

LICITAÇÕES E CONTROLE NAS COMPRAS E CONTRATAÇÕES NAS ENTIDADES PÚBLICAS: PANORAMA NO BRASIL, ORGANISMOS INTERNACIONAIS, COMUNIDADE EUROPEIA E ESTUDO COMPARATIVO ENTRE BRASIL E ESTADOS UNIDOS*.

BIDS AND CONTROL OF PURCHASES AND HIRING IN PUBLIC BRAZILIAN ENTITIES: PANORAMA IN BRAZIL, INTERNATIONAL ORGANIZATIONS, EUROPEAN COMMUNITY AND COMPARATIVE STUDY BETWEEN BRAZIL AND THE UNITED STATES.

Rogério Assunção de Farias¹

José Francisco Ribeiro Filho (Em Memória)²

Sylvana Maria Brandão de Aguiar³

RESUMO

A legislação brasileira de compras e licitações é dotada de alto grau de rigorismo formal e pouco flexível no atendimento das necessidades de agilidade no processo pelos gestores públicos. Percebe-se que em outros países as normas de compras sugerem maior agilidade e flexibilidade que aumentam o poder de decisão dos gestores. O pregão eletrônico surge sendo considerado como a mais eficiente modalidade de licitação e para oferecer maior agilidade, economia e menos burocratização aos certames licitatórios, entre outros aspectos. O objetivo deste artigo é comparar os sistemas de compras do Brasil e dos Estados Unidos e ainda abordar aspectos das licitações e contratos no âmbito da Comunidade Européia e organismos internacionais. Para a realização deste trabalho foram pesquisadas e analisadas Leis, Normas,

* Texto criado a partir de um dos capítulos da dissertação de mestrado intitulada: **”CONTRATAÇÕES PÚBLICAS NO CENÁRIO DE GOVERNANÇA PELA INTERNET: O PREGÃO ELETRÔNICO NA UFPE”**, orientado pelo Professor Doutor José Francisco Ribeiro Filho, e como co-orientadora a Professora Doutora Sylvana Maria Brandão de Aguiar.

¹ Rogério Assunção de Farias tem graduação em Economia pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE); é Especialista em Engenharia da Qualidade pelo Departamento de Engenharia Mecânica do Centro de Tecnologia e Geociências (UFPE) e Especialista em Administração e Marketing (MBA) pelo Departamento de Ciências Administrativas do Centro de Ciências Sociais Aplicadas (UFPE). É Mestre em Gestão Pública pelo Mestrado Profissional em Gestão Pública para o Desenvolvimento do Nordeste (MGP-UFPE). É membro colaborador do corpo docente e Coordenador Financeiro do Mestrado Profissional em Gestão Pública (MGP-UFPE). (Recife, PE/Brasil). E-mail: rogerio.farias@ufpe.br

² José Francisco Ribeiro Filho tem Doutorado em Controladoria e Contabilidade pela Universidade de São Paulo (2002). É Professor adjunto da Universidade Federal de Pernambuco, Docente do Departamento de Ciências Contábeis da UFPE, Docente e Coordenador do Mestrado em Ciências Contábeis da UFPE, Docente e Vice Coordenador do Mestrado Profissional em Gestão Pública para o Desenvolvimento do Nordeste (MGP) da UFPE. (Recife, PE/Brasil). E-mail: francisco.ribeiro@ufpe.br

³ Sylvana Maria Brandão de Aguiar é Doutora em História pela UFPE; Professora do Departamento de História e do Programa de Pós-graduação em História da UFPE; Coordenadora e Professora do Mestrado em Gestão Pública para o Desenvolvimento do Nordeste. Vários Livros e Artigos Publicados; Membro de Associações de Pesquisa Nacionais e Internacionais. (Recife, PE/Brasil). E-mail: brandao.sylvana@gmail.com

Publicações, Resoluções, Decretos e outros normativos. Realizou-se uma pesquisa bibliográfica acerca do tema e utilizou-se estudo comparativo entre as normas de licitações compras entre Brasil e Estados Unidos. Após a análise dos dados, concluiu-se que são comprovadas as melhorias pela eficácia e o avanço das técnicas do pregão eletrônico na área de licitações e finanças no Brasil e que a regulamentação norte-americana, diferente da brasileira é “amigável ao gestor”, no sentido de possibilitar margem de imprevisibilidade e flexibilidade às necessidades da administração pública.

Palavras-chave: Compras; Aquisições; Controle; Administração Pública; Procedimentos.

ABSTRACT

Brazilian legislation about acquisition and bidding has high degree of formal rigor and inflexible in meeting the needs of agility in the process by public managers. It is perceived that standards of purchasing in other countries suggest more agility and flexibility that increases the power of decision makers. The electronic trading appears as the most efficient form of bidding and offer greater flexibility, less bureaucracy and economy in the public purchasing among other things. The purpose of this paper is to compare both Brazil and the United States acquisition system and also address aspects of tenders and contracts within the European Community and international agencies. In order to realize this research were analyzed Laws, Rules, Publications, Resolutions, and other governmental regulations. A bibliographical search about the topic of this paper was conducted as well as a comparative study of the public acquisition between Brazil and the United States. After analyzing the data, we concluded that the improvements are evidenced by the effectiveness of the techniques and the advancement of electronic trading in the area of public purchasing and finance in Brazil and that the U.S. regulations, different from the Brazilian, are "manager friendly", in order to allow room for flexibility and unpredictability to the needs of public administration.

Keywords: Purchasing; Acquisition; Control; Public Administration; Procedures.

1. Introdução

A ingente complexidade da legislação de compras e contratações tem orientado o senso comum, no sentido de caracterização da organização das entidades públicas, como lenta, burocrática, ineficiente, operando com baixa resposta aos desafios da gestão e predominantemente improdutiva. Isto é próprio da legislação Brasileira, exclusivamente?

