PARA UM USO DOS CONTRATOS PÚBLICOS COMO INSTRUMENTO INDUTOR DO DESENVOLVIMENTO NACIONAL SUSTENTÁVEL: três mudanças necessárias no sistema brasileiro de compras públicas

TOWARDS THE USE OF PUBLIC PROCUREMENT AS AN INSTRUMENT TO INDUCE SUSTAINABLE NATIONAL DEVELOPMENT: three necessary changes in the Brazilian public procurement system

Recebimento em 27/12/2020

Aceito em 07/02/2021

Ednaldo Silva Ferreira Júnior¹

RESUMO

Os contratos públicos têm, cada vez mais, sido observados como um importante instrumento para a efetivação de políticas públicas. Partindo deste pressuposto, o presente artigo apresenta três mudanças fundamentais para uma boa instrumentalização das compras governamentais brasileiras: uma limitação do uso do preço como critério de julgamento; a criação de uma central de compras, bem como de uma autoridade reguladora; um permanente monitoramento das efetivas potencialidades dos contratos públicos brasileiros. Para tanto, o escrito parte essencialmente de revisão bibliográfica nacional e estrangeira para fundamentar a essencialidade de tais mudanças.

Palavras-chave: Contratação pública. Desenvolvimento sustentável. Centralização. Governança.

ABSTRACT

Public procurement have been observed as an important instrument for the implementation of public policies. Based on this presupposes, this article presents three fundamental changes for a good instrumentalization of Brazilian public procurement: a limitation on the use of price as a criterion for judgment; the creation of a purchasing center, as well as a regulatory authority; a permanent monitoring of the effective potential of Brazilian public contracts. To this end, the text use national and foreign bibliographic review to substantiate the essentiality of such changes.

¹ Advogado. Mestrando em Direito Administrativo na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito do Recife.

Keywords: Public procurement. Sustainable development. Centralization. Governance

1 INTRODUÇÃO

Como a seguir se demonstrará, com o passar dos dias, a contratação pública tem sido percebida ao redor de todo o globo como uma ferramenta adicional para a promoção de políticas públicas, das mais diversas. Diante deste contexto, cabe então pensar se o sistema brasileiro de compras públicas está apto ao uso estratégico dos contratos governamentais. Por isso, o presente trabalho busca responder ao seguinte problema, “há algo a mudar no sistema de compras públicas brasileiros para permitir o uso dos contratos públicos para a promoção de políticas públicas?”, concluindo pela essencialidade de três mudanças.

Com este fim, o escrito principia por demonstrar a capacidade dos contratos públicos de contribuírem para o desenvolvimento econômico, social e ambiental. Fato que decorre essencialmente da razoável fatia que tais contratos representam do mercado, o que não é diferente no caso brasileiro, onde, em 2017, como se verá, as compras governamentais equivaleram a mais de 15% do PIB.

No capítulo seguinte, é examinado como o critério do preço pode representar um impeditivo a um uso estratégico da capacidade dos contratos públicos. Isto tanto em decorrência da sua incapacidade de contemplar todos os aspectos relevantes para um uso estratégico das compras, quanto em função de constituir um eventual dificultador do uso de outros critérios de julgamento, mais aptos à instrumentalização dos contratos. Estas razões recomendariam uma limitação do uso do menor preço como critério de julgamento.

Após se analisa a utilidade de uma central de compras, bem como da existência de uma autoridade reguladora das compras públicas, como forma de garantir ganhos de escala e um maior impacto às políticas públicas que se pretenda desenvolver, o que seria mais uma mudança necessária no sistema de compras públicas nacional.

E, por fim, trata o artigo da necessidade de uma permanente revisão das políticas públicas que se pretenda efetivar, com o fim de garantir certa eficiência na instrumentalização das compras governamentais. O que constituiria uma outra mudança necessária no sistema de contratações públicas nacional, dada a multiplicidade de políticas que este tenta efetivar, muitas vezes sem o devido acompanhamento da sua eficácia.

Para a abordagem dos problemas mencionados e na obtenção das conclusões mencionadas o autor valeu-se, sobretudo, da revisão de bibliografia nacional e estrangeira mediante aplicação do método hipotético-dedutivo.

Sendo o que havia para introduzir, torna-se possível ingressar propriamente no tema abordado pelo escrito.

2 DA INSTRUMENTALIZAÇÃO DAS COMPRAS PÚBLICAS

A cada dia que passa torna-se mais perceptível que o Estado é um importante comprador não só nos mercados internacionais, mas também nos mercados nacionais e regionais. Na União Europeia, por exemplo, estima-se que os valores gastos em compras públicas representam 19% do produto interno bruto (PIB) do bloco econômico, compreendendo o montante de 2,4 trilhões de euros (CERNAT; KUTLINA-DIMITROVA, 2015, p. 2). O que, ressalte-se, não é um cenário exclusivo das economias desenvolvidas. No Brasil, por exemplo, país em desenvolvimento, calcula-se que as compras públicas, em 2017, corresponderam a mais de 15% do PIB (OCDE, 2019, p. 135), ou seja, superando a marca dos 990 bilhões de reais². E este caráter global da importância das compras públicas fica ainda mais evidente quando conhecemos as estatísticas da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), cujos membros, bastante diversos, revelam uma média de gasto de 11,8% dos seus respectivos PIBs na contratação pública, existindo países membros que gastam muito mais do que esse percentual, como os Países Baixos, que despenderam aproximadamente 20% do seu PIB em procedimentos públicos de compras no ano de 2017 (OCDE, 2019, p. 135).

