

**XXIV ENCONTRO NACIONAL DO
CONPEDI - UFS**

DIREITO E ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

FERNANDO GUSTAVO KNOERR

HENRIQUE RIBEIRO CARDOSO

MARIA LÍRIDA CALOU DE ARAÚJO E MENDONÇA

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – Conpedi

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior - UFRGS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes - IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Conselho Fiscal

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG /PUC PR

Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas - PUC SP

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches - UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS (suplente)

Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta - UFBA (suplente)

Representante Discente - Mestrando Caio Augusto Souza Lara - UFMG (titular)

Secretarias

Diretor de Informática - Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC

Diretor de Relações com a Graduação - Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU

Diretor de Relações Internacionais - Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC

Diretora de Apoio Institucional - Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC

Diretor de Educação Jurídica - Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM

Diretoras de Eventos - Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA

Diretor de Apoio Interinstitucional - Prof. Dr. Vladimir Oliveira da Silveira – UNINOVE

D598

Direito e administração pública [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFS;

Coordenadores: Fernando Gustavo Knoerr, Henrique Ribeiro Cardoso, Maria Lírida Calou de Araújo e Mendonça – Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-038-1

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

Tema: DIREITO, CONSTITUIÇÃO E CIDADANIA: contribuições para os objetivos de desenvolvimento do Milênio.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Administração pública.
I. Encontro Nacional do CONPEDI/UFS (24. : 2015 : Aracaju, SE).

CDU: 34



XXIV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - UFS

DIREITO E ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Apresentação

O Grupo de Trabalho Direito e Administração Pública I do XXIV Encontro Nacional do CONPEDI, realizado na Universidade Federal de Sergipe (UFS), cidade de Aracaju SE, caracterizou-se pela atualidade dos temas versados. Dentre estes, evidenciam-se, por sua recorrência, a improbidade administrativa e as contratações públicas.

Há uma série de acontecimentos e modificações na área do Direito, as quais emergem altas indagações sobre a essencialidade do estudo relacionado ao Direito Administrativo e à Administração Pública.

Dentro desse contexto é que o livro em apreço aborda questões relacionadas aos mais variados assuntos do Direito Administrativo hodierno, inclusive refletindo acerca dos princípios e do regime geral de licitações no Brasil.

A diversidade dos temas apresentados e reunidos nesse Grupo de Trabalho, além de refletir um anseio generalizado de abordagens da Administração Pública concertada, implica imensa satisfação por parte dos seus Coordenadores ao vivenciarem tão enriquecedora experiência, invulgar nas observações e discussões de si extraídas em conjunto com tais pesquisadores intimamente ligados ao desenvolvimento nacional. E, para facilitar a experiência e revisitação aos temas e seus autores, a seguir faz-se breve descrição do conteúdo que será encontrado ao longo de toda a obra

Tratando da análise da Lei de Acesso à Informação nos portais do Poder Legislativo Federal, a autora Clarissa Teresinha Lovatto Barros realiza esse estudo com o intuito de verificar a efetividade da Lei de Acesso à Informação no Legislativo Federal como ferramenta de controle social e transparência do Poder Legislativo Federal.

Evidenciando as influências da atuação do Tribunal de Contas da União no trabalho de regulação que vem sendo desenvolvido pela Anatel, a autora Ana Cristina Melo de Pontes Botelho buscou verificar se esta vem adotando as medidas necessárias ao atendimento do interesse público e ao desenvolvimento das telecomunicações brasileiras.

Na medida em que a Lei de Licitações é o principal instrumento normativo nas aquisições de bens e serviços para a Administração Pública, o autor João Carlos Medrado Sampaio trata da

eficácia das normas de licitação, em especial da Lei de Licitações (Lei 8.666/93), na promoção da concretização do princípio constitucional da plena satisfação do interesse público.

Versando sobre a legitimidade da ingerência do Judiciário no âmbito da realização e controle das políticas públicas como forma de concretização constitucional dos direitos fundamentais dos cidadãos ou como invasão de competência alheia, a pesquisadora Marília Ferreira da Silva observa que há um espaço de intangibilidade sobre o qual não pode existir qualquer intervenção extraordinária.

No trabalho *Parcerias Público-Privadas (PPP): Uma análise crítica modernização da Administração Pública em face da reforma do Estado*, os autores Gustavo Brígido Bezerra Cardoso e Aldemar Monteiro da Silva Neto tratam do alcance da desestatização por meio das privatizações e das delegações como ferramenta no aprimoramento das relações do Estado com a iniciativa privada.

Em *Improbidade Administrativa no exercício da Função Jurisdicional*, o pesquisador Jailsom Leandro de Sousa trata da sanção por prática de atos de improbidade administrativa prevista na Constituição Federal e na Lei 8.429/92, em especial sobre a possibilidade de os juízes serem responsabilizados por tais atos quando no exercício da função jurisdicional, fundado no fato de a constituição e a lei não terem feito distinção de pessoas e nem de tipos de atividades funcionais.

Realizando uma releitura do Princípio da Supremacia do Interesse Público em detrimento do Interesse Privado à luz do Estado Constitucional de Direito, os autores Gina Chaves e Érico Andrade buscam demonstrar que a Administração Pública tem no princípio da supremacia do interesse público sobre o privado um instrumento efetivo para atender ao Estado Constitucional de Direito, na busca pela implementação dos direitos e garantias fundamentais.