Este artigo propõe elencar algumas características de nosso sistema normativo, bem como dos Estados Unidos, Organismos Internacionais e da Comunidade Européia, que incidem sobre as diferenças e simetrias - que ora fazem convergir, ora afastam - as entidades públicas do melhor resultado gerencial no que diz respeito às compras e contratações, na perspectiva do controle.

O texto também reúne elementos para apontar a inovadora ferramenta – pregão eletrônico – como exemplo de boa governança pública, por propiciar resultados animadores no modelo na era digital que vivenciamos. E esta nova modalidade surge como paradigma que contradiz o senso comum, uma vez que as compras e contratações, por meio de pregão eletrônico, têm resultado em economicidade, eficiência, eficácia e efetividade nas entidades públicas, com o devido controle.

Na Administração Pública contemporânea, os controles são importantes e estão previstos no arcabouço legal e normativo, devendo ser adotados pelo gestor por meio de uma rotina de planejamento consistente que diminua o risco de serem realizadas ações que desatendam as necessidades das entidades públicas.

O controle e planejamento de uma compra, por exemplo, são tarefas que cumprem um papel de fundamental importância para a formalização do procedimento da contratação e surge como condição imprescindível para o êxito da licitação, que deve pautar-se por critérios de economicidade, eficiência, eficácia e efetividade.

Elos de controle são evidentemente técnicos, mas desempenhados por pessoas; e, com igual incidência no planejamento, as pessoas é que devem ligar-se ao controle, com semelhante propósito de orientar-se pelo longo prazo na busca do melhor resultado. É possível atribuir alguma margem de *empoderamento* às pessoas no exercício de iniciativa, a fim de que os membros de uma equipe de compras possam julgar se uma estratégia, prática, política ou procedimento atende ao interesse público? Como isto ocorre nas legislações do Brasil e EUA?

Em resposta a estas perguntas este artigo busca situar-se na perspectiva do gestor que se depara com as indagações de Behn (1995, p.322 apud ARAGÃO, 1997) sobre o ‘emaranhado’ da legislação e das normas que se vinculam ao modo de como agir para motivar os indivíduos, para que atinjam os resultados organizacionais – ou de como pô-los a fazer a coisa certa -, (como resultado de impedi-los de fazer as coisas erradas), o que geralmente se dá por meio de um grande número de normas e regulamentos que engessam a organização (ARAGÃO, 1997).

2. Origens da Licitação no Brasil: Breve Histórico

BIOLCHINI (1930, p.978 apud PEREIRA JUNIOR, 2003) alude que a licitação foi introduzida no direito público brasileiro há mais de cento e trinta anos, como tema do positivismo normativo da Administração central, por meio do Decreto nº. 2.296 de 14 de

maio de 1862 que regulamentava “*arrematações dos serviços a cargo do então Ministério da Agricultura, Commercio e Obras Públicas*”.

Mais tarde a lei orçamentária nº 2.221, de 30 de dezembro de 1909, em seu art. 54, fixou as regras a serem observadas no processo das concorrências, e das leis nº 3.232, de 5 de janeiro de 1917 (art.9), 3.454, de 6 de janeiro de 1918 (art.170) e 3.991, de 5 de janeiro de 1920 (art.73), e o decreto nº 4.555, de 10 de agosto de 1922 (art.87), também se ocuparam do assumpto”, afinal consolidado no Decreto nº 4.536, de 28.01.22, que organizou o Código de Contabilidade da União (arts. 49-53).

Quarenta anos se passaram até que a licitação recebesse sistematização com abrangência em todo território nacional via Decreto-Lei nº 200 de 25.02.67 (arts. 125 a 144), tendo sido por meio dele instituída a reforma administrativa federal; no ano seguinte, a Lei nº 5.456 de 20.06.68 estendeu as disposições normativas também aos Estados e Municípios, no que diz respeito às licitações.

Na área do controle, a partir da década de setenta, por meio da Súmula 158 o TCU – Tribunal de Contas da União determinava que os órgãos da Administração direta e as entidades da Administração indireta, incluindo aquelas com personalidade jurídica de direito privado, “*devem prestar obediência aos ditames básicos da competição licitatória, sobretudo no que diz respeito ao tratamento isonômico dos eventuais concorrentes, como princípio universal e indelével do procedimento ético e jurídico da administração da coisa pública, sem embargo da adoção de normas mais flexíveis e compatíveis com as peculiaridades de funcionamento e objetivos de cada entidade*”.

No transcurso de mais dez anos, para sobrepor às inúmeras normas regulamentadoras que foram editadas neste período sobre licitações, sobreveio o Decreto-Lei nº 2.300, de 21.11.86, reformado em 1987, tendo sido pioneiro estatuto que formatou de modo global, congregando, em mais de noventa artigos, normas gerais para a Administração Pública brasileira, e normas especiais para a Administração Pública Federal.

Em 1988 a Constituição promulgada elevou a licitação a princípio constitucional, por meio de três referências diretas (arts. 22, XXVII, 37, XXI, e 175) e uma indireta (art. 195, § 3º).

Em 1993, foi editada a Lei nº 8.666 de 21.06.93, (revisada através da Lei nº 8.883/93 em 08.06.94), vigente até hoje, completando um ciclo histórico, disciplinando o instituto das licitações e os contratos públicos em 126 artigos, atendendo as diretrizes traçadas na Constituição Federal (art. 37, *caput*) que exigiu sua prática na “*administração pública direta,*

indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios”.

