dotados de qualquer grau de sutileza ou habilidade. Em sua visão, a corrupção era um problema de “maçãs podres”: algumas pessoas agirão mal, e para que a lei criminal se encarregue delas, bastaria aumentar as penas para corrupção e aumentar o investimento em investigações públicas.<sup>1200</sup>

Embora o GAO aponte violações a regras nas licitações realizadas em plano federal, a incidência de casos de corrupção é relativamente rara, mesmo em comparação aos governos locais nos Estados Unidos.<sup>1201</sup> Dado que o elevado grau de discricionariedade conferido aos agentes de licitação no regramento norte-americano pareceria conferir ampla oportunidade para o abuso e o favorecimento, vale indagar os motivos pelos quais o referido

---

<sup>1199</sup> NOHARA, Irene Patrícia; CÂMARA, Jacintho Arruda. *Licitações e Contratos Administrativos*, p. 63.

<sup>1200</sup> ROSE-ACKERMAN, Susan; PALIFKA, Bonnie J. *Corruption and Government*, p. 149/150.

<sup>1201</sup> GORDON, Daniel I.; RACCA, Gabriella M. “Integrity Challenges in the EU and US Procurement Systems”, p. 38.

sistema parece manter um elevado grau de integridade e baixa incidência de corrupção.

Dessarte, quatro são os fatores relevantes no sistema norte-americano a servir como contrapeso, diante do risco de corrupção gerado pelo elevado grau de discricionariedade do agente de licitação: i) o ambiente institucional, em que a regra do jogo, independentemente das disposições em lei formal, privilegia a integridade e a impessoalidade no serviço público; ii) a profissionalização dos agentes de licitação, que são treinados e qualificados para lidar com processos licitatórios; iii) a existência de vários mecanismos de revisão por órgãos independentes e especializados, capacitados para apreciação das matérias suscitadas e dotados de amplos poderes; e iv) a presença de mecanismos eficientes de *accountability* e de incentivos significativos para que ilícitos sejam delatados – como as provisões *qui tam* e as garantias oferecidas a *whistleblowers* contra represálias –, que eleva a probabilidade de aplicação de sanções rigorosas, tanto aos agentes públicos que recebam vantagens ilícitas no cargo quanto aos empresários que as ofereçam.

Como ressaltado por Cristopher R. Yukins, a experiência americana sugere que um sistema agressivo de defesa da integridade pode permitir a flexibilização do processo licitatório e a atribuição de maior discricionariedade aos agentes públicos para selecionar as propostas mais vantajosas para a Administração<sup>1202</sup>.

Por sua vez, Daniel I. Gordin e Gabriella M. Racca afirmam que a limitada incidência de corrupção no âmbito do sistema federal de licitações dos Estados Unidos não se deve primariamente às regras que previnem a ocorrência de conflitos de interesse, mas sim à existência de uma longa tradição de sujeição das licitações à *rule of law*. A existência de um quadro de profissionais especializados em aquisições públicas significa que há agentes treinados para promover o *enforcement* das normas de licitação, cuja

---

<sup>1202</sup> YUKINS, Cristopher R. “Integrating integrity and procurement: The United Nations Convention Against Corruption and the UNCITRAL Model Procurement Law”, *Public Contract Law Journal* 36, n. 3 (2007), p. 327.

cooperação seria necessária para a prática de qualquer conduta indevida, dificultando a realização de tentativas de corromper o processo licitatório. As exigências de transparência, a priorização da competitividade e o amplo leque de mecanismos de *accountability* acessíveis a todos os interessados também dificultam, tanto sob o aspecto jurídico quanto no prático, o direcionamento da adjudicação em favor de empresas favorecidas.<sup>1203</sup>

Por tais considerações, países com sistemas legais menos desenvolvidos e mercados fracos, que não contem com os mesmos atributos dos Estados Unidos (ambiente institucional hostil à corrupção, profissionalização dos agentes de licitação, e mecanismos eficazes de revisão e *accountability*), haverão de adotar redobrada cautela ao cogitar da incorporação das soluções adotadas no sistema de licitações norte-americano, ainda que sob o pretexto de aumento de eficiência ou da obtenção de melhores resultados para a Administração Pública. Como registram Susan Rose-Ackerman e Bonnie J. Palifka, o próprio mentor das reformas realizadas nos EUA viria a admitir que os princípios que orientaram suas propostas seriam inaplicáveis em cenários de corrupção sistêmica e disseminada.<sup>1204</sup>

---

<sup>1203</sup> GORDON, Daniel I.; RACCA, Gabriella M. "Integrity Challenges in the EU and US Procurement Systems", p. 39.

<sup>1204</sup> ROSE-ACKERMAN, Susan; PALIFKA, Bonnie J. *Corruption and Government*, p. 151.

– CAPÍTULO VI –  
PROPOSTAS PARA UMA ESTRATÉGIA ANTICORRUPÇÃO NO SISTEMA  
DE LICITAÇÕES E CONTRATOS PÚBLICOS

1. Considerações iniciais

A partir da demonstração da nocividade da corrupção e dos esboços de estratégias para seu enfrentamento, tema do Capítulo I, buscou-se demonstrar no Capítulo II que reformas legislativas podem, sim, contribuir para o controle da corrupção, caso modifiquem o sistema de incentivos de agentes públicos e privados. Identificadas as linhas gerais para uma estratégia anticorrupção em licitações públicas no Capítulo III e traçado o panorama dos sistemas normativos paradigmas no Capítulo V, analisar-se-ão aqui as contribuições que tais modelos podem oferecer ao enfrentamento das oportunidades para corrupção no sistema brasileiro de licitações e contratos públicos, identificadas no Capítulo IV.

Diante de um tal cenário, a recente Lei nº 14.133/2021 dificilmente representará avanço significativo no combate à corrupção nas licitações e contratos públicos brasileiro. A uma, porque a norma contém poucas novidades substanciais, tratando fundamentalmente da incorporação ao regime geral de licitações de institutos previstos em atos normativos dispersos. A duas, porque os tímidos avanços no campo da integridade pública vieram acompanhados da abertura de novas oportunidades para a corrupção. Persiste, assim, vasto campo para a apresentação de propostas com vistas ao aprimoramento da legislação brasileira sobre licitações e contratos, objetivo com o qual o presente capítulo almeja contribuir.

Há que se ter em mente, no entanto, que a simples incorporação de melhores práticas à lei formal não será suficiente para a transformação efetiva do atuar ilícito de administradores públicos, sobretudo em cenários de

corrupção sistêmica.<sup>1205</sup> Ainda que a Lei nº 14.133/2021 possua falhas, não são elas o fator determinante da prática da corrupção nas licitações e nos contratos públicos. Gestores bem-intencionados podem vir a conduzir licitações íntegras sob sua vigência tanto quanto já lhes seria possível sob a égide das leis antecedentes; assim como nenhuma alteração legislativa seria capaz de eliminar por completo as múltiplas oportunidades à corrupção passíveis de exploração por agentes públicos mal-intencionados.

Uma reforma no sistema de contratações públicas que se pretenda efetiva não pode se contentar apenas em modificar o texto legal: indispensável que alcance, também, as estruturas de governança que regulam as relações entre agentes econômicos e governamentais – os chamados arranjos institucionais, na dicção de Lance E. Davis e Douglass C. North.<sup>1206</sup> A relevância dos arranjos institucionais no contexto específico das contratações públicas é reconhecida expressamente por Sue Arrowsmith, para quem a existência de um ambiente licitatório adequado (*procurement environment*) constitui pré-condição essencial a uma política regulatória bem-sucedida.<sup>1207</sup> Afinal, qualquer lei, por melhor e mais bem-intencionada que seja, não puder contar com as estruturas necessárias e os meios suficientes à sua implementação, pouco mais será que um pedaço de papel.

Este ambiente licitatório, tal qual é aqui divisado, integra aspectos endógenos e exógenos à Administração Pública. Os primeiros dizem com a predisposição de seus órgãos para implementar e impor coercitivamente o cumprimento das normas da contratação pública, tanto no que concerne à capacidade administrativa de que dispõem – estrutura burocrática, métodos de

---

<sup>1205</sup> Como ressalta Sue Arrowsmith, a adoção de normas de competição e transparência se revela mais adequada ao enfrentamento da corrupção oportunista que da corrupção sistêmica (cf. ARROWSMITH, Sue. *Public procurement regulation: an introduction*. University of Nottingham, 2011, p. 10, disponível em <<https://nottingham-repository.worktribe.com/output/1010457/public-procurement-regulation-an-introduction>>, acesso em 20/08/2021).

<sup>1206</sup> DAVIS, Lance E; NORTH, Douglass C. *Institutional Change and American Economic Growth*. London: Cambridge University Press, 1971, p. 7.

<sup>1207</sup> ARROWSMITH, Sue; LINARELLI, John; WALLACE JR., Don. *Regulating Public Procurement: National and International Perspectives*. The Hague: Kluwer Law International, 2000, pp. 19-20.

recrutamento de pessoal e seu nível de capacitação, por exemplo – quanto no que tange à existência de vontade política para tanto.<sup>1208</sup>

Como aspecto exógeno do ambiente licitatório é possível apontar as expectativas dos atores privados em relação ao comportamento dos órgãos da Administração Pública. Um sistema de contratações marcado pela baixa imperatividade da lei e pela subversão de sua finalidade pública, cujas normas sejam historicamente utilizadas pelos gestores em benefício próprio e de apaniguados, de certo resultará na perda da confiança dos agentes econômicos e no surgimento de incentivos à corrupção. O bom êxito de uma estratégia anticorrupção nas licitações e contratos públicos exige, pois, a restauração da credibilidade da Administração.

As estratégias tradicionais de prevenção à corrupção em procedimentos adjudicatórios e contratos públicos costumam se alicerçar em dois pilares: i) a fiscalização e o acompanhamento por parte dos órgãos públicos encarregados do controle interno (no âmbito federal brasileiro, a Controladoria-Geral da União) e externo (Tribunais de Contas e Ministérios Públicos); e ii) a disponibilização de ferramentas de transparência, a fim de permitir o controle também pela sociedade civil. Entretanto, tais métodos têm se provado deficientes.

Em primeiro lugar, ao menos geralmente, os órgãos de controle são ocupados por profissionais detentores de conhecimento nas áreas de direito e finanças, capacitados sobretudo à fiscalização de aspectos formais das contratações e avenças delas decorrentes. Como resultado, torna-se ainda maior a assimetria informacional normalmente existente entre órgãos fiscalizadores, unidades administrativas fiscalizadas e operadores econômicos

---

<sup>1208</sup> Em cenários de corrupção sistêmica, agentes políticos tendem a pressionar seus subordinados a ignorar os comandos legais, induzindo-os a burlar o cumprimento das regras sobre contratação pública. Ainda que o direito de impugnação por parte de empresas lesadas possibilite algum grau de *enforcement* das normas, não será o suficiente para assegurar uma aplicação sistemática das normas diante de deficiências estruturais no ambiente licitatório. No ponto, cf. ARROWSMITH, Sue; LINARELLI, John; WALLACE JR., Don. *Regulating Public Procurement: National and International Perspectives*. The Hague: Kluwer Law International, 2000, p. 20.

contratados no que concerne aos aspectos técnicos e operacionais do contrato e de sua execução.

Em especial, podem ser de difícil apreensão as informações atinentes à especificação do objeto contratual, ao seu valor de mercado, aos requisitos de qualificação ou às praxes mercantis. Dificilmente os órgãos de controle oficiais teriam expertise bastante para contrastar decisões adotadas pelos órgãos responsáveis pela contratação nessas searas. A assimetria é ainda maior em sede do controle social exercido por organizações não governamentais, seja porque seus voluntários, ainda que motivados, costumam ser desprovidos de conhecimentos técnicos, seja porque as informações disponibilizadas em plataformas de transparência de acesso amplo são limitadas.

Por outro lado, como demonstra a teoria da *public choice*, os incentivos dos burocratas responsáveis pelo controle externo nem sempre estão alinhados com o interesse público, aqui consubstanciado na realização de uma fiscalização rigorosa e eficiente. Ainda que desconsiderada a possibilidade de influência política sobre a chefia de tais órgãos de controle<sup>1209</sup> – que não raro contamina suas decisões –, via de regra não há incentivos para que o desempenho do agente fiscalizador exceda o mínimo necessário ao cumprimento formal e burocrático de suas funções.<sup>1210</sup> Por seu turno, mesmo que seus interesses estejam alinhados com a prevenção à corrupção, as organizações da sociedade civil convivem com severas restrições orçamentárias e de mão de obra especializada, o que lhes dificulta a realização de tarefas de maior complexidade.

---

<sup>1209</sup> No Brasil, os Controladores-Gerais são cargos de livre nomeação e exoneração pelo Chefe do Poder Executivo. Os Conselheiros do Tribunal de Contas, por seu turno, são indicados pelo Chefe do Poder Executivo e aprovados pelo Poder Legislativo. São cargos historicamente destinados a aliados políticos – muitos com larga experiência parlamentar, inclusive –, cujas decisões tendem a ser pautadas por critérios de natureza igualmente política. Finalmente, a Chefia do Ministério Público também é indicada pelo Chefe do Poder Executivo; em sede federal, o Procurador-Geral pode ser selecionado entre todos os ocupantes da carreira ou, em nível estadual, entre os integrantes de uma lista tríplice escolhida pela classe.

<sup>1210</sup> Embora burocratas não estejam imunes a comportamentos oportunistas em ambientes de baixa corrupção, seus interesses tendem a ser distintos daqueles situados em ambientes de corrupção sistêmica. No primeiro cenário, prevalecem os desvios de conduta motivados por interesses corporativistas inerentes à própria organização burocrática; no segundo, as práticas abusivas se inserem em relacionamentos de natureza clientelista, mediante troca de favores com os agentes políticos que controlam a máquina estatal.



Idealmente, uma estratégia bem-sucedida de combate à corrupção nas licitações e contratos públicos haveria de se apoiar em atores que: i) possuam conhecimento específico sobre os aspectos técnicos e operacionais do objeto contratual, de modo a minimizar a assimetria de informação; e ii) tenham incentivos, inclusive de natureza financeira, alinhados com o objetivo de implantar e consolidar um regime de autêntica impessoalidade nas relações estabelecidas entre Administração Pública e setor econômico. Conclui-se, sem grande esforço, que aqueles que melhor preenchem esses requisitos são justamente os agentes econômicos *outsiders*, operadores econômicos que, a despeito de seu interesse nas contratações públicas, delas se mantêm afastados, seja por temor de direcionamento em favor de concorrentes amigos do poder, seja pela imprevisibilidade associada à inadimplência do poder público.

Para induzir tais atores econômicos a cooperar com uma estratégia de prevenção e combate à corrupção, é necessário que a Administração Pública com eles construa uma relação de confiança mútua<sup>1211</sup>, que lhes permita acreditar que: i) a igualdade de oportunidades a todos os interessados em contratar com o poder público está assegurada; ii) caso contratados, não estarão expostos a extorsões ou retaliações por parte de agentes públicos corruptos; iii) a eventual contratação de um concorrente não terá sido resultado de favorecimento obtido em troca de vantagens ilícitas.

Tal credibilidade dificilmente poderia ser construída por iniciativa exclusiva dos órgãos de controle externo, sem contar com o engajamento da Chefia do Poder Executivo, porquanto usual que as oportunidades para corrupção se apresentem dentro dos limites da legalidade formal, travestidas de regular exercício do poder discricionário e sem exteriorização de seu propósito fraudulento. Mais: ainda que o comando da Administração fosse

---

<sup>1211</sup> Segundo Douglass C. North, uma reestruturação econômica bem-sucedida depende de que sejam ajustados não só os incentivos em jogo, mas também os modelos mentais dos jogadores, de molde a induzir escolhas complementares àqueles incentivos (cf. NORTH, Douglass C. "Institutions and Credible Commitment", in *Journal of Institutional and Theoretical Economics*, Vol. 149, Nº 1, Mar. 1993, p. 21).

entregue a um gestor interessado na implantação de uma norma de impessoalidade nas licitações e contratos públicos, a construção de uma tal relação de confiança não seria tarefa simples, mormente diante de um quadro histórico de corrupção sistêmica.

Na visão de Douglass C. North, o governante que pretenda induzir expectativas acerca de seu próprio comportamento futuro deve assumir compromissos ou promessas críveis (*credible commitments*).<sup>1212 1213</sup> Uma primeira estratégia ao dispor do agente político funda-se na denominada credibilidade motivacional, obtível por meio de sua adesão resoluta e consistente às regras pactuadas, de molde a construir paulatinamente a reputação de governante cumpridor dos compromissos assumidos. Não é difícil concluir se tratar de estratégia exigente e empregada raramente, à vista das contínuas pressões suportadas pelo agente político a incentivar comportamentos irresponsáveis.<sup>1214</sup> A construção de uma reputação sólida ao longo do tempo torna-se um objetivo ainda mais distante em cenários políticos voláteis, em que os detentores de poder político se sucedem continuamente. Prevaecem, aqui, interesses de curto prazo, passíveis de satisfação dentro da limitação temporal do mandato governamental.

Uma segunda estratégia à disposição do governante capaz de lhe permitir fazer promessas críveis baseia-se na credibilidade imperativa, obtível através da limitação da sua capacidade de romper compromissos assumidos. Aqui, o governante renuncia a qualquer discricionariedade sobre o cumprimento de sua promessa, permitindo que venha a ser compelido a honrá-la independentemente de sua vontade futura. Como modelo de credibilidade imperativa, Kenneth Shepsle cita a decisão de Ulisses ao se amarrar ao mastro do navio, permitindo-lhe ouvir o canto das sereias sem por elas ser devorado:

---

<sup>1212</sup> NORTH, Douglass C. "Institutions and Credible Commitment", p. 13.

<sup>1213</sup> As promessas críveis (*credible commitments*) se apresentam, portanto, como antítese das promessas que não se pretende cumprir (*self disbelieved promises*), características do comportamento oportunista.

<sup>1214</sup> NORTH, Douglass C.; WEINGAST, Barry R. "Constitutions and Commitment: The Evolution of Institutions Governing Public Choice in Seventeenth-Century England", in *The Journal of Economic History*, Vol. 49, Nº. 4, Dec. 1989, p. 804.

um compromisso assumido pelo “eu” atual e que o “eu” futuro não poderá renegar.<sup>1215</sup>

Parece intuitivo que governantes cíclicos dificilmente dispõem de tempo e vontade política suficientes para construir de forma gradual a credibilidade necessária à conformação de uma estratégia de combate à corrupção bem-sucedida. Por conseguinte, a autolimitação do exercício do poder discricionário através de uma estratégia de credibilidade imperativa parece ser o modo mais viável de oferecer promessas críveis, aptas a atrair a cooperação de agentes econômicos potencialmente interessados no mercado de contratações públicas.

Entretanto, ainda que a opção pela renúncia à discricionariedade tenha efeitos benéficos sobre as expectativas futuras, tal método pode importar em custos significativos. A irrevogabilidade dos compromissos assumidos pode tornar impossível ou excessivamente custosa a resposta a futuras circunstâncias imprevistas, razão pela qual cabe ao decisor ponderar se os ganhos em credibilidade compensam a perda de flexibilidade no setor das licitações e contratos públicos.<sup>1216</sup>

Parece claro que a resposta depende, fundamentalmente, do grau de credibilidade e confiança das instituições preexistentes. A estrutura de incentivos a agentes públicos e operadores econômicos que participem de contratações em ambientes de corrupção baixa é de todo diferente daquela que se lhes põe em ambientes de corrupção elevada.

Em cenários nos quais exista uma expectativa compartilhada de tratamento isonômico e integridade nas relações entre Administração Pública e iniciativa privada, o mercado de compras públicas atrairá múltiplos operadores econômicos interessados em obter novas oportunidades de negócio. Embora

---

<sup>1215</sup> SHEPSLE, Kenneth. "Discretion, institutions and the problem of government commitment", in BOURDIEU, Pierre; COLEMAN, James (editors). *Social Theory for a changing society*. Boulder: Westview Press, 1991, p. 246.

<sup>1216</sup> SHEPSLE, Kenneth. "Discretion, institutions and the problem of government commitment", pp. 244-265.

tal ambiente não seja imune a arranjos colusivos entre agentes públicos e empresas, tais ajustes serão mais instáveis e mais facilmente rompidos, à vista da intensidade da competição econômica e do efetivo exercício de mecanismos de controle e *accountability*.

Ao revés, em quadros de corrupção sistêmica, a satisfação dos interesses de burocratas e operadores econômicos atrela-se à distribuição de benefícios de caráter personalista pelos detentores do poder político. Sempre que prevalecem relações de caráter clientelista, a competição entre os operadores econômicos se desloca do mercado para a arena política, onde disputam entre si por relações de proximidade com os agentes políticos mais capazes de lhes oferecer oportunidades de *rent seeking*. Em um tal ambiente, burocratas que dependam de cargos e vantagens distribuídas pelos mesmos agentes políticos não se furtam a obedecer a suas ordens, adjudicando contratos públicos a operadores econômicos a si determinados e em termos mais favoráveis do que aqueles vigentes no mercado. As empresas que, por convicção ou por aversão a risco, se recusarem a estabelecer tais relacionamentos personalistas restarão excluídas do mercado das contratações públicas.

A conjugação de fatores como um sólido histórico de atuação impessoal dos gestores públicos, um elevado grau de profissionalização dos agentes de contratação e a presença de mecanismos efetivos de controle e *accountability* sugerem um ambiente licitatório maduro, no qual os cuidados com a preservação da integridade poderão ceder espaço ao objetivo da vantajosidade. Quanto menores os riscos associados à relação agente-principal, maior será o peso atribuído à perspectiva do Estado enquanto comprador. Se este o caso, a regulação poderá ampliar a flexibilidade conferida ao agente de contratação para maximização do *value for money*<sup>1217</sup>,

---

<sup>1217</sup> Visto que a avaliação das circunstâncias do caso concreto por um profissional qualificado e íntegro produzirá resultados economicamente mais eficientes do que a aplicação mecânica de regras pré-estabelecidas, o amadurecimento do ambiente licitatório acarretaria uma menor necessidade de regras rígidas para controle e estruturação do processo de contratações públicas. Nessa linha, Sue Arrowsmith citou a experiência do Reino Unido, onde se buscou reduzir a regulação das licitações e concentrar esforços na formação de um quadro de profissionais habilitados e bem treinados, com experiência no setor privado (ARROWSMITH,

aproximando-se mais das práticas adotadas no setor privado, por confiar que os mecanismos de supervisão e revisão são suficientes para detectar e sancionar eventuais atos de corrupção oportunista.

Tais condições não se apresentam, contudo, em cenários de corrupção sistêmica, em que o baixo grau de profissionalização dos agentes de contratação, a reduzida eficácia dos mecanismos de controle e a ausência de confiabilidade do ente público- contratante esvaziam a confiança dos agentes econômicos no mercado de contratações públicas. Nestes ambientes licitatórios sequer foram atingidas as condições mínimas para que o *trade off* entre integridade e vantajosidade passe a ser uma verdadeira questão. Aqui, o controle rigoroso da relação agente-principal ainda almeja assegurar ao menos algum grau de competitividade – e por conseguinte, de eficiência econômica – nas licitações<sup>1218</sup>. Quando o risco de desvio por exercício abusivo do poder discricionário excede as perdas de *value for money* decorrentes da restrição à discricionariedade do agente público, uma abordagem baseada em regras passíveis de monitoramento pelas empresas concorrentes, como também de *enforcement* por órgãos independentes, poderá ser a solução para a construção da necessária confiança do mercado público e, a médio prazo, para a consecução de contratações economicamente mais vantajosas.<sup>1219</sup>

---

Sue; LINARELLI, John; WALLACE JR., Don. *Regulating Public Procurement: National and International Perspectives*. The Hague: Kluwer Law International, 2000, pp. 20-22).

<sup>1218</sup> Deve ser compreendida neste contexto específico a afirmação de Claudio Weber Abramo, ao sustentar que leis de licitação devem ser as mais procedimentais possíveis, visto que a limitação do poder discricionários de agentes públicos reduziria o risco de corrupção (cf. ABRAMO, Claudio Weber. “Prevention and detection in bribery-affected public procurement”. *Transparência Brasil*, disponível em <<https://econwpa.ub.uni-muenchen.de/econ-wp/pe/papers/0309/0309001.pdf>>, acesso em 29/09/2021, p. 22).

<sup>1219</sup> Por tais razões, afigura-se temerário incorporar ao ordenamento jurídico brasileiro soluções regulatórias baseadas em discricionariedade adotadas em países desenvolvidos. Tais reformas “modernizadoras” servirão, no mais das vezes, como uma nova roupagem para antiquíssimas práticas de favoritismo e clientelismo nas contratações públicas, exemplificando a subversão das regras das ordens de acesso aberto pela lógica das ordens de acesso fechado a que Douglass C. North se refere. Especificamente no contexto das compras públicas, vale registrar a advertência de que “sempre se deve lembrar que o equilíbrio adequado entre regras e discricionariedade depende em grande medida do ambiente do país em questão, tais como atitudes em relação à corrupção e as habilidades dos agentes de contratação” (ARROWSMITH, Sue; LINARELLI, John; WALLACE JR., Don. *Regulating Public Procurement: National and International Perspectives*. The Hague: Kluwer Law International, 2000, p. 77). Ou seja, renunciar aos benefícios que um sistema de aquisição flexível poderia proporcionar seria o preço a ser pago para assegurar vantagens maiores, decorrentes da abertura e fortalecimento do mercado de aquisições públicas (ARROWSMITH, Sue. *The Law of Public and Utilities Procurement*. London: Sweet and Maxwell, 1996, p. p. 295).

Países que sejam percebidos como menos corruptos – notadamente, os Estados Unidos (CPI de 67 pontos, 25º lugar entre 180 países) e Portugal (CPI de 61 pontos, 33º lugar entre 180 países) – poderão conferir maior margem de discricionariedade aos agentes públicos encarregados das licitações e contratos públicos, sem maiores prejuízos às expectativas dos atores envolvidos acerca da impessoalidade e integridade com que tais processos serão conduzidos. Tal raciocínio não se aplica, contudo, à realidade de países como o Brasil (CPI de 38, 94º lugar entre 180 países), que já são percebidos como sistematicamente corruptos. Ainda piores são as expectativas dos operadores econômicos que disputam contratos públicos em unidades federativas menores, cuja capacidade institucional usualmente se situa em patamar muito inferior àquela ostentada pelo governo federal.

Entre as autolimitações ao exercício de poder discricionário que poderão conferir credibilidade a uma estratégia anticorrupção nas licitações e contratos públicos, duas merecem especial destaque por seu impacto e visibilidade: i) a atribuição do poder revisional dos atos praticados nas licitações e nos contratos a órgãos colegiados independentes; e ii) a implantação de mecanismos que eliminem de fato a possibilidade de juízos discricionários acerca do adimplemento das obrigações assumidas pelo poder público.<sup>1220</sup>

Além disso, uma estratégia de prevenção à corrupção nas licitações e contratos públicos baseada na autolimitação do poder discricionário possui a vantagem de ser implementável a partir da modificação de configurações institucionais, passíveis de adoção inclusive por gestores em nível subnacional, independentemente de qualquer modificação legislativa no plano federal.

---

<sup>1220</sup> Ainda que o administrador esteja formalmente obrigado a respeitar a ordem cronológica de exigibilidade das faturas pelo artigo 141 da Lei nº 14.133/2021), inclusive sob pena de responsabilidade criminal (cf. artigo 337-H do Código Penal, com a redação da Lei nº 14.133/2021), a amplitude das exceções (em especial aquela do inciso V do artigo 141, § 1º) lança dúvidas acerca do real impacto daquela determinação.

## 2. Estratégias Anticorrupção: Propostas Específicas

### 2.1. Obrigatoriedade do plano anual de contratações dos órgãos públicos (proposta nº 1)

A Lei nº 14.133/2021 facultou aos órgãos responsáveis pelo planejamento de cada ente federativo a elaboração de um plano anual de contratações, “a partir dos documentos de formalização de demandas” (artigo 12, VII), que haverá de ser “divulgado e mantido à disposição do público em sítio eletrônico oficial” (artigo 12, §1º).

Em solução análoga, o nº 1 do artigo 34º do Código de Contratos Públicos português (CCP), na esteira do nº 1 do artigo 48º da Diretiva nº 2014/24/UE, exigem que as entidades adjudicantes publiquem anúncio de pré-informação, em que se indica “o preço contratual estimado de todos os contratos a celebrar durante os 12 meses seguintes”, cujo valor atinja ou exceda o limiar estipulado para fins de publicação no Jornal Oficial da União Europeia (artigo 474º do CCP).

A publicação do plano anual de contratações pode se prestar a reduzir a assimetria de informações entre *outsiders* (empresas interessadas em contratar com o ente público) e *insiders* (órgão contratante e empresas contratadas), que já conhecem o objeto e o prazo dos contratos em vigor e, por conseguinte, teriam capacidade de prever o cronograma de sua futura renovação. Para proporcionar maior efetividade à medida, propõe-se que:

- i) a elaboração e divulgação do planejamento anual seja compulsória;
- ii) o plano anual contemple, no mínimo, todas as contratações de produtos ou serviços que demandem fornecimento contínuo;
- iii) o plano anual indique como referência, no mínimo, o objeto do contrato a ser renovado, com seus quantitativos, preço atual, data prevista para seu vencimento e o endereço eletrônico do setor administrativo responsável pela condução da futura contratação; e

- iv) o planejamento anual seja submetido em formato eletrônico padronizado, de modo a possibilitar que as informações provenientes de diversos entes federativos sejam consolidadas em uma única base de dados.

A proposta formulada, que concretiza as linhas estratégicas de redução da assimetria de informação entre *outsiders* e *insiders* e de ampliação das oportunidades de participação, almeja os seguintes objetivos: i) facilitar o ingresso de novas empresas que pretendam atuar no mercado das compras públicas – em especial, aquelas de pequeno e médio porte –, conferindo-lhes tempo hábil para se preparar por conta da divulgação antecipada da intenção de contratar; ii) minimizar a prática de dispensas por emergência ficta, porquanto a divulgação antecipada permitiria às empresas interessadas cobrar do órgão adjudicante o cumprimento do cronograma de licitações; iii) possibilitar que empresas interessadas tomem a iniciativa de encaminhar cotações de preço para aferição do valor atual de mercado, por ocasião de eventual prorrogação contratual; iv) permitir que agentes econômicos antecipem suas provocações, junto ao órgão adquirente, quanto às especificações e aos requisitos de qualificação adequados para atendimento das necessidades de Administração.

2.2. Regulação dos contatos mantidos entre órgãos adjudicantes e empresas do mercado, em momento anterior à publicação do edital (proposta nº 2)

A Lei nº 14.133/2021 prevê duas modalidades de contato entre o órgão adjudicante e o mercado na fase de planejamento de licitação, em que informações pertinentes e elementos do futuro edital devem ser disponibilizados, assegurada a manifestação de quaisquer interessados. São elas: i) a realização de “audiência pública, presencial ou à distância, na forma eletrônica, sobre licitação que pretenda realizar” (artigo 21, *caput*); e ii) a submissão de licitação à “prévia consulta pública” (artigo 21, parágrafo único).



Sem prejuízo de sua utilidade, sobretudo quando o objeto contratual se revista de particular complexidade, ambos os procedimentos pressupõem que a Administração já tenha colhido junto ao mercado informações suficientes para descrever a escolha da solução mais apta à satisfação de seus interesses. A Nova Lei de Licitações é omissa, no entanto, no que diz respeito à regulação dos contatos através dos quais a Administração Pública realiza a sondagem das alternativas disponíveis no mercado para atendimento às suas necessidades, o que costuma ocorrer de modo informal.

A fim de reduzir a assimetria de informação entre o mercado e o órgão adjudicante, é necessário que haja um canal pelo qual o órgão público tome conhecimento da qualidade e dos preços das soluções atualmente disponíveis, notadamente para orientar a descrição do objeto a ser contratado, bem como a especificação dos requisitos necessários de qualificação.<sup>1221</sup> Por óbvio, os agentes econômicos não compartilham tais informações por objetivos altruístas, e tampouco possuem incentivos para fazê-lo de forma isenta e objetiva<sup>1222</sup>, pois buscam induzir atos decisórios que lhes sejam mais favoráveis no processo licitatório.

À míngua de qualquer regulação, tais comunicações tendem a ocorrer nas sombras e apenas junto às empresas cujos representantes tenham estabelecido relações pessoais com o agente público. Tal praxe resulta em maior assimetria informacional entre *insiders*, que conhecem as intenções e necessidades da Administração Pública e têm possibilidade de influenciar suas decisões no processo de contratação, e *outsiders*, que não participaram nem poderão tomar conhecimento do teor dessas comunicações.

Ao ver de José Duarte Coimbra, as inevitáveis comunicações prévias entre o órgão adjudicante e potenciais licitantes devem ser expressamente

---

<sup>1221</sup> Segundo Peter Trepte, os instrumentos de transparência previstos na regulação das licitações podem servir não somente para controlar o agente público, mas também para assisti-lo na coleta de informações junto ao mercado (TREPTE, Peter. "Transparency and Accountability as Tools for Promoting Integrity and Preventing Corruption in Procurement: Possibilities and Limitations", in *OECD Papers*, vol. 5/10, 2006, p. 3).

<sup>1222</sup> TREPTE, Peter. *Regulating Procurement: Understanding the Ends and Means of Public Procurement Regulation*. Oxford: Oxford University Press, 2006, pp. 103-104.

reguladas, a fim de minimizar o risco de que tais diálogos resultem no tratamento preferencial de um agente econômico em detrimento dos demais. Mais especificamente, é necessário: i) impedir que um dos concorrentes obtenha situação privilegiada em relação aos demais concorrentes, seja pela obtenção de vantagem informativa, seja por sua influência sobre a elaboração de peças no processo licitatório; e ii) assegurar que os demais potenciais licitantes tenham oportunidade de tomar conhecimento do conteúdo de tais consultas preliminares.<sup>1223</sup>

Para assegurar a igualdade de oportunidades entre potenciais licitantes e viabilizar a atuação dos órgãos de controle externo, propõe-se a incorporação ao sistema brasileiro de licitações de regramento da troca de informações entre o órgão adjudicante e o mercado por vias oficiais e devidamente documentadas, à semelhança da consulta preliminar ao mercado prevista no artigo 35º-A do CCP e nos artigos 40º e 41º da Diretiva 2014/24/UE.

Há que se ponderar, entretanto, que a divulgação do teor integral das respostas encaminhadas por agentes econômicos, em resposta às solicitações formuladas pela Administração Pública, poderá expor eventuais soluções originais e inovações tecnológicas ao conhecimento de seus concorrentes no mercado.<sup>1224</sup> A preservação da boa-fé e do estímulo ao compartilhamento de informações recomenda, portanto, que tais comunicações possam ser classificadas como confidenciais, a requerimento dos interessados, modo similar ao previsto no artigo 66º do Código dos Contratos Públicos. Nestes casos, o acesso dos competidores seria limitado a uma síntese das informações recebidas, sem prejuízo da preservação de seu teor integral para consulta dos órgãos de controle e revisão.

---

<sup>1223</sup> COIMBRA, José Duarte. “Planeamento da contratação e consultas preliminares ao mercado”, in ESTORNINHO, Maria João; MARTINS, Ana Gouveia. *Atas da Conferência: A Revisão do Código dos Contratos Públicos*. Instituto de Ciências Jurídico-Políticas, Lisboa, 2016, p. 130.

<sup>1224</sup> Cf. SÁNCHEZ, Pedro Fernández. *Direito da Contratação Pública – Volume I*, p. 535.

Portanto, a aplicação das linhas estratégicas de redução da assimetria de informação entre *outsiders* e *insiders* e de despersionalização da atuação do agente público recomenda que:

- i) seja permitido ao agente público solicitar e/ou receber informações de agentes econômicos, acerca de produtos ou serviços que poderiam atender às necessidades da Administração;
- ii) todas as comunicações sejam documentadas – por meio de mensagens eletrônicas, por exemplo –, para exame dos órgãos de controle e de outros potenciais interessados no certame;
- iii) a instauração do processo administrativo destinado ao planejamento da contratação, assim como seu teor integral, deve ser passível de consulta pública *ab initio* e independentemente da publicação de edital<sup>1225</sup>, salvo diante de fundamentos que justifiquem a preservação de sigilo;
- iv) os agentes econômicos que participarem de tais trocas de informação com a Administração Pública tenham a faculdade de solicitar que mensagens ou documentos encaminhados sejam classificados como confidenciais, restringindo-se o acesso de eventuais concorrentes à síntese de seu teor, sem prejuízo da preservação de sua integralidade para consulta dos órgãos de controle e revisão;
- v) os eventuais contatos mantidos para além dos canais oficiais regularmente documentados importem na desqualificação do agente econômico, ressalvada a possibilidade de demonstração de ausência de prejuízo à concorrência, à semelhança da alínea *i*) do nº 1 do artigo 55º do CCP.<sup>1226</sup>

---

<sup>1225</sup> Cf. FIUZA, Eduardo Pedral Sampaio; MEDEIROS, Bernardo Abreu de. *A Agenda Perdida das Compras Públicas. Rumo a uma Reforma Abrangente da Lei de Licitações e do Arcabouço Institucional*. Rio de Janeiro: Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, 2014, p. 146 ([https://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/TDs/td\\_1990.pdf](https://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/TDs/td_1990.pdf), acesso em 18/07/2020: “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.”

<sup>1226</sup> Entende-se, portanto, que a comunicação por vias não regulamentares geraria uma presunção *iuris tantum* da indevida obtenção de vantagem concorrencial, cabendo ao agente econômico o ônus de produzir prova em sentido contrário.

### 2.3. Prevalência de características funcionais sobre especificações descritivas do objeto licitado (proposta nº 3)

A definição das especificações técnicas do produto a ser adquirido ou do serviço a ser contratado constitui uma das principais oportunidades para corrupção nas licitações, pois a manipulação da descrição do objeto contratual permite ao agente público excluir potenciais concorrentes e direcionar o contrato à empresa que pretenda favorecer.

Nos termos da Lei nº 14.133/2021, os bens a serem adquiridos serão definidos em termo de referência (artigos 6º, XXIII, a, e 18, II) e, sempre que possível, padronizados em função de suas especificações técnicas, estéticas e de desempenho (artigos 40, V, a, e 43, I). Inexiste, contudo, previsão da prevalência de características funcionais sobre especificações físicas do produto, ou mesmo da aceitação de produtos de funcionalidade e desempenho equivalentes, exceto no caso em que o edital utilize determinada marca ou modelo como referência (artigo 42 combinado com o artigo 41, I, d).

No entanto, a utilização de especificações funcionais ou de desempenho é preferível a especificações descritivas ou de *design*<sup>1227</sup>, mais suscetíveis à manipulação em favor de fornecedores específicos. Idealmente, os itens licitados devem ser descritos em função do uso pretendido<sup>1228</sup>, sem referência a marcas, modelos, origens ou processos de fabricação específicos que possam favorecer determinados licitantes em detrimento de outros. Mesmo nos casos em que seja impossível definir o objeto da licitação estritamente em termos funcionais, deve ser expressamente admitido o fornecimento de produtos equivalentes.<sup>1229</sup>

---

<sup>1227</sup> Como ressalta Sue Arrowsmith, a utilização de especificações de *design* também resultam na alocação de risco ao governo, uma vez que a empresa contratada não será responsável pelo eventual desempenho insatisfatório dos produtos fornecidos, no caso de a Adm/inistração fixar especificações mal desenhadas (ARROWSMITH, Sue; LINARELLI, John; WALLACE JR., Don. *Regulating Public Procurement: National and International Perspectives*. The Hague: Kluwer Law International, 2000, p. 408).

<sup>1228</sup> TREPTE, Peter. *Regulating Procurement: Understanding the Ends and Means of Public Procurement Regulation*. Oxford: Oxford University Press, 2006, p. 92.

<sup>1229</sup> Assim, por exemplo, seria preferível exigir um grau de resistência a calor, ao invés do uso de um específico material resistente a calor, no intuito de maximizar a competição e encorajar a

O direito norte-americano admite que produtos e serviços a serem adquiridos sejam descritos em termos de: i) funções a serem desempenhadas; ii) desempenho exigido; ou iii) características físicas essenciais [FAR 11.002 (a) (2) (i)]. Segundo o entendimento do *Government Accountability Office* (GAO), a inclusão de especificações de *design* será inadequada quando a necessidade do órgão público puder ser atendida através da descrição de características funcionais e de desempenho.<sup>1230</sup>

Por sua vez, o nº 7 do artigo 49º do CCP e o nº 3 do artigo 42º da Diretiva nº 2014/24/UE admitem que o objeto contratual seja especificado: i) em termos de desempenho ou de requisitos funcionais, quando os parâmetros forem suficientemente precisos sua determinação, ii) quando houver necessidade de especificação descritiva, mediante utilização de normas de padronização internacionais ou nacionais como referência, iii) por combinação de ambos os critérios. Outrossim, ressalvam expressamente que serão admitidos os demais produtos com funcionalidade equivalente,

---

inovação. Contudo, mesmos nos casos em que haja detalhamento de especificações de *design* ou mesmo referência a um produto específico, outras alternativas que atinjam (ou excedam) as exigências de desempenho do produto de referência deverão considerados admitidos como equivalentes (ARROWSMITH, Sue. *The Law of Public and Utilities Procurement*. London: Sweet and Maxwell, 1996, pp. 583-585).

<sup>1230</sup> Cf. GAO, Decisão B-216947.2 de 11/06/1985, disponível em <<https://www.gao.gov/products/b-216947.2>>, acesso em 20/07/2021: "(...) as a result of the legal requirement that the government maximize competition, specifications must state only the government's minimum needs. Specifications that focus on performance or functional characteristics, which are directly linked to an agency's intended use of a product, may permit equipment to be offered that would be excluded by specifications that describe one particular equipment design. Where, as here, equipment of differing designs may be equally capable of performing the tasks for which equipment is being acquired, that equipment cannot be excluded and, if particular design features included in a specification are challenged, the agency must be able to explain, in terms that will withstand logical scrutiny, why the design specified, and only that design, will afford it adequate assurance that its needs will be satisfied. [Em tradução livre: "(...) em consequência da exigência legal de que o governo maximize a competição, as especificações (do objeto) devem indicar somente as necessidades mínimas do governo. Especificações que focalizam em características funcionais ou de desempenho, que estão diretamente associadas ao uso do produto pretendido pela agência, podem permitir a oferta de equipamentos que seriam excluídos por especificações que descrevem somente um design de equipamento em particular. Quando equipamentos de designs diferentes forem igualmente capazes de desempenhar as tarefas para as quais o equipamento está sendo adquirido, como no presente caso, tal equipamento não poderá ser excluído e, se características particulares de design contidas na especificação foram questionadas, a agência deverá ser capaz de explicar, em termos que resistam ao escrutínio lógico, os motivos pelos quais o design especificado, e somente aquele design, lhe assegurará adequadamente a satisfação de suas necessidades.]"

independentemente da referência utilizada para descrição do objeto do contrato (nº 10 do artigo 49º do CCP).

Para minimizar o risco de exercício abusivo do poder discricionário, em cumprimento à linha estratégica de ampliação das oportunidades de participação, propõe-se que:

- i) seja expressamente atribuída preferência à especificação do objeto contratual em termos funcionais ou de desempenho;
- ii) haja expressa previsão de que, nos casos em que não for possível especificar o objeto contratual em termos funcionais ou de desempenho, serão admitidos produtos ou serviços de funcionalidade e desempenho equivalentes.

#### 2.4. Restrições ao orçamento sigiloso (proposta nº4)

Sob o regime da Lei nº 8.666/93, os editais de licitação são obrigatoriamente instruídos com orçamento detalhado que estime o custo da contratação, por meio de planilhas que expressem a composição de todos os seus custos unitários (artigo 7º, § 2º, II, combinado com o artigo 40, § 2º, II). Solução diametralmente oposta foi adotada para as licitações realizadas sob a égide do Regime Diferenciado de Contratação, visto que a Lei nº 12.462/2011 atribuiu caráter sigiloso ao orçamento previamente estimado (artigo 6º, § 3º), dispondo que seu teor somente viria a público após o encerramento da licitação (artigo 6º, *caput*). A Nova Lei de Licitações, por sua vez, adotou solução híbrida, ao prever a possibilidade de decretação de sigilo sobre o orçamento estimado da contratação, quando “justificado” (artigo 24 da Lei nº 14.133/2021).

A divergência acerca do caráter público ou sigiloso do orçamento também se revela na comparação com os paradigmas analisados. Segundo previsto nas subseções 36.203 (c) e 36.605 (b) da *Federal Acquisition Regulation*, o acesso à estimativa governamental do valor das obras ou serviços de engenharia é restrito aos agentes públicos cujas tarefas exijam o conhecimento do orçamento estimado. Excepcionalmente, admite-se que o

agente de contratação divulgue a composição dos custos estimada pelo ente público no curso das negociações contratuais, quando a medida for considerada necessária para a obtenção de preço justo e razoável. Nas obras de engenharia, as solicitações incluem referência a faixas de preço, que indicam a ordem de magnitude da estimativa de custos, mas sem divulgação de seu teor (FAR 36.204).<sup>1231</sup>

O CCP adota solução antagônica, ao prever que o preço base deverá constar do caderno de encargos (nº 1 do artigo 47º), peça obrigatória dos procedimentos de formação de contratos (nº 1 do artigo 40º).<sup>1232</sup> Por sua vez, a Diretiva nº 2014/24/UE prevê que os anúncios de concurso poderão indicar tanto o valor quanto a ordem de grandeza estimada do contrato (nºs 8 e 10 da Parte C do Anexo V).

A questão da divulgação da estimativa governamental dos custos da contratação está associada a uma dúplici assimetria de informação. Por um lado, os potenciais licitantes possuem mais informações do que a Administração Pública em relação ao efetivo valor de mercado do objeto licitado; mas por outro, os potenciais licitantes desconhecem quanto o ente público estaria disposto a pagar pelo objeto. Segundo os defensores do orçamento sigiloso, a segunda assimetria informacional serviria como contrapeso à primeira: ainda que a Administração houvesse superestimado o valor de mercado do objeto contratual, a incerteza acerca do quanto o Poder Público está disposto a pagar incentivaria os licitantes a apresentar propostas que se aproximassem mais do preço de mercado.<sup>1233</sup>

---

<sup>1231</sup> Nos termos da seção 36.204 da FAR, a obra deverá ser enquadrada em uma das seguintes faixas: a) abaixo de US\$ 25.000, b) entre US\$ 25.000 e US\$ 100.000, c) entre US\$ 100.000 e US\$ 250.000, d) entre US\$ 250.000 e US\$ 500.000, e) entre US\$ 500.000 e US\$ 1.000.000, f) entre US\$ 1.000.000 e US\$ 5.000.000, g) entre US\$ 5.000.000 e US\$ 10.000.000 e h) acima de US\$ 10.000.000.

<sup>1232</sup> Excepcionalmente, o nº 5 do artigo 47º do CCP dispensa a fixação de preço base quando for permitida a celebração de contrato de qualquer valor e o órgão competente não estiver sujeito a limites máximos de autorização de despesas.

<sup>1233</sup> Nesse sentido, cf. TORRES, Ronny Charles L. de. “Análise de um aparente paradoxo entre transparência e corrupção: orçamento sigiloso como instrumento de eficiência econômica e combate aos cartéis”, in COUTINHO, Francisco Pereira (coordenador). *Atas do II Curso sobre o Combate à Corrupção na Contratação Pública*. Universidade Nova de Lisboa, 2020, pp. 317-339.

Ademais, a ausência de orçamento estimado dificultaria o conluio entre licitantes, na medida em que privaria o cartel de uma referência capaz de servir como parâmetro para suas propostas, na linha recomendada pela OCDE para o combate aos cartéis em licitações públicas.<sup>1234 1235</sup>

Em que pesem seus efeitos potencialmente benéficos, o sigilo sobre o orçamento estimado também pode ampliar as oportunidades para corrupção, porquanto gera demanda pelo compartilhamento de informação privilegiada e, por conseguinte, potencial desigualdade entre os licitantes. De mais a mais, a ausência de parâmetros de preço pode ter efeitos nocivos sobre a competitividade. Sem conhecimento do orçamento estimado, propostas podem ser desclassificadas, seja por excederem a estimativa governamental (artigo 59, III, da Lei nº 14.133/2021), seja por não atingirem 75% do referido valor (hipótese em que sua inexecuibilidade é presumida, na forma do artigo 59, § 4º).

