

**XXVII ENCONTRO NACIONAL DO
CONPEDI SALVADOR – BA**

DIREITO ADMINISTRATIVO E GESTÃO PÚBLICA I

IRINEU FRANCISCO BARRETO JUNIOR

JOSÉ SÉRGIO DA SILVA CRISTÓVAM

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais

Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul

Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI

Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro

Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo

Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)

Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - IMED – Santa Catarina

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará

Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM – Distrito Federal

Relações Internacionais para o Continente Americano

Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goiás

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo

Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFSM – Rio Grande do Sul)

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho (Unifor – Ceará)

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec – Minas Gerais)

Comunicação:

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC – Santa Catarina)

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali – Rio Grande do Sul)

Dr. Caio Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais)

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

D597

Direito administrativo e gestão pública I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UFBA

Coordenadores: Irineu Francisco Barreto Junior

José Sérgio da Silva Cristóvam – Florianópolis: CONPEDI, 2018.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-587-4

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Direito, Cidade Sustentável e Diversidade Cultural

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVII Encontro Nacional do CONPEDI (27 : 2018 : Salvador, Brasil).

CDU: 34



XXVII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI SALVADOR – BA

DIREITO ADMINISTRATIVO E GESTÃO PÚBLICA I

Apresentação

O XXVII Encontro Nacional do CONPEDI, ocorrido entre os dias 13 e 15 de junho de 2018, na bela e acolhedora Salvador (BA), ofereceu aos seus participantes conferências, painéis e grupos de trabalho de elevada qualidade, dentre os quais destacamos, sem favor algum, o Grupo de Trabalho “Direito Administrativo e Gestão Pública I”, que reuniu um qualificadíssimo conjunto de pesquisadores de todas as regiões do país, com artigos marcados pela destacada pertinência acadêmica e inquestionável relevo prático.

A marca que perpassou os artigos apresentados pode ser sintetizada no invulgar apuro intelectual, que deu ensejo a comunicados científicos e discussões de sensível qualidade, sobre as mais diversas temáticas do Direito Administrativo, de forma a envolver alunos de mestrado e doutorado, professores e profissionais, com contribuições e discussões marcadas pela forma respeitosa e sob o signo de uma perspectiva dialógica horizontal, democrática, aberta e plural.

Os artigos aqui publicados gravitam em torno das seguintes temáticas:

1. DO ESTADO CONTENCIOSO AO CONSENSUAL: O MODELO MULTIPORTAS APLICADO AOS CONFLITOS DA FAZENDA PÚBLICA;
2. CONTROLE JURISDICIONAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS: O MÍNIMO EXISTENCIAL E O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA;
3. AS PROVAS CONTAMINADAS POR FALSAS MEMÓRIAS, EVENTUAL CONDENAÇÃO, FATOS NOVOS E REVISÃO CRIMINAL: AS CONSEQUÊNCIAS NA INSTÂNCIA ADMINISTRATIVA;
4. O REGIME DE CONTRATAÇÕES ADMINISTRATIVAS NA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO;
5. O PROCEDIMENTO DE REMOÇÃO POR PERMUTA DOS SERVIDORES PÚBLICOS E SEUS IMPACTOS NO PRINCÍPIO DA IMPESSOALIDADE;
6. A APLICAÇÃO DA LEI 8.429/92 AOS AGENTES POLÍTICOS;

7. A NATUREZA JURÍDICA DA ENTIDADE PRIVADA QUALIFICADA COMO ORGANIZAÇÃO SOCIAL;

8. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E DANO EXISTENCIAL POR JORNADA DE TRABALHO.

Um rico conjunto de temáticas, que evidencia a firme marca da interdisciplinaridade e contemporaneidade das discussões afetas à atividade administrativa e à gestão pública, de forma a indicar rumos para a pesquisa e o debate sobre os grandes temas do Direito Administrativo na atualidade.

De nossa parte, sentimo-nos profundamente honrados pela participação na Coordenação desse relevante Grupo de Trabalho (GT), com o registro da satisfação em podermos debater com todos os autores e demais participantes.

Em arremate, registramos os sinceros cumprimentos ao CONPEDI, pela já costumeira qualidade dos encontros nacionais, e agradecemos aos colegas de Salvador (BA) pela afetuosa acolhida que tivemos na UFBA - nesse relevante momento de divulgação da pesquisa científica na área do Direito. A musicalidade, a poesia, as danças, as paisagens, a culinária e a hospitalidade do povo baiano conquistaram a todos nós!

Cordial abraço e esperamos que os leitores apreciem essa coletânea e suas qualificadas temáticas!

Salvador, junho de 2018.