3. Quadro Legal

3.1 Modalidades Licitatórias Fixadas em Lei no Brasil

No Setor Público Brasileiro, o processo de aquisição de bens e serviços é denominado licitatório e está erigido sob a Lei Federal de Licitações nº 8.666/93, compreendendo os Órgãos da Administração Direta, os Fundos Especiais, as Autarquias, as Empresas Públicas, as Sociedades de Economia Mista e demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

A Lei Federal de Licitações nº 8.666/93 fixou cinco modalidades de licitação para compras e contratações, aqui expostas resumidamente. Adicionalmente, a Lei Federal nº 10.520 de 17 de julho de 2002 instituiu a sexta modalidade licitatória, o Pregão presencial e eletrônico. Na sua forma eletrônica foi regulado pelo Decreto nº 5.450 de 31 de maio de 2005 e seu uso tornou-se preferencial sobre todas as demais modalidades pela determinação do Decreto nº 5.504 de 05 de agosto de 2005.

Concorrência, tomada de preços, convite, concurso e leilão são modalidades de licitação oriundas do Decreto-Lei nº 200/67. Nesse regime, o termo ‘**concorrência**’ tornou-se popular, confundindo-se com o gênero **licitação**.

Qualquer interessado no objeto de uma concorrência pode participar do certame, independentemente de inscrição cadastral prévia ou ter sido convidado (muito embora não dispense o interessado de comprovar preliminarmente, na fase de habilitação, o atendimento às exigências de qualificação escritas no edital) (PEREIRA JUNIOR, 2003).

Tomada de preços é a modalidade de licitação que se distingue da concorrência porque não exige cadastramento prévio de interessados na licitação, (possibilita que atendam a todas as condições exigidas para cadastramento, até três dias antes do recebimento das propostas, devendo ser observada a necessária qualificação), para compras e contratações até o valor de R\$: 650 mil e R\$: 1,5 milhão para obras de engenharia (PEREIRA JUNIOR, 2003).

Convite é a modalidade mais hierarquicamente inferior de licitação, segundo o valor do objeto. A mais ampla e complexa – a concorrência – cabe para objetos de maior valor. A que exige inscrição prévia (cadastramento) – tomada de preços – adéqua-se à seleção de propostas de valores intermediários. E a mais simples das modalidades – o convite – cabe

para objetos de pequeno valor, abaixo do qual, pode a licitação ser dispensada (PEREIRA JUNIOR, 2003).

Caracteriza o concurso a ausência de pré-requisito para o interessado participar da licitação, a exigência de habilitação específica (art. 52, § 1º, I), o objeto estar vinculado à escolha de trabalho técnico, científico ou artístico, mediante prêmio ou remuneração. A convocação de interessados se dá por meio de edital, com prazo mínimo de quarenta e cinco dias (art. 21, § 2º, I, “a”) e o processo de julgamento segue rito especial (arts. 51, § 5º, e 52, III) (PEREIRA JUNIOR, 2003).

Leilão é a modalidade utilizada para o desfazimento de bens inservíveis (Decreto nº 99.658, de 30 de outubro de 1990) para a Administração, de produtos apreendidos ou penhorados, ou para venda de imóveis enquadrados no art. 19 da Lei nº 8.666/93 (adquiridos pela Administração por dação em pagamento por força de processo judicial) (PEREIRA JUNIOR, 2003).

O leilão se configura pela ausência de pré-requisitos para interessados em participar da licitação; pela exigência de lance de valor igual ou superior ao valor de avaliação do bem; pela convocação mediante edital, com prazo mínimo de quinze dias (arts. 21, § 2º, III). Sua realização deve atender a legislação pertinente (art. 53 – Decreto-Lei Federal nº 37/66 e Decretos Federais nº 21.981/32, 22.427/33 e 2.089/63 (PEREIRA JUNIOR, 2003).

A Lei Federal de Licitações nº 8.666/93 enquadra as modalidades de licitação mediante dois critérios excludentes: a) ou considera o **valor estimado** do objeto, dependente do qual a modalidade será escolhida, se concorrência (maior valor), se tomada de preços (valor intermediário ou se convite (menor valor); b) ou considera a **natureza**, para decidir-se adotar o leilão para alienação de inservíveis, de produtos apreendidos ou penhorados e de bens imóveis especificados em lei, ou do concurso público para escolha de trabalho científico, técnico ou artístico, por meio de atribuição de prêmio ou remuneração (PEREIRA JUNIOR, 2003).

A Medida Provisória nº 2.026/00 que criou o pregão alinhou-se ao segundo critério de definição pela **natureza do objeto**; ou seja, o pregão será a modalidade cabível de licitação quando a Administração necessitar contratar “bens e serviços comuns” (art. 1º) “qualquer que seja o valor estimado” (art. 2º).

3.2 Princípios que Afetam às Licitações e o Ambiente de Controle no Brasil

A legislação brasileira sobre licitações públicas visa propiciar ao Poder Público obter as melhores condições existentes no mercado de bens e serviços para suas compras e contratações, em obediência ao princípio da economicidade (art. 3º da Lei nº 8.666/93).

Outros princípios (básicos), tais como a impessoalidade, a competição e a transparência (controle) e, por via de consequência, a publicidade e a igualdade nas condições de acessibilidade às compras governamentais, também são exigidos como condição do atendimento ao interesse público.

Pereira Junior (2003, p.55) destaca que “o art. 3º da Lei nº 8.666/93 não seguiu a inspiração de todo feliz ao reunir os princípios a que afetas as licitações e contratações públicas”: a) porque não os hierarquizou; b) porque não os sistematizou; c) porque não as distinguiu, tanto que repetiu princípios com nomes diversos – isonomia e igualdade, moralidade e probidade administrativa.

Princípio é proposição geral e abstrata que orienta determinado sistema, de modo a compatibilizar as partes que o integram (PEREIRA JUNIOR, 2003).