E com a constatação de tal importância, advém diversas reflexões sobre como o Estado se comporta enquanto agente econômico e sobre como exerce as potencialidades de tamanho poder de compra. Isto porque tão alto volume de compras públicas, em primeiro lugar, acaba por ser um indício de que as operações econômicas envolvidas na celebração de contratos públicos representam importante fatia dos mercados que o próprio Estado visa regular, não podendo o mesmo ignorar a vocação do contrato como um meio de regulação complementar. Definindo políticas de compras minimamente uniformes, o Estado pode reforçar algumas de suas próprias políticas regulatórias, sendo capaz de gerar benefícios já perseguidos por estas, através da simples execução do contrato. Estima-se, por exemplo, que, apenas com a compra de computadores mais eficientes energeticamente por estados membros da União Europeia, se

² Montante calculado de acordo com o PIB divulgado pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) para o ano de 2017, que foi, aproximadamente, R\$ 6,6 trilhões de reais.

obteria uma redução na emissão de CO₂ em quantidade equivalente às emissões de 101.503 pessoas (ICLEI, 2003, p. 03). Ou seja, mediante a simples execução de uma parcela bastante específica dos contratos celebrados, o Estado colaboraria de forma considerável na persecução de um objetivo ecológico que já é objeto de outras legislações e instituições regulatórias. O contrato celebrado pela Administração Pública surge, assim, como um instrumento de “*soft power*”, o qual, em que pese as suas limitações, não pode ser ignorado como um meio de regulação complementar (BECKERS, 2016, p. 206-229).

Além disso, dada a compra de grandes volumes, e muitas vezes de produtos relativamente padronizados, sem especificidades técnicas muito diferenciadoras, os entes públicos são inquestionavelmente compradores fortes, dotados de um alto poder de barganha (PORTER, 2004, p. 26-28), capaz de influenciar o comportamento dos agentes econômicos privados, mesmo fora da relação contratual, como, por exemplo, induzindo a modificarem os bens e serviços que fornecem como forma de acessar tão volumoso mercado público. Razão pela qual fala-se também em benefícios externos à própria execução do contrato.

É por tudo isto que muitos autores falam em função regulatória da contratação pública (FERRAZ, 2009, p. 133-142), em contratação pública estratégica (CARVALHO, 2019, p. 50-60), contratação pública sustentável (GUIMARÃES; MOREIRA, 2015, pp. 106-109), ou interpretam a contratação pública como uma política pública (MUÑOZ, 2013, p. 31-44). No cerne de todas estas denominações está o amplo reconhecimento de que as compras públicas são hoje uma autêntica ferramenta regulatória, capaz de influenciar o comportamento de agentes privados em benefício de fins coletivos que ultrapassam a própria aquisição de bens e serviços (GONÇALVES, 2018, p. 337-346).

Neste contexto, surgem diversas discussões sobre como efetivar políticas econômicas, sociais e ambientais através da contratação pública (ARROWSMITH; KUNZLIK, 2009).

Sob a ótica ambiental, afirma-se, por exemplo, a possibilidade de os sistemas de compras públicas incentivarem a produção de novos produtos, serviços e técnicas de produção alinhados às preocupações ambientais; bem como de garantirem um consumo de recursos sustentável por parte da própria Administração Pública; ou ainda influenciarem agentes econômicos privados a atuarem de acordo com políticas ambientalmente sustentáveis (PERNAS, 2011, p. 28).

Já do ponto de vista social, se reconhece a capacidade dos contratos públicos de: proteger grupos socialmente vulneráveis, como minorias étnicas ou trabalhadores (MCCRUDEN, 2004, pp. 257-267); colaborar na preservação de ativos importantes na formação do capital social da comunidade (ROSSETTI, 2017, p. 123-124); ou atuar como instrumento de política internacional

em prol de questões sociais, como a defesa dos direitos humanos (MCCRUDDEN, 2007, p. 90-92).

Por sua vez, em relação ao desenvolvimento de políticas econômicas, os contratos públicos podem servir para incentivar o desenvolvimento, ou até a sobrevivência, de agentes econômicos considerados estratégicos, de forma que, a título de exemplo, é amplamente utilizado ao redor do mundo o favorecimento de empresas de menor porte – não fugindo à regra o Brasil (MARRARA; RECCHIA, 2017, p. 118-139) –, bem como de agentes econômicos nacionais, o que é mais comum em países ainda em fase de desenvolvimento, como forma de promover a substituição das importações (TAYLOR; YÜLEK, 2012).

Neste sentido, torna-se crucial que o Brasil atente para o potencial estratégico dos seus contratos públicos, visto constituírem ferramentas úteis para o seu desenvolvimento sustentável, este entendido nas suas três dimensões (ambiental, social e econômica). O que se torna ainda mais necessário no atual contexto, em que se argumenta a impossibilidade de maiores gastos com investimentos públicos: é preciso potencializar ao máximo todos os recursos que são despendidos pela Administração pública em prol deste objetivo de atingir o desenvolvimento nacional sustentável.

Todavia, para um eficiente uso dos contratos públicos como um instrumento estratégico, é necessário reformar o atual sistema brasileiro de compras governamentais, com vista a superar algumas limitações que, hoje, impedem um uso eficiente das compras públicas como ferramenta para implementar políticas públicas. De forma que passamos a expor três mudanças que nos parecem fundamentais.

3 LIMITAÇÃO DO USO DO PREÇO COMO ÚNICO CRITÉRIO PARA JULGAMENTO DAS PROPOSTAS

De início, é preciso notar que o critério do preço é absolutamente incapaz de garantir uma instrumentalização das compras governamentais. Isto porque diferentes aspectos relevantes para definir se um produto ou serviço é aliado no desenvolvimento nacional passam ao largo do preço, como por exemplo saber se o produto ou serviço emprega mão de obra nacional na sua confecção e/ou prestação. E, algumas vezes, guiar-se exclusivamente pelo preço pode contribuir para, na verdade, afastar produtos e serviços que são aliados do desenvolvimento nacional sustentável. Produtos e serviços ambientalmente sustentáveis, por exemplo, podem, por vezes,

ter um elevado preço de aquisição³, pouco competitivo em relação a produtos que não estejam alinhados com um uso ecologicamente responsável dos recursos.

