

## Compras Públicas

### Notícias

## Entrevista sobre análise econômica das compras públicas com o professor Rafael Véras



◀ Entrevista sobre contratação sustentável com a professora Cláudia de Oliveira Cruz Carvalho

Entrevista com o Professor Edgar Guimarães sobre a Lei das Estatais ▶

Mostrar respostas aninhadas ▼



Entrevista sobre análise econômica das compras públicas com o professor Rafael Véras por RONALDO CORREA - quarta, 14 Feb 2018, 13:28

(09/02/2018) Em mais uma entrevista exclusiva para a Comunidade de Compras Públicas da Escola Nacional de Administração Pública, o professor Rafael Véras fala sobre análise econômica das compras públicas. As perguntas foram elaboradas pelo professor da Enap Arthur Luis Pinho de Lima.

### (1) Qual o papel das compras públicas na economia?

**Rafael:** Bastante relevante, na medida em que 15 a 20% do Produto Interno Bruto dos países é movimentado pelas compras públicas, como dá conta estudo elaborado pela Organização para a Cooperação e o Desenvolvimento Econômico – OCDE. Por tal razão, cada vez mais, mostra-se relevante que o jurista interprete tal instituto à luz de um racional econômico, e não sob um viés estritamente jurídico. Até mesmo porque estudos empíricos dão conta de que o regime de contratações públicas, delineado pela Lei nº 8.666/1993, produziu resultados ineficientes, seja pela assimetria de informações entre o Poder Público e seus contratados, seja pelas condutas oportunistas por eles praticadas durante a execução do contrato. Por mais contraditório que possa parecer, uma lei que foi editada para combater a corrupção (num contexto histórico do *impeachment* do então Presidente da República, Fernando Collor de Mello), passou a servir como um de seus principais instrumentos. Daí a necessidade de se propor uma reinterpretação de tal instituto à luz da Análise Econômica do Direito (*Law and Economics*).

### (2) O Sr. Considera as compras públicas indutoras da economia?

**Rafael:** Sim. Trata-se da denominada Teoria da “*Função Regulatória da licitação*”. De acordo com essa teoria, o instituto na licitação não se presta, tão somente, para que a Administração realize a contratação de bens e serviços a um menor custo; o referido instituto tem espectro mais abrangente, servindo como instrumento para o atendimento de finalidades públicas outras, consagradas constitucionalmente. Isso porque não se pode olvidar que as contratações públicas produzem externalidades. Nos Estados Unidos, por exemplo, tem-se notícia de que a licitação se prestou a fomentar a realização de diversas ações afirmativas, bem como a dar conta de necessidades emergenciais (como se deu na realização de contratações públicas decorrentes do Furacão Katrina). Assim também se passa, no âmbito da União Europeia, que, por intermédio das Diretivas 2014/24/EU e 2014/25/UE, alçou as contratações públicas à qualidade de um importante instrumento de indução da economia, notadamente no que respeita a práticas ambientalmente sustentáveis.

No Brasil, vários são os exemplos de políticas setoriais que vêm se utilizando da licitação (mais especificamente do poder de compra do Estado) para concretizar outros valores, dentre os quais se destacam a proteção do meio ambiente, o tratamento diferenciado conferido às microempresas e às empresas de pequeno porte, o fomento ao desenvolvimento tecnológico no país.

Existem, ainda, várias outras hipóteses que consagram a *Teoria da Função Regulatória das Licitações*, sendo lícito mencionar, como exemplos já previstos na Lei nº 8.666/93, a possibilidade da contratação direta de cooperativas de catadores de lixo ou de associações de deficientes físicos. No âmbito do Estado do Rio de Janeiro, da mesma forma, o Decreto nº 33.925, de 18 de fevereiro de 2003, prevê a obrigatoriedade da contratação de deficientes. Todas essas hipóteses almejam resguardar, por meio do procedimento licitatório, valores consagrados na Constituição da República.

### (3) Qual a política pública ideal para compras públicas?

**Rafael:** Desconheço. Porém, tenho para mim que uma boa política a ser implementada, por intermédio das contratações públicas, não pode desconsiderar os seus resultados, bem como o tipo de contratação que a Administração Pública pretende celebrar. Uma das principais causas das ineficiências produzidas pela Administração Pública foi, dentre outros fatores, regime jurídico trazido pela Lei nº 8.666/1993 (Lei Geral de Contratações Públicas – LGL), o qual tem um viés uniformizador.

