

ano 14 - n. 58 | outubro/dezembro - 2014
Belo Horizonte | p. 1-296 | ISSN 1516-3210
A&C – R. de Dir. Administrativo & Constitucional

**Revista de Direito
ADMINISTRATIVO
& CONSTITUCIONAL**

A&C

 **EDITORA
Fórum**

A&C – REVISTA DE DIREITO ADMINISTRATIVO & CONSTITUCIONAL

IPDA

Instituto Paranaense
de Direito Administrativo



© 2014 Editora Fórum Ltda.

Todos os direitos reservados. É proibida a reprodução total ou parcial, de qualquer forma ou por qualquer meio eletrônico ou mecânico, inclusive através de processos xerográficos, de fotocópias ou de gravação, sem permissão por escrito do possuidor dos direitos de cópias (Lei nº 9.610, de 19.02.1998).



Luís Cláudio Rodrigues Ferreira
Presidente e Editor

Av. Afonso Pena, 2770 – 16ª andar – Funcionários – CEP 30130-007 – Belo Horizonte/MG – Brasil – Tel.: 0800 704 3737
www.editoraforum.com.br / E-mail: editoraforum@editoraforum.com.br

Impressa no Brasil / Printed in Brazil / Distribuída em todo o Território Nacional

Os conceitos e opiniões expressas nos trabalhos assinados são de responsabilidade exclusiva de seus autores.

A246 A&C : Revista de Direito Administrativo &
Constitucional. – ano 3, n. 11, (jan./mar.
2003) - . – Belo Horizonte: Fórum, 2003-

Trimestral
ISSN: 1516-3210

Ano 1, n. 1, 1999 até ano 2, n. 10, 2002 publicada
pela Editora Juruá em Curitiba

1. Direito administrativo. 2. Direito constitucional.
I. Fórum.

CDD: 342
CDU: 342.9

Supervisão editorial: Leonardo Eustáquio Siqueira Araújo
Revisão: Lourdes Nascimento
Capa: Igor Jamur
Projeto gráfico: Walter Santos
Diagramação: Bruno Lopes

Periódico classificado no Estrato B1 do Sistema Qualis da CAPES - Área: Direito.

Revista do Programa de Pós-graduação do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar (Instituição de Pesquisa e Pós-Graduação), em convênio com o Instituto Paranaense de Direito Administrativo (entidade associativa de âmbito regional filiada ao Instituto Brasileiro de Direito Administrativo).

A linha editorial da A&C – *Revista de Direito Administrativo & Constitucional* segue as diretrizes do Programa de Pós-Graduação do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar em convênio com o Instituto Paranaense de Direito Administrativo. Procura divulgar as pesquisas desenvolvidas na área de Direito Constitucional e de Direito Administrativo, com foco na questão da efetividade dos seus institutos não só no Brasil como no direito comparado, com ênfase na questão da interação e efetividade dos seus institutos, notadamente América Latina e países europeus de cultura latina.

A publicação é decidida com base em pareceres, respeitando-se o anonimato tanto do autor quanto dos pareceristas (sistema *double-blind peer review*).

Desde o primeiro número da Revista, 75% dos artigos publicados (por volume anual) são de autores vinculados a pelo menos cinco instituições distintas do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar.

A partir do volume referente ao ano de 2008, pelo menos 15% dos artigos publicados são de autores filiados a instituições estrangeiras.

Esta publicação está catalogada em:

- Ulrich's Periodicals Directory
- RVBI (Rede Virtual de Bibliotecas – Congresso Nacional)
- Library of Congress (Biblioteca do Congresso dos EUA)

A&C – *Revista de Direito Administrativo & Constitucional* realiza permuta com as seguintes publicações:

- *Revista da Faculdade de Direito*, Universidade de São Paulo (USP), ISSN 0303-9838
- *Rivista Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, ISBN/EAN 978-88-348-9934-2

Diretor-Geral

Romeu Felipe Bacellar Filho

Diretor Editorial

Paulo Roberto Ferreira Motta

Editores Acadêmicos Responsáveis

Daniel Wunder Hachem

Ana Cláudia Finger

Conselho Editorial

Adilson Abreu Dallari (PUC-SP)	Justo J. Reyna (Universidad Nacional del Litoral – Argentina)
Adriana da Costa Ricardo Schier (Instituto Bacellar)	Juarez Freitas (UFRGS)
Alice Gonzalez Borges (UFBA)	Luís Enrique Chase Plate (Universidad Nacional de Asunción – Paraguai)
Carlos Ari Sundfeld (FGV-SP)	Marçal Justen Filho (UFPR)
Carlos Ayres Britto (UFSE)	Marcelo Figueiredo (PUC-SP)
Carlos Delpiazzi (Universidad de La República – Uruguai)	Márcio Cammarosano (PUC-SP)
Cármem Lúcia Antunes Rocha (PUC Minas)	Maria Cristina Cesar de Oliveira (UFPA)
Célio Heitor Guimarães (Instituto Bacellar)	Nelson Figueiredo (UFG)
Celso Antônio Bandeira de Mello (PUC-SP)	Otilon Borges Junior (UFES)
Clêmerston Merlin Clève (UFPR)	Pascual Caiella (Universidad de La Plata – Argentina)
Clovis Beznos (PUC-SP)	Paulo Eduardo Garrido Modesto (UFBA)
Edgar Chiuratto Guimarães (Instituto Bacellar)	Paulo Henrique Blasi (UFSC)
Emerson Gabardo (UFPR)	Pedro Paulo de Almeida Dutra (UFMG)
Enrique Silva Cimma (Universidad de Chile – Chile)	Regina Maria Macedo Nery Ferrari (UFPR)
Eros Roberto Grau (USP)	Rogério Gesta Leal (UNISC)
Irmgard Elena Lepenies (Universidad Nacional del Litoral – Argentina)	Rolando Pantoja Bauzá (Universidad Nacional de Chile – Chile)
Jaime Rodríguez-Arana Muñoz (Universidad de La Coruña – Espanha)	Sergio Ferraz (PUC-Rio)
José Carlos Abraão (UEL)	Valmir Pontes Filho (UFCE)
José Eduardo Martins Cardoso (PUC-SP)	Weida Zancaner (PUC-SP)
José Luís Said (Universidad de Buenos Aires – Argentina)	Yara Stroppa (PUC-SP)
José Mario Serrate Paz (Universidad de Santa Cruz – Bolívia)	
Juan Pablo Cajarville Peluffo (Universidad de La República – Uruguai)	

Homenagem Especial

Guillermo Andrés Muñoz (*in memoriam*)
Jorge Luís Salomoni (*in memoriam*)
Julio Rodolfo Comadira (*in memoriam*)
Lúcia Valle Figueiredo (*in memoriam*)
Manoel de Oliveira Franco Sobrinho (*in memoriam*)
Paulo Neves de Carvalho (*in memoriam*)

Contratos administrativos e gestão pública – Proposições a partir de estudos de casos na Administração Pública federal indireta

Têmis Limberger

Bacharela e Mestra em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Doutora em Direito Público pela Universidade Pompeu Fabra de Barcelona. Pós-Doutora pela Universidade de Sevilha. Professora do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos (Unisinos). Procuradora de Justiça do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul.

Anderson Vichinkeski Teixeira

Doutor em Teoria e História do Direito pela Università degli Studi di Firenze (IT), com estágio de pesquisa doutoral junto à Faculdade de Filosofia da Université Paris Descartes-Sorbonne. Estágio pós-doutoral junto à Università degli Studi di Firenze. Mestre em Direito do Estado pela PUCRS. Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito (Mestrado/Doutorado) da Universidade do Vale do Rio dos Sinos (Unisinos). Editor da *RECHTD – Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito*. Advogado e consultor jurídico. Outros textos em: <www.andersonteixeira.com>.

Mateus Barbosa Gomes Abreu

Mestrando em Direito Público pela Universidade Federal da Bahia. Graduado em Direito pela Universidade Católica do Salvador (2007). Pós-Graduado em Direito do Estado (2009) pelo Jus Podivm. Advogado.