Prof. Dr. José Sérgio da Silva Cristóvam – Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC)

Prof. Dr. Irineu Francisco Barreto Junior – Programa de Mestrado em Direito da Sociedade da Informação (FMU-SP)

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 8.1 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

O REGIME DE CONTRATAÇÕES ADMINISTRATIVAS NA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

THE ADMINISTRATIVE CONTRACTING SCHEME IN THE ECONOMIC ANALYSIS OF LAW

Maria Marconiete Fernandes Pereira ¹

Resumo

O presente trabalho busca investigar o regime de contratações públicas, no ordenamento jurídico brasileiro, sob a perspectiva da aplicação da análise econômica do direito. Aborda-se a legislação licitatória geral, enfocando-se, essencialmente, as de concessões e permissões de serviços públicos, parcerias público-privadas e de contratações diferenciadas. Para formular o procedimento contratual, a administração pública desenvolve práticas fundadas em instrumentos jurídico-econômicos que envolvem uma linguagem de mercado. Esse tipo de abordagem levou à necessidade de uma leitura a partir da análise econômica do direito, utilizando-se, para tanto, a metodologia dedutiva.

Palavras-chave: Licitações, Contrato administrativo, Linguagem jurídica, Administração pública, Análise econômica do direito

Abstract/Resumen/Résumé

The present work aims to investigate the regime of public contracting, in the Brazilian legal system, from the perspective of applying the economic analysis of the law. It addresses mainly the bidding legislation, essentially on concessions and permissions for public services, public-private partnerships and differentiated hirings. To formulate the contractual procedure, the public administration develops practices based on legal-economic instruments that involve a market language. This type of approach led to the need for a reading from the economic analysis of law, using, therefore, the deductive methodology.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Bidding, Administrative contract, Legal language, Public administration, Economic analysis of law

¹ Doutora em Direito Público(UFPE). Mestre em Direito (UFPB). Professora em Direito (UNIPÊ). Auditora de Contas Públicas (CGE-PB). Editora Geral da Revista Direito e Desenvolvimento (PPGD-UNIPÊ).

1. INTRODUÇÃO

Os normativos de contratações públicas têm evoluído gradualmente no ordenamento jurídico brasileiro. Inicialmente, foi promulgada a Lei de Licitações e Contratos (Lei nº 8.666), de 21 de junho de 1993, com a finalidade de disciplinar a contratação de obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações e locações, bem como seus procedimentos. São medidas que podem provocar consequências de externalidades negativas, com potencial para impactar alterações ineficientes no âmbito econômico, no decorrer do certame. Dois anos após, surgiu a Lei de Concessão e Permissão da Prestação de Serviços Públicos (Lei nº 9.987), de 13 de fevereiro de 1995, instituindo a delegação de serviços e a execução de obras, caracterizada por seu excesso de formalismo. Apesar disso, permitiu a assimetria de informações do poder concedente ao concessionário, ao indicar as áreas especializadas de atuação. Em 17 de julho de 2002, buscando dar maior flexibilidade ao procedimento licitatório, foi promulgada a Lei nº 10.520, com o objetivo específico de disciplinar a modalidade de pregão. A partir de sua vigência, ocorreu a inversão das fases de licitação em contraposição às fases adotadas pela Lei Geral de Licitações. Assim, primeiramente, analisa-se a proposta financeira. Caso ela seja compatível com a estimativa proposta, faz-se a habilitação somente daquele licitante que ofereceu a melhor proposta.

A Lei de Parcerias Público-Privadas (Lei nº 11.079), de 30 de dezembro de 2004, trouxe inovações procedimentais e em relação à contratação de obras e serviços. Nesse caso, o próprio poder público se torna parte do projeto de investimentos, permitindo uma abertura para compartilhamentos com o setor privado. O citado normativo introduz mecanismos próprios do setor privado, dando mais flexibilidade ao poder público. Porém, em razão dos vultosos investimentos e do longo período de vigência contratual, abre-se um campo de incertezas e riscos, com impactos nos custos de transação e um elevado mecanismo de assimetria.

A Lei do Regime Diferenciado de Contratações Públicas (Lei nº 12.462), de 4 de agosto de 2011, foi, especificamente, direcionada para impulsionar grandes obras e serviços. Seu objetivo foi disciplinar as obras a serem construídas para os Jogos Olímpicos e Paraolímpicos de 2016, para a Copa das Confederações e a Copa do Mundo 2014, bem como para as obras de infraestrutura e de contratação de serviços para os aeroportos das capitais.

Para que torne possível atender esse objetivo, alargou o campo de abrangência dos investimentos, com recursos provenientes do Programa de Aceleração do Crescimento (PAC), para os seguintes projetos: obras e serviços de engenharia no Sistema Único de Saúde; ampliação e reforma de estabelecimentos penais; segurança pública; mobilidade urbana; investimentos em entidades científicas e tecnológicas.

Essas medidas legislativas permitiram a abertura de um mercado econômico com poder de compras, dando maior abrangência ao instrumento contratual no setor público. Como se sabe, o contrato é a base e a essência de toda operacionalização implementada tanto pela iniciativa privada como pelo setor público. Trata-se de um mecanismo essencial para investimentos em obras estruturantes impulsionadoras do desenvolvimento. Essas transações econômicas canalizadas por um sistema de contratações, sob a perspectiva pública, passaram a ter uma conotação diferenciada, a partir de normativos que conferem um novo significado ao sistema administrativo.