Estes princípios estão delineados na Constituição Federal, de acordo com o art. 37 da Carta Magna de 1988. Nos termos deste artigo, a administração pública direta, indireta e suas fundações, de qualquer dos poderes da União, dos estados, do Distrito Federal e dos municípios deve obedecer aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade. Dispõe o inciso XXI que, além de obedecidos os princípios relacionados e ressaltados os casos previstos na lei, as obras, serviços, compras e alienações devem se pautar pela regular contratação, por meio de processo licitatório público, em que seja assegurada a igualdade de condições de participação a todos os concorrentes.

A legislação para licitações e contratos consolidada na Lei Federal nº 8.666/93 surgiu num contexto histórico atípico, marcado pela preocupação da opinião pública com denúncias de corrupção no Estado.

Esta peculiaridade repercutiu no Congresso, concorrendo para que a nova lei de licitações gestada se revestisse de excesso de detalhes nos procedimentos, limitando a margem para a normatização autônoma da matéria, por cada órgão ou entidade, ou para adaptação de procedimentos a casos especiais (MOREIRA e MORAIS, 2002).

Importante perceber, de acordo com Majone (1999), que a teoria do agente-principal considera os legisladores os mais influentes na definição das políticas das agências estatutárias.

Isto em razão de que são os estatutos que criam as agências (à imagem e semelhança dos próprios regulamentos) e, portanto, proporcionam a estrutura de incentivos que deveria minimizar a os problemas de coordenação – divergências entre as intenções legislativas e os resultados em termos de regulação.

A promulgação da Lei nº 8.666/93, adotando o formato do ‘rigorismo formal’, contribuiu para promover o sentimento de ‘engessamento’ das entidades públicas, maximizando problemas de coordenação e desequilibrando resultados em termos de eficácia, eficiência e efetividade de suas ações.

4. Quadro Teórico

4.1 Neo-institucionalismo Econômico e Contratos

O que é uma instituição? Comumente compreende-se o termo ‘instituição’ no sentido popular emprestado pelo Banco Mundial ou Tesouro Americano e, de acordo como definido por Douglass North, conceito que se aproxima muito mais do sentido de ‘organização’.

Mas para os teóricos neo-institucionalistas, o conceito de ‘instituição’ engloba, também, as regras e leis, formais e informais e os mecanismos de execução que compõem uma dada matriz ou ambiente, ou seja, os contratos.

Ainda para os neo-institucionalistas, o ambiente institucional é relevante para o enquadramento das reais influências dos processos regulatórios (na área do direito) sobre os custos de transação (âmbito da economia).

Adotada essa perspectiva, para a teoria neo-institucionalista os contratos são tidos como instrumentos de governança, consistindo muito mais do que apenas mecanismos *ex ante* de incentivos para solução de problemas de coordenação (BROUSSEAU e GLACHANT, 2008).

A questão colocada pela teoria neo-institucionalista é a da incompletude dos contratos, a identidade com os mecanismos de incentivos e custos de transação e, portanto, **de instrumentos de governança mais flexíveis**. Esquemas de incentivos propiciam benefícios do conhecimento e de informação do “agente”, e limita a necessidade de troca de informação entre o “principal” e o “agente” (BROUSSEAU e GLACHANT, 2008).

A teoria do agente-principal também pressupõe a assimetria na distribuição da informação. Os agentes detêm mais informação de que seus superiores, logo podem se dedicar a comportamentos oportunistas, já que conhecem os custos (elevados) de mensuração das

características e pormenores das tarefas a serem executadas. Para reduzir os custos das agências, os legisladores estruturam um esquema de incentivos, mas também criam mecanismos especiais de controle para monitorar o comportamento dos agentes, por meio do judiciário.

Constatamos em Behn (1995, p.318 apud ARAGÃO, 1997) que os estudos sobre relacionamento entre os principais e seus agentes indicam para o redirecionamento da preocupação com o controle.

Assim, o paradigma do agente principal transcende a discussão para outro nível na arena Estado versus mercado, para o conjunto de incentivos com os quais se deparam os agentes. Esta relação agente principal (governo-cidadãos) ocorre por meio da regulação e os cidadãos têm a prerrogativa de controlar o governo por meio de *ACCOUNTABILITY*, que se traduz por fazer o governo ser inteiramente responsável por suas ações. Logo, o combate ao comportamento oportunista (insulamento burocrático) deve acontecer mediante controle social, agindo sobre o principal (ARAGÃO, 1997).

O modelo de comportamento da burocracia chamado de escolha pública defende o princípio que os servidores tentam maximizar os orçamentos - hipótese plausível no modelo de agências. No modelo de reguladores, o pressuposto é de que a burocracia busca maximizar a utilidade, vinculando-se ao formalismo das regras (reguladores) em benefício de grupos de interessados.

Majone (1999) observa com propriedade que o debate se opera em duas frentes: no Estado regulador, onde o contexto político migra do tradicional processo orçamentário, para o âmbito jurídico do processo regulatório, arena que constitui a principal fonte dos conflitos.

4.2 Contratos e os Custos de Transação

No campo da gestão pública a formalização de contratos é a última etapa da licitação, em sua fase externa, sendo fundamental seu registro e publicação de acordo com a norma legal, o que lhe empresta eficácia jurídica. O seu monitoramento se dá mediante acompanhamento de sua execução, verificando se as formas contratadas estão sendo adequadamente cumpridas.

Estabelecida a importância e a função dos contratos, a junção conceitual do Direito & Economia selou a base para o reconhecimento de que o contrato é um meio de organização da produção por meio do mercado de bens e serviços, no caso, entre o ente público e o particular.

O papel (ou o reconhecimento) do Direito como indutor do desenvolvimento econômico origina-se na compreensão da real participação das instituições na economia, em especial no desenvolvimento econômico.