Resumo: O presente artigo tem por escopo apresentar à comunidade científica, em formato sintético, os resultados da pesquisa realizada em decorrência da seleção promovida pelo Ministério da Justiça, *Edital Projeto Pensando o Direito* – Projeto BRA 07/004, intitulada “Gestão da execução de contratos administrativos pelo Poder Público”, desenvolvida a partir da parceria formada entre esta instituição, a Unisinos e a Universidade Federal da Bahia (UFBA). O objetivo geral do trabalho foi analisar mecanismos de gestão da execução de contratos administrativos pelos órgãos da Administração Pública federal indireta, como fiscalização, controle de qualidade e prazos, aplicação das sanções jurídico-administrativas e promoção da transparência, de modo que, a partir de diagnóstico detectado, fosse possível a apresentação de soluções criativas para lidar com os problemas detectados.

Palavras-chave: Administração Pública federal. Gestão de contratos administrativos. Eficiência. Modelos da gestão privada. Projeto “Pensando o Direito”.

Sumário: **1** Introdução – **2** Objeto e objetivos da pesquisa – **3** Desenvolvimento da pesquisa – Principais ocorrências – **4** Propostas apresentadas para aprimoramento legislativo – **5** Conclusão – Referências

1 Introdução

Os diversos processos de globalização aumentaram a competitividade em praticamente todos os setores da economia e dos negócios, transformando a *performatividade* em

característica maior da gestão empresarial em uma sociedade pós-moderna, i.e., conforme dizia Lyotard, o máximo resultado (*output*) com o menor investimento (*input*) possível.¹

A crescente pressão para promoção da *accountability* e aprimoramento do desempenho do setor público é processo de dimensão internacional cuja importância também tem aumentado no Brasil. Nesse sentido, as demandas pelo aprimoramento da gestão nas organizações públicas imprimem foco na necessidade de uma maior atenção no desempenho do que em aspectos formais de regulamentação, especialmente na gestão da execução dos contratos públicos, na qual o arcabouço normativo impõe restrições incidentes sobre estes contratos e seus mecanismos de adjudicação.

Cumprir salientar que a regulamentação dos contratos públicos não é sem fundamento: é preciso criar mecanismos para a promoção da igualdade de oportunidade dos licitantes, defesa do interesse público e elisão de corrupção, uma vez que tem por escopo a defesa da concorrência e a proteção do interesse público. Por tais razões, são fundamentais os instrumentos normativos que regulamentam a contratação pública e a gestão desta contratação pelo Poder Público, em parceria com o privado, como é o caso das disposições contempladas na Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, no caso brasileiro, e pela legislação estadunidense (Federal Acquisition Regulations – FARs).

Não obstante o propósito legislativo de segurança nas contratações públicas, muitas são as ocorrências registradas em que os agentes privados contratados se dedicam à realização de práticas visando elidir a competitividade das licitações e a [indevida] redução de seus custos, em detrimento da mínima qualidade de produtos e serviços esperados durante a execução contratual, conforme exposto por Hart, Shleifer e Vishny e também Cabral, Lazzarini e Furquim.² Dessa forma, não são poucos os casos de contratações de serviços e produtos com qualidade insuficiente e que demandam a utilização do poder disciplinar pela Administração.

No caso brasileiro, conforme lição de Fiuza, as restrições impostas pela estrutura de regulamentação representam um fator limitante aos investimentos públicos.³ Diferentemente das empresas privadas, que escolhem com relativa liberdade seus fornecedores, os gestores públicos normalmente obedecem a critérios bem mais rígidos de seleção de fornecedor e de apreçamento em suas compras, pois devem cumprir os princípios de impessoalidade, isonomia, legalidade e publicidade, entre outros, deixando ao gestor público pouca margem de liberdade de atuação.

Como essas restrições geralmente não estão presentes no setor privado, diversas pesquisas recentes no âmbito da literatura de Análise Econômica do Direito sugerem que a maior flexibilidade disponível nos contratos do setor privado oferece vantagens de eficiência,

¹ Ver LYOTARD, Jean-François. *La condition postmodern*. Paris: Les Éditions de Minuit, 1979.

² Ver HART, Oliver; SHLEIFER, Andrei; VISHNY, Robert W. The Proper Scope of Government: Theory and an Application to Prisons. *Quarterly Journal of Economics*, Cambridge, v. 112, n. 4, p. 1127-1161, nov. 1997; e CABRAL, Sandro; LAZZARINI, Sergio G.; AZEVEDO, Paulo F. Private Operation with Public Supervision: Evidence of Hybrid Modes of Governance in Prisons. *Public Choice*, Norwell, v. 145, n. 1, p. 281-193, 2010.

³ FIUZA, Eduardo P. S. O Regime Diferenciado de Contratações Públicas e a agenda perdida das compras públicas. *Radar: Tecnologia, Produção e Comércio Exterior*, n. 19, p. 7, abr. 2012.

pugnando, assim, pela necessidade de reforçar as ferramentas que estão à disposição dos gestores públicos responsáveis pela gestão da execução de contratos públicos.⁴

No Brasil, estima-se que as compras públicas da União, Estados e Municípios representaram aproximadamente 6,7% do Produto Interno Bruto (PIB) em 2005.⁵ Em 2012, conforme divulgado pelo Ministério do Planejamento, as compras da Administração Pública representam 10% do Produto Interno Bruto (PIB) brasileiro.⁶

Diante desse contexto, a pesquisa aplicada teve por objetivo verificar a procedimentalização da gestão da execução dos contratos administrativos pelo Poder Público e como têm sido empregados os mecanismos de fiscalização, transparência, controle da qualidade e dos prazos e aplicação de sanções jurídico-administrativas, na persecução do interesse público.

Além disso, a pesquisa procurou apontar os problemas e indefinições presentes no processo de gestão da execução desses contratos administrativos, trazendo, ao fim, algumas propostas normativas para aperfeiçoamento da sistemática de contratação e gestão pública de contratos, mormente os da Administração Pública indireta.

2 Objeto e objetivos da pesquisa

O objeto de investigação é constituído pelos mecanismos de gestão da execução dos contratos administrativos pelos órgãos/organizações da Administração Pública federal brasileira (APF), em particular os exercidos pela Caixa Econômica Federal (CEF – RS), Fundação Oswaldo Cruz – Centro de Pesquisas Gonçalo Moniz (Fiocruz – BA) e pela Infraero – RS, que são, respectivamente, empresa pública, autarquia e empresa pública.

Importante registrar que cada uma das organizações analisadas utiliza uma plataforma específica para a contratação: enquanto Infraero e Caixa utilizam sistemas informáticos próprios, a Fiocruz utiliza o *Comprasnet*,⁷ do Governo Federal.

Por outro lado, o objetivo geral da pesquisa consistiu na realização de um diagnóstico sobre a gestão da execução dos contratos administrativos pelo Poder Público no âmbito do Governo Federal, analisando: (i) como são adotados os mecanismos de fiscalização, controle da qualidade e prazos, aplicação das sanções jurídico-administrativas e promoção da transparência, de modo a proteger o interesse público envolvido; e (ii) os problemas e indefinições presentes no processo de gestão da execução desses contratos administrativos, levantando algumas questões em aberto no debate do tema. Nesse sentido, os objetivos específicos são:

- a) analisar comparativamente os fatores determinantes do desempenho em preço e prazo na *fase ex-ante*, bem como o que explica a concessão de

⁴ Ver TADELIS, Steven. Public procurement design: Lessons from the private sector. *International Journal of Industrial Organization*, v. 30, n. 3, p. 297-302, 2012.

⁵ Ver FERNANDES JR., Ottoni; FURTADO, Clarissa. Políticas Públicas: o poder de compra do Governo. *Desafios do Desenvolvimento*, ano 2, n. 10, maio 2005.

⁶ Ver BRASIL. Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. *País apresenta sistema de compras governamentais em feira de tecnologia na Alemanha*. Disponível em: <<http://rf-brasil.jusbrasil.com.br/politica/8458121/pais-apresenta-sistema-de-compras-governamentais-em-feira-de-tecnologia-na-alemanha>>. Acesso em: 30 dez. 2013.

⁷ Recomenda-se acesso ao Portal Oficial de Compras do Governo Federal – COMPRASNET, em <<http://www.comprasnet.gov.br/>>.

aditivos (*fase interna*) nos contratos administrativos, cujos objetos tenham sido contratados por meio de pregão eletrônico, tomada de preços e por concorrência nas três organizações públicas pesquisadas;

- b) descrever e analisar o funcionamento e efetividade dos mecanismos de gerenciamento adotados na fase de execução contratual (*fase interna*), a partir das entrevistas em profundidade realizadas com atores-chave no processo de contratação; e
- c) apresentar e discutir sugestões legislativas para o aperfeiçoamento do sistema de gestão dos contratos administrativos pelo setor público em termos de práticas gerenciais e processos legais.

