

Nota Técnica

A reforma da Lei 8.666/93 e do arcabouço legal
de compras públicas no Brasil: contribuições do
Ipea à Consulta Pública do Senado

Eduardo Pedral Sampaio Fiuza

Bernardo Abreu de Medeiros

Nº 8

Brasília, outubro de 2013

Nota Técnica

A reforma da Lei 8.666/93 e do arcabouço legal de compras públicas no Brasil: contribuições do Ipea à Consulta Pública do Senado¹

Eduardo Pedral Sampaio Fiuza²

Bernardo Abreu de Medeiros³

¹Esta Nota contém material inédito, mas inclui também, de forma resumida, de material já publicado ou em fase de revisão, em Fiuza (2009, 2012, 2013), e o estende, revisa, atualiza e complementa, sempre com vistas a contribuir para a Consulta Pública do Senado a respeito da revisão da Lei 8.666/93. Os autores agradecem a Ângelo Henrique Lopes da Silva por comentários recebidos, mas o exime de responsabilidade sobre seu conteúdo.

²Técnico de Planejamento e Pesquisa da Diretoria de Estudos e Políticas do Estado, das Instituições e da Democracia – DIEST.

³Técnico de Planejamento e Pesquisa. Assessor da Presidência do IPEA.

1. Introdução

A Lei 8.666/93, 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. Ao longo dos 20 anos de sua existência, ela foi alterada por 61 Medidas Provisórias e 19 leis, um total de 80 normas, ou 4 por ano⁴.

Além das modificações levadas a cabo, outros nove projetos de parlamentares tramitaram no Congresso desde 2003, mas foram prejudicados pelo PL nº 7.709/2007, originado no Poder Executivo. Após ter seu substitutivo aprovado na Comissão de Assuntos Econômicos (CAE) em 23/10/2007, ficou, no entanto, parado na Subsecretaria de Coordenação Legislativa do Senado, aguardando a inclusão na Ordem do Dia. Somente em 03 de junho de 2013, pelo Ato do Presidente do Senado Federal nº 19/2013, foi criada uma Comissão Especial “para atualizar e modernizar a Lei nº 8.666” (CTLICON). Ela foi instalada em 13/06/2013 e composta pelos Senadores Vital do Rêgo, Kátia Abreu, Wilder Moraes, Waldemir Moka, Francisco Dornelles, Eduardo Suplicy, Aloysio Nunes Ferreira e Armando Monteiro, funcionando sob a presidência do primeiro, relatoria da segunda e relatoria revisora do terceiro. Na mesma data foi aprovado o Plano de Trabalho, e em 25/06/2013 foi realizada a primeira audiência pública da Comissão, na qual foram feitas exposições orais e submissões por escrito por representantes da iniciativa privada.

Neste ínterim, no entanto, o Poder Executivo interveio na legislação com uma “Lei de Licitações” paralela, a Lei 12.462/2011, que criou o Regime Diferenciado de Contratações (RDC), adstrito a uma parcela das compras de bens, serviços e obras, referentes à Copa do Mundo, Olimpíadas e Programa de Aceleração do Crescimento (PAC).

Em que pese ter sido aprovada sem muita discussão, no entanto, a nossa avaliação é que a Lei 12.462 deveria ser o ponto de partida para a reforma da Lei de Licitações. Na análise que se segue procuramos demonstrar os seguintes pontos:

- 1) É na Lei 12.462 que devem ser buscados os principais pontos da reforma da Lei 8.666, e não no PLC 32/2007 nem no seu substitutivo atual.
- 2) Para uma reforma cabal do arcabouço de compras públicas brasileiro, é necessário reformar mais do que a Lei 8.666. Na presente nota nós propomos a remissão na nova Lei à criação de mais 3 (três) peças legislativas complementares, que são extremamente necessárias para dar-lhe plena eficácia:
 - a. Uma lei regulamentando uma agência normativa de compras;
 - b. Uma lei regulamentando uma agência executiva federal de compras centralizadas, encarregada de agregar demandas de bens e serviços de uso corrente dos diversos órgãos das Administrações Federais Direta, Autárquica e Fundacional, e disponibilizar a estas e a outros órgãos interessados das demais Esferas de Governo os Contratos-

⁴ Jorge Ulisses Jacoby Fernandes, em apresentação oral à CTLICON no dia 08/07/2013 (slides em <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=131902&tp=1> e ata da audiência pública em <http://www19.senado.leg.br/sdleg-getter/public/getDocument?docverid=8f74dbf9-ccae-474e-b129-5f35b20c8c61>)

Marcos de Fornecimento ao Setor Público (CMSP), que substituirão o Sistema de Registro de Preços.

- c. Uma lei criando e regulamentando as carreiras de (i) Especialista em Compras Públicas, (ii) Técnico em Compras Públicas e (iii) Especialista em Regulação de Compras Públicas, e eventualmente uma carreira de nível médio para a regulação de compras públicas.

Esta Nota Técnica resume as contribuições detalhadas que o Ipea submeteu à CTLICON para a revisão da Lei 8.666, e que estão agora em fase de validação interna no Ipea para publicação como Texto para Discussão (Fiuza e Medeiros, 2013). A próxima seção enuncia em detalhes os princípios que, a nosso ver, devem nortear a nova Lei de Licitações. A terceira seção resume as principais alterações que propusemos ao Senado, e que constarão do Apêndice ao referido Texto para Discussão. A quarta seção indica com um pouco mais de detalhe o conteúdo a ser incluído nos dispositivos legais complementares mencionados nos itens 2 a)-c) e faz comentários sobre deficiências atuais dos sistemas de informações disponíveis. A quinta seção resume as principais contribuições da Nota.

2. Princípios que devem nortear o novo Arcabouço Institucional Brasileiro de Compras Públicas

A Constituição Federal estabelece os princípios da “*legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência*” (art. 37, redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998). A Lei 8.666 enuncia que busca: “(...) *garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável*” e que a licitação deve ser “*processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos*” (art. 3º, redação dada pela Lei 12.349/2010).

Já se lermos a Lei 12.462/2011, encontramos logo no seu art. 1º os seguintes objetivos do RDC:

- I. ampliar a eficiência nas contratações públicas e a competitividade entre os licitantes;
- II. promover a troca de experiências e tecnologias em busca da melhor relação entre custos e benefícios para o setor público;
- III. incentivar a inovação tecnológica; e
- IV. assegurar tratamento isonômico entre os licitantes e a seleção da proposta mais vantajosa para a administração pública.

Essa recente diferença de mentalidade, por si só, já é revolucionária. A busca por uma maior eficiência, inovação, competição e melhor relação custo-benefício para o setor público brasileiro foi completamente negligenciada pela legislação anterior, presa tão somente ao formalismo e ao cumprimento de ritos que, no mais das vezes, não guardam qualquer correlação com a eficiência do processo produtivo de um órgão público, muito menos com o bem-estar do cidadão e são unanimemente criticados por gestores de compras.

O legislador precisa ser tão ou mais ambicioso na presente reforma; **é preciso pensar “fora da caixa”**. A ênfase da legislação de compras sempre se ateve aos procedimentos de formulação de editais, à contratação e ao objeto contratado. Os focos deveriam ser outros: quais são os resultados esperados com a contratação? Quais são os objetivos do comprador? Quais são as condições de mercado para se comprar o que se pretende?

Por isso, defendemos que **eficiência, inovação, competição e melhor relação custo-benefício para o setor público brasileiro devem fazer parte da lista de princípios da nova Lei de Licitações**.

A reforma que ora propomos 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. Esses critérios podem incluir, mas não necessariamente se limitam a:
 - a. Menor custo total de propriedade para o Estado
 - b. Desenvolvimento produtivo local, regional ou nacional;
 - c. Sustentabilidade ambiental;
 - d. Promoção de valores culturais e éticos e resguardo do comércio justo;
 - e. Concorrência leal e sem barreiras artificiais à entrada;
 - f. Prevenção de abuso de posição dominante por fornecedores;
 - g. Tempestividade e confiabilidade da execução do serviço ou entrega do bem;
 - h. Ressocialização de detentos;
 - i. Segurança nacional;
 - j. Favorecimento a instituições de promoção humana e de deficientes físicos.
- 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.

A reforma deve ter os seguintes pilares:

- I. Consolidação das leis 8.666/1993, 10.520/2002 (Pregão Eletrônico) e 12.462/2011 (RDC), de elementos da Lei Complementar 123, da portaria 306 do MPOG, de 13/12/2001 e de parte do Decreto 7892/2013 (Registro de Preços) numa só peça legislativa;
- II. Criação de agências normativa e executiva de compras públicas, com carreiras próprias de perfis adequados às atividades de regular, normatizar e executar compras públicas, e dotadas dos devidos incentivos para desempenhar suas funções;
- III. Transição paulatina da regulamentação dos formatos dos leilões de compras e outras normas, hoje presente em decretos presidenciais (ex: decretos 3.555/2000 e 5.450/2005, que regem o pregão eletrônico) e Instruções Normativas do Ministério do Planejamento, para novas Instruções Normativas e Resoluções da Agência Normativa de Compras Públicas.

As seções 2.1 a 2.3 cobrem matéria relativa ao pilar I. A seção 2.4 cobre também matéria do pilar I e introduz a matéria dos pilares II e III. A seção 2.5 também cobre matérias dos pilares II e III.

2.1 Da necessidade de licitação, da eficiência processual e das situações de contratação direta

A mensagem principal desta subseção é a seguinte:

- Existe um excesso de situações na Lei atual que permitem ao gestor efetuar uma contratação direta por dispensa e inexigibilidade.
- Esse excesso também se traduz numa percentagem absurda de compras por este mecanismo (36,82%, contra 14% na União Europeia).
- Infelizmente falta a todas as contribuições dessa Consulta Pública um questionamento sobre os limites da contratação direta; ao contrário, lamentavelmente várias contribuições propõem novas hipóteses de dispensa.
- Defendemos que, mais importante que manter a distinção entre dispensa e inexigibilidade, porque são situações distintas, não se deve prescrever um tratamento relacionado ao tipo de fator motivador da contratação direta, mas sim pensar como atacar e resolver o problema em questão.

A Lei atual enumera quinze situações que permitem dispensa. Embora atualmente haja uma distinção jurídica bastante clara entre a inexigibilidade e a dispensa – nesta a ausência de licitação seria por decisão do administrador, enquanto naquela a licitação seria inócua por inexistência de concorrência – do ponto de vista das Ciências Econômicas, todas estas situações podem ser caracterizadas por um traço comum: não vale a pena economicamente abrir um processo de licitação, seja porque não aparecerão concorrentes (caso de inexigibilidade), seja porque, mesmo aparecendo, o eventual ganho não justificará os custos de transação envolvidos com a mais simples licitação possível ou não atenderá a algum critério objetivo ou subjetivo de “qualidade” (casos de dispensa), e portanto ambas levam à contratação direta.

Mas, infelizmente, nem sempre é isso que motiva as dispensas atualmente. 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 agregação de compras (com formação de cadastro de reserva de fornecedores) e pela adoção de critérios adicionais de adjudicação além do preço. A agregação é importante especialmente quando realmente a concorrência não é viável, pois é aí que se torna mais importante a consolidação das negociações nas mãos de um único órgão para que ele exerça o poder de compra do Estado.

2.1.1 Da eficiência processual da compra pública

2.1.1.1 A normatização da atividade de compra pública: regras formais, imprevisibilidade e falta de padronização de documentos e procedimentos

Além da baixa qualificação, que será abordada na seção 2.4.1, uma imensa dificuldade para se extrair um bom desempenho dos funcionários do setor de compras é a falta de uma normatização única para a atividade. Na ausência de um órgão central designado para a função de normatização, o vácuo é ocupado pelos órgãos de auditoria interna (no caso da União, a CGU) e externa (Tribunais de Contas), os quais, infelizmente, acabam provendo orientações conflitantes. Além disso, em que pese o progresso na capacitação de tais órgãos (especialmente TCU e CGU), ainda se percebe uma grande ênfase a questões formais dos processos. Ora, o excesso de apego a regras formais pode obscurecer o entendimento do fim precípuo da licitação, que é comprar da maneira mais vantajosa e isonômica possível para a administração pública, sujeito a critérios de transparência.

Segundo o relatório do MPOG (2007b): i) para os fornecedores, os procedimentos são demasiadamente formais e burocráticos; ii) os processos são tratados caso a caso, sem aproveitamento do conhecimento produzido pela administração; e iii) a preocupação com o atendimento das regras formais supera a de “comprar bem”. Também o Banco Mundial (2004) verificou que 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.

Uma visão global do processo de aquisições só é possível se o Estado tiver um órgão com a atribuição de normatizar. Embora a SLTI do MPOG tenha tido e ainda conserve um papel de liderança na formulação e implementação de regulamentos e diretrizes para administração de material, obras e serviços, licitações e contratos do governo federal, administração direta, autárquica e fundacional, ela não exerce um papel normatizador pleno, até porque a legislação atual já é extremamente detalhada e já enumera uma série de elementos que devem ser definidos em edital, não em instruções normativas.

Uma experiência de harmonização de normatizações que vale a pena estudar é a da Comunidade Europeia. Há dois níveis de tamanho de contratos públicos no arcabouço europeu, de acordo com o valor potencial do contrato. Compras abaixo dos limiares estabelecidos pelo Regulamento da Comissão no 2.083/2005 são regulamentadas pelos próprios países-membros. Compras acima desses limiares seguem diretrizes para compras públicas estabelecidas no âmbito da EU. Levantamento de Fiuza (2013) aponta que 22 dentre 31 países europeus têm agências normatizadoras de compras públicas, e 17 têm centrais de compras. Outros nove países da OCDE fora da Europa têm agências normatizadoras e seis deles têm centrais de compras.

2.1.1.2 Regras que entram o processo licitatório

A primeira coisa que se nota nos processos licitatórios é a sua duração total muito longa (Fiuza, 2013). A Lei 8.666/1993 prevê prazos mínimos e máximos entre diversos eventos externos, mas não

prevê prazos internos para tramitação de pedidos de compras, e não existe um sistema gerencial no Executivo Federal que forneça os tempos dispendidos em cada fase dos processos de compras.