No intuito de conciliar as vantagens do orçamento sigiloso com as linhas estratégicas de dispersão do poder decisório e de despersonalização da atuação do agente público, propõe-se que a adoção do orçamento sigiloso seja subordinada às seguintes condicionantes:

- i) o orçamento estimado seja elaborado por órgão administrativo distinto daquele que promoverá a licitação, cujos agentes não possam manter qualquer contato com potenciais licitantes;
- ii) o orçamento estimado permaneça em sigilo para o próprio agente de contratação e sua equipe até o momento da apresentação das

---

<sup>1234</sup> NÓBREGA, Marcos. *Direito e Economia da Infraestrutura*. Belo Horizonte: Fórum, 2020, p. 69.

<sup>1235</sup> OCDE. Guidelines for Fighting Bid Rigging in Public Procurement: Helping Governments to Obtain Best Value for Money, p. 7, disponível no endereço eletrônico <<https://www.oecd.org/daf/competition/cartels/42851044.pdf>>, acesso em 20/08/2021: “Use a maximum reserve price only if it is based on thorough market research and officials are convinced it is very competitive. Do not publish the reserve price, but keep it confidential in the file or deposit it with another public authority.” (Em tradução livre: “Use um preço de reserva máximo somente se ele for baseado em uma pesquisa de mercado completa e os funcionários estiverem convencidos de que é muito competitivo. Não publicar o preço de reserva, mas mantê-lo em sigilo no arquivo ou depositá-lo em outro órgão público.”)



- propostas, de modo que o conhecimento da estimativa seja restrito a órgãos que não possuem contato com potenciais licitantes;
- iii) nos casos em que a Administração optar pelo orçamento sigiloso, sejam flexibilizadas as regras de desclassificação de propostas por preço excessivo ou por inexequibilidade (artigo 59, III, da Lei nº 14.133/2021).

## 2.5. Restrição à pesquisa de preços por consulta direta a fornecedores (proposta nº 5)

A estimativa do valor de mercado dos bens e serviços licitados pela Administração Pública é regulada pelo artigo 23, § 1º, da Lei nº 14.133/2021, que autoriza o gestor a optar entre parâmetros decorrentes: i) da comparação com contratações anteriores (que podem estar registradas no Portal Nacional de Contratações Públicas, em sistema de registro de preços ou na base nacional de notas fiscais eletrônicas); ii) de pesquisa em tabela de referência, mídia ou sítio eletrônico especializado; ou iii) de consulta direta a três ou mais fornecedores.

Tal dispositivo reproduz, com pequenas alterações, o artigo 5º da Instrução Normativa nº 73/2020, em que a Secretaria Especial de Desburocratização, Gestão e Governo Digital do Ministério da Economia dispõe sobre o procedimento de pesquisa de preços no âmbito da Administração Pública.<sup>1236</sup> Contudo, a Nova Lei de Licitações não incorporou o § 1º do artigo 5º da Instrução Normativa nº 73/2020, que confere prioridade aos parâmetros relacionados à comparação com contratações anteriores.

A FAR dispõe sobre múltiplas técnicas de pesquisa de mercado, incluindo consulta a base de dados de contratos públicos e a sistemas informatizados correlatos, consulta a catálogos e comunicações com a indústria [FAR 11.002 (b) (2)]. No CCP, o preço base também pode ser fixado a partir dos custos médios resultantes de procedimentos anteriores (nº 3 do artigo 47º)

---

<sup>1236</sup> Notadamente, a Lei nº 14.133/2021 substituiu a referência ao Painel de Preços pelo Painel Nacional de Contratações Públicas; por outro lado, incluiu menção à base nacional de notas fiscais eletrônicas, não prevista na IN nº 73/2020.

ou com fundamento em pesquisa de preços colhida através de consulta preliminar ao mercado (artigo 35º-A).

A praxe de consultar três fornecedores para solicitar o encaminhamento de orçamentos e utilizar a média das cotações encaminhadas como parâmetro para a estimativa do valor contratado constitui um costume verdadeiramente arraigado na Administração Pública brasileira. Tal procedimento, no entanto, não demonstra aptidão para a reduzir a assimetria de informação entre o governo e o mercado, no que diz respeito ao efetivo valor do objeto lícitado.<sup>1237</sup>

Em primeiro lugar, as empresas que recebem solicitações preliminares de cotação de preço têm conhecimento de que tal informação instruirá futuro processo licitatório e estará disponível à consulta de seus concorrentes. Não há incentivos, portanto, para que a empresa consultada apresente seu valor real e final, mas, sim, um valor superior ao efetivamente praticado, que conduzirá a um orçamento superestimado.<sup>1238</sup> Como ressalta Peter Trepte, a mera solicitação de cotação de preços a vendedores individuais não atinge o objetivo de extrair informações fidedignas do fornecedor, que efetivamente reflitam seus custos de produção; o agente econômico somente possui incentivos para compartilhar suas informações privadas no contexto de uma competição aberta, em que tal revelação se faz necessária para a contratação almejada<sup>1239</sup>. As pesquisas de preços deverão refletir, portanto, as informações compartilhadas no âmbito de procedimentos competitivos, por serem mais fiáveis do que as consultas direcionadas a fornecedores.

Em segundo lugar, uma vez que o agente público tem liberdade para escolher as três empresas a que solicitará cotações, abre-se margem para a corrupção. Não raro é a própria empresa em favor da qual a licitação será direcionada a responsável por indicar as outras duas concorrentes que haverão de ser consultadas. Previamente concertadas, estas últimas apresentam

---

<sup>1237</sup> NIEBUHR, Joel de Menezes *Pregão Presencial e Eletrônico*, p. 141.

<sup>1238</sup> TCU, Plenário, TC nº 024.090/2009-7.

<sup>1239</sup> TREPTE, Peter. *Regulating Procurement: Understanding the Ends and Means of Public Procurement Regulation*. Oxford: Oxford University Press, 2006, pp. 394-395.

cotações em valores superiores àquele praticado pela empresa favorecida – no que se convencionou denominar “propostas de cobertura”) –, o que lhe permitirá fixar o orçamento estimado da licitação no patamar em que desejar.

Caso a licitação transcorra em ambiente verdadeiramente competitivo, a disputa entre os licitantes minimizará os prejuízos decorrentes de eventual orçamento superestimado. Porém, nos procedimentos adjudicatórios em que haja poucos competidores – e, com ainda mais evidência, nos casos de dispensa de licitação –, o orçamento superestimado possibilitará o desvio de recursos para remunerar tanto eventuais agentes públicos corruptos quanto as empresas que tenham oferecido “cobertura” ao vencedor do certame.

Em atendimento às linhas estratégicas de despersonalização da atuação do agente público e de redução da assimetria de informações entre *outsiders* e *insiders*, propõe-se que:

- i) seja determinado aos órgãos da Administração Pública que, sempre que possível, utilizem como parâmetro para a estimativa do valor da contratação o painel para consulta de preços do Portal Nacional de Contratações Públicas, contratações similares feitas pela Administração Pública ou pesquisa na base nacional de notas fiscais eletrônicas;
- ii) que a pesquisa de preços mediante solicitação direta de cotações a três ou mais fornecedores somente seja realizada quando demonstrada a inviabilidade de utilização de qualquer outro parâmetro de aferição do preço de mercado previsto no artigo 23, § 1º, da Lei nº 14.133/2021.

## 2.6. Substituição de requisitos de qualificação técnica por garantias de desempenho (proposta nº 6)

No que tange aos critérios de habilitação definidos no artigo 62 da Lei nº 14.133/2021, a principal oportunidade para a corrupção se apresenta na definição dos requisitos de habilitação econômico-financeira (artigo 69) e de qualificação técnico-profissional e técnico-operacional (artigo 67). Tais critérios de habilitação versam sobre questões de natureza eminentemente técnica, a

exemplo da definição: i) dos coeficientes e índices econômicos demonstrativos da aptidão financeira do licitante (artigo 69); ii) de quais serviços apresentam “características semelhantes” (artigo 67, I) ou “complexidade equivalente” (artigo 67, II) à obra que se pretende licitar; iii) de quais parcelas da obra ostentam “maior relevância” (artigo 67, § 1º).

Está-se diante seara de grande assimetria informacional entre *insiders* – que poderão moldar os requisitos técnicos de forma a excluir potenciais concorrentes –, e *outsiders* – que terão escassas possibilidades de questioná-los perante os órgãos de controle interno ou externo. Além disso, a exigência de atestados que demonstrem experiência em obras similares anteriores constitui importante barreira de entrada para o ingresso de novas empresas no campo contratações públicas, notadamente no setor de infraestrutura.

Mesmo nos casos em que os requisitos de qualificação tenham sido desenhados de forma impessoal, a miríade de atestados exigida pela Nova Lei de Licitações não constitui mecanismo eficiente para demonstrar a aptidão do licitante para executar adequadamente a obra ou o serviço.<sup>1240</sup> Há que se buscar outros mecanismos de sinalização (*signaling*)<sup>1241</sup> ou triagem (*screening*), que contribuam para revelar as informações que realmente interessam para a execução da obra ou do serviço – como aquelas que dizem respeito à governança corporativa ou à capacidade administrativa do licitante.

O sistema de licitações norte-americano oferece uma interessante solução para tal dilema, ao minimizar os requisitos de qualificação mediante imposição de garantias para o bom desempenho contratual. Nos termos do parágrafo 9.104-1 (c) da FAR, a ausência de histórico de desempenho relevante anterior não constitui fundamento para a desqualificação, ressalvados

---

<sup>1240</sup> NÓBREGA, Marcos; JURUBEBA, Diego Franco de Araújo. “Assimetrias de informação na nova Lei de Licitação e o problema da seleção adversa”, in *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, Belo Horizonte, ano 18, nº 69, pp. 9-32.

<sup>1241</sup> A sinalização é um mecanismo através da qual o agente econômico revela suas informações privadas, ao praticar uma atividade ou tomar uma decisão que somente uma determinada categoria de agentes estaria disposta a adotar, de modo a demonstrar que possui as habilidades ou características pertinentes à referida categoria (MACHO-STADLER, Inês; PEREZ-CASTRILLO, David J. *An introduction to the economics of information: incentives and contracts*. Oxford: Oxford University Press, 2001, p. 188)

os casos em que a execução do contrato exija expertise incomum ou instalações especializadas (parágrafo 9.104-2 (a) da FAR). Além disso, os critérios de habilitação previstos na FAR não possuem somente caráter retrospectivo, mas também prospectivo, na medida em que avaliam a habilidade de vir o licitante a adquirir as habilidades técnicas, organizacionais e operacionais necessárias para a execução contratual [FAR 9.104-1 (e) e 9.104-3 (a)].

Por outro lado, nos contratos de construção com valor superior a US\$ 150 mil, a FAR exige a contratação de dois tipos de seguro: i) o seguro-desempenho (*performance bond*), pelo qual a seguradora se responsabiliza por eventuais falhas na execução da obra (por exemplo, em termos de prazo de entrega, qualidade ou preço)<sup>1242</sup>; e ii) o seguro de pagamento (*payment bond*), pelo qual a seguradora garante o pagamento dos subcontratados e fornecedores. Cada uma das referidas modalidades de garantia deve assegurar o valor total do contrato e de seus eventuais aditivos [FAR 28.102-2 (b)].

O seguro-desempenho (*performance bond*) atende à finalidade de mitigar o risco de obras paralisadas ou inacabadas, uma vez que impõe às seguradoras não só o ônus de indenizar eventuais danos, mas também a assunção do andamento da obra em caso de sua paralisação. Dessa forma, incentiva-se que as seguradoras investiguem cautelosamente as empresas antes da emissão das apólices, bem como promovam contínuo acompanhamento de sua atuação durante a execução contratual, no intuito de se precaverem contra eventuais sinistros.<sup>1243</sup>

No campo das garantias contratuais, a Lei nº 14.133/2021 representou modesto avanço em comparação à Lei nº 8.666/93. Assim como previsto sob a

---

<sup>1242</sup> FIUZA, Eduardo Pedral Sampaio. “Licitações e Governança de Contratos: A Visão dos Economistas”, in SALGADO, Lúcia H.; FIUZA, Eduardo P.S. (organizadores). *Marcos Regulatórios no Brasil: É tempo de rever regras?* Rio de Janeiro: IPEA, 2009, p. 262.

<sup>1243</sup> FORTINI, Cristiana Fortini; AMORIM, Rafael Amorim de. “O seguro-garantia no âmbito do Projeto de Lei nº 1.292/1995”, disponível em <<https://www.conjur.com.br/2020-nov-12/interesse-publico-seguro-garantia-ambito-pl-12921995>>, acesso em 26/08/2021.

legislação anterior, o artigo 6º, LIV, da Nova Lei de Licitações afirma que o seguro-garantia “garante o fiel cumprimento das obrigações assumidas pelo contratado”. Todavia, o valor máximo da garantia é fixado em patamares muito inferiores aos necessários para assegurar a execução da obra em caso de inadimplência do licitante vencedor. O artigo 98 da Lei nº 14.133/2021 limita a garantia contratual a 5% do valor inicial do contrato, percentual que poderá ser majorado para até 10%, quando justificado pela “complexidade técnica e riscos envolvidos”.

A Nova Lei de Licitações avançou ao facultar, em caso de obras e serviços de engenharia de grande vulto (definidas como aquelas cujo valor estimado seja superior a R\$ 200 milhões), a exigência de prestação de seguro-garantia “com cláusula de retomada” (artigo 99), em que a seguradora assume a obrigação de “assumir a execução e concluir o objeto do contrato” (artigo 102). É certo que tal norma introduz novidades relevantes, ao prever a inclusão da seguradora como interveniente anuente na contratação, com poderes para acompanhar a execução do contrato e acessar a auditoria técnica e contábil (artigo 102, I). Entretanto, sua efetividade prática é pequena, em face da limitação do valor do seguro-garantia a 30% do valor inicial do contrato em obras de grande vulto (artigo 99) e da possibilidade de a seguradora optar pelo pagamento da importância segurada ao invés de assumir a continuidade da obra (artigo 102, parágrafo único).

A exigência de seguro-garantia oferece um retrato mais fiel da capacidade da empresa contratada do que o atendimento a requisitos formais de capacidade financeira, porquanto o mercado segurador se encarrega de apurar a higidez da empresa contratada, no intuito de minimizar seu risco de responsabilização. Para além de preservar o interesse público na execução da obra, o seguro-garantia oferece ao poder público uma sinalização *ex ante* da capacidade de desempenho da empreiteira, a partir da mensuração do risco por parte da seguradora, que se refletirá na comparação entre o valor do prêmio pago pela empresa e as taxas de mercado.<sup>1244</sup>

---

<sup>1244</sup> Cf. FIUZA, Eduardo Pedral Sampaio. “Licitações e Governança de Contratos: A Visão dos Economistas”, p. 263.

Na medida em que o seguro-garantia induz a seguradora a minimizar o risco de exposição de seu próprio patrimônio, atribui-se ao próprio mercado o suprimento da assimetria informacional acerca da robustez econômica e capacidade de desempenho dos licitantes.<sup>1245</sup>

Por outro lado, há que se ponderar que uma exigência universal de seguro-garantia para qualquer contratação de obras públicas, em valor equivalente ao preço do contrato, para além de incrementar o valor da despesa, poderia também ter efeitos negativos sobre a competitividade do mercado, uma vez que as seguradoras tenderiam a cobrar prêmios mais elevados das empreiteiras com menor lastro patrimonial.<sup>1246</sup>

Em concretização à linha estratégica de ampliação das oportunidades de participação, por considerar que as informações necessárias para avaliação da capacidade dos licitantes poderiam ser reveladas através de garantias de desempenho, e no intuito de minimizar o risco de manipulação dos requisitos de qualificação para favorecimento de determinadas empresas, propõe-se que:

- i) nas licitações em que sejam exigidos atestados de execução de obras ou serviços similares, ou requisitos extraordinários de capacidade econômico-financeira, seja facultado aos licitantes apresentar seguro-garantia com cláusula de retomada no valor integral da obra ou do serviço;
- ii) os licitantes que apresentarem seguro-garantia nos moldes acima propostos sejam dispensados do atendimento aos requisitos extraordinários de qualificação econômico-financeira e técnico-operacional previstos no edital.

---

<sup>1245</sup> Como ressalta Eduardo Fiuza, a emissão de fiança bancária não gera risco para o banco, pois este atua como mero depositário dos ativos da empresa contratada. Ao revés, a emissão de seguro-garantia implica no empenho dos ativos da própria seguradora, gerando um maior incentivo para investigar o histórico do segurado e exercer uma função mais ativa na prevenção de riscos (FIUZA, Eduardo. "Licitações e Governança de Contratos: A Visão dos Economistas", p. 269)

<sup>1246</sup> RIBEIRO, Maurício Portugal. "Performance bond' como um critério de seleção em licitações", disponível em <<https://valor.globo.com/opiniao/coluna/performance-bond-como-um-criterio-de-selecao-em-licitacoes.ghml>>, acesso em 28/08/2021.

## 2.7. Restrição ao exame prévio dos critérios de habilitação (proposta nº 7)

A Lei nº 14.133/2021 alterou a ordem das fases do procedimento licitatório, tal como prevista na Lei nº 8.666/93, para determinar que a apresentação e julgamento das propostas antecederá a etapa de habilitação, em que se afere a capacidade do licitante de desempenhar o objeto contratual (artigos 17 e 62), independentemente da adoção da modalidade de pregão ou concorrência (artigo 29).

A antecipação de fase de habilitação promovida pelo artigo 17 da Nova Lei de Licitações reduz os custos de transação *ex ante*: i) para os licitantes, que ficam dispensados do ônus de antecipar o vasto rol de certidões, atestados e documentos exigidos pelos artigos 66 a 69 da Lei nº 14.133/2021; e ii) para a Administração Pública, que evitará o dispêndio de tempo e recursos humanos e materiais com a análise dos documentos de habilitação, bem como do provável contencioso administrativo e judicial decorrente de sua apreciação.<sup>1247</sup> Contribui-se, desta forma, para a redução das barreiras de entrada a novos concorrentes, com a consequente ampliação da competitividade dos certames.<sup>1248</sup>

No entanto, o § 1º do artigo 17 prevê que a fase de habilitação poderá anteceder a apresentação de julgamento das propostas, “mediante ato motivado com explicitação dos benefícios decorrentes”. Diante da ausência de especificidade da norma, deixou-se exclusivamente ao alvedrio do administrador definir os casos em que tal inversão de etapas seria considerada benéfica ou admissível.

---

<sup>1247</sup> GARCIA, Flávio Amaral; MOREIRA, Egon Bockmann. “A futura nova lei de licitações brasileira: seus principais desafios, analisados individualmente”, *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 18, nº 69, 2020, p. 62.

<sup>1248</sup> FIUZA, Eduardo Pedral Sampaio; MEDEIROS, Bernardo Abreu de. *A Agenda Perdida das Compras Públicas*, p. 26.



Diferentemente do que previa a Lei nº 10.520/2002, à vista da amplitude do novo permissivo legal e se enunciados supostos benefícios, o agente público pode antecipar a etapa de habilitação, ainda que o objeto licitado seja um bem ou serviço comum, a ser adquirido pelo critério de menor preço sob a modalidade de pregão (artigo 6º, XLI). Parece evidente que atribuir um tal ônus a todos os licitantes pode desestimular a participação no certame, de molde a facilitar seu direcionamento em favor de determinado operador econômico amigo.

De mais a mais, restringir a possibilidade de apresentação de propostas aos licitantes previamente habilitados permitiria a prévia identificação dos concorrentes, propiciando que se ajustassem em conluio prévio. Ao revés, a antecipação da fase de apresentação das propostas, especialmente quando adotado o formato eletrônico, permite que os lances sejam apresentados anonimamente, o que dificultaria eventual coordenação entre os competidores.

Por tais razões, convém que a antecipação da fase de habilitação seja restrita aos casos em que o objeto licitado demande peculiar capacidade técnico-operacional ou extraordinária robustez econômico-financeira, de modo que os benefícios decorrentes do exame aprofundado da qualificação dos licitantes compensem os custos da restrição de acesso à fase de apresentação de propostas.

No sistema de licitações português, a aferição dos requisitos de qualificação técnico-operacional e de capacidade econômico-financeira não se confunde com a habilitação, que diz respeito tão somente aos documentos referidos no artigo 81º do CCP (equivalentes, em linhas gerais, às condições de habilitação jurídica e fiscal na lei brasileira).<sup>1249</sup> Tais documentos somente são exigidos após o julgamento das propostas, independentemente do procedimento de contratação adotado.

---

<sup>1249</sup> Ao contrário do direito brasileiro, onde a habilitação está para a qualificação como o gênero está para a espécie (artigo 62 da Lei nº 14.133/2021).

Caso seja adotado o procedimento do concurso público, o ente público abdica da possibilidade de restringir o acesso ao certame por critérios de capacidade técnica e financeira dos candidatos<sup>1250</sup>, limitando-se a exigir os documentos de habilitação anteriormente referidos [artigo 132º, nº 1, alínea f)] ao final da etapa competitiva.

Na hipótese de o órgão adjudicante pretender restringir o certame aos autores das propostas que demonstrem aptidão técnica e financeira para a execução do contrato, o procedimento concursal adequado será o concurso limitado por prévia qualificação, em que se admite a especificação de requisitos mínimos de capacidade técnica [artigo 164º, nº 1, alínea h)]. Nessa hipótese, a qualificação dos candidatos antecederá a adjudicação (artigo 163º), assim como ocorre nos procedimentos negociais.

No sistema norte-americano, em princípio, a avaliação do atendimento aos requisitos de qualificação (*determination of responsibility*) ocorrerá logo após a apresentação das propostas, restringindo-se ao licitante que ofereceu o preço mais baixo ou aos licitantes que se encontram na faixa competitiva [FAR 9.105-1 (b) (1)]. Sob a perspectiva norte-americana, a aferição da qualificação antes da apresentação de propostas afigura-se ineficiente – ao exigir que o órgão adjudicante aprecie a capacidade de todos os licitantes – e anticompetitiva – por excluir interessados antes que tivessem oportunidade de submeter sua oferta.<sup>1251</sup>

Em face dessas considerações, e à vista da linha estratégia de ampliação das oportunidades de participação, propõe-se que:

- i) a possibilidade de antecipação da fase de habilitação, prevista no artigo 17, § 1º, da Lei nº 14.133/2021, seja restrita às licitações em que o critério de julgamento seja de melhor técnica, melhor técnica e preço ou

---

<sup>1250</sup> Cf. SÁNCHEZ, Pedro Fernández. *Direito da Contratação Pública*, Vol. II, p. 641.

<sup>1251</sup> GORDON, Daniel I.; RACCA, Gabriella M. “Integrity Challenges in the EU and US Procurement Systems”, in *Ius Publicum Network Review*, 2014, pp. 16-17.

maior retorno econômico, em que há maior necessidade de aferição da capacitação e experiência dos licitantes;

- ii) nas licitações em que o critério de julgamento seja de menor preço ou maior desconto, a apresentação e julgamento das propostas obrigatoriamente anteceda à verificação dos requisitos de habilitação e qualificação.

## 2.8. Abolição das licitações presenciais (proposta nº 8)

A Lei nº 14.133/2021 manifesta preferência pela adoção da forma eletrônica das licitações, embora também admita a forma presencial, desde que motivada (artigo 17, § 2º). A norma não indica, contudo, qualquer parâmetro que oriente a decisão do gestor quanto às hipóteses em que seria justificável a adoção da forma presencial. Sob este aspecto, a Nova Lei de Licitações é ainda mais permissiva se comparada o Decreto nº 10.042/2019, que condiciona a adoção da forma presencial à comprovação de inviabilidade técnica ou à desvantagem para a Administração. Em comparação, o CCP prevê a apresentação de propostas em plataforma eletrônica utilizada pela entidade adjudicante (nº 1 do artigo 62º), salvo quando a natureza do documento não permitir sua apresentação por esse meio (nº 5 do artigo 62º).

1252

Marçal Justen Filho identifica algumas hipóteses em que a forma presencial supostamente apresentaria vantagens sobre a eletrônica, a saber: i) quando a Administração ou a maioria dos agentes econômicos não possuir acesso à banda larga de internet; ii) quando a forma eletrônica possibilitar a dominação do mercado por empresas de grande porte; iii) quando a forma eletrônica cercear o contato direto com a sociedade.<sup>1253</sup>

---

<sup>1252</sup> Na modalidade de convite, admite-se a apresentação de proposta sem utilização da plataforma, mas por meio de transmissão eletrônica de dados (artigo 115º, nº 1, alínea g), do CCP).

<sup>1253</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratações Administrativas*. São Paulo: Thomson Reuters do Brasil, 2021, edição eletrônica, comentário 20 ao artigo 17.

Nenhum desses argumentos convence. A uma, porque aproximadamente 97,7% dos Municípios da Federação<sup>1254</sup> dispõem atualmente ao menos de cobertura parcial com tecnologias rápidas de acesso à internet, o que lhes possibilitaria conexão à plataforma eletrônica de licitações. Além disso, o artigo 176, II, da Lei nº 14.133/2021 expressamente dispensa a realização de licitação sob a forma eletrônica em Municípios com menos de 20.000 habitantes, pelo prazo de seis anos contados de sua publicação.

A duas, porque a Lei Complementar nº 123/2006 já prevê mecanismos para a proteção de microempresas e empresas de pequeno porte (incluindo preferências com empate ficto, reserva de cotas e licitações exclusivas), de modo que a adoção de formas que desestimulem a competição não parece medida adequada ou necessária para tal fim. Pelo contrário, os maiores beneficiados pela redução das barreiras de entrada decorrentes da adoção da forma eletrônica serão justamente as empresas pequenas, para as quais seriam proibitivos os custos de concorrer a licitações distantes da localidade em que sediadas.

A três, porque eventuais mecanismos de controle social, a exemplo de audiências públicas e consultas públicas, bem como o acompanhamento dos certames, também poderá ser realizado em ambiente virtual.

Por outro lado, as desvantagens do modelo de pregão presencial são evidentes e amplamente conhecidas. A exigência de deslocamento para participação em sessões presenciais gera aumento dos custos de transação *ex ante* e reduz a competitividade das licitações, ao desincentivar a participação de empresas sediadas fora do local em que realizado o certame.

---

<sup>1254</sup> Segundo dados do Relatório de Acompanhamento do Setor de Telecomunicações da Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL), no 2º semestre de 2020 havia cobertura “4G” em 5.441 dos 5.570 Municípios brasileiros (dado disponível à consulta no endereço eletrônico

<[https://sei.anatel.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md\\_pesq\\_documento\\_consulta\\_externa.php?eEP-wqk1skrd8hSlk5Z3rN4EVg9uLJqrLYJw\\_9INcO4NT86aq4DZSJMWWh9gBoilhtRgvXnEhjtT6dqYhPLelC2xMriZOLrD6LEYnf1psEzILJAq9-LHel\\_G9fbuXRs7UR](https://sei.anatel.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?eEP-wqk1skrd8hSlk5Z3rN4EVg9uLJqrLYJw_9INcO4NT86aq4DZSJMWWh9gBoilhtRgvXnEhjtT6dqYhPLelC2xMriZOLrD6LEYnf1psEzILJAq9-LHel_G9fbuXRs7UR)>, acesso em 27/08/2021).

Especialmente nas licitações realizadas longe das grandes metrópoles, a distância age como barreira à entrada de novos competidores.

Ademais, o encontro presencial de licitantes, por ocasião da entrega dos envelopes de proposta, estimula e facilita sua colusão, bem como o monitoramento do cumprimento de eventuais acordos anticompetitivos. A circunstância de os licitantes se conhecerem antes do encerramento do processo licitatório pode ensejar a realização de acordos anticompetitivos baseados na repartição dos ganhos, mediante pagamentos diretos ou via subcontratação.<sup>1255</sup>

Por tais razões, entre as medidas propostas pela OCDE para o combate a cartéis em licitações está evitar, tanto quanto possível, visitas ou reuniões presenciais. Recomenda-se, ao revés, a adoção de procedimentos remotos, que assegurem o encaminhamento de propostas por via eletrônica. Assim, mantém-se o sigilo sobre a identidade dos licitantes, sem prejuízo da posterior verificação da autenticidade e contemporaneidade das comunicações eletrônicas pelos demais licitantes.<sup>1256</sup>

O prévio conhecimento da identidade dos licitantes contribui para a formação de ambiente propício à corrupção e ao favorecimento, pois diminui a possibilidade de participação de competidores não ajustados entre si e com o agente público que conduz o procedimento adjudicatório. Por outro lado, o uso de plataformas eletrônicas com assinaturas digitais e controles de auditoria impede que agentes públicos corruptos manipulem lances ou propostas técnicas apresentadas pelos licitantes.<sup>1257</sup>

A magnitude dos impactos positivos da adoção da forma eletrônica pode ser demonstrada pela experiência da Secretaria de Saúde do Estado do Mato

---

<sup>1255</sup> FIUZA, Eduardo Pedral Sampaio; MEDEIROS, Bernardo Abreu de. *A Agenda Perdida das Compras Públicas*, p. 25.

<sup>1256</sup> Cf. OECD. *Guidelines for Fighting Bid Rigging in Public Procurement*, p. 8.

<sup>1257</sup> LENGWILER, Yvan; WOLFSTETTER, Elmar. "Corruption in Procurement Auctions", in DIMITRI, Nicola; PIGA, Gustavo; SPAGNOLO, Giancarlo (editors). *Handbook of Procurement – Theory and Practice for Managers*, Cambridge University Press, 2006, p. 417.

Grosso. Facilitado que foi o acesso a fabricantes de outros Estados, gerou-se uma economia de aproximadamente 52% nos preços dos mesmos produtos, se comparados aos resultados obtidos em pregões presenciais.<sup>1258</sup>

Desse modo, e em cumprimento às linhas estratégicas de ampliação das oportunidades de participação e de despersonalização da atuação do agente público, propõe-se que seja compulsória a adoção da forma eletrônica em licitações em que seja adotado o critério de julgamento de menor preço ou maior desconto, ressalvada a possibilidade temporária de utilização da forma presencial em pequenos Municípios, de conformidade com o inciso II do artigo 176 da Lei nº 14.133/2021.

#### 2.9. Restrições à adoção da contratação integrada e semi-integrada (proposta nº 9)

Sob o regramento da Lei nº 8.666/93, há vedação expressa a que o autor ou empresa responsável pelo projeto básico ou executivo participe, direta ou indiretamente, da execução da obra ou do serviço (artigo 9º, I e II). Tal proibição parte da premissa de que, por dispor de dados privilegiados acerca do objeto contratual, o elaborador do projeto pode se valer de tal assimetria de informações para frustrar o caráter competitivo do certame e extrair benefícios indevidos.<sup>1259</sup> Como realça a jurisprudência do Tribunal de Contas da União, um dos objetivos da segregação de funções entre quem elabora e quem executa o projeto consiste em evitar que a quantidade de serviços e insumos a ser empregada na execução seja propositalmente superestimada no projeto, no intuito de permitir à empresa se apropriar da diferença entre o previsto e o realizado.<sup>1260</sup>

Embora a Lei nº 8.666/93 admitisse a possibilidade de que o encargo da elaboração de projeto executivo fosse atribuído ao próprio contratado (artigo 9º,

---

<sup>1258</sup> NÓBREGA, Marcos. *Direito e Economia da Infraestrutura*, p. 57.

<sup>1259</sup> GARCIA, Flávio Amaral; MOREIRA, Egon Bockmann. “A futura nova lei de licitações brasileira: seus principais desafios, analisados individualmente”, p. 49.

<sup>1260</sup> TCU, Plenário, Acórdão nº 168/2017, Rel, Min. Augusto Nardes.

§ 2º), a elaboração do projeto básico – desenvolvido pela Administração ou por empresa especificamente contratada para tal fim – sempre haveria de anteceder a licitação (artigo 7º, § 2º, I).

O Regime Diferenciado de Contratação, por sua vez, se afastou dessa orientação ao instituir a contratação integrada, em que o contratado se encarrega não só da elaboração do projeto executivo, como também do projeto básico (artigo 9º, §§ 1º e 2º, da Lei nº 12.462/2011). A contratação integrada viria a ser incorporada pela Lei nº 14.133/2021 (artigo 46, V e § 2º), que introduziu também a contratação semi-integrada, na qual o contratado se incumba da elaboração do projeto executivo (artigo 6º, XXXIII) e pode propor alterações no projeto básico (artigo 46, § 5º).<sup>1261</sup>

Ocorre que o artigo 9º da Lei nº 12.462/2011 restringia a adoção do regime de contratação integrada aos objetos que envolvessem: i) inovação tecnológica ou técnica; ii) possibilidade de execução com diferentes metodologias; ou iii) possibilidade de execução com tecnologias de domínio restrito no mercado. Tais restrições não viriam a ser incorporadas à Lei nº 14.133/2021, ampliando significativamente o âmbito de possível utilização da contratação integrada ou semi-integrada.

No direito português, o desenvolvimento dos projetos de obras obedece a um itinerário composto de cinco etapas.<sup>1262</sup> Na primeira, a entidade adjudicante encaminha para o projetista um programa preliminar (equiparável ao estudo técnico preliminar no direito brasileiro), em que são definidos os objetivos, as características e os condicionamentos financeiros da obra [artigos 1º, alínea n), e 2º da Portaria nº 701-H/2008 do Ministério das Obras Públicas, Transportes e Comunicações).

A seguir, a atuação do projetista se desenvolve em quatro fases, cada uma das quais se inicia mediante aprovação pelo órgão adjudicante do trabalho

---

<sup>1261</sup> A elaboração do projeto executivo também pode ser atribuída ao contratado sob outros regimes de execução, como registra o artigo 14, § 4º, da Lei nº 14.133/2021.

<sup>1262</sup> SÁNCHEZ, Pedro Fernando. *Direito da Contratação Pública*, Vol. I, pp. 688-689.

desenvolvido na etapa anterior, a saber: i) programa base, em que verifica a viabilidade da obra e estuda soluções alternativas [artigos 1º, alínea *m*), e 4º da Portaria nº 701-H/2008]; ii) estudo prévio (equiparável ao anteprojeto no direito brasileiro), com vistas à escolha da solução que melhor se ajuste ao programa, essencialmente no que diz respeito à concepção geral da obra [artigos 1º, alínea *j*), e 5º da Portaria nº 701-H/2008]; iii) anteprojeto ou projeto base (equiparável ao projeto básico no direito brasileiro), em que se estabelecem as bases para futura execução mediante definição e dimensionamento da obra, bem como o esclarecimento do modo de sua execução [artigos 1º, alínea *a*), e 6º da Portaria nº 701-H/2008]; e iv) projeto de execução (equiparável ao projeto executivo no direito brasileiro), que contém todos os elementos necessários à definição dos trabalhos a executar, veiculando informações de fácil e inequívoca interpretação [artigos 1º, alínea *t*), e 7º da Portaria nº 701-H/2008]. Na hipótese de obras de maior complexidade – consideradas como de categoria III ou IV pelo artigo 11º da Portaria nº 701-H/2008 – ou de maior preço base<sup>1263</sup>, o nº 2 do artigo 43º ainda prevê uma etapa adicional de prévia revisão do projeto de execução por entidade qualificada, distinta do autor do projeto.

A partir do Código de Contratações Públicas de 2008, a lei portuguesa estabeleceu como regra geral que a elaboração do projeto base e do projeto de execução seria realizada obrigatoriamente pelo órgão adjudicante antes da licitação, sob pena de nulidade do caderno de encargos [artigo 43º, nº 8, alínea *a*), do CCP]. Posteriormente, contudo, admitiu as denominadas empreitadas de concepção-construção, em que permite ao órgão adjudicante solicitar a elaboração do projeto base aos próprios concorrentes, quando a complexidade técnica ou especialização das obras assim o justifique (nº 1 do artigo 11º do Decreto-Lei nº 59/99).

Segundo Pedro Fernández Sánchez, o modelo concepção-construção foi abandonado por ter sido identificado como “uma das principais causas da

---

<sup>1263</sup> Mais especificamente, obras cujo preço-base seja enquadrável na classe 3 de alvará ou em classe superior, o que corresponderia a obras acima de € 350.000, nos termos da Portaria nº 119/2012 do Ministério das Obras Públicas, Transportes e Comunicações.



degradação da qualidade das obras públicas em Portugal”.<sup>1264</sup> Com efeito, a atribuição ao adjudicatário da faculdade de preencher as lacunas do caderno de encargos o incentiva a optar pelas soluções que minimizem seus custos, ainda que em detrimento do interesse público na qualidade da obra.

O CCP atual admite dois casos excepcionais em que o caderno de encargos é integrado tão somente por um programa preliminar, cabendo ao adjudicatário a elaboração do projeto de execução (nº 3 do artigo 43º). No primeiro, o adjudicatário assume as obrigações de executar a obra e de assegurar determinado nível de desempenho em seu funcionamento. Promove-se, desse modo, um alinhamento entre os incentivos do adjudicatário e o interesse público, pois não seria de interesse do contratado degradar a qualidade do projeto a ponto de não atingir os padrões de funcionamento a que se obrigou.

A segunda hipótese diz respeito a processos construtivos complexos, que demandam uma “especial ligação” dos concorrentes à concepção da obra. Pedro Fernández Sánchez esclarece que a norma tem aplicação quando diferentes operadores econômicos adotam técnicas construtivas distintas, de modo que a seleção de uma técnica específica por parte do órgão adjudicante excluiria do certame parcela das empresas capacitadas à execução da obra.<sup>1265</sup> Diante de um tal cenário, a exigência de prévia elaboração do projeto de execução cede passo ao interesse na ampliação da competitividade do certame.

Assim como em Portugal, a prática brasileira de delegar aos contratados o preenchimento das lacunas nos projetos de engenharia tem se revelado prejudicial ao interesse público, tanto por conta da qualidade sofrível das obras quanto pelo descompasso entre os orçamentos iniciais e o custo final. Mesmo quando a Administração se encarrega ela própria da feitura do projeto básico,

---

<sup>1264</sup> SÁNCHEZ, Pedro Fernández. *Direito da Contratação Pública*, Vol. I, p. 698.

<sup>1265</sup> SÁNCHEZ, Pedro Fernández. *Direito da Contratação Pública*, Vol. I, p. 700.

não raro o documento não contém elementos suficientes para a caracterização da obra com a precisão necessária.<sup>1266</sup>

Na prática, a elaboração do projeto executivo é sempre atribuída ao contratado, com fundamento no permissivo do artigo 9º, § 2º, da Lei nº 8.666/1993, e mais recentemente no artigo 14, § 4º, da Lei nº 14.133/2021. Com a expansão dos regimes de contratação integrada e semi-integrada para qualquer obra, a Nova Lei de Licitações acaba por incentivar que os gestores optem por se desonerar da tarefa de elaboração dos projetos de engenharia, por meio da transferência aos contratados da confecção não só do projeto executivo – já usual –, como também do projeto básico. Ao atribuir ao operador econômico contratado a feitura ou a revisão do projeto básico, o administrador desidioso se exime de parcela de sua responsabilidade pelo planejamento da contratação. Mas não é só.

A adoção da contratação integrada ou semi-integrada dá azo à corrupção, uma vez que a atribuição da autoria do projeto básico a seu executor: i) aumenta a assimetria de informação entre o agente econômico contratado e os órgãos encarregados da fiscalização e monitoramento de seu desempenho; ii) amplia as possibilidades de sobrepreço e, por conseguinte, as oportunidades de extração de vantagens indevidas, a serem compartilhadas com o gestor público corrupto.

Idealmente, a contratação integrada ou semi-integrada não deve se tornar prática generalizada nem ser utilizada como alternativa para contornar as deficiências do serviço público. Ao revés, o ideal seria qualificar os quadros da Administração Pública, a fim de capacitá-los à elaboração de projetos de engenharia complexos. Com isso, poder-se-ia reafirmar a regra geral da

---

<sup>1266</sup> Cf. JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratações Administrativas*, 2021, edição eletrônica, comentário 23.1 ao artigo 46: “Tem sido usual a constatação de que a Administração Pública não produz o projeto básico, o que se constitui em impedimento à instauração da fase externa da licitação. Em outros casos, existe um documento com a denominação de projeto básico, mas cujo conteúdo é imprestável”. Veja-se, ainda: TCU, Plenário, Acórdão nº 707/2014, Rel. Min. Benjamin Zymler; TCU, Plenário, Acórdão nº 2.819/2012, Rel. Min. Marcos Bemquerer; e TCU, Plenário, Acórdão nº 1.819/2010, Rel. Min. José Múcio Monteiro.

segregação de funções entre desenvolvedor e executor do projeto, de modo a evitar o risco moral associado a tais assimetrias de informação. De mais a mais, a adoção da contratação integrada ou semi-integrada sempre importará em custos adicionais para a Administração Pública, pois alocam riscos adicionais no particular, notadamente em decorrência da vedação à alteração dos valores contratuais (artigo 133 da Lei nº 14.133/2021).

Como ressalta Guilherme Fredherico Dias Reisdorfer em sua análise do Regime Diferenciado de Contratação, o recurso à contratação integrada ou semi-integrada haveria de estar condicionado à demonstração de que “a reunião dos encargos de concepção e execução da obra ou serviço num único contrato acarreta vantagens objetivas de ordem técnica ou econômica”.<sup>1267</sup> Nos casos em que a obrigação do contratado esteja limitada à concepção e execução da obra, incumbi-lo da elaboração dos projetos gera incentivos perversos e obnubila as eventuais vantagens do modelo. Em outras palavras, para o contratado mostra-se economicamente vantajoso minimizar suas despesas de curto prazo – mediante a utilização de materiais de construção de menor qualidade, por exemplo –, em detrimento dos custos de longo prazo a serem arcados pela Administração – por exemplo, com a posterior manutenção da infraestrutura construída.

Para que os incentivos do contratado estejam alinhados com o interesse público na qualidade dos projetos desenvolvidos e das obras contratadas, convém restringir a adoção da contratação integrada ou semi-integrada às hipóteses em que seja atribuída ao operador econômico, para além da execução da infraestrutura, a obrigação de operar o equipamento construído – ou de garantir sua operação –, dentro de padrões de desempenho pré-determinados, à semelhança do regramento previsto no nº 3 do artigo 43º do CCP.

---

<sup>1267</sup> REISDORFER, Guilherme Fredherico Dias. “A contratação integrada no regime diferenciado de contratações públicas”, in JUSTEN FILHO, Marçal; PEREIRA, Cesar A. Guimarães (coordenadores), *O Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC) – Comentários à Lei nº 12.462 e ao Decreto nº 7.581*. Belo Horizonte, Forum, p. 166.

Em síntese, e em concretização às linhas estratégicas de alinhamento de incentivos do contratado e de redução da assimetria de informação entre *outsiders* e *insiders*, propõe-se que:

- i) seja compulsória a elaboração de projeto básico e de projeto executivo pelo órgão adjudicante, ressalvados os casos de contratação integrada ou semi-integrada nos moldes propostos a seguir;
- ii) que a contratação integrada ou semi-integrada seja admitida somente nos casos em que o contratado esteja obrigado, para além da execução da obra, a operar ou assegurar a operação da infraestrutura construída dentro de padrões de desempenho predeterminados.

## 2.10. Preferência por critérios de julgamento verificáveis e quantificáveis (proposta nº 10)

O sistema brasileiro de licitações manifesta clara preferência pelo critério da adjudicação pelo menor preço como regra geral, tanto na Lei nº 8.666/93 quanto na Lei nº 14.133/2021. O critério de técnica e preço (artigos 46 da Lei nº 8.666/93 e 36 da Lei nº 14.133/2021) se destina precipuamente a “serviços especializados de natureza predominantemente intelectual”, entre outros casos especiais.<sup>1268</sup>

Em contraste, o Código dos Contratos Públicos português confere ampla liberdade ao administrador<sup>1269</sup> para definição do critério de adjudicação pela

---

<sup>1268</sup> Os demais casos previstos na nova Lei de Licitações e Contratações Administrativas são: i) serviços majoritariamente dependentes de tecnologia sofisticada e de domínio restrito, conforme atestado por autoridades técnicas de reconhecida qualificação; ii) bens e serviços especiais de tecnologia da informação e de comunicação; iii) obras e serviços especiais de engenharia; iv) objetos que admitam soluções específicas e alternativas e variações de execução, com repercussões significativas e concretamente mensuráveis sobre sua qualidade, produtividade, rendimento e durabilidade, quando essas soluções e variações puderem ser adotadas à livre escolha dos licitantes, conforme critérios objetivamente definidos no edital de licitação.

<sup>1269</sup> Conforme José Duarte Coimbra, o conjunto de alterações introduzidas no artigo 74º do Código de Contratos Públicos por ocasião da revisão de 2021 revela “com clareza que, na adoção e configuração do critério de adjudicação, assiste às entidades adjudicantes portuguesas total liberdade: seja na escolha entre a modalidade monofatorial e a modalidade multifatorial, seja na eleição do respetivo fator ou dos respetivos fatores densificadores” (COIMBRA, José Duarte. “Modalidades dos critérios de adjudicação e do critério de

proposta economicamente mais vantajosa, tanto na modalidade multifator [alínea a) do nº 1 do artigo 74º] quanto monofator [alínea b) do nº 1 do artigo 74º). Ainda que com atenção aos princípios basilares da contratação pública, a consideração de fatores qualitativos é possível até mesmo em caráter exclusivo em qualquer das referidas modalidades.<sup>1270 1271</sup>

Quando adotado o método multifatorial, o Código dos Contratos Públicos exige a elaboração de um modelo de avaliação (nº 2 do artigo 74º) que explicitamente os fatores e os subfatores relativos aos aspectos da execução do contrato submetidos à concorrência (nº 1 do artigo 139º). A pontuação global de cada proposta corresponderá à soma das pontuações parciais obtidas em cada fator ou subfator elementar, multiplicadas pelos respectivos coeficientes de ponderação.

O sistema norte-americano, por sua vez, confere ainda maior flexibilidade ao agente de contratação, limitando-se a exigir a divulgação dos fatores e subfatores que influenciarão a adjudicação do contrato, bem como sua relativa importância. Dispensa-se, expressamente, a necessidade de divulgação do método de pontuação das propostas [cf. FAR 15.304 (d)].

É certo que a solução tradicional do direito brasileiro, ao privilegiar a adoção do critério do menor preço, minimiza o risco de exercício abusivo do poder discricionário e permite maior controle sobre a atuação do órgão adjudicante. No entanto, tal preceito também incentiva a seleção adversa, na medida em que estimula o fornecimento de produtos e serviços de qualidade inferior à desejada<sup>1272</sup>, mediante exploração da assimetria de informação da

---

desempate”. *A Revisão do Código dos Contratos Públicos de 2021*. Lisboa: AAFDL (2021), p. 156).

<sup>1270</sup> Contudo, o Considerando 90 Diretiva 2014/24/UE prevê que “a proposta economicamente mais vantajosa (...) deverá ser avaliada com base na melhor relação qualidade/preço, que deverá sempre incluir um elemento de preço ou de custo”.

<sup>1271</sup> COIMBRA, José Duarte. “Modalidades do critério de adjudicação e do critério de desempate”. *A Revisão do Código dos Contratos Públicos de 2021*. Lisboa: AAFDL (2021), pp. 156-158.