O referido diploma teve o desiderato de ser observado por todas as entidades administrativas (União, Estados e Municípios) e por todas as entidades da Administração Indireta (autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista, fundações públicas e demais entidades controladas). Ninguém ficou de fora de sua incidência. Nesse quadrante, ela incide, de igual forma, à compra de material de escritório de uma modesta repartição pública nos rincões e à compra de caças pela Força Área Brasileira – FAB. Outro não poderia ser o resultado: a realização de contratações públicas ineficientes. Eis um caminho para a instituição de políticas públicas, por meio das contratações públicas.

É dizer, considerar as peculiaridades jurídicas e econômicas de cada contrato de que a Administração

Pública será parte. E, a partir de tal premissa, desenhar uma política pública. Além disso, tenho para mim que, como todo iter procedimental de implementação de uma política pública, tal modalidade de intervenção na economia deveria ser composta um diagnóstico, de um prognóstico e do monitoramento dos seus resultados. De modo que os seus resultados possam orientar o seu aprimoramento ou mesmo a sua supressão.

Outro ponto que considero importante é o de se vincular à implementação de políticas públicas aos prazos dos contratos administrativos. Dito em outros termos, por intermédio de contratos de longo prazo (de que são exemplos as concessões e as parcerias público-privadas), é possível estabelecer uma política pública que ultrapasse mandatos políticos e previsões orçamentárias. De outro lado, em contratos administrativos tradicionais (de que é exemplo a empreitada), não se poderá desconsiderar, para esses fins, a sua vigência limitada a cinco anos. Isto por que os prazos são elementos econômicos dos contratos, dentro dos quais é estabelecido um fluxo de receitas e de despesas ao longo do tempo, o que não pode deixar de ser avaliado, sob um viés de custo-benefício, antes de se implementar uma política pública contratualizada.


#### **(4) As margens de preferência ou barreiras de entrada estão alinhadas ao papel do estado na economia?**

**Rafael:** Sim. O tema, porém, merece um aprofundamento. Malgrado já tenha afirmado que a licitação pode ter por finalidade a persecução de qualquer objetivo de interesse público para além da aquisição de um bem ou serviço, fato é que tal função terá de ser devidamente motivada, sob pena de gerar insegurança jurídica. Nas Licitações para a concessão dos aeroportos de Guarulhos, Viracopos e Brasília, por exemplo, previu-se uma restrição horizontal, por intermédio da qual era interdita a contratação de um mesmo agente para operação de mais de um aeroporto. O fundamento foi a instauração da *concorrência no mercado* de aeroportos. Porém, a ausência de uma adequada fundamentação levou o tema à apreciação do Tribunal de Contas da União. Tal também se deu, no Setor de Telecomunicações, por exemplo, por ocasião da Licitação para outorga de uso de radiofrequência 3,5 GHz e 10, 5 GHz, na qual se vedou a apresentação de propostas de concessionárias de STFC para radiofrequências de sua atuação, previsão que foi questionada perante o Poder Judiciário. Ademais disso, tais restrições não podem desconsiderar a participação dos Estados em organizações internacionais, como a Organização Mundial do Comércio (OMC) e o Acordo sobre Mercados Públicos (AMP). Isto por que a fixação de margens de preferência, por parte de Estados, pode fomentar o surgimento de políticas *beggar-thy-neighbour*, por meio das quais o Brasil pode sofrer realizações de outros países.

Mas não é só, para além de tais inserções terem o potencial de gerar questionamentos internos e externos, fato é que elas podem importar no incremento dos Custos de Transação das próprias contratações públicas. Primeiro, por que tais previsões podem, ao reduzir o número de participantes de leilões, ter um viés de redução do *value for Money*, decorrente da livre interação concorrencial entre os agentes de mercado. Segundo, por que os custos dos procedimentos para a adoção desses

objetivos secundários (pela inserção de novos critérios técnicos) pode repercutir nos preços praticados pelos licitantes. E, terceiro, porque os custos de monitoramento de tais objetivos secundários podem aumentar, significativamente, os custos do Poder Público. Some-se a tudo isso o fato de que, pelo menos no Brasil, não são realizados estudos que comprovem os resultados produzidos por tais medidas. Daí a razão pela qual tais restrições, embora possam servir a tutelar valores relevantes alheios às contratações públicas, não prescindem da devida motivação e de uma análise dos seus impactos, seja ao interno da contratação pública, seja para além das nossas fronteiras.