Além disso, não se visualiza no sistema quanto tempo e recursos humanos e materiais foram dispendidos na elaboração do projeto básico e no projeto executivo de obras. Infelizmente, muitas vezes esses projetos são mal feitos ou nem feitos. As explicações mais plausíveis para isso são o mau planejamento e a necessidade de garantir recursos para a obra antes que o recurso seja contingenciado ou devolvido. Mau planejamento é uma questão cultural e administrativa. Não é uma reforma da lei que irá resolver. Já o comportamento estratégico de garantir recursos advém do modelo de orçamento que o setor público adota, em que as contratações podem excessivamente ser revistas e renegociadas. Erros ou insuficiência de projetos significam que as obras serão revistas mais do que o desejável, e há excesso de aditamentos, que atrasam e/ou encarecem obras. O problema é apenas parcialmente resolvido com a contratação integrada do RDC.

Mas o que foi detectado como maior fonte de atrasos durante o processo licitatório é o excesso de possibilidades de recursos administrativos e judiciais. O efeito suspensivo dos recursos acaba, por muitas vezes, tumultuando o andamento regular do processo. Vale notar que grande parte dos recursos refere-se à habilitação de licitantes, e outra se deve à rejeição de lances por questões formais e insignificantes sobre a documentação de habilitação, com pouca relação com o objeto da licitação ou com a capacidade efetiva do licitante cumprir o fornecimento do bem ou serviço. Esses recursos podem estar sendo usados estrategicamente pelos perdedores das licitações, de modo a arrancar alguma compensação dos vencedores, ou para atingir resultados colusivos.

Esse problema de excesso de recursos pode ser mitigado através de seis medidas, que não são todas mutuamente exclusivas:

- (i) A primeira é a prevista no PLC 32/2007, o qual remove o efeito suspensivo dos recursos. Por esta solução, as licitações poderão ir até o final antes que os recursos sejam julgados, mesmo se não for alterada a ordem entre as fases da habilitação e do certame.
- (ii) A segunda medida, mais radical, foi adotada no Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC) (Lei 12.462/2011, artigo 12): inverter as fases, de modo que o padrão passa a ser que a habilitação ocorra depois do certame, mas permitindo que, em alguns casos, e justificadamente, o gestor da compra restaure a ordem prevista na Lei no 8.666. Parece-nos mais adequada que a medida anterior, em vista da evidência empírica nos estados brasileiros apontar para o sucesso da inversão de fases.
- (iii) A terceira, também adotada no RDC, consiste em tornar a fase recursal única (artigo 27), na qual são analisados os recursos referentes ao julgamento das propostas ou lances e à habilitação do vencedor. É uma inovação bem-vinda que deve ser incorporada à nova legislação.
- (iv) A quarta medida, também instituída para compras pelo RDC (artigo 28), permite ao homologador devolver o processo se encontrar vício sanável – é a chamada fase de saneamento do processo.
- (v) A quinta medida seria mais profunda: envolveria a adoção de um sistema de pontuação para a qualificação técnica, mesmo que se continuasse usando como critério de adjudicação o menor preço.
- (vi) Por fim, vale notar que, embora o governo tente amigavelmente resolver as disputas com seus fornecedores, a judicialização do conflito é inegável. A sexta medida seria a criação de uma câmara de arbitragem para resolver essas disputas.

A inversão de fases (deixar a fase de habilitação para o final) também favorece a redução do custo de entrada de novos concorrentes, e, portanto o aumento da concorrência nas licitações que hoje não estão sendo feitas nem por pregão nem por RDC. Ela deveria, portanto, valer para qualquer tipo de procedimento de licitação na nova lei (aberto, restrito ou negociado), seja qual for o formato do leilão, o critério de adjudicação, o regime de contratação ou a forma de compra (com ou sem Contrato-Marco).

2.2 Das modalidades de licitação e dos critérios de adjudicação

- ✚ A LEI QUE REGERÁ AS COMPRAS PÚBLICAS NACIONAIS 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. A LICITAÇÃO É UM LEILÃO REVERSO, E O SEU FORMATO ENVOLVE DIMENSÕES QUE NÃO PODEM SER PREVISTAS EM LEI SEM QUE ESSA LEI SE TORNE OBSOLETA OU ESBARRE EM CASOS OMISSOS EM POUCOS MESES
- ✚ A LEI DEVE APENAS PREVER AQUELAS CONDIÇÕES EM QUE SE APLICAM LICITAÇÕES E AQUELAS EM QUE NÃO.
- ✚ A LEI DEVE PREVER APENAS PRINCÍPIOS BÁSICOS PARA A FORMATAÇÃO E IMPLEMENTAÇÃO DE LEILÕES REVERSOS
- ✚ ESTA LEI OU UMA QUE A COMPLEMENTE PODE PREVER O ESCOPO DE NORMATIZAÇÃO INFRALEGAL

Do ponto de vista da Teoria Econômica, uma licitação para compra nada mais é que um leilão reverso. Os leilões podem ser classificados de acordo com a ordem dos lances, o número de objetos, a ordem de licitação deles, as dimensões dos lances e os lances que são pagos, os resultados deles são fortemente afetados por algumas definições cruciais, tais como a fórmula de pontuação dos lances, o *score* da regra de aceitabilidade dos lances, da divisão de lotes, dos limites à subcontratação, as regras de transparência, de saída e de habilitação.

Mas, ao nosso ver, **nenhuma dessas regras acima** deveriam estar definidas na Lei de Licitações. Algumas devem constar nas diretrizes traçadas por um órgão normatizador, que possa revê-las rapidamente na medida em que a avaliação do desempenho dessas regras apontar para problemas de ineficiência (no sentido mais amplo possível); outras ainda podem ser decididas caso a caso em cada edital, mas também atendendo a diretrizes do órgão normatizador. Por exemplo, o edital não pode inventar uma regra de submissão de lances nova; ela deve constar de um cardápio de regras oferecido pelo órgão normatizador. Este cardápio, por sua vez, pode ser subdividido em subconjuntos, por exemplo: tipos de leilões adequados para obras de engenharia; tipos de leilões adequados para terceirização de serviços, etc. A criação desse órgão normatizador, que chamamos de **agência normatizadora**, poderia, portanto, servir para estruturar melhor essa hierarquia de decisões e responder de uma maneira mais ágil e dinâmica à evolução das necessidades das licitações sem a necessidade de apelar a mudanças na lei.

Os objetivos do comprador ao formular as regras do leilão podem ser vários, de acordo com a situação: favorecer a entrada e a participação de pequenas e novas empresas, obter menor preço, custo

total de propriedade, qualidade e/ou técnica, atender a padrões de sustentabilidade ambiental, favorecer o uso de software livre, evitar conluio, prevenir corrupção e lances inexequíveis, etc. Seria um despropósito – e mesmo impossível – tratar aqui de todas as combinações de regras de licitação e de objetivos perseguidos através delas, principalmente porque regras que se mostram superiores sob certas condições deixam de sê-lo em outras.

2.2.1 As principais conclusões teóricas e práticas sobre licitações

Na literatura sobre leilões, o comprador deve preferir uma licitação por envelopes fechados a leilões descendentes quando se acreditar que o componente comum de custos de produção seja pequeno ou não muito incerto ou quando os licitantes provavelmente tiverem informação relativamente similar sobre o custo comum, enquanto vale a preferência reversa, pelo leilão descendente, quando se acreditar que o componente comum seja sutil e incerto, ou se esperar que os licitantes possuam diferentes, ainda que correlacionados, pedaços de informação e/ou experiência nos custos comuns.

O problema da exposição (dar lances em lotes com complementaridade de custos e correr o risco de só arrematar parte deles) pode ser resolvido no leilão de envelopes fechados como o uso de lances em pacote (*package bidding*). Neste sistema, um licitante pode fazer propostas condicionadas à adjudicação conjunta de um grupo específico de contratos, como também pode fazê-la para um único contrato.

Apesar de toda a riqueza e variedade de leilões disponíveis na literatura econômica e da farta evidência empírica e experimental sobre em que condições cada tipo de leilão é mais vantajoso, **deparamo-nos com a mais absoluta pobreza de formatos de leilões nas licitações brasileiras.** As modalidades de licitação propriamente ditas resumem-se a três leilões de envelopes fechados (concorrência, tomada de preço e convite) e dois leilões híbridos (pregões presencial e eletrônico). Os leilões híbridos, ao contrário do leilão Anglo-Holandês – que é, de longe um formato muito mais bem estudado na literatura econômica –, começam com os envelopes fechados e terminam com os lances sequenciais. Apesar da falta de trabalhos teóricos, experimentais e empíricos sobre esse formato de leilão, há um forte indício teórico de que essa diferente ordem das fases (simultânea em primeiro e sequencial depois) é danosa à concorrência. Se o principal benefício do lance descendente é prevenir a maldição do vencedor, e o principal benefício do envelope fechado é dificultar o conluio, o mais lógico é começar pelo sequencial e, no final, efetuar uma fase de envelopes fechados. Exatamente como funciona o Leilão Anglo-Holandês reverso. Não à toa, o art. 24, inciso II do decreto 7.581/2011, que regulamenta a Lei 12.462 instituiu a possibilidade de inverter a ordem entre a fase de “propostas” (lances simultâneos em envelope fechado) e a de “lances” (lances sequenciais), o que converte o pregão num leilão anglo-holandês reverso de livro-texto.

Atualmente, o critério básico para escolha entre as modalidades por envelopes fechados e os pregões é a possibilidade de especificar completamente os bens e serviços. Seu sucesso depende, portanto, de uma satisfatória especificação dos bens e/ou serviços que constam do objeto da licitação; se ele for falho, a Administração pode comprar produtos de qualidade inferior (seleção adversa). O máximo que o decreto 5.450/2005 permite obter são regras de aceitabilidade da oferta, isto é, parâmetros que, se não atendidos, desclassificam o melhor lance. Ora, este tipo de classificação de lances é muito pobre, porque não se permite ao comprador ponderar a importância de cada critério no julgamento das propostas, exigindo que se passe a outra modalidade quando se precisa selecionar um fornecedor pelo critério de técnica e preço.

O caminho natural, então, seria permitir o uso de pregão em licitações por técnica e preço, desde que a proposta técnica esteja presente nos envelopes fechados e os lances descendentes seguintes se resumam ao preço. De certa maneira, é assim que funciona o RDC, só que as regras de submissão e de retirada de lances parecem variar de um edital para outro, o que reforça a necessidade de uma agência normatizadora. Incorporar técnica e preço em licitações eletrônicas será um grande avanço para se mitigar a seleção adversa, mas não necessariamente com as regras atuais de submissão de lances do pregão. Os leilões por envelopes fechados podem perfeitamente ser migrados para o ambiente eletrônico. Isso evita o contato entre os licitantes, e com isso dificulta o conluio.

A principal lição desta seção é que **a superioridade de um formato de leilão sobre outro depende de uma série de elementos, direta ou indiretamente ligados aos objetivos do comprador**, entre os quais:

- 1) Existência ou não de valores comuns entre os licitantes: valores comuns, valores afiliados ou valores independentes;
- 2) Aversão ao risco dos licitantes;
- 3) Risco de corrupção;
- 4) Risco de colusão;
- 5) Diferenças (assimetrias) nas distribuições de valores entre os licitantes;
- 6) Complementaridade de oferta (ganhos de escopo no fornecimento) dos bens e serviços;
- 7) Barreiras à entrada;
- 8) Restrições ao crédito e outras imperfeições nos mercados de crédito e de seguros que atendem aos licitantes;
- 9) Importância de assistência técnica pós-venda e de outras condições comerciais que não preço;
- 10) Ganhos de aprendizado no fornecimento do bem ou serviço;
- 11) Importância da qualidade e da técnica no fornecimento do bem ou serviço;
- 12) Externalidades de rede no fornecimento do bem ou serviço.

A Lei deve prever, portanto, apenas o seguinte, no que tange às regras que disciplinam as até hoje chamadas “modalidades”:

- a) A existência de três tipos de procedimentos de compras:
 - Aberto, livre ou competitivo (qualquer fornecedor pode disputar o contrato), que chamaremos de **Licitação Competitiva**
 - Restrito ou convidado, que chamaremos de **Licitação Restrita**;
 - Negociado, que chamaremos de **Contratação Direta**.
- b) A previsão de que os critérios de adjudicação, a fórmula de pontuação, o formato do leilão (que compreende todas as dimensões discutidas na subseção 2.2.3 e possivelmente mais algumas), o regime de execução e a forma de compra (com ou sem Contrato-Marco, vide seção 2.4) serão definidos pelos órgãos adjudicadores a partir de um cardápio de opções predefinido por uma agência normatizadora. Em particular, os critérios de adjudicação podem

ser menor preço ou Proposta Globalmente Mais Vantajosa, e esta, por sua vez, pode ser uma combinação de diversos atributos de “qualidade”.

- c) Regras de transição até que a agência normatizadora entre em pleno funcionamento.

Uma vez extinto o conceito de modalidade, fica prejudicada qualquer discussão sobre limites de valor entre as modalidades atuais. Como dissemos anteriormente, usar valor para escolher formato de leilão é adotar um critério muito pobre.

2.2.2 Importantes lições sobre a condução das licitações

Todo tipo de leilão está sujeito a vulnerabilidades. Mesmo o pregão não é imune. Nesta seção elencamos algumas lições sobre as regras de leilões que podem afetar o grau de concorrência e o risco de manipulação. Algumas se aplicam apenas a leilões que contêm pelo menos uma fase de lances sequenciais, como é o caso do pregão eletrônico. Outras se aplicam também a leilões de envelopes fechados. O Quadro 2 traz aspectos mais detalhados sobre a fase de lances, comparando o pregão eletrônico brasileiro com seus congêneres britânico e da União Europeia.