Em relação à tipologia de *corte temporal da pesquisa*, o horizonte utilizado apresentou variação de acordo com a empresa pesquisada. As peculiaridades e idiosincrasias de cada entidade foram avaliadas no momento de coleta. Nesse sentido, na Fiocruz, considerou-se o período entre 2005 a 2012, na Infraero, 2005 a 2011, e, por fim, na Caixa, o critério observado foram os contratos findos em 2011.

Após a consolidação das bases de dados quantitativos e estudo de heterogeneidade das informações por meio da análise exploratória dos dados, foi possível identificar os fatores determinantes do desempenho nas diferentes modalidades de licitação durante o processo de contratação (*fase ex-ante*) e durante a execução do contrato (*fase interna*). A avaliação desses fatores foi realizada por meio da técnica de análise de regressão múltipla, utilizando o *software Stata 11*.

Estabelecidas essas premissas, passa-se a apresentar os principais aspectos apurados na investigação científica, conforme se exporá nas linhas seguintes.

3 Desenvolvimento da pesquisa – Principais ocorrências

Entre as principais questões apuradas, uma das mais relevantes foi acerca do *monitoramento e controle* da execução dos contratos administrativos, apurado, sobretudo, a partir da percepção dos agentes públicos envolvidos no processo, ouvidos em entrevistas semiestruturadas.⁸

Conforme o QUADRO 1, é possível visualizar a categoria execução, suas subcategorias (controle interno; adaptação; desvios e penalidades; transparência e controle externo; e qualidade da contratação) e temas de análise. Os temas de análise foram assinalados nas colunas, de acordo com o número de citações dos atores entrevistados na pesquisa (QUADRO 2), tendo sido apuradas a ocorrência de citação sobre determinado tema de análise, a quantidade total de citações e a frequência das ocorrências e das citações.

⁸ O levantamento das informações na pesquisa qualitativa foi realizado por meio de entrevistas semiestruturadas em profundidade. O uso dessa técnica contribui para a compreensão das potencialidades e dos limites dos atuais modelos de gestão da execução de contratos administrativos pelo setor público. Na técnica de entrevista semiestruturada, algumas perguntas são previamente padronizadas para permitir a comparabilidade de respostas entre os sujeitos; no entanto, outras questões podem ser aprofundadas ou inseridas durante as entrevistas. Ver CRESWELL, John W. *Qualitative inquiry and research design: choosing among five traditions*. Thousand Oaks: Sage Publications, 1998.

QUADRO 1 – Análise de conteúdo da categoria “monitoramento e controle” segundo o número de entrevistados

Categoria	Subcategoria	Tema de análise	Fiocruz-BA						CEF-RS						Infraero-RS			Contratado			TOTAL					
			E1	E2	E3	E4	E5	E6	E7	E8	E9	E10	E11	E12	E13	E14	E15	E16	E17	E18	E19	T.	F.O	Σ	F.C	
EXECUÇÃO	Controle Interno	Especificação do objeto	1		3	2		2	1	1	1		2			1			7	10	52,6%	21	12,1%			
		Acompanhamento da execução e finalização	2	3		1	5	3	2	12		6	3	1		2			3	12	63,2%	43	24,9%			
	Adaptação	Repactuação de prazos					2		1	1	1	1	1						1	7	36,8%	8	4,6%			
		Repactuação de preços	1					1	1	1	1	1	1						1	8	42,1%	8	4,6%			
		Renegociação contratual					1		1	1	1	1				1		1	1	8	42,1%	8	4,6%			
		Resolução de conflitos	1	1			1	2			1	1						1	1	8	42,1%	9	5,2%			
		Modificação do objeto contratado					1												3	2	10,5%	4	2,3%			
		Concessão de aditivos					1					2							2	3	15,8%	5	2,9%			
	Desvios e Penalidades	Condutas oportunistas dos fornecedores				2	3	1			2	4	1			1	1		4	9	47,4%	19	11,0%			
		Penalidades e Impugnação		3	1	2	2	1		6	4	4	2	1				1	1	12	63,2%	28	16,2%			
		Fraudes/coluios																	0	0	0,0%	0	0,0%			
	Qualidade da Contratação	Satisfação com os itens contratados	3	1		2	1	1		1	1			1			1		1	10	52,6%	13	7,5%			
		Satisfação com os prazos de entrega			1	2	1			1							1		1	6	31,6%	7	4,0%			
	TOTAL Σ			7	9	2	12	20	9	4	24	10	17	14	1	7	0	3	5	1	2	26	18	94,7%	173	100,0%

Nota : T = total de observações ; F.O = frequência de observações entre total ; Σ = somatório de citações sobre o tema de análise ; F.C. = frequência de citações na categorial

Fonte: LIMBERGER, Têmis *et al.* *Gestão da execução de contratos administrativos pelo Poder Público*. Brasília: Secretaria de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça do Brasil, 2013. p. 52.

QUADRO 2 – Perfil dos Entrevistados

FIOCRUZ-BA		CAIXA-RS	
Entrevistado	Código	Entrevistado	Código
Pregoeiro	E1	Coordenador de licitação	E7
Pregoeiro	E2	Coordenador de manutenção	E8
Responsável pelo almoxarifado	E3	Coordenador de serviços	E9
Engenheiro-fiscal de obras e serviços	E4	Assistente de gestão	E10
Gestor e coordenador de contratos	E5	Coordenação de gestão formal	E11
Representante do controle interno	E6	Assistente sênior	E12
-		Representante Departamento Jurídico	E13
INFRAERO-RS		GESTORES PRIVADOS	
Entrevistado	Código	Entrevistado	Código
Coord. Licitação e Contrato e Pregoeiro	E14	Serviço gráfico	E17
Fiscalização Comercial	E15	Serviço logístico	E18
Gerência e Procuradoria	E16	Empreiteira Externa	E19

Fonte: LIMBERGER, Têmis *et al.* *Gestão da execução de contratos administrativos pelo Poder Público*. Brasília: Secretaria de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça do Brasil, 2013. p. 51.

Como exemplo de interpretação, nota-se que o tema Especificação do objeto contratado, da subcategoria Controle interno, ocorreu na fala dos entrevistados (E2, E4, E5, E7 a E9, E13, E16 e E19), totalizando 10 observações e frequência de 52,6% no grupo de atores pesquisados (Quadro 1). Ademais, nota-se que o tema foi citado 21 vezes durante as entrevistas, sendo que o entrevistado (E19) utilizou o tema por 7 vezes no decorrer de sua fala. Com relação à importância do tema na categoria, observa-se que o número de citações do tema corresponde a 12% de todas as citações ocorridas nesta categoria. Nesse sentido, as tabelas referentes às demais categorias foram analisadas da mesma forma.

Ainda com relação ao tema Especificação do objeto, nota-se que, em todas as organizações pesquisadas, assim como nas entrevistas com os gestores privados, os entrevistados destacaram a importância do processo de especificação do item contratado para a melhoria da gestão da execução do contrato e para o bom desempenho final deste.

De acordo com a taxonomia proposta por Williamson, a fase de definição do edital e especificação do objeto contratado corresponde à categoria dos custos transacionais *ex-ante*, envolvendo os custos de reunir informações necessárias para: (i) a construção do edital de seleção; (ii) a especificação das características do item a ser contratado; (iii) definição dos seus indicadores (unidade de mensuração, quantidade/volume necessário, número de lotes para entrega, entre outros); (iv) caracterização das suas formas de operação — em caso de serviços e obras — ou de entrega — em caso de bens de consumo — de máquinas e equipamentos, de

definição dos recursos e do fluxo de recursos envolvido para o pleno desempenho das funções preconizadas no edital.⁹

Todavia, conforme pode ser observado no trecho da entrevista realizada com o coordenador de contratos da Fiocruz-BA (E5), *muitas vezes a definição do objeto do contrato é falha, em virtude da ausência de compreensão dos procedimentos e de uma especificação mais precisa*.¹⁰ A incompreensão do *modus operandi* da definição precisa do objeto, conforme exposto por Tadelis,¹¹ pode resultar aumentos dos custos de adaptação. Em consonância com essa preocupação, o coordenador de contratos da Fiocruz afirma que “Contratos incompletos são sempre um problema gerando incertezas e altos custos de readequação”.¹²

Ademais, em função das características do processo de contratação no setor público, ocorrem situações em que o grau de especificação do contrato fica limitado por questões legais restritivas. Outra limitação no processo de detalhamento das especificações do objeto contratado são as falhas de planejamento, conforme exposto por um representante da coordenação de licitações da CEF-RS, com mais de 30 anos de experiência (E7):