Nesse aspecto, é importante pontuar a volatilidade econômica mundial que permite uma proximidade e, ao mesmo tempo, um distanciamento sociológico do contexto cultural e ideológico. Essa variação é provocada pelo fenômeno da globalização ou mundialização, até porque não é possível isolar os fenômenos econômicos da historicidade. Tal conjuntura mundial, por sua natureza, provoca uma dificuldade imediata de compreensão e de sistematização do direito público, especificamente do direito administrativo. São perceptíveis as diferentes vertentes geradas com a inserção maciça de regras de mercado típicas do sistema privatista. Essas regras alteraram a visão de princípios basilares do direito administrativo, tais como o equilíbrio econômico-financeiro do contrato e o princípio do interesse público. Em razão disso, o contrato público passou a ser influenciado por esse contexto global de alterações legislativas, tecnológicas e econômicas, resultando em situações temporárias para fins determinados.

As concepções jurídicas e econômicas impulsionam o disciplinamento contratual para o setor público, estimulando-o a adotar medidas de incentivos aos interessados em contratar, com fundamentos típicos do setor privado. Essa nova sistemática vem se consolidando no sistema jurídico-administrativo brasileiro. Não se podem, todavia, desconsiderar os limites constitucionais impostos à ordem econômica. O art. 170 da Carta Magna reconhece os valores da iniciativa privada e da livre concorrência. Porém, estabelece que a ordem econômica “tem por fim assegurar a todos existência digna”.

A licitação se faz obrigatória como antecedente da contratação, sendo essa exigência fundada no princípio da eficiência da administração pública. Em razão disso, o Estado só pode definir seus incentivos no campo desenvolvimentista por meio do contrato. Como resultado dessas transformações, o direito administrativo, em suas relações, passou a adotar os regimes de contratações públicas, numa perspectiva de funcionalidade, reconhecidamente, influenciada pelo ambiente de relações marcadas por uma visão renovada em seu sentido normativo contratual.

A linguagem da microeconomia, corroborada pela análise econômica do direito, tem, entre seus componentes o resultado prático, a relação entre custos e benefícios, a eficiência e a assimetria de informações. Dessa forma, encadeia-se um raciocínio normativo de lógicas, assegurado por métodos funcionais. Segundo Araújo (2007, p. 27), “a análise econômica se interessa pelo contrato numa vertente de espécie de microcosmo do mercado”. Esse tipo de abordagem define o espírito da vontade do Estado, considerando que o contrato é a unidade básica de trocas econômicas públicas com o mercado.

Este trabalho pretende tratar do contrato administrativo como um dos institutos jurídicos. Diante das transformações que sofreu nas últimas décadas, vem passando por um processo de adaptação em seu funcionamento jurídico decorrente de mudanças estruturais de mercado. Nessa perspectiva, tem por objetivo refletir sobre o regime das contratações públicas, no ordenamento jurídico brasileiro, a partir de sua interação com a linguagem aplicativa da análise econômica do direito. Para tanto, utiliza-se a abordagem qualitativa, consistente na revisão teórica da literatura e dos normativos institucionais que regem a matéria, discorrendo sobre a evolução do contrato administrativo.

2. REGIME DE CONTRATAÇÕES

Neste tópico, busca-se demonstrar a importância que a administração pública brasileira vem atribuindo ao regime de contratações públicas, nos últimos tempos, tendo como premissa a participação das compras governamentais no mercado. Pretende-se também identificar o impacto das microempresas e empresas de pequeno porte nesse processo envolvendo o mercado licitatório. Inicialmente, é preciso esclarecer o sentido da expressão “regime” adotada neste trabalho. Será utilizada como elemento propedêutico referente ao marco teórico das licitações e contratos públicos, a partir do estudo normativo, dentro do espaço específico do direito. Ao discutir o conceito de sistema jurídico, Dantas (2010),

esclarece que seu foco central reside no elemento metodológico prévio, em torno do qual giram os diversos aspectos da relação de conhecimento. O ordenamento jurídico surge, então, como eixo garantidor da unidade.

O sistema jurídico-administrativo, analisado sob uma ótica mais ampla, dá respaldo ao regime de contratações como parte desse sistema. Nesse sentido, vem adotando características próprias, na busca de assegurar um orçamento autorizativo de previsão de receitas e de fixação de despesas. Esse arranjo institucional propiciará o planejamento operacional de investimentos e de necessidades, nos campos macro e microeconômico, tanto no plano interno como no âmbito externo. Com isso, é possível fazer-se uma avaliação mercadológica de levantamentos de custos e benefícios, enquadramento empresarial, publicidade, concorrência, procedimento licitatório e, finalmente, contratação. É preciso, no entanto, lembrar que nem todo procedimento leva a uma contratação, no sentido literal, como instrumento jurídico. Como se sabe, o contrato convencional poderá ser substituído por outros instrumentos, tais como nota de empenho de despesa, autorização de compra, ordem de execução de serviço ou carta-contrato.

2.1 Análise econômica do direito.

O embasamento teórico do contrato público surgiu do direito privado, caracterizado pela autonomia da vontade. Trata-se, portanto, de uma atividade administrativa de direito público com limitações impostas pela lei. A nova visão do direito público-privado destaca-se a partir de sua forma relacional, conforme assinala Moraes (1993, p.29):

A separação do direito em público e privado, nos termos em que era posta pela doutrina tradicional, há de ser abandonada. A partição, que sobrevive desde os romanos, não mais traduz a realidade econômico-social, nem corresponde à lógica do sistema, tendo chegado o momento de empreender a sua reavaliação.