Os autores Guilherme Dourado Aragão Sá Araujo e Maria Lírida Calou de Araújo e Mendonça em *A absolutização do Direito Administrativo na Utopia Racionalista* demonstram como o Direito Administrativo se torna, na visão deles, absoluto ou total nas sociedades utópicas em decorrência da necessidade constante de manutenção da ordem artificial em detrimento da ordem espontânea.

Em A responsabilidade do estado por danos decorrentes do exercício da função jurisdicional, Ronaldo Alves Marinho da Silva e Gustavo Santana de Jesus realizam uma análise do âmbito da responsabilidade do Estado por danos decorrentes do exercício da função jurisdicional em Portugal.

Os autores Jamile Bergamaschine Mata Diz e Roberto Correia da Silva Gomes Caldas realizam uma análise sistêmica das licitações no âmbito do MERCOSUL e dos recursos do Fundo de Convergência Estrutural (FOCEM), dando a ideia da imprescindibilidade de que o Protocolo de Contratações Públicas do MERCOSUL seja efetivamente incorporado pelos Estados, adquirindo vigência no espaço mercosulista e tornando-se, de conseguinte, de obrigatória observância para todos os procedimentos licitatórios realizados pelos Estados-partes e também para o FOCEM.

No artigo Crise de legitimidade do legislativo e a construção de consensos os autores Talia Bárbara Tumelero e Luiz Carlos Cancellier de Olivo tratam dessa crise apontando os fatores determinantes, as consequências deste processo na consolidação da democracia no país e alguma solução possível para esta realidade.

Abordando os principais benefícios e riscos da utilização do procedimento de manifestação de interesse social previsto na Lei 13.019/2014, que disciplina as parcerias entre o poder público e o terceiro setor, a autora Mariana Bueno Resende analisa o procedimento de manifestação de interesse já utilizado nas concessões de serviços públicos e parcerias público-privadas.

Ao tratar do papel das Agências Reguladoras em cenários de instabilidade política e econômica, o autor Francisco Carlos Duarte analisa se as mesmas estão preparadas para agir imediatamente diante de momentos de instabilidade política e econômica, atenuando as consequências para a sociedade e se conferem maior credibilidade à Administração Pública.

O pesquisador Hugo Lázaro Marques Martins, ao realizar uma análise dos Consórcios Intermunicipais e a efetivação da prestação do serviço público de saúde à luz do Princípio Constitucional da Eficiência, demonstra que os Consórcios Públicos apresentam-se como uma das melhores alternativas gerenciais, já que permite a estruturação regional da prestação do serviço público.

No último artigo da coletânea, Emerson Affonso da Costa Moura e Juliana Campos Maranhão demonstram que em uma ordem constitucional voltada à centralidade dos direitos fundamentais, o poder de polícia se submeterá a um juízo de ponderação entre o interesse

público e privado envolvido, de forma a justificar a sua restrição, bem como, a limites procedimentais e substanciais para a sua aplicação.

Com a breve exposição dos trabalhos, é possível ver a atualidade, mediante o emprego de métodos vão além da mera exposição dogmática, a revelar o chamado pensamento tecnológico, voltado para a aplicabilidade e solução dos conflitos com o emprego de uma percepção mais completa e funcional do Direito na Administração Pública, de sorte a revelar investigações científicas cuja leitura recomenda-se vivamente.

Coordenadores do Grupo de Trabalho

Prof. Dr. Fernando Gustavo Knoerr UNICURITIBA

Prof. Dr. Henrique Ribeiro Cardoso - UFS

Profa. Dra. Maria Lírida Calou de Araújo e Mendonça - UNIFOR

ANÁLISE CRÍTICA DA EFICÁCIA DAS NORMAS DE LICITAÇÃO NA SATISFAÇÃO DO INTERESSE PÚBLICO

CRITICAL ANALYSIS OF THE EFFECTIVENESS OF GOVERNMENT ACQUISITION LAW IN THE ACHIEVEMENT OF PUBLIC INTEREST

João Carlos Medrado Sampaio

Resumo

O presente trabalho busca examinar a eficácia das normas de licitação, e em especial da Lei de Licitações (Lei 8.666/93), na promoção da concretização do princípio constitucional da plena satisfação do interesse público, na medida em que a referida lei é o principal instrumento normativo nas aquisições de bens e serviços para a Administração Pública. A metodologia utilizada é de cunho exploratório, através na revisão bibliográfica da doutrina e da legislação em vigor e de lege ferenda. Tomando o referido princípio como conceito nuclear que condiciona toda atuação Estatal, analisamos a eficácia da norma elegendo como balizador eficaz, a concretização dos princípios administrativos constitucionais concernentes à plena satisfação e supremacia do interesse público nas aquisições governamentais. Examinamos no contexto da democracia a relevância do processo licitatório eficiente, na adequada aplicação dos recursos públicos e consequente concretização eficaz das ações da Administração. Apresentamos inovações e aperfeiçoamentos legislativos em tramitação e também oriundos do direito estrangeiro, que almejam instrumentalizar a Administração Pública com normas de maior capacidade concretizadora da satisfação do interesse público.