Então o que eu vejo na Administração Pública do Brasil hoje é uma grande falta de planejamento. Eu ouço muita gente falar “ah, licitação é um entrave; porque licitação tem que contratar o menor preço; porque a gente faz más contratações” eu não acho isso. [...] eu acho que o problema das más contratações é porque não se tem planejamento nenhum. Chegam os editais e, é tudo urgente, urgentíssimo, sem tempo pra pensar. Então você tem que fazer o edital em 3, 4 dias. Então claro que nisso aí a tua qualidade vai ser extremamente prejudicada [...]. Porque para você trabalhar bem um edital, você tem que ter tempo, tem que ter conhecimento e tem que ter tempo.¹³

Embora as restrições legais e a falta de planejamento possam impor limitações para o processo de especificação do objeto contratado, algumas ações permitem lidar com essas limitações e reduzir os problemas decorrentes de uma má especificação, conforme destacado por um representante da coordenação de serviços da CEF-RS (E9). De acordo com o entrevistado, uma estratégia para melhorar o nível de detalhamento e a qualidade das especificações dos itens contratados

⁹ Ver WILLIAMSON, O. E. *The economics institutions of capitalism*. London: Free Press, 1985.

¹⁰ LIMBERGER, Têmis *et al.* *Gestão da execução de contratos administrativos pelo Poder Público*. Brasília: Secretaria de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça do Brasil, 2013. p. 53.

¹¹ Ver TADELIS, Steven. Public procurement design: Lessons from the private sector. *International Journal of Industrial Organization*, v. 30, n. 3, p. 297-302, 2012.

¹² LIMBERGER, Têmis *et al.* *Gestão da execução de contratos administrativos pelo Poder Público*. Brasília: Secretaria de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça do Brasil, 2013. p. 53.

¹³ LIMBERGER, Têmis *et al.* *Gestão da execução de contratos administrativos pelo Poder Público*. Brasília: Secretaria de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça do Brasil, 2013. p. 53.

“Normalmente, se dá através de grupos de trabalho, se faz um Edital padrão onde se define o objeto, as responsabilidades da empresa contratada, as responsabilidades do posto especificamente e isto fica tipo em uma biblioteca que nós temos destes termos de referência, como a gente chama”.¹⁴

Outro meio importante para melhoria do processo de especificação do objeto contratado é o uso de Tecnologias da Informação e Comunicação (TICs). A relevância da realização desses mecanismos, especialmente o uso dos grupos de solução de problemas *ex-ante*, também parece ser percebida pelos contratados, conforme pode ser observado no trecho extraído do empreiteiro entrevistado na região Nordeste (E19):

Algumas empresas já têm um departamento mais, digamos assim, estruturado, de planejamento, de orçamento, e detecta essas falhas. Tanto é que em muitos órgãos existem aqueles grupos de discussões, anterior à licitação, onde você pode mandar suas dúvidas todas e eles têm obrigação de responder em até setenta e duas horas antes da licitação. Então eventuais dúvidas e tal, são sanadas antes.¹⁵

No que diz respeito à consonância dos apontamentos realizados pelos entrevistados acima com a literatura sobre o assunto, enfatiza-se que diversas pesquisas têm sido realizadas em organizações privadas e utilizando a lente teórica da Teoria dos Contratos Incompletos¹⁶ para explicar as implicações das falhas de especificação sobre o desempenho dos contratos. De acordo com Dalen, Moen e Riis¹⁷ e também Tadelis,¹⁸ os agentes públicos, em função de sua racionalidade limitada, não são capazes de antecipar todas as contingências possíveis na fase de aquisição e de redação contratual. Assim, os fornecedores podem explorar incompletudes dos contratos (falhas na especificação do item contratado) para renejar a qualidade do serviço, a fim de reduzir seus custos.¹⁹

Além do processo de especificação do objeto contratado, outro tema de análise da subcategoria Controle interno destacado nas falas dos entrevistados foi o acompanhamento da execução e fiscalização, com 63,2% de frequência nas

¹⁴ LIMBERGER, Têmis *et al.* *Gestão da execução de contratos administrativos pelo Poder Público*. Brasília: Secretaria de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça do Brasil, 2013. p. 54.

¹⁵ LIMBERGER, Têmis *et al.* *Gestão da execução de contratos administrativos pelo Poder Público*. Brasília: Secretaria de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça do Brasil, 2013. p. 54.

¹⁶ Ver SIMON, H. A. A Formal Theory of the Employment Relationship. *Econometrica*, Amsterdam, v. 19, n. 3, p. 293-305, jul. 1951.

¹⁷ Ver DALEN, Dag M.; MOEN, Espen R.; RIIS, Christian. Contract renewal and incentives in public procurement. *International Journal of Industrial Organization*, Philadelphia, v. 24, n. 2, p. 269-285, mar. 2006.

¹⁸ Ver TADELIS, Steven. Public procurement design: Lessons from the private sector. *International Journal of Industrial Organization*, v. 30, n. 3, p. 297-302, 2012.

¹⁹ Ver HART, Oliver; SHLEIFER, Andrei; VISHNY, Robert W. The Proper Scope of Government: Theory and an Application to Prisons. *Quarterly Journal of Economics*, Cambridge, v. 112, n. 4, p. 1127-1161, nov. 1997.

referências e 24,6% de frequências nas citações da categoria monitoramento e controle.

Notadamente, os mecanismos de acompanhamento e fiscalização da execução dos contratos administrativos constituem fatores determinantes do desempenho dos contratos tanto no setor público quanto no privado. No setor público, o efetivo monitoramento dos contratos possibilitam aos governos a verificação da qualidade do objeto/serviço contratado e a realização de ações corretivas quando a execução não ocorre de forma satisfatória. Todavia, o acompanhamento da execução frequentemente esbarra em fatores limitantes, como a impossibilidade física de acompanhar de perto as ações dos diversos contratos, em função do grande número de contratos. Conforme constatado durante as entrevistas, embora todo contrato possua um responsável por seu acompanhamento e fiscalização, a realidade das organizações públicas pesquisadas demonstra que esse acompanhamento tem sido bastante restrito, em função da falta de pessoal (E10, E13 e E15), baixa capacidade, falta de infraestrutura interna e recursos, como sistemas informatizados (E5, E6, E10 e E11).

Diante da indisponibilidade de pessoal para realização dessa atividade, uma prática comum no setor público brasileiro, especialmente para os contratos de serviços e obras de engenharia, é a contratação de uma terceira empresa para a realização do trabalho de monitoramento e fiscalização. Todavia, esse processo pode tornar-se problemático, devido à complexidade existente no processo de especificação deste segundo contrato. O ponto de reflexão agora passa a ser: *quem vigia o vigia?* Vide a passagem seguinte:

Nós não temos como, nem temos capacidade instalada para conseguir avaliar se a fiscalização daquele contrato foi adequada ou não. A gente está na mão de um serviço terceirizado, até por que não temos capacidade instalada nem recursos humanos para que se consiga avaliar isso aí também. (E15).²⁰

Com relação à falta de informatização no processo de acompanhamento, conforme exposto por entrevistados tanto da Fiocruz-BA quanto da CEF-RS (E5, E6, E10 e E11), esse é um problema reconhecido e que já vem sendo discutido dentro das organizações, principalmente nas áreas de serviços e contratos contínuos.²¹ As passagens extraídas das entrevistas são bastante esclarecedoras

²⁰ LIMBERGER, Têmis *et al.* *Gestão da execução de contratos administrativos pelo Poder Público*. Brasília: Secretaria de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça do Brasil, 2013. p. 55.