Kupfer (2002, p.267 apud MELLO, 2009) alude que até a publicação do artigo de Coase intitulado “*THE NATURE OF THE FIRM*” (1937) a teoria econômica preocupava-se apenas com os custos de produção, cabendo ao economista conhecer a função de produção capaz de maximizar o lucro e as firmas eram vistas apenas como transformadoras de produtos. A partir de Coase, a ciência econômica introduziu na questão dos contratos os custos de transação inerentes a cada opção contratada. Ou seja, dada uma determinada configuração de mercado, o que leva a produção a organizar-se de uma ou de outra forma é definido pelos custos de transação de cada contrato.

Custos de transação são os custos em que se incorre na atividade econômica para adquirir, proteger e transferir direitos de propriedade, em razão da utilização de meios para busca de informação, a negociação, a realização e formalização de termos de contrato, seu controle (gestão e fiscalização), atividades que tendem a ser necessárias para a viabilização de uma transação econômica ou a implantação de uma política pública (PINHEIRO e SADDI, 2005).

No contexto da gestão pública, alguns dos custos de transação (MELLO, 2009) podem ser enunciados da seguinte forma:

- na definição de políticas públicas, os custos podem ser associados à dificuldade de negociação de acordos para sua implantação (custo político);
- custos decorrentes da instabilidade das regras: numa democracia, não é possível assegurar que uma mudança de legislatura não leve à revisão das normas (custos da continuidade e descontinuidade administrativa);
- custos em razão da não sintonia entre os Poderes Executivo, Legislativo e a sociedade civil, propiciando que não tenham necessariamente o mesmo ritmo, entendimento cognitivo, compromisso e energia para programar, administrar, monitorar e avaliar as políticas públicas (custos da agência);
- custos de *ACCOUNTABILITY*, pela falta de clareza de percepção pela sociedade civil dos benefícios e de custos de uma determinada política pública, em especial aquelas financiadas exclusivamente por impostos.

De acordo com Silva Filho (2006 p.263 apud MELLO, 2009) no entendimento de autores da nova economia institucional, estudiosos dos custos de transação - em razão da

imprevisibilidade econômica no futuro -, não é possível obter um funcionamento perfeito dos mercados. Daí, em razão desse elemento de indefinição é que incide a incompletude dos contratos; ou seja, na impossibilidade de prever toda a sorte de eventualidades possíveis num ambiente de incerteza, inclusive pela possibilidade de alteração das regras e das leis (MELLO, 2009).

A premissa neste artigo é de que, sejam os contratos onerosos ou não, são sempre imperfeitos, incompletos e passíveis de alteração a qualquer tempo. Podem ser alterados pela vontade dos agentes contratantes, durante a sua execução, em face do surgimento de novos elementos, desconhecidos no momento da celebração e que tais mudanças nos contratos estão associadas a custos de transação (PINHEIRO e SADDI, 2005).

5. Panorama Contemporâneo de Regras de Comércio Global

5.1 Acordos da União Européia, OMC, NAFTA e EUA

Moreira e Moraes (2002) e Guimarães (2003) analisaram a legislação sobre compras governamentais dos acordos da União Européia, Organização Mundial de Comércio, Nafta, nos Estados Unidos e Brasil, por meio da descrição da origem dos acordos e os princípios básicos neles instituídos, a transparência das leis, regulamentos, normas e práticas adotadas, de modo a dimensionar as compras governamentais internacionais para reconhecer as potencialidades de geração de forças competitivas, relevantes para aquilatar o potencial e a importância do poder de compra do Estado, no mundo globalizado e conectado pela *INTERNET*.

As entidades públicas desses países fazem a divulgação de suas licitações utilizando a Internet em conjunto com a publicação em jornais oficiais, mas os resultados dos processos licitatórios por origem e categoria de uso dos bens e serviços não são disponibilizados livremente, por esse meio de divulgação, excetuando o caso dos Estados Unidos (GUIMARÃES, 2003).

Não obstante a magnitude do comércio global, os estudos mencionados revelam que o uso de tecnologias da informação e comunicação, em termos de compras e contratações internacionais, não corresponde à relevância de seu volume: as regras de comércio mundial, em sua maioria objetivam apenas harmonizar complexos procedimentos de compras e não usam a governança eletrônica como esperado.

As normas internacionais de compras e contratações públicas almejam nortear princípios básicos: a) para propiciar que os países signatários assumam compromisso de conceder aos bens, serviços e fornecedores dos demais países tratamento não menos favorável que o concedido aos seus próprios produtos, serviços e fornecedores; b) e que esses preceitos devem ser aplicados não só aos fornecedores de bens ou serviços de origem estrangeira como também aos fornecedores de propriedade estrangeira estabelecidos no território onde é realizada a licitação pública (MOREIRA e MORAIS, 2002).

Sob esses princípios, os países participantes devem, ainda: c) possibilitar que os órgãos públicos convidem, sem discriminação, e nas mesmas condições aplicáveis aos seus nacionais, os fornecedores e os prestadores de serviços dos outros Estados membros que se encontrem habilitados e atendam as qualificações exigidas; d) assegurar a transparência das leis, regulamentos, normas e práticas adotadas pelos países, tornando pública toda a legislação concernente às compras, mediante divulgação em publicações determinadas no texto ou em anexos dos acordos, de forma a permitir isonomia aos interessados em participar das licitações (MOREIRA e MORAIS, 2002).

O Gatt/OMC – Acordo Geral de Tarifas e Comércio - foi o primeiro acordo multilateral para estabelecimento de regras para redução de tarifas de importação, assinado em 1947; contudo, esse acordo excluiu explicitamente as compras governamentais de suas obrigações de conceder tratamento nacional aos bens de países signatários (MOREIRA e MORAIS, 2002).

No âmbito do Tratado de Roma (1957) - embrião da Comunidade Européia -, se instituiu a iniciativa pioneira de incluir as compras governamentais nas normas de comércio em um mercado comum, por meio de regras chamadas Diretivas.