2.2.3 Critérios de adjudicação

Existem atualmente três tipos de critérios de adjudicação no Brasil: menor preço, melhor técnica e melhor técnica e preço. Ocorre, no entanto, que:

- 1) Menor preço é o critério predominante nas licitações. Apenas míseros 0,43% do valor empenhado em licitações registradas no Siasg nos últimos 15 anos eram oriundos de licitações por melhor técnica ou melhor técnica e preço, segundo dados do DW Comprasnet;
- 2) O critério de melhor técnica e preço atualmente só é usado para bens e serviços de informática (Lei 8.666/93, art. 45, § 4º), para a contratação de elaboração de projetos, cálculos, fiscalização, supervisão e gerenciamento e de engenharia consultiva em geral, e, em particular, para a elaboração de estudos técnicos preliminares e projetos básicos e executivos (Lei 8.666/93, art. 46º, *caput*), e excepcionalmente, “**para fornecimento de bens e execução de obras ou prestação de serviços de grande vulto[...]**”
- 3) O critério de melhor técnica, na verdade, é uma sequência de negociações de preço – dentro um teto estipulado em edital – com os candidatos com melhor técnica. Não se tem nenhum parâmetro objetivo para se precificar o quanto o comprador valora a técnica. O ideal seria usar mesmo a técnica e preço.

O privilégio dado ao critério de menor preço tem graves consequências para as compras públicas. O comprador que quer insistir num nível de qualidade do bem ou serviço fornecido tem à sua disposição as seguintes estratégias defensivas, que alguns preferem chamar de “arte de saber comprar bem” ou de “saber usar a Lei de Licitações com competência”:

- A) O comprador cerca-se de muitos cuidados na hora de especificar os objetos no edital e pede amostras dos bens a serem fornecidos. Cita especificações técnicas e, no RDC, também marcas como referência de qualidade.⁵

⁵Aqui é inevitável citar a especificação técnica do Departamento de Defesa dos EUA que descrevia os biscoitos de chocolate com aveia e *brownies* a serem comprados para os soldados. Ela continha 23 páginas e foi objeto de

- B) O comprador escolhe um fornecedor que tem um produto de qualidade conhecida e especifica o bem ou serviço de tal modo que apenas aquele fornecedor possa oferecê-lo. Com essa especificação, ele recorre a uma inexigibilidade de licitação (e se ele citasse marca, não poderia realizar licitação a não ser por RDC). De fato, 47% do valor empenhado oriundo de compras por contratação direta (inexigibilidade ou dispensa) entre 1998 e junho de 2013 referiam-se a inexigibilidades de licitação por razões de exclusividade ou inviabilidade de competição. Outros 2% referiam-se a serviços prestados por profissionais de notória especialização. Custa-nos acreditar que todos os bens e serviços contratados nesse conjunto não tivessem qualquer tipo de substituto possível.
- C) No caso de obras e serviços, o comprador exige uma série de atestados de fornecimento e prestação de serviços, sem, no entanto, poder usá-los para compor um *score* de qualidade para selecionar os melhores fornecedores, mas tão somente excluir as firmas ostensivamente inexperientes e/ou incapazes.

Se o comprador não tem essa experiência e competência para “comprar bem”, corre o severo risco de seleção adversa: por um preço mais baixo só se atraem bens e serviços de qualidade inferior.

Além disso, como parece ter se tornado um tabu questionar o critério de menor preço, a legislação brasileira começou a receber todo tipo de remendo para se poderem direcionar licitações de modo a atender objetivos de política dos mais diversos:

- Fomentar as micro e pequenas empresas: reservando parte dos itens de compras, instituindo o empate ficto (Lei Complementar 123/2006)
- Fomentar a produção nacional: instituindo margem de preferência num teto percentual fixo (Lei 12.349/2010)
- Promover a sustentabilidade: também leva a especificações bastante detalhadas de bens e serviços ou o requerimento de certificações de sustentabilidade.
- Favorecer fornecedores que estão em situação de desvantagem competitiva e necessitam de apoio de compras governamentais, como instituições de pesquisa, ensino ou recuperação de presos; associações de portadores de deficiência física; subsidiárias e controladas de empresas públicas e de capital misto; e organizações sociais.

Boa parte desse aparato de estratégias seria desnecessária, entretanto, se:

- i. fosse possível ao comprador usar técnica e preço em um número maior de situações;
- ii. estivesse à disposição dos compradores um cadastro positivo de fornecedores, nos moldes do recém-criado cadastro positivo de crédito (detalhes na seção 2.3).

piada pelo mundo afora. Ver http://www.everyspec.com/MIL-SPECS/MIL-SPECS-MIL-C/MIL-C-44072C_24608/ (acesso em 20/08/2013).

QUADRO 2

VULNERABILIDADES DAS LICITAÇÕES BRASILEIRAS

REGRA OU CARACTERÍSTICA	Leilão eletrônico, segundo o art. 56º da diretiva europeia	OGC (Reino Unido)	BRASIL	VANTAGENS POSSÍVEIS E VULNERABILIDADES	OBSERVAÇÕES/ RECOMENDAÇÕES
1. Ordem das fases	Não há ordem definida pela diretiva, nem quantas fases devem ser usadas	Leilão reverso puro, com uma fase descendente	<u>Pregão: O leilão descendente ocorre apenas após a fase de envelopes fechados</u>	Em caso de <u>afiliação de valores</u> , os licitantes não têm como observar sinais antes de dar lances; podem errar na fase de propostas e não conseguir desfazer o erro na fase de lances se tiverem sido excessivamente agressivos. Também fica impossível aos licitantes redirecionarem seus esforços para outros lotes se perceberem que têm poucas chances nos lotes inicialmente pretendidos. Isso aumenta o <u>risco de exposição</u> , e inibe lances mais agressivos.	<u>No caso do pregão, pode-se inverter a ordem das fases:</u> (i) fase de lances; (ii) envelopes fechados com os mais bem colocados na fase descendente.
2. Valor de reserva	A diretiva não proíbe o uso, ficando a critério de cada órgão	Há um valor inicial que deverá ser baixado pelos	<u>Não é obrigatório.</u> O valor de referência estimado pelo Governo é	O comprador deixa de valer-se de um instrumento dos mais importantes e eficazes apresentados pela literatura de	<u>Tornar obrigatória a fixação de um valor de reserva</u> para cada licitação, com base em dados do mercado. Em alguns casos, não revelar esse valor

	comprador	licitantes até o final do leilão, que pode ser entendido como um preço de reserva.	publicado, mas não tem função de teto para os lances. Se justificado, é perfeitamente possível licitar e não obter o preço estimado. ⁶	leilões para baixar o preço pago. Além disso, há controvérsias se anunciar o valor estimado não cria um ponto focal para os licitantes coordenarem-se e concentrarem-se naquele preço, mais alto.	publicamente, mas apenas para os órgãos de auditoria.
3. Estimação do valor de referência	Ver acima	ND	É baseada em cotações no mercado privado e/ou em valores pagos em licitações anteriores (Lei 8.666/93, art. 15º, inciso V, prevê que as compras, sempre que possível, devem <i>“balizar-se pelos preços praticados no âmbito dos órgãos e entidades da Administração Pública”</i> . Por outro	As cotações no mercado privado não levam em conta os altos custos de transação causados pelas exigências de formalidades burocráticas. As cotações de licitações anteriores podem causar uma dependência temporal e, em consequência, uma rigidez nos preços praticados.	<u>Aperfeiçoar o cálculo do valor de referência</u> , levando em conta a distinta formação de preço do setor público em relação à do setor privado. Por exemplo, pode-se contratar ou desenvolver internamente (por exemplo, no IBGE) o acompanhamento de preços dos produtos mais representativos do consumo do governo, como já se faz atualmente com os preços de materiais de construção: medicamentos, material hospitalar, combustíveis, veículos e peças e material de escritório

⁶“Preço máximo não se confunde com o valor orçado ou de referência” e “a fixação de preços máximos, tanto unitários quanto global, seria obrigatória (...) no caso de obras e serviços de engenharia, nos termos da Súmula TCU nº 259/2010, donde se concluiria que, para outros objetos, não relacionados a obras e serviços de engenharia, essa fixação é meramente facultativa. Ver o Acórdão do TCU nº 392/2011 (resumo disponível no Informativo de Jurisprudência do TCU: http://portal2.tcu.gov.br/portal/page/portal/TCU/jurisprudencia/informativos/info_licitacoes/Informativo%20de%20Licita%C3%A7%C3%B5es%20e%20Contratos%20n%C2%BA%20051_2011.doc).

			lado, o § 6º do mesmo artigo prevê que <i>“qualquer cidadão é parte legítima para impugnar preço constante do quadro geral em razão de incompatibilidade desse com o preço vigente no mercado”</i> .		seriam candidatos naturais.
4. Ordem dos lotes	Não há regras ou restrições na diretiva	ND	Lotes são licitados <u>simultaneamente</u> .	Se a fase descendente fosse a primeira, essa simultaneidade seria potencializada melhor; como está, incentiva os licitantes a concentrarem-se em poucos lotes, diminuindo a competição.	<u>Manter a simultaneidade</u> , desde que a fase dos lances descendentes seja executada em primeiro lugar.
5. Identidade dos licitantes	É terminantemente proibida a identificação dos proponentes durante qualquer fase do leilão	Não pode ser divulgada, como especificado na diretiva. Antes do leilão descendente o licitante tem acesso apenas	Pregão: Lances não são identificados aos participantes durante o pregão, mas ao final (fase de aceitação) os lances que sobreviveram são identificados, e <u>na ata constam</u>	Pregão: <u>Licitantes podem coordenar-se</u> , passando pistas em seus lances, ou, ao final, retirando lances em troca de <i>side payments</i> . Envelopes fechados: os licitantes veem quantos e quais concorrentes participam, e	(i) <u>Vedar completamente a identidade dos participantes desde a fase de propostas</u> . O participante só deveria visualizar os lances o tempo todo, e nunca saber com quem está concorrendo. Pode visualizar as identidades apenas após a

		ao seu próprio lance de entrada.	<p><u>todos os lances e propostas identificados.</u></p> <p>Envelopes fechados: todos são presenciais</p>	podem ajustar suas propostas .	<p>proclamação do resultado final</p> <p>Envelopes fechados: todas as propostas devem ser submetidas eletronicamente e sem identificação pública.</p> <p>Em qualquer tipo de leilão com critério de adjudicação por técnica e preço (Proposta Globalmente Mais Vantajosa): nas fases de propostas e de lances de preços ou outras condições objetivamente mensuráveis, os licitantes não devem observar a identidade dos demais, mesmo que as propostas técnicas já tenham sido avaliadas e reveladas (a se estudarem quais as vantagens e desvantagens de se fazer a avaliação técnica antes ou depois do certame).</p>
6. Decréscimos nos lances	O comprador poderá fixar o limite de valor que achar mais conveniente, porém tal limite deverá ser pré-especificado no	Há que se especificar um decréscimo	<p><u>Não são regulados;</u> apenas é requerido que o lance numa rodada seja inferior ao lance anterior do mesmo licitante</p>	<p>Ausência de regulação pode:</p> <p>a) favorecer a ocorrência de <i>jump bidding</i>: licitantes mais agressivos ou bem informados podem espantar os outros, baixando muito</p>	<p>(i) Estabelecer <i>decréscimos fixos</i>;</p> <p>(ii) Limitar os lances a <u>valores redondos</u> ou não divulgar todos os lances; ou</p> <p>(iii) Instituir outros tipos de pregão, tais como <u>leilão do</u></p>

	edital			<p>rapidamente os lances, acelerando a saída dos concorrentes, e depois parando os decréscimos mais cedo, resultando em preços mais altos;</p> <p>b) favorecer a ocorrência de comportamentos cautelosos, do tipo <i>snake in the grass</i>, pelos quais os licitantes escondem informação sobre custos comuns, quando há;</p> <p>c) favorecer a transmissão de mensagens a partir dos valores dos lances, permitindo aos licitantes coordenarem colusivamente seus lances (<i>code bidding</i>).</p>	<p>relógio e leilão relógio-proxy (Ausubel e Cramton, 2006, p. 242); ou ainda o leilão de sobrevivência e o leilão de envelopes fechados multi-rodadas (ver Albano <i>et al</i>, 2006b).</p>
7. Regra de atividade	Não há regra especificada	Não há regra especificada	Inatividade em uma rodada impede lances em rodadas subsequentes	Junto com a ausência de controle sobre decréscimo, essa regra, muito severa, pode estar reduzindo a concorrência na fase de lances,.	Estudar a possibilidade de o licitante voltar à atividade , ainda que pagando alguma penalidade.
8. Retirada de proposta	Não há regra especificada	Não há regra especificada	Empresa só é penalizada se	Há estudos (ex: Cramton e Schwartz, 2000) que apontam	Sugere-se proibi-la ou impor custo à sua execução.

			desistir depois de assinar o contrato; <u>não existe penalização</u> por abandonar a licitação antes da adjudicação.	que a retirada de lances pode fazer parte de uma <u>estratégia de sinalização e/ou negociação com concorrentes</u> , alternando posições entre licitações.	
9. Visibilidade dos lances aos órgãos fiscalizadores	A diretiva não aborda o tema	Todo o histórico do leilão deve ser gravado, porém não há informação sobre fiscalização.	<u>É tudo registrado no sistema;</u> os órgãos fiscalizadores podem requerer os registros dos pregões ao Comprasnet.	Atuação apenas reativa dos órgãos fiscalizadores pode atrasar o aproveitamento desses dados.	Criar uma <u>área de inteligência</u> numa nova agência central de licitações, em estreita cooperação com a Superintendência-Geral do novo CADE.
10. Regra de encerramento	As entidades adjudicantes encerrarão o leilão eletrônico de acordo com uma ou mais das seguintes regras: 1)Indicarão no convite para participação no leilão a data e a hora previamente fixadas. 2)Quando não receberem	Ver diretiva	<u>Licitação é encerrada aleatoriamente dentro de um intervalo de trinta minutos,</u> quando há inatividade em todos os lotes, mas apenas após acionamento do pregoeiro.	Leilão pode estender-se demais. Vulnerável a robôs.	Sugere-se <u>fechamento de objeto por objeto e extensão da fase de lances enquanto houver atividade.</u>

	<p>novos valores que correspondam às exigências relativas às diferenças mínimas. Neste caso, as entidades adjudicantes especificarão no convite para participação do leilão o prazo que será observado a partir da recepção da última oferta antes de encerrarem o leilão eletrônico.</p> <p>3) Quando tiver sido atingido o número de fases de leilão fixado no convite para participação no leilão</p>				
11. Negociação final	<p>Uma vez encerrado o leilão eletrônico e em função dos seus resultados, as</p>	<p>Não há negociação final</p>	<p>Existe. Pregoeiro pode tentar baixar mais ainda o melhor lance válido.</p>	<p>Sabendo que o pregoeiro tentará baixar ainda mais o preço <u>pode inibir os licitantes na formulação dos lances,</u> levando a lances mais</p>	<p>Recomenda-se abolir a negociação final em qualquer hipótese. Em particular, com a inversão da ordem das fases, vale</p>

	entidades adjudicantes adjudicarão o contrato nos termos do artigo 53, não há mais negociações.			cautelosos e, portanto, preços mais altos. Além disso, há visões na União Europeia de que a negociação final aumenta a pressão sobre o fornecedor para baixar preço, podendo levar a preços inexecutáveis.	a proposta final vencedora.
--	---	--	--	--	-----------------------------

2.2.3.1 As licitações do tipo “técnica e preço” e as fórmulas de *scoring*

As poucas licitações por técnica e preço realizadas no Brasil são todas nas modalidades de envelopes fechados (concorrência, tomada de preço e convite) e seus procedimentos foram estipulados na própria Lei 8.666/93, art. 46, com redação dada pela Lei 8.883/94. Já o PLC nº 32/2007 permite o uso de pregão em licitações por técnica e preço, desde que a proposta técnica esteja presente nos envelopes fechados e os lances descendentes seguintes se resumam ao preço. Diferentemente do Brasil, as Diretivas da União Europeia sobre licitações e contratos públicos admitem textualmente a possibilidade de conduzir leilões descendentes com critérios de adjudicação multidimensionais, formando o que lá se chama de proposta “economicamente mais vantajosa” (EMV). A ponderação deve vir indicada no instrumento convocatório (edital, convite ou caderno de encargos).