²¹ Com relação aos contratos de bens para aquisição de bens de consumo e equipamentos, o processo de acompanhamento possui menor complexidade e é realizado durante a fase de recebimento do material no almoxarifado. Em geral, os mecanismos de controle são análise visual do produto e a comparação das especificações contidas no edital com as apresentadas na nota fiscal.

quanto ao *reconhecimento da necessidade de aprimoramentos nos mecanismos de acompanhamento* nas empresas pesquisadas:

Com relação a gestão dos contratos, infelizmente, não há ainda um processo informatizado para isso [...]. (E5)²²

Seria interessante que tivessem sistemas para controlar, para quantificar essa quantidade de reclamações. Um bom gerenciamento de informações para poder identificar realmente se ele está, ou não, cumprindo um contrato. Porque se não tem isso, fica difícil, isso é realmente um fato importante, tem que ter controle e aí criar dados, para saber se tem que penalizar, se tem que rescindir [...] Se a gente conseguir chegar num nível de ser tudo digitalizado. (E11)²³

Nós poderíamos ter controles melhores. Controles mais efetivos para evitar uma gestão tão onerosa. Alguns facilitadores. Até mesmo na área de TI da empresa, que poderia desenvolver mais ferramentas para controle de execução dos serviços, que fosse uma coisa de abrangência nacional da empresa, sistemas corporativos que nos apoiassem mais. Até na questão de controle de gestão formal dos contratos, sistemas de corporativos que ajudassem a calcular variações nos contratos. A gente sente que existe uma carência muito grande nessa área de tecnologia dedicada, essa área de logística toda. (E10).²⁴

Como consequência dessa limitação de pessoal e ausência de sistemas informatizados para acompanhamento da execução dos contratos, os mecanismos de controle em geral são evocados apenas quando falhas e problemas são identificados e comunicados aos gestores responsáveis pela fiscalização (E10). Assim, o que tem ocorrido são apenas fiscalizações administrativas, mormente sancionatórias, em detrimento da fiscalização operacional e monitoramento constante do contrato, conforme relatado pelo representante do controle interno da Fiocruz-BA (E6): “A fiscalização se dá na esfera administrativa e não na esfera operacional”.²⁵

As implicações decorrentes da perda do controle pelo gestor público em relação às ações, resoluções e decisões empreendidas pelo contratado durante a execução do contrato e quanto ao desempenho final do contrato geram um ambiente favorável para a criação de uma percepção negativa dos contratados quanto à capacidade e à qualidade do acompanhamento realizado pelo Governo. Dessa forma, alguns fornecedores podem ser céticos em relação à capacidade do Governo de

²² LIMBERGER, Têmis *et al.* *Gestão da execução de contratos administrativos pelo Poder Público*. Brasília: Secretaria de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça do Brasil, 2013. p. 55.

²³ LIMBERGER, Têmis *et al.* *Gestão da execução de contratos administrativos pelo Poder Público*. Brasília: Secretaria de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça do Brasil, 2013. p. 55-56.

²⁴ LIMBERGER, Têmis *et al.* *Gestão da execução de contratos administrativos pelo Poder Público*. Brasília: Secretaria de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça do Brasil, 2013. p. 56.

²⁵ LIMBERGER, Têmis *et al.* *Gestão da execução de contratos administrativos pelo Poder Público*. Brasília: Secretaria de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça do Brasil, 2013. p. 56.

monitorar o desempenho e, por isso, sentem-se motivados a desenvolver atividades que promovam a redução dos seus custos e afetem diretamente a qualidade da execução do contrato. Ademais, essa ausência de acompanhamento possui reflexo direto sobre a capacidade de os gestores promoverem os ajustamentos necessários durante a execução contratual.

Nessa mesma direção, na subcategoria Adaptação, emergem os temas relacionados com os custos de ajustamento do contrato, ou seja, com os processos de repactuação de prazos, preços, renegociação contratual e resolução de conflitos, que, apesar de poucas citações, tiveram ocorrências próximas das encontradas para os temas da categoria Controle interno. A necessidade de adaptação e negociação durante a fase de execução dos contratos administrativos muitas vezes é determinada pelas condições de prestação de serviços não previstos no contrato, seja pela racionalidade limitada dos gestores ou por falhas de especificação.

Quanto aos temas relacionados à repactuação de preços e prazos, a maioria dos apontamentos realizados pelos entrevistados destaca que são demandas frequentes, legítimas e que têm sido autorizadas naturalmente, quando devidamente comprovadas.

Apesar disso, conforme apresentado pelos entrevistados, esse processo de repactuação de prazos e preços é algo ainda bastante trabalhoso (E10 e E11) e que “Tem gerado muitas dúvidas para os gestores públicos” (E13).²⁶

Com relação às renegociações contratuais, a situação envolve uma maior complexidade em função das restrições impostas pela legislação. Entre os principais fatores que ensejam as renegociações destacam-se: as falhas ocorridas no processo de contratação, como comportamento predatório das empresas licitantes na apresentação dos preços (E8), mudanças de cenários (E16), alteração da realidade, (E18), falta de flexibilidade para alteração de regras definidas *ex ante* (E11) e falhas de detalhamento e especificação e conivência de alguns gestores públicos (E19). Com relação a este último fator, cabe apresentar a explicação realizada em uma das entrevistas realizadas com um gestor privado (E19):

Existe um interesse econômico em cima da licitação, e os órgãos federais, estaduais, também não são muito favoráveis a isso [impugnação da licitação], a não ser que seja um erro muito grosseiro; porque eles têm, digamos assim, interesses também que suas obras saiam. Então, assim, existem algumas coisas que na ocasião da licitação, digamos assim em “off”, as empresas e os órgãos já sabem que vai precisar de ter alguns ajustes.²⁷

²⁶ LIMBERGER, Têmis *et al.* *Gestão da execução de contratos administrativos pelo Poder Público*. Brasília: Secretaria de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça do Brasil, 2013. p. 57.

²⁷ LIMBERGER, Têmis *et al.* *Gestão da execução de contratos administrativos pelo Poder Público*. Brasília: Secretaria de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça do Brasil, 2013. p. 57.

Com relação à alegação de convivência dos gestores públicos com erros na etapa de licitação, cabe enfatizar uma afirmação realizada pela coordenadora de licitação da CEF (E7), que atribui como possível causa disso a falta de planejamento. Em função dessa indisponibilidade de projetos e da possibilidade de devolução de recursos, os gestores públicos podem ser incentivados a permitir que mesmos os projetos com erros passem pelo processo de licitação.

No tema *resolução de conflitos*, os entrevistados inicialmente apontaram as falhas na especificação do contrato (E5, E17 e E19), e, em seguida, os desvios nos serviços contratados e nas demandas apresentadas durante a fase de execução como os principais fatores que ensejam a utilização de mecanismos para resolução de conflitos.

Entre os mecanismos comumente utilizados para resolução desses conflitos, os entrevistados destacaram o uso de reuniões informais seguidas por acompanhamento frequente da execução do contrato. Embora sejam mecanismos informais de resolução de conflitos, as reuniões são viáveis e, por vezes, o mecanismo mais adequado para resolver os problemas de desempenho, antes de ações formais mais rigorosas e com maiores custos para as partes, como uma ação de rescisão contratual.

Por fim, os termos de análise da subcategoria “adaptação” com menor ocorrência na fala dos entrevistados foram as modificações nos objetos contratados e concessão de aditivos. O primeiro, de acordo com dois entrevistados, é algo raro que ocorre somente em situações bastante específicas, em função das limitações impostas pela legislação. O segundo, por sua vez, é encarado como algo natural dentro dos contratos, embora não seja muito comum, com exceção dos contratos de obras de engenharia.

Na segunda subcategoria, Desvios e penalidades, buscou-se identificar qual a percepção dos atores entrevistados a respeito de possíveis condutas oportunistas dos fornecedores, ocorrência de fraudes, conluíus e aplicação de penalidades e impugnação.

No caso das licitações, os participantes poderão agir com oportunismo quando órgãos públicos não especificarem de forma completa o produto licitado e, principalmente, quando os participantes não confiarem na capacidade e qualidade da fiscalização e monitoramento do desempenho realizado pelo Governo. Assim, os fornecedores poderão se aproveitar desta incompletude contratual para cotar produtos de pior qualidade ou que não atendam às necessidades do comprador (E15 e E16); ou, nos casos de ceticismos quanto à capacidade de monitoramento, poderão reduzir os preços para além dos preços de mercado na fase de contratação, na expectativa de vencer a licitação e obter ajustes e aditivos durante a execução do contrato (E4, E5, E6, E8 e E19). Ainda, em casos mais sérios, não fornecer todos os itens contratados ou descumprir a legislação trabalhista e previdenciária (E5 e E10).