Palavras-chave: Direito administrativo, Licitações, Interesse público

Abstract/Resumen/Résumé

This study aims to examine the effectiveness of acquisition rules, specially on capability of the Brazilian Federal Acquisition Law (Law no. 8666/93) on providing the concrete achievement of the constitutional principle of public interest achievement, considering that this law is the main legal instrument ruling federal administration acquisitions. The methodology used is exploratory, through the literature review of doctrine, present legislation and de lege ferenda. Taking the public interest as a main principle that should be conditioning all administrative action, we analyze the effectiveness of the law, using as main reference its capacity to fulfill the constitutional principles of public administration, towards the supremacy of public interest. We exam, in the context of democracy, the relevance of an efficient acquisition procedure on maximizing the results of public funds, and therefore achieving effective administration actions. Thus, we present legislative proposals and foreign legal institutes shaped to improve the capacity of the Administration of achieve the public interest.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Administrative law, Public acquisitions, Public interest

1 INTRODUÇÃO

O exercício das funções constitucionais atribuídas à Administração Pública brasileira, demanda anualmente a aquisição de relevante volume de bens e serviços. Ocorre que por se tratar de aquisições realizadas com recursos públicos, as mesmas devem ser realizadas de modo a garantir a maximização da satisfação do interesse público em cada centavo dos recursos gastos.

Tal objetivo contudo não se constitui muitas vezes em lavra de fácil alcance, na medida em que a crescente complexidade das atividades e programas a cargo da Administração Pública demandam instrumentos normativos modernos, capazes de prover com eficiência a condição de aquisição mais vantajosa ao Estado, como expressão prática dos princípios constitucionais da Legalidade, Impessoalidade, Moralidade, Publicidade e Eficiência.

No âmbito das aquisições públicas, não obstante a evolução normativa, temos uma legislação rica em detalhes e exigências, que em tese permitiriam à administração chegar à melhor escolha disponível. Verifica-se contudo, que no arcabouço normativo infraconstitucional em vigor, cujo vértice é a Lei de Licitações, o que prepondera são os longos e burocráticos processos, cujo sacrifício da perda da agilidade nas ações estatais não é compensado pela melhor escolha. Em outras palavras: a realidade brasileira da má qualidade e do alto custo das obras, bens e serviços contratados pela Administração Pública brasileira, revela que perdemos em agilidade, mas em troca não ganhamos nem em qualidade, nem em melhor preço, ou seja, temos um extenso conjunto de normas que não se mostra eficaz na satisfação do interesse público.

Em face de tais pressupostos, o objetivo do presente trabalho é examinar, sob a égide da concretização dos princípios administrativos constitucionais, novos institutos e aprimoramentos legais à norma licitatória, capazes de conferir maior eficácia da Administração Pública no alcance dos seus objetivos constitucionalmente estabelecidos.

Neste sentido utilizamos a metodologia de pesquisa exploratória, afim de identificar com maior exatidão os principais problemas e soluções relativos ao tema, através de meios bibliográficos doutrinários e legislativos, especialmente a doutrina administrativa, e no plano da legislação, as normas em vigor e *de lege ferenda*.

2 DEMOCRACIA E LICITAÇÃO

A história política brasileira do Século XX, revelando o movimento pendular entre democracia e regimes autoritários, tem com a Constituição Federal de 1988 um novo marco na redemocratização do país.

A democracia enquanto sistema complexo de legitimação do poder popular, exige um amplo conjunto de mecanismos de participação e controle da população. Para Milakovich¹ a crescente complexidade da Administração Pública, traz um novo desafio ao sistema democrático, qual seja, a formação de estruturas institucionais capazes de adequadamente aplicar os recursos públicos, da forma que melhor atenda os interesses dos cidadãos coletivamente. Supera-se a fase apenas da mera verificação da legalidade; pois atestar que o ato ou programa administrativo cumpre a legalidade formal é condição necessária, mas não suficiente para que seja atingido o efetivo resultado de satisfação do interesse público na aplicação do sempre escasso recurso público, num panorama de necessidades humanas sempre crescentes.²

Assim, no contexto de um Estado Democrático de Direito, os gestores públicos exercem o poder estatal em nome do povo, aplicando os recursos orçamentários aprovados pelo Legislativo. Dentro de uma lógica republicana, é pressuposto básico que haja um aprimoramento das atividades da Administração Pública, como elemento legitimador do sistema democrático; pois ao legítimo detentor do poder, o povo, interessa a qualidade da aplicação dos recursos que a todos pertencem.

Contudo, em face das multifacetadas atividades exercidas pelo estado moderno e da sua crescente complexidade, demanda-se crescente controle sobre como a administração exerce suas funções programáticas. Existem variadas formas de exercício deste controle, não havendo na doutrina brasileira, segundo Costa³, um modelo único de classificação das diversas formas possíveis de controle do Estado.

¹MILAKOVICH, Michael; GORDON, George. **Public administration in America**. Boston: Cengage Learning Inc., 2009, p. 65. Disponível em: <<http://books.google.com.br>>. Acesso em: 25 jan. 2015.

²HALL, Robert; LIEBERMANN, Marc. **Microeconomia. Princípios e aplicações**. São Paulo: Pioneira, 2003, p. 4.

³COSTA, Luiz Bernardo Dias. **Tribunal de Contas – evolução e principais atribuições no estado democrático de direito**. Belo Horizonte: Fórum, 2006. p.21.

McKinney⁴ por sua vez, enumera diversas formas de controle, como o controle fiscal que confronta a aplicação dos recursos com base em suas previsões orçamentárias; o controle legal, verificando a adequação da atividade ao contexto das normas aplicáveis; citando também o controle de programas públicos, que visam aferir o alcance dos objetivos especificados naquele programa. Destaca ainda aquele autor o controle de processo, que verifica se a procedimentalização prevista foi cumprida.