<sup>1272</sup> No intuito de evitar a seleção adversa e “incentivar uma maior orientação pública para a qualidade” (considerando 90), o artigo 67º, nº 2 da Diretiva 2014/24 permite que os Estados-Membros proibam as autoridades adjudicantes de utilizar o preço ou o custo como único

Administração Pública no que diz respeito às especificações do objeto licitado.<sup>1273</sup> A melhoria da qualidade das aquisições e contratações realizadas pela Administração Pública, em um cenário de competição imperfeita, recomenda que a adoção do critério de menor preço seja restrito à aquisição de bens ou serviços de menor complexidade, em que a definição das especificações técnicas seja suficiente para assegurar homogeneidade entre os produtos ofertados.<sup>1274</sup>

Por outro lado, a avaliação de propostas mediante “atribuição de notas a quesitos de natureza qualitativa, de acordo com orientação e limites definidos no edital”, nos moldes previstos pelo artigo 37, II, da Lei nº 14.133/2021, não assegura a objetividade no processo de seleção da proposta mais vantajosa. Conforme ressalta Peter Trepte, a exigência de divulgação dos critérios de avaliação e de seus respectivos pesos relativos pode aumentar a transparência do processo de seleção, mas não necessariamente o torna menos subjetivo, na ausência de uma métrica a partir da qual se possa aferir a adequação das pontuações atribuídas pelo agente.<sup>1275</sup> A utilização de critérios vagos e imprecisos, como a aferição da qualidade da “metodologia” e do “programa de trabalho” proposto poderá ensejar a manipulação da pontuação atribuída, de

---

critério de adjudicação, ou restrinjam essa utilização exclusiva a determinadas categorias de autoridades adjudicantes ou a determinados tipos de contratos.

<sup>1273</sup> Em sentido contrário, Marçal Justen Filho sustenta que a aquisição de produtos de qualidade inadequada não decorreria do emprego de critério de menor preço, mas sim “na deficiente elaboração do ato convocatório”, quando não forem fixados critérios rigorosos de qualidade técnica (*Comentários à Lei de Licitações e Contratações Administrativas – Ed. 2021*, RL-1.9 – comentário ao art. 33). Embora seja certo que a gravidade do problema aumente significativamente em casos de desídia do órgão público, tal leitura desconsidera as assimetrias de informação inerentes à relação entre o mercado e a Administração Pública, que jamais poderá adquirir o conhecimento de todas as especificações da totalidade de produtos disponíveis no mercado, e portanto estará sempre vulnerável a comportamentos oportunistas de seleção adversa.

<sup>1274</sup> TREPTE, Peter. *Regulating public procurement*, p. 108.

<sup>1275</sup> “The requirement to disclose weightings may well make extreme forms of manipulation more readily identifiable, but making weighing systems transparent does not always make them any less subjective” (A exigência de divulgação dos pesos relativos pode facilitar a identificação de modalidades extremas de manipulação, mas conferir transparência ao sistema de pesos relativos nem sempre o tornará menos subjetivo. TREPTE, Peter. *Public Procurement in the EU: A practitioner’s guide*, p. 474).

modo a favorecer determinado licitante e possibilitar virtualmente qualquer resultado desejado pelo gestor público.<sup>1276</sup>

O caráter objetivo do processo seletivo depende, portanto, da adoção de critérios de avaliação que passem pelo teste da verificabilidade: tais critérios haverão de ser definidos de forma a conferir a qualquer competidor potencial e aos órgãos de controle a capacidade de aferir *ex post* sua aplicação adequada.<sup>1277</sup> Em outras palavras, devem ser disciplinados de modo tal que “o resultado do julgamento independa da personalidade ou das características pessoais da autoridade julgadora”<sup>1278</sup>, neutralizando-se os potenciais efeitos da subjetividade sobre o julgamento das propostas.<sup>1279</sup>

Justamente no intuito de conferir verificabilidade e objetividade aos critérios de avaliação, os critérios de qualidade devem ser, na medida do possível, aferidos a partir de atributos quantificáveis e passíveis de expressão em valores monetários. Tal é a diretriz adotada pelo Banco Mundial em suas normas para aquisição de produtos e serviços e pela UNCITRAL em seu Código Modelo (nº 4 do artigo 11).<sup>1280 1281</sup>

---

<sup>1276</sup> Vale registrar, neste sentido, o teor do nº 4 do artigo 67º da Diretiva 2014/24/UE, segundo o qual “os critérios de adjudicação não podem ter por efeito conferir à autoridade adjudicante uma liberdade de escolha ilimitada”.

<sup>1277</sup> TREPTE, Peter. *Public Procurement in the EU: A practitioner's guide*, pp. 471-472.

<sup>1278</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratações Administrativas – Ed. 2021*, RL-1.9 – comentário ao art. 33

<sup>1279</sup> Em contraposição, Miguel Assis Raimundo sugere que o receio de abusos na avaliação baseada em conceitos abertos não haveria ensejar restrição à discricionariedade do administrador: “Existe um vago receio – comum, aliás, à problemática geral da discricionariedade administrativa – de que a discricionariedade na avaliação possa criar potenciais oportunidades de corrupção e fraude. Porém, um vago receio é isso mesmo: um vago receio, que não pode nem deve impedir que as entidades adjudicantes disponham de uma suficiente margem de autonomia nas suas escolhas de propostas que, no fim das contas, são para satisfazer as suas necessidades”. Parece questionável, no entanto, a medida em que tais considerações poderiam ser estendidas ao ambiente licitatório brasileiro, diante da ausência e/ou precariedade de instituições que exerçam um “controle efetivo e alargado” das entidades adjudicantes, à luz dos princípios da concorrência e boa administração. (*Direito dos Contratos Públicos*, Vol. I, pp. 305-306)

<sup>1280</sup> Cf. World Bank. *Guidelines: Procurement of goods, works, and non-consulting services under IBRD loans and IDA credits & grants by World Bank borrowers*, p. 23 (disponível em <https://documents1.worldbank.org/curated/en/634571468152711050/pdf/586680BR0procu0IC0dislosed010170110.pdf>): “2.52 Bidding documents shall also specify the relevant factors in addition to price to be considered in bid evaluation and the manner in which they will be applied for the purpose of determining the lowest evaluated bid. For goods and equipment, other factors may be taken into consideration including, among others, payment schedule, delivery time, operating costs, efficiency and compatibility of the equipment, availability of service and spare

A Lei nº 14.133/2021 introduziu uma parcial abertura para que fatores de desempenho sejam levados em consideração nas licitações pelo critério de menor preço, ao prever, em seu artigo 34, § 1º, que a avaliação do menor dispêndio poderá levar em consideração “custos indiretos, relacionados com as despesas de manutenção, utilização, reposição, depreciação e impacto ambiental do objeto licitado, entre outros fatores vinculados ao seu ciclo de vida (...), sempre que objetivamente mensuráveis”. Nesta vaga, os nºs 7, 8 e 9 do artigo 75º do CCP explicitam a possibilidade de adoção dos custos do ciclo de vida como fator de avaliação, reafirmando a necessidade de definição de uma metodologia de cálculo objetivamente verificável e não discriminatória.

Como se vê, o critério do menor custo de ciclo de vida considera não só o desembolso realizado pela Administração no ato da aquisição, mas também os demais custos internos e externos, suportados ou não pela entidade adjudicante, “em uma dimensão temporal mais lata ou global, em regra, por referência ao ciclo de vida do produto, bem ou serviço”.<sup>1282</sup> Dado que os custos indiretos associados ao produto ou serviço constituem uma importante sinalização (*signalling*) dos atributos qualitativos do produto ou serviço (porquanto produtos de qualidade inferior estão associados a maiores despesas com manutenção, reposição e consumo de energia ou materiais, além de maior impacto ambiental), lícito deduzir que o risco de seleção adversa

---

parts, and related training, safety, and environmental benefits The factors other than price to be used for determining the lowest evaluated bid shall be, to the extent practicable, expressed in monetary terms in the evaluation provisions in the bidding documents.” (Os documentos da licitação deverão especificar os fatores relevantes, para além do preço, a serem considerados na avaliação das propostas e o modo pelo qual serão aplicados para determinar a proposta com a menor avaliação. Para bens e equipamentos, outros fatores poderão ser levados em consideração incluindo, dentre outros, cronograma de pagamento, tempo de entrega, custos de operação, eficiência e compatibilidade do equipamento, disponibilidade de serviços e peças de reposição, e benefícios correlatos de treinamento, de segurança ou ambientais. Os fatores diversos do preço utilizados para determinar a proposta com a menor avaliação deverão ser, na medida do possível, expressos em termos monetários nos termos de avaliação dos documentos de proposta.)

<sup>1281</sup> Cf. World Bank. *Guidelines: Procurement of goods, works, and non-consulting services*, p. 23: “4. To the extent practicable, all non-price evaluation criteria shall be objective, quantifiable and expressed in monetary terms.” (Na medida do possível, todos os critérios de avaliação diversos do preço deverão ser objetivos, quantificáveis e expressos em termos monetários).

<sup>1282</sup> PEDRO, Ricardo. “Os critérios de adjudicação no CCP”, in *Comentários ao Código dos Contratos Públicos – Volume II*. Lisboa: AAFDL, 2021, p. 198.



associado ao critério do menor preço resta significativamente reduzido quando se incorpora a metodologia dos custos do ciclo de vida.

De toda sorte, para além dos custos inerentes à operação, manutenção e reparo dos produtos adquiridos, há outros fatores passíveis de quantificação que poderiam ser incorporados à avaliação das propostas, seja no que diz respeito às condições de entrega do bem (como prazo para execução ou período de prestação de assistência técnica), seja no que diz respeito a características funcionais como produtividade, rendimento e durabilidade do produto adquirido.<sup>1283</sup>

Propõe-se, deste modo, em concretização às linhas estratégicas de desincentivos a comportamentos oportunistas e de despersonalização da atuação do agente público, e tendo em vista a necessidade de sua harmonização com o objetivo da eficiência econômica, que:

- i) seja priorizada a utilização do critério de menor custo de ciclo de vida, ao invés do menor preço de aquisição;
- ii) seja exigida a adoção de critérios de avaliação verificáveis e, sempre que possível, quantificáveis e passíveis de expressão em valores monetários, inclusive no que diz respeito a fatores qualitativos como produtividade, rendimento e durabilidade do produto adquirido.

#### 2.11. Profissionalização dos agentes de contratação (proposta nº 11)

Outro fator que pode facilitar a captura das decisões em processos licitatórios é a ausência de vínculo efetivo com o serviço público daqueles agentes responsáveis pela condução dos processos de licitação, fiscalização e execução financeira do contrato. Ocupantes de cargos em comissão, demissíveis *ad nutum* e frequentemente desprovidos de qualificação

---

<sup>1283</sup> Ressalve-se, contudo, que a adoção de tal metodologia haverá de se restringir aos casos em que haja possibilidade de verificação de tais atributos, a fim de evitar que os fornecedores explorem a assimetria de informação em relação aos custos indiretos e demais aspectos qualitativos em detrimento da Administração Pública.

específica, tais agentes públicos podem se mostrar extremamente permeáveis à pressões.

Em decorrência do cenário de elevada fragmentação partidária em todos os níveis federativos, o Chefe do Poder Executivo frequentemente oferece as chefias dos órgãos administrativos (Ministérios, Secretarias estaduais e municipais, presidência de empresas estatais etc.) como moeda de troca a líderes políticos, no intuito de assegurar o apoio dos partidos que formarão sua base parlamentar.

Como os chefes dos órgãos administrativos são escolhidos por indicação política, seus incentivos – e, por extensão, de toda a equipe que lhe dá apoio – estarão alinhados, em primeiro lugar, com os interesses da liderança política responsável por sua indicação. Por sua vez, como aponta a teoria da *public choice*, o interesse primário desses líderes políticos é viabilizar sua própria reeleição, em descompasso com o interesse público e mesmo com o interesse da Chefia do Poder Executivo.

No melhor cenário, a liderança política buscará instrumentalizar o órgão administrativo sobre o qual exerce influência, com vistas à distribuição de favores e cargos à sua base eleitoral e ao aumento de sua popularidade. Por outro lado, não raro procurará obter o apoio financeiro dos agentes econômicos com interesses naquele órgão administrativo, seja em razão de vínculos contratuais, seja porque submetidos à atividade regulatória ou ao poder de polícia por ele exercido. Seu intuito último é obter recursos para sua campanha eleitoral, por vias lícitas ou ilícitas, como também para seu enriquecimento pessoal.

Como se vê, há íntima associação entre a corrupção e o exercício de influência política sobre os agentes públicos responsáveis pelos processos de contratação. Uma estratégia anticorrupção exige, portanto, que os órgãos

burocráticos encarregados das contratações públicas estejam resguardados contra a influência política na indicação de seus membros<sup>1284</sup>.

O alinhamento dos incentivos de burocratas com os interesses da classe política facilita o surgimento de coalizões direcionadas para a corrupção em licitações públicas. Faz-se necessário, portanto, romper a relação de dependência entre as perspectivas profissionais dos burocratas e as conexões com agentes políticos. Se o futuro da carreira de um burocrata depender do *status* profissional construído entre seus pares, e não da obediência a instruções de políticos, aumenta a probabilidade de que burocratas exponham atos corruptos de políticos e vice-versa, estabelecendo mecanismos de monitoramento recíproco.<sup>1285</sup>

A Nova Lei de Licitações introduziu diversas inovações com vistas a minimizar os riscos dessa exposição dos agentes públicos à política, ao exigir que o agente de contratação responsável pelas decisões tomadas no processo licitatório seja ocupante de cargo efetivo ou emprego do quadro permanente da Administração (artigo 6º, LX, e artigo 8º, *caput*). De modo similar, os agentes públicos que desempenhem funções essenciais à execução da lei também deverão ser preferencialmente servidores efetivos ou empregados do quadro permanente (artigo 7º, I).

A Lei nº 14.133/2021 prevê, ainda, que os servidores designados tenham “formação compatível ou qualificação atestada por certificação profissional” (artigo 7º, II), e que não esteja caracterizado qualquer conflito de interesses em decorrência de vínculos familiares ou profissionais com “licitantes ou contratados habituais da Administração” (artigo 7º, III). Por outro lado, atribui a responsabilidade pelas decisões no processo licitatório individualmente ao agente de contratação e não à sua equipe de apoio (artigo 17, § 1º), ressalvada a possibilidade de sua substituição por comissão

---

<sup>1284</sup> PASHEV, Konstantin; DYULGEROV, Assen; KASCHIEV, Georgi. *Corruption in public procurement: risks and reform policies*. Sofia: Center for the Study of Democracy (2006), p. 69.

<sup>1285</sup> CHARRON, Nicholas; DAHLSTRÖM, Carl; FAZEKAS, Mihály; LAPUENTE, Victor. “Careers, connections and corruption risks in Europe”. Working Paper Series 2015:6. Gothenburg: The Quality of Government Institute, 2015, p. 6.

composta por três membros ou mais em caso da contratação de bens ou serviços especiais (artigo 17, § 2º).

Em que pesem os avanços da nova legislação, o risco de influência política sobre os agentes públicos responsáveis pela licitação e pelo acompanhamento da execução contratual não foi afastado. Com efeito, ainda que tais atribuições fossem desempenhadas exclusivamente por servidores efetivos, não há indicação do nível de formação acadêmica ou experiência profissional exigível para o exercício da função<sup>1286</sup>. De mais a mais, servidores efetivos também são movidos por autointeresse e responsivos aos incentivos oferecidos pela chefia, a exemplo da concessão de funções gratificadas, da nomeação de pessoas próximas para cargos em comissão ou da possibilidade de progressão na carreira. Para além dos mencionados incentivos funcionais, cujo oferecimento é a princípio lícito, não é incomum que os funcionários envolvidos no processo de contratação recebam uma participação nas vantagens ilícitas auferidas por seus superiores, reforçando ainda mais o alinhamento de seus interesses com aqueles da liderança política responsável pela indicação de sua chefia.

Em países nos quais as chefias de órgãos administrativos não são distribuídas como moeda de troca entre os Poderes Executivo e Legislativo – em geral, países com baixa fragmentação partidária e/ou regimes parlamentaristas –, reduz-se o incentivo para utilização da Administração para fins eleitorais e mesmo para a prática de atos de corrupção política. Facilita-se, assim, a formação de uma cultura burocrática pautada pelos critérios da impessoalidade e da profissionalização.

Nos Estados Unidos, a subseção 1.603-1 da FAR obriga as chefias dos órgãos administrativos a implementarem um programa de gerenciamento da carreira em aquisições públicas (*procurement career management program*), que é regulado pelo parágrafo 1703 (f) do Título 41 do U.S. Code. Os agentes

---

<sup>1286</sup> Sue Arrowsmith comenta que, mesmo em países cujos sistemas licitatórios estejam menos desenvolvidos, o foco no treinamento e na qualificação de pessoal poderá ter maior utilidade do que a criação de mecanismos rígidos de controle (ARROWSMITH, Sue. *The Law of Public and Utilities Procurement*. London: Sweet and Maxwell, 1996, pp. 4-5).

de contratação (*contracting officers*) devem ser selecionados e designados em conformidade com os padrões de treinamento e qualificação estabelecidos pelo *Office of Federal Procurement Policy* (OFPP).<sup>1287</sup>

Em Portugal, os procedimentos para a formação de contratos são conduzidos por um júri composto de pelo menos três membros (nº 1 do artigo 67º do CCP). Cuida-se de um órgão temporário, caracterizado pela colegialidade – o que incentiva o pluralismo e o debate interno – e suscetível de composição *ad hoc*, o que permite a escolha de integrantes cuja *expertise* seja adequada ao objeto do certame.<sup>1288</sup> A lei portuguesa não contém, no entanto, exigências específicas a respeito da qualificação dos membros do júri ou de vinculação preexistente à Administração Pública.<sup>1289</sup>

Ao ver de Miguel Assis Raimundo destaca, a nomeação dos membros do júri deve ocorrer em momento anterior à identificação dos concorrentes, como garantia da neutralidade e imparcialidade do júri<sup>1290</sup>. Em sentido oposto, Yvan Lengwiler e Elmar Wolfstetter propõem que os julgadores sejam sorteados aleatoriamente após a entrega das propostas, de modo a reduzir a possibilidade de cooptação dos membros do júri pelos licitantes.<sup>1291</sup> Entretanto, trata-se de proposta de difícil implementação prática, pois pressupõe não só um contingente expressivo de avaliadores passíveis de sorteio, mas também homogeneidade de capacitação para julgar o objeto específico da licitação.

Nos termos da Lei nº 8.666/93, a investidura dos membros de comissões permanentes de licitação era limitada a um ano, “vedada a recondução da totalidade de seus membros para a mesma comissão no período subsequente” (artigo 51, § 4º). Embora a Nova Lei de Licitações determine a designação de

---

<sup>1287</sup> O ato de designação estabelece as limitações da autoridade delegada ao agente de contratação [FAR 1.603 (a)].

<sup>1288</sup> RAIMUNDO, Miguel Assis. *A Formação dos Contratos Públicos: Uma concorrência ajustada ao interesse público*, p. 790.

<sup>1289</sup> Em sentido diverso, os júris de contratação na Espanha são obrigatoriamente compostos por um jurista e por um auditor (cf. RAIMUNDO, Miguel Assis. *A Formação dos Contratos Públicos*, p. 791) e, na Itália, por peritos inscritos em registro gerido pela *Autorità Nazionale Anticorruzione* (cf. GONÇALVES, Pedro da Costa. *Direito dos Contratos Públicos*, p. 413).

<sup>1290</sup> RAIMUNDO, Miguel Assis. *A Formação dos Contratos Públicos*, p. 793.

<sup>1291</sup> LENGWILER, Yvan; WOLFSTETTER, Elmar. “Corruption in Procurement Auctions”, p. 7.

um agente de contratação para cada procedimento licitatório (artigo 8º), não se estabelece qualquer restrição à possibilidade de concentração de todos os processos licitatórios de um órgão público sob a responsabilidade de um único agente de contratação, nem há qualquer limite temporal para sua designação.

Não é difícil perceber que um tal arranjo constitui incentivo para que fornecedores habituais da Administração se aproximem do agente de contratação, com o fito de influenciar seu julgamento em licitações futuras, seja através do oferecimento de vantagens ilícitas, seja em razão das relações pessoais construídas como decorrência dos contatos prolongados ou repetidos.<sup>1292</sup>

A fim de minimizar o risco de captura dos agentes responsáveis pelas licitações e pela fiscalização e execução financeira dos contratos públicos, em atendimento à linha estratégica de despersonalização da atuação do agente público, propõe-se que:

- i) que seja formado um quadro específico de servidores ou empregados efetivos, preferencialmente com formação acadêmica em auditoria, para exercício da função de agente de contratação; ou
- ii) alternativamente, os agentes de contratação sejam selecionados entre ocupantes de cargos efetivos de nível superior, que tenham cursado com aproveitamento programas de treinamento e qualificação em auditoria;
- iii) que o ente público disponha de um “pool” de funcionários para a função de agente de contratação (p.ex., designados para o órgão centralizador

---

<sup>1292</sup> OECD. *Bribery in Public Procurement: Methods, Actors and Counter-Measures*. OECD Publishing, 2007, p. 56, disponível em <<https://www.oecd.org/daf/anti-bribery/anti-briberyconvention/44956834.pdf>>, acesso em 29/08/2021. No mesmo sentido, Eduardo Fiuza e Bernardo Medeiros recomendam “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 recomeçarem 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”. (cf. FIUZA, Eduardo Pedral Sampaio; MEDEIROS, Bernardo Abreu de. *A Agenda Perdida das Compras Públicas*, p. 112)

de compras), incluindo mais de um especialista para cada categoria de objeto a ser licitado (p.ex., obras de engenharia);

- iv) que, em momento posterior à publicação do edital, seja sorteado aleatoriamente um agente de contratação dentre o “pool” referido no item anterior, observando-se a especialização eventualmente cabível em face do objeto a ser licitado.

## 2.12. Submissão das impugnações e recursos no processo licitatório a órgão colegiado independente (proposta nº 12)

A Lei nº 14.133/2021 prevê três instrumentos através dos quais é possível pleitear a revisão de atos praticados no curso do processo licitatório: i) impugnação ao edital (artigo 164); ii) recurso hierárquico (artigo 165, I); e iii) pedido de reconsideração (artigo 165, II).

A impugnação ao edital de licitação, que pode ser promovida por qualquer pessoa física ou jurídica até três dias úteis antes da abertura do certame, é dirigida ao próprio órgão administrativo responsável pela elaboração do edital. No curso da licitação, o recurso hierárquico – único mecanismo de irrisignação dirigido à autoridade superior – é admitido apenas em face de: i) julgamento das propostas; ii) habilitação ou inabilitação de licitante; e iii) anulação ou revogação da licitação. Quaisquer outras decisões só podem ser objeto de pedido de reconsideração, dirigido ao próprio agente ou comissão que as tenha proferido.

Como se vê, a Nova Lei de Licitações é bastante restritiva quanto à possibilidade de provocar a revisão dos atos impugnados por autoridade diversa daquela que os praticou, o que limita drasticamente sua efetividade como mecanismo para o controle da corrupção. Não obstante, mesmo nas hipóteses em que o recurso à autoridade superior é admissível, o pleito é dirigido a agente situado na mesma linha hierárquica. Assim, somente será capaz de produzir algum efeito depurador em cenários de corrupção burocrática, é dizer, quando a iniciativa de favorecer algum licitante houver

partido do agente de contratação, sem o conhecimento ou consentimento de sua chefia.

Não é esse, contudo, o pano de fundo em que costuma transcorrer a corrupção em licitações e contratos públicos. O agente de contratação que favorece determinado licitante quase sempre atua em cumprimento a ordens superiores. Como visto, os ajustes ilícitos são realizados entre os agentes econômicos e as lideranças políticas responsáveis pela indicação das chefias dos órgãos administrativos – que, usualmente, são os beneficiários finais das vantagens indevidas arrecadadas. Onde predomina a corrupção política, o comando da atividade ilícita percorre a estrutura hierárquica do órgão administrativo de cima para baixo, o que esvazia a efetividade do recurso ao superior hierárquico como mecanismo de defesa da integridade.

Os Estados Unidos adotaram solução engenhosa para o julgamento de impugnações aos atos praticados no curso do processo licitatório (*bid protests*), atribuindo seu julgamento ao *Government Accountability Office* (GAO), órgão independente vinculado ao Poder Legislativo. Dotado de autonomia funcional, o órgão quase centenário conta com profissionais especializados em contabilidade e orçamento público, ostentando cultura institucional e *expertise* acumuladas desde sua criação.

Qualquer licitante atual ou potencial cujo interesse econômico possa ser diretamente afetado pela adjudicação – ou pela não adjudicação – do contrato dispõe de legitimidade para submeter um *bid protest* (FAR 33.101) à própria agência, ao GAO ou a um tribunal federal [FAR 33.102 (a)].

De acordo com a seção § 21.2 do *Code of Federal Regulations* (CFR), os *protests* dirigidos ao GAO devem ser apresentados: i) antes da abertura das propostas, quando a impugnação se dirige contra os termos da solicitação; ii) nos demais casos, em geral, no prazo de dez dias contados da ciência do ato. Conforme o momento de sua interposição, os *bid protests* dirigidos ao GAO impedem a adjudicação do contrato ou suspendem a sua execução de forma automática, independentemente da apreciação das razões da impugnação. Tal



efeito suspensivo pode ser derogado (*override*), no entanto, sob a invocação de urgência por parte da chefia do serviço de licitações [FAR 33.104 (b) (1) e (c) (1)].

Paralelamente, os licitantes também poderão dirigir *protests* à *U.S. Court of Federal Claims*, corte federal especializada em demandas de conteúdo monetário em face do governo federal (FAR 33.105).

No direito português, admite-se a impugnação administrativa de qualquer decisão proferida no âmbito de um procedimento para a formação de contratos públicos (artigo 269º, nº 1), no prazo de cinco dias contados da notificação do interessado (artigo 270º). A impugnação pode ser dirigida tanto ao órgão que praticou o ato – caso em que se denomina reclamação – quanto a órgão distinto, que exerça poder hierárquico sobre aquele – caso em que se denomina recurso (artigo 184º, nº 2, do CPA).<sup>1293</sup> Quando houver recurso em face de deliberação do júri de contratação, o mesmo deverá ser interposto ao órgão competente para a decisão de contratar (artigo 271º, nº 2).

A impugnação não suspende o andamento do procedimento, porém impede que se avance para a fase subsequente.<sup>1294</sup> Ou seja, enquanto pendente a apreciação da impugnação, não se pode proceder à decisão de qualificação, ao início da fase de negociação ou à decisão de adjudicação (nº 2 do artigo 272º). As impugnações administrativas devem ser decididas em cinco dias, sob pena de rejeição tácita (nº 1 do artigo 274º).

O direito português também admite a impugnação contenciosa dos atos praticados no processo licitatório mediante recurso ao Judiciário, seja de forma sucessiva, seja simultânea à impugnação administrativa. Para atender às exigências de celeridade processual da União Europeia, foi criado o processo urgente de contencioso pré-contratual [artigo 100º do Código de Procedimentos

---

<sup>1293</sup> Em casos expressamente previstos em lei, também é admissível a interposição de recurso a órgão que exerça poderes de supervisão, tutela ou superintendência (nº 1 do artigo 199º do Código do Procedimento Administrativo).

<sup>1294</sup> SÁNCHEZ, Pedro Fernando. *Direito da Contratação Pública*, Vol. II, p. 868.

do Tribunal Administrativo (CPTA)], os quais deverão ser deflagrados no prazo de um mês da notificação do interessado (artigo 101º do CPTA).

Em comparação com os paradigmas analisados, a lei brasileira possui o escopo mais restrito para impugnação dos atos praticados no curso do processo licitatório, na medida em que: i) nem todas as decisões admitem recurso a órgão distinto; ii) nos casos em que se admite recurso, será necessariamente para autoridade hierarquicamente superior; iii) o prazo para interposição do recurso é mais curto (três dias úteis, cf. artigo 165, I e § 2º); iv) quando o recurso for interposto do julgamento das propostas ou da decisão de habilitação ou inabilitação de licitante, exige-se que a intenção de recorrer seja “*manifestada imediatamente, sob pena de preclusão*” (artigo 165, § 1º, I), sem conceder ao interessado qualquer período para reflexão ou obtenção de consultoria jurídica.

Todos esses fatores contribuem para a concentração do poder decisório nas mãos de um grupo restrito de agentes públicos (designadamente, o agente de contratação e seu superior hierárquico), caracterizando o monopólio referido por Robert Klitgaard como fator determinante para a ocorrência de corrupção.

Em um cenário de corrupção sistêmica como o brasileiro, adquire especial relevância a constituição de uma *autoridade administrativa independente dos órgãos adjudicantes*<sup>1295</sup>, para apreciação das impugnações dirigidas contra o edital ou contra os demais atos praticados no curso do processo licitatório, nos moldes propostos nos nº 1 e 4 do artigo XVIII do Acordo sobre Compras Governamentais [*Government Procurement Agreement* (GPA)] da Organização Mundial do Comércio (OMC)<sup>1296</sup>, ao qual o Brasil recentemente solicitou adesão.

---

<sup>1295</sup> Na mesma linha, a UNCITRAL recomenda a constituição de um órgão independente com “a máxima autonomia possível” em relação aos Poderes Executivo e Legislativo, no intuito de evitar influência política e assegurar o rigor técnico das decisões, especialmente nos sistemas em que não seja realista esperar que a entidade contratante proceda à reconsideração de seus atos de forma imparcial e efetiva (UNCITRAL, *Guide to Enactment of the UNCITRAL Model Law on Public Procurement*, p. 302)

<sup>1296</sup> “1. Each Party shall provide a timely, effective, transparent and non-discriminatory administrative or judicial review procedure through which a supplier may challenge: a) a breach of the Agreement; or b) where the supplier does not have a right to challenge directly a breach

Como ressaltam Robert D. Anderson, William E. Kovacic e Anna Caroline Müller, os dispositivos do Acordo de Compras Governamentais da OMC pertinentes aos procedimentos de impugnação e revisão das decisões no curso do processo licitatório (*bid challenges*) são um importante baluarte no combate à corrupção<sup>1297</sup>. Assegurar aos licitantes um foro ágil e de baixo custo, em que suas alegações de impropriedades possam ser apreciadas de forma efetiva, transparente e impessoal, ofereceria uma imensa contribuição para o estabelecimento de um ambiente de competitividade nos certames públicos<sup>1298</sup>.

Em outro exemplo da relevância da atuação de autoridades independentes do órgão judicante, a Diretiva 89/665/CEE prevê a possibilidade de intervenção da Comissão Europeia “junto das autoridades competentes do Estado-membro e da entidade adjudicante em questão”, “sempre que considerar ter havido infracção clara e manifesta no decorrer de um processo de adjudicação de um contrato de direito público” (considerando 8).

Uma estratégia anticorrupção haverá de dedicar especial atenção a um momento particularmente sensível do processo de contratação, situado entre a adjudicação da licitação, quando já estão definidos o licitante vencedor e todos os termos do contrato, e a celebração do contrato, a partir do qual o ajuste passa a produzir efeitos jurídicos, incluindo a possibilidade de liberação de pagamentos pelos cofres públicos. Embora a decisão de adjudicação ainda seja passível de impugnação pelos licitantes excluídos, a atuação das partes

---

of the Agreement under the domestic law of a Party, a failure to comply with a Party's measures implementing this Agreement, arising in the context of a covered procurement, in which the supplier has, or has had, an interest. The procedural rules for all challenges shall be in writing and made generally available. (...) 4. Each Party shall establish or designate at least one impartial administrative or judicial authority that is independent of its procuring entities to receive and review a challenge by a supplier arising in the context of a covered procurement.”

<sup>1297</sup> ANDERSON, Robert D.; KOVACIC, William E.; MÜLLER, Anna Caroline. “Ensuring integrity and competition in public procurement markets: a dual challenge for good governance”, p. 8, <[https://www.researchgate.net/publication/265222261\\_Ensuring\\_integrity\\_and\\_competition\\_in\\_public\\_procurement\\_markets\\_A\\_dual\\_challenge\\_for\\_good\\_governance/link/552671540cf2628d5afdf690/download](https://www.researchgate.net/publication/265222261_Ensuring_integrity_and_competition_in_public_procurement_markets_A_dual_challenge_for_good_governance/link/552671540cf2628d5afdf690/download)>, acesso em 10/09/2020.

<sup>1298</sup> Quanto ao efeito dissuasório que a falta de independência dos órgãos revisionais exerce sobre a participação de licitantes, veja-se também GEORGIEVA, Irena. *Using Transparency Against Corruption in Public Procurement: A Comparative Analysis of the Transparency Rules and their Failure to Combat Corruption*. Springer, 2017, p. 263.

contratantes pode esvaziar os efeitos práticos de sua eventual revisão, suprimindo a efetividade do controle por *outsiders*.

Agentes de contratação que estejam agindo em conluio com operadores econômicos possuem interesse em que os efeitos de um contrato viciado sejam consumados o mais rapidamente possível, no intuito de gerar uma situação de fato irreversível. Nos casos em que o início da execução contratual importar em despesas irre recuperáveis para as partes (como é o caso, p.ex., de obras de engenharia), elevam-se os custos de uma eventual decisão do órgão revisor que, ao detectar uma ilegalidade no processo licitatório, pretenda reverter as condições de fato ao *status quo ante*.

Os riscos inerentes à *corrida à assinatura dos contratos* restaram ampliados pela Lei nº 14.133/2021, que condiciona a suspensão da execução ou declaração de nulidade do contrato à “análise prévia do interesse público envolvido” (artigo 148), que necessariamente levará em consideração fatores econômicos como: i) impactos econômicos e financeiros decorrentes do atraso na fruição dos benefícios do objeto do contrato, ii) custo da deterioração ou da perda das parcelas executadas, iii) despesa necessária à preservação das instalações e dos serviços já executados, iv) despesa inerente à desmobilização e ao posterior retorno às atividades, v) custo total e estágio de execução física e financeira dos contratos, dos convênios, das obras ou das parcelas envolvidas, vi) fechamento de postos de trabalho diretos e indiretos em razão da paralisação, vii) custo para realização de nova licitação ou celebração de novo contrato e viii) custo de oportunidade do capital durante o período de paralisação (incisos do artigo 147). Além disso, prevê-se expressamente que “a nulidade será resolvida pela indenização por perdas e danos”, caso “não seja possível o retorno à situação fática anterior” (artigo 148, §1º).

No âmbito da União Europeia, o Considerando nº 4 da Diretiva 2007/66/CE consigna que a praxe das entidades adjudicantes, ao procederem rapidamente à assinatura do contrato no intuito de “tornar irreversíveis as consequências da decisão de adjudicação contestada”, constitui um “obstáculo

sério a uma tutela jurisdicional efectiva dos proponentes em causa, nomeadamente dos proponentes que ainda não tenham sido definitivamente excluídos”. Estipula-se, portanto, “um prazo suspensivo mínimo, durante o qual a celebração do contrato em questão fique suspensa” (*standstill period*), “que permita interpor um recurso eficaz entre o momento da decisão de adjudicação e o da celebração do contrato em causa”.

No direito português, prevê-se que, em via de regra<sup>1299</sup>, a outorga do contrato não poderá ocorrer em prazo inferior a 10 dias contados da data da notificação da decisão da adjudicação a todos os concorrentes (nº 1 do artigo 104º do CCP), sob pena de anulabilidade<sup>1300</sup> (alínea b do nº 1 do artigo 283º-A do CCP).

Se por um lado há necessidade de se assegurar a possibilidade de revisão efetiva de vícios no processo licitatório, há que se ponderar em contrapartida o risco de excessiva deferência aos interesses dos licitantes derrotados, em detrimento do interesse público<sup>1301</sup>. Neste sentido, a atribuição de efeito suspensivo aos recursos e impugnações contra a adjudicação do contrato haverá de estar condicionada à plausibilidade das alegações de favorecimento e direcionamento na licitação, sem o que se estimularia que

---

<sup>1299</sup> Na forma do nº 2 do artigo 104º do CCP, o *standstill period* não se aplica a contratos celebrado ao abrigo de um procedimento de ajuste direto ou de consulta prévia, ou quando o anúncio não tenha sido publicado no Jornal Oficial da União Europeia; quando se trate da celebração de contrato ao abrigo de acordo-quadro cujos termos abranjam todos os seus aspetos ou que tenha sido celebrado apenas com uma entidade; ou quando só tenha sido apresentada uma proposta.

<sup>1300</sup> Maria João Estorninho critica a reforma do CCP de 2021, por resgatar a solução da *anulabilidade* (anteriormente prevista na revisão do CCP de 2011), em detrimento da sanção de *ineficácia* prevista na revisão de 2017, que se revelava mais adequada à previsão contida na alínea b do nº 1 do artigo 2º-D da Diretiva 2007/66/CE, acerca da *privação de efeitos* do contrato celebrado em violação ao *standstill period*. Segundo a autora, tanto a nulidade quanto a ineficácia seriam sanções aceitáveis à luz da Diretiva, mas não a figura da anulabilidade, “a qual dá um sinal de sentido contrário, permitindo aos contratos ir produzindo efeitos até (e se) a questão da invalidade se colocar” (ESTORNINHO, Maria João. “(Mais) uma revisão do Código dos Contratos Públicos: três breves notas de preocupação, em tempos de pandemia”, in ESTORNINHO, Maria João et al (organização), *A Revisão do Código dos Contratos Públicos de 2021*. Lisboa: AAFDL, 2021, p. 14).

<sup>1301</sup> ARROWSMITH, Sue; LINARELLI, John; WALLACE JR., Don. *Regulating Public Procurement: National and International Perspectives*. The Hague: Kluwer Law International, 2000, p. 759.

litigantes de má-fé criassem embaraços injustificados ao processo de contratação, no intuito de extrair vantagens para si<sup>1302</sup>.

Em concretização às linhas estratégicas da *dispersão do poder decisório*, da despersonalização da atuação do agente público e da ampliação das oportunidades de participação, propõe-se que:

- i) seja criado um órgão colegiado independente, fora da estrutura hierárquica dos órgãos responsáveis pela licitação e composto por auditores e contadores qualificados, ao qual seja atribuída competência para apreciar tanto as impugnações propostas por qualquer pessoa em face de irregularidades no edital de licitação, quanto os recursos interpostos por licitantes contra atos praticados na fase externa do processo licitatório;
- ii) a composição e funcionamento do referido órgão colegiado independente sejam reguladas e supervisionadas por uma comissão multidisciplinar, que conte com a participação de: a) órgãos públicos de controle interno e externo (notadamente, a Controladoria-Geral da União, a Advocacia Geral da União e o Tribunal de Contas da União, ou os órgãos correspondentes no plano estadual), b) representantes dos órgãos do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência<sup>1303</sup>, como proposto por Caio Mário da Silva Pereira Neto<sup>1304</sup> e por Eduardo Fiuza, Fabiano Mezadre Pompermayer e André Tortato Rauen<sup>1305</sup>; c) representantes do setor empresarial; e d) representantes de

---

<sup>1302</sup> TREPTE, Peter. Public Procurement in the EU: A Practitioner's Guide. Oxford: Oxford University Press (2007), p. 554.

<sup>1303</sup> Atualmente composto pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) e pela Secretaria de Promoção da Produtividade e Advocacia da Concorrência do Ministério da Economia.

<sup>1304</sup> PEREIRA NETO. Caio Mário da Silva; ADAMI, Mateus Piva. "Mercado de obras públicas, corrupção e investimentos", disponível no endereço eletrônico <<http://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/mercado-de-obras-publicas-corrupcao-e-investimentos-02032018>>, acesso em 10/09/2020.

<sup>1305</sup> FIUZA, Eduardo Pedral Sampaio; POMPERMAYER, Fabiano Mezadre; RAUEN, André Tortato. "A Retomada da Agenda Perdida das Compras Públicas: Notas Sobre o Novo Projeto de Lei de Licitações da Câmara dos Deputados em 2018-2019", Nota Técnica nº 47, DISET/IPEA, março 2019, p. 87.

- organizações da sociedade civil, voltadas para o controle social da despesa pública;
- iii) seja admitida a interposição de recurso em face de qualquer decisão proferida no curso do processo licitatório;
  - iv) o prazo para impugnação das decisões proferidas no curso do processo licitatório seja estendido para dez dias, nos moldes da FAR e do nº 3 do artigo XVIII do GPA da OMC, sem qualquer condicionamento à manifestação imediata do interesse em recorrer;
  - v) seja estipulado um prazo mínimo de dez dias entre a notificação da adjudicação e a celebração do contrato (*standstill period*), ressalvadas contratações urgentes;
  - vi) a interposição de eventual recurso ou impugnação dentro do *standstill period* estenda o prazo de suspensão da contratação por dez dias adicionais, de modo a conferir tempo hábil para que o órgão colegiado independente ou o Poder Judiciário apreciem a plausibilidade das razões para a revisão ou anulação da decisão adjudicatória.

#### 2.13. Vedar a dispensa de licitação por emergência ficta (proposta nº 13)

O § 6º do artigo 75 da Lei nº 14.133/2021 é expresso ao admitir a possibilidade de contratação emergencial “com objetivo de manter a continuidade do serviço público”, mesmo nos casos em que a situação de emergência tenha sido causada pela conduta de agentes públicos. A Nova Lei de Licitações legitimou, portanto, a dispensa de licitação com fundamento na denominada “emergência ficta ou fabricada”, que decorre de deficiências no planejamento da Administração Pública para atender demandas previsíveis. O risco de descontinuidade do serviço resulta da omissão dos próprios agentes a quem incumbiriam as providências necessárias à realização da licitação em tempo hábil.

Tal cenário distingue-se nitidamente da emergência real, caracterizada quando a “situação que possa ocasionar prejuízo ou comprometer segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens” decorre de fatos

imprevisíveis e alheios ao controle do administrador, por mais cuidadoso e responsável.

Tanto a doutrina e quanto a jurisprudência dos Tribunais de Contas admitem a contratação direta fundada em emergência ficta, ainda que ressalvem a necessidade de “apuração de responsabilidade dos agentes públicos que deram causa à situação emergencial”. Como se vê, a inclusão expressa de tal reserva na parte final do § 6º do artigo 75 não apresenta grande novidade e dificilmente constituirá incentivo suficiente para inibir a prática disseminada da contratação por emergência ficta. E diversos são os motivos pelos quais a previsão de responsabilização funcional não produz os efeitos inibitórios almejados.

Em primeiro lugar, a aplicação de sanções administrativas depende da individualização da conduta do agente público e da demonstração de seu elemento volitivo doloso ou culposos, tarefas inócuas quando a deficiência no planejamento puder ser atribuída a fatores sistêmicos, a exemplo da perda de memória decorrente de alterações no quadro de funcionários, da indefinição quanto à repartição de competências, de falhas de comunicação, divergências de interpretação ou equívocos na tramitação administrativa etc.

Ainda que se consiga identificar um agente específico como responsável pela omissão no planejamento, não raro se trata de ocupante de cargo comissionado que, uma vez exonerado, permanecerá a salvo da aplicação de sanções disciplinares. Mesmo que se trate de servidor efetivo, dificilmente o risco oriundo da possível aplicação da sanção disciplinar será proporcional aos ganhos ilícitos obteníveis junto à empresa favorecida pela contratação emergencial.

Finalmente, em cenários de corrupção sistêmica, o risco de aplicação de sanção disciplinar ao agente público que retardou o processo de licitação é nulo, uma vez que o burocrata frequentemente terá agido – ou se omitido – em cumprimento às determinações de seu superior hierárquico. Dado que, nessa hipótese, a própria chefia administrativa responsável pela apuração dos fatos e



aplicação das penalidades cabíveis está comprometida no ajuste corrupto, não há qualquer incentivo para que promova a responsabilização do subordinado.

Os paradigmas internacionais analisados vedam em uníssono o emprego da contratação emergencial, nos casos em que a própria Administração Pública tenha dado causa à situação de urgência por omissão ou deficiência de planejamento. No direito da União Europeia, o artigo 32º (2) (c) da Diretiva 2014/24/UE expõe de forma inequívoca que o procedimento por negociação sem publicação prévia de anúncio de concurso não pode ser utilizado nos casos em que situação emergencial fosse previsível, ou quando as circunstâncias que justificariam a urgência forem imputáveis à autoridade adjudicante.<sup>1306</sup>

Por sua vez, a jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia submete as contratações diretas por “urgência extrema” a rigoroso escrutínio, exigindo que se apresentem simultaneamente as seguintes condições: i) a imprevisibilidade dos eventos que geraram a urgência; ii) a incompatibilidade do enfrentamento da situação com o cronograma dos procedimentos usuais; iii) a impossibilidade de imputação ao órgão contratante das circunstâncias que geraram a urgência<sup>1307</sup>; e iv) a existência de nexo causal entre o evento imprevisto e a extrema urgência<sup>1308</sup>.

---

<sup>1306</sup> “Artigo 32º, nº 2. O procedimento por negociação sem publicação prévia de anúncio de concurso pode ser utilizado para contratos de empreitada de obras públicas, contratos públicos de fornecimento e contratos públicos de serviços, em qualquer dos seguintes casos: c) Na medida do estritamente necessário, quando, por motivo de urgência extrema resultante de acontecimentos imprevisíveis para as autoridades adjudicantes, não possam ser cumpridos os prazos exigidos pelos concursos públicos e pelos concursos limitados ou pelos procedimentos de concurso com negociação. As circunstâncias invocadas para justificar a urgência imperiosa não podem, em caso algum, ser imputáveis às autoridades adjudicantes.”

<sup>1307</sup> Para os casos em que a situação emergencial seja previsível e/ou imputável à autoridade, admite-se a redução dos prazos dos processos licitatórios sem que haja necessidade de que “se trate de uma urgência extrema causada por acontecimentos imprevisíveis e inimputáveis à autoridade adjudicante” (cf. considerando 46).

<sup>1308</sup> BARATTA, Roberto. “EU Soft Law Instruments as a Tool to Tackle the COVID-19 Crisis: Looking at the ‘Guidance’ on Public Procurement Through the Prism of Solidarity”, in *European Papers*, Vol. 5, 2020, Nº 1, p. 368, disponível para consulta no endereço eletrônico <[https://www.europeanpapers.eu/en/system/files/pdf\\_version/EP\\_EF\\_2020\\_I\\_033\\_Roberto\\_Barratta\\_00384.pdf](https://www.europeanpapers.eu/en/system/files/pdf_version/EP_EF_2020_I_033_Roberto_Barratta_00384.pdf)>, acesso em 20/08/2021.

Na mesma linha, o Código de Contratos Públicos de Portugal somente admite o ajuste direto se presentes cinco condições cumulativas. A situação de urgência deve ser: i) imperiosa (ou seja, impreterível e insuscetível de satisfação deferida<sup>1309</sup>); ii) imprevisível; iii) não imputável à autoridade adjudicante; iv) incompatível com a utilização de outros procedimentos. Por outro lado, v) o ajuste direto deve se limitar à medida do estritamente necessário [artigo 24º, nº 1, alínea c), do CCP].

Ao ver de Miguel Assis Raimundo, o critério de proporcionalidade é a “chave fundamental da compreensão da figura do ajuste direto”, justificando sua adoção quando: i) da ponderação entre os bens e valores envolvidos resultar legitimado o afastamento dos princípios da publicidade e da concorrência; ii) a necessidade urgente não possa ser atendida através de outros procedimentos mais abertos (critério da necessidade); e iii) impostos limites à extensão das pretensões contratadas, de modo a restringi-las ao estritamente necessário para atender à situação de urgência.<sup>1310</sup> Assim, a contratação direta deve ser ajustada de forma a minimizar o dano à concorrência.

No direito norte-americano, a FAR também contém expressa vedação à adoção de procedimento não competitivo em decorrência de deficiências no planejamento antecipado ou do risco de indisponibilidade futura dos recursos necessários à aquisição [FAR 6.301 (c)]. Na mesma linha, a jurisprudência do GAO tem acolhido as impugnações em face de dispensas emergenciais de licitação, quando a situação emergencial é causada pela própria agência, em razão de falha culposa ou negligência no planejamento antecipado.<sup>1311</sup>

---

<sup>1309</sup> Cf. RAIMUNDO, Miguel Assis. *A Formação dos Contratos Públicos*, p. 954.

<sup>1310</sup> RAIMUNDO, Miguel Assis. *A Formação dos Contratos Públicos*, p. 968.

<sup>1311</sup> Cf. GAO, Decisão B-410778.3, 01/10/2015: "(...) under no circumstances may noncompetitive procedures be used due to a lack of advance planning by contracting officials. We think these facts amply establish a failure to conduct adequate and reasonable advance planning, as required under CICA. 10 U.S.C. sect. 2304(f)(4). Thus we conclude that the sole-source procurement here is not properly justified." [Em tradução livre: "(...) em nenhuma circunstância os procedimentos não competitivos podem ser usados devido à falta de planejamento prévio por parte dos funcionários contratantes. Acreditamos que esses fatos demonstram amplamente uma falha na condução de um planejamento prévio adequado e razoável, conforme exigido pela CICA. 10 USC, seção 2304 (f) (4). Assim, concluímos que a aquisição de fonte única aqui não está devidamente justificada."]