Diante da possibilidade de ocorrência das condutas oportunistas apresentadas acima, torna-se relevante o papel desempenhado pelas penalidades e sanções previstas na legislação e estabelecidas nos contratos. Todavia, estudos recentes, como o realizado na Itália por Spagnolo, demonstram que as penalidades em geral não são aplicadas de forma correta, dado que naquele país constatou-se que mais de 30% dos contratos públicos analisados não foram cumpridos em conformidade com o contratado e, no entanto, menos de 5% dos contratados foram penalizados.²⁸

Embora não se tenha acesso a dados sobre o número de penalidades e sanções aplicadas nas organizações públicas pesquisadas neste trabalho, uma argumentação que poderia ser utilizada para explicar a suposição de que seja baixo o nível de penalização nas irregularidades cometidas nos processos de compras governamentais brasileiros refere-se ao fato de que os processos burocráticos necessários para a implementação dessas sanções e penalidades, em geral, são demorados e seus custos são, por vezes, maiores do que os próprios valores associados às perdas incorridas pelos fornecedores, conforme constatado nas falas dos seguintes entrevistados (E2, E4, E5, E8, E19 e outros).

Cabe destacar que a única fala que não questionou a efetividade das penalidades foi a de um representante do departamento jurídico (E13), o que revela um descompasso entre os responsáveis pela gestão da execução dos contratos e os responsáveis pela aplicação das penalidades.

O último tema de análise, na subcategoria Desvios e penalidades, refere-se à ocorrência de fraudes e conluíus, e não apresentou qualquer ocorrência nas entrevistas analisadas.

Entretanto, é preciso destacar que, em função da baixa capacidade de monitoramento e fiscalização dos contratos identificada anteriormente, problemas com fraude são potencializados, uma vez que os contratados podem se envolver em atividades de redução dos custos do contrato, por exemplo, por meio de alterações nos padrões de qualidade.

Quanto à dimensão *qualidade*, os entrevistados reclamaram do descompasso entre a pretendida e a efetivamente entregue, principalmente nos contratos de serviços. Essa reclamação, no entanto, pode ser resultado de duas falhas de gestão que foram constatadas nas demais subcategorias, quais sejam: a baixa capacidade de acompanhamento da execução contratual e os problemas na especificação dos contratos (E19).

Essa mesma reclamação foi realizada pela coordenadora de licitação da CEF-RS (E7), conforme pode ser observado no trecho a seguir: “Erro de projetos tem muito, por que a Caixa trabalha com projetos terceirizados, com escritórios de engenharia

²⁸ Ver SPAGNOLO, Giancarlo. Reputation, Competition, and Entry in Procurement. *International Journal of Industrial Organization*, v. 30, n. 3, p. 291-296, 2012.

que são terceirizados e de fiscalização também, então quem faz os projetos para licitar são os escritórios contratados. Tem muitos erros de projetos”.²⁹

Diante das informações apresentadas ao longo dessa seção, construiu-se um quadro resumo com as principais percepções dos gestores e atores privados entrevistados sobre a execução dos contratos administrativos no setor público para as categorias que apresentaram ocorrências de observações: Alta (>50%) e Moderada (30% a 50%). O Quadro 3, a seguir, resume os principais pontos apurados na análise do conteúdo das entrevistas.

QUADRO 3 – Síntese das constatações realizadas na análise da categoria Execução

	Subcategoria	Tema de análise	Ocorrência nas entrevistas	Principais observações
EXECUÇÃO	Controle Interno	Especificação do objeto contratado	Alta	Falhas de gestão, que comprometem o desempenho dos contratos.
		Acompanhamento da execução e fiscalização		
	Adaptação	Repactuação de prazos	Moderada	Algo natural na realidade dos contratos administrativos, porém muito oneroso em termos de tempo e recursos necessários para sua análise.
		Repactuação de preços		
		Renegociação contratual	Moderada	
		Resolução de conflitos	Moderada	
		Modificação do objeto contratado	Baixa	
	Concessão de aditivos	Baixa	-	
	Desvios e penalidades	Condutas oportunistas dos fornecedores	Moderada	Associadas as falhas de gestão apontadas na categoria de Controle interno.
		Penalidades e Impugnação	Alta	Alto custo de implementação e baixa efetividade.
		Fraudes/conluíus	Baixa	-
	Qualidade da contratação	Satisfação com os itens contratados	Alta	Forte associação com os itens da categoria Controle interno.
		Satisfação com os prazos de entrega	Moderada	Medidas de controle de fácil aplicação nos casos de maior incidência de problemas.

Fonte: LIMBERGER, Têmis *et al.* *Gestão da execução de contratos administrativos pelo Poder Público*. Brasília: Secretaria de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça do Brasil, 2013. p. 60.

4 Propostas apresentadas para aprimoramento legislativo

Após levantamento do quadro atual da gestão da execução dos contratos administrativos pelo Poder Público, conforme previsão no Edital de convocação da Secretaria de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça, foram apresentadas algumas propostas de aprimoramento legislativo.

²⁹ LIMBERGER, Têmis *et al.* *Gestão da execução de contratos administrativos pelo Poder Público*. Brasília: Secretaria de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça do Brasil, 2013. p. 60.

4.1 Criação de cadastro de bons fornecedores

Como é cediço, a Lei nº 12.527/2011 foi introduzida no ordenamento jurídico pátrio com a finalidade de regulamentar o acesso a informações, previsto no inciso XXXIII do art. 5º, no inciso II do §3º do art. 37 e no §2º da Constituição Federal, visando implantar uma política de transparência pública, a bem de reestabelecer a credibilidade do Poder Público frente à sociedade, sobretudo após sucessivos escândalos políticos. Assim, permite-se um controle pluridimensional do orçamento público, visto que, uma vez disponibilizadas tais informações — sobretudo na internet —, possibilita-se, em maior amplitude, a participação na gestão do patrimônio público pelos mais diversos setores da sociedade, a exemplo de Organizações não governamentais, Ministério Público, Defensoria Pública e Órgãos de Classe, entre outros.

Nos termos do art. 7º, VI, da Lei nº 12.527/2011, o acesso à informação de que trata esse diploma normativo compreende, entre outros, a informação pertinente à administração do patrimônio público, utilização de recursos públicos, licitação e contratos administrativos. No portal da transparência, entre outras informações, é possível consultar o Cadastro Nacional de Empresas Inidôneas e Suspensas (CEIS), criado com a finalidade de tornar público o rol das empresas e pessoas físicas que sofreram sanções pelos órgãos e entidades da Administração Pública. Entretanto, em sentido diametralmente oposto, *não há qualquer registro dos bons fornecedores e prestadores de serviço.*

Na esfera consumerista, por exemplo, já se atentou às benesses da segurança de contratar com bons pagadores, ou seja, de se ter um cadastro positivo de consumidores. Nesse sentido, foi promulgada a Lei nº 12.414/2011, que disciplina a formação e consulta a bancos de dados com informações de adimplemento, de pessoas naturais ou de pessoas jurídicas, para formação de histórico de crédito. Àqueles enquadrados como bons pagadores, nos termos do supracitado diploma normativo, foram concedidos alguns benefícios, tais como a facilitação da obtenção de crédito junto a instituições financeiras.

Nesse mesmo sentido, visando estimular a competitividade das empresas que contratam com o Poder Público de forma sadia, seria relevante diploma normativo que instituísse cadastro positivo de bons fornecedores e prestadores de serviço. Desse modo, aqueles enquadrados no perfil de tal cadastro deveriam ser ranqueados dentro de critérios objetivos, considerando a ausência de penalidades administrativas, cumprimento de prazos avençados em contrato, política de sustentabilidade e certificações, entre outros, sendo publicado *ranking* anual dos prestadores, correspondente ao ano anterior.

A implantação de tal cadastro possibilitaria vantagens para ambas as partes: por um lado, o Estado estimularia a excelência na prestação dos serviços, acirrando a competitividade entre os contratados; por outro, os prestadores de serviço

utilizariam esse *ranking* como prova material da qualidade de seus serviços, o que, possivelmente, implicaria expansão dos negócios e aumento da lucratividade.³⁰

Assim, propõe-se a confecção de legislação apta a instituir a formação e consulta a bancos de dados com informações de bons fornecedores e prestadores de serviço na esfera federal, abrangendo pessoas físicas ou jurídicas, para formação banco de dados com todo o histórico pertinente, em moldes análogos aos das disposições previstas na Lei nº 12.414/2011.

4.2 Da necessidade de implantação do controle da execução dos contratos administrativos por eficiência em empresas públicas e sociedades de economia mista do âmbito federal

Conforme evidenciado no trabalho em tela, hodiernamente, há um grande embate entre *flexibilização* e *controle* na gestão dos contratos administrativos pelo Poder Público. Entretanto, algumas advertências são necessárias.