Já se pensarmos nos procedimentos de contratação guiados por critérios qualitativos, seja a qualidade o único critério ou esteja ele conjugado ao preço, torna-se possível incluir na definição do vencedor a consideração de aspectos do produto ou serviço relevantes para o desenvolvimento nacional. Tais aspectos podem ser incluídos entre os traços qualitativos a avaliar mediante um sistema de pontos, por exemplo, atribuindo-se diferentes pontuações em razão da relevância daquele elemento para o desenvolvimento nacional sustentável (ROSSETTI, 2017, p. 171-174).

Desta forma, realizar contratações baseadas exclusivamente no preço representa um desperdício das potencialidades dos contratos licitados, de forma que deve ser algo evitado pelos entes públicos. A contratação com base no preço deve ser restrita a objetos altamente padronizados, que impedem, ou diminuem a ponto de quase impedir, análises de qualidade (WIESBROCK, 2016, p. 92), ou para aqueles em que o próprio mercado já absorveu parâmetros de sustentabilidade, em virtude de exigência legal ou demanda dos consumidores, por exemplo.

E, mesmo quando houver a contratação baseada exclusivamente no preço, torna-se essencial que ao preço de aquisição sejam somados os custos indiretos – que compreendem os custos relacionados ao gozo do objeto adquirido –, bem como sejam internalizadas no preço as externalidades causadas pela eventual contratação (FREITAS, 2011, p. 15-35). Para tanto, ferramenta essencial é o conceito de ciclo de vida: através de uma observação pormenorizada de todas as etapas da vida do objeto a adquirir é possível identificar de forma mais acurada os custos indiretos e as eventuais externalidades, com vista a dimensionar o seu impacto sobre o preço final do objeto da aquisição. Sendo certo que tal tipo de exame é extremamente contingencial, pois variável a depender da natureza do objeto, bem como do próprio contexto social em que o contrato se insere, de forma que as características a serem ponderadas só poderão ser definidas à luz do caso concreto (AZEVEDO, 2018, p. 84-85).

Tal temática, inclusive, foi objeto de debate recente na União Europeia. O texto da Diretiva 2014/24/EU, que trata da celebração de contratos públicos no âmbito do mercado comum europeu, ao fim e ao cabo, continuou a permitir a contratação com base exclusivamente no preço (RAIMUNDO, 2013, p. 51-53). Todavia, registrou uma certa mudança de entendimento em torno da matéria, visto que o Parlamento Europeu, ao final vencido, vinha defendendo a

³ Reitere-se: preço de aquisição. Isto porque não é incomum que, nos produtos sustentáveis, o maior preço de aquisição acabe por ser absorvido durante o uso do produto ou serviço (ALMEIDA; COELHO, 2016, p. 275-276), cujo gozo se revela menos custoso a longo prazo do que o dos produtos e serviços não sustentáveis.

necessidade de superar a adjudicação baseada apenas no preço, passando-se a adotar critérios de adjudicação que necessariamente conciliassem a análise do preço com a ponderação de aspectos qualitativos, como forma de concretizar políticas públicas através das compras governamentais (ALMEIDA, 2016, p. 117-120).

Assim, é preciso que a legislação brasileira seja alterada com vista a limitar o uso exclusivo do preço enquanto critério para julgamento das propostas, somente o permitindo de forma excepcional, para casos como os acima enumerados: para objetos altamente padronizados ou aqueles em que os aspectos relevantes para o desenvolvimento nacional já tenham sido absorvidos pelo mercado.

Reforçamos a necessidade de mudança legislativa porque não cabe pensar que este é um problema que se resolverá com mera conscientização dos entes licitantes e formação dos seus quadros de funcionários. Estudos (BRAMMER; WALKER, 2011, p. 452-476) revelam que entre os principais motivos da não adoção de critérios sustentáveis nas licitações está o esforço adicional de justificar o pagamento de preços de aquisição superiores, tanto em sua dimensão política, para eventuais eleitores cada vez mais atentos aos gastos públicos, quanto em sua dimensão administrativa, para órgãos de controle interno. Enquanto isso o desconhecimento do uso instrumental das compras é dos motivos menos citados entre entrevistados. Ou seja, o problema não está em os entes licitantes conhecerem a viabilidade de instrumentalização dos contratos públicos. Na verdade, o problema está a dificuldade de justificar eventuais preços de aquisição superiores. Desta forma, alterando-se a legislação, este esforço adicional já não existiria, pois o pagamento de preços de aquisição eventualmente superiores não seria uma escolha do ente licitante, mas uma consequência natural da aplicação dos critérios de qualidade, impostos pela legislação.

O que não significa, ressalte-se, que o julgamento das propostas baseado em outros critérios que não apenas no preço tenha apenas benefícios. Como qualquer medida, esta não é perfeita, possuindo também ônus e riscos, aos quais os entes contratantes deverão estar atentos.

Ao pensar nos aspectos qualitativos a avaliar, por exemplo, tenderá a ser mais proveitoso focar nos resultados que se pretende alcançar, deixando aos licitantes a tarefa de encontrar os meios mais eficientes para atingir aqueles objetivos (ARROWSMITH, 2009, p. 145). Assim, se a Administração pretende que a execução do contrato empregue desempregados há longo período, com o fim de promover um desenvolvimento social, tenderá ser mais útil simplesmente fixar o percentual dos funcionários envolvidos na execução do contrato que deverão se encaixar em tal categoria, deixando a cargo do concorrente indicar os meios pelos quais pretende atingi-lo, ao

invés de determinar os cargos e ou fases de execução do contrato em que tais trabalhadores deverão ser empregues.