#### **(5) Como medir o impacto das compras públicas na economia? É necessário?**

**Rafael:** Uma sugestão de que cogito é a migração de um modelo de maximização para um modelo de deslegalização normativa, por intermédio de práticas de *experimentalismo jurídico*. Expli  O regime jurídico das Contratações Públicas, sobretudo a partir da edição do Decreto-lei 2.300/1986 (diploma que precedeu a Lei nº 8.666/1993), foi construído por intermédio da edição de normativos exaurientes e centralizadores. O racional era o de disciplinar, de forma pormenorizada, todas as nuances das contratações públicas, de modo que, ao se reduzir a discricionariedade do gestor público, fosse coibida a corrupção. O resultado foi exatamente o oposto. Daí por que melhor seria se a norma geral de contratações públicas fosse mais principiológica, uma Lei-Quadro, por assim dizer, que prescrevesse as bases sob quais cada entidade contratante normatizaria o seu próprio procedimento, de acordo com as suas peculiaridades.

Assim, seria possível editar normativos, com uma duração limitada, dentro da qual poderiam ser avaliados os seus impactos em determinado setor da economia – uma espécie de Análise do Impacto Regulatório das normas sobre contratações públicas. O experimentalismo, em resumo, tem por objetivo avaliar se os incentivos postos em prática, por meio de um determinado arranjo institucional, geraram, ou não, os efeitos que do prognóstico. Assim se passou, por exemplo, com a modalidade “pregão”, que foi, originalmente, testada pela Lei Geral de Telecomunicações, tendo a sua utilização sido ampliada, posteriormente, para toda a Administração Pública.

#### **(6) As aquisições por menor preço podem privilegiar a qualidade da compra? Como?**

**Rafael:** Não vejo como conceitos antípodas. Mas fato é que estudos empíricos, recentemente elaborados, dão conta de que, em licitações que se utilizaram do critério de julgamento do menor preço, observou-se o incremento dos custos de transação *ex post* (seja por pedidos de revisão do equilíbrio econômico-financeiro, seja pelo atraso no cumprimento de obrigações contratuais). Nada obstante, tenho para mim que o problema está mais no modelo de contratação do que no seu valor. Ainda que seja selecionado o licitante que ofereça o menor preço, o incremento dos custos de transação está relacionado à falta de percepção, por parte do Poder Público, da assimetria de informações existente entre ele e o seu contratado. Razão pela qual o modelo de contratação deve interditar que o particular se valha de condutas oportunistas antes da contratação (conhecida como

interessa que o particular se valha de condutas oportunistas, antes da contratação (conhecidas como seleção adversa) e durante a sua execução (conhecidas como *moral hazard* e *hold up*).

No que toca à seleção adversa, deve o poder público criar mecanismos que impeçam a seleção de licitantes que saibam, de antemão, que não conseguirão executar os contratos, nos moldes propostos (como ocorre no conhecido e nefasto “Jogo de Planilhas”). Ou, no que toca ao *moral hazard* e ao *hold up*, prever mecanismos mais eficazes de fiscalização dos contratos, bem como vincular a remuneração dos contratados ao seu desempenho (o que diminuiria a especificidade do ativo público). O tema merecia maiores aprofundamentos, mas tenho para mim que a ineficiência está mais atrelada ao modelo de contrato do que ao seu valor.

### **(7) Adquirir por menor preço aplica-se, dentro da análise econômica, a compra de serviços intelectuais?**



**Rafael:** Não. Na verdade, o julgamento de serviços intelectuais, pelo critério do “menor preço”, pode importar, ao fim e a cabo, em inexecuções contratuais. Razão pela qual melhor seria que o seu julgamento fosse pela melhor técnica, critério por intermédio do qual a Administração Pública poderá diminuir a assimetria de informações existente entre ela e o contratado, evitando a prática de condutas oportunistas *ex post* (neste caso, materializada pela execução de um contrato por um agente que não seja um *expert* na referida área de atuação). Ademais disso, é de se registrar que tal avaliação, por intermédio de critérios técnicos, só poderá ser realizada se a sua procedimentalização não incrementar os custos de transação para a celebração do ajuste *ex ante* – por exemplo, na hipótese em que o futuro contratado tenha de precificar os custos para participar de tal seleção. Não são por outras razões que a doutrina especializada vem se manifestando no sentido da impossibilidade de comparação de preços (em atendimento ao art. 26 da Lei nº 8.666/1993), nas hipóteses de contratação direta de serviços advocatícios, por inexigibilidade de licitação.