Em primeiro lugar, cumpre distinguir *administração direta* de *administração indireta*. Com relação à estrutura da Administração Pública na esfera federal, a administração direta compõe-se dos serviços integrados na estrutura administrativa da Presidência da República e Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. Ao seu turno, administração indireta compreende categorias de entidades que possuem personalidade jurídica própria: a) autarquias; b) empresas públicas; c) sociedades de economia mista; e d) fundações públicas.

Com relação à atuação do Poder Público, existem entes cuja missão é a prestação de serviços públicos à sociedade e, do outro lado, entes que funcionam como “agências econômicas do Estado”, porque atuam diretamente no domínio econômico. Nesta última hipótese, encontram-se as empresas públicas e as sociedades de economia mista.

Como é cediço, no plano privado, o objetivo precípua das empresas é auferir lucro. A mesma regra vale para empresas públicas e sociedades de economia mista. Em um mercado altamente competitivo, um modelo excessivamente burocrático de gestão implica um engessamento dos negócios do Estado, especialmente quando se têm por paradigmas empresas privadas, fato relatado em diversas oportunidades nas entrevistas realizadas, especialmente as da Caixa-RS.

³⁰ Nesse sentido, somente a título ilustrativo, a Petrobras já realizou premiação dos melhores fornecedores de bens e serviços da Bacia de Campos, ranqueando-os de acordo com a categoria dos bens fornecidos ou dos serviços prestados (Cf. <<http://fatosedados.blogspot.com.br/2012/11/28/petrobras-premia-os-melhores-fornecedores-de-bens-e-servicos-da-bacia-de-campos/>>. Disponível em: 06 abr. 2013).

Por atuarem no mercado, tais entidades públicas (ou predominantemente públicas, no caso das sociedades de economia mista) possuem objetivos bastante diversos das entidades públicas cuja atribuição é a de prestação de serviços públicos. Prova da relevância de tal distinção consubstancia-se no Decreto nº 2.745/1998, que aprovou o Regulamento do Procedimento Licitatório Simplificado da Petrobras, previsto no art. 67 da Lei nº 9.478/1997.

Essa reforma administrativa ressalta a importância de serem destacadas as características de uma *Administração Pública burocrática*, de modo a diferenciá-la do modelo de *Administração Pública gerencial*. Como bem adverte Christine Oliveira Peter da Silva:

atualmente, é pacífico entre os profissionais das diversas áreas que o problema da capacidade gerencial do Estado é um problema permanente, que ultrapassa a eficiência ou ineficiência dos mandatos que se sucedem nos Governos. É um problema que atinge a todos os cidadãos e está sempre a merecer a devida atenção dos governantes.³¹

Neste sentido, prossegue a autora:

a Administração Pública burocrática nasceu, portanto, da necessidade de desenvolver-se um tipo de administração que partisse não apenas da clara distinção entre o público e o privado, mas também da separação entre o ser político e o administrador público. Desenvolveu-se, portanto, a partir da concepção de uma organização burocrática capitalista, baseada na centralização das decisões, na hierarquia e no princípio da unidade de comando, na estrutura piramidal de poder, no controle passo a passo dos processos administrativos. Consistia, na verdade, em uma burocracia estatal de administradores formados especialmente para desconfiar de tudo e de todos, tendo em vista que a tradição informava que, se assim não fosse, os “fantasmas” do patriarcalismo e do nepotismo poderiam ressuscitar.

Já a Administração Pública gerencial surgiu tendo por fundamento uma concepção de Estado e de sociedade democrática e plural, que pensa na sociedade como um campo de conflitos e incertezas, na qual os cidadãos defendem seus interesses e afirmam suas posições ideológicas. Neste modelo de Administração Pública, as concepções da sociedade devem ser levadas em conta para que seus interesses sejam respeitados pelo Estado.³²

Na atual sistemática legislativa, a gestão da execução dos contratos administrativos pelo Poder Público é eminentemente repressiva. Além disso, uma

³¹ SILVA, Christiane O. da. A reforma administrativa e a Emenda nº 19/98: uma análise panorâmica. *Revista Jurídica Virtual*, Brasília, v. 1, n. 1, p. 1, maio 1999.

³² SILVA, Christiane O. da. A reforma administrativa e a Emenda nº 19/98: uma análise panorâmica. *Revista Jurídica Virtual*, Brasília, v. 1, n. 1, p. 9, maio 1999.

grande quantidade de tempo é despendida por servidores durante todo o tramitar dos processos administrativos para aplicação de penalidade, somente para citar algumas das graves consequências do sistema de Administração Pública burocrática. Tais impactos são ainda mais sentidos nas entidades públicas que atuam no setor econômico.

Importante frisar que já existe dispositivo que autoriza tais inovações no que se refere a empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, §1º, III, da CF (instituído pela EC nº 19/98), necessitando, tão somente, de regulamentação infraconstitucional.

Diante do exposto, propõe-se a elaboração de um diploma normativo que venha a instituir um sistema simplificado de licitação e gerenciamento de contratos administrativos para as empresas públicas e sociedades de economia mista federais, de modo análogo ao que já ocorreu na Petrobras, conforme exposição acima. Concretizando um modelo adequado às peculiaridades das atividades exercidas por tais entes, qual seja, o modelo de Administração Pública gerencial, tendo a “confiança” e a liberdade na gestão da execução dos contratos administrativos como regra, e não como exceção — tal como ocorre hoje — conferindo maior celeridade para acompanhar a evolução do mercado e visando a ampliação dos negócios, por meio de um controle essencialmente por resultados, com base no que fora avençado nos instrumentos contratuais.

4.3 Da necessidade de criação de um Sistema Único Informatizado de Gestão da Execução de Contratos (Suigec)

Conforme salientado, boa parte da dificuldade de acesso a informações relativas à gestão dos contratos administrativos reside na ausência ou insuficiência de um banco de dados que contemple recursos tecnológicos suficientemente aptos à sistematização e controle das etapas de execução.

Por muitas vezes, a ausência de transparência na gestão dos contratos administrativos inviabiliza uma atuação plural e multinível dos atores sociais, tais como Ministério Público, Tribunal de Contas da União, Controladoria-Geral da União, entre outros, sendo a fiscalização aferida, em diversas oportunidades, somente após a conclusão dos contratos.

Assim, havendo um sistema único federal que contemple informações atualizadas da gestão de contratos administrativos, é possível, por meio de uma fiscalização em tempo real, antecipar diversas irregularidades contratuais na execução dos contratos. E ainda, sendo esse banco de dados centralizado, facilitaria o acesso público — estando em perfeita harmonia com a lei de transparência. Nesse

sentido, poderiam ser disponibilizados acessos em três modalidades de usuário: *geral*, *responsável pela imputação* e *fiscal*, representando, respectivamente, sociedade civil, agentes das organizações públicas responsáveis pela gestão da execução de contratos administrativos e entidades com poder-dever de fiscalização previstos em lei, estabelecendo, assim, diferentes níveis de acesso às informações do banco de dados.

Ante o exposto, propõe-se que, por meio de legislação, seja implantado o Sistema Único Informatizado de Gestão de Contratos (Suigec), criando departamento específico para gerir este banco de dados e determinando prazo para que as entidades da Administração Pública sejam adequadas às novas diretrizes.

5 Conclusão

A pesquisa apresentada à Secretaria de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça do Brasil teve como escopo a realização de pesquisa acerca da gestão da execução dos contratos administrativos pela Administração Pública federal, de modo que, a partir do quadro atual detectado, fosse possível sanar as deficiências, tornando a gestão pública mais eficiente. Como instrumentos de investigação, foram verificados diversos contratos administrativos da Caixa-RS, Infraero-RS e Fiocruz-BA.

Após levantamento qualitativo e quantitativo, as principais falhas detectadas foram: falta de flexibilidade no processo de contratação; baixa capacidade de monitoramento e fiscalização; ausência de sistemas informatizados adequados para acompanhamento dos contratos; altos custos envolvidos na aplicação das sanções administrativas; e baixo nível de incentivos para inovação. Frente a este quadro, extraem-se quatro eixos centrais de discussão teórica, com as principais falhas verificadas, com o intuito de propor melhorias operacionais ao modelo atual de gestão da execução de contratos administrativos:

1. Interpretação da legislação vigente de forma assistemática por parte dos gestores públicos, em desatenção aos princípios constitucionais que regem a Administração Pública;
2. Deficiências na fiscalização da execução dos contratos administrativos, tanto em virtude de pessoal quanto pela insuficiência de infraestrutura para um adequado gerenciamento, contrariando disposições legais já existentes;
3. Reduzida flexibilidade nas contratações e na gestão da execução dos contratos administrativos, quando relacionada ao nível de controle adotado;
4. Carência de modelos eficientistas na Administração Pública.

