

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

Eduardo Pedral Sampaio Fiuza

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

Bernardo Abreu de Medeiros

Chefe de Gabinete da Presidência do Ipea.

Promover a eficiência da Administração Pública é, sem sombra de dúvida, um dos maiores desafios da atualidade no Brasil. Uma maior eficiência da máquina estatal significa que os recursos dos impostos e contribuições arrecadados da sociedade sejam revertidos para que ela cumpra seu principal objetivo, que é o de prover bens e serviços públicos à população.

De fato, a eficiência do Estado na provisão de bens e serviços, assim como a eficiência de qualquer firma do setor privado, compreende três dimensões principais: técnica, alocativa e distributiva. As duas primeiras requerem a eficiência dos órgãos públicos na aquisição dos insumos de suas funções de produção.

Diferentemente das firmas privadas, no entanto, que escolhem com relativa liberdade seus fornecedores e muitas vezes praticam preços de transferência com eles (quando têm algum sócio controlador em comum), o Estado normalmente obedece a critérios bem mais rígidos de seleção de fornecedor e de apuração de suas compras. Suas aquisições devem satisfazer a critérios de impessoalidade, isonomia e publicidade, e seguir estritas regras legais, deixando ao gestor público pouca margem de manobra.

No Brasil, a margem de manobra é ainda mais comprometida pelo arcabouço vigente. A Constituição Federal de 1988 (CF/1988), em seu Artigo 22, inciso XXVII, atribuiu privativamente à União a competência em legislar sobre as normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, estados, Distrito Federal e municípios e para as empresas públicas e sociedades de economia mista. A Lei nº 8.666/1993, que rege as compras públicas, estabelecendo princípios gerais e definições, veio como uma resposta aos sucessivos escândalos do governo

Collor e dos Anões do Orçamento, e instituiu controles mais rígidos sobre as licitações, mas ao longo de vinte anos de sua existência, ela foi alterada por 61 medidas provisórias (MPs) e dezenove leis, ou quatro normas por ano.

Além das modificações levadas a cabo, outras tantas iniciativas tramitaram no Congresso, mas a tentativa que mais progrediu foi o Projeto de Lei do Executivo (PLE) nº 7.709/2007, que tramitou com bastante rapidez na Câmara dos Deputados e logo foi remetido ao Senado. Mesmo com sua urgência extinta ainda em junho daquele ano, o já renomeado Projeto de Lei da Câmara (PLC) nº 32/2007 teve seu substitutivo aprovado quatro meses depois. Em abril de 2009, porém, ele foi engavetado na Subsecretaria de Coordenação Legislativa do Senado aguardando a inclusão na Ordem do Dia. Neste ínterim, para acelerar obras com vistas à preparação da infraestrutura brasileira para os grandes eventos esportivos, e diante do prazo indefinido de tramitação da reforma então em pauta, o Executivo optou por uma minirreforma temporária e localizada. Foi então criado o Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC), posteriormente estendido a obras e serviços de engenharia no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS), e que paulatinamente vai sendo proposto para novas aplicações, por meio de PLs e MPs.

Em junho de 2013, foi criada e instalada no Senado uma Comissão Especial Externa para Modernização da Lei de Licitações e Contratos (CTLICON). Convidado pela relatora a manifestar-se durante a consulta pública, o Ipea produziu um documento cujo resumo foi divulgado em 1º de novembro de 2013 como Nota

técnica¹ (Fiuza e Medeiros, 2013). Este trabalho recupera e estende – na medida em que incorpora comentários recebidos na ocasião do lançamento da Nota técnica – a versão completa das contribuições enviadas ao Senado, incluindo quadros comparativos detalhados das principais alterações propostas em comparação com as últimas versões da lei em vigor, do substitutivo ao PLC nº 32/2007 e da Lei nº 12.462/2011 (Lei do RDC).