Já no controle de resultados, a dimensão buscada é mais ampla e pragmática, pois a verificação vai além da formalidade do que se cumpriu, visando verificar também se efetivamente os resultados previstos foram alcançados. Por fim, num conceito ainda mais avançado chega-se ao controle de sustentabilidade, buscando verificar não só o alcance dos resultados, mas também a viabilidade dos mesmos se sustentarem ao longo do tempo.

O controle completaria assim a tríade composta na doutrina administrativa pelos elementos: planejamento – execução – controle. Sem este terceiro e fundamental elemento simplesmente não haveria como aferir a efetividade do que se planejou e executou.

Assim, neste contexto de evolução da Administração Pública, o novo cenário da redemocratização brasileira, consolidado na Constituição Federal de 1988, trouxe na exegese do seu art. 37, inciso XXI, em regra a utilização obrigatória da licitação nos processos de aquisições e contratações públicas. O processo licitatório, nos termos da novel *Lex Legum* antecederá obrigatoriamente, salvo as exceções expressamente previstas em lei, os diversos contratos administrativos firmados pela Administração para a aquisição de bens e contratação de serviços e obras.

Na douda lição de Hely Lopes Meirelles⁵, a licitação é assim definida:

[...] procedimento administrativo mediante o qual a Administração Pública seleciona a proposta mais vantajosa para o contrato de seu interesse. Visa a propiciar iguais oportunidades aos que desejam contratar com o Poder Público, dentro dos padrões previamente estabelecidos pela Administração, e atua como fator de eficiência e de moralidade nos negócios administrativos. É o meio técnico-legal de verificação das melhores condições para a execução de obras e serviços, compra de materiais, e alienação de bens públicos.

⁴MCKINNEY, Jerome. **Public Administration: Balancing power and accountability**. Westport: Praeger Publishers, 1998. p.471. Disponível em: <<http://books.google.com>>, acesso em 26 fev. 2015.

⁵MEIRELLES, Hely Lopes. *Licitação e contrato administrativo*. 30 ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2005, pp. 19 e 20.

A Lei nº 8.666, 21 de junho de 1993, por seu turno, regulamenta as previsões constitucionais insculpidas no Art. 37 Constituição Federal de 1988, instituindo normas para licitações e contratos da Administração Pública.

Não podemos olvidar também que a década de 1990 foi marcada por um forte questionamento de inspiração econômica liberal, no sentido da necessidade de reforma do Estado. Tratava de um movimento global, que na América Latina tem no denominado Consenso de Washington seu núcleo irradiador. No Brasil, o Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado⁶, assim descreveu o contexto do Estado brasileiro de então:

A crise brasileira da última década foi também uma crise do Estado. Em razão do modelo de desenvolvimento que Governos anteriores adotaram, o Estado desviou-se de suas funções básicas para ampliar sua presença no setor produtivo, o que acarretou, além da gradual deterioração dos serviços públicos, a que recorre, em particular, a parcela menos favorecida da população, o agravamento da crise fiscal e, por consequência, da inflação.

Nesse sentido, a reforma do Estado passou a ser instrumento indispensável para consolidar a estabilização e assegurar o crescimento sustentado da economia. Somente assim será possível promover a correção das desigualdades sociais e regionais.

Acerca do modelo constitucional implantado em 1988, aduziu⁷:

Sem que houvesse maior debate público, o Congresso Constituinte promoveu um surpreendente engessamento do aparelho estatal, ao estender para os serviços do Estado e para as próprias empresas estatais praticamente as mesmas regras burocráticas rígidas adotadas no núcleo estratégico do Estado.

A nova Constituição determinou a perda da autonomia do Poder Executivo para tratar da estruturação dos órgãos públicos, instituiu a obrigatoriedade de regime jurídico único para os servidores civis da União, dos Estados membros e dos Municípios, e retirou da administração indireta a sua flexibilidade operacional, ao atribuir às fundações e autarquias públicas normas de funcionamento idênticas às que regem a administração direta.

⁶ BRASIL. Presidente, (1995 – 2002: Fernando Henrique Cardoso). **Plano diretor da reforma do aparelho do estado**. Brasília: Presidência da República, Câmara da Reforma do Estado, Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado, 1995. p. 6.

⁷ Idem; *op. cit.* p. 21.

Neste diapasão, em 1998 através da Emenda Constitucional no. 19, implementou-se a denominada reforma administrativa. No âmbito dos princípios da Administração Pública, foi acrescido ao Art. 37, o princípio da eficiência. De modo sistemático, as diversas alterações implementadas no texto constitucional, buscavam implementar alterações que permitissem a transição do paradigma da administração burocrática, para a administração gerencial, conforme explica Bresser Pereira⁸:

Mais amplamente, a administração pública gerencial está baseada em uma concepção de Estado e de sociedade democrática e plural, enquanto que a administração pública burocrática tem um vezo centralizador e autoritário. Enquanto esta acredita em uma racionalidade absoluta, que a burocracia está encarregada de garantir, aquela pensa na sociedade como um campo de conflito e incerteza, no qual cidadãos defendem seus interesses, afirmam suas posições ideológicas, que afinal se expressam na administração pública. Nestes termos, o problema não é o de alcançar a racionalidade perfeita, mas definir instituições e práticas administrativas suficientemente abertas e transparentes para que o interesse coletivo na produção de bens públicos pelo Estado seja razoavelmente atendido.