Diante disso, foram apresentadas algumas propostas, visando o aperfeiçoamento da gestão da execução de contratos administrativos. No que tange ao *eixo I*, propõe-se uma conscientização dos agentes públicos acerca da moderna concepção

do direito fundamental à boa administração,³³ sendo estes, também, guardiães dos princípios constitucionais.

Com relação ao *eixo II*, sugere-se a realização de treinamentos periódicos com fiscais de execução de contratos administrativos, de modo a detalhar minuciosamente as determinações legais aplicáveis, para que o conhecimento seja renovado.

Quanto ao *eixo III*, propõe-se que os servidores recebam treinamento e cursos de reciclagem periódicos, objetivando: a) o apreço pela dialogicidade com o contratado, assegurando-lhe o contraditório e a ampla defesa em caso de suposta irregularidade; b) incorporação da noção de legalidade temperada, ou seja, sem a absolutização irrefletida das regras e zelando pelos princípios constitucionais; e c) conscientização da necessidade de atuação eficiente e eficaz, além de econômica e teleologicamente responsável, bem como redutora de conflitos intertemporais, que só elevam os custos transacionais, seja pelo dispêndio de tempo dos servidores ou, simplesmente, pelo dispêndio de recursos.

No tocante ao *eixo IV*, propõe-se: (i) a manutenção dos mesmos percentuais de lucratividade definidos no contrato, de modo a impedir que a empresa contratada tenha prejuízos ou ganhos não previstos quando da celebração contratual; (ii) o constante acompanhamento dos principais indicadores que apontam a eficiência ou não de determinadas práticas adotadas pelas empresas contratadas e pela própria Administração, possibilitando que desvios e irregularidades sejam evitados, bem como que boas práticas sejam otimizadas ou estendidas para outros setores da Administração ou mesmo da empresa contratada; e (iii) a criação de medidas repressivas mais efetivas, pois, conforme vimos em várias situações, o valor das multas e a morosidade na sua aplicação acabam fazendo o concessionário crer que é mais lucrativo pagar a multa e seguir cometendo as mesmas irregularidades, ao invés de adotar práticas adequadas ao bom cumprimento do contrato.

No que tange às propostas legislativas de aperfeiçoamento do atual modelo de gestão da execução de contratos administrativos pelo Poder Público, conforme exposto, em síntese, sugere-se:

1. *A criação de cadastro de bons fornecedores (cadastro positivo);*
2. *Implantação de regime licitatório diferenciado para empresas públicas e sociedades de economia mista;*
3. *Criação do Sistema Único Informatizado de Gestão da Execução de Contratos (Suigec).*

³³ Nesse panorama, o direito fundamental à boa administração revela-se um novo perfil de cidadania: “tende o cidadão (não simples ‘administrado’) a ser proativo e protagonista, menos passivo e súdito, nas relações administrativas agora processualizadas, cobrando soluções técnicas e razoáveis” (FREITAS, Juarez. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 45-46).

Propõe-se, ainda, um maior controle de execução, inclusive com aplicação de penalidade administrativa consubstanciada em lei, caso o servidor não a cumpra em sua integralidade.

Enfim, o presente trabalho procurou esboçar possíveis caminhos para os principais problemas encontrados na investigação relacionados à gestão da execução dos contratos administrativos pelo Poder Público, sem pretensão de esgotar tema tão rico e vasto.

Administrative Contracts and Public Management – Propositions from Case Studies in the Indirect Federal Administration

Abstract: This article has the purpose to present to the scientific community, in synthetic form, the results of a research, realized due to the selection promoted by the Ministry of Justice, Project “Pensando o Direito” – Project BRA 07/004, entitled “Management of the execution of public contracts by the Government”, developed through a partnership formed between this institution, Unisinos and the Federal University of Bahia (UFBA). The overall objective of this study was to analyze mechanisms for managing the execution of public contracts by the Federal Public Administration indirect, such as inspection, quality control and deadlines, application of legal and administrative sanctions and promoting transparency so that, from diagnostics detected, it was possible to present creative solutions to deal with the problems identified.

Key words: Federal Public Administration. Management of Administrative Contracts. Efficiency. Models of Private Management. Project “Pensando o Direito”.

Referências

BRASIL. Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. *País apresenta sistema de compras governamentais em feira de tecnologia na Alemanha*. Disponível em: <<http://rf-brasil.jusbrasil.com.br/politica/8458121/pais-apresenta-sistema-de-compras-governamentais-em-feira-de-tecnologia-na-alemanha>>. Acesso em: 30 dez. 2013.

CABRAL, Sandro; LAZZARINI, Sérgio G.; AZEVEDO, Paulo F. Private Operation with Public Supervision: Evidence of Hybrid Modes of Governance in Prisons. *Public Choice*, Norwell, v. 145, n. 1, p. 281-193, 2010.

CRESWELL, John W. *Qualitative inquiry and research design: choosing among five traditions*. Thousand Oaks: Sage Publications, 1998.

DALEN, Dag M.; MOEN, Espen R.; RIIS, Christian. Contract renewal and incentives in public procurement. *International Journal of Industrial Organization*, Philadelphia, v. 24, n. 2, p. 269-285, mar. 2006.

FATOS E DADOS. *Petrobras premia os melhores fornecedores de bens e serviços da bacia de Campos*. Disponível em: <<http://fatosedados.blogspot.com.br/2012/11/28/petrobras-premia-os-melhores-fornecedores-de-bens-e-servicos-da-bacia-de-campos/>>. Acesso em: 06 abr. 2013.

FERNANDES JR., Ottoni; FURTADO, Clarissa. Políticas Públicas: o poder de compra do Governo. *Desafios do Desenvolvimento*, ano 2, n. 10, maio 2005. Disponível em: <http://desafios.ipea.gov.br/index.php?option=com_content&view=article&id=885:reportagens-materias&Itemid=39>. Acesso em: 30 dez. 2013.

FIUZA, Eduardo P. S. O Regime Diferenciado de Contratações Públicas e a agenda perdida das compras públicas. *Radar: Tecnologia, Produção e Comércio Exterior*, n. 19, p. 7-20, abr. 2012. Disponível em: <http://www.defesanet.com.br/docs1/ipea_radar19.pdf>. Acesso: jan. 2013.

FREITAS, Juez. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

HART, Oliver; SHLEIFER, Andrei; VISHNY, Robert W. The Proper Scope of Government: Theory and an Application to Prisons. *Quarterly Journal of Economics*, Cambridge, v. 112, n. 4, p. 1127-1161, nov. 1997.

LIMBERGER, Têmis *et al.* *Gestão da execução de contratos administrativos pelo Poder Público*. Brasília: Secretaria de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça do Brasil, 2013. (Série Pensando o Direito, v. 49). Disponível em: <<http://participacao.mj.gov.br/pensandoodireito/wp-content/uploads/2013/11/Volume-49-II-UNISINOS-Contratos-Administrativos.pdf>>. Acesso em: 30 dez. 2013.

LYOTARD, Jean-François. *La condition postmodern*. Paris: Les Éditions de Minuit, 1979.

SILVA, Christiane O. da. A reforma administrativa e a Emenda nº 19/98: uma análise panorâmica. *Revista Jurídica Virtual*, Brasília, v. 1, n. 1, maio 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_01/Reforma%20Administrativa.htm>. Acesso em: 07 abr. 2013.

SIMON, H. A. A Formal Theory of the Employment Relationship. *Econometrica*, Amsterdam, v. 19, n. 3, p. 293-305, jul. 1951.

SPAGNOLO, Giancarlo. Reputation, Competition, and Entry in Procurement. *International Journal of Industrial Organization*, v. 30, n. 3, p. 291-296, 2012.

TADELIS, Steven. Public procurement design: Lessons from the private sector. *International Journal of Industrial Organization*, v. 30, n. 3, p. 297-302, 2012.

WILLIAMSON, O. E. *The economics institutions of capitalism*. London: Free Press, 1985.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

LIMBERGER, Têmis; TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski; ABREU, Mateus Barbosa Gomes. Contratos administrativos e gestão pública: proposições a partir de estudos de casos na Administração Pública federal indireta. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 14, n. 58, p. 155-176, out./dez. 2014.

Recebido em: 29.04.2014

Aprovado em: 23.07.2014