A reforma proposta pelo Ipea ao Senado tem os seguintes objetivos:

- 1) Privilegiar o foco no resultado da licitação, e não no processo.
- 2) Incrementar o poder de compra do Estado a favor do cidadão, ampliando o leque de critérios que o administrador pode levar em conta na seleção do fornecedor para cumprir com objetivos sociais amplos e permitindo-lhe combinar os critérios da maneira mais eficiente possível.
- 3) Gerar os incentivos de carreira corretos para os administradores de compras públicas.
- 4) Reduzir ou eliminar as possibilidades de manipulação de resultados e de práticas corruptas.
- 5) Reduzir o quanto possível os custos de transação das compras públicas, aumentando a eficiência técnica do processo de compras com a adoção e a difusão das melhores práticas de compras.
- 6) Aumentar a transparência e a previsibilidade do processo de compras para toda a sociedade.

DIAGNÓSTICOS E ANÁLISES

Um primeiro ponto a se destacar na análise deste *Texto para discussão* é a questão das modalidades de licitação. No Brasil, elas se resumem a três leilões de envelopes fechados (concorrência, tomada de preço e convite) e dois leilões híbridos (pregões presencial e

eletrônico), e é vedada a criação de novas modalidades. Isso acontece a despeito de toda a riqueza e variedade de leilões disponíveis na literatura econômica e da farta evidência empírica e experimental sobre as condições em que cada tipo de leilão é mais vantajoso.

Os limites impostos aos formatos das modalidades também têm implicações para as formas de contratação direta. Há atualmente um excesso de situações de dispensa e inexigibilidade de licitação na legislação brasileira. A inexigibilidade basicamente reflete a ausência de concorrência na provisão de um determinado bem ou serviço, que é considerado singular. Quanto à dispensa, a Lei nº 8.666/1993 enumera 33 situações que a permitem. Nem todas, porém, seriam justificativas cabais para a contratação direta. Muitas vezes o direcionamento da compra ocorre simplesmente porque as modalidades de licitação que a lei elenca não admitem nenhum critério de qualidade. Em outras, a dispensa é feita porque a escala da compra é baixa, e os custos de transação para aquela compra isolada tornam economicamente contraproducente a realização de licitação. Esses dois obstáculos podem ser removidos ou mitigados respectivamente pela adoção de critérios adicionais de adjudicação além do preço em licitações restritas – uso da proposta globalmente mais vantajosa (PGMV) como critério de adjudicação – e pela agregação de compras em contratos-marco em substituição aos registros de preços. Nos casos de dispensa em que hoje é usada a cotação eletrônica (compras de baixo valor), pode ser adotada a cotação eletrônica estendida (isto é, com critério de adjudicação PGMV), que seria classificada como um procedimento aberto. Além disso, mesmo que não seja viável a adoção de procedimentos com algum tipo de concorrência (livre ou restrita), a negociação das condições de compras pode ser disciplinada por uma regulamentação específica e o poder de negociação do Estado brasileiro será reforçado se os órgãos negociarem conjuntamente as condições de fornecimento. De fato, uma fatia de 34,36% (em valor) do total de compras federais poderia, em tese, passar por um processo de negociação conjunto ou mesmo ser licitada competitivamente, desde que as modalidades de licitação atuais fossem completamente revistas. Para efeito de comparação, as compras por procedimento negociado nas da União Europeia (UE) (aquelas feitas sem licitação) eram de 14% do valor e apenas 9% em volume.