Importante ressaltar também que referido modelo de administração burocrática, cujo formalismo excessivo já havia sido historicamente superado nas administrações públicas de nações mais avançadas, também permeou a elaboração da Lei de Licitações, conforme o magistério de Justen Filho⁹:

Afirma-se, então, que a Lei nº 8666/93 consagrou o princípio do formalismo, sem margem de escolha para o aplicador. E se sustenta que os malefícios do formalismo são compensados pela eliminação dos riscos de protecionismo indevido, desvios éticos, etc. Enfim, o preço a pagar pela probidade seria a rigidez da disciplina legislativa. Essa visão padece de um defeito antigo, consistente em identificar moralidade e ortodoxia. Com todo o respeito, a experiência histórica já evidenciou que tal identificação é inadequada.

[...] A atual Lei de Licitações preocupou-se em fornecer disciplina minuciosa e exaustiva para todas as possíveis hipóteses às quais se aplicasse. Visou a reduzir ao mínimo a liberdade da Administração Pública na sua aplicação.

⁸ BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. **Exposição no Senado sobre a reforma da administração pública**. Caderno 3. Brasília: Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado, 1997, p. 12.

⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 14a. ed. São Paulo: Dialética, 2010, p. 58.

Como consequência, o diploma se caracteriza por seu formalismo exacerbado e pela impossibilidade de soluções adotáveis ao sabor das circunstâncias.

Assim, passadas mais de duas décadas da edição da Lei de Licitações, as referidas inadequações da norma frente à realidade e aos desafios da Administração Pública brasileira, demandam inovações capazes de aperfeiçoar a norma em busca da efetividade dos seus preceitos.

3 INOVAÇÕES NORMATIVAS DO PROCESSO LICITATÓRIO

Diante das dificuldades que a Administração Pública enfrenta no sentido da aplicação eficaz da norma licitatória como instrumento de concretização dos princípios administrativos constitucionais, novos institutos e aperfeiçoamentos legais apresentam-se como resultado de uma necessidade evolutiva da norma.

3.1 O PROJETO DE LEI No. 559/2013 DO SENADO FEDERAL

A Comissão Temporária de Modernização da Lei de Licitações do Senado Federal, apresentou em 23 de dezembro de 2013, o Projeto de Lei no. 559, que propõe a revogação das Leis nº 8.666, de 1993 (Lei Geral de Licitações), nº 10.520, de 2002 (Licitação por Pregão), e nº 12.462, de 2011 (Lei do Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC). A norma *de lege ferenda*, não se propõe apenas a consolidar as normas revogadas, mas apresenta modernizações necessárias ao processo licitatório, contemplando diversas inovações.

De forma geral o Projeto de Lei no. 559 demonstra uma preocupação em agilizar o trâmite das contratações, simplificando-o e eliminando procedimentos burocráticos desnecessários, ao passo que favorece a adoção de recursos de tecnologia de informação. Elimina também modalidades licitatórias como a tomada de preços, e o convite. Vale ainda destacar no Projeto, o denominado procedimento de manifestação de interesse, que no âmbito

do relacionamento entre o ente público e o privado, estimula um relacionamento mais colaborativo entre contratante e contratado.

Questão fundamental enfrentada pela norma proposta é a inserção de mecanismos que permitem a eliminação do certame, de empresas que, em conluio com outras, entram na licitação para perdê-la, simulando uma competição que na prática inexistiria. Tal se dá pela verificação da capacidade real da empresa em, vencendo a "disputa", cumprir plenamente a avença.

No âmbito das garantias contratuais (de grande importância sobretudo nas contratações de obras de engenharia de grande vulto) a atual norma limita as garantias em 5% do valor da obra e no máximo em 10% nos casos excepcionais. A norma em tramitação, por seu turno, inova ao dispor em seu Art. 123 a eliminação do teto de garantia de 10% sobre o valor obra. O legislador agora propõe que em tais casos, seja estabelecido o pagamento do contrato em conta vinculada, e permite à Administração exigir valor de garantia maior, compatível com os riscos do contrato, facultando inclusive ao edital o estabelecimento de outras situações que mereçam igual tratamento quanto às garantias de cumprimento integral do contrato.

Note-se ainda que é comum em grandes obras, controvérsias entre a Administração e o executor quanto ao cumprimento do objeto contratual seja no plano da sua dimensão, seja quanto a qualidade e a quantidade contratadas. O novo texto propõe que as etapas concluídas e incontroversas sejam pagas nos prazos contratados, enquanto a parcela controvertida seja paga em conta vinculada. Tais procedimentos, estabelecidos no âmbito da instância administrativa, evitam paralisações de obras já iniciadas o que, por conta de disputas levadas à apreciação judicial, implicam em grandes atrasos e abandono de obras, com evidente prejuízo ao interesse público.

Notória também a preocupação do legislador em estabelecer critérios de natureza processual mais transparentes para a suspensão cautelar da licitação ou da execução do contrato. Pela proposta apresentada (Art. 93) a decisão da autoridade administrativa, do Tribunal de Contas ou a requisição do órgão do Ministério Público ao Poder Judiciário sobre a suspensão do edital ou da execução do objeto, deve obrigatoriamente conter, sob pena de nulidade, elementos objetivos que descrevam tanto as causas da suspensão quando as condições para o seu prosseguimento.