Idêntico entendimento assume Freitas (1995, p. 9-13), ao afirmar: “há a necessidade dessa superação da dicotomia em comento, visto que as relações privatistas e as publicistas devem se pautar pelo mesmo fim, o interesse público”. Essa dicotomia resulta na mútua relação entre direito e economia, tendo como fator basilar o conhecimento econômico decorrente da historicidade desses campos de interesses. Emanam, historicamente, da

necessidade de adotar-se o adequado mecanismo para as decisões públicas, como as licitações e contratos, que afetam diretamente a seara econômica.

Um modelo instrumental capaz de traduzir essas inserções surgiu com a análise econômica do direito, que tem se desenvolvido em diversas áreas de conhecimento. Propicia, com isso, uma linguagem da teoria econômica condizente com a nova realidade do sistema jurídico. Este ramo do conhecimento procura explicar quais são os efeitos das leis. A partir dessas explicações, indica que leis alcançam determinados resultados, quais as consideradas desejáveis e quais estão aptas a propiciar melhorias substanciais para a sociedade. A análise econômica do direito recorre ao utilitarismo como critério de valoração das situações. Dessa forma, possibilita que determinadas leis tenham alguma utilidade social (RUBIO, 2007). Já na concepção de Posner (2011, p. 99), “o significado prático da utilidade na ciência econômica moderna restringe-se principalmente às atitudes perante o risco, o que pode causar uma ruptura entre a riqueza e o valor num sentido mais amplo, que os economistas chamam de utilidade”.

O direito público, no campo administrativo, deve ser analisado sob o enfoque da análise econômica do direito. Essa abordagem propicia um significativo campo de pesquisa, em que se reconhece a existência de custos de transação, assimetria de informação, racionalidade e incompletude contratual. É preciso abandonar aquela visão patrimonialista, quando se trata do poder público em relação ao setor privado, bem como do excesso de formalismo jurídico nos contratos públicos. Dessa forma, o desenvolvimento da economia leva a pensar o direito não mais como uma área autônoma. Ela deve estar inserida como elemento normativo, lógico e sistemático da ordem econômica, em um processo consistente de validação por parte dos detentores de conhecimento jurídico (KIRAT; VIDAL, 2008).

Nesse contexto, as bases legais que possibilitam as relações da economia com o direito, hodiernamente, presentes nos regimes de contratos públicos, resultam em uma influência mútua. Essa possibilidade advém da aplicação da análise econômica do direito, em que se configura uma escolha racional e de mercado para além das habituais áreas de aplicação. Para Mackaay (1987), a ideia de aplicar o modelo de escolha racional para os setores não-econômicos é antiga, já sendo defendidas pelos economistas clássicos, de Adam Smith a Karl Marx. Eles teriam observado que a separação entre economia e outras áreas do conhecimento era artificial.

Von Mises (1938, p. 143) sustenta o pensamento de que o campo econômico possui uma nítida ação racional, esclarecendo que o mercado acontece ante a impossibilidade de satisfazer todas as necessidades humanas. Essa escolha racional permite uma análise das abordagens econômicas do direito com interações de elementos das duas áreas, possibilitando a criação de uma ciência jurídica, para formular modelos que representem adequadamente o papel do direito na vida social” (MACKAAY, 1987). Coase (2009) traça o retrato institucional da economia, além dos aportes da compreensão do desenho dos distintos sistemas jurídicos. Nesse sentido, aponta fatores determinantes para a organização do direito. Inicia-se pela centralidade de sua teoria – custos de transação – quando se reconhece o custo de um contrato.

Os contratos administrativos, principalmente os decorrentes de procedimentos licitatórios, também possuem um custo na sua formação. É que o Estado precisa realizar investimentos, fazendo antes todo um levantamento de custos operacionais, além do custo social e do valor agregado, com o objetivo de atender as necessidades da sociedade. Em seguida, procede ao levantamento da base legislativa, observando se é compatível com o plano plurianual, especialmente, quando se tratar de despesas de duração continuada, a exemplo das obras de infraestrutura. Leva, além disso, em consideração a lei de diretrizes orçamentárias e o orçamento anual. Posteriormente, confere uma estimativa de custos na passagem da fase interna do procedimento para a fase externa. Esta etapa exige uma publicidade ampla, o levantamento de custos de pessoal envolvido, pesquisas de preços, além de uma previsão de despesas referentes ao atendimento das normas procedimentais exigidas na formalização dos contratos administrativos.

Na concepção de Zymler (2002), a procedimentalização passa a existir como uma ação oposta à impossibilidade de se conferir um grau de suficiência do direito substantivo a todos os pormenores caracterizadores da administração pública. Com isso, segundo esclarece, “aumenta-se o detalhamento das normas adjetivas e diminui-se o das substantivas”. Em seu entendimento, a procedimentalização exerce “a função clássica do processo e do direito — a de permitir a pacificação social”. A esse respeito, anota Posner (2009, p. 61): “Direito é uma arte, mas também um mistério”. Essa ênfase no elemento procedimental do direito justifica-se em razão interesse público e está consubstanciada no formalismo. Com efeito, não pode ser descartada a necessidade da procedimentalização, devendo-se, todavia, eliminar o excesso de burocratização.