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

A revisão do arcabouço institucional e da gestão de processos e o reforço do capital humano são os desafios seguintes. Observa-se que: *i)* os funcionários envolvidos em compras têm baixa qualificação e não existem carreiras estruturadas para essa função; muitos estão em desvio de função; *ii)* falta uma normatização única para a atividade; o vácuo é ocupado pelos órgãos de auditoria e controle, e mesmo assim as orientações são muitas vezes conflitantes e enfatizam demasiadamente as questões formais dos processos; *iii)* os procedimentos são demasiadamente formais e burocráticos; *iv)* os processos são tratados caso a caso; *v)* a preocupação com o atendimento das regras formais supera a de “comprar bem”; *vi)* os funcionários de compras atualmente são extremamente avessos ao risco e não recebem incentivos associados ao cumprimento de metas de qualidade ou preço do que compram; *vii)* faltam ou são inadequados os procedimentos básicos para um bom planejamento de compras, incluindo controle de estoques, gerência de projetos, cronograma físico-financeiro e levantamento de preços no mercado.

Outro aspecto importante a se rever nas contratações públicas brasileiras é a longa duração dos processos: *i)* excesso de possibilidades de recursos durante a licitação; e *ii)* excesso de aditivos. Os excessivos aditivos refletem a baixa qualidade ou ausência de projetos, que, por sua vez, se devem ao mau planejamento e à necessidade de garantir recursos para a obra antes que o recurso seja contingenciado ou devolvido. O problema é apenas parcialmente resolvido com a contratação integrada. Já quanto aos recursos, eles são um problema por causa do seu efeito suspensivo automático e do seu uso estratégico como instrumento de barganha entre empresas para se chegar a resultados colusivos. São seis as medidas propostas durante a consulta pública para mitigar esse problema: *i)* fim do efeito suspensivo automático dos recursos; *ii)* inversão das fases, postergando-se a habilitação para depois do certame; *iii)* fase recursal única; *iv)* instituição da fase de saneamento do processo; *v)* adoção de um sistema de pontuação para a qualificação técnica, mesmo que se continuasse usando como critério de adjudicação o menor preço; e *vi)* criação de uma câmara de arbitragem para resolver as disputas antes que chegassem ao Judiciário. Outras mudanças com o potencial de diminuir o tempo de execução dos processos de contratação e das execuções dos contratos

em si estariam relacionadas a mudanças nas regras processuais, tais como: custos de interposição de recursos; reversão de pagamentos; sucumbências etc. Também seriam beneficiadas as contratações públicas se o Judiciário agisse com mais celeridade e eficiência, o que também estaria fora do escopo da lei de licitações.

Sobre os formatos de contratos, note-se que a flexibilidade; os incentivos à qualidade e à redução de custos; e a alocação do risco da compra são as dimensões mais importantes a influenciar a escolha do contrato de compra pelo comprador. Assim, os tipos de contratos podem ser enquadrados em três amplas categorias: *i)* contratos de reembolso de custos ou *cost-plus*, de baixa potência de incentivos e risco mínimo para o fornecedor; *ii)* contratos a preço fixo, de alta potência de incentivos e risco total para o fornecedor; ou *iii)* contratos de incentivos, com potência média de incentivos e compartilhamento de riscos entre fornecedor e cliente. Faltava na legislação brasileira uma provisão para que as empresas contratadas por licitação para obras e serviços tivessem sua remuneração baseada no desempenho, como nas categorias de reembolso (*cost-plus*) e de contratos de incentivos. A novidade apareceu no RDC.

Em muitos casos, algumas dimensões de qualidade são impossíveis de se contratar porque não são verificáveis, ainda que sejam observáveis. É a chamada qualidade não contratável. A sua provisão depende muito mais de outros tipos de incentivos, que podem ser agrupados em: *i)* pré-contratuais; *ii)* dentro do contrato; e *iii)* pós-contratuais. No primeiro grupo, inserem-se as estratégias de limitação da competição, tais como limitar o número de licitantes. No segundo grupo, estão dispositivos para punir o contratado que tiver reduzido qualidade com suspensão de contrato ou multas, baseadas em aferições de satisfação dos usuários, e as contratações de mais de um fornecedor (*dual sourcing*, ou *multisourcing*). Por fim, no terceiro e último grupo encontra-se a promessa ou a maior probabilidade de renovação de contrato ou de favorecer a empresa com bom desempenho em próximas licitações. No Brasil, embora exista a possibilidade de renovar o contrato por meio de aditamentos, e embora a experiência passada de fornecimento ao setor público possa contar pontos no julgamento da proposta em certames licitatórios, ela não é devidamente aproveitada na lei para fins