Além disso, os aspectos a avaliar, bem como todos os critérios envolvidos no cálculo da pontuação, precisam estar objetiva e claramente identificados. Para além da ausência de transparência e eventuais imprecisões carregarem consigo o natural risco de ampliar a litigiosidade e, por consequência, os custos de transação envolvidos no procedimento de compra, o amplo conhecimento dos licitantes acerca dos critérios de avaliação torna-se importante para que estes possam apresentar uma proposta que efetivamente satisfaça as necessidades do ente público contratante (ALMEIDA, 2015, p. 293-297). Imaginemos, por exemplo, que um determinado procedimento de contratação vá ser adjudicado com base tanto no preço, quanto na qualidade. Então, para oferecer a proposta mais fidedigna à necessidade do contratante, o concorrente precisará saber, entre outras coisas, os respectivos pesos dados aos critérios qualidade e preço na função matemática que determinará o vencedor: se não souber que a qualidade tem peso 8 em face de um peso 2 para o preço, por exemplo, o concorrente pode vir a oferecer um objeto de qualidade inferior em detrimento de outro objeto melhor, mas mais caro, apenas por receio de o preço ter grande importância no julgamento das propostas, quando, na realidade, o principal desejo do contratante relacionava-se com a qualidade, como demonstram os pesos dados na função matemática que determinará o vencedor.

Por fim, a consideração de outros aspectos para além do preço poderá levar a um aumento dos custos de transação (GUIMARÃES; MOREIRA, 2015, p.120-122) das compras públicas, por aumentar a necessidade de procedimentos (ARROWSMITH, 2009, p. 129), como ao eventualmente tornar mais complexa a fase preparatória e/ou o julgamento das propostas. E o amortecimento desta tendência de custos de transação maiores está relacionado justamente com a segunda mudança que mencionaremos.

4 A NECESSIDADE DE CENTRALIZAR E AGREGAR AS COMPRAS PÚBLICAS, BEM COMO DE CRIAR UMA AUTORIDADE REGULADORA DAS COMPRAS GOVERNAMENTAIS

As compras públicas no Brasil são eminentemente descentralizadas. Em que pese a existência de ferramentas legais que permitem a agregação de compras, como é o sistema de registro de preços, o comum é haver uma multiplicidade de procedimentos licitatórios, promovidos de forma assistemática e muitas vezes referentes a órgãos que, embora

diferentes, pertencem a um mesmo ente político (MOREIRA; RIBEIRO, 2019, p. 58-59). Para além disso, o Brasil não possui nenhuma agência central de compras, tampouco uma autoridade reguladora da matéria, na contramão do que tem sido a tendência no mundo ocidental desenvolvido nos últimos anos (FIUZA, 2015, p. 148-149 e 157-163).

E, se esta já é uma postura por si só equivocada, torna-se ainda mais prejudicial caso se pretenda instrumentalizar os contratos públicos em prol do desenvolvimento nacional sustentável.

Primeiramente, porque a centralização e a agregação das compras são uma ferramenta extremamente útil para contrabalancear o risco de aumento dos custos de que falamos mais acima. Isto porque colaboram para uma redução tanto dos preços de aquisição, dado o potencial de tais métodos de compras para gerar economias de escala (BARKI; SILVA, 2012, p. 157-175), quanto dos custos de transação envolvidos na instrumentalização dos contratos, visto que a concentração dos recursos humanos facilita a sua capacitação, bem como a gestão de informação (FIUZA, 2015, p. 154 e 156).

Depois, a centralização e agregação são essenciais para uma instrumentalização eficiente dos contratos públicos. A unificação de vários procedimentos em um número inferior é imprescindível para promover uma padronização de critérios sustentáveis, a qual não terá lugar se as demandas contratuais forem satisfeitas de forma pulverizada, garantindo assim um maior impacto ao uso estratégico das compras governamentais (MOREIRA; RIBEIRO, 2019, p. 70). Mais, a centralização dos dados acerca destes procedimentos de compras, bem como sobre o sucesso ou insucesso na implementação de políticas públicas, facilita a compreensão sistemática do uso estratégico dos contratos, colaborando para o aprimoramento das políticas públicas implementadas.

Por fim, o uso estratégico das compras governamentais adiciona complexidade à gestão dos contratos, pois inclui, desde o seu planejamento até a sua plena execução, problemáticas que antes não tinham lugar, passando a exigir mais dos entes contratantes (EUROPEAN UNION, 2011, p. 16). De forma que a criação de uma autoridade reguladora, dotada de poder normativo, pode ser relevante para neutralizar esta complexidade adicional mediante a edição de atos normativos que prescrevam parâmetros de desenvolvimento sustentável, bem como os procedimentos a adotar pelas entidades contratantes, com o fim de retirar destas a responsabilidade de refletir e escolher quais critérios e procedimentos adotar e quais descartar; o que ainda colabora para evitar uma pulverização de critérios e procedimentos que acabaria por afetar o impacto do uso estratégico dos contratos públicos (SANTOS, 2015, p. 157-181).

Afinal, é natural que órgãos especializados detenham maior capacidade técnica para realizar algumas escolhas, que podem – e devem – ser absorvidas por tais órgãos, poupando entidades licitantes que, pela ausência de profissionalização suficiente, teriam bastante dificuldade na adequada compreensão dos problemas envolvidos na instrumentalização das compras governamentais. Imaginemos o caso brasileiro, por exemplo: certamente uma agência reguladora federal de compras tenderá a possuir mais expertise na instrumentalização dos contratos do que muitas comissões de licitação vinculadas a pequenos municípios interioranos. Não à toa há quem chegue a dizer que uma autoridade terceira destinada a regular o mercado dos contratos públicos é não apenas útil para a instrumentalização dos contratos, mas mesmo essencial (LOUREIRO, 2013, p. 132).