Normalmente a pontuação total da proposta pelo critério EMV ou “técnica e preço”, acaba sendo uma soma ponderada das pontuações de preço (“proposta comercial”) e de qualidade (“proposta técnica”):

$$\text{Pontuação total} = \text{pontuação de preço} + \text{pontuação técnica}$$

Tipicamente tais pontuações situam-se numa escala de 0 a 100, o que significa que cada subpontuação também pode ser escalada num índice de 0 a 100. Note-se que o típico trade-off com que se depara o consumidor do bem é entre pagar menos e obter maior qualidade, portanto é necessário que, ou se premie (adjudique) a proposta com menor índice total, e o índice técnico seja decrescente na qualidade, ou então se premie a proposta com maior índice e o índice comercial seja decrescente no preço. As duas abordagens são absolutamente equivalentes em resultado, mas a segunda é a mais usada.

Dini, Pacini e Valletti (2006) listam cinco fórmulas básicas de pontuação de propostas comerciais – naturalmente sem pretender exaurir todas as possibilidades:

I) Pontuação linear (L_s : *linear scoring*)

$$ICP_{L_s} = \min \left\{ 100 * \frac{p_R - b}{p_R - p_L}, 100 \right\},$$

onde:

- p_R é o preço de reserva;
- p_L é o preço-limiar (preço mínimo aceitável pelo comprador);
- b é o preço contido na proposta comercial do licitante.

II) Pontuação parabólica (P_s : *parabolic scoring*)

$$ICP_{P_s} = 100 * \left[1 - \left(\frac{b}{p_R} \right)^2 \right]$$

III) Pontuação do lance mais baixo (*Lo: lowest bid scoring*)

$$ICP_{Lo} = 100 * \frac{b}{\bar{b}},$$

onde \bar{b} é a proposta de preço mais baixo do certame;

IV) Pontuação do lance mais alto (*Hs: highest bid scoring*)

$$ICP_{Hs} = 100 * \frac{\bar{b} - b}{\bar{b} - \underline{b}},$$

onde \bar{b} é a proposta de preço mais alto do certame.

V) Pontuação do lance médio (*As: average scoring*)

$$ICP_{As} = \begin{cases} 100 & \text{se } b < \tilde{b} \\ 100 * \frac{\bar{b} - b}{\bar{b} - \tilde{b}} & \text{c.c.} \end{cases},$$

onde \tilde{b} é a média dos lances de preços.

Em seguida, os autores ranqueiam as diversas fórmulas de acordo com os critérios de simplicidade, previsibilidade, nível de competição e sensibilidade à distribuição dos lances. O resultado está reproduzido no Quadro 3 abaixo:

QUADRO 3. Ranking das fórmulas de *scoring* segundo critérios diversos

Critério	Regra de pontuação				
	As	Lo	Hs	Ls	Ps
Simplicidade	0	3	1	3	2
Previsibilidade	0	0	1	3	3
Nível de competição	0	3	3	1	2
Sensibilidade à distribuição dos lances	2	3	1	0	0

Obs: 0 denota o nível mínimo e 3 o nível máximo.

Fonte: Dini, Pacini e Valletti (2006).

Os autores recomendam, pela sua simplicidade, previsibilidade e invariância à distribuição dos lances, as regras linear e parabólica, e lembram que elas, embora gerem menos incentivo à competição

que as regras de menor e maior lance, podem ser ajustadas através da manipulação dos pesos relativos das propostas e do preço-limiar.

A análise acima também indica que as dispensas de licitação e inexigibilidades que envolvem a indicação de um fornecedor exclusivo ou de qualidade notória podem perfeitamente ser substituídas por licitações por “Proposta Globalmente Mais Vantajosa” (PGMV), sem graves alterações na carga de trabalho dos gestores. Isso porque esse tipo de dispensa já funciona atualmente, na verdade, como um procedimento restrito ou convidado: o gestor chama três ou mais fornecedores cadastrados, cota propostas e escolhe uma delas por um conjunto de atributos de “qualidade” (no sentido mais amplo da palavra). Ora, os detalhes desses procedimentos passam ao largo dos sistemas de registros de compras, prejudicando fortemente a transparência do processo e dificultando o trabalho das auditorias. Transformando-os em licitações, ainda que restritas, os critérios de seleção do fornecedor adjudicado seriam obrigatoriamente objetivos ou julgados por uma comissão formalmente designada para tal, e explicitados e registrados. O tempo da tramitação de cada fase do processo seria controlado e monitorado, ao contrário do que acontece hoje. E a assessoria jurídica do órgão teria uma justificativa bem concreta e mensurável da escolha do fornecedor, o que agilizaria a homologação e compensaria o tempo despendido nas formalidades do processo. Outro conjunto de dispensas desapareceria por meio do enxugamento do catálogo de materiais e serviços.

A análise acima também nos indica que fica prejudicado todo o debate sobre se marca pode ser citada ou não na especificação do produto. Um bom trabalho de especificação e padronização do produto deve ser geral o suficiente para agregar as demandas de vários órgãos com o objetivo de dar escala às compras públicas. Isso, combinado com o uso da PGMV como critério de adjudicação, permitirá aos fornecedores concorrer em qualidade, e com isso se fomentará a inovação e o aperfeiçoamento da qualidade do setor produtivo. Requerer marca, neste sentido, é não só desnecessário, mas também indesejado.

2.2.3.2 O uso de pregões e cotações eletrônicas para aquisição por critério PGMV

O PLC 32/2007 propôs o uso de pregões para adjudicação de contratos com o critério de técnica e preço, o que não é permitido ainda. Isoladamente, essa medida, sem dúvida, será um grande avanço para a legislação brasileira. Vale notar, é claro, que nem sempre é possível recorrer-se ao pregão como é definido hoje. A Diretiva Europeia 2004-17-CE prevê que, uma vez bem definidas e quantificáveis objetivamente as dimensões da proposta que a tornarão economicamente mais vantajosa, todas elas podem ser objeto de modificação nos lances sucessivos, ficando de fora, portanto, apenas aquelas dimensões cuja avaliação envolva um julgamento subjetivo.

Vale notar que o uso de plataformas eletrônicas para a submissão de propostas não se prende a um único modelo de leilão, portanto o disposto acima não vale apenas para pregões. As plataformas eletrônicas podem servir para diferentes tipos de leilão (inglês, holandês, anglo-holandês, anglo-holandês reverso, Vickrey, combinatórios etc.) e, no caso de leilões sequenciais descendentes, podem comportar diferentes regras de fechamento, e de decréscimo e podem servir para a recepção de propostas técnicas e cálculo das pontuações dos diversos critérios de avaliação destas propostas. Existe uma infinidade de combinações possíveis de funcionalidades em um ou mais sistemas de *e-procurement*. De fato, as instituições que responderam ao *survey* de Carpineti, Piga e Zanza (2006, p.21) tinham em comum a sensação de que o leilão on-line “**é muito útil porque permite o uso de diferentes formatos de leilões**”.

Portanto, discordando da PLC 32/2007, defendemos que a PGMV seja um critério de adjudicação válido para qualquer formato de leilão aprovado para licitações, incluindo o pregão como é hoje conhecido (embora defendamos que o pregão como hoje é conhecido deva ter suas fases invertidas, com os envelopes fechados por último). O importante é que os lances sejam em cima de componentes objetivamente mensuráveis. Por outro lado, não temos posição definitiva sobre se os componentes mais subjetivos devem ser julgados antes ou depois da fase de lances, e, em sendo antes, se o resultado dessa avaliação deve ser público durante aquela fase. E nem precisamos ter tal posição agora, pois defendemos que esse tipo de detalhe seja regulamentado abaixo da lei. Temos a mesma posição sobre qualquer limite que se imponha aos pesos dos critérios no *score* de pontos da PGMV, como propõe o PLC 32/2007. Em nosso entender, tais limites, se os houver, devem ser deixados para a regulação infralegal.

Por fim, vale notar que a cotação eletrônica, que hoje é usada para compras de baixo valor (inciso II do art. 24 da Lei 8.666), também pode passar a adotar a PGMV como critério de adjudicação, e com isso se tornar um formato de leilão enquadrável como procedimento aberto. A cotação eletrônica não pode ser negligenciada porque ela dá muito mais flexibilidade ao gestor quando se torna difícil fazer a estimativa do valor de referência. Nenhum fornecedor consultado diretamente pelo Setor Público para formalizar um preço terá os devidos incentivos para entregar um preço realista. A consulta a bancos de preços do governo ou de fontes privadas especializadas deveria ser uma prática corrente.

2.2.4 Resumo da análise das modalidades, com recomendações

- A Lei de Licitações deve enunciar apenas três categorias de procedimentos de compras públicas:
 - Aberto, livre ou competitivo (qualquer fornecedor pode disputar o contrato), que chamaremos de **Licitação Competitiva**;
 - Restrito ou convidado, que chamaremos de Licitação Restrita;
 - Negociado, que chamaremos de **Contratação Direta**.
- Tanto o procedimento restrito como o competitivo podem ter critérios de adjudicação de menor preço ou de “Proposta Globalmente Mais Vantajosa” (que é um nome mais adequado que “técnica e preço”, e mais amplo que “proposta economicamente mais vantajosa”, pois pode envolver outros objetivos de política governamental);
- Tanto os critérios de adjudicação como as fórmulas de pontuação, regimes de contratação, formatos dos leilões e forma de compra, devem ser apenas mencionados como parte do escopo de uma regulação infralegal, que definiria cardápios de cada um desses elementos.
- O procedimento negociado (contratação direta) deve substituir a inexigibilidade, e deve ter um roteiro de ações bem definido para o gestor público;
- As dispensas de licitação devem ser substituídas por procedimentos restritos ou convidados (licitações restritas), preferencialmente adjudicados à Proposta Globalmente Mais Vantajosa (PGMV). Nos casos de dispensa em que hoje é usada a cotação eletrônica, pode ser adotada a cotação eletrônica estendida, que seria classificada como um procedimento aberto.

2.3 Dos regimes de contratação, das garantias, dos incentivos e da governança contratuais

Segundo Albano *et al* (2006a), os tipos de contratos podem ser enquadrados em três amplas categorias: (i) contratos de reembolso de custos ou *cost-plus*; (ii) contratos a preço fixo; ou (iii) contratos de incentivos.

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, o que foi parcialmente revertido com o RDC (Lei 12.462/2011, art. 10º). Uma das vantagens seria, por exemplo, remunerar mais as empresas que completassem seus serviços mais rapidamente com a mesma qualidade. No caso de uma estrada, os ganhos para os motoristas com a redução de congestionamentos podem mais que compensar o valor a mais pago à empreiteira.

Infelizmente os contratos regidos pela Lei 8.666 são apenas do tipo de preço fixo, mas a facilidade com que eles são revistos e aditados acarretam um repasse de custos exageradamente alto, o que mina os incentivos à economicidade nas técnicas e gestão empregadas. De fato, nota-se uma profusão de termos aditivos, muitos deles celebrados poucos dias depois de assinado o contrato. Além disso, a contratação a preço fixo desestimula a revelação, pelas empreiteiras participantes, de falhas e vícios no projeto antes do certame licitatório. Elas preferem detectá-los sozinhas e aproveitar-se da assimetria de informação para submeter propostas desbalanceadas (*unbalanced bids*), conhecidas no Brasil como “jogo de planilha”, para só depois lucrar renegociando o contrato após a assinatura. A demonstração de que as empreiteiras guardam essas informações para si são os números obtidos no Comprasnet, de 2002 a 2008, que indicam que as obras recebem aditivos com 10% a 20% do tempo de execução decorrido – a esse respeito, ver Fiuza (2009).

É aí que entra o regime de contratação integrada. Este regime permite que todas as etapas de uma obra sejam contratadas com uma única empresa, que faz os projetos básico e executivo e realiza a obra, entregando-a pronta para a administração. Ele está definido no art. 9º da Lei 12.462/2011, e deve ser incorporado na nova Lei.

2.3.1 A qualidade não-contratável e a governança contratual

Em muitos casos, algumas dimensões de qualidade são impossíveis de se contratarem 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; (iii) pós-contratuais.

No primeiro grupo, se inserem as estratégias de limitação da competição, tais como limitar o número de licitantes, pois uma concorrência mais acirrada faz com que os licitantes cortem qualidade para reduzir custos. 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 substituição por outro candidato, ou mesmo trabalhar, desde o início, com mais de um fornecedor (o chamado *dual sourcing*, ou *multisourcing*, dependendo de quantos são) e alocar maior parte do fornecimento a quem provê mais qualidade não-contratável. 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.