de demonstração da qualificação técnica. Criar um cadastro positivo de fornecedores seria, portanto, o primeiro grande passo para a elevação da qualidade não contratável dos serviços de construção civil, indo além do atual sistema de cadastramento unificado de fornecedores (SICAF), que se atém apenas às faltas das empreiteiras, sem poder servir de base para o ranqueamento da qualidade dos serviços delas.

A boa execução contratual também requer que se aperfeiçoem os controles contra inadimplências, que podem vir tanto do governo como dos fornecedores. Assim, devem-se, de um lado, aperfeiçoar os filtros que impedem a adjudicação de contratos a autores de propostas inexequíveis e, do outro, prevenir reverses da administração em contratar ou pagar os contratos, mesmo depois de licitar, selecionar, homologar e adjudicar. O primeiro risco leva a custos de recuperação de garantias e de substituição de fornecedores para se levarem a cabo as obras contratadas. O último eleva o prêmio de risco dos fornecedores e, conseqüentemente, seus lances e os preços pagos pelo próprio governo.

Algumas recomendações para prevenir propostas inexequíveis foram feitas por um grupo de trabalho da UE: *i)* aplicar critérios qualitativos de habilitação apropriados em procedimentos de licitação abertos; *ii)* usar contratos que garantam a submissão de propostas que sejam economicamente mais vantajosas (EMVs); *iii)* contratar consultoria técnica no início da elaboração do projeto; *iv)* criar mecanismos de avaliação de desempenho que favoreçam a formação de relações de longo prazo com fornecedores qualificados; *v)* assegurar editais ou convites precisos e sem ambiguidades; *vi)* conceder prazos adequados para preparação de propostas; *vii)* usar seguros de propostas, de performance e de pagamento; *viii)* limitar negociações pós-licitações e mudanças contratuais; *ix)* selecionar propostas o mais frequentemente possível pelo critério de EMV; *x)* aumentar a transparência e o monitoramento das relações entre empresas contratadas e subcontratadas; *xi)* planejar e investir em longo prazo; e *xii)* conscientizar as autoridades sobre os efeitos adversos causados pelas propostas anormalmente baixas. Alguns procedimentos de detecção pelo desvio em relação ao preço médio ou por análise estatística ainda perduram em muitos países, a exemplo do que prevê a diretiva europeia.

Infelizmente, o uso do seguro vinha sendo completamente negligenciado no Brasil como instrumento de mitigação de riscos para o comprador público brasileiro. O Estado tomou para si a tarefa de analisar os riscos das empresas contratadas e, na maioria das vezes, a partir de um conjunto insuficiente de evidências. Chega-se ao cúmulo em que a lei brasileira faculta à empresa contratada escolher o tipo de garantia que oferecerá ao comprador em completa igualdade de condições entre as opções apresentadas: carta bancária, caução em dinheiro e seguro bancário. Ora, se os fornecedores contratados forem livres para escolher eles mesmos as garantias oferecidas, dificilmente escolherão a eficiente, uma vez que não têm incentivos a internalizar as externalidades infligidas à administração por sua escolha. Recomenda-se, portanto:

- atribuir à normatização infralegal a regulação sobre a exigência de garantias: nem o licitante nem a entidade adjudicante devem ter o poder de definir o instrumento adequado de garantia, para evitar direcionamentos, colusão e lances anormalmente baixos;
- que deve ficar prevista a exigência de garantias para a proposta, o desempenho e o pagamento, em percentuais que dependam do valor, da duração e do risco do projeto;
- que as garantias de proposta sejam exigidas de todos os licitantes, e não apenas de quem tiver um lance anormalmente baixo; e
- que o padrão de garantias seja o de seguro-garantia, salvo disposição explícita e justificada em contrário.