Essa concepção pode ser adotada pelos gestores públicos, quando se deparam com normativos muito fechados. Conduzir um procedimento licitatório exige habilidade. Não é tarefa fácil leva-lo a bom termo em um ambiente econômico tão cartelizado (no sentido de conjunto de empresas que atuam quase exclusivamente no mercado de licitações). Não se pode negar que essa procedimentalização tem uma base de racionalidade conferida ao sistema jurídico do direito público, como instrumento de uma realidade operacional da administração pública. É indispensável, por envolver custos de transação e assimetria de informação, para que possa conduzir à necessária viabilidade contratual.

O sistema jurídico do direito público atua no contexto operacional da administração pública. Apresenta uma natureza de racionalidade instrumental conferida pela procedimentalização, levando em consideração os custos de transação e a assimetria de informação, mesmo que seja para alcançar uma viabilidade contratual caracterizada pela incompletude. No entendimento de Nóbrega (2011), o contrato capta a dimensão intertemporal da transação, de modo que os custos de transação passam a ser, em grande medida, aqueles referentes aos contratos econômicos em geral. Mesmo o regular cumprimento normativo não atinge, em sua plenitude, a eficiência, tendo em vista os custos de informação *ex ante* e o dever de informação na fase pré-contratual. Esse custo deve ser socialmente produtivo para gerar o bem-estar social, que somente será conhecido após a oferta dos serviços. Observe-se que alguns investimentos podem se transformar em prejuízo, em razão de comportamento oportunista posterior adotado por uma das partes (SCHÄFER, 2005, p. 277).

A assimetria de informação pode gerar custos. Conseqüentemente, a adoção de alguns mecanismos jurídico-contratuais (teoria da imprevisão) pode gerar uma garantia contratual em relação a essa assimetria. Do contrário, haveria, como consequência, a incapacidade normativa de conferir uma consensualidade na negociação entre administração e administrado. Dessa forma, cabe reconhecer o papel singular do regime das contratações públicas imposto como modo de aplicação de recursos públicos. A instrumentalidade da análise econômica do direito procura captar a engenharia das contratações públicas no cenário brasileiro, mediante propostas diferenciadas nos normativos pertinentes, com o objetivo de gerar conhecimentos. Nessa abordagem, é necessário observar os mecanismos sustentados pelos fundamentos principiológicos do direito público, diante da significativa interface de mercado e Estado.

2.2 Pressupostos teóricos da Lei Geral de Licitações e Contratos

As licitações públicas apresentam uma farta relação com o mercado e com a economia. Essa relação também contribui para aproximar direito e economia, estabelecendo-se, nessa interação, um dualismo estrutural de fundamental importância para o funcionamento da administração pública. Os atos referentes às licitações públicas resultam em custos de transação inerentes ao próprio mercado dos contratos públicos. Por exemplo, os preços de pesquisas para fins de procedimentos licitatórios, geralmente, vêm acrescidos de um valor agregado, que se justifica pela demora dos pagamentos por parte da administração pública, como forma de proteção a um eventual prejuízo.

Em razão disso, o custo previsto poderá inviabilizar uma transação contratual, apesar da comprovação material das pesquisas de preço (em média com três empresas) que poderiam ser realizadas por interesse público. Nesse caso, configura-se, de um lado, o Estado para atender as necessidades da sociedade e, de outro, o cumprimento do princípio da economicidade. Esse fato condiciona o julgamento das propostas dos licitantes, considerando-se apenas o menor preço. Isso, evidentemente, vincula a pesquisa de preços anteriormente realizada, fazendo-se uma interpretação equivocada.

Na verdade, o dispositivo da Lei de Licitações, nesse aspecto, dispõe que, no julgamento das propostas, deverá ser contemplado o menor preço, sob o argumento de ser “a mais vantajosa”. No entanto, há itens embutidos que não têm natureza somente econômica, como por exemplo, a qualidade, do produto ou do serviço. Como aquilatar essa subjetividade? Deve-se, para tanto, levar em consideração a utilidade prática do teorema de Coase (2012), quando propõe um limite legal para corrigir as falhas de mercado provocadas por externalidades. É preciso pensar a economia como um todo, diante de um ambiente econômico complexo que envolve as licitações. A esse respeito, transcreve-se a reflexão de González (2006, p.110-111):

Muchos abogados piensan que la Economía se vincula al estudio de la inflación, el desempleo y otros misteriosos fenómenos macroeconómicos, lejos de las preocupaciones diárias del sistema jurídico. Actualmente, sin embargo, el campo de acción de la economía es mucho más amplio. La economía es una ciencia que estudia las decisiones racionales en un mundo

como el nuestro en el que los recursos son escasos frente a las necesidades humanas que tiene que satisfacer. Dentro de esta línea la idea es determinar un mejor aprovechamiento de los recursos existentes o, dicho de otra manera, alcanzar decisiones eficientes. Así un punto central es la idea de eficiencia. Siendo que el derecho incumbe a una serie de decisiones que afectan la asignación y uso de los recursos, la Economía tiene algo que decir respecto a como deben tomarse las decisiones legales y cómo deben diseñarse las instituciones jurídicas.