O favorecimento em novas licitações é largamente utilizado nas compras privadas, mas nas compras públicas ainda varia entre países por razões legislativas. Ainda assim, é crescente o interesse dos compradores públicos no desempenho passado. Segundo Albano *et al* (2006a), dispositivos nas

diretrizes de compras da Europa, EUA, Austrália e Banco Mundial já premiam o bom desempenho passado. No Brasil, existe a possibilidade de renovar o contrato através de aditamentos até 60 meses, mas a experiência passada não é devidamente aproveitada, segundo a Lei 8.666/93, para fins de demonstração da qualificação técnica, embora ela possa contar pontos no julgamento da proposta. O mais próximo que chegamos disso é o que está previsto no RDC: os arts. 29 a 31 da Lei 12.462/2011 preveem a criação de pré-qualificação e de cadastro de fornecedores.

O cadastro positivo de fornecedores seria o primeiro grande passo para a elevação da qualidade não contratável dos serviços de construção civil. O atual Sistema de Cadastramento Unificado de Fornecedores (Sicaf) é insuficiente, pois ele dá conta apenas das faltas das empreiteiras, sem poder servir de base para o ranqueamento da qualidade dos serviços delas.

2.3.2 Qualidade contratável, especificação e padronização de produtos

A complexidade de um bem ou serviço pode ser medida pelo custo antecipado pelo comprador em descrevê-lo, especificá-lo e monitorá-lo. Se uma especificação completa for excepcionalmente custosa ou impossível, o projeto é dito **complexo**. Se, alternativamente, for fácil e relativamente pouco custoso desenhar o bem ou projetar a obra e prever e monitorar o desempenho, o projeto é considerado **simples**.

Uma das principais queixas de órgãos fiscalizadores, fornecedores, juristas é dirigida à extremamente deficiente especificação dos bens e serviços e à exagerada incompletude contratual. Os contratos frequentemente são pobres na descrição dos direitos e obrigações do Comprador e do Fornecedor, na descrição do escopo do fornecimento ou das obras a serem implementadas, e das rotinas de entrega/aceite/pagamento e supervisão em geral, em parte porque o arcabouço legal do país inclui regulamentações para a maioria desses aspectos vistos em separado e os gestores acabam tratando a legislação como se fosse uma espécie de ‘manual de instruções’, a ser obedecido literal e textualmente.

Sobre padronização do objeto, a Lei nº 8.666/1993 até fala, mas, fora algumas experiências pontuais, de maneira geral a falta de padronização de editais e contratos no serviço público federal é um sério problema. Por falta de uma agência centralizada de compras nos moldes da Consip italiana ou da OGC Buying Solutions britânica, tem-se um problema de suboferta de bons editais. Isso porque um bom edital é um bem público; uma vez publicado, qualquer um que saiba julgar a sua qualidade poderá copiá-lo. O avanço concreto na direção da padronização, na verdade, veio através do Decreto 7.581/2011, que regulamenta o RDC, arts. 109º e 110º. Ele cria o Catálogo Eletrônico de Padronização, que conterà: especificações de bens, serviços e obras; requisitos de habilitação de licitantes, conforme o objeto da licitação; modelos de instrumentos convocatórios, minutas de contratos, termos de referência e projetos-referências; e outros documentos necessários ao procedimento de licitação que possam ser padronizados (art. 110º).

É necessário também, um órgão de certificação de qualidade para os produtos vendidos para o Setor Público, e entendemos que essa deve ser uma das atribuições da nova agência normatizadora que propomos, para que os produtos adquiridos individual ou coletivamente (mas principalmente em compras conjuntas) passem por um processo de especificação e normatização que permita ao sistema brasileiro de certificação atestar o atendimento dos requisitos das normas.

2.3.3 Riscos de parte a parte

A ordem e a tradição jurídicas brasileiras conferem ao Estado uma posição acima do contratado de tal modo que a Administração tem o direito de não contratar, mesmo depois de licitar, selecionar, homologar e adjudicar, sem que haja para o vencedor qualquer seguro contra as mudanças de humores da Administração e seus consequentes contingenciamentos e cancelamentos. Somado à falta de instrumentos financeiros privados, isso cria um incentivo à judicialização da solução do problema e um custo “invisível” embutido nos preços cobrados nas licitações, referente aos riscos, não só de inadimplência ou mora no pagamento do contrato executado, como também de não assinar o contrato (ainda que, em muitos casos, a decisão de não-contratar tenha motivos bem razoáveis). Como consequência, o Estado acaba pagando por sua própria imprevidência, seja no preço cobrado, seja nos custos judiciais. Segundo dados do MPOG (2007a,b), o pagamento a fornecedores tinha um atraso médio de 20 dias, e 68% dos fornecedores entrevistados disseram que transferiam explicitamente seus custos com garantia ou prazo, sendo 31% desse total tanto com garantia como com prazo.

Além de o Governo precisar de um grande esforço de melhoria do planejamento e execução orçamentária para tornar seus atos menos instáveis e menos sujeitos a contingenciamentos, cancelamentos ou injunções políticas, é possível melhorar a administração do risco do contratante. O que existe atualmente em comprovação de capacidade financeira para habilitação da empresa é essencialmente *backward looking*, e não dá conta dos riscos específicos da produção do bem ou serviço (a ser) contratado. Seria muito mais eficiente a contratação de seguros para garantir a execução da produção do bem ou serviço, em especial no caso de obras:

- O seguro de garantia da proposta (*bid bond*) – tipicamente de 10% do valor da proposta –, pelo qual a seguradora é responsável pelo montante se a empreiteira renegar o contrato;
- Seguro de *performance* (*performance bond*) – tipicamente de valor igual ao montante da proposta –, pelo qual a seguradora é responsável até o valor do lance se a empreiteira é falha na construção de acordo com os planos e especificações (e, portanto, é falha em tempestividade, qualidade e/ou preço);
- Seguro de pagamento (*payment bond*) – também tipicamente de valor igual ao montante do lance –, que garante o pagamento aos subcontratados e fornecedores.

As licitações públicas federais, estaduais e locais dos EUA e Canadá também utilizam os mesmos instrumentos acima, mas o *bidbond* representa 5% do valor do contrato, e no Canadá o seguro de *performance* é de apenas 50% do valor do contrato. Na Europa, existem vários tipos de garantias exigidas, e tipicamente montam a 5 a 10% do valor do contrato; em alguns países, como França (mercado habitacional privado) e Itália (contratos públicos acima de 100 milhões de euros), são exigidos seguros de *performance* de 100% do valor. Não há harmonização das garantias e seguros entre os países europeus: definição legal, percentagem, duração e obrigações legais variam substancialmente de um país para outro. O Grupo de Trabalho da União Europeia sobre propostas anormalmente baixas em licitações (Europa, 1999) avaliou que o sistema existente na Europa à época não garantia que o contrato seria completado tempestivamente, de acordo com as especificações e sem custos extras para o cliente.

No Brasil, a Lei 8.666/93 prevê que prestação de garantia em obras e aquisição de bens e serviços (art. 56o, §§ 1º a 3º pode ser feita de três maneiras alternativas, **a critério do contratado**: seguro-garantia, fiança bancária ou caução em dinheiro ou títulos.

A proposta atual de ampliar o uso do seguro de proposta enfrenta críticas de que reduziria a concorrência, justamente porque está condicionada a um critério que é endógeno, o de inexecuibilidade, como veremos na próxima seção.

2.3.4 Inexecuibilidade:

No Brasil, além de prever a desclassificação das propostas fora das especificações técnicas, o art. 48 da Lei 8.666/93 prevê a desclassificação de propostas com valor global superior ao limite estabelecido ou com preços “*manifestamente inexecuíveis*”, mas com a ressalva de que são permitidas propostas inicialmente consideradas muito baixas se forem efetuados esclarecimentos, a exemplo do que prevê a diretiva europeia. Propostas anormalmente baixas são aquelas cujos custos estão muito abaixo do estimado pelo órgão comprador

Ora, estar ou não dentro da faixa de preços considerada exequível pelo critério da Lei não guarda qualquer relação com os custos de insumos no mercado ou com a compatibilidade dos coeficientes de produtividade, e distorce o comportamento dos agentes em relação a seus custos, tornando os lances bem menos agressivos e concentrados em torno da média. Quem ousar dar um lance um pouco mais vantajoso corre o risco de ser excluído do certame. A proposta atual da reforma da Lei 8.666 é meramente elevar o percentual do caput, o que, a nosso ver, não desfaz as distorções que essa regra de corte impõe.

De fato, existem várias abordagens semelhantes à brasileira, como Itália, Bélgica, Portugal, Espanha e Grécia descartam propostas com preços menores, em uma determinada porcentagem, que a média das propostas submetidas ou dos descontos concedidos, com várias diferenças na porcentagem e/ou cálculo da média. Em outro grupo, países como Dinamarca, Finlândia, Suécia e Noruega preferem lidar com o problema das propostas anormalmente baixas no âmbito de suas legislações nacionais de concorrência.

Qualquer que seja a estratégia de minimização do risco de abandono do contrato, ela deverá reduzir de alguma maneira a concorrência, pois, quanto mais acirrada a concorrência, maior a probabilidade de seleção de um licitante em má situação financeira. Isso introduz um *trade off* entre os objetivos do órgão comprador: de um lado, aumentar concorrência e baixar preços; do outro, minimizar risco.

A regra de rejeição automática brasileira também é vulnerável a manipulações de licitantes em conluio para desclassificar concorrentes.

Infelizmente o uso do seguro vinha sendo completamente negligenciada no Brasil como instrumento de mitigação de riscos para o comprador público brasileiro. O Estado tomou a si a tarefa de analisar os riscos das empresas contratadas, e na maioria das vezes, a partir de um conjunto insuficiente de evidências, como documentos de habilitação, exclusão de lances inexecuíveis e instrumentos antiquados de garantias. 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. Mas apenas este último transfere ao emissor do papel uma responsabilidade ativa na seleção dos fornecedores com menor risco de inadimplência contratual. E a emissão do seguro não compromete colateral da firma segurada, o que alivia os seus índices de liquidez. Mas, se os fornecedores contratados forem livres para escolher eles mesmos as garantias oferecidas, dificilmente escolherão a eficiente, já que não têm incentivos a internalizar as externalidades infligidas à Administração por sua

escolha. Por isso, **o comprador deveria dar preferência a seguros-garantias em vez de cauções em dinheiro ou fianças bancárias, pois o acesso do contratado ao seguro-garantia é um sinalizador muito mais eficaz de sua solvência, e o custo maior do seguro-garantia para firmas menos solventes será transmitido a seus lances, reduzindo suas chances de ganhar o contrato.** Cabe ainda notar que o valor do seguro-garantia, segundo os autores, deve ser proporcional ao risco do projeto, e não aos custos estimados.

A Lei brasileira atual estabelece percentagens fixas de 5 a 10% sobre os custos estimados, de acordo com o risco, para garantir a execução. **Não parece ser uma boa ideia delimitar a faixa de risco arbitrariamente em Lei. Se o objetivo é impedir que a margem de discricionariedade do comprador manipule o valor da garantia como barreira à entrada de novos concorrentes em favor dos incumbentes, ao menos uma fórmula deveria ser fixada (e fórmulas normalmente são baixadas por Portarias, Resoluções ou Instruções Normativas)** refletindo o estado da arte da literatura econômica de finanças e seguros.

O art. 4º da Lei nº 12.462/2011 representa uma ruptura bem-vinda também nesse aspecto: prevê “*condições de aquisição, de seguros e de pagamento compatíveis com o do setor privado*”.

Nossa proposta é muito simples: seguir as recomendações do grupo de estudos europeu sobre propostas anormalmente baixas no que diz respeito à exigência de garantias:

1. No limite, a nova Lei deve falar apenas em percentuais mínimos e/ou máximos. Deve-se atribuir à agência normatizadora 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.
2. 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.
3. As garantias de proposta devem ser exigidas de todos os licitantes, e não apenas de quem tiver um lance anormalmente baixo. Isso derruba qualquer argumento de que tem caráter de redutor da concorrência. Se uma empresa isolada não tem escala suficiente para adquirir um seguro de proposta, é um indicador de que não tem estatura para assumir o projeto. Ademais, se a União patrocina fundos de garantia de risco de crédito para micro e pequenas empresas, pode-se perfeitamente estudar a extensão desses fundos para garantir propostas ou fornecer colaterais complementares no ato de contratação de seguros-garantias por essas empresas no mercado.
4. O padrão de garantias deve ser o de seguro-garantia, salvo disposição explícita em contrário.

A nosso ver, o argumento de que a exigência de seguro-garantia encarecerá as propostas deve ser qualificado. No momento em que o seguro-garantia for sancionado como garantia preferencial, haverá massa crítica para o mercado começar a oferecer esse tipo de produto, e para haver entrada de novas seguradoras especializadas nesse segmento. Isso dará escala ao mercado e possibilitará uma redução no prêmio cobrado. Quanto à concorrência no setor de seguros a ser criado, isso é matéria de competência da Susep e do Cade.

2.4 Da reforma do Sistema de Registro de Preços e da conveniência da criação de uma Agência Executiva de Compras Públicas (ABCP)

No desenho atual, o sistema de compras federais é bastante descentralizado, e, até se poderia dizer, fragmentado. Cada órgão, ministério ou autarquia tem seu próprio setor de compras e autonomia para geri-lo. A necessidade de centralizar e disponibilizar cadastros de fornecedores, comparar preços praticados e introduzir outros aprimoramentos nos processos de licitação, principalmente relacionados ao advento do pregão eletrônico, levou à consolidação de um núcleo de gestão de tecnologia da informação (TI) no MPOG, mais precisamente a Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação (SLTI). É essa secretaria que gerencia o portal Comprasnet.