A preocupação com o combate à corrupção passa pela criação de regras e instrumentos que dificultem a coordenação entre os agentes envolvidos e facilitem a detecção pelos órgãos fiscalizadores e pela sociedade em geral. A manipulação de resultados por funcionários públicos pode se dar de várias maneiras: direcionamento do edital; orquestração de cartel; e julgamento viesado dos critérios qualitativos ou subjetivos. Recomendam-se contra ela: *i)* a transparência durante todo o processo; *ii)* as padronizações dos procedimentos e das especificações de bens e serviços; *iii)* a desconcentração do poder decisório; *iv)* a desconcentração dos privilégios de acesso aos sistemas; *v)* a instituição de rodízios

de funcionários; *vi*) a realização de leilões eletrônicos em sistemas com rastreamento para recepção das propostas; *vii*), a seleção aleatória dos avaliadores de propostas técnicas; *viii*) a adoção de procedimentos de descarte de notas extremas em julgamentos de critérios subjetivos; e *ix*) o desenho de mecanismos para que as firmas revelem se enxergam algum direcionamento na fórmula de pontuação.

SÍNTESE DAS PRINCIPAIS CONTRIBUIÇÕES

À luz do que foi discutido ao longo das seções do *Texto para discussão*, houve-se por bem traçar as recomendações listadas a seguir.

- 1) A reforma da Lei nº 8.666/1993 deve buscar seus principais pontos na Lei nº 12.462/2011, que instituiu o RDC, e não no PLC nº 32/2007 nem no seu substitutivo atual.
- 2) Para além da reforma da Lei nº 8.666, a eficácia desejada para o tema de licitações e compras públicas depende de outros atos normativos complementares que criem:
 - a) uma agência normativa de compras;
 - b) uma agência executiva de compras centralizada; e
 - c) carreiras de níveis médio e superior especializadas na regulação e na gestão de compras públicas.
- 3) A eficácia desejada depende também do aperfeiçoamento e da integração dos sistemas eletrônicos de rastreamento das compras desde a abertura do processo até o seu encerramento. Isso permitirá vários ganhos de escala, maior segurança jurídica, gestão de conhecimento, aumento do poder de compra do Estado; melhoria do monitoramento de cartéis; facilitação da padronização de produtos, editais e contratos; maior exposição das compras com a consequência de facilitar o combate à corrupção e ao favoritismo. Além disso, para que o registro de preços possa funcionar melhor, ele deve ser centralizado, para acabar com o comportamento de carona. A boa compra poderá ser incentivada com uma remuneração por desempenho à central de compras, seja pelo Tesouro diretamente ou pelos órgãos usuários.
- 4) A ênfase da legislação de compras sempre se ateu aos procedimentos de formulação de editais, à contratação e ao objeto contratado. A nova legislação deverá ter como princípios não apenas a economicidade, mas também a eficiência, a inovação, a competição e a melhor relação custo-benefício para a administração. Este é o suporte legal para a busca de resultados, tirando o foco do processo.
- 5) Para dar mais agilidade ao processo licitatório, com a adoção de medidas já previstas no RDC ou mesmo no PLC nº 32/2007, como o fim do efeito suspensivo ou a ainda mais efetiva inversão de fases, com a habilitação após o certame. Fase recursal única e procedimentos de arbitragem também são caminhos recomendados.
- 6) O alto número de dispensas e inexigibilidades de licitações poderia ser reduzido, de um lado, com o aperfeiçoamento dos procedimentos de convite (licitação restrita) e de cotação eletrônica e a adoção do critério de adjudicação por PGMV (que leva em conta dimensões de qualidade), o que propiciaria consideráveis ganhos de transparência e segurança jurídica. De outro lado, o enxugamento do catálogo de materiais e serviços também traria expressiva redução nos casos de dispensa e inexigibilidade por razões de valor.
- 7) A lei deve abandonar por completo o conceito de modalidade de licitação. Ele é um conceito obsoleto e engessa o formulador de política, pois o progresso tecnológico e operacional na forma de contratação acaba requerendo mudanças legislativas, e isso é ineficiente para o setor público.
- 8) A lei deve apenas prever as condições em que se aplicam licitações e aquelas em que não. Para as compras por licitação, a lei deve ainda prever apenas princípios básicos para a formatação e implementação de leilões reversos. Isso implica que a lei deve prever apenas a existência de três tipos de procedimentos de compras:
 - a) aberto, livre ou competitivo (qualquer fornecedor pode disputar o contrato), que será chamado de licitação competitiva;