As normas acordadas estabeleceram pontos comuns a serem seguidos pelos entes governamentais de cada país filiado, tendo entrado em vigor: a) regras para contratação de obras públicas (1971); b) aquisição de bens (1977); c) utilidades públicas (1990); e d) serviços (1992) (MOREIRA e MORAIS, 2002).

Em termos mundiais, a partir da negociação empreendida na chamada ‘Rodada de Tóquio’ (1979) foi incluído o tema ‘compras governamentais’, resultado no acordo de redução tarifária que passou a vigorar em 1981. A partir das ‘Rodadas do Uruguai’ (1986-1994) o acordo foi renovado tendo a versão final do Acordo de Compras Governamentais, resultado na criação da Organização Mundial do Comércio – OMC, em 1996 (MOREIRA e MORAIS, 2002).

Moreira e Moraes (2002 p. 13) consideram, não obstante os esforços de reconhecimento pelos organismos internacionais da legitimidade do uso do poder de compra do Estado, que o resultado foi de baixa adesão às normas comunitárias e reduzidos resultados econômicos no sentido da promoção do desenvolvimento econômico e social da região, “refletindo a complexidade da adoção dos procedimentos de contratações pelos países”.

Em razão disso a Comissão Europeia submeteu ao Parlamento Europeu em maio de 2000, proposta de simplificação de suas seis diretivas (legislação de compras e contratações), consolidando-as em apenas duas, reduzindo à metade o número de artigos em vigor. Entre esses aprimoramentos e modificações, sugeriu-se também a introdução de mecanismos eletrônicos de compras (MOREIRA e MORAIS, 2002).

Informações selecionadas de *WEBSITES* extraídas da *INTERNET* possibilitaram Guimarães (2003, p.23) obter uma razoável aproximação da dimensão dos mercados de compras governamentais dos países selecionados, “por meio do mapeamento do consumo das diversas esferas de governo no mercado doméstico, sendo os Estados Unidos o país que divulga as suas aquisições de bens e serviços governamentais com maior amplitude”.

O Brasil posiciona-se em lugar de destaque nas compras governamentais por meio da internet, em termos mundiais, considerando que a implantação do pregão eletrônico ocorreu em 2000 (Decreto nº. 3.697/00). Além disso, o *COMPRASNET* possibilita acesso livre e gratuito às informações que podem ser facilmente compulsadas da base do sistema de compras e contratações.

É no cenário do SIASG - Sistema Integrado de Administração de Serviços Gerais, ferramenta de apoio informatizado aos processos de licitação do governo federal, que se opera o portal de compras *COMPRASNET*, considerado atualmente uma referência de *E-PROCUREMENT* E *E-GOVERNANCE*.

Essa vanguarda, contudo, exigiu mudança de atitude do Estado em direção à governança focada em resultados e melhoria gerencial, bem como mudanças na legislação para o imprescindível suporte do sistema eletrônico em uso.

Quadro 1 – Cenário da legislação de compras e contratações internacionais

Acordo de compra	Princípios básicos e modalidades de licitação vigentes
Organização Mundial do Comércio	Para as contratações públicas, as normas se aplicam a partir de valores mínimos de compras governamentais, expressos em Direitos Especiais de Saque – DES. Para entidades de governos federais, o limite mínimo é de

(1994) (MOREIRA e MORAIS, 2002, p.9)	130.000 DES para bens e serviços e para obras, 5.000.000 DES; para entidades de governos subcentrais o valor para bens e serviços é 200.000 DES e 400.000 DES para construções e, no caso de empresas públicas, o valor limite para bens e serviços é de 400.000 DES e 5.000.000 DES para obras. Há três modalidades de licitação previstas: procedimentos abertos, em que todos os interessados podem apresentar propostas; procedimentos de licitação seletiva, em que somente fornecedores convidados podem apresentar propostas; e procedimentos de licitação restrita, condição especial em que os entes públicos entram em contato individualmente com fornecedores. Há exigências como garantias financeiras, qualificações técnicas e informações sobre a capacidade comercial e financeira dos interessados. Ressalvado o procedimento restrito, as demais modalidades são tornadas públicas; os prazos são de 25 dias para a licitação seletiva e 40 para a licitação aberta. Após a adjudicação, os avisos com as informações sobre o contrato, natureza e quantitativos de produtos e serviços e valor do contrato. Para países em desenvolvimento, o acordo prevê tratamento diferenciado, em razão de requisitos para manutenção do equilíbrio do balanço de pagamentos e manutenção de reservas, condições necessárias para implementação de programas de desenvolvimento econômico.
União Européia (1957) (MOREIRA e MORAIS, 2002, p.12), (GUIMARÃES, 2003, p.15)	A legislação para compras governamentais da EU foi toda montada através de diretivas, sendo a primeira delas estabelecida em 1971 – Diretiva 71/305/EEC visando à aplicação de normas comuns para contratação de obras nos países comunitários. Durante os anos de 1980 e 1990 foram elaboradas diretivas contemplando bens e serviços, de modo a homogeneizar os procedimentos das compras governamentais. Nas diretivas, advoga-se a ampla publicidade e a não discriminação de potenciais fornecedores externos; defendem, também, critérios objetivos para escolha dos fornecedores e adjudicação de contratos. A EU impõe limites quantitativos às aquisições governamentais de bens e serviços por entidade e por categoria de produtos e estabelece três modalidades licitatórias: a) procedimentos abertos, em que qualquer potencial fornecedor, empreiteiro de obras ou prestador de serviços pode apresentar propostas; b) procedimentos limitados, em que somente os fornecedores, empreiteiros de obras ou prestadores de serviços convidados pela entidade podem participar; c) procedimento por negociação, modalidade em que as entidades consultam fornecedores, empreiteiros ou prestadores de serviços de livre escolha, conforme o caso, negociando as condições contratuais, com um ou mais entre eles. Regra geral as entidades aplicam os procedimentos abertos ou limitados, somente recorrendo à negociação, na impossibilidade de adotar os dois primeiros. Os procedimentos devem ser tornados públicos por meio de diversas regras de publicidade: divulgação prévia sobre as aquisições nos próximos doze meses; publicação dos avisos de licitação e informações sobre as contratações realizadas. A informação