Por outro lado, o acolhimento do *bid protest* não necessariamente acarreta a invalidação da contratação emergencial. Vejam-se, por exemplo, os casos B-410778.3, em que o GAO não determinou a sustação da execução contratual, mas, sim, o ressarcimento da licitante pelos custos da preparação de sua proposta e do *protest*<sup>1312</sup>, e B-401661, em que o GAO determinou a inclusão da autora do *protest* em licitações futuras, impondo os ônus da sucumbência parcial ao ente público.<sup>1313</sup>

De fato, a vedação absoluta à contratação direta nos casos em que a situação de urgência seja previsível e/ou imputável à autoridade adjudicante pode conduzir a situações incompatíveis com a proteção da dignidade humana. Imagine-se, por exemplo, que a Administração Pública houvesse negligenciado por anos a manutenção de um edifício escolar: como se haveria de proceder quando o risco de ruína iminente da edificação tornasse inadiável a intervenção? Diante de um tal cenário extremo, não há como negar a existência de urgência imperiosa na salvaguarda da integridade física dos

---

<sup>1312</sup> Cf. GAO, Decisão B-410778.3, 01/10/2015: "(...) we do not recommend that the cancelled solicitation be reinstated or that HPES's ongoing performance of the sole-source task order be terminated. We do recommend that the agency make expeditious efforts to prepare the new solicitation and conduct a competition thereunder. Further, based on the agency's extension of the HPES task order for up to two years, we recommend that GSA reimburse XTec for the proposal preparation costs it incurred in responding to the solicitation that GSA now concludes was fatally flawed." [Em tradução livre: "(...) não recomendamos que a solicitação cancelada seja renovada ou que seja interrompida a continuidade da ordem de serviço contratada diretamente à HPES. Recomendamos que a agência promova com celeridade esforços para preparar uma nova solicitação sob a qual conduza um procedimento competitivo. Além disso, com base na decisão da agência de estender o prazo da ordem de serviço da HPES por dois anos, recomendamos que a GSA reembolse a XTec pelos custos incorridos na preparação da proposta em resposta à solicitação que a GSA agora concluiu ser fatalmente viciada."]

<sup>1313</sup> Cf. GAO, Decisão B-401661, 27/10/2009: "As noted above, DLA informed our Office that it has proceeded with award of a contract to Kaydon for six bearings, based on a determination that urgent and compelling circumstances that significantly affect the interests of the United States did not permit waiting for the decision of our Office concerning the protest. As a result, our recommendation does not address this award; instead, we recommend that DLA make an expeditious and good faith effort to complete any further reviews needed to ascertain whether RBC can be permitted to compete for future efforts to procure these bearings." (Em tradução livre: "Conforme observado acima, a DLA informou a esta Agência que procedeu à adjudicação de um contrato para aquisição de seis rolamentos junto à Kaydon, com base na determinação de que circunstâncias urgentes e prementes que afetam significativamente os interesses dos Estados Unidos não permitiram aguardar a decisão desta Agência acerca da impugnação. Consequentemente, nossa recomendação não aborda essa adjudicação; em vez disso, recomendamos que a DLA adote com celeridade esforços de boa-fé para concluir quaisquer análises suplementares que se façam necessárias para verificar se a RBC poderá competir em futuras diligências para aquisição desses rolamentos.")

alunos, funcionários e membros do pessoal docente que utilizam as instalações. Tampouco parece razoável ponderar que as vantagens inerentes à publicidade e à concorrência superam os prejuízos causados à educação, caso o edifício da escola viesse a ser interditado até que chegasse a termo um novo procedimento licitatório.

Nessa linha, Miguel Assis Raimundo sustenta que seria excessivamente rigoroso que uma falha pessoal de um agente público pudesse levar à impossibilidade do ajuste direto. Ao revés, considera que possibilitar o ajuste direto em casos de previsibilidade ou imputabilidade da situação emergencial atenderia melhor à preservação do interesse público, sem prejuízo da responsabilidade pessoal do agente omissor.<sup>1314</sup>

Para o autor, os casos de ‘urgência absoluta’ – distintos à ‘situação de urgência’ prevista no artigo 24º, nº 1, alínea c), do CCP – justificam o recurso à contratação emergencial, ainda que ausentes os pressupostos da contratação emergencial como a imprevisibilidade e a inimputabilidade, com fundamento no estado de necessidade.<sup>1315</sup> Segundo o nº 2 do artigo 3º do Código do Procedimento Administrativo, reputam-se válidos os atos administrativos praticados em estado de necessidade, com preterição das regras legais, “desde que os seus resultados não pudessem ter sido alcançados de outro modo”.

Embora o ordenamento do direito administrativo brasileiro não contemple expressamente figura equivalente ao estado de necessidade da lei portuguesa, pode-se invocar, com propósito similar, o artigo 22, *caput* e § 1º, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB, Decreto-Lei nº 4.657/42, modificado pela Lei nº 13.655/2018).<sup>1316</sup> Segundo a LINDB, “os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas

---

<sup>1314</sup> RAIMUNDO, Miguel Assis. *A Formação dos Contratos Públicos*, p. 967.

<sup>1315</sup> RAIMUNDO, Miguel Assis. *A Formação dos Contratos Públicos*, p. 980.

<sup>1316</sup> Alguns autores, no entanto, identificam o estado de necessidade administrativa como um princípio constitucional implícito no Brasil. Veja-se nesse sentido CALETTI, Leandro; STELZER, Joana. “O interesse público e o estado de necessidade administrativo: as novas aproximações de uma imbricação necessária”, in *Revista Brasileira de Pesquisa Jurídica*, v. 1, n. 3, 2021, p. 80.

públicas” devem ser considerados na interpretação de normas sobre gestão pública, ao passo que as decisões sobre a validade de atos administrativos deverão considerar “as circunstâncias práticas que houverem imposto, limitado ou condicionado a ação do agente”.

Ainda que haja necessidade de uma “válvula de escape” para situações de especial gravidade e urgência, a principal preocupação, sob a perspectiva da prevenção à corrupção, consiste em evitar a utilização sistemática das contratações emergenciais como fuga ao procedimento licitatório, visto que a ameaça de responsabilização pessoal não se tem revelado eficaz para tal propósito.

No caso de serviços de natureza contínua, uma forma de coibir a dispensa de licitação por emergência ficta seria proibir expressamente a continuidade da prestação pelo operador econômico titular do contrato por vencer ou por outra empresa do mesmo grupo econômico.<sup>1317</sup> Neste cenário, ao invés de contar com a dispensa de licitação como uma “prorrogação informal” do contrato anterior, o que costuma ocorrer por inércia do gestor ou por sua captura, o agente econômico seria incentivado a pressionar a Administração Pública para dar andamento à licitação em tempo oportuno, por ser o único meio pelo qual estaria apto a dar continuidade ao fornecimento contratado.

Outra forma de tornar a dispensa por emergência ficta menos atraente seria aumentar os custos administrativos que lhe são associados. Assim, ao invés de praticar um único ato de contratação emergencial com vigência até doze meses, como previsto no artigo 75, VIII, da Lei nº 14.133/2021, exigir-se-

---

<sup>1317</sup> O artigo 75, VIII, incluiu uma vedação à recontração de empresa já contratada emergencialmente, mas não impede que a empresa que já esteja prestando o serviço seja mantida por mais um ano mediante contratação emergencial, desde que anteriormente contratada por licitação ou mesmo por outra hipótese de dispensa de licitação. No direito português, há uma restrição mais ampla à recontração de operadores econômicos que tenham sido agraciados com adjudicações antecedidas de consultas prévias ou ajustes diretos, dentro de determinadas circunstâncias (artigos 113º, nos 2, 5 e 6, e 114º, nº 2, do CCP). Propõe-se, no entanto, que especificamente no caso da dispensa de licitação por emergência ficta, a vedação à recontração seja estendida a todo fornecedor, independentemente do modo pelo qual foi selecionado, no intuito de alinhar os interesses do agente econômico com a tempestiva abertura de novo certame.

ia que o gestor público justificasse a persistência da situação de urgência e informasse o andamento do eventual procedimento licitatório com periodicidade mensal, como condição para a realização do pagamento ao fornecedor (mediante termo de ajuste de contas, por exemplo<sup>1318</sup>). Tal exigência atenderia, também, à exigência do prejuízo mínimo à competitividade, assegurando que o período da contratação direta se restringisse ao estritamente necessário para viabilizar a contratação regular.

Finalmente, poder-se-ia também incorporar ao direito brasileiro um regramento específico para as licitações em situação de urgência, com menores formalidades e/ou prazos mais exíguos, na forma do item 3 do artigo 27º da Diretiva 2014/24/UE<sup>1319</sup> e dos artigos 155º a 161º do CCP<sup>1320</sup>, de modo a evitar que contratos decorrentes de dispensa de licitação por emergência ficta se protraíam no tempo.

Propõe-se, deste modo, em concretização das linhas estratégicas de alinhamento de incentivos e de despersonalização da atuação do agente público, que:

- i) seja expressamente vedado ao gestor público celebrar contratos mediante dispensa de licitação, nos casos em que a situação de urgência decorra de eventos previsíveis ou seja imputável à Administração Pública;
- ii) nos casos de emergência ficta (ou seja, quando a situação urgente for previsível ou imputável à Administração), seja autorizado ao gestor

---

<sup>1318</sup> A celebração de termo de ajuste de contas se ampara no artigo 149 da Lei nº 14.133/2021, que obriga a Administração a indenizar o contratado pelo que houver sido executado do objeto, independentemente da validade do contrato.

<sup>1319</sup> O dispositivo trata da redução do prazo para recebimento das propostas em concurso aberto, quando houver situação de urgência. Em linha similar, veja-se também o item 6 do artigo 28º, em relação ao concurso limitado, e o terceiro parágrafo do item 1 do artigo 29º, em relação ao procedimento concorrential com negociação.

<sup>1320</sup> O concurso público urgente, regulado nos mencionados dispositivos, destina-se à locação ou aquisição de bens móveis ou aquisição de serviços de uso corrente, desde que o preço contratual não exceda os limiares comunitários (artigo 155º do CCP). Nesta modalidade, o prazo mínimo para a apresentação de propostas é de 24 horas (artigo 158º), e o critério de julgamento será obrigatoriamente pelo menor preço [alínea b) do artigo 155º].

- público promover licitação com prazos reduzidos e menores formalidades, na linha do *concurso público urgente* do CCP;
- iii) nos casos de emergência ficta, seja expressamente vedada a permanência do fornecedor anteriormente contratado (ou de empresa que integre o mesmo grupo econômico) sem a realização de nova licitação, independentemente do fundamento pelo qual havia sido contratado anteriormente;
  - iv) em situações de *estado de necessidade administrativa* (em especial, em cenários nos quais a não execução do objeto possa acarretar prejuízos intoleráveis a direitos fundamentais), o fornecimento seja assegurado mediante apresentação, com periodicidade mensal, de justificativa da persistência da situação de urgência e informação acerca do andamento do eventual procedimento licitatório.

#### 2.14. Reformulação do modelo de contratação de organizações sociais (proposta nº 14)

A sucessão de escândalos e fraudes envolvendo a contratação de organizações sociais para gestão de serviços públicos, notadamente na área da saúde pública, demonstra que o modelo adotado atualmente padece de vícios estruturais, a exigir sua urgente reformulação.

A dissonância entre a legalidade formal e as regras do jogo efetivamente vigentes na gestão pública, inerente a cenários de corrupção sistêmica, encontra uma de suas manifestações mais dramáticas nos contratos de gestão celebrados por OSs, OSCIPs e OSCs. Em teoria, as organizações sociais seriam instituições que se dedicariam a atividades de interesse social por interesse filantrópico, de modo que o financiamento ofertado pelo poder público não seria propriamente a remuneração de seus serviços, mas, sim, forma de coordenação de esforços com vistas a um objetivo comum.

Na realidade, contudo, as organizações sociais em geral não dispõem de meios próprios para o desempenho de qualquer atividade de caráter social; quando muito, apresentam uma estrutura meramente administrativa, destinada

ao desempenho de tarefas burocráticas. Usualmente, sua atividade finalística se esgota na gestão de unidades da própria Administração Pública, cujo custeio é suportado integralmente com recursos oriundos dos cofres públicos. Quanto maior a complexidade das atividades de gestão promovidas pela organização social, maior será o volume de recursos públicos que lhe é repassado e, por conseguinte, maiores as oportunidades para a extração de lucros, ainda que por vias indiretas.

Como já se teve a oportunidade de esclarecer, os contratos de gestão de unidades públicas de saúde atribuídos a organizações sociais envolvem quantias elevadíssimas de recursos públicos, em patamar comparável a grandes obras de engenharia.<sup>1321</sup> Não haveria de surpreender, portanto, que empresários do setor de saúde tenham vislumbrado na oferta de contratos de gestão pelos entes públicos uma oportunidade para extração de lucros ocultos.

Como previsível, o “mercado” das organizações sociais veio a ser dominado por entidades pseudofilantrópicas, cujo controle de fato é assumido por empresários que passam a agir como “donos” das OSs. Tais empresários se valem da entidade para extrair o máximo de lucro, mormente através do direcionamento e superfaturamento das subcontratações promovidas na gestão da unidade de saúde. Para tanto, buscam adquirir o controle de pessoas jurídicas que possam emprestar seu nome e histórico de atuação, possibilitando sua qualificação como organização social (praxe popularmente denominada “compra de CNPJ” ou “compra de organização social de prateleira”). Com isso, o empresário-controlador passa a dispor da roupagem jurídica adequada para ingressar no mercado dos contratos de gestão.

---

<sup>1321</sup> Por exemplo, o aditamento ao contrato de gestão referente a um único hospital do Município do Rio de Janeiro (Hospital Municipal Pedro II e seu respectivo serviço de emergência), celebrado em junho de 2021, prevê o pagamento de R\$ 14.954.026,50 por mês para a organização social, o que representa uma despesa anual de aproximadamente 179,5 milhões de reais (equivalente a aproximadamente 29 milhões de euros na data de celebração; cf. <[http://www.rio.rj.gov.br/dlstatic/10112/13108264/4331303/Termo\\_Aditivo\\_003.2021pedroll.pdf](http://www.rio.rj.gov.br/dlstatic/10112/13108264/4331303/Termo_Aditivo_003.2021pedroll.pdf)>). Note-se que, diversamente das obras de engenharia, tal despesa se refere a um serviço de natureza contínua, representando uma oportunidade permanente para a extração de vantagens ilícitas.



Não se ignora que, de fato, existem instituições tradicionais a desempenhar atividades sociais por razões filantrópicas ou de caridade (como as Santas Casas de Misericórdia, no âmbito da saúde). Mas, ainda que uma dessas entidades viesse a se qualificar como organização social, não teria condições de competir no mercado com as OSs controladas por empresários, por força da seleção adversa.

Uma organização social efetivamente dedicada à filantropia não possui tantos incentivos para competir por contratos de gestão quanto as OSs pseudofilantrópicas. Quanto maior a eficiência da organização social em extrair lucros para o empresário-controlador, mais fortes serão os incentivos para competir de forma agressiva pelos contratos de gestão, seja por vias lícitas (por exemplo, investindo na preparação de projetos de trabalho mais detalhados e sofisticados), seja por vias ilícitas (mediante oferta de vantagens a agentes públicos que possam influenciar o processo de seleção das OSs). Por tais razões, ao longo do tempo, o mercado dos contratos de gestão tende a ser dominado por organizações pseudofilantrópicas.

A intensa competição observada nos processos seletivos em que organizações sociais disputam entre si pela gestão das unidades de maior orçamento (a exemplo de grandes hospitais especializados) somente se justifica em razão do elevado potencial de lucro que tais atividades proporcionam aos empresários controladores das OSs.

Não se está aqui a sustentar ser ilegítimo atribuir a gestão de unidades públicas de saúde a empresas com finalidades lucrativas. Pelo contrário, o que se questiona são as distorções de um modelo que, por um lado, incentiva a participação de atores econômicos com intuito de lucro, mas, ao mesmo tempo, veda o acesso ao mercado a atores econômicos que admitam possuir tal finalidade. Os contratos de gestão são reservados a instituições formalmente classificadas como organizações sociais, de modo que entidades com fins lucrativos estariam automaticamente desqualificadas da competição.

Como se vê, a atuação das organizações sociais se direciona à extração de lucros, em frontal contraposição aos objetivos oficialmente declarados em seus atos constitutivos, como requisito formal para a obtenção da qualificação jurídica necessária para o acesso ao mercado de contratos de gestão. Tal dissonância entre aparência e função, associada à exigência constitucional de prestação de contas dos recursos públicos recebidos (artigo 70 da Constituição da República), incentiva as OSs pseudofilantrópicas a recorrer a subterfúgios que lhe permitam dissimular a distribuição de lucros.

Como a distribuição de lucros ao empresário-controlador não poderia ser oficialmente contabilizada pela organização social, esta usualmente ocorre por duas vias. O primeiro caminho consiste na apropriação da denominada “taxa de administração”, usualmente correspondente a um percentual do valor recebido dos cofres públicos. Nos contratos que admitem “taxa de administração”, um percentual do valor pago, supostamente destinado ao custeio das atividades administrativas da organização social, é livremente movimentado pela entidade, sem necessidade de prestação de contas ao órgão contratante. Tal valor é, então, repassado ao empresário-controlador, por intermediários com quem a entidade mantém contratos para prestação de serviços de natureza intelectual (a exemplo de serviços de consultoria ou advocacia).

A fixação da taxa de administração em percentual sobre as despesas da unidade de saúde representa um incentivo perverso à má gestão dos recursos públicos. Como os lucros auferidos pela organização pseudofilantrópica aumentarão na mesma proporção do incremento das despesas da unidade pública sob sua gestão, todo incentivo opera no sentido de gastar mais, e não de prestar um serviço melhor com o orçamento disponível.

Em alternativa ou em complementação aos valores auferidos pela “taxa de administração”, o empresário-controlador também pode se apropriar de parcela dos pagamentos realizados pela organização social, supostamente destinados à aquisição de bens e insumos ou à subcontratação de serviços necessários para a gestão da unidade pública de saúde. A dissimulação de tal

apropriação impõe uma rotina dividida em etapas: i) direcionamento das contratações realizadas pela OS em favor de fornecedores que pertençam ao próprio empresário-controlador ou que a ele tenham se associado; ii) realização de pagamentos com sobrepreço (preço superior ao valor de mercado) ou superfaturamento (por execução quantitativa ou qualitativamente inferior ao contratado); iii) repasse dos valores correspondentes ao sobrepreço ou superfaturamento ao empresário controlador, usualmente mediante entrega de valores em espécie.<sup>1322</sup>

Como já se teve oportunidade de realçar, nos contratos de gestão incumbe aos funcionários da própria organização social atestar o adequado fornecimento de produtos e serviços à unidade de saúde pública, ainda que o custeio das referidas despesas seja suportado por recursos públicos.

Valendo-se da assimetria informacional entre a organização social e os órgãos de controle interno e externo, cuja reduzida capacidade de fiscalização não permite acompanhar o fornecimento de todos os produtos e serviços em todas as unidades geridas pelas organizações sociais, estão postas as condições ideais aos comportamentos oportunistas (risco moral ou *moral hazard*) por parte dos gestores da organização social. O sobrepreço ou superfaturamento do fornecimento de produtos e serviços à organização social, a fim de gerar um valor excedente que possa ser apropriado pelos gestores da organização social, constitui aspecto essencial e intrínseco ao modelo de negócio das OSs pseudofilantrópicas.

Há, pois, um incentivo perverso para que as organizações sociais simulem despesas superiores a seu custo operacional efetivo, com vistas à ocultação da distribuição de lucros. A criação de tais rotinas constitui também um incentivo adicional para que a corrupção se alastre neste setor econômico. Embora todo contrato público ou privado possa dar margem a comportamentos oportunistas, os contratos de organizações sociais se distinguem porque tais condutas são inerentes a seu modelo de negócios, como decorrência da

---

<sup>1322</sup> Cf. CARVALHO, Eduardo Santos de. “Corrupção e a fiscalização de organizações sociais de saúde”, pp. 63-64.

dissonância entre seus objetivos declarados e os reais interesses de seus controladores. Os mesmos mecanismos implantados para dissimular o direcionamento de lucros ao empresário-controlador poderão ser facilmente adaptados, a baixo custo, para ocultar também o pagamento de vantagens indevidas aos agentes públicos que viabilizarem sua contratação e permanência na unidade de saúde.<sup>1323</sup>

À facilidade de acesso a mecanismos de pagamentos não contabilizados, somam-se outros fatores indutivos da corrupção nas contratações de organizações sociais, como i) o elevado volume de recursos públicos envolvidos; ii) a ausência de controle efetivo sobre sua aplicação; iii) a facilidade de direcionamento dos contratos, mediante manipulação dos requisitos de qualificação técnica e/ou dos critérios de julgamento do processo seletivo, à vista da ausência de parâmetros objetivos para avaliação das propostas apresentadas pelas OSs.

No intuito de apresentar alternativas à sistemática de contratação de organizações sociais adotada no Brasil, convém contemplar o modelo empregado na Europa e em Portugal. Segundo a jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia, a regulamentação nacional poderia atribuir a prestação de “serviços à pessoa” (como serviços sociais, de saúde e de educação) a organizações sociais sem fins lucrativos, por ajuste direto e sem qualquer publicidade, desde que o quadro social contribuísse para os objetivos de solidariedade e eficácia orçamental.<sup>1324</sup> Na tradição europeia, não se exige concorrência para a contratação de serviços de saúde e sociais, nem se

---

<sup>1323</sup> A mesma lógica pode ser observada em empreiteiras como, por exemplo, a Odebrecht, cujo setor destinado a pagamentos não contabilizados de bônus para executivos, com intuito de sonegação fiscal, foi adaptado para também a promover pagamentos de contribuições políticas não declaradas e de vantagens ilícitas para agentes públicos (cf. reportagem jornalística disponível em <<https://oglobo.globo.com/brasil/decada-de-rupturas-desde-os-anos-80-odebrecht-fazia-pagamentos-nao-declarados-diz-marcelo-odebrecht-24142454>>, acesso em 14/07/2021).

<sup>1324</sup> Cf. MARTINS, Licínio Lopes; SANTOS, Maria do Céu Colaço dos. “A execução de políticas públicas sociais no novo regime da contratação pública da União Europeia: a relevância das organizações do Terceiro Sector”, in *Brazilian Journals of Business*, v. 3, n. 1, 2021, p. 583, disponível em <<https://www.brazilianjournals.com/index.php/BJB/article/view/24529/19689>>, acesso em 19/08/2021.

estabelecem critérios legais objetivos para a seleção das entidades contratadas.<sup>1325</sup>

Anteriormente excluída das normas europeias sobre contratação pública, a contratação de entidades do terceiro setor foi regulada pela Diretiva 2014/24/EU. O legislador europeu criou um novo regime específico à contratação de “serviços à pessoa”, assim considerados porque “prestados num contexto particular que varia muito entre os Estados-Membros devido às diferenças de tradições culturais”. No dizer de Pedro Fernández Sánchez, trata-se de contratos de natureza pessoal mitigada, em que a “relação personalizada entre prestador e beneficiário do serviço” é “suficientemente forte para justificar a dispensa da concorrência”, exceto quando o valor elevado indicar a presença de interesse concorrencial transfronteiriço.<sup>1326</sup> Ressalvados os contratos oriundos de projeto financiado pela União Europeia, o artigo 4º, alínea *d*, da Diretiva 2014/24/UE fixa o limiar a partir do qual os contratos de serviços sociais estão submetidos à legislação europeia em € 750.000, presumida a ausência de interesse transfronteiriço em contratos de valor inferior.<sup>1327</sup>

No direito português, os contratos públicos que tenham por objeto a aquisição de serviços sociais – inclusive serviços de saúde e ensino – de valor inferior a € 750.000 não estão sujeitos às regras previstas na Parte II do Código de Contratos Públicos. Sujeitam-se, entretanto, aos “princípios gerais da contratação pública”, “com as devidas adaptações” (artigo 6º-A do CCP). Pedro Fernández Sánchez critica os termos vagos do dispositivo legal, porquanto capazes de gerar insegurança no gestor, ao deixar de explicitar o modo de compatibilizar os princípios da concorrência, da publicidade, da transparência, da igualdade de tratamento e da não-discriminação (artigo 1º-A do CCP) com as peculiaridades do objeto contratual.<sup>1328</sup>

---

<sup>1325</sup> Cf. FARINHO, Domingos Soares. “Regras especiais de contratação pública: os serviços sociais e outros serviços específicos”, in ESTORNINHO, Maria João; MARTINS, Ana Gouveia (coordenadoras), *Atas da Conferência A Revisão do Código dos Contratos Públicos*, Instituto de Ciências Jurídico-Políticas, Lisboa, 2016, p. 86.

<sup>1326</sup> SÁNCHEZ, Pedro Fernández. *Direito da Contratação Pública*, Vol. I, pp. 240-241.

<sup>1327</sup> Cf. o segundo parágrafo do considerando 114 da Diretiva 2014/24/UE.

<sup>1328</sup> SÁNCHEZ, Pedro Fernández. *Direito da Contratação Pública*, Vol. I, p. 249.

Por sua vez, Pedro Costa Gonçalves questiona a opção por excluir do âmbito do CCP os contratos de serviços sociais abaixo do limiar europeu, sob o argumento de que o intuito do legislador, no sentido de beneficiar as entidades do setor social e solidário poderia ser alcançado mediante instituição de procedimentos de acesso reservado ou de consulta prévia, “permitindo alguma transparência e publicidade, bem como concorrência dentro do próprio setor social e solidário”.<sup>1329</sup>

Mesmo acima do limiar de € 750.000, a Diretiva 2014/24/UE atribui aos Estados-Membros “um amplo poder de apreciação para organizarem a escolha dos prestadores de serviços da forma que considerem mais adequada” no âmbito da contratação de serviços sociais, atribuindo-lhes um regime pré-contratual simplificado (ou *light touch regime*)<sup>1330</sup>, porquanto “relativamente desprocedimentalizado ou apenas semi-procedimentalizado”.<sup>1331</sup>

Nos termos do artigo 75º da Diretiva 2014/24/UE (e do artigo 250º-B do CCP, seu correspondente no direito português), o regime dos contratos públicos para prestação de serviços sociais submete-se a um conjunto mínimo de regras de publicidade internacional, que exige a publicação do anúncio do concurso ou do anúncio de pré-informação no início do procedimento, bem como a publicação do anúncio de adjudicação ao final.

A norma europeia não estabelece regras procedimentais para o regime de contratação dos serviços sociais. Deixa à discricionariedade dos Estados-Membros a escolha do processo aplicável e os critérios de julgamento, desde que observados os princípios da transparência e da igualdade de tratamento dos operadores económicos (artigo 76º). No direito português, o nº 1 do artigo 250º do CCP atribui máxima flexibilidade ao procedimento pré-contratual, conferindo autonomia às entidades adjudicantes para “afastar ou incluir

---

<sup>1329</sup> GONÇALVES, Pedro Costa. *Direito dos Contratos Públicos*, p. 330.

<sup>1330</sup> MARTINS, Licínio Lopes; SANTOS, Maria do Céu Colaço dos. “A execução de políticas públicas sociais no novo regime da contratação pública da União Europeia”, p. 587.

<sup>1331</sup> Cf. considerandos 28 e 115-117 da Diretiva 2014/24/UE.

quaisquer regras ou formalidades”, na medida em que necessário para atender aos objetivos da contratação.

Em relação aos critérios de julgamento da proposta, o nº 2 do artigo 76º da Diretiva 2014/24/UE limita-se a prever a possibilidade de avaliação com base na “melhor relação qualidade/preço mas tendo igualmente em conta os critérios de qualidade e sustentabilidade para os serviços sociais”. Domingos Soares Farinho sustenta que, ao afastar o regime geral da contratação pública, a norma partiria da premissa de que os critérios que presidem a escolha das entidades contratadas não são “objetivamente mensuráveis”. Por tal razão, atribui “uma maior liberdade de escolha à entidade adjudicante, ao mesmo tempo que dificultam o escrutínio da adequada opção à luz do interesse público”<sup>1332</sup>. Elogia, no entanto, a opção do legislador português, ao introduzir critérios de julgamento mensuráveis, como avaliação através de histórico de satisfação ou entrevistas e indicadores de impacto social positivo (número 3 do artigo 250º-C do CCP).

Finalmente, em “fortíssima restrição ao universo concorrencial”<sup>1333</sup>, tanto o artigo 77º da Diretiva 2014/24/UE quanto o artigo 250º-D do CCP permitem que determinados contratos de serviços de saúde, serviços sociais e serviços culturais sejam reservados a organizações que preencham determinados requisitos legais.<sup>1334</sup> Para além de terem seu objeto voltado para a prestação do serviço público contratado, as instituições que pretendam se candidatar aos contratos reservados deverão observar uma estrutura organizacional baseada “na participação ou envolvimento ativo dos trabalhadores na administração”<sup>1335</sup>.

---

<sup>1332</sup> FARINHO, Domingos Soares. “Regras especiais de contratação pública: os serviços sociais e outros serviços específicos”, p. 89.

<sup>1333</sup> SÁNCHEZ, Pedro Fernández. *Direito da Contratação Pública*, Vol. I, p. 251.

<sup>1334</sup> Estão incluídos no rol de serviços que podem ser objeto de procedimentos reservados, dentre outros: serviços administrativos na área da educação, serviços administrativos na área da saúde, serviço de fornecimento de pessoal de enfermagem, serviço de fornecimento de pessoal médico, serviço de ensino pré-escolar, serviço de ensino superior, serviços de saúde e ação social, serviços de saúde, médicos e hospitalares, serviços de assistência social, até serviços comunitários de saúde (Anexo X do CCP).

<sup>1335</sup> Cf. considerando 118 da Diretiva 2014/24/UE.

Em Portugal, as cooperativas, associações mutualistas, misericórdias e demais instituições particulares de solidariedade social (IPSS) são consideradas entidades da “economia social” (artigo 4º da Lei de Bases da Economia Social, Lei nº 30/2013), cuja criação e atividade deverá ser estimulada e apoiada pelo Poder Público [alínea a) do artigo 9º]. Especificamente no que diz respeito ao Ministério de Saúde, sua articulação com as instituições particulares de solidariedade social é regulada pela Decreto-Lei nº 138/2013, que autoriza a celebração de acordos de âmbito nacional<sup>1336</sup> com as uniões, federações ou confederações de IPSS (nº 3 do artigo 3º).

O nº 1 do artigo 6º do Decreto-Lei nº 138/2013 prevê que os acordos com as IPSS sejam antecedidos por um “procedimento prévio de contratação”, a ser instruído com um estudo que “avalie a economia, eficácia e eficiência do acordo, bem como a sua sustentabilidade financeira”. Domingos Soares Farinho ressalva, no entanto, que a lei não exige a publicização do estudo prévio, e que tampouco haveria critérios para questionar juridicamente as opções da entidade adjudicante, para além do “difícil princípio da boa administração”.<sup>1337</sup>

De toda sorte, o Decreto-Lei nº 138/2013 oferece um parâmetro inicial para orientar a proposta de reformulação do modelo brasileiro de contratação de organizações sociais. A decisão de transferência da gestão dos serviços para uma organização há de ser precedida de estudo para análise de seu custo/benefício. Somente assim poderá o ente público aquilatar se tal modelo efetivamente representará um ganho de eficiência para a Administração

---

<sup>1336</sup> A cada biênio, celebra-se um protocolo de cooperação entre órgãos do governo (Ministério da Educação, Ministério do Trabalho, Solidariedade e Seguridade Social e Ministério da Saúde) e as uniões de IPSS [Confederação Nacional das Instituições de Solidariedade (CNIS), União das Misericórdias Portuguesas (UMP), União das Mutualidades Portuguesas (UM) e Confederação Cooperativa Portuguesa (CONFECOOP)], para estabelecimento de regras uniformes para as atividades das IPSS, inclusive no que diz respeito à participação financeira do Poder Público em seu custeio. Para o protocolo referente ao biênio 2021-2022, consulte-se o endereço eletrônico <[http://cnis.pt/wp-content/uploads/2021/07/Compromisso\\_Coopera%C3%A7%C3%A3o\\_2021\\_2022.pdf](http://cnis.pt/wp-content/uploads/2021/07/Compromisso_Coopera%C3%A7%C3%A3o_2021_2022.pdf)>, acesso em 18/08/2021.

<sup>1337</sup> FARINHO, Domingos Soares. “Regras especiais de contratação pública: os serviços sociais e outros serviços específicos”, pp. 85-86.



Pública, por confronto com alternativas como a prestação direta do serviço ou o mero fornecimento de mão de obra (sem transferência de gestão). Em outras palavras, a contratação da organização social somente se justifica na medida em que possibilite, no campo da política pública, a obtenção do mesmo resultado a custo menor ou de resultado superior pelo mesmo custo.

Não basta presumir que a transferência de uma unidade pública para a gestão privada reverter-se-á necessariamente em melhoria de qualidade ou em redução de custos. Bem ao contrário, o custo financeiro das unidades geridas por organizações sociais frequentemente excede aqueles das unidades em que o serviço público é prestado diretamente pelo Estado, seja por contemplar a “taxa de administração” da entidade, seja pelos incentivos ao sobrepreço e superfaturamento nos serviços e insumos adquiridos.

A respeito da prévia comparação entre a prestação direta do serviço e o recurso ao mercado, Miguel Assis Raimundo advoga a criação de um teste de necessidade, capaz de aferir se o recurso ao mercado por meio de contratos onerosos é realmente indispensável e benéfico ao interesse público.<sup>1338</sup>

Entre a prestação direta do serviço e a outorga da gestão de unidades públicas a organizações sociais há a possibilidade de firmar um contrato para fornecimento de mão de obra, alternativa intermediária cujas vantagens e desvantagens também haveriam de ser consideradas pela Administração Pública por ocasião do estudo prévio. Seja por conta dos encargos trabalhistas que incidem sobre o trabalho assalariado, seja à vista dos limites rígidos com despesa de pessoal impostos pela Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar nº 101/2000), a migração do regime mão de obra estatutária para a contratação por intermédio de pessoas jurídicas (através de terceirização ou “pejotização”) poderá ensejar considerável redução de custos

---

<sup>1338</sup> RAIMUNDO, Miguel Assis. *A Formação dos Contratos Públicos*, pp. 727-729: “Também no Direito comparado se encontram evidências da expansão deste tipo de ponderação a toda atividade contratual: o *Local Governments Act* do Reino Unido, de 1988, impôs às entidades locais a obrigação de fazerem uma análise de eficiência relativa entre a execução directa e o *contracting out*, não por acaso onde nesse país se dava um movimento de reapreciação e redefinição do *tamanho e das funções* que as entidades públicas deveriam desempenhar – o que apresenta um paralelo marcante com os nossos dias.”

para o ente público, sem padecer das mesmas vulnerabilidades dos contratos de gestão.

A transferência da gestão de unidades públicas de saúde somente haverá de ser admitida quando o modelo organizacional das OSs for reformulado, de modo a: i) evitar que o controle das organizações sociais seja capturado por empresários interessados em ingressar no mercado dos contratos de gestão, ii) o interesse dos gestores da organização social esteja alinhado com o interesse público no aumento de eficiência da prestação do serviço, e não voltado para a extração de lucros através do custeio de despesas supérfluas.

Em relação ao primeiro ponto, a estrutura organizacional das entidades pseudofilantrópicas costuma ser modelada de forma a assegurar a preservação do poder decisório em mãos do empresário-controlador. Usualmente, isso ocorre através da seleção de um grupo restrito de pessoas (membros fundadores ou associados com poder de voto), composto por parentes, funcionários de confiança ou “laranjas” do controlador, aos quais será atribuído formalmente o poder de indicar os diretores e gestores da organização. Como se vê, uma forma de desincentivar a captura do controle das organizações sociais seria exigir que tais instituições adotassem uma estrutura aberta e participativa, o que aumentaria os custos de coordenação de um eventual conluio a ponto de inviabilizar a consolidação do poder decisório em *longa manus* do empresário-controlador.

Os modelos adotados pela Comunidade Europeia e por Portugal oferecem uma interessante solução para este problema, ao exigir que as contratações reservadas para serviços sociais sejam destinadas a “organizações baseadas na participação ou envolvimento ativo dos trabalhadores na administração”.<sup>1339</sup>

---

<sup>1339</sup> Cf. considerando 118 da Diretiva 2014/24/UE.

Nos termos do artigo 77º da Diretiva 2014/24/UE e do artigo 250º-D do Código de Contratos Públicos, as entidades do terceiro setor somente poderão se candidatar às contratações reservadas quando: i) eventual distribuição de lucros for baseada em “considerações de natureza participativa”; e ii) o capital social da organização contar com a participação dos trabalhadores ou sua estrutura de gestão se basear “em princípios participativos que requererem o envolvimento ativo dos trabalhadores, utilizadores ou partes interessadas” [artigo 250º-D, nº 2, alíneas *b)* e *c)* do CCP].

Observe-se, em primeiro lugar, que os paradigmas analisados admitem expressamente a distribuição de lucros, eliminando a necessidade de subterfúgios ilícitos para dissimular tal prática. Não se admite, no entanto, que o capital social e o poder de gestão da organização estejam concentrados nas mãos de poucos detentores de capital ou de um grupo restrito de associados.

A participação de trabalhadores no capital social asseguraria a distribuição equitativa dos lucros entre todos os profissionais que atuam na organização social. Ademais, todos os profissionais que desenvolvem a atividade contratada participariam do processo decisório, com voz e voto, inclusive no que diz respeito à escolha dos gestores da organização social. Assim, os benefícios de eventual captura da organização social por empresários restariam esvaziados, ao mesmo tempo em que aumentariam significativamente os custos de coordenação, o que permitiria superar o domínio do mercado de contratos de gestão por organizações pseudofilantrópicas.

Finalmente, a fim de alinhar o autointeresse dos integrantes da organização com o interesse público, o lucro a ser distribuído não deve ser fixado em função de um percentual sobre a despesa do órgão público, mas sim sobre os resultados do serviço público prestado na unidade. Assim, o incremento dos serviços prestados sem aumento no custeio da unidade haveria de se refletir na remuneração auferida pelos participantes da organização social.

Assim, em concretização às linhas estratégicas do alinhamento de incentivos e do desestímulo à colusão, propõe-se que:

- i) enquanto não reformulado o modelo organizacional das entidades qualificadas para a celebração de contratos de gestão, o Poder Público se abstenha de transferir a gestão de unidades públicas a organizações sociais, sem prejuízo do financiamento das atividades de instituições que possuem meios próprios para a prestação do serviço;
- ii) eventual transferência de gestão de unidades públicas a organizações sociais seja precedido de estudo que indique se tratar da solução mais vantajosa, a partir da avaliação de seus custos e benefícios em comparação à prestação direta do serviço público com mão-de-obra própria ou terceirizada;
- iii) seja reformulado o modelo organizacional das entidades qualificadas para a celebração de contratos de gestão, de modo a exigir uma estrutura aberta à participação dos trabalhadores, não se admitindo concentração do capital social ou do poder decisório em mãos de uma minoria;
- iv) seja admitida a distribuição de lucros entre os integrantes da organização social, em função dos critérios participativos anteriormente referidos;
- v) a remuneração da organização social não seja vinculada a um percentual sobre o custeio da unidade, mas sim aos resultados obtidos com a prestação do serviço público.

#### 2.15. Restrições à adesão no sistema de registro de preços (Proposta nº 15)

Embora o registro de preços esteja caracterizado na lei brasileira como um *procedimento auxiliar* às licitações e contratações públicas (art. 78, IV da Lei nº 14.133/2021), trata-se na realidade de um *contrato preliminar*<sup>1340</sup> no qual

---

<sup>1340</sup> No inciso XLVI do artigo 6º da Lei nº 14.133/2021, a ata de registro de preços é definida como um “documento vinculativo e obrigacional, com característica de compromisso para futura contratação, no qual são registrados o objeto, os preços, os fornecedores, os órgãos

se estabelecem os termos para futuros contratos de aquisição entre a entidade adjudicante e o particular. Como se vê, o sistema de registro de preços previsto na lei brasileira exerce função similar ao acordo-quadro previsto no Código de Contratos Públicos português<sup>1341</sup> e na Diretiva 2014/24/UE, e ao *indefinite-delivery indefinite-quantity (IDIQ) contract*<sup>1342</sup> do direito norte-americano [cf. FAR 16.504 (a)].

Os acordos-quadro se destinam precipuamente à satisfação de necessidades permanentes e continuadas da Administração Pública<sup>1343</sup>, que demandem aquisições repetidas de bens e serviços de baixa complexidade (por exemplo, materiais de escritório ou serviços como manutenção e limpeza), em relação às quais não seja possível prever antecipadamente o momento exato de aquisição ou as quantidades necessárias.

A principal vantagem oferecida pelo acordo-quadro é a redução dos custos de transação *ex ante* na contratação pública, em decorrência da agregação de múltiplas aquisições em um único procedimento. Ou seja, as etapas procedimentais referentes à solicitação, recebimento e avaliação de propostas destinam-se a todo o conjunto de aquisições a ser realizado ao longo do período de vigência de acordo-quadro, de modo que a subsequente

---

participantes e as condições a serem praticadas, conforme as disposições contidas no edital da licitação, no aviso ou instrumento de contratação direta e nas propostas apresentadas”. Como ressalta Marçal Justen Filho, cuida-se de instrumento que “formaliza um acordo de vontade entre as partes, estabelecendo direitos e obrigações recíprocas”, de modo que é irrelevante a utilização do vocábulo “documento” para referir-se a um ato cujo conteúdo é nitidamente contratual (JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratações Administrativas – Ed. 2021*, RL 1.28, comentário ao art. 82).

<sup>1341</sup> A despeito de o Código dos Contratos Públicos referir-se ao acordo-quadro como um “instrumento procedimental especial”, Ana Gouveira Martins sublinha que o possui natureza de “um *contrato preliminar*, que não é exequível por si mesmo, mas antes antecede e prepara a celebração de futuros contratos públicos definitivos” (MARTINS, Ana Gouveia. “Os acordos quadro e os contratos celebrados ao seu abrigo: em especial, o regime da sua modificação”. *Centralização e Agregação de Compras Públicas: Reflexões sobre uma tendência actual da contratação pública* (coord. RAIMUNDO, Miguel Assis). Lisboa: Almedina (2019), pp. 221-222.

<sup>1342</sup> O *multiple award schedule*, através do qual a *General Services Administration – GSA* contrata fornecedores para o sistema centralizado de aquisições (*Federal Supply Schedule – FSS*), constitui uma modalidade de *indefinite-delivery indefinite-quantity contract*. No entanto, outras agências descentralizadas também possuem autonomia para celebrar contratos IDIQ.

<sup>1343</sup> MARTINS, Ana Gouveia. “Os acordos quadro e os contratos celebrados ao seu abrigo: em especial, o regime da sua modificação”. *Centralização e Agregação de Compras Públicas: Reflexões sobre uma tendência actual da contratação pública* (coord. RAIMUNDO, Miguel Assis). Lisboa: Almedina (2019), p. 211.

emissão de ordens de aquisição consome muito menos tempo e recursos do que a abertura de um novo procedimento competitivo. Pode-se afirmar, portanto, que o objetivo precípua da opção pela modalidade de acordo-quadro é a *eficiência procedimental*<sup>1344</sup>; mas os acordos-quadro também podem contribuir para o objetivo da *vantajosidade*, na medida em que a agregação de compras permite a obtenção de economias de escala e representa um maior incentivo à competição.

Para uma visão mais abrangente do instituto, de modo a abstrair de seus contornos legais em cada sistema normativo específico, adota-se por ora um conceito *lato sensu* de acordo-quadro, nos termos propostos por Gian Luigi Albano e Caroline Nicholas.<sup>1345</sup> Segundo a concepção dos autores, podem se enquadrar na categoria de acordo-quadro todo procedimento licitatório dividido em duas etapas: uma primeira etapa na qual se selecionam um ou mais fornecedores para a celebração de um “contrato-mãe” visando a futuras aquisições<sup>1346</sup>, e uma segunda etapa na qual a entidade adjudicante emite ordens de aquisição ou celebra contratos para que sua necessidade seja atendida pelos fornecedores que ingressaram no “contrato-mãe”.

O conceito de acordo-quadro *lato sensu*, tal como proposto, não abrange a figura do sistema de qualificação de fornecedores (*supplier lists*): embora ambos os institutos se destinem à identificação de potenciais fornecedores para contratação futura, de modo a minimizar seus custos de transação em aquisições futuras, as listas de fornecedores qualificados não descrevem uma necessidade específica da Administração, nem avaliam a qualificação dos

---

<sup>1344</sup> ALBANO, Gian Luigi; NICHOLAS, Caroline. *The law and economics of framework agreements: designing flexible solutions for public procurement*. Cambridge: Cambridge University Press (2016), p. 5 e pp. 22-24.

<sup>1345</sup> ALBANO, Gian Luigi; NICHOLAS, Caroline. *The law and economics of framework agreements: designing flexible solutions for public procurement*. Cambridge: Cambridge University Press (2016), p. 13.

<sup>1346</sup> A primeira etapa se subdivide, por sua vez, em três momentos: i) o chamamento de potenciais fornecedores para apresentar propostas que atendam às necessidades da entidade adjudicante, ii) a seleção de um ou mais fornecedores com base em sua resposta ao convite; e iii) a celebração do acordo-quadro entre a entidade adjudicante e os fornecedores selecionados (ALBANO, Gian Luigi; NICHOLAS, Caroline. *The law and economics of framework agreements: designing flexible solutions for public procurement*. Cambridge: Cambridge University Press (2016), p. 13).

fornecedores em função do referido escopo. O acordo-quadro distingue-se do sistema de qualificação de fornecedores, portanto, ao se pautar pela prévia definição do escopo das necessidades a serem atendidas.<sup>1347</sup> Embora os institutos não se confundam, a doutrina aponta os acordos-quadro como uma evolução ou aperfeiçoamento das listas de fornecedores qualificados.<sup>1348</sup>

O conceito acordo-quadro *lato sensu* proposto por Albano e Nicholas admite múltiplas variações, capazes de abarcar diversos modelos adotados tanto no direito europeu (contratos-quadro, acordos-quadro *stricto sensu* e sistemas de aquisição dinâmicos) quanto no norte-americano (*indefinite-delivery indefinite-quantity contracts*) e no brasileiro (sistema de registro de preços). Numa tentativa de sistematizar os fatores que distinguem esses modelos entre si, propõe-se uma classificação dos acordos-quadro em sentido amplo, a partir das seguintes características:

- acordos-quadro **centralizados** ou **descentralizados**: refere-se à identificação dos órgãos públicos com atribuição para adjudicar o acordo-quadro. Tal competência pode tanto ser atribuída a uma entidade central (usualmente um órgão com competência para atuar em todo o território nacional), como no caso dos *contratos de aprovisionamento* do direito português<sup>1349</sup>, ou pode ser distribuída entre órgãos de diversos setores administrativos, inclusive em nível regional ou local. Por sua vez, os sistemas centralizados podem se subdividir entre sistemas vinculantes (em que as entidades adjudicantes estão obrigados a se valer do acordo-quadro celebrado pelo órgão central para promover aquisições) ou sistemas não vinculantes (em que as entidades adjudicantes podem optar entre realizar suas próprias

---

<sup>1347</sup> Neste sentido, Pedro Fernández Sánchez ressalta que “o sistema de qualificação pode ser aproveitado para vastos leques de objectos contratuais”, em contraposição ao sistema de aquisição dinâmica, que “diz respeito a objectos contratuais minimamente predefinidos” (*Direito da Contratação Pública*, vol. II, p. 849). Albano e Nicholas ressaltam, contudo, que por vezes a necessidade da Administração é descrita em termos tão amplos que o acordo-quadro passa a operar como uma lista de fornecedores. (ALBANO, Gian Luigi; NICHOLAS, Caroline. *The law and economics of framework agreements: designing flexible solutions for public procurement*. Cambridge: Cambridge University Press (2016), pp. 19-20).