TABELA 1

Número de compras por modalidade

Ano do resultado da compra	Convite (%)	TP (inclui TP por técnica e preço) (%)	Concorrência (inclui concorrência por técnica e preço) (%)	Concorrência internacional (inclusive por técnica e preço) (%)	Pregão (%)	Dispensa de licitação (%)	Inexigibilidade (%)	Total
2001	4,33	0,98	0,33	0,02	0,58	90,17	3,58	395.357
2002	3,85	0,87	0,28	0,02	1,31	90,60	3,07	366.835
2003	5,30	0,76	0,22	0,01	2,18	88,28	3,24	324.927
2004	6,30	0,91	0,23	0,02	3,72	85,67	3,16	329.118
2005	4,59	0,72	0,21	0,03	6,57	84,30	3,58	320.096
2006	3,41	0,46	0,14	0,02	10,01	82,18	3,78	316.936
2007	2,63	0,48	0,18	0,02	12,18	80,24	4,27	310.468
2008	1,56	0,57	0,30	0,02	14,48	78,55	4,54	320.760
2009	0,51	0,57	0,47	0,01	15,78	77,50	5,15	321.242
2010	0,35	0,52	0,39	0,03	17,25	75,51	5,94	300.532
2011	0,26	0,48	0,44	0,02	18,36	72,81	7,64	273.704

Fonte: Fiuza (2013)

A introdução do pregão eletrônico em 2001 (chegando a 18,4% das compras em 2011) foi eficaz em reduzir a porcentagem de número de compras por dispensa de licitação (que baixou de 90% para 72% entre 2001 e 2011), enquanto não se distingue uma tendência clara no que se refere a valor (Tabelas 1 e 2). O pregão também parece ter substituído muitas compras das modalidades de envelopes fechados de valores mais baixos (convite e tomada de preços), mas, por outro lado, a inexigibilidade de licitação dobrou em participação em número de compras. Já quanto ao valor empenhado, as participações das dispensas e inexigibilidades somadas caíram dez pontos percentuais entre 2005 e 2010, mas voltaram aos patamares originais entre 2011 e 2013. Note que o motivo principal do avanço do pregão não necessariamente são os preços melhores, mas sim o tempo de execução, que é de 26 dias, contra 16 do convite e 72 da concorrência.

TABELA 2

Valor empenhado total por modalidade

Ano de referência da compra	Inexigibilidade (%)	Dispensa de licitação (%)	Pregão (%)	Concorrência(%)	Convite + TP (%)	Valor empenhado
2001	5,61%	6,40%	2,13%	76,21%	9,64%	4.763.487.335,97
2002	15,98%	27,66%	7,44%	40,26%	8,66%	12.661.436.601,23
2003	14,32%	15,56%	15,03%	47,64%	7,45%	12.825.738.717,01
2004	19,55%	24,29%	28,31%	19,15%	8,69%	10.035.489.723,10
2005	14,73%	22,54%	33,16%	23,72%	5,85%	16.640.747.948,70
2006	22,83%	20,97%	36,20%	16,61%	3,39%	23.067.929.387,50
2007	17,89%	20,37%	37,40%	21,67%	2,66%	25.035.201.926,99
2008	16,59%	18,52%	36,29%	26,42%	2,18%	29.273.218.344,05
2009	13,67%	24,48%	30,97%	29,06%	1,82%	41.236.409.791,14
2010	15,35%	11,71%	33,41%	38,03%	1,49%	49.251.262.617,07
2011	18,63%	15,29%	40,59%	24,22%	1,27%	43.571.299.907,57
2012	17,39%	18,84%	47,69%	14,89%	1,18%	46.563.066.479,76
2013	25,45%	18,35%	45,55%	9,28%	1,37%	27.409.970.639,90

Fonte: DW Comprasnet. Elaboração própria.

Os avanços no uso de ferramentas de governo eletrônico para fins de licitação colocam o Brasil em posição comparável às melhores práticas internacionais, mas ainda persistem diversos fatores

institucionais a provocar desperdício passivo (*passive waste*) no Brasil. Eles podem ser agrupados em cinco grandes eixos: i) estrutura de capital humano inadequada; ii) normatização incompleta e excessivamente formalista; iii) falta de harmonização dos procedimentos tanto administrativa como judicialmente; iv) agregação de compras predominantemente errática; e v) vulnerabilidade à corrupção.

Esses fatores são o foco das próximas subseções.

2.4.1 Capital humano

O que salta aos olhos na área de compras de qualquer órgão público é a baixa qualificação do pessoal lá lotado. Como não existe uma carreira específica para a função, são aproveitados na atividade de compras funcionários administrativos de nível médio em habilidades específicas: operar os sistemas que compõem o Comprasnet; conferir documentos encaminhados; mediar encaminhamento de dúvidas entre os licitantes e os demandantes dos bens e serviços etc.

Também em parte devido à ausência da carreira, ficam faltando incentivos, inclusive de remuneração adicional, para que esses profissionais se qualifiquem no exercício da tarefa. Seus procedimentos, quando não estritamente baseados na letra da lei, também provêm da experiência dos seus pares e também da jurisprudência dos Tribunais de Contas, cujos funcionários são muito mais qualificados, por estarem em carreiras mais bem-estruturadas e bem-remuneradas.

A criação de uma carreira específica de Especialista em Compras Públicas permitiria selecionar profissionais já com o perfil desejado para a administração de compras, de nível superior. **Uma reforma do arcabouço institucional de compras públicas nunca será completa enquanto não reestruturar todo o efetivo de funcionários envolvidos com essas atribuições, criando uma carreira própria e evitando os persistentes desvios de função dos que hoje exercem essas atividades.**

2.4.2 Centralização versus descentralização: quando e como agregar e coordenar as licitações

Desde o fim do regime militar e a adoção da Constituição Federal, tem havido movimentos de descentralização governamental, especialmente a repartição de recursos tributários. Parece haver certa confusão sobre os benefícios e malefícios da descentralização, porque não se costuma entender que há muito mais que uma única dimensão no processo de aquisição e usufruto dos bens e serviços adquiridos. Os argumentos em favor das compras (fortalecimento da economia local, acesso das PMEs, baixo custo de transporte, etc.) devem ser confrontados com suas desvantagens ou fatores mitigadores das vantagens (perda de escala e de escopo nas compras, maior risco de corrupção e de conluio, relativização da importância da proximidade física por causa das novas tecnologias de comunicação, pulverização do pessoal qualificado, etc.).

Além disso, o próprio conceito de compra centralizada foi evoluindo ao longo do tempo. De fato, um processo de aquisição e usufruto dos bens e serviços adquiridos tem de três a quatro etapas (adaptado de OCDE, 2011):

1) Seleção e adjudicação do fornecedor ou conjunto de fornecedores pelo gestor da compra.

- 2) Seleção do fornecedor dentro de um cadastro (no caso de mais de um fornecedor adjudicado) pelo gestor do pedido/comprador.
- 3) Contratação e/ou encaminhamento de pedido de compra pelo gestor do pedido/comprador.
- 4) Logística de distribuição, pelo comprador ou fornecedor.

Portanto a centralização da compra não deve ser confundida nem com a centralização da logística, nem mesmo com a centralização dos pedidos. A centralização total remeteria o conceito ao antigo modelo de monopólio, muito comum nos Estados-Membros da UE no passado, em que o escritório central de compras executava compras de grandes volumes diretamente dos fornecedores, e os órgãos e departamentos governamentais eram obrigados a adquirir bens e serviços diretamente desses escritórios, que funcionavam como atacadista e armazém. Hoje em dia esse modelo está abandonado em favor de abordagens mais descentralizadas e flexíveis, nas quais os compradores têm maior liberdade em comprar os bens e serviços de outras fontes, e as agências centrais de compras têm maior autonomia administrativa e financeira e concentram seus esforços cada vez mais na celebração de acordos-quadros (*framework agreements*), que têm algumas semelhanças com o Sistema Brasileiro de Registro de Preços, mas não necessariamente são precedidos de licitação e sem sempre são adjudicados à proposta de menor preço. Quem adjudica o contrato não é necessariamente quem compra, e pode estar em qualquer lugar do país. Aplicam-se ambos a bens e serviços padronizáveis, a serem adquiridos durante um longo período de tempo, sem quantitativos definidos. Isso reduz ao mesmo tempo o custo de celebrar várias licitações e o custo de manutenção de estoques.

A diferença maior entre o Registro de Preços e os acordos-quadros é que estes podem definir preços ou quantidades, enquanto a essência do registro de preços é definir um preço, deixando em aberto os quantitativos a serem efetivamente adquiridos. Além disso, onde foi possível detectar a existência dos acordos-quadros, havia um ou poucos órgãos com a responsabilidade de negociar ou licitar os contratos centralizadamente, recebendo, em seguida, as adesões dos órgãos compradores. Isso afasta o problema do carona presente no registro de preços.

Por fim, note que, mesmo com centralização, podem ser concedidos benefícios às empresas locais através da divisão da compra em lotes regionais com otimização de escala e de logística, mas coordenados pela mesma entidade adjudicante. A centralização permite ainda maior um nível mais alto de padronização, melhor monitoramento pela sociedade e pelos órgãos de controle contra os conluios, maior suporte a objetivos de políticas públicas, aumento da segurança jurídica, etc

2.4.3 Proposta de criação do Contrato-Marco, em substituição ao Registro de Preços

Fiuza (2013) demonstra um enorme crescimento das compras com registro de preços, mas, por outro lado, o número atual de compras com registro de preços ainda é baixo, um décimo do total, o que significa uma excessiva replicação de custos de processos de compras. Além disso, a agregação de compras é ainda insuficiente, e isso se deve certamente ao baixo grau de padronização de produtos: há um número excessivo de categorias e um número baixo de compras por produto.

Neste sentido, a institucionalização e o aperfeiçoamento do registro de preços passam pela definição de uma série de tarefas:

- 1) Atribuir a um mesmo órgão a centralização de todas as compras de uma mesma classe de materiais; isso acabaria com o caronismo.
- 2) As compras seriam realizadas por um sistema mais parecido com os acordos-quadros, ao qual chamamos Contrato-Marco de Fornecimento ao Setor Público (CMFSP), pegando emprestado o nome do arranjo semelhante usado no Chile. As principais novidades em relação ao atual Sistema Brasileiro seriam:
 - a. Possibilidade de adjudicação pelo menor preço ou à Proposta Globalmente Mais Vantajosa (PGMV) – daí a necessidade de se mudar o nome do Registro de Preços, já que as condições de fornecimento pactuadas não se limitariam ao preço;⁷
 - b. Variedade de formatos de leilões utilizáveis para seleção dos fornecedores;
 - c. Adjudicação do CMFSP também por procedimentos negociados (contratação direta), em caso de inviabilidade de competição.
 - d. Possibilidade de adjudicar o CMFSP de um mesmo bem a mais de um fornecedor, tanto para desconcentrar o mercado como para ter uma redundância em caso de *default* do fornecedor;
 - e. Em alguns casos de múltiplos fornecedores adjudicados, os órgãos interessados no fornecimento podem fazer um *score* próprio para selecionar a empresa que lhe atenderá;
 - f. Possibilidade de celebrar CMFSP por períodos maiores e, no caso de haver múltiplos fornecedores adjudicados, esses CMFSP serem de durações diferentes, para que haja uma substituição paulatina do quadro de fornecedores.
 - g. Possibilidade de sofisticar o CMFSP com a adoção do sistema de aquisição dinâmico – SAD (Diretiva Europeia 2004/18/CE). Esse sistema é como um acordo-quadro, só que permite a qualquer fornecedor baixar o seu lance anterior e ser incluído no catálogo de fornecedores do acordo-quadro. Teria que ser definido com que periodicidade isso poderia acontecer, mas, a exemplo dos acordos-quadros, o SAD pode ter duração de até quatro anos.

2.5 Combate à Corrupção

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. Em particular, são recomendáveis:

1) *A transparência durante todo o processo*: o princípio constitucional da publicidade visa a garantir que todos os atos poderão ser acompanhados por qualquer cidadão.⁸

⁷ O antigo decreto 4.342/2002 (revogado) e o novo decreto 7.892/2013 até preveem o uso do critério de adjudicação por técnica e preço em compras pelo Sistema de Registro de Preços, desde que justificado. Até o fechamento desta Nota, no entanto, havia apenas 37 compras listadas no DW Comprasnet usando o Registro de Preços e o critério de Técnica e Preço. Destas, 21 tinham resultado de compra, e uma delas era o único pregão da lista (com 337 itens). Dado que a legislação do pregão (Lei 10.520) ainda não prevê o uso de técnica e preço, e dado o risco jurídico que uma operação deste tipo oferece, é no mínimo surpreendente que esta compra tenha sido levada a cabo.

⁸ Há que se notar, no entanto, que a transparência, se por um lado favorece o combate à corrupção, pode ser danosa ao combate ao conluio. Por exemplo, o conhecimento da identidade dos lances em pregões após o encerramento dos certames pode favorecer comportamentos colusivos tácitos. Assim, se parece ser altamente recomendável, do ponto de vista do combate à corrupção, que qualquer cidadão conheça como se comportou cada licitante, a advocacia da concorrência defende justamente o contrário: só os administradores públicos, e em

2) *As padronizações dos procedimentos e das especificações* de bens e serviços por comitês de alta qualificação técnica, probidade e isenção, muito bem monitorados.

3) *A desconcentração do poder decisório.*

4) *A desconcentração dos privilégios de acesso aos sistemas.*

5) *Evitar-se um contato frequente e por longo período entre os vendedores e os funcionários públicos* encarregados de decisões importantes.

2.6 Da matriz de transição

O Quadro 6 abaixo resume tudo que foi discutido em termos de modalidades e critérios de adjudicação, e incluindo os Contratos Marcos como partes integrantes da maioria das soluções.

especial os fiscalizadores, devem conhecer todo o histórico do certame, deixando a público apenas o histórico dos lances sem identificá-los, e a identidade do vencedor com seu respectivo lance.