A leitura da Lei de Licitações e Contratos Administrativos pode induzir ao formalismo jurídico, quando considerada “um sistema autossuficiente para fornecer uma solução unívoca para qualquer caso concebível” (NINO, 2010, p. 41). Quando se prioriza a linguagem literal da legislação, “o significado de uma palavra é determinado pelas regras convencionais que indicam as condições do seu uso. Busca-se, com isso, garantir resultados eficientes.

Não se pode negar que o setor de compras governamentais é importante na economia de um país, principalmente, quando se estimula a participação das micro e pequenas empresas. É uma forma de quebrar a hegemonia das grandes empresas, que usualmente participam das concorrências do setor público. Quando se abre um mercado econômico especificamente para determinadas empresas, dentro de um patamar monetário, a aplicação da legislação compromete a economia. Essa exclusividade pode ser examinada sob dois ângulos. Primeiramente, faz-se o reconhecimento de uma parcela econômica de inserção com incentivos e benefícios estratégicos de desenvolvimento. Em segundo lugar, observa-se se os custos de transação são menores em comparação com os propostos pelas grandes empresas.

É preciso, além disso, investigar se os preços oferecidos por essas empresas mostram realmente uma economia de escala para a administração, caso houvesse nas concorrências participação das empresas fora desse patamar. Outra questão suscitada é se as micro e pequenas empresas estão conseguindo evoluir dentro do mercado. Em outras palavras, se estão passando a configurar-se como empresas comuns, tendo em vista o grande volume de negócios auferidos durante o ano. Caso mais inquietante envolve as empresas de serviços ou obras de engenharia que ganham diversas licitações, no valor de R\$ 150.000,00, e mesmo assim, continuam como micro. Nesse caso, a concessão de incentivos e benefícios pode representar uma estagnação no crescimento de mercado dessas entidades empresariais. Na prática, a participação das micro e pequenas empresas nas aquisições públicas demonstra a

competitividade desses fornecedores do setor de aquisições e contratações, correspondendo a 28%. A participação das MPE em licitações públicas situou-se em torno de 4% do faturamento (SEBRAE, 2017).

Observa-se a redução dos custos de transação, quando a escolha da administração pública fica adstrita a uma parcela de MPE, inserida num ambiente de regras específicas e de maximização de racionalidade na elaboração desses procedimentos. Dessa maneira, os agentes econômicos não decidem apenas com base nos preços, tendo em vista a real necessidade de comunicar informações entre eles. Na perspectiva de Coase (2012), há custos de transação para determinar o que compensa. Isso acontece, quando o poder público faz escolhas para determinado mercado, considerando os custos de sua decisão. Assim, além de uma concorrência restrita de mercado, poderia haver um custo social nessa decisão. Esses incentivos estão previstos no art. 179 da Constituição Federal, quando dispõe:

Art. 179. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios dispensarão às microempresas e às empresas de pequeno porte, assim definidas em lei, tratamento jurídico diferenciado, visando a incentivá-las pela simplificação de suas obrigações administrativas, tributárias, previdenciárias e creditícias, ou pela eliminação ou redução destas por meio de lei.

2.3 Pressupostos teóricos da Lei de Concessões e Permissões

O direito contratual administrativo, no âmbito das concessões, permite um alargamento de funcionalidades obrigacionais, com o objetivo de reduzir as desigualdades jurídicas entre os agentes da administração pública e o contratante, minimizando a verticalidade administrativa. A prestação de serviços públicos, definida por meio do direito contratual, vincula a previsibilidade obrigacional entre os agentes, além de acentuar as contingências possíveis durante o compromisso do ajuste jurídico. No entanto, essa atividade de serviços públicos demanda um lapso temporal, em torno de vinte e cinco anos, requisito que pode afetar a execução do contrato.

O instrumento contratual permite a efetivação dos compromissos assumidos, porém há de se ressaltar a racionalidade limitada dos contratantes, afastando a possibilidade de regular todas as possíveis eventualidade. Configura-se, dessa maneira, a impossibilidade de

ocorrer uma completude contratual. Observe-se, entretanto, que se todas as contingências futuras acontecerem, esse fato resultaria em uma atividade administrativa custosa e submetida a condições de incertezas. Esse tipo de concessão comum pode ensejar algum tipo de oportunismo, em razão do longo tempo contratual. Um deles é a necessidade de amortizar o investimento realizado inicialmente, além de considerar, no montante desses custos, a depreciação e a remuneração pela exploração dos serviços.

2.4 Pressupostos teóricos da Lei de Parcerias Público-Privadas

As parcerias público-privadas criam uma integração econômica por meio do instrumento contratual, possibilitando uma colaboração entre o poder público e o setor privado. Dividem-se em parceria patrocinada e parceria administrativa. A primeira exige a contraprestação pecuniária do parceiro público ao privado, com a possibilidade de adicionar o valor da tarifa cobrada dos usuários, para cobrir o custo de investimento. Já na parceria administrativa, a administração pública é usuária direta ou indireta da prestação de serviços.