Foi nessa linha que o Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – IPEA, ao elaborar nota técnica sobre a reforma da legislação brasileira atinente às compras públicas, já em 2013, destacou a necessidade de não apenas modernizar as leis que disciplinam os procedimentos de contratação, mas também criar órgãos públicos especializados no âmbito das compras públicas, tal como uma “*agência normativa de compras*”, que, através do seu poder normativo e dotada de um corpo técnico altamente especializado, uniformizaria os procedimentos de contratação, e uma “*agência executiva federal de compras centralizadas*”, a qual seria destinada a garantir e promover a agregação das compras governamentais (FIUZA; MEDEIROS, 2013, p. 43-46).

Assim, é urgente uma certa revisão não apenas da legislação relativa ao iter procedimental das compras governamentais, mas também uma reforma da própria organização institucional brasileira em torno do tema, de forma a alinhar o Brasil com o que tem sido feito pelo mundo ocidental desenvolvido.

5 IDENTIFICAÇÃO DAS POTENCIALIDADES DOS CONTRATOS PÚBLICOS NACIONAIS

Em um sistema de compras instrumentalizado em prol do desenvolvimento sustentável, o ideal seria que cada contrato público fosse capaz de, por si só, desempenhar as mais variadas políticas públicas. Todavia, isto não é possível. Constitui um equívoco pensar que um único contrato será capaz de desempenhar uma ampla variedade de políticas públicas. Como já mencionamos, a integração de políticas públicas nos procedimentos de contratação comumente provoca uma maior complexidade, a qual pode ainda ser acompanhada por um aumento dos custos, sejam eles os custos de transação envolvidos no planejamento e promoção do

procedimento ou os decorrentes de um eventual encarecimento do preço de aquisição. Por isto, não é útil que os entes contratantes pretendam incluir em seus contratos públicos uma ampla variedade de políticas públicas.

Mais útil é sujeitar a integração de políticas públicas a um juízo de eficácia: implementar apenas aquelas políticas públicas em cuja persecução o contrato possa efetivamente colaborar (NIEBUHR, 2015, p. 39-40). Seja porque o contrato tem um alto potencial lesivo, de forma que integrar a política pública pode reduzir ou até mesmo neutralizar tal potencial negativo (pontos de estrangulamento), ou porque o contrato tem um alto potencial benéfico (potenciais externalidades positivas), que não pode ser ignorado. Alguns desses pontos de estrangulamento ou potenciais externalidades positivas, inclusive, são já amplamente conhecidos, em decorrência das experiências acumuladas pela Administração ao longo das suas políticas de compras: por exemplo, no fornecimento de papel, exigir que o mesmo seja reciclado pode se revelar eficiente para reduzir o impacto ambiental; já no fornecimento de iluminação pública, a exigência de fontes limpas pode também reduzir o impacto ambiental ou até mesmo colaborar para o desenvolvimento da indústria verde (ESTORNINHO, 2012, p. 436-437)

Sendo certo que tal juízo de eficácia deve ser aplicado não apenas sob uma ótica individual, observando os contratos públicos e seus procedimentos de contratação de forma isolada, mas também sob uma ótica sistemática, tendo em vista a totalidade das compras a serem realizadas. Tenderá a ser menos eficiente implementar um número demasiado amplo de políticas públicas, mesmo que limitando o número de políticas implementadas em cada contrato: além de diminuir o impacto, dada a diminuição de recursos aplicados em cada política, tal escolha traz consigo uma maior variedade de dados a serem analisados, e, portanto, uma maior complexidade, a qual pode ser prejudicial, tanto do ponto de vista de custos de transação, quanto de gestão e avaliação das políticas aplicadas.

Em síntese: é mais útil implementar um número reduzido de políticas públicas, o fazendo em repetidos contratos, do que implementar um número amplo de políticas, cada uma delas integradas em poucos contratos.

Por isto a implementação de políticas públicas através das compras governamentais deve ser seletiva. É preciso que as entidades contratantes foquem os seus recursos em determinadas políticas, de quantidade reduzida, cujo potencial de colaboração se revela maior. Por mais que o desejo comum seja o de efetivar todas as políticas públicas possíveis, a realidade demonstra que isto é não só pouco útil, mas, na verdade, contra produtivo.

Mas o que queremos dizer com tudo isto? Nossa intenção é alertar para o fato de que uma instrumentalização dos contratos pressupõe que os governos estejam permanentemente

empenhados em identificar estes pontos de estrangulamento, bem como potenciais externalidades positivas, de forma a identificar focos de atuação. O que, se diga desde já, exige um contínuo monitoramento dos contratos celebrados, e, naturalmente, uma frequente avaliação das políticas públicas desempenhadas (BEHN, 2003, p. 586-606), de forma a identificar eventuais políticas ineficientes, potenciais não explorados ou pontos de melhoria.

Todavia, o que ocorreu no Brasil nos últimos anos é o exato oposto: houve uma profusão de legislações visando instrumentalizar as compras públicas para os mais diversos fins (ZAGO, 2018, p. 156-159); para além de ser raro, para não dizer inexistente, o monitoramento da efetivação de tais políticas públicas com o fim de diferenciar as experiências de sucesso, a serem replicadas, daquelas hipóteses legais que não geraram efeitos e merecem ser logo revogadas.