Um outro tema relevante concerne à questão da obrigatoriedade do projeto executivo nas contratações públicas. O projeto executivo detalha o conjunto de elementos necessários e suficientes à execução completa da obra. A atual Lei 8.666/93, assim dispõe sobre o tema:

Art. 7o. As licitações para a execução de obras e para a prestação de serviços obedecerão ao disposto neste artigo e, em particular, à seguinte seqüência:

I - projeto básico;

II - *projeto executivo*;

III - execução das obras e serviços.

§ 1o A execução de cada etapa será obrigatoriamente precedida da conclusão e aprovação, pela autoridade competente, dos trabalhos relativos às etapas anteriores, à exceção do projeto executivo, *o qual poderá ser desenvolvido concomitantemente com a execução das obras e serviços*, desde que também autorizado pela Administração.

§ 2o As obras e os serviços somente poderão ser licitados quando:

I - *houver projeto básico aprovado* pela autoridade competente e disponível para exame dos interessados em participar do processo licitatório;

II - existir orçamento detalhado em planilhas que expressem a composição de todos os seus custos unitários;

III - houver previsão de recursos orçamentários que assegurem o pagamento das obrigações decorrentes de obras ou serviços a serem executadas no exercício financeiro em curso, de acordo com o respectivo cronograma; (grifos nossos)

A exegese do Artigo 7o. ora examinado, permite deduzir que apesar do Inciso II prever a etapa do projeto executivo, o § 1o. do mesmo artigo, ao permitir que o mesmo "poderá ser desenvolvido concomitantemente com a execução das obras e serviços", termina por neutralizar os benefícios ao interesse público que a execução de um contrato com projeto executivo elaborado antes da execução trariam. A própria ideia de planejamento, prevê um detalhamento prévio do que será executado, incompatível assim com a concomitância admitida pela norma em vigor.

Na abalizada lição de Marçal Justen Filho¹⁰:

¹⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 14a. ed. São Paulo: Dialética, 2010, p. 143.

Mas a licitação só pode ser instaurada se, além do projeto básico, existir também o projeto executivo. O projeto executivo determinará minuciosamente as condições de execução do objeto licitado, inclusive no tocante aos custos, o que permitirá avaliar a compatibilidade da contratação com o interesse coletivo, com os recursos estatais disponíveis e com outras exigências relacionadas com o bem comum.

É o planejamento prévio detalhado, descrito no projeto executivo, que possibilitará ao executante antecipar-se a todas as variáveis desconhecidas, evitando-se graves falhas na execução do objeto e mesmo eventuais surpresas que podem inclusive inviabilizar o equilíbrio econômico financeiro do contrato, provocando os mais variados prejuízos ao erário, ao executante e por fim ao interesse coletivo. Não é portanto sem motivo que assevera Justen Filho que "Configura-se uma potencial lesão à Constituição quando se promove licitações de obras de enorme complexidade sem projeto executivo."

Neste sentido, o Projeto de Lei no. 559/2013 do Senado Federal, propõe na modalidade de empreitada integral (Art. 5o., Inciso XI, alínea "a") como condição obrigatória, a prévia aprovação do projeto executivo. Observe-se por seu turno, que dentro da perspectiva de agilização do procedimento licitatório, não seria de bom senso tornar o projeto executivo obrigatório em todos os contratos indiscriminadamente, tão somente para aqueles cuja ausência represente ameaça ao seu fiel e integral cumprimento. Assim, para contratos envolvendo objetos de baixa complexidade executória, tal exigibilidade estaria dispensada, sob pena de tornar-se mero óbice burocrático.

3.2 GARANTIAS CONTRATUAIS E *PERFORMANCE BONDS*

O artigo 56 da Lei 8.666/93 define as regras sobre as garantias que o fornecedor deve prover à administração, concernente à prestação contratada:

Art. 56. A critério da autoridade competente, em cada caso, e desde que prevista no instrumento convocatório, *poderá ser exigida prestação de garantia* nas contratações de obras, serviços e compras.

§ 1o. Caberá ao contratado *optar* por uma das seguintes modalidades de garantia:

I - caução em dinheiro ou em títulos da dívida pública, devendo estes ter sido emitidos sob a forma escritural, mediante registro em sistema centralizado de liquidação e de custódia autorizado pelo Banco Central do Brasil e avaliados

pelos seus valores econômicos, conforme definido pelo Ministério da Fazenda;

II - *seguro-garantia*;

III - fiança bancária.

§ 2o. A garantia a que se refere o caput deste artigo *não excederá a cinco por cento do valor do contrato* e terá seu valor atualizado nas mesmas condições daquele, ressalvado o previsto no parágrafo 3o deste artigo.

§ 3o. Para obras, serviços e fornecimentos de grande vulto envolvendo alta complexidade técnica e riscos financeiros consideráveis, demonstrados através de parecer tecnicamente aprovado pela autoridade competente, o limite de garantia previsto no parágrafo anterior poderá ser elevado para até *dez por cento* do valor do contrato.

§ 4o. A garantia prestada pelo contratado será liberada ou restituída após a execução do contrato e, quando em dinheiro, atualizada monetariamente.