O modelo contraprestacional entre os parceiros representa um avanço no campo de direito contratual, para fins de atividade de execução de obras. Esse avanço também envolve a gestão da prestação de serviços públicos. Essa relação resulta numa concepção de negócios públicos, com compartilhamentos de riscos e resultados. É preciso, no entanto, frisar que não se trata de um simples negócio. O que está em jogo é o interesse de uma coletividade, exigindo-se responsabilidade tanto do poder público como do setor privado.

Roppo (2009, p. 296) esclarece que o contrato deve espelhar “a possibilidade de captar o seu sentido e a sua dimensão real”. Nesse caso, a teoria econômica do contrato possibilita uma leitura de incompletude. Mas isso não quer dizer que haja lacunas em seu sentido técnico. Significa uma ausência de soluções específicas para todas as possibilidades circunstanciais que se possam verificar. Analisando essa temática, assinala Araújo (2007, p.42):

Um dos entraves ao desenvolvimento mais célere da teoria econômica do contrato veio do lado do direito. Está associada à necessidade de simplificação da própria análise jurídica, a qual gerou a presunção legalista de que o contrato seria um mecanismo neutro e plenamente eficiente – completo, perfeitamente supervisionado pelas partes e

pelos tribunais, sem restrições informativas e sem desvios da perfeita racionalidade.

2.5 Pressupostos teóricos da Lei do Regime Diferenciado de Contratação

Esse regime foi instituído por uma lei específica (Lei nº 12.462/2011), para a contratação pública, diferentemente das normas gerais de licitações e contratos administrativos destinadas aos diversos serviços de infraestrutura. Sobre a citada lei, afirmam Moreira; Guimarães (2014, p. 31) “O agente tem o dever de declinar a motivação que justifique aquela específica contratação como útil, adequada e vantajosa, revelada como o meio idôneo para atendimento do interesse público no caso concreto”.

Essa inovação legislativa limita-se a obras e ações específicas. Nesse caso, o poder público utiliza esses procedimentos licitatórios como uma política de estímulo a investimentos, desde que sejam atendidas duas premissas: prazo limitado das obras e incentivo ao desenvolvimento regional. Para uma compreensão mais consistente dessa inovação, é importante destacar que infraestrutura e inovação diferem com respeito à informação.

Ao decidir pela construção ou não de uma rodovia, o Estado deve ponderar custos e benefícios. Para fazerem essa avaliação, os técnicos se baseiam em informações públicas. Além da análise técnica de custos e benefícios, os cidadãos devem ser chamados a participar das decisões referentes a obras de infraestrutura, através do processo político. Diferentemente de outras situações, os agentes públicos só podem tomar decisões que envolvem infraestrutura, usando informações públicas. Essa exigência conduz à análise da relação custo-benefício por especialistas e ao debate político pelos cidadãos de uma determinada comunidade (COOTER; SCHÄFER, 2007).

A temporalidade da legislação tem a finalidade de contemplar obras estruturantes para uma determinada época. Apesar disso, não se podem desconsiderar os princípios norteadores do desenvolvimento, tais como a eficiência, além de vantagens de custos e benefícios de natureza econômica, social ou ambiental (SALAMA, 2012). Traduzida para a análise econômica, esses requisitos remetem aos custos de transação e assimetria de informação inerentes ao procedimento licitatório, aplicando-se mais uma vez, o teorema de Coase (2012).

Os custos de transação podem ser elevados, em razão da exigência do lapso temporal de execução, mesmo sendo uma alternativa legal para alcançar um resultado eficiente. Deve-se considerar a racionalidade limitada das condições e dos padrões de conduta dos agentes, “na forma pela qual as atividades econômicas são organizadas e coordenadas, de modo que os organizacionais adotados são, em grande medida, resultado da busca de minimização dos custos de transação por parte dos agentes econômicos”(ESTEVES, 2010).

Nesse caso, os contratos são firmados em face das condições inconstantes dessa relação em que cada parte defende seus próprios interesses. Essa variável permite mudanças normativas mais flexíveis, com o objetivo de assegurar a cooperação (COOTER; ULEN, 2010) de empreendimentos anteriormente firmados. Porém, para assegurar essa cooperação, exige-se que se apresentem propostas executáveis, com prazos rígidos e base econômica, principalmente, com a utilização de mecanismos de arbitragem.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Numa breve síntese, pode-se considerar o regime de contratações públicas, no sistema brasileiro, como tema de relevância econômica em que se configura uma transformação normativo-administrativista. A administração pública assume uma faceta de mudanças intensas em relação aos modelos tradicionais de contratação. No entanto, deve sempre fazer a ponderação em custos e benefícios que envolvem um procedimento licitatório.