Este, inclusive, é mais um motivo que vem ressaltar a necessidade de uma autoridade reguladora de compras: para uma adequada governança das compras públicas, não basta que cada ente licitante promova individualmente a gestão dos contratos que celebra, afinal, é preciso avaliar mesmo a totalidade dos contratos, medir o desempenho de todos e analisá-los em conjunto, compreendendo-os enquanto elementos de um sistema comum (SANTANA, 2012, p. 1.207-1.217). O permanente monitoramento dos contratos públicos conhece diversos objetivos, estando entre eles alguns que não serão satisfeitos se a governança das compras governamentais estiver reduzida a uma gestão promovida por cada entidade adjudicante isoladamente, como é o caso, por exemplo, da comparação entre eventuais desempenhos diferentes das políticas públicas desenvolvidas em função da localidade geográfica.

Sendo certo, ainda, que a identificação destas potencialidades passa necessariamente pelo exame das peculiaridades nacionais. É verdade que existem algumas potencialidades que são, por assim dizer, comuns a todo o globo. As compras de defesa, por exemplo, têm um altíssimo potencial para colaborar com desenvolvimento tecnológico nacional, sendo a exigência de contrapartidas uma medida reiteradamente praticada ao redor do globo como forma de instrumentalizar as compras governamentais (BRAUER; DUNNER, 2005). Porém, existem potencialidades que vão estar diretamente vinculadas às peculiaridades daquela região.

Um bom exemplo da relevância das peculiaridades locais na formatação de políticas a serem desempenhadas através dos contratos públicos é a União Europeia. Como amplamente sabido, o bloco econômico sofre de uma certa vulnerabilidade energética, isto porque, segundo dados de 2017 (EUROPEAN UNION, 2020), precisou importar mais de metade da energia que consumiu, sendo que a principal parceira, responsável por pouco mais de 1/3 do fornecimento, é a Rússia, país cuja relação com a União Europeia é marcada por certa instabilidade. Nessa linha, não por acaso, em seu documento “Estratégia Europa 2020” (EUROPEAN UNION, 2010), a

comissão europeia enunciou como um dos seus principais objetivos a obtenção de segurança energética, mediante o incentivo à produção de energia através de fontes limpas, com o fim de diminuir as exportações, e um dos meios identificados expressamente pelo documento para incentivar o desenvolvimento desta indústria da energia verde são os contratos públicos.

Ou seja, a União Europeia identificou um problema que tem vivenciado e lhe é peculiar, e, em seguida, refletiu acerca de uma forma de usar as compras governamentais para colaborar na solução do mesmo: utilizando os contratos públicos, o bloco econômico visa fortalecer a demanda por energia verde e incentivar o desenvolvimento do setor, em prol de uma maior independência e segurança energética.

Este é o tipo de exame que o governo brasileiro precisa realizar: pensar os problemas que são próprios da realidade nacional, e refletir acerca da viabilidade de utilizar os contratos públicos para colaborar na sua solução. O que reforça a necessidade de uma autoridade reguladora nacional, que condense os dados das compras governamentais promovidas pelos entes públicos e, dotada de um corpo técnico com expertise, cruze tais informações com as necessidades nacionais e regionais com o fim de identificar formas de solucionar os gargalos que dificultam o desenvolvimento nacional através dos contratos públicos.

6 CONCLUSÃO

Por mais que o desenvolvimento não possa se reduzir a uma abordagem institucional (BRESSER-PEREIRA; GALA, 2010, p. 636-686), é inegável que as instituições, inclusive os institutos legais, possuem um papel de relevância na viabilização do desenvolvimento (COUTINHO, 2013, p. 99-101), por mais que não sejam suficientes.

Nessa linha, o desenvolvimento nacional sustentável deve ser encarado por nós, juristas, como um objetivo permanente na crítica e formação dos institutos legais. Não apenas porque assim o determina a Constituição em diversos dos seus dispositivos, mas porque este deve ser um objetivo natural e permanente da sociedade brasileira como um todo. Sendo necessário, ainda, reforçar a presença do vocábulo sustentável, com o fim de reiterar a necessidade de atrelar ao desenvolvimento econômico o desenvolvimento social e ambiental, cada vez mais urgentes. Afinal, o desenvolvimento já há muito não pode ser visto como mero crescimento econômico (OLIVEIRA, 2002, p. 37-48).

E a formação do sistema econômico de compras públicas não pode fugir deste padrão. Os contratos públicos representam um mercado de extrema relevância, de forma que os entes

públicos precisam refletir sobre como atuam enquanto agentes econômicos, com o fim de garantir que o fazem de forma alinhada com a busca do desenvolvimento. Não à toa, ao redor do globo, diferentes países cada vez mais tomam consciência do papel instrumental das compras governamentais e a exercem de acordo com os seus interesses. E o Brasil precisa fazer o mesmo.

Porém, para tanto, é preciso reformar o sistema de compras brasileiro, que, hoje, possui gargalos que impedem um uso eficiente das compras públicas como instrumento do desenvolvimento nacional sustentável. Neste sentido, ao longo do artigo apontamos três mudanças fundamentais.

A primeira delas é limitar o uso do preço como único critério para julgamento das propostas. A análise exclusivamente do preço passa ao largo de garantir a análise de aspectos relevantes para o desenvolvimento nacional sustentável. Gerando ainda um esforço adicional para os entes licitantes que pretendam instrumentalizar os contratos públicos, pois amplia a necessidade de justificar a eventual adjudicação por preços de aquisição superiores, o qual é apontado como um dos principais motivos de não uso de critérios sustentáveis nas compras públicas. Assim, é preciso que a legislação limite o uso do preço como único critério de avaliação das propostas apenas aos casos em que o objeto seja demasiado padronizado, a ponto de impedir ou tornar quase irrisória uma análise de qualidade, ou àqueles casos em que o mercado já absorveu os aspectos relevantes para o desenvolvimento nacional sustentável.