<sup>1348</sup> YUKINS, Christopher R. “Are IDIQs inefficient? Sharing lessons with European framework contracting”. *Public Contract Journal*, vol. 37, n. 3 (2008), p. 556.

<sup>1349</sup> Artigos 264º a 266º do CCP.

contratações, ou aderir voluntariamente aos acordos-quadro celebrados pelo órgão central)<sup>1350</sup>;

- acordos-quadro **limitados** ou **ilimitados**: refere-se à identificação dos órgãos públicos que poderão aderir ao acordo-quadro. Tal adesão pode se restringir aos órgãos predeterminados na etapa inicial do procedimento ou se estender a outros órgãos que venham a manifestar interesse em aderir somente após a celebração do acordo-quadro. No direito europeu, a Diretiva 2014/24/UE não admite a adesão posterior de órgãos públicos que não tenham sido previamente identificados no acordo-quadro ou que não fossem identificáveis ao menos através do recurso a categorias gerais;<sup>1351</sup>

- acordos-quadro **fechados** ou **abertos**: refere-se à possibilidade de ingresso de novos competidores após a celebração do acordo-quadro inicial. No acordo-quadro fechado, é vedada a entrada de novos co-contratantes durante o seu período de vigência, bem como a celebração de contratos ao seu abrigo com novos operadores económicos.<sup>1352</sup> Ao revés, os acordos-quadro abertos admitem que novos fornecedores sejam admitidos no sistema a qualquer tempo, de modo que mesmo fornecedores que tenham manifestado interesse posteriormente à celebração do acordo-quadro inicial possam participar da segunda etapa. No direito português, os contratos-quadro e os

---

<sup>1350</sup> No direito americano, o sistema das *multiple award schedules* é centralizado não-vinculante, ou seja: somente a GSA pode contratar empresas para o *Federal Supply Schedule*, mas as agências possuem liberdade para celebrar seus próprios contratos de forma independente do órgão central (cf. FAR 8.004). No direito português, o Sistema Nacional de Compras Públicas integra duas categorias de entidades: entidades compradoras vinculadas, que estão abrangidas por força de lei (“serviços da administração directa do Estado e os institutos públicos” – artigo 3º, nº 2 do Decreto-Lei nº 37/2007) e entidades compradoras voluntárias, cuja adesão depende de manifestação de vontade (“entidades da Administração autónoma e do sector empresarial público” – artigo 3º, nº 3 do Decreto-Lei nº 37/2007).

<sup>1351</sup> Nos termos do Considerando 60 da Diretiva 2014/24/UE, “os acordos-quadro não deverão ser utilizados pelas autoridades adjudicantes que não estejam neles identificadas. Para esse efeito, as autoridades adjudicantes que sejam partes num acordo-quadro específico desde o início deverão ser claramente indicadas pelo nome ou por outros meios, tais como uma referência a dada categoria de autoridades adjudicantes numa zona geográfica claramente delimitada, de modo a que as autoridades adjudicantes em causa possam ser fácil e inequivocamente identificadas”. Veja-se, no mesmo sentido, o artigo 257º, nº 4 do Código dos Contratos Públicos português.

<sup>1352</sup> MARTINS, Ana Gouveia. “Os acordos quadro e os contratos celebrados ao seu abrigo: em especial, o regime da sua modificação”. *Centralização e Agregação de Compras Públicas: Reflexões sobre uma tendência actual da contratação pública* (coord. RAIMUNDO, Miguel Assis). Lisboa: Almedina (2019), p. 213.



acordos-quadro *stricto sensu* têm caráter fechado (artigo 257º, número 1 do Código dos Contratos Públicos), enquanto o sistema de aquisição dinâmico (incluído no sentido lato de acordo-quadro, acima referido) tem natureza aberta (artigo 237º, número 2 do CCP).<sup>1353</sup> De modo similar, os *multiple award schedules* do direito norte-americano admitem o ingresso de novos fornecedores a qualquer tempo, cuidando-se de contratos “permanentemente abertos”<sup>1354</sup>;

- acordos-quadro **individuais** (também denominados mono-atributivos<sup>1355</sup>) ou **múltiplos** (também denominados pluri-atributivos): refere-se à possibilidade de que o acordo-quadro seja celebrado com um único fornecedor, ou de que múltiplos operadores económicos sejam contratados sob o acordo-quadro para fornecimento do mesmo objeto. A categoria dos acordos-quadro múltiplos pode ser subdividida, ainda, entre os contratos **múltiplos restritos** (em que somente um grupo limitado, composto pelos fornecedores que obtiveram as melhores classificações na etapa inicial, será selecionado para celebrar o acordo-quadro) e os **múltiplos irrestritos** (em que todos os fornecedores interessados e que atendam condições mínimas para participação poderão ingressar no acordo-quadro, reservando-se a competição para a segunda etapa do procedimento). Os acordos-quadro individuais ou múltiplos restritos estão associados a sistemas fechados, com ou sem competição na segunda fase, enquanto os acordos-quadro múltiplos irrestritos estão associados a sistemas abertos como o sistema de aquisição dinâmico;

---

<sup>1353</sup> “Os acordos quadro, quando associados à centralização de compras, criam assim, durante o período da sua vigência, uma espécie de mercado (fortemente) contingentado, composto pelos agentes económicos que acederam ao acordo quadro no momento da sua formação; já no caso dos SAD (sistemas de aquisição dinâmicos), o acesso é aberto e a todo o tempo podem entrar novos fornecedores” (RAIMUNDO, Miguel Assis. Os sistemas de aquisição dinâmicos na ‘caixa de ferramentas’ da contratação centralizada. Centralização e Agregação de Compras Públicas: Reflexões sobre uma tendência actual da contratação pública (coord. RAIMUNDO, Miguel Assis). Lisboa: Almedina (2019), p. 308).

<sup>1354</sup> YUKINS, Christopher R. “Are IDIQs inefficient? Sharing lessons with European framework contracting”. *Public Contract Journal*, vol. 37, n. 3 (2008), p. 558.

<sup>1355</sup> Nomenclatura empregada por Miguel Assis Raimundo em *Direito dos Contratos Públicos* – Volume 1, pp. 671-672.

- acordos-quadro **completos** ou **incompletos**: refere-se ao “grau de densificação do conteúdo”<sup>1356</sup> do acordo-quadro, considerando-se completo o instrumento em que todos os aspectos da execução da ordem ou do contrato a ser celebrado na segunda etapa já estão perfeitamente especificados quando da primeira etapa do acordo-quadro. Inversamente, se houver necessidade de especificações ulteriores na segunda fase do procedimento, o acordo-quadro será considerado incompleto;

- acordos-quando **com competição na segunda etapa** ou **sem competição na segunda etapa**: refere-se à eventual adoção de procedimentos competitivos entre cocontratantes, por ocasião da segunda fase do acordo-quadro. Em se tratando de um acordo-quadro fechado e individual, a segunda fase nunca terá caráter competitivo (pois todas as ordens de aquisição serão emitidas em face do mesmo fornecedor); ao revés, em se tratando de acordo-quadro aberto e múltiplo, a segunda fase sempre terá caráter competitivo (pela necessidade de selecionar o fornecedor não somente entre os interessados que acorreram à primeira etapa do procedimento, mas também aos que manifestaram interesse posteriormente à adjudicação inicial). No entanto, quando se tratar de acordo-quadro fechado e múltiplo, a segunda fase poderá assumir caráter competitivo ou não, conforme o critério de seleção adotado.<sup>1357</sup>

A partir da conjugação dos atributos acima relacionados, pode-se descrever uma taxonomia dos acordos-quadro *lato sensu*, a partir dos três principais modelos de acordo-quadro identificados por Albano e Nicholas<sup>1358</sup>, nos seguintes termos:

---

<sup>1356</sup> MARTINS, Ana Gouveia. “Os acordos quadro e os contratos celebrados ao seu abrigo: em especial, o regime da sua modificação”. Centralização e Agregação de Compras Públicas: Reflexões sobre uma tendência actual da contratação pública (coord. RAIMUNDO, Miguel Assis). Lisboa: Almedina (2019), p. 217.

<sup>1357</sup> Conforme o Código dos Contratos Públicos, no caso de acordos-quadro múltiplos e incompletos, haverá um novo convite à apresentação de propostas na segunda etapa do procedimento (artigo 259º, nº 1 do CCP). Por outro lado, quando se tratar de acordo-quadro múltiplo e completo, o CCP prevê que o adjudicatário seja “selecionado de acordo com os critérios objetivos estabelecidos no caderno de encargos do acordo-quadro, não havendo reabertura da concorrência” (artigo 258, número 2).

<sup>1358</sup> ALBANO, Gian Luigi; NICHOLAS, Caroline. The law and economics of framework agreements: designing flexible solutions for public procurement. Cambridge: Cambridge

i) **Modelo 1:** acordo-quadro centralizado, limitado (não admite adesão de novos órgãos públicos), fechado (não admite ingresso de novos fornecedores), individual ou múltiplo restrito, completo (descreve todos os aspectos da execução contratual), sem competição na segunda etapa - corresponde ao “contrato-quadro” no direito europeu e português;

ii) **Modelo 2:** acordo-quadro centralizado, limitado<sup>1359</sup>, fechado, individual ou múltiplo restrito, incompleto (exige especificação de aspectos da execução contratual na segunda etapa do procedimento), com competição na segunda etapa do procedimento. Quando se tratar de acordo-quadro múltiplo, o “Modelo 2” admite duas variantes<sup>1360</sup>: i) com pouca ou nenhuma competição na primeira etapa, mediante ampla competição na segunda etapa; ou ii) com competição ampla na primeira etapa, mediante comparação entre as propostas para seleção de uma quantidade restrita de cocontratantes, hipótese em que a competição na segunda etapa ocorre somente entre os fornecedores selecionados e se restringe a variáveis limitadas<sup>1361</sup> - variante que corresponde ao “acordo-quadro” *stricto sensu* no direito europeu e português;

iii) **Modelo 3:** centralizado, limitado ou ilimitado, aberto (admite o ingresso de novos fornecedores), múltiplo irrestrito, incompleto, com competição na segunda etapa do procedimento - corresponde ao “sistema de

---

University Press (2016), pp. 16-19. Veja-se, na mesma linha, o Guia para Implementação do Código-Modelo da UNCITRAL, que descreve três modelos de acordo-quadro nas linhas propostas (cf. UNCITRAL, Guide to Enactment of the UNCITRAL Model Law on Public Procurement, pp. 256-257).

<sup>1359</sup> Embora a adesão ao “Modelo 2” de acordo-quadro seja, via de regra, limitada aos entes previamente identificados nominalmente ou por categorias, conforme a Diretriz 2014/24/UE e a Norma-Modelo da UNCITRAL, o direito norte-americano constitui exceção ao admitir a adesão ilimitada por outros órgãos públicos (ALBANO, Gian Luigi; NICHOLAS, Caroline. The law and economics of framework agreements: designing flexible solutions for public procurement. Cambridge: Cambridge University Press (2016), p. 19).

<sup>1360</sup> ALBANO, Gian Luigi; NICHOLAS, Caroline. The law and economics of framework agreements: designing flexible solutions for public procurement. Cambridge: Cambridge University Press (2016), p. 18.

<sup>1361</sup> Como ressalta Penelope-Alexia Giosa, o sistema da legislação europeia concentra seus esforços na primeira etapa da competição, de modo que somente uma pequena quantidade de fornecedores ingresse no acordo-quadro, de modo a restringir sensivelmente a competição na segunda etapa do procedimento (GIOSA, Penelope-Alexia. “Preventing collusive tendering in public markets – the case of framework agreements”. *European Competition Journal*, vol. 16, n. 2-3 (2020), pp. 294-295).

aquisição dinâmica”. Diversamente dos Modelos 1 e 2, usualmente não incluem uma avaliação competitiva anterior à celebração do “contrato-mãe”, visto que haveria pouca utilidade na classificação e exclusão de fornecedores em um procedimento permanentemente aberto ao ingresso de novos interessados. O *multiple award schedule* do direito norte-americano seria o arquétipo do “Modelo 3”, que foi parcialmente incorporado ao direito europeu na forma do sistema de aquisição dinâmico, embora a adoção deste procedimento tenha sido inicialmente limitada em decorrência de onerosas exigências procedimentais<sup>1362</sup>.

No direito brasileiro, o sistema de registro de preços aproxima-se do “Modelo 1” de acordo-quadro, na medida em que é um sistema fechado, individual ou múltiplo restrito<sup>1363</sup>, completo e sem competição na segunda etapa. Há, porém, algumas distinções relevantes que o diferenciam do modelo do “contrato-quadro” europeu. O modelo do sistema de registro de preços caracteriza-se por ser: i) **descentralizado**, visto que órgãos públicos em qualquer setor do governo e em qualquer nível da federação podem conduzir o procedimento e gerenciar a ata de registro de preços (artigo 6º, XLVII, da Lei nº 14.133/2021); ii) **ilimitado**, visto que se admite a adesão à “ata de registro de preços de órgão ou entidade gerenciadora federal, estadual ou distrital” por parte de “órgãos e entidades da Administração Pública federal, estadual, distrital e municipal”<sup>1364</sup> que não tenham manifestado interesse anteriormente à contratação, nem sido previamente identificados ou referidos a aderir posteriormente a atas de registro de preço gerenciadas em outras unidades federativas (artigo 86, § 3º, da Lei nº 14.133/2021); iii) **não vinculante** para a Administração Pública, que não se obriga a contratar o licitante vencedor,

---

<sup>1362</sup> Miguel Assis Raimundo chega a afirmar que, “até as directivas de 2014 (e sua transposição), o regime dos SAD era tão complexo que na prática, não se tratava de uma ferramenta viável” (RAIMUNDO, Miguel Assis. Os sistemas de aquisição dinâmicos na ‘caixa de ferramentas’ da contratação centralizada. Centralização e Agregação de Compras Públicas: Reflexões sobre uma tendência actual da contratação pública (coord. RAIMUNDO, Miguel Assis). Lisboa: Almedina (2019), p. 313).

<sup>1363</sup> O inciso VII do artigo 82 da Lei nº 14.133/2021 admite o registro de mais um fornecedor ou prestador de serviço, mas condicionado à aceitação da cotação de preço ofertada pelo licitante vencedor. Neste caso, os fornecedores serão contratados segundo sua ordem de classificação na primeira etapa do procedimento (classificação fixa ou “cascade method”).

<sup>1364</sup> É vedada, no entanto, a adesão por parte de órgãos federais a atas de registro de preço gerenciadas por órgãos estaduais ou municipais (artigo 86, §8º da Lei nº 14.133/2021).

podendo optar motivadamente pela “realização de licitação específica para a aquisição pretendida” (artigo 83); iv) mediante adoção obrigatória do **critério de adjudicação pelo menor preço** ou maior desconto (artigo 82, V da Lei nº 14.133/2021).

Se, por um lado, a agregação de aquisições atende ao objetivo da eficiência procedimental – e até ao objetivo da vantajosidade em razão de economias de escala e do incremento da competitividade –, por outro lado os acordos-quadro possuem um nítido potencial anticompetitivo, em particular nos modelos fechados (correspondentes ao “contrato-quadro” e ao “acordo-quadro *stricto sensu*). Segundo Christopher Yukins, o principal incentivo para a adesão de uma entidade adjudicante aos acordos-quadro não é sua maior aptidão para obter *value for money*, mas sim a redução dos custos de transação e a possibilidade de emitir ordens de aquisição sem observância das normas de transparência e competição exigidas nos demais procedimentos competitivos, e com menor possibilidade de impugnações ou recursos por parte de competidores<sup>1365</sup>. Além disso, a expansão dos acordos-quadro atende não somente aos interesses dos agentes públicos em facilitar e agilizar os procedimentos de aquisição, mas também ao interesse das agências centrais de compras em auferir remuneração em decorrência da adesão a contratações centralizadas, e ao interesse das empresas que já atuam neste mercado em manter a competição reduzida, de modo que há poucos incentivos para tornar tais modelos de contratação mais transparentes e competitivos<sup>1366</sup>.

---

<sup>1365</sup> “(...) purchasers have relied increasingly on framework agreements (and the centralized purchasing agencies that sponsor those agreements) not because framework agreements (or centralized purchasing agencies) are more efficient, but rather because they provide a ready means of avoiding the burdens and inefficiencies of the procurement directives themselves (...). Purchasing through framework agreements has grown, in other words, at least partly due to purchasers' strategic response to regulatory pressures and opportunities, not necessarily economic forces” (Agentes de compra recorrem cada vez mais a acordos-quadro (e às agências centrais de compras que os promovem tais acordos) não porque os acordos-quadro (ou as agências centrais de compras) sejam mais eficientes, mas sim porque elas oferecem um meio disponível para evitar os ônus e ineficiências das próprias diretivas de contratação (...). A aquisição através de acordos-quadro aumentou, em outras palavras, ao menos em parte como uma resposta estratégica dos agentes de aquisição a pressões e oportunidades regulatórias, e não necessariamente por forças econômicas”. YUKINS, Christopher R. “Are IDIQs inefficient? Sharing lessons with European framework contracting”. *Public Contract Journal*, vol. 37, n. 3 (2008), p. 554)

<sup>1366</sup> YUKINS, Christopher R. “Are IDIQs inefficient? Sharing lessons with European framework contracting”. *Public Contract Journal*, vol. 37, n. 3 (2008), p. 563.

Por seu carácter fechado, os “contratos-quadro” e “acordos-quadro *stricto sensu*” podem operar como uma “cerca de proteção”<sup>1367</sup> ao redor de poucos fornecedores que mantenham acordos vigentes com o governo, ficando “resguardados das pressões do mercado durante anos, beneficiando da garantia de que diversos (ou mesmo novos) operadores económicos que poderiam apresentar condições mais vantajosas estão definitivamente ‘fora de jogo’ durante a sua vigência”<sup>1368</sup>. A exclusão de competidores, durante o período de vigência do acordo-quadro, representa uma barreira de entrada virtualmente intransponível, induzindo a formação de oligopólios temporários<sup>1369</sup> (ou mesmo monopólios, no caso de acordos-quadro individuais). Tal risco é agravado em sistemas de centralização vinculante, nos quais os órgãos da Administração Pública sequer possuem a opção de recorrer a outros fornecedores no mercado para além daquele(s) selecionado(s) pela agência central de compras. O temor de que os acordos-quadro sejam utilizados abusivamente, com propósitos anticompetitivos, resta expresso no Considerando 61 da Diretiva 2014/24/UE, em que se prevê que “os acordos-quadro não deverão ser utilizados de forma abusiva ou de modo a impedir, restringir ou falsear a concorrência”.

Mesmo nos sistemas em que, por ocasião da segunda etapa do procedimento, se estabeleça um procedimento competitivo entre os cocontratantes do acordo-quadro múltiplo, haverá fortes incentivos à colusão e à formação de cartel, considerando: i) a quantidade restrita de competidores<sup>1370</sup>, reduzindo os custos de coordenação e monitoramento de um acordo anticompetitivo; ii) os elevados custos de transação associados à

---

<sup>1367</sup> YUKINS, Christopher R. “Are IDIQs inefficient? Sharing lessons with European framework contracting”. *Public Contract Journal*, vol. 37, n. 3 (2008), p. 557.

<sup>1368</sup> MARTINS, Ana Gouveia. “Os acordos quadro e os contratos celebrados ao seu abrigo: em especial, o regime da sua modificação”. *Centralização e Agregação de Compras Públicas: Reflexões sobre uma tendência actual da contratação pública* (coord. RAIMUNDO, Miguel Assis). Lisboa: Almedina (2019), p. 238.

<sup>1369</sup> GIOSA, Penelope-Alexia. “Preventing collusive tendering in public markets – the case of framework agreements”. *European Competition Journal*, vol. 16, n. 2-3 (2020), pp. 291-293.

<sup>1370</sup> Segundo dados citados por Penelope Alexa-Giosa, há uma quantidade média de 4,4 cocontratantes em acordos-quadro múltiplos (GIOSA, Penelope-Alexia. “Preventing collusive tendering in public markets – the case of framework agreements”. *European Competition Journal*, vol. 16, n. 2-3 (2020), p. 292).

obtenção de contratos fora do acordo-quadro, que pudessem representar melhor *value for money*; iii) as dificuldades inerentes à aplicação de cláusulas que permitam a revisão de preços ou a substituição do fornecedores no curso da vigência do acordo-quadro; iv) a homogeneidade do objeto contratual e de seus custos de produção; v) a ocorrência de múltiplas e reiteradas interações entre os cocontratantes, no período de vigência do acordo-quadro, a oferecer oportunidades para o conluio e para que os fornecedores obtenham informações sobre os demais cocontratantes.<sup>1371</sup>

Os incentivos para conluio entre cocontratantes também estão associados ao risco de corrupção, dado que os fornecedores também poderão coordenar suas atividades de modo a cooptar o agente de contratação, sem riscos de que algum competidor presente no acordo-quadro denuncie o favorecimento. Em especial, o grau reduzido de transparência e competitividade na segunda etapa do acordo-quadro<sup>1372</sup> implica em um maior grau de assimetria de informação entre *insiders* e *outsiders* e, portanto, de oportunidades para a prática de comportamentos oportunistas.

No intuito de atenuar o risco de prejuízos à competitividade e à integridade, a regulação dos acordos-quadro pode prever:

1) a restrição da autorização para celebração de acordos-quadro a um órgão de aquisição centralizada, ou a reduzido contingente de órgãos, que dispõem – ao menos em tese – de agentes públicos mais experientes e capacitados, e que estão sujeitos a mecanismos de supervisão e de revisão mais rigorosos. Assim como maioria dos regimes europeus<sup>1373</sup>, Portugal possui um órgão encarregado da gestão de programas de aquisição centralizada: a

---

<sup>1371</sup> Segundo dados citados por Penelope-Alexia Giosa, há uma quantidade média de 15 solicitações de propostas aos cocontratantes (*call-offs*) no curso da vigência de um acordo-quadro. (GIOSA, Penelope-Alexia. “Preventing collusive tendering in public markets – the case of framework agreements”. *European Competition Journal*, vol. 16, n. 2-3 (2020), pp. 296-297).

<sup>1372</sup> ALBANO, Gian Luigi; NICHOLAS, Caroline. *The law and economics of framework agreements: designing flexible solutions for public procurement*. Cambridge: Cambridge University Press (2016), p. 5.

<sup>1373</sup> FIUZA, Eduardo Pedral Sampaio; MEDEIROS, Bernardo Abreu de. *A Agenda Perdida das Compras Públicas*, p. 103.

Entidade de Serviços Partilhados da Administração Pública – ESPAP<sup>1374</sup>. Admite-se, porém, que as entidades adjudicantes recorram a “atividades de compras centralizadas oferecidas por centrais de compras situadas noutros Estados-membros da União Europeia sempre que estas ofereçam condições mais vantajosas do que as oferecidas pelas centrais de compras” nacionais (artigo 260º, número 4 da Código dos Contratos Públicos);

2) a limitação temporal da vigência de acordos-quadro fechados (ou seja, sem possibilidade de ingresso de novos cocontratantes), de modo a assegurar que periodicamente a entidade adjudicante recorra novamente ao mercado para celebrar novos contratos mediante procedimento competitivo. Pretende-se evitar, deste modo, que se perpetuem monopólios ou oligopólios no campo das aquisições públicas. Além de prolongar restrições à competitividade, a adoção de prazos mais dilatados em acordos-quadro aumenta o risco de que venham a ocorrer alterações no mercado (tais como o surgimento de fornecedores mais eficientes ou de tecnologias mais avançadas e a atualização dos preços praticados<sup>1375</sup>) ao longo do período em que permanecem cristalizados os termos do acordo-quadro. Por tal razão, Ana Gouveia Martins afirma: “quanto menor o período de vigência do acordo-quadro, maior flexibilidade é garantida para, no seu termo, celebrar novos contratos ou novos acordos--quadro sem os constrangimentos impostos pelo

---

<sup>1374</sup> O sistema centralizado de aquisições públicas gerido pelo ESPAP, denominado Sistema Nacional de Compras Públicas - SNCP, deve ser obrigatoriamente adotado pelos serviços da administração direta do Estado e pelos institutos públicos (artigo 3º, nº 2 do Decreto-Lei nº 37/2007) para a aquisição de bens e serviços das categorias definidas em portaria do Ministério das Finanças (artigo 5º, nº 3 do Decreto-Lei 37/2007). Caso a entidade compradora pretenda adquirir diretamente um bem ou serviço incluído na portaria, haverá de requerer “autorização prévia expressa” do Ministério das Finanças (artigo 5º, número 4 do Decreto-Lei nº 37/2007). A doutrina critica, no entanto, a “excessiva concentração de poderes no Ministro das Finanças e (...) o elevado pendor burocrático inerente à contratação centralizada, com uma enorme rigidez de procedimentos” (CALDEIRA, Marco. O âmbito subjectivo da centralização das compras públicas em Portugal. Centralização e Agregação de Compras Públicas: Reflexões sobre uma tendência actual da contratação pública (coord. RAIMUNDO, Miguel Assis). Lisboa: Almedina (2019), p. 160).

<sup>1375</sup> Ainda que os preços de um acordo-quadro possam ser melhorados nos *call-offs*, a perda de sua atualidade “decorre, não da imutabilidade dos preços no acordo quadro (pois eles são mutáveis), mas sim da ausência da pressão gerada sobre os preços pelo mercado aberto: os preços do acordo quadro só estão pressionados pela concorrência interna entre os fornecedores que nele estão presentes” (RAIMUNDO, Miguel Assis. Os sistemas de aquisição dinâmicos na ‘caixa de ferramentas’ da contratação centralizada. Centralização e Agregação de Compras Públicas: Reflexões sobre uma tendência actual da contratação pública (coord. RAIMUNDO, Miguel Assis). Lisboa: Almedina (2019), p. 310).



limite da proibição de introdução de alterações substanciais ao acordo-quadro”.<sup>1376</sup> Via de regra, a vigência de acordos-quadro em Portugal não poderá exceder a quatro anos (nº 1 do artigo 256º do CCP), embora tal limite possa ser ultrapassado em circunstâncias excepcionais.<sup>1377</sup> Por sua vez, o Guia de Implementação do Código-Modelo da UNCITRAL propõe um período de vigência entre três e cinco anos<sup>1378</sup>, enquanto as normas federais norte-americanas não estabelecem um limite temporal rígido para a vigência de *indefinite-delivery indefinite-quantity contracts*.<sup>1379</sup>

3) a introdução ou ampliação da competitividade na segunda etapa de acordos-quadro fechados e múltiplos, no intuito de induzir disputa entre os cocontratantes visando à obtenção de propostas mais vantajosas para a Administração. Neste sentido, Christopher Yukins menciona a experiência norte-americana, em que uma sequência de escândalos ocorridos no início do século XXI<sup>1380</sup> por práticas anticompetitivas em *indefinite-delivery indefinite-quantity contracts* alterou a política em relação a acordos-quadro, para estabelecer uma presunção da necessidade de adotar procedimentos competitivos na segunda etapa. Ressalte-se, contudo, que a adoção de mecanismos para incentivar a concorrência interna aos fornecedores presentes no acordo-quadro pode ser insuficiente para contrabalançar os incentivos ao conluio e à cartelização, anteriormente descritos;

---

<sup>1376</sup> MARTINS, Ana Gouveia. “Os acordos quadro e os contratos celebrados ao seu abrigo: em especial, o regime da sua modificação”. Centralização e Agregação de Compras Públicas: Reflexões sobre uma tendência actual da contratação pública (coord. RAIMUNDO, Miguel Assis). Lisboa: Almedina (2019), p. 245.

<sup>1377</sup> O Considerando 62 da Diretriz 2014/24/UE exemplifica, como uma das hipóteses em que o prazo de vigência do acordo-quadro poderá ultrapassar quatro anos, o “caso de os operadores económicos precisarem de dispor de equipamento cujo período de amortização seja superior a quatro anos”. Em que pese se tratar de regra excepcional, não é raro que acordos-quadro ultrapassem o limite de quatro anos; a título de ilustração, a Corte Europeia de Auditores identificou múltiplos acordos-quadro celebrados pelo Conselho da União Europeia com prazos entre sete e dezessete anos (European Court of Auditors. “The EU institutions can do more to facilitate access to their public procurement”, p. 33. Disponível em < [https://www.eca.europa.eu/Lists/ECADocuments/SR16\\_17/SR\\_PROCUREMENT\\_EN.pdf](https://www.eca.europa.eu/Lists/ECADocuments/SR16_17/SR_PROCUREMENT_EN.pdf)>).

<sup>1378</sup> UNCITRAL, *Guide to Enactment of the UNCITRAL Model Law on Public Procurement*, pp. 264-265.

<sup>1379</sup> YUKINS, Christopher R. “Are IDIQs inefficient? Sharing lessons with European framework contracting”. *Public Contract Journal*, vol. 37, n. 3 (2008), p. 557.

<sup>1380</sup> Notadamente, contratos atribuídos no contexto da Guerra do Iraque a empresas como Halliburton e Bechtel, que virtualmente monopolizaram obras referentes a petróleo e a reconstrução, respectivamente (YUKINS, Christopher R. “Are IDIQs inefficient? Sharing lessons with European framework contracting”. *Public Contract Journal*, vol. 37, n. 3 (2008), p. 561).

4) a adoção de modelos abertos de acordo-quadro, de modo a admitir a possibilidade de ingresso, por meios eletrônicos<sup>1381</sup>, de novos competidores a qualquer momento durante seu período de vigência. O paradigma deste modelo são os *multiple award schedules*, através dos quais milhares de fornecedores aderiram ao sistema informatizado gerido pelo órgão central de aquisições norte-americano (GSA) para fornecimento de diversas categorias de produtos e serviços, exemplo que mais se aproxima do ideal de um mercado potencialmente ilimitado de fornecedores para aquisições públicas<sup>1382</sup>. A abertura permanente ao ingresso de competidores constitui um potente antídoto para as tendências oligopolistas de acordos-quadro fechados, esvaziando as vantagens da incumbência e desestabilizando potenciais acordos colusivos<sup>1383</sup>. Além disso, a ampliação do leque de competidores na segunda etapa dos acordos-quadro incentiva os cocontratantes a oferecerem propostas mais condizentes com as práticas contemporâneas do mercado no momento dos *call offs*, minimizando o risco de prejuízos à vantajosidade em decorrência do progressivo descolamento entre os termos das propostas originalmente formuladas e a realidade do mercado, ao longo do prazo de vigência do ajuste. Por outro lado, a abertura dos acordos-quadro reduz as vantagens da eficiência procedimental e aumenta os custos de transação, na medida em que a Administração Pública se obriga a devotar recursos para a aferição da qualificação de novos candidatos<sup>1384</sup> e da regularidade de propostas indicativas<sup>1385</sup> ao longo de todo o período de vigência do acordo-

---

<sup>1381</sup> Como ressalta o Guia para Implementação do Código-Modelo da UNCITRAL, somente meios eletrônicos conferem a celeridade necessária para viabilizar o ingresso e submissão de propostas por novos competidores no acordo-quadro (UNCITRAL, *Guide to Enactment of the UNCITRAL Model Law on Public Procurement*, pp. 281-282).

<sup>1382</sup> YUKINS, Christopher R. "Are IDIQs inefficient? Sharing lessons with European framework contracting". *Public Contract Journal*, vol. 37, n. 3 (2008), p. 558.

<sup>1383</sup> GIOSEA, Penelope-Alexia. "Preventing collusive tendering in public markets – the case of framework agreements". *European Competition Journal*, vol. 16, n. 2-3 (2020), p. 302.

<sup>1384</sup> A legislação portuguesa exige que as candidaturas apresentadas no período de vigência do sistema de aquisição dinâmico sejam "analisadas pela entidade adjudicante no prazo máximo de 10 dias", que pode ser prorrogado por mais cinco dias em casos de excepcional complexidade (n 3 do artigo 241º-A do CCP).

<sup>1385</sup> Anote-se que a legislação portuguesa suprimiu a exigência de apresentação de propostas indicativas, mediante revogação do artigo 241º do Código dos Contratos Públicos (RAIMUNDO, Miguel Assis. "Os sistemas de aquisição dinâmicos na 'caixa de ferramentas' da contratação centralizada.", in RAIMUNDO, Miguel Assis (coordenador). *Centralização e Agregação de*

quadro. A abertura dos acordos-quadro também haverá de ser acompanhada da minimização do ônus burocrático suportado pelos fornecedores em comparação aos acordos-quadro fechados, visto que a menor probabilidade de contratação definitiva poderia desincentivar os competidores a arcar com os custos de transação *ex ante* que lhe são impostos.

Dentre as medidas aptas a minimizar o risco de danos à vantajosidade e à integridade associados a acordos-quadro, a legislação brasileira se limitou a adotar a limitação do prazo de vigência<sup>1386</sup>. O sistema de registro de preços reproduz, portanto, todas as vulnerabilidades associadas a um acordo-quadro descentralizado (apto a ser celebrado por qualquer órgão público<sup>1387</sup>), fechado e desprovido de competição na segunda etapa do procedimento (na qual um único fornecedor sempre possuirá preferência de contratação<sup>1388</sup>).

Porém, o sistema de registro de preços no direito brasileiro possui outro atributo que agrava sensivelmente a possibilidade de conluio e corrupção nas contratações públicas: além de *descentralizada*, a ata de registro de preços é *ilimitada*<sup>1389</sup>. Ou seja, qualquer órgão público pode não somente *gerenciar* sua própria ata de registro de preços, como também *aderir* a atas de preço

---

*Compras Públicas: Reflexões sobre uma tendência actual da contratação pública*. Coimbra: Almedina, 2019, p. 325).

<sup>1386</sup> Nos termos do art. 84 da Lei nº 14.133/2021, o prazo de vigência do sistema de registro de preços brasileiro se limita a um ano, prorrogável uma única vez por igual período. O legislador brasileiro adotou, portanto, um prazo muito mais restrito do que os quatro anos de vigência do acordo-quadro na legislação europeia e portuguesa.

<sup>1387</sup> FIUZA, Eduardo Pedral Sampaio; MEDEIROS, Bernardo Abreu de. *A Agenda Perdida das Compras Públicas*, p. 103.

<sup>1388</sup> Nos termos do artigo 82, VI da Lei nº 14.133/2021, a participação de outros fornecedores na ata de registro de preço será condicionada à aceitação da cotação oferecida pelo licitante vencedor, assegurando-se a preferência de contratação de acordo com a ordem de classificação.

<sup>1389</sup> Embora haja ampla possibilidade de adesão de órgãos não participantes a uma ata de registro de preço, a nova Lei de Licitações restringiu o quantitativo de itens decorrentes de tal adesão: cada órgão não participante somente poderá adquirir até 50% das quantidades registradas na ata (artigo 86, §4º da Lei nº 14.133/2021), e o quantitativo total de itens adquiridos em função da adesão de órgãos não participantes não poderá exceder ao dobro das quantidades registradas na ata (artigo 86, §5º). Pela redação original do Decreto nº 7.892/13, tais percentuais inicialmente correspondiam a 100% e a 500%, respectivamente. Recorde-se, no entanto, que a celebração de ata de registro de preços não obriga a entidade gerenciadora a adquirir sequer uma quantidade mínima dos produtos ou serviços contratados (artigo 83), de modo que um agente atuando em conluio com o fornecedor poderia facilmente estabelecer quantitativos artificialmente elevados na ata de registro de preços sem que tal conduta implicasse em despesa efetiva para o órgão gerenciador.

gerenciadas por outros órgãos públicos, independentemente de prévia identificação<sup>1390</sup> ou manifestação de interesse. Assim, as oportunidades para comportamento oportunista, decorrentes da dificuldade de monitoramento de diversas atas de registro de preço simultâneas perante órgãos diferentes em bases territoriais distintas, são potencializadas pelo poder discricionário de optar pela adesão a registro de preços, como forma de elidir a obrigatoriedade de promover licitações competitivas.

As adesões a sistemas de registro de preço, no direito brasileiro, podem ser classificadas em quatro categorias: adesões “internas”, quando o órgão não participante adere a ajuste promovido por outro órgão situado dentro do mesmo ente federativo; adesões “verticais”, quando o órgão não participante adere a ajuste promovido por ente federativo de nível superior, em cujo território ele se insere (por exemplo, entes estaduais ou municipais que adiram a registro de preços federal, ou entes municipais que adiram a a registro de preços no Estado em que possuem base territorial); adesões “horizontais”, quando o órgão não participante e o órgão gerenciador são entes federativos do mesmo nível (por exemplo, entes estaduais aderentes a registro de preços gerenciado por outro Estado da federação); e adesões “diagonais”, quando o órgão não participante adere a ajuste promovido por ente federativo de nível superior, diverso daquele em cujo território ele se insere (entes municipais aderentes a registro de preços gerenciados por Estado diverso daquele em que se situa sua base territorial).

A conjugação entre os atributos da descentralização e da ilimitada possibilidade de adesão permite que fornecedores que se sagraram vencedores em mercados com baixa competitividade obtenham novos contratos em outros mercados com características absolutamente distintas. Assim, por exemplo, um fornecedor incluído em ata de registro de preços no Estado do Amapá (população de 770 mil habitantes) poderá ser contratado para aquisições realizadas pelo Estado de São Paulo (população de 44 milhões

---

<sup>1390</sup> Nos termos do artigo 257º, número 4 do Código dos Contratos Públicos, a adesão de novas entidades adjudicantes ao acordo-quadro está condicionada à prévia identificação, “de forma suficiente, designadamente por recurso a categorias gerais ou delimitação geográfica”, das entidades adjudicantes que poderiam aderir ao instrumento.

de habitantes), ou por um Município no Rio Grande do Sul (situado a mais de 3.300 quilômetros de distância), mediante simples adesão do órgão adquirente ao registro de preços, e independentemente de qualquer procedimento competitivo.

Estabelecem-se, assim, fortes incentivos para que: i) fornecedores busquem cooptar os agentes do órgão gerenciador da ata de registro de preços, seja para assegurar o direcionamento da contratação, seja para que os quantitativos sejam artificialmente elevados, de modo a possibilitar maior adesão de órgãos não participantes. Tais esforços poderão ser direcionados a unidades federativas com mercados menos competitivos e/ou com menor capacidade institucional de fiscalização e controle, de modo a facilitar a captura do processo decisório; ii) uma vez obtido o registro de preços, os fornecedores busquem então cooptar outros órgãos não participantes, para que adiram à ata de registro de preços. Como a adesão é um procedimento não competitivo, tanto a identidade do contratado quanto o valor da aquisição já estarão definidos de antemão, facilitando a negociação de eventuais vantagens ilícitas com agentes públicos; iii) agentes responsáveis pelas aquisições em órgãos não participantes escolham a adesão a registro de preço como forma de minimizar os custos de transação e burlar a exigência de adoção de procedimentos competitivos de licitação. Em tese, poderá haver dezenas registros de preço vigentes simultaneamente, perante entes federativos diversos<sup>1391</sup>, para o fornecimento do mesmo objeto, de modo que o agente público poderá selecionar aquele que lhe ofereça maiores vantagens em troca da adesão. Dado que a adesão ao registro de preços é uma opção discricionária, de baixa transparência e realizada em procedimento não competitivo, encontram-se presentes todas as condições para a prática de comportamentos oportunistas por parte do agente público.

---

<sup>1391</sup> Dado que o 86, §3º prevê a possibilidade de adesão a atas de registro de preços de órgão gerenciador “federal, estadual ou distrital”, pode-se cogitar de ao menos vinte e sete registros de preço ao nível estadual e distrital, além de um registro de preços ao nível da União Federal, mesmo sem considerar a possibilidade de que haja mais de um registro de preço perante órgãos distintos no mesmo nível federativo.

Além de não contribuir para o enfrentamento da vulnerabilidade do sistema de registro de preços a comportamentos oportunistas, a Lei nº 14.133/2021 introduziu uma nova e formidável oportunidade para corrupção, ao admitir a celebração de atas de registro de preço mediante inexigibilidade ou dispensa de licitação (artigo 82, § 6º, c/c artigo 6º, XLV). Instituiu-se um exótico modelo de acordo-quadro no qual não há competição em momento algum, nem na primeira nem na segunda etapa do procedimento. Sob o pretexto da adesão a sistema de registro de preços, passou-se a permitir que órgãos públicos promovam novas contratações diretas sem a prévia e obrigatória verificação da presença dos requisitos autorizadores da inexigibilidade ou dispensa de licitação, os quais poderiam estar presentes no contexto da contratação pelo órgão gerenciador, mas não no contexto da adesão o órgão não participante. Imagine-se, por exemplo, a hipótese de dispensa de licitação em decorrência da ausência de competidores no certame (artigo 75, III, “a” da Lei nº 14.133/2021): o fato de a licitação promovida por uma unidade federativa ter restado deserta não impediria a possibilidade de intensa competição em certame com idêntico objeto, quando promovido perante entidade federativa diversa. Além disso, os riscos de favorecimento e de corrupção associados às contratações diretas restam evidentemente potencializados, diante da possibilidade de expansão de tais ajustes para outros órgãos públicos e/ou entes federativos.

Propõe-se, deste modo, em concretização às linhas estratégicas de ampliação das oportunidades de participação, redução da assimetria de informações entre *outsiders* e *insiders* e desestímulo à colusão, que:

- i) o gerenciamento do sistema de registro de preço seja atribuído exclusivamente a órgãos centralizadores de compras em cada nível federativo, seja para que os ganhos em termos de eficiência procedimental e economia de escala compensem os riscos associados ao modelo, seja pela maior intensidade da supervisão e fiscalização exercida sobre os referidos órgãos. Recomenda-se, no entanto, a adoção do modelo centralizado não vinculante, preservando-se a possibilidade que os órgãos públicos optem pela

promoção de licitações de forma descentralizada, por se entender que a possibilidade de recurso a outros competidores no mercado constitui um forte incentivo para que o órgão central e o fornecedor por ele selecionado priorizem o atendimento às necessidades dos usuários;

- ii) somente sejam admitidas adesões “internas” ou “diagonais”, evitando-se a possibilidade de adesão de órgãos não participantes a atas de registro de preço gerenciadas por entes federativos situados em base territorial diversa (adesões “horizontais” ou “verticais”), pela ausência de coincidência entre os mercados envolvidos;
- iii) seja vedada a utilização do sistema de registro de preços em hipóteses de inexigibilidade e dispensa de licitação;
- iv) seja introduzido no direito brasileiro um modelo de acordo-quadro aberto e múltiplo, em plataforma eletrônica, com ampla competição na segunda fase do procedimento, nos moldes do sistema de aquisição dinâmico europeu ou da *multiple award schedule* norte-americana.

#### 2.16. Aumento da transparência na etapa pós-contratual (Proposta nº 16)

A visibilidade das decisões tomadas pela Administração Pública sofre drástica redução após a adjudicação do objeto contratual. A etapa competitiva da licitação está submetida não só a exigências rígidas de transparência, como oferece fortes incentivos para a fiscalização da conduta do órgão adjudicante pelos participantes, diante do interesse dos demais licitantes em obter para si a adjudicação do contrato. Como a fase pós-contratual não se submete ao escrutínio de eventuais concorrentes, afrouxam-se os mecanismos de controle sobre as ações de agentes públicos e particulares, ampliando-se as oportunidades para favorecimentos ilícitos e demais comportamentos oportunistas.

Um potencial instrumento para o enfrentamento dessa fragilidade seria a expansão da utilização de meios eletrônicos na contratação pública (e-

*procurement*), cuja adoção é fator de ampliação da publicidade dos certames e de minimização dos custos de transação *ex ante*, reduzindo barreiras de entrada que obstariam o ingresso de novos fornecedores no mercado de compras públicas.

Os benefícios proporcionados pela tecnologia da informação não devem se exaurir, contudo, na etapa anterior à celebração do contrato administrativo. Idealmente, almeja-se que todos os trâmites do procedimento de contratação pública – desde seu planejamento até o exaurimento de sua execução – transcorram integralmente em ambiente eletrônico, no denominado *end-to-end e-procurement*.<sup>1392</sup>

A União Europeia regula a emissão de faturas por meio eletrônico (*e-billing*), no curso da execução dos contratos públicos, por meio da Diretiva nº 2014/55/UE, que almeja promover a uniformização de rotinas e a interoperabilidade de sistemas, no intuito de ampliar o acesso de agentes econômicos às contratações públicas em âmbito comunitário.<sup>1393</sup>

A aplicação da tecnologia de informação para apoio à gestão do contrato revela aptidão para atingir vários resultados vantajosos, a saber:

- **detecção de atividades suspeitas:** Miguel Assis Raimundo destaca que “a utilização de mecanismos informáticos de gestão de contrato oferece uma capacidade muito aumentada de identificar *variações suspeitas* na prática contratual, como padrões de pagamentos inesperados, ou modificações

---

<sup>1392</sup> Miguel Assis Raimundo relaciona diversas fases na contratação eletrônica, a saber: *e-noticing* (disponibilização *online* dos anúncios), *e-access* (disponibilização *online* das peças), *e-submission* (encaminhamento de propostas por via eletrônica), *e-evaluation* (avaliação das propostas por via eletrônica), *e-award* (adjudicação por via eletrônica), *e-notification* (notificação da decisão por via eletrônica), *e-billing* (emissão de faturas por via eletrônica) e *e-payment* (pagamento por via eletrônica). Aduz, ainda, a possibilidade de “gestão global da execução do contrato” por meios eletrônicos, além da resolução de conflitos entre as partes [RAIMUNDO, Miguel Assis, “E-procurement”, in FONSECA, Isabel Celeste (coordenadora), *Atas do II Congresso Internacional de Compras Públicas*, Braga: EDUM, 2017, pp. 400-401].

<sup>1393</sup> Como ressaltado no Considerando nº 3 da Diretiva 2014/55/UE, “a divergência dos requisitos legais e técnicos relativos às faturas eletrônicas constitui um entrave ao acesso aos mercados de contratos públicos transfronteiriços e um obstáculo às trocas comerciais”.



contratuais ilegítimas, que podem ser indícios de corrupção”.<sup>1394</sup> A disponibilização de informações a respeito da emissão de faturas, como dados abertos à consulta pública, permitiria o seu tratamento por órgãos de controle ou mesmo por entidades não governamentais, através do desenvolvimento de ferramentas que apontassem indicadores (*red flags*) da ocorrência de práticas ilícitas;

- **medição de desempenho:** a disponibilização de dados a respeito da medição dos serviços efetivamente prestados permite não somente a fiscalização por órgãos de controle e pela sociedade civil, mas até mesmo das empresas que tenham sido derrotadas no procedimento licitatório. Para além de afrontar o interesse público, o desempenho de obrigações contratuais em padrão inferior ao previsto na contratação viola o direito dos demais licitantes ao tratamento isonômico. Além disso, os agentes econômicos que disputam mercado com a empresa contratada possuem maior conhecimento do objeto do contrato e maior capacidade profissional para detectar os aspectos da execução contratual mais vulneráveis a comportamentos oportunistas.<sup>1395</sup> Como incentivo para sua cooperação no monitoramento da execução contratual, deve ser assegurada aos licitantes que tenham obtido classificação inferior no certame a possibilidade de se substituírem ao contratado, em caso de rescisão por desempenho inferior ao previsto no contrato administrativo;<sup>1396</sup>

- **armazenamento de dados para o planejamento de futuras contratações:** a preservação de informações acerca da execução contratual em bases de dados abertas para consulta pública enseja o tratamento desses grandes dados (*big data*) para utilização no planejamento de contratações futuras. Assim, por exemplo, a consulta das faturas eletrônicas emitidas poderá

---

<sup>1394</sup> RAIMUNDO, Miguel Assis, "E-procurement", in FONSECA, Isabel Celeste (Ed.), *Atas do II Congresso Internacional de Compras Públicas*, Braga: EDUM, 2017, p. 406.

<sup>1395</sup> RACCA, Gabriella M; CAVALLLO PERIN, Roberto. "Material changes in contract management as symptoms of corruption: a comparison between EU and U.S. procurement systems", in RACCA, Gabriella M. et al (Ed.), *Integrity and Efficiency in Sustainable Public Contracts*, Bruylant, Bruxelles, 2015, p. 274.