As informações assimétricas revelam-se como pontos fortes nesse processo de contraprestação entre o poder público e os licitantes das micro e pequenas empresas, em decorrência de um mercado restrito. Essas empresas apresentam condições mais frágeis e custos de transação menores, em relação aos licitantes de empresas de médio e grande porte. As parcerias público-privadas, por sua vez, envolvem um comportamento relacional, que implica direitos e responsabilidades de ambas as partes com a finalidade de fornecimento de serviços e resultados eficientes.

O novo regime diferenciado de contratação para finalidades específicas, com limitação de execução, impacta pela inovação legislativa. Porém, poderá causar externalidades negativas envolvendo maiores custos, por exemplo, os decorrentes de informações. Destaque-se, por fim, a complexidade dos empreendimentos, além da pressão

exercida sobre os órgãos de controle para liberação das licenças e projetos ou para torná-los possíveis.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAÚJO, Fernando. *Teoria económica do contrato*. Coimbra: Almedina, 2007.

COOTER, Robert; ULEN; Thomas. *Direito e economia*. Tradução: Luís Marcos Sander e Francisco Araújo da Costa. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010.

COOTER, Robert; SCHÄFER, Hans-Bernd. *Direito e desenvolvimento: Qual é a melhor política pública para o Estado dirigir o desenvolvimento?* Tradução: Luciano Benetti Timm. 2007. Disponível em <http://www.cmted.com.br/restrito/upload/artigos/38.pdf>. Acesso em 01 fev. 2018.

COASE, Ronald H. *O problema do custo social*. 2009. Disponível em <http://www.pucpr.br/arquivosUpload/5371894291314711916.pdf>. Acesso em 02 mar. 2018.

DANTAS, Ivo. *Novo direito constitucional comparado*. Introdução. Teoria e metodologia. 3.ed. Curitiba: Juruá Editora, 2010.

ESTEVES, Heloisa Borges Bastos. *Economia e direito: um diálogo possível*. Universidade Federal do Rio de Janeiro. Instituto de Economia. Tese de Doutorado. 2010. Disponível em http://www.ie.ufrj.br/hpp/intranet/pdfs/tese_versao_corrigida_final.pdf. Acesso em 02 fev. 2018.

FREITAS, Juarez. *Estudos de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 1995.

GONZÁLEZ, Alfredo Bullard. *Derecho y economía*. El análisis económico de las instituciones legales. 2nd ed. Lima: Palestra Editores, 2006.

KIRAT, Thierry; VIDAL, Laurent. *Le droit et l'économie: étude critique des relations entre les deux disciplines et ébauches de perspectives renouvelées*. 2008. Disponível em <https://halshs.archives-ouvertes.fr/halshs-00004883>. Acesso em 03 mar. 2018.

MACKAAY, Ejan. *Le jurista at-il le droit d'ignorer l'économiste?* Revue de Droit Henri Capitant. N. 01. 1er Octobre, 1987. Disponível em <http://henricapitantlawreview.org/article.php?id=223>. Acesso em 28 mar. 2018.

MORAES, Maria Celina Bodin de. A caminho de um direito civil constitucional. *Revista de Direito Civil Imobiliário, Agrário e Empresarial*, São Paulo, v. 65, jul./set. 1993.

MOREIRA, Egon Bockmann; GUIMARÃES, Fernando Vernalha. *Licitação pública*. A Lei Geral de Licitação – LGL e o Regime Diferenciado de Contratação – RDC. São Paulo: Malheiros, 2012.

NINO, Carlos Santiago. *Introdução à análise do direito*. Tradução: Elxa Maria Gasparotto e Denise Matos Marino. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

NÓBREGA, Marcos. *Direito da infraestrutura*. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2011.

POSNER, Ricahrd A. *Para além do direito*. Tradução: Evandro Ferreira e Silva. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

POSNER, Richard A.. *Fronteiras da teoria do direito*. Tradução: Evandro Ferreira e Silva, Jefferson Luiz Camargo, Paulo Salles e Pedro Sette-Câmara. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011.

ROPPO, Enzo. *O contrato*. Coimbra: Almedina, 2009.

RUBIO. Maurício. *Economía jurídica*. Introducción al análisis económico del derecho iberoamericano. Colaboração: Ana María Arjona, Universidade Externado de Colombia. 2007.

SALAMA, Bruno. *A história do declínio e queda do efficientismo na obra de Richard Posner*. 2012. Disponível em http://works.bepress.com/bruno_meyerhof_salama/35. Acesso em 05 jan. 2018.

SEBRAE. Serviço Brasileiro de Apoio às Micro e Pequenas Empresas. Disponível em <http://www.sebrae.com.br/customizado/lei-geral/lei-geral/compras-governamentais/compras-governamentais>. Acesso em 12 dez. 2017.

SCHÄFER, Hans-Bernd; OTT, Claus. *Economic analysis of civil law*. Translator: Matthew Braham. Edward Elgar Pub ,June 30, 2005.

VON MISES, Ludwig, *Le socialisme - étude économique et sociologique*. Ed. M. Th. Génin, Paris, 1938.

ZYMLER, Benjamin. *A “Procedimentalização” do direito administrativo*. Fórum Administrativo: Direito Público, Belo Horizonte, v.2, n.22, dez. 2002. Disponível em <http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/44026>. Acesso em 2 mar. 2018.