Depois, é urgente promover a centralização e agregação das compras públicas, bem como criar uma autoridade reguladora federal da matéria. A centralização e agregação das compras governamentais é importante para garantir uma redução dos custos, que será útil para compensar eventuais aumentos dos custos de transação provenientes da instrumentalização dos contratos públicos. Além de colaborar tanto para uma uniformização das políticas públicas implementadas através dos contratos, garantindo um maior impacto. A criação de uma autoridade reguladora, por sua vez, permitirá a edição de atos normativos que prescrevam os critérios de sustentabilidade a adotar em cada contrato, bem como os procedimentos a observar pelos entes licitantes, tarefa que deve ser absorvida por um órgão central, dotado de corpo técnico altamente especializado e conhecedor da generalidade dos contratos celebrados em território nacional, não pelos entes licitantes que, conhecedores apenas das realidades dos seus contratos, podem ainda padecer de déficit na formação técnica especializada dos seus quadros, como é o caso de pequenos municípios interioranos.

Por fim, a implementação de políticas públicas através dos contratos públicos deve ser extremamente seletiva para ser eficaz. Isto torna necessário um permanente e contínuo exame tanto dos contratos celebrados, bem como das políticas desenvolvidas, com vista a identificar

potencialidades e solucionar eventuais defeitos. Sendo ainda preciso que esse monitoramento esteja atento para as peculiaridades nacionais, com vista a alinhar a instrumentalização das compras governamentais com os principais gargalos que dificultam o desenvolvimento nacional sustentável. Necessidades que apenas reforçam a utilidade de órgãos centrais, dotados de alta qualificação técnica, como uma autoridade reguladora, num uso dos contratos públicos como instrumento de política pública.

Todavia, é importante ressaltar que tais mudanças são apenas parte da solução. Inclusive porque a instrumentalização das compras faz surgir novas dinâmicas e riscos. São, portanto, um passo necessário, mas não suficiente para uma instrumentalização eficiente das compras governamentais.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Ana Carla Leite de; COELHO, Angelita de Souza. Contratações públicas sustentáveis e a promoção de uma economia verde e inclusiva. In: BLIACHERIS, Marcos Weiss; SOUZA, Lilian Castro de; VILAC, Teresa (Coord.). **Panorama de licitações sustentáveis – direito e gestão pública**. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

ALMEIDA, Teresa. A relação qualidade ambiental-preço (ou custo) enquanto critério de adjudicação nos contratos públicos. **Boletim de ciências econômicas**, Coimbra, Vol. LVIII, p. 279-334. 2015.

ALMEIDA, Teresa. Critérios de adjudicação – o (novo) conceito de oferta economicamente mais vantajosa. **Revista de Contratos Públicos**, Coimbra, n.º 13, p. 109-142, jul./set. 2016.

ARROWSMITH, Sue. A taxonomy of horizontal policies in public procurement. In: ARROWSMITH, Sue; KUNZLIK, Peter (Coord.). **Social And Environmental Policies In EcProcurement Law**. Cambridge: Cambridge University Press, 2009.

ARROWSMITH, Sue; KUNZLIK, Peter (Coord.). **Social and Enviromental policies in EC Procurement Law**. Cambridge: Cambridge University Press, 2009.

AZEVEDO, Pedro Santos. Apontamentos sobre os custos do ciclo de vida no novo Código dos Contratos Públicos. **Revista de contratos públicos**, Coimbra, n.º 16, p. 71-92, set./dez. 2018.

BARKI, Teresa Villac Pinheiro; SILVA, Renato Cader da. Compras públicas compartilhadas: a prática das licitações sustentáveis. **Revista do Serviço Público**, Brasília, n.º 63, vol. 2, p. 157-175, abr./jun. 2012.

BECKERS, Anna. Using Contractst of urther sustainability? A contract law perspective on sustainable public procurement. In: WIESBROCK, Anja; SJÅFJELL, Beate (Coord.). **Sustainablepublicprocurementunder EU Law**. Cambridge: Cambridge University Press, 2016.

BEHN, Robert D. Why measure performance? Different purposes require different measures. **Publicadministrationreview**, vol. 63, n.º 5, p. 586-606, set./out. 2003.

BRAMMER, Stephen; WALKER, Helen. Sustainable procurement in thepublic sector: an international comparative study. **International journal of operations & production management**, vol. 31, n.º 4, p. 452-476. 2011.

BRAUER, Jurgan; DUNNE, J. Paul (coord.). **Arms trade and economic development**– theory, policy, and cases in arms trade offsets. New York: Routledge, 2005.

BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos; GALA, Paulo. Macroeconomia estruturalista do desenvolvimento. **Revista de Economia Política**, Vol 30, n.º 4, p. 663-686, out./dez. 2010.

CARVALHO, Raquel. **Direito da contratação pública**. Porto: Universidade Católica Editora, 2019.

CERNAT, Lucian; KUTLINA-DIMITROVA, Zornitsa. **International public procurement: froms cant facts to hard data**. Genebra: EuropeanComission, 2015. Disponível em: http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/april/tradoc_153347.pdf. Acesso em: 18 Ago. 2020.

COUTINHO, Diogo R. **Direito, desigualdade e desenvolvimento**. São Paulo: Saraiva, 2013.

ESTORNINHO, Maria João. **Curso de direito dos contratos públicos** – para uma contratação pública sustentável. Coimbra: Almedina, 2012.

EUROPEAN UNION. **Buying social** - a guide to taking account of social considerations in public procurement. Bruxelas: European Commission, 2011. Disponível em: <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/cb70c481-0e29-4040-9be2-c408cddf081f>. Acesso em: 23 Ago. 2020.

EUROPEAN UNION. **Energy production and imports**. Bruxelas: European Commission, 2020. Disponível em: https://ec.europa.eu/eurostat/statisticsexplained/index.php/Energy_production_and_imports#Production_of_primary_energy_decreased_between_2008_and_2018. Acesso em: 29 Ago. 2020.