	prévia consiste em publicar no Jornal Oficial das Comunidades Europeias e no banco de dados <i>TED – TENDERS ELETRONIC DAILY</i> anúncio indicativo sobre a totalidade das aquisições que cada entidade tenciona realizar durante os próximos doze meses seguintes. No julgamento das propostas, as normas da EU consideram dois critérios de avaliação: o menor preço ou a proposta economicamente mais vantajosa (preço, prazo de entrega, qualidade dos produtos ou serviços, aspectos técnicos, entre outros, conforme divulgado no edital de licitação). Estudos realizados pela Comissão Europeia constataram a grande complexidade das normas, razão da incorporação de apenas 55,6% delas pelos países-membros, em 1997. Em maio de 2000 foram apresentadas propostas de duas novas diretivas, consolidando as seis existentes e, além disso, introduzindo mecanismos de aquisição eletrônicos e redução no número de patamares de valores.
NAFTA (1994) (MOREIRA e MORAIS, 2002, p.66).	Este Acordo trata da cobertura, modalidades, procedimentos e prazos a serem observados em todas as etapas do processo licitatório, conferindo tratamento nacional aos bens e serviços nas aquisições pelas entidades dos governos federais e empresas estatais indicadas pelas signatárias do <i>NAFTA</i>. As regras se aplicam às aquisições e contratações, de valor igual ou superior a US\$ 50 mil para bens e serviços e US\$ 6,5 milhões para obras públicas - para governos federais - e US\$ 250 mil e US\$ 8 milhões, respectivamente – para empresas estatais. São previstos procedimentos e prazos para aplicação das modalidades internacionais clássicas. Como regra geral, deve ser adotada a licitação aberta, admitindo-se a licitação seletiva (com ou sem listas de fornecedores) e licitação restrita. Objetivando alcançar a transparência durante o processo licitatório, são previstos procedimentos de divulgação de informações a todos os interessados, bem como mecanismos de impugnação que permitem objetar os termos da licitação por signatário que se sinta prejudicado durante o processo.

Fonte: (MOREIRA e MORAIS, 2002), (GUIMARÃES, 2003)

Tradução e elaboração própria

5.2 Legislação e Sistemas de Compras e Contratações Governamentais nos Estados Unidos

A legislação norte-americana na perspectiva das compras governamentais, de um modo geral, organiza-se no sentido de explorar todo poder de compra de Estado, como meio para operar sua política de desenvolvimento econômico.

Incide no *FAR – FEDERAL ACQUISITION REGULATION* a utilização de tecnologias da informação e comunicação, para que o sistema funcione melhor e custe menos ao contribuinte norte-americano.

O *FAR* induz à utilização de comércio eletrônico sempre que possível, por meio de redes eletrônicas de compras federais: *FACNET - FEDERAL ACQUISITION NETWORK*, *PRO-NET - PROCUREMENT MARKETING AND ACCESS NETWORK*, *GPE - GOVERNMENT POINT OF ENTRY*.

O gestor norte-americano poderá optar por alternativa de compra, que não por meio eletrônico, se conveniente para a administração.

Esta característica visa adaptar as compras e contratações governamentais nos Estados Unidos aos objetos de normativos dispersos em inúmeras leis e regulamentos específicos de relativa complexidade, são conduzidas por meio de normas autônomas para atender circunstâncias específicas.

Há normas particulares para compras de pequenas empresas pertencentes aos veteranos da guerra do Vietnam; compras de pequenas empresas pertencentes a mulheres; bens produzidos por presidiários; compras de empresas pertencentes a pessoas severamente incapacitadas, etc.

O sistema de compras governamentais dos Estados Unidos é coordenado centralizadamente pelo *OFFICE OF FEDERAL PROCUREMENT POLICY – OFPP* -, que cuida das compras e contratações realizadas no âmbito dos órgãos do governo federal norte-americano. Nas esferas estaduais e municipais, são utilizados regulamentos próprios; porém, são aplicadas as regras do *FAR* (federal), quando financiadas por recursos oriundos do orçamento federal.

O *FAR – FEDERAL ACQUISITION REGULATION* é o normativo básico – a lei de licitações - que consolida as políticas e procedimentos administrativos aplicados nas compras e contratações dos órgãos civis e militares e empresas públicas – *GOVERNMENT PROCUREMENT* - dos Estados Unidos. O **sistema** *FAR* é preparado, emitido, mantido e prescrito conjuntamente pelo Secretário de Defesa, o Administrador de Serviços Gerais, e pela *NASA - NATIONAL AERONAUTICS AND SPACE ADMINISTRATION*.

O Sistema *FAR*, consiste das normas gerais do próprio *FAR*, documento básico e dos regulamentos dos órgãos federais que implementam ou complementam o *FAR* (MOREIRA e MORAIS, 2002).

As normas do *FAR* são aplicáveis às agências executivas (*EXECUTIVE AGENCIES*), que englobam: a) os Departamentos de Estado (*EXECUTIVE DEPARTMENTS*), do Tesouro,

Defesa, Justiça, Interior, Agricultura, Comércio, Trabalho, Saúde, educação, Habitação e Desenvolvimento Urbano, Transportes, Energia, Educação e de Veteranos; b) os Departamentos Militares (Marinha, Força Aérea e Exército); c) as empresas públicas (de propriedade integral do governo); d) outros órgãos do Poder Executivo, não pertencentes à estrutura dos Departamentos de Estado Americano.