- b) restrito ou convidado, será chamado de licitação restrita; e
- c) negociado, será chamado de contratação direta.
- 9) Esta lei, ou uma que a complemente, pode prever o escopo de normatização infralegal. Em particular, que os critérios de adjudicação, a fórmula de pontuação, o formato do leilão, o regime de execução e a forma de compra (com ou sem contrato-marco) serão definidos pelos órgãos adjudicadores a partir de um cardápio de opções predefinido por uma agência normatizadora. Os critérios de adjudicação podem ser o menor preço ou a PGMV, e esta, por sua vez, pode ser uma combinação de preço e diversos atributos de qualidade. A realização dos leilões em forma eletrônica não requer o formato consagrado do pregão; pelo contrário, ela permite qualquer ordem de lances, regras de fechamento de itens, regras de decréscimo, níveis diferentes de acesso à informação das identidades dos participantes e dos lances. Mesmo lances relacionados a aspectos extrapreço (desde que não sejam para julgamentos subjetivos) das propostas dos licitantes podem ser melhorados em fases de lances sequenciais.
- 10) O conceito de registros de preços deve ser substituído pelo de contratos-marco de fornecimento ao setor público (CMFSPs), semelhantes aos acordos-quadro europeus, convênios-marco chilenos e contratos-marco mexicanos. Este conceito é vinculado à criação da agência executiva de compras centralizadas mencionada anteriormente, que geriria as adjudicações e intermediaria as contratações, o que poderia propiciar ganhos de escala, melhor especificação de produtos, fomento à inovação e à melhoria da qualidade. O CMFSP pode ainda ser complementado pelo Sistema de Aquisição Dinâmico (SAD) – Diretiva nº 2004/18/CE da UE. Este sistema é parecido com o acordo-quadro europeu, com a diferença de que permite a qualquer fornecedor baixar o seu

lance anterior e ser incluído no catálogo de fornecedores do acordo-quadro. Enquanto a nova normatização não estiver em pleno funcionamento, podem valer disposições transitórias previstas no bojo da nova lei; por exemplo, ela pode manter a sobrevida de alguns decretos e instruções normativas ainda vigentes.

POSFÁCIO E EXTENSÕES

Em 5 de dezembro de 2013 a relatora do CTLICON apresentou à comissão seu relatório final, já contendo o texto para uma nova lei que substituiria completamente a Lei nº 8.666, e ainda revogaria a Lei nº 10.520/2002 (dos pregões) e os Artigos 1º a 42 da Lei nº 12.462 (RDC). O relatório final foi aprovado uma semana depois. A comparação entre a presente proposta e a da senadora Kátia Abreu fica, porém, adiada para uma próxima nota ou artigo, para que fique bem salientado neste trabalho quais são as inovações propostas como o “mundo ideal”. A comparação futura com a nova proposta terá os objetivos de: *i)* sistematizar o que foi considerado possível ou oportuno pela relatora; *ii)* apontar os possíveis riscos de se deixar de lado o que se propõe neste *Texto para discussão*; e *iii)* salientar as novidades da proposta da relatora que são bem-vindas e que não tinham sido divisadas neste texto.

SUMÁRIO EXECUTIVO