<sup>1396</sup> RACCA, Gabriella M; CAVALLLO PERIN, Roberto. "Material changes in contract management as symptoms of corruption: a comparison between EU and U.S. procurement systems", in RACCA, Gabriella M. et al (Ed.), *Integrity and Efficiency in Sustainable Public Contracts*, Bruylant, Bruxelles, 2015, p. 268.

permitir um melhor dimensionamento do objeto contratual, a fixação de preços-base mais realistas, e o desenvolvimento de parâmetros para identificação de custos anormalmente baixos<sup>1397</sup>. O Projeto de Lei nº 4.253/2020 (que viria a se converter na Lei nº 14.133/2021) continha uma relevante inovação nesse campo, ao prever a implantação de “base nacional de notas fiscais eletrônicas” contendo “as notas fiscais e os documentos auxiliares destinados a órgão ou entidade da Administração Pública” (artigo 174, § 5º). A previsão de uma base de dados de livre consulta pública, contendo informações das faturas emitidas em contratações públicas em todos os níveis da federação, seria de grande valia tanto para a estimativa do valor de contratos futuros (artigo 23, § 1º, V) quanto para a comparação dos preços praticados pelos órgãos públicos, de modo a detectar eventual sobrepreço. No entanto, a Presidência da República viria a vetar o dispositivo, sob o frágil argumento de que deveria ter sido prevista uma exceção à possibilidade de consulta pública da base nacional de notas fiscais nos casos em que a preservação de sigilo fosse necessária à segurança pública ou nacional.<sup>1398</sup>

Propõe-se, deste modo, que sejam disponibilizados meios para que a sociedade civil – e, em especial, os competidores do contratado no mercado – acompanhem a atuação do gestor público e o desempenho do contratado, monitorando eventuais práticas de favorecimento e cobrando falhas ou atrasos na execução do objeto contratual. Tal objetivo poderá ser atingido pela implementação, no âmbito de cada ente federativo, de portal eletrônico que divulgue as informações relevantes atinentes à execução dos contratos celebrados pelos órgãos de sua Administração. Mais especificamente, para além das informações a serem divulgadas no Portal Nacional de Contratações Públicas<sup>1399</sup>, ainda devem ser disponibilizados o acesso à íntegra do processo

---

<sup>1397</sup> RAIMUNDO, Miguel Assis, “E-procurement”, in FONSECA, Isabel Celeste (Ed.), *Atas do II Congresso Internacional de Compras Públicas*, Braga: EDUM, 2017, p. 408.

<sup>1398</sup> Mensagem da Presidência da República nº 118, de 01/04/2021.

<sup>1399</sup> Nos termos do artigo 174, § 2º, da Lei nº 14.133/2021, devem ser divulgados no Portal Nacional de Contratações Públicas: i) planos de contratação anuais, ii) catálogos eletrônicos de padronização, iii) editais de credenciamento e de pré-qualificação, avisos de contratação direta e editais de licitação e respectivos anexos, iv) atas de registro de preços, v) contratos e termos aditivos e vi) notas fiscais eletrônicas, quando for o caso.

administrativo de contratação (que também deve tramitar eletronicamente<sup>1400</sup>), dados de localização da obra (incluindo coordenadas geográficas que permitam sua leitura por aplicativos de geolocalização), comprovantes dos serviços executados e dos valores pagos e demais informações atinentes à fiscalização da execução do contrato.

Propõe-se, deste modo, em concretização às linhas estratégicas de redução da assimetria de informações entre *outsiders* e *insiders* e de ampliação dos incentivos à fiscalização, que:

- i) seja implementado, no âmbito de cada ente federativo, um portal eletrônico para divulgação de informações atinentes à execução dos contratos celebrados pelos órgãos de sua Administração, incluindo: i) o acesso à íntegra do processo administrativo de contratação; ii) a localização da obra, incluindo dados de coordenadas geográficas; iii) os atestados de recebimento de produtos, ou medição dos serviços executados; iv) as notas de empenho e ordens de pagamento realizadas; v) os registros da composição da equipe de fiscalização e acompanhamento contratual; e vi) os registros das avaliações realizadas pela equipe de fiscalização e acompanhamento do contrato, e das sanções eventualmente aplicadas ao contratado;
- ii) sejam oferecidos incentivos para o monitoramento da execução contratual, assegurando-se aos licitantes que tenham obtido classificação inferior no certame a possibilidade de se substituírem ao contratado, em caso de rescisão por desempenho inferior ao previsto no contrato administrativo;
- iii) seja implementada a base nacional de notas fiscais eletrônicas, nos moldes originalmente previstos no artigo 174, § 5º, do Projeto de Lei nº 4.253/2020.

---

<sup>1400</sup> Neste sentido, diversas entidades da federação já adotam o Sistema Eletrônico de Informações - SEI, ferramenta de gestão de processos eletrônicos que integra o projeto de Processo Eletrônico Nacional - PEN, regulado pelo Decreto Federal nº 8.539/2015.

## 2.17. Criação de mecanismos efetivos para assegurar a observância da ordem cronológica de pagamentos (proposta nº 17)

A possibilidade de retenção dos pagamentos devidos aos fornecedores constitui um dos principais fatores de incentivo à corrupção nas licitações e contratos públicos. A escassez de recursos financeiros – cuja arrecadação frequentemente é inferior à previsão na lei orçamentária – pode servir como uma justificativa perversa para comportamentos oportunistas, em que se obsta o pagamento da remuneração devida ao contratado pelos produtos, serviços ou obras fornecidas, seja para prejudicar uma empresa que não oferece vantagens ilícitas, seja para redirecionar tais recursos em favor de empresas favorecidas pelo gestor público.

A revisão da literatura acerca de estratégias anticorrupção aponta que é no campo da gestão das finanças públicas (*public financial management – PFM*) que as reformas apresentam maiores impactos, e possuem evidências mais sólidas quanto a sua efetividade.<sup>1401</sup>

Embora a Lei nº 8.666/93 determine que os pagamentos sejam realizados com observância da “estrita ordem cronológica das datas de suas exigibilidades” (artigo 5º), chegando a tipificar criminalmente a conduta de realizar pagamentos sem sua observância<sup>1402</sup>, tal norma é virtualmente desprovida de efetividade prática, diante da ressalva de que a ordem poderia ser modificada quando “presentes relevantes razões de interesse público”.

Com vistas à reversão desse quadro, a Associação dos Membros dos Tribunais de Contas (ATRICON) editou a Resolução nº 08/14, cujo anexo

---

<sup>1401</sup> JOHNSON, Jesper; TAXELL, Nils; ZAUM, Dominik. “Mapping evidence gaps in anti-corruption: Assessing the state of the operationally relevant evidence on donors’ actions and approaches to reducing corruption”. U4 Anti-Corruption Resource Center, Oct 2012, n.7, pp. 16-17.

<sup>1402</sup> “Artigo 92. Admitir, possibilitar ou dar causa a qualquer modificação ou vantagem, inclusive prorrogação contratual, em favor do adjudicatário, durante a execução dos contratos celebrados com o Poder Público, sem autorização em lei, no ato convocatório da licitação ou nos respectivos instrumentos contratuais, ou, ainda, pagar fatura com preterição da ordem cronológica de sua exigibilidade, observado o disposto no artigo 121 desta Lei: Pena - detenção, de dois a quatro anos, e multa”.

aponta diretrizes a serem observadas pelos Tribunais de Contas na fiscalização do cumprimento do artigo 5º da Lei nº 8.666/93. Destacam-se, entre as propostas, i) a fixação de prazo máximo para liquidação de pagamento da despesa; ii) a delimitação das “relevantes razões de interesse público” que permitiriam afastar a observância da ordem cronológica de pagamentos; e iii) a divulgação *online* das ordens cronológicas e suas respectivas listas de credores.<sup>1403</sup>

A Lei nº 14.133/2021 buscou conferir maior efetividade ao respeito da ordem cronológica de pagamentos, ao exigir do ente público que disponibilize mensalmente, em portal eletrônico, “a ordem cronológica de seus pagamentos, bem como as justificativas que fundamentarem a eventual alteração dessa ordem” (artigo 141, § 3º). Além disso, restringiu-se a possibilidade de modificação da ordem cronológica de pagamentos a situações específicas, descritas nos seguintes termos: i) grave perturbação da ordem, situação de emergência ou calamidade pública; ii) pagamento a microempresa, empresa de pequeno porte, agricultor familiar, produtor rural pessoa física, microempreendedor individual e sociedade cooperativa, desde que demonstrado o risco de descontinuidade do cumprimento do objeto do contrato; iii) pagamento de serviços necessários ao funcionamento dos sistemas estruturantes, desde que demonstrado o risco de descontinuidade do

---

<sup>1403</sup> Extrai-se da Resolução ATRICON nº 08/14 (disponível em <<https://atrimon.org.br/resolucao-atrimon-no-082014-ordem-dos-pagamentos-publicos/>>, acesso em 20/08/2021): “11. Promover ações junto aos jurisdicionados, visando à edição de lei local e/ou decreto que regulamente o cumprimento do artigo 5º da Lei 8.666/93, contemplando, no mínimo: a) a ocasião em que o credor deverá ser inserido na respectiva sequência, considerando (i) a demonstração, para o ingresso na fila, do adimplemento da parcela contratual mediante a apresentação de fatura ou documento equivalente pelo contratado, a ser confirmada na liquidação da despesa e (ii) o cumprimento das demais condições legais e contratuais exigíveis, como a regularidade fiscal, trabalhista e com a seguridade social, dentre outras, também a serem confirmadas na liquidação da despesa; b) as hipóteses de suspensão da inscrição do crédito na ordem cronológica de pagamento, em razão da ausência de demonstração do cumprimento das condições legais e contratuais pelo contratado; c) a fixação de prazo máximo para a realização da liquidação e para o efetivo pagamento, a contar do ingresso na linha de preferência, ou para a rejeição dos serviços prestados ou bens fornecidos, por desatendimento das exigências legais ou contratuais; d) as situações que poderão vir a constituir, ainda que não de forma taxativa, relevantes razões de interesse público, a permitir excepcionar a regra da ordem cronológica, a propósito do que estabelece a parte final do artigo 5º, *caput*, da Lei nº 8.666/93; 12. Definir como obrigatória a implementação, por parte da Administração Pública, de sistema informatizado que possibilite a divulgação em tempo real, na rede mundial de computadores, das diversas ordens cronológicas e das respectivas listas de credores, com ampla acessibilidade a qualquer cidadão, em atenção ao prescrito na Lei nº 12.527/11 (Lei da Transparência).”

cumprimento do objeto do contrato; iv) pagamento de direitos oriundos de contratos em caso de falência, recuperação judicial ou dissolução da empresa contratada; e v) pagamento de contrato cujo objeto seja imprescindível para assegurar a integridade do patrimônio público ou para manter o funcionamento das atividades finalísticas do órgão ou entidade, quando demonstrado o risco de descontinuidade da prestação de serviço público de relevância ou o cumprimento da missão institucional (artigo 141, § 1º).

Tais hipóteses excepcionais ainda revelam excessiva amplitude, no entanto: em especial, a imprecisão a respeito do que poderia ser considerado um “sistema estruturante” (inciso III), ou de quais despesas poderiam ser consideradas imprescindíveis para a manutenção do “funcionamento das atividades finalísticas” do ente público (inciso V) podem ser exploradas para viabilizar o tratamento privilegiado de determinados fornecedores em detrimento dos demais.

Os paradigmas normativos analisados não contemplam regras específicas acerca da ordem cronológica de pagamentos: embora tanto o Código de Contratos Públicos de Portugal (artigo 326.º) quanto o *Prompt Payment Act* do direito americano (5 CFR §1315.10) contenham previsão de incidência de juros de mora por atraso no pagamento, a legislação citada não parece contemplar a possibilidade<sup>1404</sup> – frequente na realidade da Administração Pública brasileira – de reiterados déficits fiscais, em que o fluxo de receitas é insuficiente para o pagamento de todas as despesas contraídas pelo gestor público, gerando progressiva acumulação de restos a pagar.

Para além das medidas que confirmam maior transparência e controle sobre a observância da ordem cronológica de pagamentos, também é preciso aumentar a previsibilidade nos negócios mantidos com o ente público,

---

<sup>1404</sup> Em referência à realidade portuguesa, Marco Caldeira observa que “as entidades públicas, por regra, ultrapassam desmesuradamente os prazos legais de pagamento aos seus fornecedores privados”, concluindo que as normas que regulam a emissão de compromisso que ateste a existência de fundos disponíveis e que impõem prazos máximos de pagamento terminam por converter-se em “letra morta” (CALDEIRA, Marco. “As medidas especiais de contratação pública – Uma primeira apreciação sobre alguns aspectos da Lei nº 30/2021, de 21 de maio”, p. 97).

mediante a implementação de mecanismos eficazes para assegurar o cumprimento das obrigações financeiras por este assumidas.

Nesse sentido, Joel de Menezes Niebuhr propõe que o descumprimento da ordem cronológica enseje o sequestro do valor diretamente nas contas públicas, à semelhança do que o § 6º do artigo 100 da Constituição da República prevê para o caso de preterimento de precatórios judiciais.<sup>1405</sup>

Outra via de solução poderia ser o depósito das verbas destinadas ao custeio dos contratos públicos (possivelmente uma fração da receita arrecadada pelo ente público) em uma conta bancária vinculada a estes pagamentos (*escrow account*), administrada por um terceiro (*trustee*, possivelmente a própria instituição financeira), que se encarregaria de promover a liberação dos pagamentos à medida em que fossem atestadas as faturas ou medições correspondentes. O Projeto de Lei nº 4.253/2020 (que viria a se converter na Lei nº 14.133/2021) chegou a contemplar figura assemelhada, especificamente na execução de contratos de obras, ao prever no § 2º do artigo 115 que “a expedição da ordem de serviço para execução de cada etapa será obrigatoriamente precedida de depósito em conta vinculada dos recursos financeiros necessários para custear as despesas correspondentes à etapa a ser executada”. A disposição, que reduziria significativamente o risco de inadimplência do Poder Público no custeio das

---

<sup>1405</sup> NIEBUHR, Joel de Menezes. “10 Medidas de Combate à Insegurança Jurídica e ao Inadimplemento da Administração Pública em Contratos Administrativos”, in *Direito do Estado*, Ano 2016, Número 270, obtido no endereço <<http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/joel-de-menezes-niebuhr/10-medidas-de-combate-a-inseguranca-juridica-e-ao-inadimplemento-da-administracao-publica-em-contratos-administrativos>>, acesso em 21/08/2020: “Podem alegar, contra a proposta, que o sequestro é muito violento, que prejudicaria a Administração Pública e que feriria a ordem de pagamento dos precatórios. Rebato com os seguintes argumentos: (i) Em minha opinião, o sequestro é tão violento quanto o descumprimento da ordem cronológica – ou deveria ser considerado. Prescrever o sequestro não significa incitá-lo. Não quero o sequestro, quero o cumprimento da ordem cronológica. O sequestro é apenas a sanção, que precisa ser forte, porque a Administração Pública dá de ombros para a norma legal há mais de vinte anos. A Administração Pública somente irá cumprir a norma legal se houver uma sanção forte e exequível, não vejo outra, afora o sequestro. O Poder Público respeita a ordem dos precatórios porque os gestores sabem que, se não o fizerem, no dia seguinte o beneficiado com o precatório preterido sequestra-lhe os valores, simples assim. (ii) A proposta não significa quebra da ordem cronológica do pagamento dos precatórios porque não tem nada a ver com precatórios. O sequestro não seria para o pagamento de precatório, não se trataria de ações de cobrança ou de execução contra a Fazenda Pública. Apenas do cumprimento de obrigações contratuais ordinárias da Administração Pública, depois que ela liquidasse (reconhecesse) a respectiva despesa e desde que quebrasse a ordem cronológica.”

obras públicas contratadas, foi vetada pelo Presidente da República sob o argumento de que a restrição à possibilidade de “remanejamentos financeiros” seria contrária ao interesse público.<sup>1406</sup>

No intuito de prevenir que a alegação de escassez de disponibilidade financeira sirva de pretexto para a inadimplência do Poder Público, propõe-se que o ordenador que autorizou a despesa – ou que manteve seus termos inalterados a despeito da insuficiência de receita – seja afastado das decisões acerca da distribuição dos recursos, até porque o empenho de despesas orçamentárias em valores superiores à receita disponível revela, no mínimo, uma gestão temerária e pouco cautelosa dos recursos públicos. Propõe-se, além disso, que eventuais casos de inadimplência por insuficiência de caixa sejam obrigatoriamente submetidos a negociação coletiva com todos os credores, de modo a assegurar tratamento isonômico a todos os fornecedores que se encontrem em situações idênticas.

Finalmente, nos casos em que o pagamento for frustrado por insuficiência de disponibilidade de caixa para atender a todas as despesas do ente público, poder-se-ia vislumbrar a implantação de regra similar àquela prevista no artigo 9º da Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar nº 101/2000), em que se prevê que o descumprimento de metas fiscais enseja “limitação de empenho e movimentação financeira”, ressaltando-se a continuidade das despesas que constituam obrigações constitucionais e legais do ente (artigo 9º, § 2º).

Propõe-se, deste modo, em concretização às linhas estratégicas de desincentivo a comportamentos oportunistas, dispersão do poder decisório e redução da assimetria na distribuição dos custos de transação, que:

- i) decisões acerca do contingenciamento de pagamentos a fornecedores sejam atribuídos a órgão independente, sem vinculação ao agente que

---

<sup>1406</sup> Cfr. Mensagem do Presidente da República nº 118, de 01/04/2021.



tenha autorizado o empenho de despesa orçamentária sem disponibilidade financeira correspondente;

ii) decisões acerca do contingenciamento de pagamentos sejam necessariamente submetidas à negociação coletiva com os credores do ente público, de modo a assegurar tratamento isonômico a todas as empresas que se encontrem em situações idênticas;

iii) a não realização de pagamentos a fornecedores, por insuficiência de disponibilidade financeira, implique na vedação à contração de celebração de novos contratos e à realização de dispêndios de natureza discricionária (ou seja, não obrigatórios por força da lei ou da Constituição), enquanto não quitadas as dívidas anteriormente contraídas.

#### 2.18. Submissão das modificações contratuais a conselho recursal independente (Proposta nº 18)

A concepção do contrato, segundo a doutrina econômica clássica, assenta-se sobre as premissas: i) da completude contratual, de modo que todas as contingências futuras potencialmente relevantes estejam descritas e reguladas de antemão, conferindo previsibilidade às consequências de eventual inexecução contratual; e ii) da irrelevância da identidade das partes, partindo-se do cenário ideal de um mercado perfeitamente competitivo, em que haja possibilidade de substituição do parceiro contratual a baixo custo.<sup>1407</sup> Presume-se, além disso, que eventuais disputas contratuais serão resolvidas pelos tribunais, mediante a aplicação informada e sofisticada de regras legais, a baixo custo.<sup>1408</sup>

Ao revés, a doutrina dos custos de transação – que integra a tradição da Nova Economia Institucional – assenta-se sobre as premissas comportamentais da *racionalidade limitada* (de modo que o planejamento será necessariamente incompleto), do *oportunismo* (em que será previsível o inadimplemento dos compromissos assumidos ao longo do tempo) e da

---

<sup>1407</sup> WILLIAMSON, Oliver E. *The Economic Institutions of Capitalism*, pp. 68/69.

<sup>1408</sup> WILLIAMSON, Oliver E. *The Economic Institutions of Capitalism*, pp. 20.

*especificidade de ativos* (em que haverá necessidade de capital humano e físico especializado, com investimentos especificamente direcionados para o relacionamento contratual). Ressaltam-se, além disso, as imperfeições e ineficiências do *enforcement* das normas pelos tribunais, o que induz as partes a buscar mecanismos privados para a solução de litígios<sup>1409</sup>.

Quando presentes as três condições de racionalidade limitada, oportunismo e especificidade de ativos<sup>1410</sup>, haverá necessidade de implantação de estruturas de governança, que permitam a adaptação da relação contratual às mudanças circunstanciais e a resolução de disputas entre os contratantes. É sob a perspectiva de tais estruturas de governança, portanto, que se procede à análise econômica do regime jurídico das modificações em contratos públicos.

Enquanto a concepção clássica enfatiza a etapa *ex ante* do contrato, focalizando no desenho de incentivos para o fiel cumprimento do acordado, a doutrina dos custos de transação dedica especial atenção à etapa *ex post*, seja sob a dimensão do monitoramento da execução contratual, seja sob a da elaboração de estruturas de governança que evitem ou atenuem os conflitos que venham a surgir entre os contratantes.<sup>1411</sup> Para tal corrente econômica, seria impossível concentrar toda a atividade negocial na etapa *ex ante*, de modo que a atividade de barganha entre as partes perpassa todo o período de vigência do contrato.

Para além das contingências imprevistas (ou imprevisíveis) em função da incompletude inerente a contratos complexos, mesmo adaptações que foram previstas podem se revelar equivocadas, uma vez que as partes

---

<sup>1409</sup> MERCURO, Nicolas; MEDEMA, Steven G. *Economics and the Law: From Posner to Post-Modernism and Beyond*. Princeton: Princeton University Press, Second Edition, 2006, pp. 269/270.

<sup>1410</sup> Segundo Oliver Williamson, se afastada a racionalidade limitada, todos os problemas decorrentes de oportunismo e da especificidade de ativos poderiam ser resolvidos mediante planejamento *ex ante*; na ausência de oportunismo, todos os problemas decorrentes da racionalidade limitada e da especificidade de ativos seriam resolvidos pela cooperação espontânea das partes envolvidas; e na ausência de especificidade de ativos, todos os problemas decorrentes da racionalidade limitada e do oportunismo poderiam ser resolvidos mediante o recurso ao mercado para substituição do parceiro contratado (WILLIAMSON, Oliver E. *The Economic Institutions of Capitalism*, pp. 30/32).

<sup>1411</sup> WILLIAMSON, Oliver E. *The Economic Institutions of Capitalism*, pp. 26/29.

adquiram maior conhecimento sobre produção e demanda no curso da execução contratual.<sup>1412</sup> Uma parcela relevante dos custos de transação *ex post* decorre da necessidade de preenchimento das lacunas que surgem a partir de perturbações em contratos de longa duração<sup>1413</sup>, de modo que a transação esteja desajustada ao ambiente enquanto não promovido o realinhamento da relação contratual. Para enfrentamento dos custos de transação decorrentes da má adaptação (*maladaptation costs*)<sup>1414</sup>, as partes promovem a implantação de estruturas especializadas de governança visando à prevenção de futuros litígios, a fim de adaptar os contratos de forma harmoniosa e preservar a relação contratual.

Oliver Williamson descreve três modelos de estrutura de governança, correspondentes às três categorias de direito contratual descritas por Ian Macneil<sup>1415</sup>: i) o modelo clássico, ii) o modelo neoclássico ou híbrido, e iii) o modelo hierárquico<sup>1416</sup>. Conforme variam os atributos do contrato, modificam-se também as estruturas de governança correspondentes, no intuito de minimizar os custos de transação.

O modelo clássico de governança aplica-se aos contratos em que não haja especificidade de ativos, ou seja, quando o objeto contratual for padronizado e/ou houver ampla oferta de produtos ou serviços equivalentes pela concorrência, aproximando-se ao cenário ideal de um mercado perfeitamente competitivo. Dado que a identidade dos parceiros contratuais é de reduzida importância, o custo de transação para sua substituição é relativamente baixo. Neste modelo de governança, a relação entre os

---

<sup>1412</sup> WILLIAMSON, Oliver E. *The Economic Institutions of Capitalism*, p. 178.

<sup>1413</sup> Segundo Ian R. Macneil, contratos de longo prazo costumam se caracterizar pela existência de lacunas no planejamento e na presença de procedimentos e técnicas utilizados para criar flexibilidade que possa suprir as lacunas e evitar a rigidez do planejamento *ex ante* (MACNEIL, Ian R. "Contracts: Adjustment of long-term economic relations under classical, neoclassical, and relational contract law", *Northwestern University Law Review*, 72 (6), p. 865).

<sup>1414</sup> MERCURO, Nicolas; MEDEMA, Steven G. *Economics and the Law: From Posner to Post-Modernism and Beyond*. Princeton: Princeton University Press, Second Edition, 2006, p. 282.

<sup>1415</sup> MACNEIL, Ian R. "Contracts: Adjustment of long-term economic relations under classical, neoclassical, and relational contract law", *Northwestern University Law Review*, 72 (6), pp. 854-901.

<sup>1416</sup> WILLIAMSON, Oliver E. "Comparative Economic Organization: The Analysis of Discrete Structural Alternatives", *Administrative Science Quarterly*, Vol. 36, No. 2 (Jun. 1991), pp. 271-274.

contratantes é regulada pelos termos formais do contrato e pelas normas legais, não se vislumbrando necessidade de maiores esforços voltados para a preservação da relação contratual. A proteção contra comportamentos oportunistas decorre principalmente da possibilidade de dissolução do vínculo contratual e da substituição do atual contratado mediante recurso a alternativas disponíveis no mercado.<sup>1417</sup>

No polo oposto ao modelo clássico, situa-se o modelo hierárquico de governança, em que a transação é removida do mercado e passa a ser organizada internamente à empresa, através de sistemas de hierarquia e controle. Em cenários nos quais os ativos sejam especializados para um uso específico, e não transferíveis para outros usos, a opção por um fornecedor externo poderá não proporcionar maiores economias de escala, optando-se então pela integração vertical como uma solução para redução dos custos de adaptação<sup>1418</sup>. Dado que os tribunais se abstêm de resolver disputas entre divisões ou departamentos internos à empresa, caberá à estrutura hierárquica da própria organização rever as relações internas à empresa, com irrestrita liberdade de adaptação.<sup>1419</sup>

Entre os dois polos, situa-se o modelo híbrido (denominado por Oliver Williamson como “neoclássico”), no qual a preservação da autonomia das partes contratantes convive com algum grau de dependência recíproca, em decorrência da especificidade dos ativos: a perda de valor decorrente da alocação dos investimentos especializados em usos alternativos, bem como as dificuldades na transferência do objeto contratual para um eventual sucessor tornam insatisfatória a solução do recurso ao mercado. Em tais cenários, o encerramento prematuro do contrato, assim como a persistência da má adaptação, imporá ônus significativo às partes.<sup>1420</sup>

---

<sup>1417</sup> WILLIAMSON, Oliver E. *The Economic Institutions of Capitalism*, pp. 73/74.

<sup>1418</sup> WILLIAMSON, Oliver E. *The Economic Institutions of Capitalism*, pp. 70 e 78.

<sup>1419</sup> WILLIAMSON, Oliver E. "Comparative Economic Organization: The Analysis of Discrete Structural Alternatives", *Administrative Science Quarterly*, Vol. 36, No. 2 (Jun. 1991), p. 274.

<sup>1420</sup> WILLIAMSON, Oliver E. "Comparative Economic Organization: The Analysis of Discrete Structural Alternatives", *Administrative Science Quarterly*, Vol. 36, No. 2 (Jun. 1991), p. 271.

O modelo híbrido caracteriza-se, portanto, pelo estabelecimento de mecanismos para solução de conflitos entre os contratantes, no intuito de evitar o rompimento do contrato e facilitar sua adaptação a circunstâncias supervenientes. Contratos incompletos e de longo prazo demandam, portanto, mecanismos de adaptação que possibilitem o realinhamento da relação contratual e a restauração da eficiência quando esta for perturbada por situações imprevistas.<sup>1421</sup>

Uma das soluções usualmente adotadas no modelo híbrido para conferir maior flexibilidade ao contrato e facilitar o preenchimento de lacunas é o recurso à assistência de terceiros para solução de disputas e avaliação de desempenho dos contratantes, por exemplo, mediante recurso à arbitragem.<sup>1422</sup> No entanto, a administração desses mecanismos de adaptação contratual é custosa e o alcance de sua elasticidade é limitado: perturbações de grande magnitude ou em elevada frequência podem reduzir o valor da continuidade do contrato e incentivar a opção pela dissolução litigiosa do relacionamento.<sup>1423</sup>

Passando-se à análise da legislação brasileira de licitações e contratos, constata-se que a norma vigente introduz, no modelo híbrido de governança dos contratos públicos, um elemento típico do modelo hierárquico, ao conferir a um dos contratantes – o poder público – um grau de superioridade hierárquica na relação, permitindo-lhe impor adaptações aos termos do contrato independentemente do consentimento do contratante privado.

Ao conceder à Administração Pública a prerrogativa de invocar “razões de interesse público” para justificar modificações unilaterais (artigos 104, I, e 124, I, da Lei nº 14.133/2021), a legislação autoriza que o contratante público transfira para o contratado privado virtualmente todos os custos de transação *ex post* referentes à adaptação e à governança do contrato.

---

<sup>1421</sup> WILLIAMSON, Oliver E. "Comparative Economic Organization: The Analysis of Discrete Structural Alternatives", *Administrative Science Quarterly*, Vol. 36, No. 2 (Jun. 1991), p. 272.

<sup>1422</sup> WILLIAMSON, Oliver E. *The Economic Institutions of Capitalism*, pp. 70 e 74/75.

<sup>1423</sup> WILLIAMSON, Oliver E. "Comparative Economic Organization: The Analysis of Discrete Structural Alternatives", *Administrative Science Quarterly*, Vol. 36, No. 2 (Jun. 1991), p. 273.

De fato, a possibilidade de impor alterações unilaterais no contrato, independentemente do consentimento do contratado, permite que a Administração Pública se exima de arcar com diversos custos de transação incidentes na etapa pós-contratual, tais como: i) custos com a renegociação de ajustes ao contrato, ii) custos com o estabelecimento de estruturas de governança para solução de disputas contratuais; e iii) custos decorrentes da má adaptação do contrato a contingências imprevistas (*maladaptation costs*).

Embora a legislação ressalve que a modificação ou extinção unilateral do contrato haverá de preservar os direitos do contratado privado, notadamente o equilíbrio econômico-financeiro do contrato (artigos 130 e 131 da Lei nº 14.133/2021), a lei lhe confere escassos instrumentos para obter tal reequilíbrio. Ressalvadas as raras hipóteses de celebração de compromisso arbitral (artigo 151 da Lei nº 14.133/2021), as pretensões do contratado privado quanto à renegociação contratual somente serão atendidas mediante: i) reconhecimento voluntário pelo gestor público; ou ii) acolhimento pelo Poder Judiciário. O recurso ao Judiciário, no entanto, se revela uma opção de elevado custo e baixa efetividade, seja pela lentidão na solução da demanda, seja pelo ônus imposto ao particular de superar a presunção de legitimidade e de legalidade do ato administrativo praticado em nome do interesse público.

Como se vê, as denominadas “cláusulas exorbitantes”<sup>1424</sup> representam uma **distribuição assimétrica dos custos de transação *ex post***, pois ao tornar a Administração Pública imune à incidência dos custos de renegociação, governança e má adaptação dos contratos públicos, tais custos são transferidos com exclusividade para o contratado privado. O contratado privado fica vulnerável, portanto, tanto aos *maladaptation costs* decorrentes de eventos fortuitos ou imprevistos (que não tenham sido voluntariamente reconhecidos

---

<sup>1424</sup> Registre-se, contudo, que a concepção dos poderes da Administração como “exorbitantes” decorre da comparação com o viés individualista do direito contratual do século XIX, que foi sofreu grandes transformações ao longo do século XX, diante do alargamento da intervenção estatal e das restrições à autonomia privada para defesa de valores de ordem pública e/ou de proteção à parte contratual menos favorecida. “Perante esta evolução, os poderes da Administração, que anteriormente eram considerados como exorbitantes em relação ao Direito Privado, passaram a ser perfeitamente admissíveis nos contratos jurídico-privados”, ainda que possam se tratar de estipulações pouco habituais no setor privado (ESTORNINHO, Maria João. *Requiem pelo contrato administrativo*. Coimbra, Almedina, 2003, pp. 140-142).

pelo contratante público), quanto aos decorrentes das modificações contratuais unilaterais que lhe venham a ser impostas pelo contratante público (quando não houver reconhecimento voluntário da necessidade de reequilíbrio econômico-financeiro).

Os efeitos nocivos da distribuição assimétrica dos custos de transação se refletem, em primeiro lugar, no preço pago pela Administração Pública em suas contratações: as propostas dos licitantes precificam o risco de arcar com *maladaptation costs* pela recusa do gestor público em reconhecer situações de desequilíbrio em desfavor do contratado, seja em decorrência de contingências imprevistas ou de modificações contratuais que lhe venham a ser impostas unilateralmente.<sup>1425</sup>

De especial relevância para a presente tese, no entanto, são os reflexos da mencionada assimetria sobre os incentivos para a prática de corrupção, seja sob a perspectiva do contratado privado ou do agente público, quando se leva em consideração a premissa de que os interesses do agente público encarregado das decisões no curso da execução contratual não necessariamente coincidirão com o interesse público (relação agente-principal).

Na ausência de uma estrutura de governança voltada para a solução de disputas entre os contratantes, o contratado privado somente dispõe de duas alternativas para o acolhimento de eventuais pretensões ao reequilíbrio contratual: i) o reconhecimento voluntário do gestor público (opção célere e de baixo custo), ou ii) o recurso ao Poder Judiciário (opção de custo elevado, com resolução vagarosa e incerta). Estabelece-se, portanto, um forte incentivo para que o contratado privado busque assegurar a “boa vontade” do agente público, e por conseguinte a previsibilidade do retorno econômico de seus investimentos, mediante oferta de vantagens indevidas ao gestor (ou ao agente político responsável pela indicação e/ou manutenção do gestor no cargo público).

---

<sup>1425</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*, p. 1.174.

Pelo ângulo reverso, a distribuição assimétrica dos custos de transação *ex post* gera uma grande oportunidade para corrupção por parte do agente público, ao lhe conferir poderes que podem ser utilizados tanto para recompor o equilíbrio econômico contratual quanto para gerar novas situações de desequilíbrio.

A modificação unilateral de contratos públicos (ou mesmo a ameaça de sua modificação) confere ao agente público ampla oportunidade para extração de vantagens ilícitas e/ou imposição de punições às empresas que não estejam sob sua “proteção”, considerando que: i) as modificações impostas unilateralmente poderão gerar desequilíbrio na execução contratual, ii) as “razões de interesse público” invocadas para justificar tais alterações são, em grande medida, insuscetíveis de revisão pelo Poder Judiciário; iii) o reconhecimento do desequilíbrio econômico decorrente da modificação unilateral usualmente incumbirá ao mesmo agente público responsável pela imposição da referida alteração; e iv) o desequilíbrio decorrente da modificação contratual poderá ser de difícil constatação e/ou quantificação em sede jurisdicional, mormente em contratos de maior complexidade.

Em particular, a prerrogativa de modificação unilateral dos contratos públicos confere ao gestor público a possibilidade de praticar o comportamento oportunista denominado *hold up* (catividade), notadamente nos casos de contratos de longo prazo, em que o contratado privado tenha realizado investimentos em capital humano ou físico especificamente direcionados para o relacionamento contratual (especificidade de ativos), que não poderiam ser recuperados no cenário de rompimento da relação contratual. Quanto maior o volume de recursos irre recuperáveis (*sunk costs*) investidos, maior a vulnerabilidade do contratado privado à ameaça de modificações unilaterais (ou mesmo rescisão) que lhe subtraíam o retorno econômico esperado.<sup>1426</sup>

---

<sup>1426</sup> MERCURO, Nicolas; MEDEMA, Steven G. Economics and the Law: From Posner to Post-Modernism and Beyond. Princeton: Princeton University Press, Second Edition, 2006, p. 279.



Em razão das veementes críticas dirigidas contra as denominadas “cláusulas exorbitantes” nos contratos administrativos<sup>1427</sup>, parcela da doutrina passou a propor sua abolição *tout court*<sup>1428</sup>, que foi a solução adotada pelo legislador brasileiro ao dispor sobre o estatuto jurídico das empresas públicas e das sociedades de economia mista<sup>1429</sup> (Lei nº 13.303/2016, denominada “Lei das Estatais”).

A previsão legal de modificação unilateral dos contratos por razões de interesse público, no entanto, está longe de constituir uma peculiaridade do sistema de licitações brasileiro, sendo herdeira de longa tradição oriunda do

---

<sup>1427</sup> “Ao invés, observando a prática brasileira, vislumbro facilmente o regime de prerrogativas especiais nos contratos administrativos como instrumento:

a) de estímulo à ineficiência da Administração, muitas vezes acomodada, v.g., na facilidade de poder alterar ou rescindir unilateralmente os contratos — o que pode induzir a celebração de contratos insuficientemente planejados, com objetos mal dimensionados, em suma, com elementos que dificultam sua boa execução;

b) de geração de contratos mais onerosos para a Administração, pois evidentemente nos preços das contratações estatais está incluído o custo adicional decorrente da incerteza gerada pelas cláusulas exorbitantes;

c) de legitimação de práticas autoritárias dos governantes, incompatíveis com o Estado de Direito; tais práticas podem se caracterizar tanto pelo uso das medidas unilaterais — de índole autoritária, ainda que fundamentadas na lei —, ou, pior ainda, na coação moral decorrente da ameaça do uso de tais medidas; e mesmo

d) de facilitação de desvios em relação à probidade administrativa, no curso da execução dos contratos, posto que ao administrador resta aberta a possibilidade de, por exemplo, alterar ou não certas cláusulas contratuais; nesse caso, o agente ímprobo tanto pode receber vantagens indevidas para não o fazer, como para fazê-lo, atendendo exclusivamente ao interesse do particular contratado, em detrimento do interesse público” (ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. “Mecanismos de consenso no Direito Administrativo”, in ARAGÃO, Alexandre dos Santos et al., *Direito Administrativo e seus novos paradigmas*. Belo Horizonte, Editora Forum, 2017, p. 332). Veja-se, na mesma linha: MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. “O futuro das cláusulas exorbitantes nos contratos administrativos”, in ARAGÃO, Alexandre dos Santos et al., *Direito Administrativo e seus novos paradigmas*. Belo Horizonte, Editora Forum, 2017, pp. 553-554).

<sup>1428</sup> Neste sentido, Fernando Dias Menezes de Almeida propõe “que a evolução legislativa rume para a mitigação, facultatividade e, enfim, abolição do regime de cláusulas exorbitantes” (“Mecanismos de consenso no Direito Administrativo”, in ARAGÃO, Alexandre dos Santos et al., *Direito Administrativo e seus novos paradigmas*. Belo Horizonte, Editora Forum, 2017, p. 332).

<sup>1429</sup> A Lei nº 13.303/2016 prevê que os contratos das empresas públicas e das sociedades de economia mista serão regidos pelos “preceitos do direito privado” (art. 68), e suprime qualquer referência às cláusulas exorbitantes previstas na Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Nos dizeres de Bernardo Strobel Guimarães, “afasta-se de uma vez por todas a concepção de que os contratos celebrados pelas estatais seriam contratos administrativos (encampada pela Lei nº 8.666/93), que se caracterizariam pela incidência das chamadas cláusulas exorbitantes” (GUIMARÃES, Bernardo Strobel. *Comentários à Lei das Estatais (Lei nº 13.303/2016)*. Belo Horizonte, Editora Forum, 2019, p. 375). Veja-se, no mesmo sentido: PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres et al. *Comentários à Lei das Empresas Estatais: Lei nº 13.303/16*. Belo Horizonte, Editora Forum, 2019, pp. 626-629.

direito francês<sup>1430</sup>. Especificamente nos paradigmas analisados na presente tese, tanto o Código dos Contratos Públicos de Portugal<sup>1431</sup> quanto a *Federal Acquisition Regulation* norte-americana<sup>1432</sup> preveem a possibilidade de o contratante público impor alterações unilaterais no contrato, mediante adaptações que assegurem seu reequilíbrio econômico-financeiro.<sup>1433</sup>

Da análise histórica e comparativa, deduz-se que o fato de os contratos administrativos se destinarem à consecução do interesse público justifica a possibilidade de o contratante público impor modificações contratuais, por decisão unilateral dotada de autoexecutoriedade, independentemente de específica previsão legal ou contratual. Afastada a abolição das denominadas “cláusulas exorbitantes”, resta discutir a implantação de estruturas de governança que minimizem os custos de transação *ex post* impostos ao contratado privado pela modificação unilateral do contrato, de modo a facilitar ou agilizar o realinhamento do contrato quando o desequilíbrio econômico não for voluntariamente reconhecido pela Administração Pública.

Entre as modalidades destinadas a regular a adaptação dos contratos administrativos poder-se-ia cogitar em primeiro lugar da arbitragem, que seria o arquétipo do modelo híbrido de estrutura de governança descrito por Oliver E. Williamson. Apesar de expressamente admitida pela Lei nº 13.129/2015 e pelo artigo 151 da Lei nº 14.133/2021, a celebração de compromisso arbitral em contratos administrativos ainda é bastante incipiente na prática brasileira. Além disso, ao contrário da experiência portuguesa, em que a criação de centros de arbitragem é condicionada a autorização concedida pelo Ministério da Justiça (nº 1 do artigo 1º do Decreto-Lei nº 425/86)<sup>1434</sup>, não existe no Brasil a figura da arbitragem institucionalizada ou qualquer supervisão sobre a atividade

---

<sup>1430</sup> Quanto à evolução histórica do modelo francês de contrato administrativo, veja-se: ESTORNINHO, Maria João. *Requiem pelo contrato administrativo*. Coimbra, Almedina, 2003, pp. 53-63.

<sup>1431</sup> Cf. alínea c do nº 1 do artigo 311º do CCP.

<sup>1432</sup> Veja-se, neste sentido, a *changes clause* prevista na FAR 43.201 (a).

<sup>1433</sup> Veja-se, no direito português, a alínea b do nº 1 do artigo 314º do CCP; e, no direito norte-americano, a *equitable adjustment* prevista na FAR 52.243-7 (e) (1).

<sup>1434</sup> Especificamente para resolução de litígios emergentes de contratos e de relações jurídicas de emprego público, foi criado o Centro de Arbitragem Administrativa – CAAD, mediante autorização do Secretário de Estado de Justiça de Portugal (Despacho nº 5097/2009).

de arbitragem<sup>1435</sup>, de modo que a aplicação do instituto estaria restrita à modalidade de arbitragem *ad hoc*, que oferece menores garantias quanto à capacitação e independência dos árbitros designados.<sup>1436</sup>

Outra alternativa expressamente prevista no artigo 151 da Lei nº 14.133/2021 são os comitês de resolução de disputas (*dispute boards*), modelo proposto por diversas organizações internacionais como a *International Chamber of Commerce – ICC* e o Banco Mundial, em que se forma um comitê imparcial composto por *experts* para emitir recomendações (*dispute review boards*), tomar decisões vinculantes (*dispute adjudication boards*) ou desempenhar ambas as funções (*combined dispute boards*)<sup>1437</sup>. Em sua versão mais usual, o *dispute board* é instaurado imediatamente após a assinatura do contrato e mantido e funcionamento ao longo de sua execução<sup>1438</sup>, o que

---

<sup>1435</sup> Como exemplo das práticas abusivas adotadas no Brasil sob a denominação de arbitragem, veja-se ação civil pública proposta pelo Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro em dezembro de 2017, na qual se pleiteou a dissolução do denominado “Tribunal de Justiça Arbitral do Brasil”, por se utilizar de “artifícios para simular a constituição de um tribunal de fato, como se fosse o Poder Judiciário, enganando a pessoas que acreditavam estar diante da Justiça e aceitavam acordos para pagar dívidas com comerciantes e prestadores de serviço”, mediante recebimento de cerca de 20% do valor da causa. Conforme apurado, as vítimas do esquema “eram chamadas a comparecer às reuniões de mediação por uma pessoa que se identificava falsamente como oficial de Justiça. A instituição usava ainda logotipos com símbolos alusivos ao Poder Judiciário”. Fonte: <http://www.mprj.mp.br/web/guest/home/-/detalhe-noticia/visualizar/52802>.

<sup>1436</sup> Como ressalta Ricardo Pedro, enquanto a designação do árbitro é realizada *intuitu personae* na arbitragem *ad hoc*, “na arbitragem institucionalizada o encargo da administração da arbitragem está entregue a uma pessoa jurídica em função da confiança depositada nesta instituição” (PEDRO, Ricardo. “Arbitragem institucional e centros de arbitragem de direito público”, in GOMES, Carla Amado et al. *Arbitragem e Direito Público*, AAFDL, Lisboa, 2018, p. 107). Dentre as vantagens da arbitragem institucionalizada sobre a arbitragem *ad hoc*, o autor relaciona “o facto de se estar perante uma organização profissional profundamente conhecedora do fenómeno arbitral; de disponibilizar um regulamento que conforma o procedimento arbitral, evitando que tal tenha que ser desenvolvido pelas partes; de oferecer a possibilidade de designação de árbitros pelo centro arbitral e de permitir a actividade de controlo pelo centro arbitral, desde logo, previamente à constituição do tribunal” (pp. 106-107). Aduz, finalmente, o posicionamento doutrinário segundo o qual “a arbitragem administrativa deve ser uma arbitragem institucional, porquanto esta representa a forma mais evoluída de arbitragem, a mais adequada ao nosso tempo e a mais capaz de responder à resolução de controvérsias de forma rápida e eficiente” (p. 108).

<sup>1437</sup> Nomenclatura prevista nos artigos 4 a 6 da “*Dispute Board Rules*” da *International Chamber of Commerce*, disponível em <<https://iccwbo.org/dispute-resolution-services/dispute-boards/rules/>>.

<sup>1438</sup> Descreve-se, aqui, a denominada *full term dispute board*, que é instaurada antes mesmo do surgimento de eventual conflito, o que constitui o principal diferencial em relação a outros mecanismos de solução de litígios (FERNANDEZ, Michelle Cristina Santiago. *Dinâmica dos Dispute Boards e perspectivas de utilização em contratos de construção no Brasil*. Dissertação de mestrado, Escola Politécnica da Universidade de São Paulo, 2019, p. 74).

permite que o órgão adquira familiaridade com o empreendimento e observe os problemas à medida em que surgem no curso da execução contratual.

Sob a perspectiva da tutela da integridade nas contratações públicas, o comitê de resolução de disputas poderia ser um mecanismo eficaz para o controle da corrupção baseada em apropriação, evitando o abuso (ou ameaça de abuso) do poder de modificação unilateral por parte do contratante público, visando à extração de vantagens indevidas do contratado privado ou à imposição de penalidades ao contratado que se recuse a proporcionar o suborno esperado pelo agente público. Contudo, em cenários de conluio entre o contratado privado e agente público responsável pela contratação (ou seja, de corrupção baseada em trocas), a constituição de comitês de resolução de disputas possui elevado grau de vulnerabilidade à corrupção.

Com efeito, ao se atribuir ao ente público a possibilidade de apontar, no momento da contratação, a composição da *dispute board* responsável pela solução de litígios em contratos de longa duração, permite-se que agentes públicos corruptos indiquem para o comitê integrantes igualmente capturados por interesses privados. Neste caso, a vinculação da solução dos litígios ao comitê de resolução de disputas poderia servir para evitar a revisão de eventuais atos nocivos ao interesse público (por exemplo, atos praticados pelo agente corrupto que geraram desequilíbrio em desfavor do contratante público), e ainda possibilitaria a prática de novos atos lesivos ao interesse público para além do período de permanência do agente público corrupto no cargo público (por exemplo, em caso de sua substituição por vitória eleitoral de partidos de oposição).

Propõe-se, portanto, como uma solução mais adequada a contextos de corrupção sistêmica, a obrigatoriedade da instituição de **conselhos recursais independentes** para revisão dos atos praticados pelo contratante público no curso da execução contratual, à semelhança do *board of contract appeals* prevista no direito norte-americano.

O contratado privado que pretender algum benefício do contratante público (o pagamento de determinado valor, um ajuste contratual ou a fixação de interpretação dos termos contratuais<sup>1439</sup>) deverá submeter ao agente de contratação um *claim*.<sup>1440</sup> Em face da decisão do agente de contratação, caberá recurso administrativo para a *Civilian Board of Contract Appeals* (CBCA)<sup>1441</sup>, conselho recursal que concentra a competência para o julgamento de recursos em face de agências civis do governo federal, e que integra a estrutura da *General Services Administration*.