EUROPEAN UNION. **Europe 2020**: a strategy for smart, sustainable and inclusive growth. Bruxelas: European Commission, 2010. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=celex:52010DC2020>. Acesso em: 13 Abr. 2020.

FERRAZ, Luciano. Função regulatória da licitação. **A&C – Revista de Direito Administrativo e Constitucional**, Belo Horizonte, ano 9, n.º 37, p. 133-142, jul./set. 2009.

FIUZA, Eduardo S. P. Desenho institucional em compras públicas. In: FIUZA, Eduardo S. P.; SALGADO, Helena (Coord.). **Marcos regulatórios no Brasil** – aperfeiçoando a qualidade regulatória. Brasília: IPEA, 2015.

FIUZA, Eduardo S. P.; MEDEIROS, Bernardo Abreu de. **A reforma da Lei 8.666/93 e do arcabouço legal de compras públicas no Brasil**: contribuições do IPEA à consulta pública do senado. Brasília: IPEA, 2013, em especial, mas não apenas, p. 43-46. Disponível em: https://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=20438&Itemid=6. Acesso em: 24 Ago. 2020.

FREITAS, Juarez. Licitações e sustentabilidade: ponderação obrigatória dos custos e benefícios sociais, ambientais e econômicos. **Interesse público**, n.º 70, p. 15-35, nov/dez. 2011.

GONÇALVES, Pedro Costa. **Direito dos contratos públicos**. Coimbra: Almedina, 2018.

GUIMARÃES, Fernando Vernalha; MOREIRA, Egon Bockmann. **A lei geral de licitação – LGL e o regime diferenciado de contratação – RDC**. São Paulo: Malheiros, 2015.

ICLEI. **Eco-procurement – the path to a greener marketplace**. Freiburg: ICLEI, 2003. Disponível em: <https://iclei-europe.org/projects/?c=search&uid=6Alo1Zuw>. Acesso em: 18 Ago. 2019.

LOUREIRO, Joana Mendes Ferreira de Sousa. **A regulação do mercado da contratação pública**. Dissertação de mestrado. Coimbra: Universidade de Coimbra, 2013. Disponível em: <https://eg.uc.pt/bitstream/10316/34784/1/A%20Regulacao%20do%20mercado%20da%20contratacao%20publica.pdf>. Acesso em 24 Ago. 2020.

MARRARA, Thiago; RECCHIA, Paulo Victor. Microempresas (ME) e empresas de pequeno porte (EPP) em licitações: comentários aos meios discriminatórios da LC 123 e suas modificações recentes. **Revista de Direito Público Contemporâneo**, Vol. 01, n.º 1, pp. 118-139, dez. 2017.

MCCRUDDEN, Christopher. **Buying Social Justice: equality, government procurement, and legal change**. Oxford: Oxford University Press, 2007.

MCCRUDDEN, Christopher. Using public procurement to achieve social outcomes. **Natural Resources Forum**, vol. 28, n.º 4, p. 257-267, nov. 2004.

MOREIRA, Egon Bockmann Moreira; RIBEIRO, Leonardo Coelho. Centralização de compras públicas no Brasil. In: RAIMUNDO, Miguel Assis (Coord.). **Centralização e agregação de compras públicas – reflexões sobre uma tendência atual da contratação pública**. Coimbra: Almedina, 2019.

MUÑOZ, Jaime Rodríguez-Araña. La contratación del sector público como política pública. In: GARCÍA, José Pernas (Coord.). **Contratación pública estratégica**. Navarra: Thomson Reuters Aranzadi, 2013.

NIEBUHR, Joel de Menezes. **Licitação pública e contrato administrativo**. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

OCDE. **Government at a glance 2019**. Paris: OCDE Publishing, 2019. Disponível em: https://www.oecd-ilibrary.org/governance/government-at-a-glance-2019_8ccf5c38-en. Acesso em: 18 Ago. 2019.

OLIVEIRA, Gilson Batista de. Uma discussão sobre o conceito de desenvolvimento. **Revista da FAE**, Vol. 5, n.º 2, p. 37-48, mai./ago. 2002.

PERNAS, José Pernas. **Contratación pública verde**. Madrid: La Ley, 2011.

PORTER, Michael E. **Estratégia Competitiva: técnicas para análise de indústrias e da concorrência**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

RAIMUNDO, Miguel Assis. Primeira análise das novas directivas (parte I). **Revista de contratos públicos**, n.º 9, p. 5-57, set./dez. 2013.

RODRIGUES, Nuno Cunha. **A contratação pública como instrumento de política económica**. Coimbra: Almedina, 2013.

ROSSETTI, Suzana M. **Processos de contratação pública e desenvolvimento sustentável**. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

SANTOS, MurilloGiordan. Poder normativo nas licitações sustentáveis. In: SANTOS, MurilloGiordan; VILAC, Teresa (Coord.). **Licitações e contratações públicas sustentáveis**. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

SANTANA, Jair Eduardo. Pensamentos linear-cartesiano, sistêmico e complexo aplicados à governança pública: as aquisições governamentais. **Revista Zênite – informativo de licitações e contratos**, vol. 226, p. 1.207-1.217, dez. 2012.

TAYLOR, Travis K.; YÜLEK, Murat A. (Coord.). **Designing public procurement policy in developing countries**. New York: Springer, 2012.

WIESBROCK, Anja. Socially responsible public procurement: european value or national choice?. In: WIESBROCK, Anja; SJÅFJELL, Beate (Coord.). **Sustainable public procurement under EU Law**. Cambridge: Cambridge University Press, 2016.

ZAGO, Marina Fontão. **Poder de compra estatal como instrumento de políticas públicas?**. Brasília: ENAP, 2018. Disponível em: https://repositorio.enap.gov.br/bitstream/1/4347/1/Livro_Poder_compra_estatal.pdf. Acesso em: 27 Dez. 2020.