### **(8) Atualmente existe uma mudança nas aquisições. Antes se comprava veículos para transporte com orçamento de investimento. Hoje, o serviço público usa aplicativos que disponibilizam veículos de terceiros para esse serviço utilizando-se orçamento de custeio. Qual o impacto dessa mudança nas compras públicas?**

**Rafael:** Trata-se da consagração, pela Administração Pública, do movimento denominado “*sharing economy*”, por intermédio do qual passou a perceber-se que, num contexto de bens escassos, a eficiência econômica não está atrelada à propriedade de bens, mas ao seu uso temporário e compartilhado por diversas pessoas. Tal compartilhamento é incrementado pelo advento de aplicativos (apps), fomentando o surgimento de startups. Nesse sentido, tenho para mim que esse novo formato de contratação trará impactos positivos para as compras públicas, seja pela redução

dos custos de manutenção dos veículos, seja porque a licitação selecionará, no mercado, o aplicativo que conceder o maior desconto para a Administração Pública. Ademais disso, é de ressaltar que os valores que serão percebidos, pela alienação de frota própria se comparados com os valores pagos pelas corridas, poderá importar numa grande economia para a entidade pública. Tanto é verdade que tal espécie de contratação atende aos ditames do princípio da economicidade, que ela contou com o beneplácito do Tribunal de Contas da União – TCU, por ocasião do julgamento dos processos de nº<sup>os</sup> 025.964/2016-0 e 033.590/2016-8.

### **(9) Pela atual metodologia de aquisições, é possível estimar o custo de aquisição?**

**Rafael:** Tenho para mim que não. Embora reconheça o avanço do tema, sobretudo a partir do advento do Instrumento de Medição de Resultados (IMR), instituído por intermédio da IN 05/2017 SEGES/MPDG, dos instrumentos da contratação por resultados e por eficiência (trazidos pelo RDC), ainda não vislumbro um mecanismo que avalie os custos de transação *ex ante* e *ex post* das contratações públicas.

### **(10) A análise econômica das compras públicas indica indício de desperdício associado as aquisições?**

**Rafael:** Sim. Os resultados dos estudos empíricos a propósito desta temática são alarmantes. Um dos principais trabalhos nesse sentido foi realizado pela Controladoria Geral da União – CGU, em 2017, no qual ficou demonstrado que os custos das licitações são naturalmente elevados em função da burocracia e dos custos de mão de obra. Outro estudo digno de nota o foi o realizado por Paula Araújo e Renata Jesus, no qual ficou demonstrado que 43,39% das contratações precedidas de licitações julgadas pelo critério do “menor preço” importaram em eventos não previstos originalmente no contrato, o que terminou por ensejar custos adicionais de transação, devido à necessidade de adaptação do produto ou serviço adquirido. Um barato que saiu caro, por assim dizer.

**Rafael Véras** é professor da FGV Direito Rio. Coordenador dos Módulos de Concessões e de Infraestrutura da Pós-Graduação da FGV Direito Rio. Mestre em Direito da Regulação pela FGV. Pós-Graduado em Direito do Estado e da Regulação pela Fundação Getúlio Vargas - FGV-RJ. Membro das Comissões de Direito Administrativo e Direito da Infraestrutura da OAB/RJ, do Instituto de Direito Administrativo do Estado do Rio de Janeiro - IDAERJ. Coordenador dos Livros “A nova regulação da infraestrutura e da mineração: Portos, aeroportos, ferrovias e rodovias” e “Regulação e Novas Tecnologias”. Autor dos Livros “Expropriações Regulatórias”, “Regulação Portuária” e “Concessão de Rodovias”.

**Arthur Luís Pinho de Lima** é formado em direito pela Universidade de Brasília – UnB. Especialista em bases geohistórias para a formulação estratégica pela Escola de Comando e Estado Maior do Exército – ECEME. Especialista em contratações públicas pela Universidad de Cas Ila-La Mancha, Reino da Espanha. Atualmente ocupa o cargo de Gerente de Licitações e Contratos na Empresa de Planejamento e Logística S.A (EPL). Palestrante e colaborador da Escola Nacional de Administração Pública.


◀ Entrevista sobre contratação sustentável com a professora Cláudia de Oliveira Cruz Carvalho

Entrevista com o Professor Edgar Guimarães sobre a Lei das Estatais ▶

[Voltar para o início da comunidade ➡](#)

Escola Nacional de Administração Pública - ENAP



 Brasil - Governo Federal