À semelhança das impugnações no curso do processo licitatório (*bid protests*), os recursos administrativos contra atos praticados no curso da execução do contrato são submetidos a um órgão colegiado independente com relação ao ente contratante. Trata-se, no entanto, de estruturas distintas, visto que a competência do *Government Accountability Office* (GAO), órgão vinculado ao Poder Legislativo, restringe-se aos atos praticados no curso do processo licitatório até o momento da contratação, enquanto a solução de disputas que surgem no curso da execução contratual integra o escopo da *General Services Administration* (GSA), agência independente vinculada ao Poder Executivo.

Como já mencionado na Proposta nº 12, a constituição de um *conselho recursal independente dos órgãos adjudicantes* adquire grande relevância em cenários de corrupção sistêmica, não somente para apreciação de impugnações surgidas no curso do processo licitatório, mas também das disputas que venham a ocorrer ao longo da execução do contrato. A fim de minimizar o risco de captura dos integrantes do comitê pelos agentes políticos que exercem comando sobre o órgão adjudicante, tal órgão colegiado deverá estar situado fora da estrutura hierárquica do ente contratante e ser composto

---

<sup>1439</sup> FAR 2.101. Especificamente nos casos em que o contratado requerer a revisão dos termos contratuais com fundamento em seu desequilíbrio econômico, poderá submeter um *request for equitable adjustment*, que poderá (ou não) preencher os requisitos formais para ser considerado um *claim* e, portanto, deflagrar um procedimento de disputa.

<sup>1440</sup> FAR 33.211 (c).

<sup>1441</sup> 41 CFR §105-53.132.

por especialistas indicados por órgãos de controle externo e entidades que representem a sociedade civil.

Para além de proteger o contratado privado do eventual exercício abusivo de poder discricionário por parte de agentes públicos, a instituição de um conselho recursal também poderá servir para o combate ao conluio ilícito entre agentes públicos e empresas contratadas, notadamente nos casos de alterações contratuais consensuais.

Enquanto as modificações contratuais unilaterais geram risco de extração de vantagens ilícitas do contratado privado (corrupção baseada em apropriação), as alterações contratuais realizadas mediante acordo mútuo representam uma oportunidade para a captura do agente público por interesses privados, constituindo um terreno fértil para a corrupção baseada em trocas.

Nas modificações consensuais, os incentivos para a corrupção não resultam da assimetria na distribuição de custos de transação *ex post*, mas sim dos problemas inerentes à relação agente-principal, associado às vulnerabilidades reveladas pela teoria da *public choice*. A assimetria de informação entre as partes diretamente envolvidas na contratação (*insiders*) e terceiros (*outsiders* como as empresas competidoras, órgãos de controle e fiscalização e a sociedade civil) possibilita a cooptação do agente de contratação pela empresa contratada (por exemplo, mediante a promessa de suborno ou de apoio a seu patrono político), induzindo a prática de condutas oportunistas em detrimento do interesse público.

Frequentemente, o conluio entre o fornecedor e o agente público poderá até mesmo anteceder o momento da contratação, possibilitando que o licitante favorecido ofereça um preço aparentemente mais vantajoso, mediante promessa de posterior revisão das cláusulas contratuais em termos que lhe sejam mais favoráveis.<sup>1442</sup>

---

<sup>1442</sup> RACCA, Gabriella M; CAVALLO PERIN, Roberto. "Material changes in contract management as symptoms of corruption: a comparison between EU and U.S. procurement

O carácter corriqueiro das alterações quantitativas e qualitativas em contratações públicas de maior complexidade<sup>1443</sup>, associada à deficiência do planeamento e à disseminação da prática do “jogo de planilha”<sup>1444</sup> em obras e serviços de engenharia, recomenda o expresse estabelecimento de limitações quantitativas e qualitativas nas modificações contratuais consensuais. Ainda que tais limitações possam ser relativizadas em circunstâncias excepcionais, a ausência de percentuais expressos delimitando a possibilidade de negociação das modificações contratuais<sup>1445</sup> amplia as oportunidades para a concessão de benefícios à empresa contratada, e reduz as possibilidades de controle e fiscalização de tais acordos, que usualmente ocorrem em ambientes de baixa visibilidade e transparência.

Outrossim, convém assegurar aos potenciais concorrentes da empresa contratada – que poderiam desempenhar as obras ou serviços complementares não previstos (ou cujos quantitativos estivessem subestimados) no objeto contratual –, a oportunidade para impugnar administrativamente modificações contratuais de carácter substancial, diante da possibilidade de que tais alterações configurem “uma forma de impedir, restringir ou falsear a concorrência” no certame original, à semelhança do previsto no nº 2 do artigo 313º do Código de Contratos Públicos de Portugal, no

---

systems”, in RACCA, Gabriella M et al (Ed.), *Integrity and Efficiency in Sustainable Public Contracts*, Bruylant, Bruxelles, 2015, p. 252.

<sup>1443</sup> FIUZA, Eduardo Pedral Sampaio; MEDEIROS, Bernardo Abreu de. A Agenda Perdida das Compras Públicas, p. 70.

<sup>1444</sup> Comportamento oportunista em que o licitante oferece um preço global artificialmente baixo, subestimando o custo de itens cujos quantitativos foram superestimados no projeto básico, mediante prévio acordo de que, por ocasião da futura modificação contratual, os itens de baixo custo serão substituídos por outros de custo elevado.

<sup>1445</sup> Recorde-se que o artigo 65, §2º da Lei nº 8.666/93, que vedava a possibilidade de modificações consensuais com acréscimos superiores a 25% do valor do contrato (ou 50% no caso de reforma de edifício ou equipamento), não foi reproduzido na Lei nº 14.133/2021.

nº 4 do artigo 72 da Diretiva 2014/24/UE<sup>1446</sup> e na doutrina dos *cardinal changes*<sup>1447</sup> do direito norte-americano.

Alterações consensuais que, no curso da execução do contrato, modifiquem o seu equilíbrio econômico em termos que favoreçam o contratado privado podem violar não somente o interesse público mas também o direito dos demais competidores ao tratamento isonômico e à ampla oportunidade de competição<sup>1448</sup>. Convém, portanto, conferir meios para que os licitantes derrotados, ou mesmo outros potenciais concorrentes, possam impugnar modificações que introduzam, *a posteriori*, distorções que pudessem afetar a admissão ou classificação de propostas no processo licitatório antecedente.

Assim, em concretização às linhas estratégicas da *dispersão do poder decisório*, da redução da assimetria na distribuição dos custos de transação e da ampliação das oportunidades de participação, propõe-se que:

- i) seja criado um órgão colegiado independente, fora da estrutura hierárquica dos órgãos responsáveis pela licitação e composto por profissionais qualificados (inclusive no âmbito da engenharia), ao qual seja atribuída competência para apreciar: a) os recursos interpostos por contratados privados contra atos (comissivos ou omissivos) do contratante público no curso da execução contratual; b) as impugnações de alterações contratuais de maior vulto, por empresas interessadas em submeter eventuais serviços ou obras adicionais a nova licitação; c) a

---

<sup>1446</sup> Nos termos da Diretiva 2014/24/UE, uma modificação contratual é considerada substancial, dentre outros casos, quando introduzir "condições que, se fizessem parte do procedimento de contratação inicial, teriam permitido a admissão de outros candidatos ou a aceitação de outra proposta, ou teriam atraído mais participações no concurso"; ou quando alterar "o equilíbrio econômico do contrato ou do acordo-quadro a favor do adjudicatário de uma forma que não estava prevista no contrato ou acordo-quadro inicial".

<sup>1447</sup> Segundo a jurisprudência da *Court of Federal Claims*, uma alteração contratual é classificada como *cardinal change* quando a Administração "promove uma alteração tão drástica no trabalho que efetivamente exige do contratado que desempenhe tarefas materialmente distintas daquelas que haviam sido originalmente negociadas" (*Allied Materials and Equipment Co. v. United States*, 569 F.2d 562, 563-64).

<sup>1448</sup> RACCA, Gabriella M; CAVALLIO PERIN, Roberto. "Material changes in contract management as symptoms of corruption: a comparison between EU and U.S. procurement systems", in RACCA, Gabriella M et al (Ed.), *Integrity and Efficiency in Sustainable Public Contracts*, Bruylant, Bruxelles, 2015, p. 264.



revisão ex officio de modificações contratuais que excederem os limites considerados usualmente aceitáveis;

ii) a composição e funcionamento do referido órgão colegiado independente sejam regulados e supervisionados por uma comissão multidisciplinar, que conte com a participação de: a) órgãos públicos de controle interno e externo (por exemplo, a Controladoria-Geral da União, a Advocacia Geral da União e o Tribunal de Contas da União, ou os órgãos correspondentes no plano estadual), b) representantes de conselhos profissionais (notadamente, o Conselho Federal ou Regional de Engenharia e Agronomia); c) representantes do setor empresarial; e d) representantes de organizações da sociedade civil, voltadas para o controle social da despesa pública;

iii) seja estabelecido um limite temporal (por exemplo, 60 dias, prorrogáveis a 120 dias em casos de maior complexidade) para a apreciação dos requerimentos em que o contratado requer a revisão dos termos contratuais (notadamente em casos de desequilíbrio econômico);

iv) os limites percentuais para modificações unilaterais do contrato previstos no artigo 125 da Lei nº 14.133/2021 sejam expressamente estendidos para as modificações consensuais, salvo circunstâncias excepcionais sujeitas à revisão ex officio de conselho recursal independente.

## 2.19. Revisão dos limites de vigência contratual (Proposta nº 19)

A imposição de limites temporais à contratação pública constitui exigência decorrente dos objetivos da vantajosidade e do tratamento isonômico. Em primeiro lugar, o recurso periódico ao mercado, através de procedimentos competitivos, constitui o mais eficiente mecanismo de redução da assimetria de informações entre o gestor público e os operadores econômicos, pelo qual a Administração Pública obtém informações fidedignas sobre as opções disponíveis para o atendimento de suas necessidades, com suas respectivas características de preço e de qualidade. Além disso, é o meio pelo qual a Administração oferece oportunidade de contratação aos operadores

econômicos que porventura concorram com o fornecedor atual, e que pretendam ingressar no mercado de aquisições públicas.

Na ausência de uma limitação temporal para a vigência dos contratos públicos, permitir-se-ia à entidade adjudicante eternizar a relação contratual com o operador económico de sua preferência, assim que este se sagrasse vencedor na licitação. A fixação de prazos de vigência excessivamente longos constitui, assim, “um dos principais expedientes que permite a subversão das regras de concorrência no Direito da Contratação Pública”<sup>1449</sup>.

Nesta linha, o Tribunal de Justiça da União Europeia decidiu, no Acórdão *Presstext*, que “a prática que consiste em celebrar um contrato público de serviços por tempo indeterminado é, em si, incompatível com o sistema e a finalidade das regras comunitárias em matéria de contratos públicos. Tal prática pode ter por efeito, a prazo, entravar a concorrência entre os potenciais prestadores de serviços e impedir a aplicação das disposições das directivas comunitárias em matéria de publicidade dos procedimentos de adjudicação dos contratos públicos”<sup>1450</sup>.

Reflexamente, as decisões que tenham repercussão sobre a duração dos contratos de fornecimento e de serviços contínuos constituem uma nítida oportunidade para a captura do gestor público pelos interesses dos operadores económicos que atualmente mantém vínculos contratuais com a Administração Pública. Os atuais fornecedores possuem manifesto interesse em prolongar ao máximo a duração de seus contratos, de modo a prevenir o risco de substituição por concorrentes que pudessem atender às necessidades da Administração Pública de forma mais eficiente, bem como evitar possíveis

---

<sup>1449</sup> SÁNCHEZ, Pedro Fernández. *Direito da Contratação Pública*, Vol. I, p. 702.

<sup>1450</sup> Cf. Acórdão de 19/06/2008 (Processo C-454/06), nº 73. O acórdão ressalva, no entanto, que “o direito comunitário, no seu estágio actual, não proíbe a celebração de contratos públicos de serviços por tempo indeterminado” (nº 74). Veja-se, neste sentido, a alínea “b” do número 14 do artigo 5º da Diretiva 2014/24/UE, que se refere a contratos públicos de serviços de “duração indeterminada”. De toda sorte, como observa João Pacheco de Amorim, a ausência de uma regra limitadora estrita não afasta a incompatibilidade da contratação desprovida de limites temporais com os princípios da concorrência e da prossecução do interesse público (AMORIM, João Pacheco de. “O princípio da temporalidade dos contratos públicos”. *Estudos de Contratação Pública* – IV, p. 23).

revisões de preço ou de objeto para adaptação às atuais condições do mercado.

As alterações introduzidas no regime de duração dos contratos públicos pela Lei nº 14.133/2021, além de estenderem o prazo máximo de vigência dos contratos para muito além dos padrões adotados internacionalmente<sup>1451</sup>, ampliaram significativamente as oportunidades para comportamentos oportunistas dos agentes de contratação.

Nos termos do artigo 57, II, da Lei nº 8.666/1993, um contrato de prestação de serviços continuados teria duração inicial de um ano, mas admitiria sucessivas prorrogações pelo mesmo período até o limite de sessenta meses, “com vistas à obtenção de preços e condições mais vantajosas para a Administração”. O § 4º do mesmo dispositivo, acrescido pela Lei nº 9.648/98, admitia ainda mais uma prorrogação por doze meses, em “caráter excepcional”, embora sem especificar quais circunstâncias excepcionais pudessem justificar tal extensão adicional do prazo. Segundo a orientação do Tribunal de Contas da União, tais prorrogações anuais haveriam de ser antecedidas por ampla pesquisa de preços, através de consultas a portais de compras governamentais e contratações similares realizadas por outros entes públicos, para aferir se a extensão do prazo efetivamente seria a solução que melhor atendesse ao objetivo da vantajosidade.

A Lei nº 14.133/2021, por sua vez, autoriza que o prazo inicial de contratos de serviços e fornecimentos contínuos<sup>1452</sup> se estenda até cinco anos (artigo 106), e ainda admite sua “prorrogação sucessiva” até o limite de dez anos, “desde que haja previsão em edital e que a autoridade competente ateste

---

<sup>1451</sup> As observações a seguir se referem à duração dos contratos de “serviços e fornecimentos contínuos” (art. 106 da Lei nº 14.133/2021), e não dizem respeito à concessão de serviços públicos, que possui prazos são mais dilatados em razão da necessidade de amortização do capital investido, por se tratar de matéria objeto de legislação específica (Lei nº 8.987/95), e portanto situada fora do escopo da presente pesquisa.

<sup>1452</sup> O inciso XV do artigo 6º da Lei nº 14.133/2021 define os “serviços e fornecimentos contínuos” como “serviços contratados e compras realizadas pela Administração Pública para a manutenção da atividade administrativa, decorrentes de necessidades permanentes ou prolongadas”.

que as condições e os preços permanecem vantajosos para a Administração” (artigo 107).

De maneira casuística, o legislador optou por conferir prazos ainda mais benignos para contratos que versassem sobre determinados objetos, tais como: i) contratos celebrados mediante dispensa de licitação para aquisição de materiais de uso padronizados das Forças Armadas, ou em contratações nas quais haja transferência de tecnologia de produtos estratégicos para o Sistema Único de Saúde (alínea g do inciso IV e inciso XII do artigo 75), cujo prazo inicial de vigência poderá ser fixado em dez anos, independentemente de qualquer prorrogação (artigo 108); e ii) contratos de “operação continuada de sistemas estruturantes de tecnologia da informação”, cuja vigência poderá se estender por até quinze anos (artigo 114).

Uma regra geral que estabeleça uma vigência contratual máxima de dez anos (incluindo prorrogações) excede, em muito, os limites admitidos nas legislações adotadas como paradigma. No direito português, o prazo de vigência dos contratos de aquisição de bens móveis e de serviços<sup>1453</sup>, se limita a 3 anos geralmente, embora se admita a possibilidade de ultrapassar tal limite<sup>1454</sup> quando “necessário ou conveniente em função da natureza das prestações objeto do contrato ou das condições da sua execução” (número 1 do artigo 440º). Por sua vez, a regulação federal norte-americana estabelece, como regra geral, um prazo de vigência máximo de cinco anos para contratos de fornecimento e de serviços, incluindo eventuais aditivos (*options*), embora também admita a possibilidade de exceções mediante aprovação em conformidade com os procedimentos de cada agência [FAR 17.204 (e)].

Ao mesmo tempo em que ampliou os prazos máximos de vigência contratual, a Lei nº 14.133/2021 paralelamente conferiu ao gestor público

---

<sup>1453</sup> Por força da remissão contida no artigo 451º do CCP, o artigo 440º do CCP aplica-se também aos contratos de aquisição de serviços.

<sup>1454</sup> Por força do artigo 48º do CCP, exige-se “fundamentação acrescida ou reforçada” para a fixação de prazo de vigência superior a três anos no caderno de encargos (AMORIM, João Pacheco de. “O princípio da temporalidade dos contratos públicos”. *Estudos de Contratação Pública* – IV, p. 22).

poderes discricionário para: i) a cada aniversário do contrato (artigo 106, § 1º), durante o seu prazo inicial de vigência, exercer opção pela extinção do contrato, sem ônus para a Administração, “quando não dispuser de créditos orçamentários para sua continuidade ou quando entender que o contrato não mais lhe oferece vantagem” (artigo 106, III); ii) por ocasião do encerramento do prazo inicial de vigência, optar pela prorrogação contratual, com ou sem renegociação de seus termos, ou pela “extinção contratual sem ônus para qualquer das partes” (artigo 107).

Se a estipulação de um prazo inicial de cinco anos gera risco de um progressivo distanciamento entre os termos da contratação e a realidade do mercado (à medida em que o decurso de tempo, sem novo recurso ao mercado, amplia a assimetria informacional entre o operador econômico e a Administração Pública), por outro lado a ampliação da vigência inicial permitiria que os operadores financeiros obtivessem economia de escala e incentivaria uma competição mais agressiva na licitação, o que possibilitaria, ao menos em tese, a obtenção de preços mais vantajosos para o contraente público. Porém, qualquer efeito potencialmente benéfico da ampliação do prazo inicial resta esvaziado diante do risco de extinção antecipada do contrato, sem ônus para o erário<sup>1455</sup>: a oferta realizada pelo licitante haverá de precificar o risco de que o gestor público futuramente venha a “entender que o contrato não mais oferece vantagem” à Administração.

Na prática, portanto, a conjugação das regras que tratam da vigência inicial de cinco anos e da possibilidade de extinção antecipada do contrato resultam no “pior dos mundos”: além de não obter preços mais vantajosos pela dilação da vigência contratual, o legislador afastou-se da aferição periódica da

---

<sup>1455</sup> Ressalte-se que a doutrina tem questionado a constitucionalidade do dispositivo, no trecho em que prevê a possibilidade de extinção antecipada “sem ônus” para a Administração, seja por entender que importaria em modificação das “condições originais da proposta”, em afronta ao art. 37, XXI da Constituição da República (JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratações Administrativas – Ed. 2021*, RL 1.34 – comentário ao artigo 106), seja por aplicação da responsabilidade extracontratual do Estado prevista no §6º do art. 37 da CF/88 (STROPPIA, Christianne de Carvalho; FORTINI, Cristiana. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos* (org: FORTINI, Cristiana et al), Belo Horizonte: Forum, Vol. 2, p. 333).

vantajosidade econômica por critérios objetivos<sup>1456</sup> (“preços e condições mais vantajosas para a Administração”) para privilegiar um juízo discricionário de conveniência<sup>1457</sup> (“quando entender que o contrato não mais lhe oferece vantagem”). Confere-se ao gestor público, assim, múltiplas oportunidades para a prática de comportamentos oportunistas, valendo-se da ameaça de extinção antecipada do contrato plurianual, independentemente de qualquer inadimplemento por parte do operador econômico, para extrair vantagens ilícitas do contraente privado.

No que diz respeito à possibilidade de prorrogação contratual, para além do delongado prazo máximo de dez anos, a Lei nº 14.133/2021 exige a atestação de que “as condições e os preços permanecem vantajosos para a Administração”, a indicar que bastaria a manutenção do *status quo* em termos de *value for money*, o que seria uma condição menos rigorosa do que a anteriormente prevista na Lei nº 8.666/93, que inseria a prorrogação em um contexto de progressiva melhoria dos termos contratuais<sup>1458</sup> (“obtenção de preços e condições mais vantajosas para a Administração”).

Dado que o artigo 107 da Lei nº 14.133/2021 não estabelece critérios claros e objetivos acerca dos casos em que o contrato haveria de ser prorrogado sob as mesmas condições e preços, ou em que poderia (ou deveria) haver nova “negociação com o contratado”, atribui-se ao juízo discricionário do agente a opção pela manutenção dos termos do contrato vigente, sem redução de preço ou acréscimo de serviços adicionais, mesmo

---

<sup>1456</sup> Embora o outro fundamento passível de invocação para extinção antecipada do contrato (ausência de disponibilidade de créditos orçamentários suficientes para a continuidade da contratação) constitua-se em um critério de natureza objetiva, sua invocação decorre de um juízo político acerca da alocação de recursos orçamentários escassos.

<sup>1457</sup> Como ressaltam Christianne de Carvalho Stroppa e Cristiana Fortini, o texto do inciso III do artigo 106 (que se refere à extinção antecipada) não especifica a natureza da “vantagem” que se teria deixado de vislumbrar, tratando-se de texto “mais aberto” do que o inciso I do mesmo dispositivo, que se refere explicitamente à vantajosidade econômica (STROPPA, Christianne de Carvalho; FORTINI, Cristiana. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos* (org: FORTINI, Cristiana et al), Belo Horizonte: Forum, Vol. 2, p. 332-333).

<sup>1458</sup> Nos termos da lição de João Pacheco de Amorim, o dever de boa administração exige que a renovação da relação contratual ocorra “no âmbito de uma dinâmica de constante e progressiva melhoria da execução contratual” (AMORIM, João Pacheco de. “O princípio da temporalidade dos contratos públicos”. *Estudos de Contratação Pública* – IV, p. 51)

após eventuais investimentos iniciais terem sido integralmente amortizados.<sup>1459</sup> Dado que a prorrogação contratual permite ao contraente privado extrair vantagens econômicas da incumbência (por exemplo, mantendo o mesmo patamar de remuneração a despeito da desnecessidade de renovação dos investimentos), e considerando a relativa fragilidade dos mecanismos de supervisão e de transparência sobre a atuação do agente público no momento da prorrogação contratual (a agravar a assimetria de informação entre *insiders* e *outsiders*), surge para o agente público a oportunidade para favorecimento do incumbente e para a extração de vantagens ilícitas em retribuição.

Sob a perspectiva da vantajosidade, a prorrogação contratual – dentro dos limites máximos de vigência previstos na lei – se justifica nas hipóteses em que os custos de transação *ex ante*, decorrentes da instauração de um novo procedimento competitivo, excederem a economia que uma nova contratação pudesse proporcionar. Por tal razão, as decisões acerca das prorrogações contratuais haveriam de ser precedidas de pesquisas em portais de contratação pública, versando sobre objetos similares ao do contrato a ser prorrogado, de modo a estimar os potenciais benefícios do regresso da Administração Pública ao mercado, em comparação com os custos daí decorrentes. Dado que a prévia “atestação” da vantajosidade econômica constitui requisito de validade da prorrogação contratual (artigo 107 da Lei nº 14.133/2021), entende-se que a decisão haverá de ser obrigatoriamente motivada, não se admitindo prorrogações contratuais tácitas.<sup>1460</sup>

---

<sup>1459</sup> Citando Freitas do Amaral e Lino Torgal, João Pacheco de Amorim afirma que “o normal (e desejável) é ter o contrato prorrogado ‘um conteúdo inevitavelmente diferente do inicialmente fixado’”, dado que o exaurimento de algumas das obrigações inicialmente estabelecidas permitiriam que o contraente privado assumisse novos encargos (AMORIM, João Pacheco de. “O princípio da temporalidade dos contratos públicos”. Estudos de Contratação Pública – IV, p. 69). Em sentido similar, Peter Trepte afirma que o preço e os demais termos contratuais precisariam ser periodicamente revistos para preservação do *value for money*, e que a renovação automática de contratos seria uma péssima prática licitatória, quando não uma demonstração de má-fé (TREPTE, Peter. *Public Procurement in the EU: A Practitioner’s Guide*. Oxford: Oxford University Press (2007), pp. 188-189)

<sup>1460</sup> Em sentido contrário, Marçal Justen Filho admite a possibilidade de se presumir a concordância com a renovação contratual mediante o silêncio do contratante (JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratações Administrativas – Ed. 2021*, RL 1.34 – comentário ao artigo 107). No direito português, o Código dos Contratos Públicos expressamente admite a possibilidade de prorrogação contratual tácita no número 2 do artigo 97º e no número 1 do artigo 440º do Código dos Contratos Públicos.

Propõe-se, deste modo, em concretização às linhas estratégicas de desincentivos a comportamentos oportunistas, ampliação das oportunidades de participação e despersonalização da atuação do agente público, que:

- i) o prazo de vigência dos contratos de serviços e fornecimentos contínuos seja, em princípio, limitado a um ano, admitindo-se excepcionalmente a contratação plurianual mediante demonstração da necessidade de amortizar despesas iniciais significativas com investimentos ou mobilização;
- ii) o prazo máximo de vigência dos contratos de serviços e fornecimentos contínuos, incluindo eventuais prorrogações, seja limitado a três anos; seja excluída a possibilidade de extinção antecipada dos contratos de vigência plurianual, ressalvados os casos de rescisão já previstos em lei;
- iii) eventuais prorrogações contratuais, dentro do limite temporal máximo, sejam precedidas de pesquisas em portais de contratação pública, versando sobre objetos similares ao do contrato a ser prorrogado, de modo a estimar os potenciais benefícios que pudessem ser auferidos com uma nova contratação, em comparação com os custos de transação *ex ante* decorrentes da eventual abertura de nova licitação.



– REFERÊNCIAS –

ABRAHAM, Marcus. *O fantasma dos restos a pagar*, obtido em 05/08/2020 por meio do endereço <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/coluna-fiscal/o-fantasma-dos-restos-a-pagar-12122019>>

ABRAMO, Claudio Weber Abramo. *Corrupção no Brasil: A perspectiva do setor privado*. Abril 2014, no endereço eletrônico, acessado em 02/09/2020, <[http://conscienciafiscal.mt.gov.br/arquivos/A\\_a0bb51af67ac5fbd795e0e8f24555ea8corrupcaonoBrasilperspectivadosetorprivado2003.pdf](http://conscienciafiscal.mt.gov.br/arquivos/A_a0bb51af67ac5fbd795e0e8f24555ea8corrupcaonoBrasilperspectivadosetorprivado2003.pdf)>.

ABRAMO, Claudio Weber. “Prevention and detection in bribery-affected public procurement”, in *Public Economics 0309001*. Munich: University Library of Munich, 2003, disponível no endereço eletrônico <<https://econwpa.ub.uni-muenchen.de/econ-wp/pe/papers/0309/0309001.pdf>>, acesso em 02/09/2020.

ACEMOGLU, Daron; VERDIER, Thierry. “The Choice Between Market Failures and Corruption”, in *The American Economic Review*, vol. 90, nº 1, mar. 2000.

ACEMOGLU, Daron; ROBINSON, James A. *Why Nations Fail: The Origins of Power, Prosperity and Poverty*. New York: Crown Business, 2012.

AGUIAR, Júlio Cesar; DAHER, Lenna Luciana Nunes; TABAK, Benjamin Miranda. “Cartéis em licitações públicas sob o enfoque da Análise Econômica do Direito. Os incentivos legais à livre concorrência são suficientes para desestimular a formação de cartéis?”, in *Revista de Direito Econômico Socioambiental*, Curitiba, v. 9, n. 3, pp. 185-218, set./dez. 2018.

AKERLOF, George A. “The Market for ‘Lemons’: Quality Uncertainty and the Market Mechanism”, in *The Quarterly Journal of Economics*, Vol. 84, Nº 3, 1970, pp. 488-500.

ALBANO, Gian Luigi; NICHOLAS, Caroline. *The Law and Economics of Framework Agreements: Designing flexible solutions for public procurement*. Cambridge: Cambridge University Press, 2016.

ALMEIDA, Mansueto. Nota Técnica: Restos a Pagar e Artíficos Contábeis, <<https://docplayer.com.br/22376109-Nota-tecnica-restos-a-pagar-e-artificios-contabeis.html>>, acesso em 05/08/2020.

ALMEIDA, Mário Aroso de. *Teoria Geral do Direito Administrativo*. Coimbra: Almedina, 2018, 5ª edição.

ALMEIDA, Mário Aroso de. “Novos regimes de contratação pública: apreciação geral”, in GOMES, Carla Amado; PEDRO, Ricardo; SERRÃO, Tiago;

CALDEIRA, Marco (coordenadores). *Comentários ao Código dos Contratos Públicos – Volume I*. Lisboa: AAFDL, pp. 27-41.

AMORIM, João Pacheco de. “O princípio da temporalidade dos contratos públicos”, in GONÇALVES, Pedro Costa (organizador). *Estudos de Contratação Pública – IV*. Coimbra: Coimbra Editora, 2013, pp. 19-77.

AMUNDSEN, Inge. “Political Corruption: An Introduction to the Issues”, in Michelsen Institute Development Studies and Human Rights, 1999.

ANDERSON, Robert D.; KOVACIC, William E.; MÜLLER, Anna Caroline. “Ensuring integrity and competition in public procurement markets: a dual challenge for good governance”, disponível no endereço eletrónico <[https://www.researchgate.net/publication/265222261\\_Ensuring\\_integrity\\_and\\_competition\\_in\\_public\\_procurement\\_markets\\_A\\_dual\\_challenge\\_for\\_good\\_governance/link/552671540cf2628d5afdf690/download](https://www.researchgate.net/publication/265222261_Ensuring_integrity_and_competition_in_public_procurement_markets_A_dual_challenge_for_good_governance/link/552671540cf2628d5afdf690/download)>, acesso em 10/09/2020.

ANDREWS, Matt; PRITCHETT, Lant; WOOLCOCK, Michael. *Building State Capability. Evidence, Analysis, Action*. Oxford: Oxford University Press, 2017.

ANDREWS, Matt; PRITCHETT, Lant; WOOLCOCK, Michael. “Escaping Capability Traps through Problem-Driven Iterative Adaptation (PDIA)”, Working Paper nº 299, Center for Global Development, June 2012, disponível em <[https://www.cgdev.org/sites/default/files/1426292\\_file\\_Andrews\\_Pritchett\\_Woolcock\\_traps\\_FINAL\\_0.pdf](https://www.cgdev.org/sites/default/files/1426292_file_Andrews_Pritchett_Woolcock_traps_FINAL_0.pdf)>, acesso em 30/07/2021.

ANECHIARICO, Frank; JACOBS, James B. *The Pursuit of Absolute Integrity: How Corruption Control Makes Government Ineffective*. The University of Chicago Press, 1996.

ANG, Yuen Yuen. *China’s Gilded Age: The Paradox of Economic Boom and Vast Corruption*. Cambridge: Cambridge University Press, 2020.

ANTUNES, Aquilino Paulo. “Critérios de escolha do procedimento: o valor e a tentação da adjudicação directa”, in GOMES, Carla Amado; PEDRO, Ricardo; SERRÃO, Tiago; CALDEIRA, Marco (coordenadores). *Comentários ao Código dos Contratos Públicos – Volume I*. Lisboa: AAFDL, 2021, pp. 491-535.

ARROWSMITH, Sue. *The Law of Public and Utilities Procurement*. London: Sweet and Maxwell, 1996.

ARROWSMITH, Sue; LINARELLI, John; WALLACE JR., Don. *Regulating Public Procurement: National and International Perspectives*. The Hague: Kluwer Law International, 2000.

ARROWSMITH, Sue. *Public procurement regulation: an introduction*. University of Nottingham, 2011, disponível no endereço <<https://nottingham-repository.worktribe.com/output/1010457/public-procurement-regulation-an-introduction>>, acesso em 20/08/2021.

AURÉLIO, Bruno. “A previsão da remuneração variável do contratado sob o Regime Diferenciado das Contratações Públicas”, in CAMMAROSANO, Márcio; POZZO, Augusto Neves Dal; VALIM, Rafael (Coordenadores). *Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC (Lei nº 12.462/11; Decreto nº 7.581/11): aspectos fundamentais*. Belo Horizonte: Fórum, 2014, versão eletrônica.

BALDI, Simona; VANNONI, Davide. “The Impact of Centralization on Pharmaceutical Procurement Prices: The Role of Institutional Quality and Corruption”, in *African Journal of Procurement, Logistics & Supply Chain Management*, Volume 1, Issue 4, April 2019, pp. 44-59, disponível em <<https://damaacademia.com/ajplscm/2019/05/20/the-impact-of-centralization-on-pharmaceutical-procurement-prices-the-role-of-institutional-quality-and-corruption/>>.

BARATTA, Roberto. “EU Soft Law Instruments as a Tool to Tackle the COVID-19 Crisis: Looking at the ‘Guidance’ on Public Procurement Through the Prism of Solidarity”, in *European Papers*, Vol. 5, 2020, Nº 1, pp. 365-373, disponível em <[https://www.europeanpapers.eu/en/system/files/pdf\\_version/EP\\_EF\\_2020\\_I\\_033\\_Roberto\\_Baratta\\_00384.pdf](https://www.europeanpapers.eu/en/system/files/pdf_version/EP_EF_2020_I_033_Roberto_Baratta_00384.pdf)>, acesso em 20/08/2021.

BECKER, Gary S. “A Theory of Competition Among Pressure Groups for Political Influence”, in *The Quarterly Journal of Economics*, Vol. 98, Nº 3, 1983, pp. 371-400, disponível para consulta no endereço eletrônico <<http://citeseerx.ist.psu.edu/viewdoc/download?doi=10.1.1.359.7578&rep=rep1&type=pdf>>, acesso em 18/07/2021.

BECQUART-LECLERQ, Jeanne. “Paradoxes de la corruption politique”, in *Pouvoirs: Revue française d’études constitutionnelles et politiques*, nº 31, Novembre 1984, p. 21, disponível no endereço eletrônico <[https://revue-pouvoirs.fr/IMG/pdf/Pouvoirs31\\_p19-36\\_paradoxes\\_corruption\\_politique.pdf](https://revue-pouvoirs.fr/IMG/pdf/Pouvoirs31_p19-36_paradoxes_corruption_politique.pdf)>, acesso em 20/06/2021.

BINENBOJM, Gustavo. *Poder de Polícia, Ordenação, Regulação: Transformações Político-Jurídicas, Econômicas e Institucionais do Direito Administrativo Ordenador*. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

BITTENCOURT, Sidney. *Nova Lei de Licitações Passo A Passo*. Belo Horizonte: Editora Forum, 2021.

BOETTKE, Peter J.; COYNE, Christopher J.; LEESON, Peter T. “Institutional Stickiness and the New Development Economics”, in *American Journal of Economics and Sociology*, Vol. 67, nº 2, April 2008.

BOTELHO, Martinho Martins. “A Eficiência e o Efeito Kaldor-Hicks: A Questão da Compensação Social”, in *Revista de Direito, Economia e Desenvolvimento Sustentável*, v. 2, n. 1. Brasília, Jan/Jun 2016.

BRANCO, Ricardo. “Alterações ao regime do ajuste direto e da consulta prévia”, in ESTORNINHO, Maria João; MARTINS, Ana Gouveia; SÁNCHEZ, Pedro Fernández (organizadores). *A Revisão do Código dos Contratos Públicos de 2021 – Atas da Conferência*. Lisboa: AAFDL, 2021, pp. 105-109.

BURMAN, Allan V. "Will Rule Changes Go too Far?", in Government Executive, 1 Sept. 1997, *Business Insights: Essentials*, disponível no endereço eletrónico <[http://bi.gale.com/essentials/article/GALE%7CA211577529/167ad0a43c0d34ccb4ad1c63eff661b4?u=nysl\\_me\\_bpl\\_cent](http://bi.gale.com/essentials/article/GALE%7CA211577529/167ad0a43c0d34ccb4ad1c63eff661b4?u=nysl_me_bpl_cent)>, acesso em 17/08/2021.

CABRAL, Margarida Olazabal. “Alguns apontamentos sobre os impedimentos no CCP”, in GOMES, Carla Amado; PEDRO, Ricardo; SERRÃO, Tiago; CALDEIRA, Marco (organizadores). *Comentários ao Código dos Contratos Públicos – Volume II*, p. 57-95.

CALDEIRA, Marco. “O âmbito subjectivo da centralização das compras públicas em Portugal”, in RAIMUNDO, Miguel Assis (coordenador). *Centralização e Agregação de Compras Públicas. Reflexões Sobre uma Tendência Actual da Contratação Pública*. Coimbra: Almedina, 2019, pp. 131-181.

CALDEIRA, Marco. “As medidas especiais de contratação pública: uma primeira apreciação sobre alguns aspectos da Lei nº 30/2021, de 21 de maio”, in ESTORNINHO, Maria João; MARTINS, Ana Gouveia; SÁNCHEZ, Pedro Fernández (organizadores). *A Revisão do Código dos Contratos Públicos de 2021*. Lisboa: AAFDL, 2021, pp. 91-102.

CALETTI, Leandro; STELZER, Joana. “O interesse público e o estado de necessidade administrativo: as novas aproximações de uma imbricação necessária”, in *Revista Brasileira de Pesquisa Jurídica*, v. 1, n. 3, 2021, pp. 73-96, disponível para consulta no endereço eletrónico <<https://ojs.eduvaleavare.com.br/index.php/rbpj/article/view/18/19>>, acesso em 14/08/2021.

CAMARÃO, Tatiana Martins da Costa; DANIEL, Felipe Alexandre Santa Anna Mucci. A fase interna da licitação: distinções entre Projeto Básico e Termo de Referência. *Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP*, Belo Horizonte, ano 12, n. 141, set. 2013.

CAMMAROSANO, Márcio. “Artigos 5º a 7º da Lei nº 12.462, de 5 de agosto de 2011.” In: CAMMAROSANO, Márcio; POZZO, Augusto Neves Dal; VALIM, Rafael (Coordenadores). *Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC (Lei nº 12.462/11; Decreto nº 7.581/11). Aspectos fundamentais*. Belo Horizonte: Fórum, 2014, versão eletrônica.

CAMPOS, J. Edgardo; PRADHAN, Sanjay; RECANATINI, Francesca. “Conclusion: Where to Next?”, in CAMPOS, J. Edgardo; PRADHAN, Sanjay.

*The Many Faces of Corruption: tracking vulnerabilities at the sector level*. Washington D.C: The World Bank, 2007, pp. 429-434.

CANACHE, Damarys; ALLISON. “Corrupted Perceptions: The Effect of Corruption on Political Support in Latin American Democracies”, disponível em <[https://www.researchgate.net/publication/237541056\\_Corrupted\\_Perceptions\\_The\\_Effect\\_of\\_Corruption\\_on\\_Political\\_Support\\_in\\_Latin\\_American\\_Democracies](https://www.researchgate.net/publication/237541056_Corrupted_Perceptions_The_Effect_of_Corruption_on_Political_Support_in_Latin_American_Democracies)>, acesso em 25/09/2020.

CARDOSO, André Guskow. “O Regime Diferenciado de Contratações Públicas: a questão da publicidade do orçamento estimado”, in JUSTEN FILHO, Marçal; PEREIRA, César A. Guimarães (coordenadores). *O Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC): comentários à Lei nº 12.462 e ao Decreto nº 7.581*. Belo Horizonte: Fórum, 2013,

CARPINETI, Laura; PIGA, Gustavo; ZANZA, Matteo. “The Variety of Procurement Practice: Evidence from Public Procurement”, in DIMITRI, Nicola; PIGA, Gustavo; SPAGNOLO, Giancarlo (editors). *Handbook of Procurement*. Cambridge University Press, 2006, obtido em SSRN: <<https://ssrn.com/abstract=896748>>, acesso em 20/07/2020.

CARAZZA, Bruno. *Dinheiro, Eleições e Poder: As Engrenagens do Sistema Político Brasileiro*. São Paulo, Cia das Letras, 2018.

CARVALHO, André Norberto Carbone de; PAVANI, Daniela Elias Pavani. “Licitações federais nos Estados Unidos da América”, in SANTOS, Márcia Walquiria Batista dos; TANAKA, Sônia Yurikov Kanashiro (coordenadoras). *Estudos Avançados de Direito Administrativo – Análise Comparada da Lei de Licitações*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014

CARVALHO, Eduardo Santos de. “Corrupção e a Fiscalização das Organizações Sociais de Saúde”, in *A atuação do Ministério Público em face das organizações sociais de saúde*. Brasília: Conselho Nacional do Ministério Público, 2019, pp. 60-70.

CARVALHO, Raquel. “Consultas preliminares ao mercado no CCP”, in GOMES, Carla Amado; PEDRO, Ricardo; SERRÃO, Tiago; CALDEIRA, Marco (coordenadores). *Comentários ao Código dos Contratos Públicos – Volume I*. Lisboa: AAFDL Editora, 2021, pp. 393-417.

CARVALHO, Victor Aguiar de. *Cartéis em Licitações*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

CARVALHO, Victor Aguiar de. *Corrupção empresarial e Administração Pública: uma abordagem integrada do arranjo normativo-institucional brasileiro para o enfrentamento da oferta de corrupção*. Tese de Doutorado. Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2021.

CAUPERS, João. “Contratação Pública e Concorrência”, in TRABUCO, Cláudia; EIRÓ, Vera (organizadoras). *Contratação Pública e Concorrência*. Coimbra: Almedina, 2013, pp. 7-19.

CHARRON, Nicholas; DAHLSTRÖM, Carl; FAZEKAS, Mihály; LAPUENTE, Victor. “Careers, connections and corruption risks in Europe”. Working Paper Series 2015:6. Gothenburg: The Quality of Government Institute, 2015.

CHIAVENATO, Idalberto. Introdução à teoria geral da administração, São Paulo: McGraw-Hill do Brasil, 1983.

CLIFFORD, Winston. *Government Failure vs Market Failure: Microeconomics Policy Research and Government Performance*. Washington: Brookings Institution Press, American Enterprise Institute, 2006.

COASE, Robert H. “The regulated industries: Discussion”, in *American Economic Review*, 54(2), 1964.

COASE, Robert H. “The New Institutional Economics”, in *Zeitschrift Für Die Gesamte Staatswissenschaft/Journal of Institutional and Theoretical Economics*, 140, nº 1, 1984.

COIMBRA, José Duarte. “Planeamento da contratação e consulta preliminar ao mercado”, in ESTORNINHO, Maria João; MARTINS, Ana Gouveia (coordenadoras). *A Revisão do Código dos Contratos Públicos – Atas da Conferência*. Lisboa: ICDP/CIDP, dezembro de 2016.

COIMBRA, José Duarte. “Modalidades dos critérios de adjudicação e do critério de desempate”, in ESTORNINHO, Maria João; MARTINS, Ana Gouveia; SÁNCHEZ, Pedro Fernández (organizadores). *A Revisão do Código dos Contratos Públicos de 2021*. Lisboa: AAFDL, 2021, pp. 155-160.

COIMBRA, José Duarte. “Adjudicação por lotes”, in GOMES, Carla Amado; PEDRO, Ricardo; SERRÃO, Tiago; CALDEIRA, Marco (coordenadores). *Comentários ao Código dos Contratos Públicos – Volume I*. Lisboa: AAFDL, 2021, pp. 665-755.

COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Law & economics*. Berkeley: Berkeley Law Books, 2016, p. 11, obtido em <<http://scholarship.law.berkeley.edu/books/2>>, acesso em 16/07/2020.

DALLAGNOL, Deltan; POZZOBON, Roberson. “Ações e reações no esforço contra a corrupção no Brasil”, in PINOTTI, Maria Cristina (organizadora). *Corrupção: Lava Jato e Mãos Limpas*. São Paulo: Portfolio/Penguin, 2019, pp. 129-183.

DÁVID-BARRETT, Elizabeth; FAZEKAS, Mihály; HELLMANN, Olli; MARK, Lili; MCCORLEY, Ciara. “Controlling corruption in development aid: new evidence

from contract-level data”, in *Studies in Comparative International Development*, n. 55, 2020, pp. 481-515.

DÁVID-BARRETT, Elizabeth; FAZEKAS, Mihály. “Anti-corruption interventions in development aid: Is corruption reduced or merely displaced?”. Working Paper GTI-WP 2018:02. Budapest: Government Transparency Institute, 2018.

DAVIS, Lance; NORTH, Douglass C. “Institutional Change and American Economic Growth: A First Step Towards a Theory of Institutional Innovation”, in *The Journal of Economic History*, Vol. 30, Nº 1, The Tasks of Economic History, March 1970.

DEKEL, Omar. “The Legal Theory of Competitive Bidding for Government Contracts”, in *Public Contract Law Journal*, vol. 37, n. 2, 2008, pp. 237-268, disponível em <[https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1391182](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1391182)>, acesso em 20/08/2020.

DELLA PORTA, Donatella; VANNUCCI, Alberto. *Corrupt Exchanges. Actors, Resources, and Mechanisms of Political Corruption*. New York: Aldine de Gruyter, 1999.

DEUS, Adriana Regina Sarra de. *O Contrato de EPC – Engineering, Procurement and Construction*. São Paulo: Almedina Brasil, 2019.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública*. São Paulo: Atlas, 2015.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

DIAS, Maria Tereza Fonseca. “Análise Econômica do Direito nas contratações públicas: estudo de casos da legislação e experiência brasileira”, disponível em <[http://www.up.edu.pe/UP\\_Landing/alacde2017/papers/50-Law-economics-public-contracts.pdf](http://www.up.edu.pe/UP_Landing/alacde2017/papers/50-Law-economics-public-contracts.pdf)>, acesso em 20/08/2020.

DOWNS, Anthony. “An Economic Theory of Political Action in a Democracy”, in *Journal of Political Economy*, Vol. 65, Nº 2, 1957, pp. 135-150, disponível no endereço eletrônico <<http://docenti.luiss.it/egidi/files/2012/02/Downs-Political-Action.pdf>>.

ESTORNINHO, Maria João. *Réquiem pelo contrato administrativo*. Coimbra: Almedina, 2003.

ESTORNINHO, Maria João. “Apreciação Crítica à Alteração de 2017 ao Código dos Contratos Públicos”, in *Contratação Pública*. Lisboa: Centro de Estudos Judiciários, 2018, pp. 9-17, disponível no endereço eletrônico <[http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/Administrativo\\_fiscal/eb\\_ContratacaoPublica2018.pdf](http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/Administrativo_fiscal/eb_ContratacaoPublica2018.pdf)>, acesso em 31/07/2021.

ESTORNINHO, Maria João. “(Mais) uma revisão do Código dos Contratos Públicos: três breves notas de preocupação, em tempos de pandemia”, in ESTORNINHO, Maria João; MARTINS, Ana Gouveia; SÁNCHEZ, Pedro Fernández (organizadores). *A Revisão do Código dos Contratos Públicos de 2021*. Lisboa: AAFDL, 2021, pp. 11-20.

FAORO, Raymundo. *Os donos do poder*. Rio de Janeiro: Editora Globo, 2001, versão eletrônica.

FARINHO, Domingos Soares. “Regras especiais de contratação pública: os serviços sociais e outros serviços específicos”, in ESTORNINHO, Maria João; MARTINS, Ana Gouveia (coordenadoras), *Atas da Conferência A Revisão do Código dos Contratos Públicos*, Instituto de Ciências Jurídico-Políticas, Lisboa, 2016, pp. 81-97.

FELDMAN, Steven W. *Government Contracts in a Nutshell*. St. Paul: West Academic Publishing, 2015.

FERNANDES, Débora Melo. “Alguns apontamentos sobre a decisão de contratar no CCP”, in GOMES, Carla Amado; PEDRO, Ricardo; SERRÃO, Tiago; CALDEIRA, Marco (coordenadores). *Comentários ao Código dos Contratos Públicos – Volume I*. Lisboa: AAFDL Editora, 2021, pp. 363-392.