§ 5o. Nos casos de contratos que importem na entrega de bens pela Administração, dos quais o contratado ficará depositário, ao valor da garantia deverá ser acrescido o valor desses bens. (grifos nossos)

É importante inicialmente ressaltar que apesar da garantia buscar proteger o interesse público contra eventuais descumprimentos das obrigações contratuais pelo prestador, a norma faculta a este (e não à administração) a escolha da modalidade de garantia. Justen Filho¹¹ contudo, pondera que o fato da norma (conforme exegese do Art. 56 *caput*), deixar à discricionariedade da administração a exigência ou não da garantia, deve-se ao fato de que o oferecimento de garantias implica em onerar os custos da prestação, aduzindo o autor que "a prestação de garantias representa um encargo econômico-financeiro para o particular. Para promover a garantia é obrigado a desembolsar recursos. Em alguns casos, as dimensões desse encargo podem atingir valores muito elevados".

Entendemos, não obstante, que a questão central repousa no fato de que, face à multiplicidade de serviços e bens que a Administração Pública contrata, a mesma não tem (nem seria razoável que tivesse) a capacidade de dominar os conhecimentos técnicos especializados sobre os mais variados ramos do conhecimento humano, de modo que atribuir discricionariedade à Administração Pública para decidir sobre a exigência ou não das garantias torna-se tarefa cada vez mais arriscada.

¹¹ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. São Paulo: Dialética, 2010, p. 720.

O contexto da gigantescas dimensões de recursos, complexidade e diversidade das aquisições públicas revela-se no âmbito dos pagamentos realizados pela Administração Pública Federal a pessoas jurídicas, pelos mais variados bens e serviços. A título exemplificativo, somente no exercício de 2014, cerca de R\$ 1,8 trilhão foi despendido em compras públicas federais¹². Vale ainda ressaltar, que conforme dispõe a Lei de Licitações, mesmo quando a administração entende como necessário o oferecimento de garantias, é facultado ao prestador, escolher entre a caução, o seguro garantia, ou mesmo a fiança bancária. Notório ainda aduzir que conforme dispõe o Art. 56 (§ 2o. e § 3o.) a garantia limita-se a 5% do valor contratual, podendo chegar a 10%, em casos excepcionais.

Além disso, no caso das contratações de obras públicas, a importância da tutela do interesse coletivo (e portanto da qualidade das garantias oferecidas) é ainda mais sensível, em face de que os grandes programas governamentais que incluem obras estruturantes como infraestrutura de transportes, moradia, educação, saneamento básico e atenção à saúde, entre outras, têm como destinatário final milhões de cidadãos brasileiros.

Neste sentido alerta Motta¹³ que dispomos "de dispositivos legais, normativos e regulamentares que podem - e devem - ser utilizados para assegurar a qualidade das obras públicas" ressaltando contudo que "esses dispositivos, quer por seu desconhecimento integral, quer por sua não interpretação conjunta e concomitante, são subutilizados, possibilitando a ocorrência de má qualidade das obras públicas".

Assim, é neste cenário de enormes desafios à Administração Pública, que se apresenta o instituto denominado *Performance Bonds*. Trata-se de uma espécie do gênero Seguro Garantia.

Mattos¹⁴, assim descreve o instituto:

É um seguro que a construtora contratada tem que apresentar no início da obra. O detalhe é que esse seguro deve cobrir 100% do valor do contrato. Ele garante que, no caso de falência da construtora ou de manifesta incapacidade para desempenhar os

¹² Portal da Transparência. Disponível em:

<http://www.portaldatransparencia.gov.br/PortalComprasDiretasAtividadeEconomica_3.asp?Ano=2014&tipoCNAE=1&codigoSecao=G&codigoSubClasse=4693100> Acesso em 15 mar 2015.

¹³ MOTA, Cezar Augusto. **Qualidade das obras públicas em função da interpretação e prática dos fundamentos da lei 8.666/93 e da legislação correlata**. Fortaleza: Instituto Brasileiro de Engenharia de Auditoria. 2011, p. 15. Disponível em: <http://www.ibraeng.org/public/uploads/publicacoes/1188400938100qualidade_das_obras_publicas.pdf>, acesso em 19 fev. 2015.

¹⁴ MATTOS. Aldo Dórea. **Obras públicas nos EUA**. Revista Construção Mercado. São Paulo, p. 64, nov. 2006.

serviços, o órgão público possa acionar a entidade seguradora. Dá-se automaticamente a transferência de responsabilidade da construtora malfadada para a seguradora. Caberá a essa entidade terminar a obra dentro dos termos contratuais do segurado – se ela irá terceirizar a obra com outra empresa, fazer licitação ou assumir pessoalmente a condução dos serviços, o problema é interno. Se o término dos serviços custar à seguradora mais do que o saldo do contrato, esse é o risco de ter emitido apólice a quem não merecia.

Instituto originário do direito norte americano, o *Performance Bond*, é um seguro garantia que pode ser exigido pelo contratante e pago pelo contratado à uma seguradora, ou a um grupo de seguradoras (resseguo), que garante à Administração a entrega do objeto contratado; sendo especialmente utilizado em contratos complexos e de alto custo, como serviços, obras e mesmo para garantir obrigações derivadas de concessões públicas. As condições da apólice garantem à Administração o cumprimento do objeto contratado, de modo que se a empresa executante não cumprir as obrigações avençadas, a seguradora estará encarregada de fazê-lo, inclusive contratando outras empresas.

Atualmente os Art. 30 e 31 da Lei 8.666/93 estabelecem os documentos exigidos para a comprovação técnica e econômico-financeira dos interessados nas licitações. Fruto de nossa tradição administrativa burocrática, a apresentação de tais documentos satisfaz a norma posta, mas não garante que o objeto da licitação será realmente entregue nas exatas condições contratuais. Em face do alto grau de especialização que apresentam as grandes contratações públicas, a Administração vê-se incapaz de efetivamente fazer juízo de valor sobre capacitações técnicas e financeiras das empresas, se contentando como mero atestados.