QUADRO 6 – MATRIZ DE TRANSIÇÃO DO ARCABOUÇO DE MODALIDADES PARA O ARCABOUÇO DE PROCEDIMENTOS

Modalidade Compra	Inciso Disp Legal		Participação no valor empenhado 1998-2013 (julho)	Participação agregada	Procedimento na nova legislação
Pregão	NAO SE APLICA		34,69%	59,99%	Licitação competitiva por menor preço ou PGMV, com ou sem CMFSP/SAD
Concorrência	NAO SE APLICA		22,99%		
Concorrência Internacional	NAO SE APLICA		2,30%		
Inexigibilidade de Licitação	CAPUT	Inviabilidade de competição	11,04%	22,47%	CMFSP em contratação direta
Inexigibilidade de Licitação	INCISO I	Exclusividade	6,22%		
Inexigibilidade de Licitação	INCISO II	Notória especialização	0,74%		
Dispensa de Licitação	INCISO XVI	Diários Oficiais	4,48%		
Dispensa de Licitação	INCISO XIII	Instituição de pesquisa, ensino ou recuperação de presos	3,25%	4,95%	Inclusão de critério de adjudicação adicional na licitação competitiva ou restrita por PGMV
Dispensa de Licitação	INCISO X	Compra ou locação de imóvel	1,03%		
Dispensa de Licitação	INCISO XXX	prestação de serviços de assistência técnica e extensão rural no âmbito do Programa Nacional de Assistência Técnica e Extensão Rural na Agricultura Familiar e na Reforma	0,28%		

		Agrária (Lei 12.188/2010)			
Dispensa de Licitação	INCISO IX	Segurança nacional	0,20%		
Dispensa de Licitação	INCISO XXIV	Organizações sociais	0,09%		
Dispensa de Licitação	INCISO XXVIII	Alta complexidade tecnológica e defesa nacional,	0,06%		
Dispensa de Licitação	INCISO XX	associação de portadores de deficiência física	0,03%		
Tomada de Preços	NAO SE APLICA		1,99%	2,75%	Licitação competitiva com ou sem CMFSP/SAD ou restrita, com ou sem CMFSP, ambos podendo ser adjudicados por menor preço ou PGMV
Convite	NAO SE APLICA		0,77%		
Dispensa de Licitação	INCISO IV	Emergência ou calamidade pública	2,51%	2,51%	Uso do cadastro de reserva do CMFSP (ver abaixo o inciso XI), SAD e/ou cotação eletrônica estendida
Dispensa de Licitação	INCISO II	Bens e serviços < R\$ 80 mil	1,85%	2,13%	Cotação eletrônica estendida ou licitação restrita por PGMV
Dispensa de Licitação	INCISO I	Obras < 150 mil	0,07%		
Dispensa de Licitação	INCISO XXI	Recursos de agências de fomento (CNPq, Capes,	0,21%		

		etc)			
Dispensa de Licitação	INCISO VIII	Órgão ou entidade que integre a Administração Pública	2,12%	2,12%	O órgão deveria estar cadastrado para CMFSP em contratação direta
Dispensa de Licitação	INCISO XXII	Fornecimento ou suprimento de energia elétrica e gás natural com concessionário,	1,59%	1,59%	Ingresso em mercado livre, usando licitação competitiva ou restrita por menor preço ou PGMV
Dispensa de Licitação	INCISO XI	Contratação de remanescente de obra, serviço ou fornecimento, em consequência de rescisão contratual,	0,73%	0,73%	CMFSP ou SAD, com seleção de fornecedores para cadastro de reserva por licitação competitiva ou restrita
Concorrência por Técnica e Preço	NAO SE APLICA		0,36%	0,41%	Licitação competitiva por PGMV
Concorrência Internacional por Técnica e Preço	NAO SE APLICA		0,05%		
Dispensa de Licitação	INCISO V	Licitação anterior deserta e inviável de ser refeita	0,10%	0,10%	Contratação direta
Tomada de Preços por Técnica e Preço	NAO SE APLICA		0,02%	0,02%	Licitação competitiva ou restrita por PGMV
Dispensa de Licitação	CAPUT		0,03%	0,25%	Outros
Dispensa de Licitação	INCISO XIV		0,02%		
Dispensa de Licitação	INCISO XIX		0,02%		
Dispensa de Licitação	INCISO		0,02%		

	VII				
Dispensa de Licitação	INCISO XII			0,02%	
Dispensa de Licitação	INCISO VI			0,02%	
Dispensa de Licitação	INCISO XXIII			0,02%	
Inexigibilidade de Licitação	INCISO III			0,01%	
Dispensa de Licitação	INCISO XXXI			0,01%	
Dispensa de Licitação	INCISO XVIII			0,01%	
Dispensa de Licitação	INCISO XVII			0,01%	
Dispensa de Licitação	INCISO XV			0,00%	
Dispensa de Licitação	---			0,04%	
Dispensa de Licitação	INCISO III			0,00%	
Concurso	NAO SE APLICA			0,00%	
Dispensa de Licitação	INCISO XXV			0,00%	
Dispensa de Licitação	INCISO XXIX			0,00%	
Dispensa de Licitação	INCISO XXVI			0,00%	
Dispensa de Licitação	INCISO XXVII			0,00%	
TOTAL				349.659.164.087,05	

3. Quadros comparativos da legislação

Em vista da radicalidade de nossa proposta, entendemos que a manutenção da Lei 8.666 como ponto de partida causará muito mais problemas do que a redação de uma nova Lei. Algumas mudanças que propomos sugerem que esse é o caminho:

1. A remissão para uma regulamentação própria, infralegal, do formato dos leilões reversos, dos critérios de adjudicação e do ordenamento das fases da licitação, esvaziará uma boa parte dos artigos da Lei. Isso permite enxugar o número de artigos. Hoje a Lei 8666 tem 126 artigos. Como referência, a Diretiva Europeia para compras de serviços de utilidade pública (2004/17/CE) tem 75 artigos e a de obras, bens e serviços (2004/18/CE) tem 84. A Lei de Licitações e Contratos chilena tem apenas 39 artigos.
2. A extinção das modalidades requer que todas as menções a qualquer uma delas tenha que ser revista, o que cobre quase todos os artigos.

Ainda assim, entendemos que o caminho natural para contribuirmos com a Comissão Técnica do Senado passa pela comparabilidade com o material já produzido anteriormente,. Neste sentido, tentamos emparelhar os artigos propostos à ordem vigente. Esse trabalho é árduo e certamente deixou muitas incongruências no caminho, mas fizemos o possível para evitar lacunas e inconsistências. Pedimos desculpas antecipadas pelos erros remanescentes.

Dividimos os artigos de acordo com a ordem das seções da Lei 8.666 e com o Quadro Comparativo anteriormente formulado pela relatoria do PLC 32/2007. Uma importante observação é que a remissão de tantos detalhes sobre o formato dos leilões reversos, prazos, etc. poderá deixar um vácuo enquanto não estiver em pleno funcionamento a agência normatizadora cuja criação pregamos. Em outras palavras, dado que a proposta aqui apresentada aponta para um sistema normativo composto não só pela “nova versão” da Lei 8.666 como núcleo, mas por legislações complementares como a que criará e estruturará a agência normatizadora, caso todo este sistema não entre em vigor simultaneamente, teremos um problema de transição normativa.

Neste caso, isto é, da não concomitância da vigência de todo o novo sistema de licitações e contratos, alguns caminhos se descortinam: ou a nova legislação nuclear, além dos dispositivos aqui apontados, contaria com um capítulo de “disposições transitórias” para regular este vácuo normativo que surgiria, ou ele deveria ser preenchido com outros atos normativos como medidas provisórias e decretos a depender da matéria a ser regulamentada, que incluísse, em síntese, o funcionamento atual das licitações por envelope fechado e pregão eletrônico, e expandisse o funcionamento do RDC.

Naturalmente é necessário que a Lei nuclear seja complementada o quanto antes com a criação da agência normatizadora e de suas carreiras, e com o concurso de admissão de seus primeiros integrantes ou o enquadramento nessa carreira dos melhores funcionários da área com expertise em regulação, leilões e/ou cadeia de suprimentos. Não apontaremos aqui um caminho ideal entre estes por entender que a estratégia de transição a ser adotada dependerá menos de questões técnicas e mais do ambiente político do momento de sua implementação.

Uma vez criada a agência normatizadora, ela poderia celebrar um contrato de gestão com a Casa Civil que previsse o cronograma de resoluções e o cronograma de revisão regulatória (incluindo a Avaliação do Impacto Regulatório), em particular dos formatos de leilões que ela estabelecer. Assim o poder Executivo teria um controle maior sobre a eficácia da regulação de compras, e teria maior

flexibilidade para agir tempestivamente ao detectar problemas nessa área. Também o Poder Legislativo, através do TCU, teria os poderes de auditoria regulatória para corrigir eventuais erros.

Na presente Nota, apenas destacamos os artigos em que efetuamos as mudanças mais significativas, profundas ou “revolucionárias” em relação às demais contribuições das quais tomamos conhecimento:

- 3.1.1. Art. 3º: inclusão da eficiência e da livre concorrência como princípios básicos das licitações.
- 3.1.2. Arts. 4º e 5º: relativização do sigilo em favor do combate ao conluio, já que muita transparência pode favorecer a manutenção de cartéis. Divulgação das informações somente após os certames.
- 3.1.3. Substituição das margens de preferência puras e simples por itens da fórmula de pontuação nos casos de compras pela Proposta Globalmente Mais Vantajosa; margens de preferência fazem sentido apenas quando se fala em adjudicação ao menor preço.
- 3.1.4. Art. 6º: introdução de conceitos como lance combinatório, sequencial e simultâneo, entidade adjudicante e índice de desempenho passado.
- 3.1.5. Transposição, com adaptações, dos artigos 6º, 8º e 9º da Lei 12.462, que introduziu a contratação integrada no âmbito do RDC, e o orçamento sigiloso.
- 3.1.6. Arts. 14, 21, 22, 23,43: transferem à agência normatizadora atribuições que hoje são, ou da própria lei ou da entidade adjudicante. Ex:
 - O poder de caracterização dos objetos, de maneira padronizada, seguindo uma lista exemplificativa de critérios (art.14).
 - Grau de publicidade dos editais (art. 21);
 - As possíveis fases dos processos licitatórios, a ordem entre elas, as condições de progressão para os licitantes de uma fase para outra, e até os tipos de lances (art. 43);
- 3.1.7. Revogação da Lei 10.520, pois o pregão deve ser definido em regulamento, e não lei.
- 3.1.8. Art. 15: além de prever a opção preferencial pelo Contrato-Marco (substituto do registro de preços) ou Sistema de Aquisição Dinâmico (SAD), este artigo também prevê a sua regulamentação, estabelecendo alguns parâmetros para tal.

Também cria o Cadastro Nacional de Contratações Públicas. Traz para a lei o SISPP (Sistema de Preços Praticados). E, por fim, torna a renovação de contratos um atributo exclusivo do Contrato-Marco e do SAD. A criação do CNCP no artigo 15 prejudica o antigo art. 16.
- 3.1.9. O Capítulo II, seção I, deve ser completamente revisto, em particular:
 - Art. 20: torna preferenciais os leilões eletrônicos (que não devem ser confundidos com os pregões atuais, pois estes são um subconjunto daqueles).
 - Art. 22. Troca-se o nome modalidades por processos de adjudicação de objetos. Extinguem-se todas as modalidades de compras e remete-se o detalhamento dos procedimentos aberto, restrito e negociado para a agência normatizadora.
 - Extingue-se no art. 23 o critério de valor para definição do formato de leilão, ou, pelo menos, ele é remetido para definição da agência normatizadora;
 - Cria-se novo artigo (digamos, 23-A) para prever a criação de centrais de compras com exclusividade de celebração de Contratos-Marcos e contratos de SAD. O artigo também prevê contratos de gestão a ser celebrado com essas centrais.
 - Substituem-se completamente os artigos 24 e 25 – que descreviam as situações de dispensa e inexigibilidade – por dois completamente novos com listas bem mais

enxutas, inspiradas na Diretiva Europeia 17/2004 e na Lei de Licitações chilena. O art. 26 também é adaptado de acordo.

- 3.1.10. Art. 31: melhora dos requisitos de habilitação para fortalecer o uso de garantias e melhor selecionar os candidatos com capacidade técnica e econômico-financeira de executar contratos. A nova redação torna dispensável o art. 56.
- 3.1.11. Art. 33: submissão de consórcios ao Cade, quando as licitações atingirem um valor que a agência normatizadora, consultando o Cade, entender que atende aos filtros exigidos pelo Cade para conhecer operações de Atos de Concentração.
- 3.1.12. Art. 34: Criação do cadastro positivo (Cadastro Positivo Unificado dos Fornecedores). Esse novo artigo esvazia a necessidade do art. 36.
- 3.1.13. Art. 41: introduzem-se a matriz de risco e os procedimentos arbitrais simplificados para solução de conflitos.
- 3.1.14. Art. 45: revisa a lista de critérios de adjudicação, extinguindo o de “Melhor técnica” e criando o critério da proposta globalmente mais vantajosa, que substitui o de técnica e preço e se torna o critério preferencial. Esta nova redação também prejudica o antigo art. 46, que sugerimos extinguir.
- 3.1.15. Extingue-se o filtro automático de lances “inexequíveis” do art. 48 atual.
- 3.1.16. Art.55: Torna obrigatório o cronograma de obras e serviços.
- 3.1.17. Art. 109 e seguintes: os recursos deixarão de ter efeito suspensivo automático; criação de fase recursal única e de fase de saneamento de processo; reformulação das condições para a apresentação de recursos.

4. Outras mudanças institucionais a serem introduzidas e/ou regulamentadas em dispositivos legais complementares à Lei de Licitações

Em vista dos levantamentos acima descritos e das sugestões compiladas, apresenta-se a seguir uma proposta de desenho institucional de sistema de compras federais. Ele seria composto de duas camadas: uma normativa e uma executiva.

A normativa: Para se ter agilidade e flexibilidade na busca das melhores soluções de compras públicas, a sua regulamentação deve ser atribuição de uma Agência Normativa criada para este fim, e não definida em leis ou decretos. Esta agência reuniria a expertise necessária para oferecer ao Poder Público o que há de mais avançado em teoria e prática sobre desenho de leilões, desenho de contratos, regulação e defesa da concorrência. Para operá-la, é necessário reunir uma elite de gestores com altos requisitos de formação e experiência, e para tal muito bem remunerados. Esta agência está detalhada na seção 4.1.

A executiva: Para a execução de compras públicas centralizadas, na forma de Contratos Marcos de Fornecimento ao Setor Público, convém criar-se uma ou mais agência(s) executiva(s) de compras públicas, que também reuniria(m) uma nata de gestores qualificados em gestão e logística de cadeia de suprimentos e em prestação de serviços de *rating*. Descrevemos melhor esse arranjo na seção 4.2.

Além desse redesenho institucional, muito da agilidade, eficiência, transparência e *accountability* das compras públicas requer o aperfeiçoamento dos sistemas de informações de compras públicas. Algumas sugestões para tal são elencadas na seção 4.3.