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *Contratação direta sem licitação*. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

FERNANDEZ, Michelle Cristina Santiago. “Dinâmica dos Dispute Boards e perspectivas de utilização em contratos de construção no Brasil”. Dissertação de mestrado, Escola Politécnica da Universidade de São Paulo, 2019.

FISMAN, Ray; GATTI, Roberta; “Bargaining for bribes: the role of institutions”, in ROSE-ACKERMAN, Susan (editor). *International Handbook on the Economics of Corruption*. Edward Elgar Publishing, Glos, 2006, pp 127-139.

FISMAN, Ray; GOLDEN, Miriam A. *Corruption: What Everyone Needs to Know*. New York: Oxford University Press, 2017.

FIUZA, Eduardo Pedral Sampaio; MEDEIROS, Bernardo Abreu de. *A Agenda Perdida das Compras Públicas. Rumo a uma Reforma Abrangente da Lei de Licitações e do Arcabouço Institucional*. Rio de Janeiro: Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, 2014, (obtenível no endereço eletrônico <[https://www.ipea.gov.br/portall/images/stories/PDFs/TDs/td\\_1990.pdf](https://www.ipea.gov.br/portall/images/stories/PDFs/TDs/td_1990.pdf)>, acesso em 18/07/2020).

FIUZA, Eduardo Pedral Sampaio. “Licitações e Governança de Contratos: A Visão dos Economistas”, in SALGADO, Lúcia H.; FIUZA, Eduardo P.S. (organizadores). *Marcos Regulatórios no Brasil: É tempo de rever regras?* Rio de Janeiro: IPEA, 2009.



FIUZA, Eduardo Pedral Sampaio; POMPERMAYER, Fabiano Mezadre; RAUEN, André Tortato. “A Retomada da Agenda Perdida das Compras Públicas: Notas Sobre o Novo Projeto de Lei de Licitações da Câmara dos Deputados em 2018-2019”, Nota Técnica nº 47, DISET/IPEA, março 2019.

FLATTERS, Frank; MACLEOD, W. Bentley. “Administrative Corruption and Taxation”, in *International Tax and Public Finance*, 2, 1995, p. 397-417.

FORTINI, Cristiana; Motta, Fabrício. “Prevenção à Corrupção nas Contratações”, in PONTES FILHO, Valmir; MOTTA, Fabrício; GABARDO, Emerson (coordenadores). *A regeneração da administração pública: Livro do XXX Congresso Brasileiro de Direito Administrativo NATAL-2016*. Curitiba: Íthala, 2017.

FORTINI, Cristiana Fortini; AMORIM, Rafael Amorim de. “O seguro-garantia no âmbito do Projeto de Lei nº 1.292/1995”, disponível em <<https://www.conjur.com.br/2020-nov-12/interesse-publico-seguro-garantia-ambito-pl-12921995>>, acesso em 26/08/2021.

FORTINI, Cristiana; MOTTA, Fabrício. “Corrupção nas licitações e contratações públicas: sinais de alerta segundo a Transparência Internacional”, in *Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, ano 16, n. 64, p. 93-113, abr/jun 2016.

FREITAS, Rafael Vêras. “Análise Econômica das Contratações Públicas”, in *Revista SÍNTESE Licitações, Contratos e Convênios*, Vol. 8, n. 45 (jun./jul. 2018). São Paulo: Editorial SÍNTESE.

FRIEDMAN, Lawrence. “Two faces of law”, in *Wisconsin Law Review*, nº 13, 1984, pp. 13-35, disponível em <<https://repository.law.wisc.edu/s/uwlaw/media/16825>>, acesso em 10/08/2021.

FUKUYAMA, Francis. “What is corruption?”, in *Against Corruption. A book of essays*. London: Crown, 2016.

FURUBOTN, Eirik Grundtvig; RICHTER, Rudolf. *Institutions and Economic Theory: The Contribution of the New Institutional Economics*. Michigan: University of Michigan Press, 2000.

GARCIA, Flávio Amaral; MOREIRA, Egon Bockmann. “A futura nova lei de licitações brasileira: seus principais desafios, analisados individualmente”, *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 18, nº 69, 2020, pp. 39-73.

GEORGIEVA, Irena. *Using Transparency Against Corruption in Public Procurement: A Comparative Analysis of the Transparency Rules and their Failure to Combat Corruption*. Cham: Springer, 2017.

GICO JR, Ivo. “Introdução ao Direito e Economia”, in TIMM, Luciano Benetti (organizador). *Direito e Economia no Brasil. Estudos sobre a Análise Econômica do Direito*. Indaiatuba: Editora Foco, 2019.

GIOSA, Penelope-Alexia. “Preventing collusive tendering in public markets – the case of framework agreements”, in *European Competition Journal*, vol. 16, n. 2-3, 2020, pp. 281-311.

GLAESAR, Edward L.; GOLDIN, Claudia. “Corruption and Reform: An Introduction”, in GLAESAR, Edward L.; GOLDIN, Claudia (editors). *Corruption and Reform. Lessons from America’s Economic History*. Chicago: The University of Chicago Press, 2004, pp. 03-22.

GOLDBERG, Victor P. “Competitive bidding and the production of precontract information”, *The Bell Journal of Economics*, vol. 8 n. 1 (1977), pp. 250-261, obtido via <<https://www.jstor.org/stable/3003497>>.

GONÇALVES, Pedro Costa. *Direito dos Contratos Públicos*. Coimbra: Almedina, 2021, 5ª edição, reimpressão.

GONÇALVES, Pedro Costa; MARTINS, Licínio Lopes; AZEVEDO, Pedro Santos. *As Medidas Especiais de Contratação Pública*. Coimbra: Almedina, 2021.

GONÇALVES, Pedro Costa. “A reforma de 2021 do CCP em matéria de contratos reservados e de modificações objetivas dos contratos”, in GOMES, Carla Amado; PEDRO, Ricardo; SERRÃO, Tiago; CALDEIRA, Marco (organizadores). *Comentários ao Código dos Contratos Públicos – Volume I*, pp. 43-71.

GORDON, Daniel I.; RACCA, Gabriella M. “Integrity Challenges in the EU and US Procurement Systems”, in *Ius Publicum Network Review*, 2014.

GRAELLS, Albert Sànchez; ANCHUSTEGUI, Ignacio Herrera. “Impact of public procurement aggregation on competition. Risks, rationale and justification for the rules in Directive 2014/24”, in *University of Leicester School of Law, Research Paper* nº 14-35, 2014, disponível <<https://www.semanticscholar.org/paper/Impact-of-Public-Procurement-Aggregation-on-Risks%2C-Graells-Anchustegui/5445cc1d10fa1c4e1ef907a522a9db60c849cd28>>, acesso em 14/08/2021.

GUIMARÃES, Bernardo Strobel. *Comentários à Lei das Estatais (Lei nº 13.303/2016)*. Belo Horizonte: Editora Forum, 2019.

GUIMARÃES, Sônia Karam. Desenvolvimento econômico-social e instituições no Brasil, Sônia Karam, *Civitas*, Porto Alegre, v. 16, n. 2, p. 259-284, abr.-jun. 2016.

GWARTNEY, James; WAGNER, Richard E. "The Public Choice Revolution", in *The Intercollegiate Review*, Vol. 23, n. 2, 1988, pp. 17-26, disponível no endereço eletrônico <<https://sb.cofc.edu/centers/publicchoice/files/Gwartney%20and%20Wagner.pdf>>, acesso em 17/07/2021.

HELMER, JR., James B. "False Claims Act: Incentivizing Integrity for 150 Years for Rogues, Privateers, Parasites and Patriots", in *University of Cincinnati Law Review*, Volume 81, September 2013, pp. 1261-1282, disponível no endereço eletrônico <<https://scholarship.law.uc.edu/uclr/vol81/iss4/3/>>, acesso em 10/08/2021.

HOLLANDA, Sergio Buarque de. *Raízes do Brasil*. São Paulo: Cia das Letras, 1995.

HUNJA, Robert R. "Obstacles to public procurement reform in developing countries", in ARROWSMITH, Sue; TRYBUS, Martin (editors). *Public Procurement: The Continuing Revolution*. London: Kluwer Law International, 2003, pp. 13-22.

HUNTINGTON, Samuel. *Political Order in Changing Societies*. New Haven: Yale University Press, 1968.

ISSACHAROFF, Samuel. "On Political Corruption", in *Harvard Law Review*, Vol. 124, November 2010, p. 122 (disponível no endereço <[https://cdn.harvardlawreview.org/wp-content/uploads/pdfs/vol\\_12401issacharoff.pdf](https://cdn.harvardlawreview.org/wp-content/uploads/pdfs/vol_12401issacharoff.pdf)>, acesso em 21/06/2021

JOHNSON, Jesper; TAXELL, Nils; ZAUM, Dominik. "Mapping evidence gaps in anti-corruption: Assessing the state of the operationally relevant evidence on donors' actions and approaches to reducing corruption", in *U4 Issue* n.7, Bergen: U4 Anti-Corruption Resource Center, 2012.

JOHNSTON, Michael Johnston; KPUNDEH, Sahr J. . *Building A Clean Machine Anti-Corruption Coalitions and Sustainable Reform*. The World Bank, 2002, obtido em <[https://www.researchgate.net/publication/23549752\\_Building\\_a\\_Clean\\_Machine\\_Anti-Corruption\\_Coalitions\\_and\\_Sustainable\\_Reform](https://www.researchgate.net/publication/23549752_Building_a_Clean_Machine_Anti-Corruption_Coalitions_and_Sustainable_Reform)>, acesso em 18/07/2020.

JOHNSTON, Michael. *Syndromes of Corruption: Wealth, Power, and Democracy*. New York: Cambridge University Press, 2005.

JOHNSTON, Michael. *Corruption, Contention and Reform: The Power of Deep Democratization*. Cambridge University Press, 2014.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2019.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratações Administrativas*. São Paulo: Thomson Reuters do Brasil, 2021, edição eletrônica.

JUSTEN NETO, Marçal. A fase de habilitação conforme o novo regulamento federal do pregão eletrônico. *Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini* nº 151, setembro/2019, disponível em <http://www.justen.com.br/informativo>, acesso em 02/08/2020.

KAUFMANN, Daniel. "Governance Redux: The Empirical Challenge", in PORTER, Michael E.; SCHWAB, Klaus; SALA-I-MARTIN, Xavier; LOPEZ-CLAROS, Augusto. *The Global Competitiveness Report 2003-2004*, New York: Oxford University Press, 2004, pp. 137-164.

KAUFMANN, Daniel; KRAAY, Aart; MASTRUZZI, Massimo. "The Worldwide Governance Indicators: Methodology and Analytical Issues", in *Policy Research Working Papers, World Bank*, September 2020, disponível no endereço <[https://www.researchgate.net/publication/215645597\\_The\\_Worldwide\\_Governance\\_Indicators\\_Methodology\\_and\\_Analytical\\_Issues](https://www.researchgate.net/publication/215645597_The_Worldwide_Governance_Indicators_Methodology_and_Analytical_Issues)>, acesso em 25/07/2021.

KELMAN, Steven. *Procurement and Public Management: The Fear of Discretion and the Quality of Government Performance*. Washington D.C.: The AEI Press, 1990.

KENNY, Charles. *Construction, Corruption and Developing Countries*, em <<http://documents1.worldbank.org/curated/en/571281468137721953/pdf/wps4271.pdf>>, acesso em 03/09/2020.

KHAN, Mushtaq. "Political Settlements and the Governance of Growth-Enhancing Institutions", July 2010, disponível em <[https://eprints.soas.ac.uk/9968/1/Political\\_Settlements\\_internet.pdf](https://eprints.soas.ac.uk/9968/1/Political_Settlements_internet.pdf)>, acesso em 20/06/2021.

KLEIN, Peter G. "New Institutional Economics", in BOUCKAERT, Boudewijn; DE GEEST, Gerrit (editores). *Encyclopedia of Law and Economics, Volume I. The History and Methodology of Law and Economics*. Cheltenham: Edward Elgar, 2000.

KLITGAARD, Robert. *Controlling Corruption*. Berkeley and Los Angeles: University of California Press, 1988.

LAFFONT, Jean-Jacques; TIROLE, Jean. *A Theory of Incentives in Procurement and Regulation*. Cambridge: MIT Press, 1993.

LAFFONT, Jean-Jacques; MARTIMOT, David. *The Theory of Incentives: The Principal-Agent Model*. Princeton: Princeton University Press, 2002.

LAMBSDORFF, Johann Graf. *Institutional Economics of Corruption and Reform. Theory, Evidence and Policy*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008.

LAMBSDORFF, Johann Graf. "Causes and consequences of corruption: What do we know from a cross-section of countries?" in *International Handbook on the Economics of Corruption*, ed. Susan Rose-Ackerman, Edward Elgar Publishing, Glos, 2006, pp. 03-52.

LATTER, Frank; MACLEOD, W. Bentley. "Administrative Corruption and Taxation", in *International Tax and Public Finance*, 2, 1995, pp. 397-417 (disponível em [http://qed.econ.queensu.ca/pub/faculty/flatters/writings/ff%26wbm\\_admin\\_corruption.pdf](http://qed.econ.queensu.ca/pub/faculty/flatters/writings/ff%26wbm_admin_corruption.pdf)), acesso em 20/04/2021)

LEE, Yong-Shik. "General Theory of Law and Development," in *Cornell International Law Journal*, vol. 50, n. 3, 2017, pp 415-471.

LEFF, Nathaniel. "Economic Development through Bureaucratic Corruption", in *American Behavioral Scientist*, Vol. 8, 1964, p. 8-14.

LENGWILER, Yvan; WOLFSTETTER, Elmar. "Corruption in Procurement Auctions", in DIMITRI, Nicola; PIGA, Gustavo; SPAGNOLO, Giancarlo (editors). *Handbook of Procurement – Theory and Practice for Managers*, Cambridge University Press, 2006, pp. 412-429.

LEITÃO, Alexandra. *Lições de Direito dos Contratos Públicos – Parte Geral*. Lisboa: AAFDL, 2015.

LESSIG, Lawrence. *America, Compromised*. Chicago: University of Chicago Press, 2018.

LEYS, Colin. "What is the Problem about Corruption?", in *The Journal of Modern African Studies*, Vol. 3, Nº 2, Aug. 1965, p. 215-230.

LINDE, Jonas; ERLINGSSON, GISSUR Ó. "The Eroding Effect of Corruption on System Support in Sweden", obtido no endereço <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/abs/10.1111/gove.12004>>, acesso em 25/09/2020.

LOBATO NETO, Lucival Lage; TABAK, Benjamin Miranda. *A Eficiência nas Leis Nacionais de Licitações e Contratos Administrativos: Uma Abordagem Juseconômica*. Curitiba: CRV, 2015, edição *on line*.

LUI, Francis T. "An Equilibrium Queuing Model of Bribery", in *The Journal of Political Economics*, Vol. 93, Nº 4, Aug 1985, p. 760-781.

MACHO-STADLER, Inês; PEREZ-CASTRILLO, David J. *An introduction to the economics of information: incentives and contracts*. Oxford: Oxford University Press, 2001.

MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. *Análise Econômica do Direito*. São Paulo: Editora Atlas, 2015.

MACNEIL, Ian R. "Contracts: Adjustment of long-term economic relations under classical, neoclassical, and relational contract law", in *Northwestern University Law Review*, vol. 72, n. 6, 1978, pp. 854-905.

MANKIN, Nicholas Gregory. *Introdução à Economia: princípios de micro e macroeconomia*. Rio de Janeiro: Campus, 2001.

MARQUETTE, Heather; PEIFFER, Caryn. Corruption and collective action. DLP Research Paper 32, University of Birmingham, 2015.

MARRARA, Thiago. O "diálogo competitivo" como modalidade licitatória e seus impactos. In *Revista Consultor Jurídico*, 6 de janeiro de 2017, consultado em 10/09/2020 por meio do endereço eletrônico <<https://www.conjur.com.br/2017-jan-06/thiago-marrara-dialogo-competitivo-modalidade-licitatoria>>.

MARTINS, Ana Gouveia. "A modificação dos contratos no anteprojecto do Código dos Contratos Públicos", in ESTORNINHO, Maria João; MARTINS, Ana Gouveia (coordenadoras). *A Revisão do Código dos Contratos Públicos – Atas da Conferência*. Lisboa: ICDP/CIDP, dezembro de 2016.

MARTINS, Ana Gouveia. "Os acordos-quadro e os contratos celebrados ao seu abrigo: em especial, o regime da sua modificação", in RAIMUNDO, Miguel Assis (coordenador). *Centralização e Agregação de Compras Públicas. Reflexões Sobre uma Tendência Actual da Contratação Pública*. Coimbra: Almedina, 2019, pp. 220-224.

MARTINS, Ricardo Marcondes. "Uso de robô em pregão eletrônico", in *Contraponto Jurídico: posicionamentos divergentes sobre grandes temas do Direito*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

MASHAW, Jerry. "The Fear of Discretion in Government Procurement, Book Review of Procurement and Public Management: The Fear of Discretion and the Quality of Government Performance, by Steven Kelman", in *Yale Journal on Regulation*, nº 8, 1991.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

MELLO, Eduardo; SPEKTOR, Matias. "Brazil: The Costs of Multiparty Presidentialism", in *Journal of Democracy*, Volume 29, Number 2, April 2018, p. 117.

MERCURO, Nicolas; MEDEMA, Steven G. *Economics and the Law: From Posner to Post-Modernism and Beyond*. Princeton: Princeton University Press, Second Edition, 2006.

MILLER, Gary J. “The Impact of Economics on Contemporary Political Science”, in *Journal of Economic Literature*, vol. XXXV, September 1997.

MIMOSO, Artur Trindade. “Novo Sistema Nacional de Compras Públicas: Centralização de Compras Públicas – Uma Oportunidade”. Dissertação apresentada à Universidade Católica Portuguesa para obtenção do grau de mestre em Direito Administrativo na especialidade de Contratação Pública, Setembro 2020, disponível em <[https://repositorio.ucp.pt/bitstream/10400.14/31607/1/Artur%20Trindade%20Mimoso\\_Disserta%C3%A7%C3%A3o.pdf](https://repositorio.ucp.pt/bitstream/10400.14/31607/1/Artur%20Trindade%20Mimoso_Disserta%C3%A7%C3%A3o.pdf)>, acesso em 14/08/2021.

MONGE, Cláudia. “Agrupamentos de Entidades Adjudicantes, Centrais de Compras, Acordos-Quadro”, in ESTORNINHO, Maria João; MARTINS, Ana Gouveia (coordenadoras). *Atas da Conferência: A Revisão do Código dos Contratos Públicos*. Lisboa: ICDP/CIDP, dezembro de 2016, pp. 254-273.

MOTTA, Fabrício. “Licitar não basta, é preciso fiscalizar a execução dos contratos”. In: *Revista Consultor Jurídico*, 28 de abril de 2016, consultada em 03/09/2020 por meio do endereço eletrônico <<https://www.conjur.com.br/2016-abr-28/interesse-publico-licitar-nao-basta-preciso-fiscalizar-execucao-contratos>>.

MOREIRA, Egon Bockmann; GUIMARÃES, Fernando Vernalha. *Licitação Pública. A Lei Geral de Licitação – LGL e o Regime Diferenciado de Contratação – RDC*. São Paulo: Malheiros Editores, 2015.

MUNGIU-PIPPIDI, Alina. “The Evolution of Political Order”, in *Journal of Democracy*, Volume 26, Number 4, October 2015.

MUNGIU-PIPPIDI, Alina; JOHNSTON, Michael. *Transitions to Good Governance*. Cheltenham: Edward Elgar, 2017.

MUNGIU-PIPPIDI, Alina. Controlling Corruption Through Collective Action, in *Journal of Democracy*, Volume 24, Number 1, January 2013.

MUNGIU-PIPPIDI, Alina. *The Quest for Good Governance*. Cambridge: Cambridge University Press, 2015.

MUNGIU-PIPPIDI, Alina; LONCARIC, Masa; MUNDO, Bianca Vaz; BRAGA, Ana Carolina Sponza; WEINHARDT, Michael; SOLARES, Angelica Pulido; SKARDZIUTE, Aiste; MARTINI, Maira; AGBELE, Fortune; JENSEN, Mette Frisk; SOEST, Christian von; GABEDEVA, Mariam. “Chasing Moby Dick Across Every Sea and Ocean? Contextual Choices in Fighting Corruption”. HSOG/Norad, Berlin, 2011, disponível no endereço eletrônico

<[https://pure.au.dk/portal/files/42016541/HSOG\\_Norad\\_Draft\\_report\\_Contextual\\_choices\\_in\\_fighting\\_corr.pdf](https://pure.au.dk/portal/files/42016541/HSOG_Norad_Draft_report_Contextual_choices_in_fighting_corr.pdf)>, acesso em 15/09/2020.

NEU, Dean; EVERETT, Jeff; RAHAMAN, Abu Shiraz. "Preventing corruption within government procurement: Constructing the disciplined and ethical subject", in *Critical Perspectives on Accounting*, vol. 28, 2015, pp. 49-61.

NICOLAU, Jairo. "Quanto custa um deputado? Gasto de campanha em 2014", disponível no endereço eletrônico <<https://jaironicolau.github.io/2018-05-09-quanto-custa-um-deputado-gasto-de-campanha-em-2014/>>, acesso em 04/09/2020.

NIEBUHR, Joel de Menezes. "'Carona' em Ata de Registro de Preços: Atentado veemente aos princípios do Direito Administrativo", in *ILC – Informativo de Licitações e Contratos*, nº 143. Curitiba: Zênite. Jan. 2006.

NIEBUHR, Joel de Menezes. *Antes tarde do que nunca: o novo pregão eletrônico do Decreto Federal nº 10.024/2019*. Disponível no endereço eletrônico <<https://www.zenite.blog.br/antes-tarde-do-que-nunca-o-novo-pregao-eletronico-do-decreto-federal-no-10-0242019/>>, acesso em 02/08/2020.

NIEBUHR, Joel de Menezes. "10 Medidas de Combate à Insegurança Jurídica e ao Inadimplemento da Administração Pública em Contratos Administrativos", in *Direito do Estado*, Ano 2016, Número 270, obtido no endereço <<http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/joel-de-menezes-niebuhr/10-medidas-de-combate-a-inseguranca-juridica-e-ao-inadimplemento-da-administracao-publica-em-contratos-administrativos>>, acesso em 21/08/2020.

NIEBUHR, Joel de Menezes. "O que fazer diante do Inadimplemento da Administração Pública", in *Direito do Estado*, Ano 2016, Número 95, obtido em 19/08/2020 em <<http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/joel-de-menezes-niebuhr/o-que-fazer-diante-do-inadimplemento-da-administracao-publica>>.

NIEBUHR, Joel de Menezes. *Pregão Presencial e Eletrônico*. Belo Horizonte: Fórum, 2020.

NIEBUHR, Joel de Menezes. *Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. Curitiba: Zênite, 2021, 2ª edição.

NIEBUHR, Joel de Menezes. *Licitação Pública e Contrato Administrativo*. Belo Horizonte, Fórum, 2015, 4ª edição.

NISHIJIMA, Marislei; SARTI, Flavia Mori; CATI, Regina Célia. "The underlying causes of Brazilian corruption" in *Corruption in Latin America: How Politicians and Corporations Steal from Citizens*, ed. Robert I. Rotberg, Springer, Lexington, 2019, pp. 29-56.

NISKANER, William A. "The Peculiar Economics of Bureaucracy", in *The American Economic Review*, Vol. 58, Nº 2, May 1968, pp. 293-305, disponível



<<http://www.socsci.uci.edu/~jkbrueck/course%20readings/Econ%20272B%20readings/niskanen.pdf>>, acesso em 17/07/2021.

NÓBREGA, Marcos. *Direito e Economia da Infraestrutura*. Belo Horizonte: Fórum, 2020.

NÓBREGA, Marcos. “Análise Econômica do Direito Administrativo”, in *Direito e Economia no Brasil*. Estudos sobre a Análise Econômica do Direito. Indaiatuba: Editora Foco, 2019.

NÓBREGA, Marcos; JURUBEBA, Diego Franco de Araújo. “Assimetrias de informação na nova Lei de Licitação e o problema da seleção adversa”, in *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, Belo Horizonte, ano 18, nº 69, pp. 9-32.

NÓBREGA, Marcos; TORRES, Ronny Charles L. de. “A Nova Lei de Licitações, Credenciamento e E-Marketplace: o turning point da inovação nas compras públicas”, p. 4, disponível no endereço <<https://ronnycharles.com.br/wp-content/uploads/2021/01/A-nova-lei-de-licitacoes-credenciamento-e-e-marketplace-o-turning-point-da-inovacao-nas-compras-publicas.pdf>>, acesso em 01/08/2021.

NOHARA, Irene. “Poder econômico e limites jurídicos à captura da concertação social”, in *A Prevenção da Corrupção e Outros Desafios à Boa Governança da Administração Pública*, Instituto de Ciências Jurídico-Políticas da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2018, pp. 45-71.

NOHARA, Irene Patrícia; CÂMARA, Jacintho Arruda. NOHARA, Irene Patrícia; CÂMARA, Jacintho Arruda. *Licitações e Contratos Administrativos*. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2019.

NORTH, Douglass C. *Institutions, Institutional Changes and Economic Performance*. Cambridge: Cambridge University Press, 1990.

NORTH, Douglass C. Institutional Change: A Framework of Analysis, 1997, <<https://econwpa.ub.uni-muenchen.de/econ-wp/eh/papers/9412/9412001.pdf>>, acessado em 30/07/2020.

NORTH, Douglass C. “Institutions and Credible Commitment”, in *Journal of Institutional and Theoretical Economics*, Vol. 149, Nº 1, Mar. 1993, pp. 11–23. <[www.jstor.org/stable/40751576](http://www.jstor.org/stable/40751576)>.

NORTH, Douglass C. “Institutions”, in *The Journal of Economic Perspectives*, Vol. 5, nº 1, 1991, pp. 97-112. <<https://pubs.aeaweb.org/doi/pdfplus/10.1257/jep.5.1.97>>

NORTH, Douglass C.; WALLIS, John Joseph; WEBB, Steven B.; WEINGAST, Barry R. “Limited Access Orders in the Developing World: A New Approach to the Problems of Development”, in *Policy Research Working Paper 4359*, The

World Bank, Independent Evaluation Group, Country Relations Division, September 2007.

NORTH, Douglass C.; WEINGAST, Barry R. "Constitutions and Commitment: The Evolution of Institutions Governing Public Choice in Seventeenth-Century England", in *The Journal of Economic History*, Vol. 49, Nº. 4, Dec. 1989, pp. 803-832, obtido em <[www.jstor.org/stable/2122739](http://www.jstor.org/stable/2122739)>.

NYE, Joseph. "Corruption and Political Development: A Cost-Benefit Analysis", in *American Political Science Review*, Vol. 61, nº 2, 1967, p. 417-427.

O'DONNELL, Guillermo. "Illusions About Consolidation", in *Journal of Democracy*, Volume 7, Number 2, April 1996, Johns Hopkins University Press.

O'DONNELL, Guillermo. *Horizontal Accountability and New Polyarchies*. Kellogg Institute, Working Paper #253, April 1998, disponível no endereço <[https://kellogg.nd.edu/sites/default/files/old\\_files/documents/253\\_0.pdf](https://kellogg.nd.edu/sites/default/files/old_files/documents/253_0.pdf)>, acesso em 30/07/2020.

O' DONNELL, Guillermo. "Polyarchies and the (Un)Rule of Law in Latin America", <[https://kellogg.nd.edu/sites/default/files/old\\_files/documents/254\\_0.pdf](https://kellogg.nd.edu/sites/default/files/old_files/documents/254_0.pdf)>, acesso em 05/10/2020.

O' DONNELL, Guillermo. "Another Institutionalization: Latin America and Elsewhere". Kellogg Institute, March 1996, <[https://kellogg.nd.edu/sites/default/files/old\\_files/documents/222\\_0.pdf](https://kellogg.nd.edu/sites/default/files/old_files/documents/222_0.pdf)>, acesso em 05/10/2020.

OKUN, Arthur M. *Equality and Efficiency: The Big Tradeoff*. Washington D.C.: Brookings Institution Press, 2015.

OLIVEIRA, Fernando Peixoto Fernandes de; LOBÃO, Jacqueline Do Socorro Neri Rodrigues. "A Utilização da Análise Econômica do Direito como Ferramenta para o Aperfeiçoamento do Regime de Contratações Públicas Brasileiro", in REYMÃO, Ana Elizabeth Neirão; LOUREIRO FILHO, Lair da Silva; SANTOS, Jorge Luiz Oliveira dos (coordenadores). *Direito, economia e desenvolvimento econômico sustentável*. Florianópolis: CONPEDI, 2019.

PANIZZA, Ugo. "The Use of Corruption Indicators in Sovereign Ratings". Inter-American Development Bank, 2017, obtido por meio do endereço eletrônico <<https://publications.iadb.org/publications/english/document/The-Use-of-Corruption-Indicators-in-Sovereign-Ratings.pdf>>, acesso em 13/09/2020.

PARZIALE, Aniello dos Reis. *A ocorrência do "jogo de planilha" durante a execução de obras e serviços de engenharia*. Obtido em <<https://jus.com.br/artigos/61849/a-ocorrencia-do-jogo-de-planilha-durante-a-execucao-de-obras-e-servicos-de-engenharia>>, acesso em 07/08/2020.

PASHEV, Konstantin; DYULGEROV, Assen; KASCHIEV, Georgi. *Corruption in public procurement: risks and reform policies*. CDS Reports nº 18. Sofia: Center for the Study of Democracy, 2006

PEDRO, Ricardo. “Arbitragem institucional e centros de arbitragem de direito público”, in GOMES, Carla Amado; FARINHO, Domingos Soares; PEDRO, Ricardo. *Arbitragem e Direito Público*. Lisboa: AAFDL, 2018, pp. 99-131.

PEDRO, Ricardo. “Os critérios de adjudicação no CCP”, in GOMES, Carla Amado; PEDRO, Ricardo; SERRÃO, Tiago; CALDEIRA, Marco. *Comentários ao Código dos Contratos Públicos, Volume II*. Lisboa: AAFDL, 2021, pp. 183-208.

PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. São Paulo: Renovar, 2007.

PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres et al. *Comentários à Lei das Empresas Estatais: Lei nº 13.303/16*. Belo Horizonte: Editora Forum, 2019.

PEREIRA NETO. Caio Mário da Silva; ADAMI, Mateus Piva. “Mercado de obras públicas, corrupção e investimentos”, obtido em 10/09/2020 no endereço <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/mercado-de-obras-publicas-corrupcao-e-investimentos-02032018>>.

PEREIRA, Carlos; POWER, Timothy J.; RAILE, Eric D. “Presidentialism, coalitions and accountability”, in POWER, Timothy J.; TAYLOR, Matthew M. (editors). *Corruption and Democracy in Brazil: The Struggle for Accountability*. University of Notre Dame Press, Notre Dame, 2011, pp. 31-55.

PEREIRA, Pedro Matias; SILVA, Carolina Ferreira da. “Sistemas de aquisição dinâmicos, sistemas de qualificação e o leilão eletrônico” in GOMES, Carla Amado; PEDRO, Ricardo; SERRÃO, Tiago; CALDEIRA, Marco (coordenadores). *Comentários ao Código dos Contratos Públicos – Volume II*, pp. 359-379.

PERSSON, Anna; ROTHSTEIN, Bo; TEORELL, Jan. “Why Anticorruption Reforms Fail”, in *Governance: An International Journal of Policy, Administration, and Institutions*, Vol. 26, nº 3, July 2013.

PERSSON, Anna; ROTHSTEIN, Bo; TEORELL, Jan. “Getting the basic nature of systemic corruption right: A reply to Marquette and Peiffer”, in *Governance: An International Journal of Policy, Administration, and Institutions*, Volume 32, Issue 4, October 2019

PICOT, Arnold; REICHWALD, Ralf; WIGAND, Rolf T. (*Information, Organization and Management*. New York: Springer Science & Business Media, 2008.

PINOTTI, Maria Cristina. “Corrupção, Instituições e Estagnação Econômica: Brasil e Itália”, in PINOTTI, Maria Cristina (organizadora). *Corrupção: Lava Jato e Mãos Limpas*. São Paulo: Portfolio-Penguin, 2019.

PORTO, Antônio Maristrello; GAROUPA, Nuno. *Curso de Análise Econômica do Direito*. São Paulo: Atlas, 2020.

POSNER, Richard A. *The Economics of Justice*. Cambridge: Harvard University Press, 1983.

POSNER, Richard A. *Frontiers of Legal Theory*, Cambridge: Harvard University Press, 2001.

POSNER, Richard A. “The Law and Economics Movement”, in *The American Economic Review*, Vol. 77, Nº 2, May 1987, pp. 1-13.

POWER, Timothy J.; TAYLOR, Matthew M. “Introduction: Accountability institutions and political corruption in Brazil”, in POWER, Timothy J.; TAYLOR, Matthew M. (editors). *Corruption and Democracy in Brazil: The Struggle for Accountability*. University of Notre Dame Press, Notre Dame, 2011, pp. 1-30

POWER, Timothy J.; TAYLOR, Matthew M. “Conclusion: The web of accountability institutions in Brazil”, in POWER, Timothy J.; TAYLOR, Matthew M. (editors). *Corruption and Democracy in Brazil: The Struggle for Accountability*. University of Notre Dame Press, Notre Dame, 2011, pp. 250-275.

PRITCHETT, Lant; WOODCOCK, Michael. “Solutions When the Solution Is the Problem: Arraying the Disarray in Development”, Working Paper nº 10, September 2002, p. 5 e segs, disponível no endereço eletrônico <[https://www.researchgate.net/publication/222538876\\_Solutions\\_When\\_the\\_Solution\\_Is\\_the\\_Problem\\_Arraying\\_the\\_Disarray\\_in\\_Development](https://www.researchgate.net/publication/222538876_Solutions_When_the_Solution_Is_the_Problem_Arraying_the_Disarray_in_Development)>, acesso em 30/07/2021.

RACCA, Gabriella M; PERIN, Roberto Cavallo. "Material changes in contract management as symptoms of corruption: a comparison between EU and U.S. procurement systems", in RACCA, Gabriella M.; YUKINS, Christopher R. (editors). *Integrity and Efficiency in Sustainable Public Contracts*. Bruxelles: Bruylant, 2015, pp. 247-274.

RAIMUNDO, Miguel Assis. *A Formação dos Contratos Públicos. Uma Concorrência Ajustada ao Interesse Público*. Lisboa: AAFDL, 2013.

RAIMUNDO, Miguel Assis. *Direito dos Contratos Públicos – Volumes 1 e 2*. Lisboa: AAFDL, 2022.

RAIMUNDO, Miguel Assis. “Os sistemas de aquisição dinâmicos na ‘caixa de ferramentas’ da contratação centralizada”, in RAIMUNDO, Miguel Assis (coordenador). *Centralização e Agregação de Compras Públicas: Reflexões*

sobre uma tendência actual da contratação pública. Coimbra: Almedina, 2019, pp. 308-335.

RAIMUNDO, Miguel Assis, "E-procurement", in FONSECA, Isabel Celeste (coordenadora). *Atas do II Congresso Internacional de Compras Públicas*. Braga: NEDIP, 2017, pp. 399-418.

RAMOS, Vasco Moura. "O novo regime jurídico da 'Divisão do contrato em lotes' no Código dos contratos públicos português e nas Diretivas europeias da contratação pública: algumas considerações", in *Revista de Contratos Públicos*, Belo Horizonte, ano 7, n. 13, mar./ago. 2018, p. 255-281.

RAMOS, Vasco Moura. "A consulta prévia", in GOMES, Carla Amado; PEDRO, Ricardo; SERRÃO, Tiago; CALDEIRA, Marco (coordenadores). *Comentários ao Código dos Contratos Públicos – Volume I*. Lisboa: AAFDL, 2021, p. 757-778.

RAUDLA, Ringa. "Law and Economic Analysis of the Estonian Public Procurement Act", obtido em <[http://www.ippa.org/IPPC2/BOOK/Chapter\\_10.pdf](http://www.ippa.org/IPPC2/BOOK/Chapter_10.pdf)>, acesso em 05/10/2020.

REISDORFER, Guilherme Fredherico Dias. "A contratação integrada no regime diferenciado de contratações públicas", in JUSTEN FILHO, Marçal; PEREIRA, Cesar A. Guimarães (coordenadores), *O Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC) – Comentários à Lei nº 12.462 e ao Decreto nº 7.581*. Belo Horizonte, Forum, pp. 161-179.

RIBEIRO, Cássio Garcia; INÁCIO JUNIOR, Edmundo. "O Mercado de Compras Governamentais Brasileiro (2006-2017): Mensuração e Análise", Texto para Discussão nº 2476, <[https://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/TDs/td\\_2476.pdf](https://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/TDs/td_2476.pdf)>, acesso em 30/08/2020.

RIBEIRO, Maurício Portugal. "'Performance bond' como um critério de seleção em licitações", disponível em <<https://valor.globo.com/opiniao/coluna/performance-bond-como-um-criterio-de-selecao-em-licitacoes.ghtml>>, acesso em 28/08/2021.

RICHTER, Rudolf. "The New Institutional Economics – Its Start, Its Meaning, Its Prospects", in *The European Business Organization Law Review*, vol. 6, n. 2, 2005.

RIGOLIN, Ivan Barbosa. "As Licitações nas Empresas Estatais pela Lei nº 13.303, de 30 de junho de 2016 – 1ª parte", disponível em <<http://rigolinadvocacia.com.br/artigos/detalhes/15>>, acesso em 20/07/2021)

RODRIGUES, Raimilan Seneterri da Silva. "Acréscimos e supressões em contratos públicos: uma leitura a partir do princípio da proporcionalidade". In *Revista do TCU*, nº 120, janeiro/abril 2011, p.

ROSE-ACKERMAN, Susan; PALIFKA, Bonnie J. *Corruption and Government. Causes, Consequences, and Reform*. New York: Cambridge University Press, 2016.

ROSE-ACKERMAN, Susan; TRUEX, Rory. "Corruption and Policy Reform", in *Yale Law & Economics Research Paper*, nº 444, February 2012, disponível em SSRN: <<https://ssrn.com/abstract=2007152>>, acesso em 18/05/2020.

ROSILHO, André Janjácomo. *Qual é o Modelo Legal das Licitações no Brasil? As reformas legislativas federais no sistema de contratações públicas*. Dissertação de Mestrado em Direito e Desenvolvimento apresentada à Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas. São Paulo: mimeografado, 2011.

ROTBURG, Robert I. "An anticorruption strategy for Latin America" in *Corruption in Latin America: How Politicians and Corporations Steal from Citizens*, ed. Robert I. Rotberg, Springer, Lexington, 2019, pp. 289-300.

ROTHSTEIN, Bo; VARRAICH, Aiysha. *Making Sense of Corruption*. Cambridge: Cambridge University Press, 2017.

RUSTOW, Dankwart A. "Transitions to Democracy: Toward a Dynamic Model", in *Comparative Politics*, Vol. 2, Nº 3, Apr. 1970, pp. 337-363, disponível no endereço eletrônico <<https://pdfs.semanticscholar.org/4a32/5d667582a8480257fc98aa968887cefdb6f0.pdf>>, acesso em 10/07/2020

SAADI, Mário. "A contratação integrada e o planejamento das licitações. Hipóteses de utilização e distribuição de riscos contratuais". In: CAMMAROSANO, Márcio; POZZO, Augusto Neves Dal; VALIM, Rafael (Coordenadores). *Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC (Lei nº 12.462/11; Decreto nº 7.581/11): aspectos fundamentais*. Belo Horizonte: Fórum, 2014, versão eletrônica.

SALAMA, Bruno Meyerhof. "O que é 'Direito e Economia'?", in TIMM, Luciano Benetti (organizador). *Direito & Economia*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008.

SALAMA, Bruno Meyerhof. "Sete Enigmas do Desenvolvimento em Douglass North", in *Economic Analysis of Law Review*, v. 2, nº 2. Universidade Católica de Brasília, Jul-Dez, 2011.

SALES, Pedro Carneiro. "Regime Diferenciado de Contratações Públicas e Contratação por Resultados no Brasil", in *Revista Digital de Direito Administrativo*, vol. 6, n. 1. São Paulo: USP, 2019.

SÁNCHEZ, Pedro Fernández. *A Revisão de 2021 do Código dos Contratos Públicos*. Lisboa: AAFDL Editora, 2021, edição eletrônica.

SÁNCHEZ, Pedro Fernández. *Direito da Contratação Pública* (2 volumes). Lisboa: AAFDL Editora, 2021, 1ª reimpressão.

SCARPINELLA, Vera. *Licitação na Modalidade de Pregão*. São Paulo: Malheiros, 2003.

SCHELLING, Thomas C. *The Strategy of Conflict*. Cambridge: Harvard University, 1980.

SCHOONER, Steven L. "Desiderata: Objectives for a System of Government Contract Law", in *Public Procurement Law Review*, Vol. 11, 2002, p. 103.

SCHWIND, Rafael Wallbach. "Remuneração variável e contratos de eficiência no regime diferenciado de contratações públicas (Lei 12.362/2011)", in *Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini*. Curitiba, nº 56, outubro de 2011, disponível em <<http://www.justen.com.br/informativo>>, acesso em 09/08/2020.

SEKKAT, Khalid; MEON, Pierre-Guillaume. "Does Corruption Grease or Sand the Wheels of Growth?", in *Public Choice*, nº 122, 2005, p 69-97.

SELIGSON, Mitchell. "The Impact of Corruption on Regime Legitimacy: A Comparative Study of Four Latin American Countries", in *The Journal of Politics*, Vol. 64, Nº 2, May 2002.

SERRÃO, Tiago. "Centrais de compras: algumas questões sobre organização administrativa", in RAIMUNDO, Miguel Assis (coordenador). *Centralização e Agregação de Compras Públicas. Reflexões Sobre uma Tendência Actual da Contratação Pública*. Coimbra: Almedina, 2019, pp. 111-130.

SHEPSLE, Kenneth. "Discretion, institutions and the problem of government commitment", in BOURDIEU, Pierre; COLEMAN, James (editors). *Social Theory for a changing society*. Boulder: Westview Press, 1991, pp. 245-262.

SHUGHART II, William F.; TOLLISON, Robert D. "Interest Groups and the Courts", in *George Mason Law Review* 6, 1997-1998, pp. 953-969. <<https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/gmlr6&div=42&id=&page=>>>.

SILVA, Marcos Fernandes Gonçalves da. *A Economia Política da Corrupção*. Texto para Discussão nº 60, EAESP FGV, 1996, obtido em 19/08/2020 no endereço <<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/1957/TD60.pdf>>.

SOUTO, Marcos Juruena Villela "Licitações e eficiência", in *Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado*, Rio de Janeiro, Edição Especial, 2012.

STEPHENSON, Matthew C. "Corruption and democratic institutions: a review and synthesis", in ROSE-ACKERMAN, Susan; LAGUNES, Paul Lagunes

(editors). *Greed, Corruption, and the Modern State. Essays in Political Economy*. Northampton: Edward Elgar Publishing, 2015.

STROPPIA, Christianne de Carvalho; FORTINI, Cristiana. “Comentários ao Artigo 106”, in FORTINI, CRISTIANA; OLIVEIRA, Rafael Sérgio Lima de; CAMARÃO, Tatiana (coordenadores). *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, Volume 2*. Belo Horizonte: Fórum, 2022.

TAVARES, Gonçalo Guerra; MENEZES, António Magalhães e. “O regime dos impedimentos no CCP, à luz da Directiva UE 2014/24”, in GOMES, Carla Amado; PEDRO, Ricardo; SERRÃO, Tiago; CALDEIRA, Marco (organizadores). *Comentários ao Código dos Contratos Públicos – Volume II*, pp. 116-119.

THOMAS, Cortney C. “The Foreign Corrupt Practices Act: A Decade of Rapid Expansion Explained, Defended, and Justified”, in *Review of Litigation*, Vol. 29, Issue 2, Winter 2010.

TORRES, Ronny Charles L. de. “Análise de um aparente paradoxo entre transparência e corrupção: orçamento sigiloso como instrumento de eficiência econômica e combate aos cartéis”, in COUTINHO, Francisco Pereira (coordenador). *Atas do II Curso sobre o Combate à Corrupção na Contratação Pública*. Universidade Nova de Lisboa, 2020, pp. 317-339.

TREBILCOCK, Michael J; PRADO, Mariana Mota. *What Makes Poor Countries Poor?: Institutional Determinants of Development*. Cheltenham: Edward Elgar, 2011.

TREPTE, Peter. *Regulating Procurement: Understanding the Ends and Means of Public Procurement Regulation*. Oxford: Oxford University Press, 2006.

TREPTE, Peter. *Public Procurement in the EU: A Practitioner’s Guide*. Oxford: Oxford University Press, 2007.

TREPTE, Peter. “Transparency and Accountability as Tools for Promoting Integrity and Preventing Corruption in Procurement: Possibilities and Limitations”, in *OECD Papers*, vol. 5/10, 2006.

VARIAN, Hal R. *Microeconomia: conceitos básicos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2006.

VERGARA, Camila. Corruption as systemic political decay. *Philosophy & Social Criticism*. August 2019, obtido por meio do endereço eletrônico <<https://journals.sagepub.com/doi/abs/10.1177/0191453719868265>>, acesso em 10/09/2020.

VERNALHA, Fernando. *Direito e Liberdade - Conservadorismo, Progressismo e o Estado de Direito*. São Paulo: IASP, 2017.



VIEIRA, André Luiz. “Fiscalização de Contratos Administrativos: síntese e contexto”, in *Revista Eletrônica Direito do Estado*, número 320, ano 2017, obtido em 03/09/2020 por meio do endereço eletrônico <<http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/andre-luis-vieira/fiscalizacao-de-contratos-administrativos-sintese-e-contexto>>.

VORONOFF, Alice. “Direito administrativo sancionador: um olhar pragmático a partir das contribuições da análise econômica do direito”, in *Revista de Direito Administrativo*, v. 278, n. 1, Rio de Janeiro, 2019, pp. 107-140.

WALLIS, John Joseph. “Corruption and Reform: lessons from America’s economic history”, in GLAESER, Edward L.; GOLDIN, Claudia Goldin (editors). *The Concept of Systematic Corruption in American History*, Chicago: The University of Chicago Press, 2006.

WILLIAMSON, Oliver E. *The Economic Institutions of Capitalism*. New York: Free Papers, 1985.

WILLIAMSON, Oliver E. “Comparative Economic Organization: The Analysis of Discrete Structural Alternatives”, in *Administrative Science Quarterly*, Vol. 36, No. 2 (Jun. 1991), pp. 93-119.

WARE, Glenn T.; MOSS, Shaun; CAMPOS, J. Edgardo; NOONE, Gregory P. “Corruption in Public Procurement: A Perennial Challenge”, in CAMPOS, J. Edgardo; PRADHAN, Sanjay (editors). *The many faces of corruption: tracking vulnerabilities at the sector level*. Washington, The International Bank for Reconstruction and Development/The World Bank, 2007.

WARREN, Mark E. “What Does Corruption Mean in a Democracy?”, in *American Journal of Political Science*, Vol. 48, nº 2, Apr. 2004, disponível por meio do endereço <<https://projects.iq.harvard.edu/gov2126/files/warrendemocracy.pdf>>, acesso em 25/09/2020.

WOLF, Charles. “Market and Non-Market Failures: Comparison and Assessment”, in *Journal of Public Policy*, vol. 7, issue 1. Cambridge University Press, January 1987, p. 43-70.

YUKINS, Cristopher R. “Integrating integrity and procurement: The United Nations Convention Against Corruption and the UNCITRAL Model Procurement Law”, in *Public Contract Law Journal* 36, n. 3, 2007, pp. 307-329.

YUKINS, Cristopher R. “A versatile prism: Assessing procurement law through the principal-agent model”, in *Public Contract Law Journal*, vol. 40, n. 1 (2010), pp. 63-86.

YUKINS, Cristopher R. “The U.S. Federal Procurement System: An Introduction”, in *GWU Law School Public Law Research*, Paper No. 2017-75, pp. 69-93.

YUKINS, Christopher R. "Are IDIQs inefficient? Sharing lessons with European framework contracting", in *Public Contract Journal*, vol. 37, n. 3 (2008), pp 545-568.