Neste sentido a utilização dos *Performance Bonds* revela-se como solução inovadora, na medida em que caberá à emissora da apólice avaliar efetivamente a capacidade da empresa em realizar o objeto do edital licitatório, pois em caso de descumprimento, a ela caberá promover o cumprimento do contrato, conferindo uma avaliação e seleção mais percuciente dos prestadores aptos a cumprir o avençado.

4 CONCLUSÃO

Em face dos elementos analisados, concluímos que o conjunto de normas relativas a aquisições e contratações pela Administração Pública brasileira de bens e serviços

atualmente em vigor em nosso ordenamento jurídico, demonstra-se incapaz de atender aos ditames constitucionais de concretização dos princípios administrativos, cujo principal objetivo é a plena satisfação do interesse público.

Reconhecemos a evolução normativa verificada no processo de aquisições públicas desde a redemocratização brasileira, a Constituição Federal de 1988, passando pela criação de uma nova lei geral de licitações e pela reforma administrativa constitucional de 1998, que implementou como princípio constitucional da Administração Pública brasileira, a eficiência.

Não obstante tais avanços, verificamos que a Administração Pública ainda é fortemente influenciada pelos paradigmas da administração burocrática, e que apesar dos avanços operados tanto na norma constitucional, quanto no arcabouço infraconstitucional, o processo licitatório brasileiro ainda revela-se como lento, oneroso e pouco eficiente, demandando a modernização e simplificação de procedimentos, em busca da eficiência constitucionalmente exigida, e que padece frente à lenta transição do modelo burocrático para o gerencial.

Constatamos que as aquisições públicas respondem por significativa parcela dos dispêndios governamentais, num cenário de imensa demanda por investimentos públicos, tão necessários ao desenvolvimento nacional e à redução das desigualdades sociais; de modo que a instrumentalização da Administração Pública com inovações normativas que potencializem a eficiência estatal, revela-se como importante expediente no sentido de maximização da satisfação dos interesses coletivos do cidadão brasileiro.

No sentido de que a análise crítica deve não apenas apontar o problema, mas também propor soluções, verificamos que o Projeto de Lei n. 559 do Senado Federal, além de consolidar as principais normas hoje existentes sobre licitações, propõe uma série de inovações com real potencial de aperfeiçoamento dos procedimentos licitatórios, construída a partir da análise dos pontos de estrangulamento mais relevantes da norma em vigor, apontando soluções para questões como lisura, competição, qualidade, preço e agilidade nos processos de contratação pública de bens e serviços.

Por fim, o exame do Seguro Garantia na modalidade *Performance Bonds*, revela que o instituto pode suprir inúmeras deficiências do ente estatal contratante, de modo a garantir maior sucesso à plena concretização do objeto licitado, na medida em que oferece vantagens tanto à Administração contratante, quanto ao contratado. Para o ente público, tal modalidade garante integralmente o cumprimento da obra, para o contratado garante que se for acionado pela Administração, o cumprimento integral da avença será assumido pelo

segurador. Além disso, considerando que é da qualidade da avaliação prévia da capacidade técnica e financeira do contratado que depende o sucesso da plena realização do objeto licitado, a transferência deste sensível ônus da Administração para o segurador, revela a potencial efetividade do instituto para o alcance e satisfação do melhor interesse da coletividade.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988) **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988.

_____. Lei nº 8.666, de 21 jun. 1993. **Regulamenta o artigo 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da administração pública e dá outras providências**. Diário Oficial da União, Brasília, 22 jun.1993.

_____. Presidente, (1995 – 2002: Fernando Henrique Cardoso). **Plano diretor da reforma do aparelho do estado**. Brasília: Presidência da República, Câmara da Reforma do Estado, Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado, 1995.

BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. **Exposição no Senado sobre a reforma da administração pública**. Caderno 3. Brasília: Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado, 1997.

COSTA, Luiz Bernardo Dias. **Tribunal de Contas – evolução e principais atribuições no estado democrático de direito**. Belo Horizonte: Fórum, 2006.

HALL, Robert; LIEBERMANN, Marc. **Microeconomia. Princípios e aplicações**. São Paulo: Pioneira, 2003.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 14a. ed. São Paulo: Dialética, 2010.

MATTOS. Aldo Dórea. **Obras públicas nos EUA**. Revista Construção Mercado. São Paulo, nov. 2006.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Licitação e Contrato Administrativo**. 30 ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

MCKINNEY, Jerome. **Public Administration: Balancing power and accountability.** Westport: Praeger Publishers, 1998. Disponível em: <<http://books.google.com>>, acesso em 26 fev. 2015.

MILAKOVICH, Michael; GORDON, George. **Public administration in America.** Boston: Cengage Learning Inc., 2009, p. 65. Disponível em: <<http://books.google.com.br>>. Acesso em: 25 jan. 2015.

MOTA, Cezar Augusto. **Qualidade das obras públicas em função da interpretação e prática dos fundamentos da lei 8.666/93 e da legislação correlata.** Fortaleza: Instituto Brasileiro de Engenharia de Auditoria. 2011. Disponível em: <http://www.ibraeng.org/public/uploads/publicacoes/1188400938100qualidade_das_obras_publicas.pdf>, acesso em 19 fev. 2015.