4.1. Da necessidade de uma regulação infralegal a ser exercida por uma Agência Normativa de Compras Públicas (ANCP)

Não se devem prever todos os detalhes de um leilão de compras em lei. Tampouco deveria estar presente em decretos. Deixar tudo para os editais também é atribuir aos compradores na ponta uma tarefa que normalmente está acima de sua capacidade, seja porque eles não têm o preparo para tal, seja porque a visão deles é limitada ao objeto que o seu órgão pretende comprar, quando na verdade o Estado deveria ter uma política articulada de compras públicas que atendesse aos seus diversos objetivos de promoção social, econômica, regional, científica e tecnológica.

Em vista disso, o ideal é que haja um *locus* no governo federal reunindo toda a expertise sobre compras públicas e a nata dos servidores públicos especializados em regulamentação de compras para que se consolide em normas e regulações o funcionamento dos processos de compras. A pulverização atual aumenta enormemente os custos de conformidade dos agentes, que têm que se adaptar a exigências diferentes e muitas vezes conflitantes a cada processo licitatório de que participam. Ter cardápios de editais, contratos e leilões cria escala para os departamentos comerciais e jurídicos das empresas produzirem suas propostas comerciais e técnicas, e conseqüentemente reduz os seus custos. As características dos mercados de licitações, como a presença de exigências técnicas e outras barreiras à entrada; a interação repetida; a transparência; etc. também propiciam que as compras públicas sejam um vasto território para a ocorrência de delitos à concorrência. A criação de uma agência normativa de compras públicas seria, portanto, um valioso auxílio ao Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC), que já tem que investigar condutas anticompetitivas em todas as áreas da economia nacional.

Dito isso, vamos traçar a seguir alguns elementos necessários para essa agência, à qual chamamos Agência Normativa de Compras Públicas (ANCP):

- I) **Corpo técnico especializado:** criação de uma carreira de Especialista em Regulação de Compras Públicas, equiparado às carreiras de Especialistas em Regulação das agências reguladoras. Também seria criada uma carreira de nível médio equiparável às das agências reguladoras;
- II) **Mandatos fixos para os diretores da ANCP;**
- III) **Presença de um conselho consultivo, composto de representantes de vários ministérios (Fazenda, Planejamento, Casa Civil, Indústria e Comércio, Ciência e Tecnologia, CGU) e do Cade;**
- IV) **Autoridade regulatória sobre todas as compras** da ABCP e dos demais departamentos de compras;
- V) **Articulação com o SBDC** e com as demais agências reguladoras em matérias afins.
- VI) Teria sua **regulação auditada pelo TCU**, como já ocorre com as demais agências reguladoras;
- VII) Faria sua própria **Avaliação de Impacto Regulatório**.

As funções da Agência seriam as seguintes:

- a) Coordenar comitês técnicos interministeriais que recolheriam as especificações técnicas dos principais bens padronizáveis, tais como equipamentos de informática, material de escritório e suprimentos de escritório e de limpeza em geral, com o fim de emitir especificações-padrão;

- b) Pesquisar e compilar os editais do serviço público federal e as instruções normativas relativas às compras nos diversos ministérios, de modo a padronizá-los, levando em conta os resultados das padronizações de serviços;
- c) Pesquisa teórica, experimental e empírica em relação aos formatos dos leilões e dos contratos, com vistas à criação dos cardápios de formatos de licitações e contratos;
- d) Promoção e advocacia da concorrência, em contato constante com a Secretaria de Acompanhamento Econômico (Seae) do Ministério da Fazenda.

4.2. Da criação de uma agência executiva de compras centralizadas

Na camada executiva, seria criada uma agência executiva – poderia chamar-se Agência Brasileira de Compras Públicas (ABCP) –, que seria operada inicialmente a partir da SLTI/MPOG e do recrutamento de pessoal de compras dos órgãos com maior expertise em compras centralizadas – por exemplo, o FNDE e alguns departamentos de logística especializados – e de outras carreiras afins, como analista de orçamento, analista de finanças e controle e AGU, e funcionando sob o guarda-chuva do MPOG. Mais tarde, essa agência contaria com um quadro de servidores de carreira própria.

A agência seria constituída de quatro diretorias e uma superintendência-geral:

- 1) Superintendência-Geral: supervisionaria o trabalho das diretorias, em especial pactuando o contrato de gestão com o MPOG e definindo e monitorando os indicadores e metas de desempenho das demais diretorias;
- 2) Diretoria de Planejamento e Operações (Dipop): com a função de agendar e executar todas as licitações de CMFSP e SAD do governo federal– inclusive as que tivessem a adesão de governos subnacionais – de acordo com o processo orçamentário, implementando as melhores estratégias de compras, preparadas pela diretoria de pesquisa.
- 3) Diretoria de Gestão da Informação (Digin): daria suporte técnico às demais diretorias na gestão dos sistemas, incluindo o CPUF(Cadastro Positivo Unificado de Fornecedores).
- 4) Diretoria Jurídica (Dijur): seria a diretoria responsável por acolher e julgar administrativamente os recursos dos licitantes, e representar a ABCP nos processos judiciais relativos a licitações e contratos, e manifestar-se em pareceres jurídicos a respeito do enquadramento de uma compra da ABCP em contratação direta. Basicamente seria composto de pessoal das carreiras da AGU que já está envolvido com essas atividades, e que seria remanejado em parte para a agência.
- 5) Diretoria de Inteligência em Compras (Dinte): faria auditorias e investigações internas independentes sobre a lisura nas compras públicas em geral, principalmente levantando indícios de manipulação de resultados dentro e fora da agência, e atuando em complementaridade ao Cade, Polícia Federal, CGU, TCU e MPF.

Além disso, a ABCP contaria com uma ouvidoria.

Quanto à governança dessa agência, a presente Nota recomenda:

- 1) Contratos de desempenho para os diretores e para o superintendente-geral, e nomeação pelo presidente da República sujeita à aprovação do Senado;
- 2) A agência se ater, no primeiro instante, às categorias de bens e serviços comuns, deixando a inclusão de outros bens e serviços menos padronizados para uma fase posterior;
- 3) Contrato de gestão com o MPOG contendo metas, taxas de serviços, repasses orçamentários, bônus, gratificações e penalidades;
- 4) Estatuto da ABCP definido por decreto da Presidência ou por um conselho diretor, possivelmente com representantes de governos subnacionais, e que não colida com o contrato de gestão supramencionado;
- 5) Que se faça uma transição das compras descentralizadas para as centralizadas. Por exemplo, uma transição recomendável seria deixar a adesão aos CMFSP como optativa, desde que o órgão demandante do produto conseguisse condições melhores, demonstradas a partir de uma métrica comum, o que inclui um critério de adjudicação comum.

4.3. Da necessidade de aperfeiçoamento dos sistemas de informação

Hoje em dia o gestor, o auditor, o investigador, o jornalista e o estudioso interessados em acompanhar a execução de uma compra pública deparam-se com enormes obstáculos do início ao fim: as diversas etapas que compõem um processo de compra não estão estruturadas e descritas em um sistema único, nem tampouco descritos sem ambiguidade. Alguns percalços enfrentados são:

- i. Falta de informações, sistematizadas e estruturadas para recuperação em tempo real, sobre a origem da demanda pela compra e sobre os eventos ocorridos antes da publicação do edital ou aviso de dispensa;
- ii. Falta de informações sobre os itens de compras que motivaram aditamentos, desempenho dos fornecedores, cumprimento dos cronogramas físico-financeiros, localização das obras;
- iii. Informações sistematizadas sobre os licitantes perdedores, seus lances, inabilitação, etc. (notando que esse tipo de informação deve ser disponibilizada para os auditores apenas);
- iv. Não estão registrados quantos, quais, de quem e contra quem foram opostos recursos e impugnações (mesma ressalva acima);
- v. Nem todos os pagamentos efetuados são rastreáveis diretamente. Requer-se um laborioso cruzamento com os sistemas de administração financeira e/ou orçamentário.

5. Síntese das principais contribuições

- A reforma da Lei 8.666 deve buscar seus principais pontos na Lei 12.462, que instituiu o Regime Diferenciado de Contratações (RDC), e não no PLC 32/2007 nem no seu substitutivo atual.

- Para além da reforma da Lei 8.666, a eficácia desejada para o tema de licitações e compras públicas depende de outros atos normativos complementares que criem:
 - b) Uma agência normativa de compras;
 - c) Uma agência executiva de compras centralizada;
 - d) Uma carreira de níveis médio e superior especializada em compras públicas e do aperfeiçoamento e integração dos sistemas eletrônicos de rastreamento das compras desde a abertura do processo de compra 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 o 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.
- 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.
- Para dar mais agilidade ao processo licitatório, com a adoção de medidas já previstas no RDC ou mesmo no PLC 32/2007, como o fim do efeito suspensivo dos recursos 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.
- 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 “Proposta Globalmente Mais Vantajosa” (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.
- O conceito de “modalidade de licitação” é obsoleto e deve ser abandonado. A legislação deverá prever apenas as condições em que se aplicam a licitação e as que não, além de três tipos de procedimentos de compras – aberto, restrito ou negociado – deixando os critérios e formatos do leilão pra o nível infralegal, através de uma agência normatizadora.
- O conceito de “registros de preços” deve ser substituído pelo de “contratos marcos” (CMFSP), semelhantes aos acordos-quadros europeus e convênios-marcos chilenos. Este conceito é vinculado à criação da agência executiva de compras centralizadas mencionada acima, que geriria as adjudicações e intermediaria as contratações, o que propiciaria 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 Europeia 2004/18/CE). Esse sistema é como um acordo-quadro europeu, só que permite a

qualquer fornecedor baixar o seu lance anterior e ser incluído no catálogo de fornecedores do acordo-quadro.

6. Referências Bibliográficas

ALBANO, Gian L. *et al* (2006a). “When should procurement be centralized?” In: DIMITRI, N.; PIGA; G. & SPAGNOLO, G. (eds.) *Handbook of Procurement*. Cambridge, Cambridge U.P.

ALBANO, Gian L. *et al* (2006b). “Information and competitive tendering”. In: DIMITRI, N.; PIGA; G. & SPAGNOLO, G. (eds.) *Handbook of Procurement*. Cambridge, Cambridge U.P.

AUSUBEL, Lawrence M. & CRAMTON, Peter (2006). “Dynamic auctions in procurement”. In: DIMITRI, N.; PIGA; G. & SPAGNOLO, G. (eds.) *Handbook of Procurement*. Cambridge, Cambridge U.P.

BANCO MUNDIAL (2004). *Brazil: country procurement assessment report*. Report No. 28446-BR.

BRASIL. Ministério da Justiça. Secretaria de Direito Econômico. Departamento de Proteção e Defesa Econômica. Coordenação-Geral de Análise de Infrações no Setor de Compras Públicas (2008). *Análise dos aspectos concorrenciais do PLC 32/2007*. SDE/CGCP. Disponível em: <http://portal.mj.gov.br/services/DocumentManagement/FileDownload.EZTSvc.asp?DocumentID={6D6D1EAF-910D-4CEB-B51D-8FB0CDF9B472}&ServiceInstUID={2E2554E0-F695-4B62-A40E-4B56390F180A}>

CARPINETI, Laura; PIGA, Gustavo & ZANZA, Matteo (2006). “The variety of procurement practice: evidence from public procurement”. In: DIMITRI, N.; PIGA; G. & SPAGNOLO, G. (eds.) *Handbook of Procurement*. Cambridge, Cambridge U.P.

CRAMTON, Peter & SCHWARTZ, Jesse (2000). “Collusive bidding: lessons from the FCC Spectrum Auctions”. *Journal of Regulatory Economics* 17(3): 229-252.

DINI, Federico; PACINI, Riccardo & VALLETTI, Tomaso (2006). “Scoring rules”. In: DIMITRI, N.; PIGA; G. & SPAGNOLO, G. (eds.) *Handbook of Procurement*. Cambridge, Cambridge U.P.

EUROPA – GRUPO DE TRABALHO SOBRE PROPOSTAS ANORMALMENTE BAIXAS (1999a). *Contract bonds*. Bruxelas: Comissão Europeia. Disponível em: <http://ec.europa.eu/enterprise/construction/alo/bonds/bondsfin.htm> (último acesso em 29/10/2007).

FIUZA, Eduardo P. S. (2009). “Licitações e contratos no Brasil: a visão dos economistas.” *In*: SALGADO, L. H.; FIUZA, E. P. S. (Ed.). **Marcos regulatórios no Brasil: é tempo de rever regras?** Rio de Janeiro: Ipea.

FIUZA, Eduardo P. S. (2012). “O regime diferenciado de contratações públicas e a agenda perdida das compras públicas”. **Radar: tecnologia, produção e comércio exterior** 19: 7-20.

FIUZA, Eduardo P. S. (2013). "Desenho Institucional em Compras Públicas". *In*: SALGADO, L. H.; FIUZA, E. P. S. (Ed.). **Marcos regulatórios no Brasil: Aperfeiçoando a qualidade regulatória.** Rio de Janeiro: Ipea. (no prelo).

FIUZA, Eduardo P.S. e MEDEIROS, Bernardo A. de (2013). “A Agenda Perdida das Compras Públicas: rumo a uma reforma abrangente da Lei de Licitações e do arcabouço institucional”. **Texto para Discussão Ipea.** Rio de Janeiro: Ipea (a publicar).

MPOG – MINISTÉRIO DO PLANEJAMENTO, ORÇAMENTO E GESTÃO (2007a). **Consolidação do levantamento de custos.** Brasília: FIA-USP/IDS/Sundfeld(Mapeamento e Análise dos Custos Operacionais dos Processos de Contratação do Governo Federal, Contrato No. 06/ 47-2825, Relatório Técnico 12).

MPOG – MINISTÉRIO DO PLANEJAMENTO, ORÇAMENTO E GESTÃO (2007b). **Pontos críticos.** Brasília: FIA-USP/IDS/Sundfeld(Mapeamento e Análise dos Custos Operacionais dos Processos de Contratação do Governo Federal, Contrato No. 06/ 47-2825, Relatório Técnico 13).

OCDE – ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO (2011). **Centralised purchasing systems in the European Union.** OECD Publishing.(Sigma Papers, n. 47).Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1787/5kgkgqv703xw-en>>.