5.3 Diferenças entre Concepções de Sistemas de Compras e Contratações entre EUA e Brasil

Quadro 2 - Princípios norteadores para as compras e contratações nos EUA

Visão	A visão para o Sistema Federal de Compras – <i>FAR – FEDERAL ACQUISITION SYSTEM</i> - é entregar em tempo hábil o produto ou serviço, pelo melhor valor para o cliente, mantendo sempre a confiança do público e possibilite cumprir objetivos de política pública. Os participantes envolvidos no processo de compras devem trabalhar juntos como uma equipe, que deve ser habilitada (<i>EMPOWERED</i>) para tomar decisões dentro de sua área de responsabilidade. Todos os participantes do sistema são responsáveis para a tomada de decisão de comprar, para oferecer ao cliente o produto ou serviço pelo melhor valor. Melhor valor deve ser visto a partir de uma perspectiva ampla e é conseguida através do equilíbrio dos muitos interesses em jogo no sistema. O resultado é um sistema que funciona melhor e custa menos.
Objetivos gerais	O Sistema Federal de Compras objetiva: (1) satisfazer o cliente em termos de custo, qualidade e tempestividade do produto entregue ou o serviço, para: (a) maximizar a utilização dos produtos comerciais e serviços; (b) usando os contratantes que têm um histórico de sucesso de desempenho anterior, ou que demonstre no curso atual, superior capacidade de execução e (c) a promoção da concorrência; (2) minimizar os custos operacionais administrativos; (3) realizar negócios com integridade, justiça e transparência (b) e, 4) cumprir os objetivos de política pública (c) a equipe de compras é composta de todos os participantes nas compras do Governo, incluindo não apenas os representantes do corpo técnico de compras e fornecedores, mas também os clientes a que servem, e os empreiteiros que fornecem produtos e serviços (d) O papel de cada membro da equipe de compras é de exercitar iniciativa pessoal para decidir baseado em sólido julgamento do negócio público, de modo a prover o melhor valor do produto ou serviço, para atender as necessidades do cliente. No exercício da iniciativa, os membros da equipe de compras governamentais podem julgar se uma estratégia específica, prática, política ou procedimento é de melhor interesse para o Governo e, se

	não é tratada no FAR, nem ferir o direito (lei ou jurisprudência), ato executivo ou outro regulamento, que a estratégia, a prática, a política ou procedimento é permissível ao exercício da autoridade. A declaração de princípios orientadores para o <i>FEDERAL ACQUISITION SYSTEM</i> (Guia de Sistema de Compras Federal) representa uma forma concisa de declaração projetada para ser amigável a todos os participantes de compras de Governo.
Padrões de desempenho requeridos	Satisfazer o cliente em termos de custo, qualidade e pontualidade do produto entregue ou serviço: (1) O principal cliente para o produto ou o serviço prestado pelo Sistema, são os usuários e gerentes de linha, agindo em nome dos contribuintes norte-americanos. (2) O sistema deve ser responsivo e adaptável às necessidades, interesses e do <i>FEEDBACK</i> dos clientes. A Implementação das políticas e procedimentos de compras, bem como a consideração da tempestividade, qualidade e custo durante todo o processo, deve ter em conta a perspectiva do usuário do produto ou serviços. (3) Ao selecionar contratados para fornecer produtos ou prestação de serviços, o governo usará os contratantes que tem um histórico de desempenho passado de sucesso, ou que demonstrar uma habilidade superior em curso para realizar o contrato. (4) O Governo não deve hesitar em comunicar-se com o setor comercial o mais cedo possível para operar o ciclo de compras, para ajudá-lo a determinar as capacidades disponíveis no mercado comercial. Agindo assim, o Governo irá maximizar a utilização dos produtos e serviços comerciais, de acordo com os seus requisitos.
Política do sistema	É política do Sistema a promoção da concorrência no processo de compra. O sistema deve funcionar tempestivamente, com <i>PERFORMANCE</i> de qualidade, e de forma rentável (<i>COST-EFFECTIVE</i>). O custo para o contribuinte de tentar eliminar todos os riscos é proibitivo. O Poder Executivo irá aceitar e gerir o risco associado com a autonomia dos gestores locais de compras a agir independentes, com base em sua vida profissional e julgamento próprio. (3) O Governo deverá exercer um poder discricionário, usar sólido julgamento do negócio público e cumprir com as leis e regulamentos para lidar com os empreiteiros e prospectivos contratantes. Todos os contratantes e contratados em perspectiva devem ser tratados de forma justa e imparcial, mas não precisam ser tratados do mesmo modo.
Quanto à política pública	O sistema deve apoiar a realização dos objetivos de política pública aprovada pelo Congresso e do Presidente. Na concretização destes objetivos, e na suas operações globais, o processo deve assegurar a utilização eficiente dos recursos públicos.
Equipe de	A finalidade de definir a equipe de compras nos princípios

compras	orientadores do <i>FEDERAL ACQUISITION TEAM</i> é garantir que os participantes no sistema sejam identificados, iniciando com o cliente e terminando com o contratante do produto ou serviço. Ao identificar os membros da equipe desta forma, o trabalho em equipe, a unidade de propósito, e comunicação aberta entre os membros da comissão em compartilhar a visão e atingir a meta do Sistema são incentivadas. Membros individuais da equipe irão participar no processo de aquisição no momento oportuno.
Papel da equipe de compras	Membros da Equipe de Governo devem: (a) ser habilitados para tomar decisões de compras nas respectivas áreas de responsabilidade, incluindo a seleção, negociação e administração de contratos em conformidade com os princípios orientadores. Em particular, o gestor contratante deve ter a máxima autoridade para, na medida do possível e consistente com a lei, determinar a aplicação das regras, regulamentos e políticas, em um determinado contrato. (b) A autoridade para tomar decisões e a <i>ACCOUNTABILITY</i> para as decisões tomadas serão delegadas ao nível mais baixo dentro do sistema, consistente com a Lei. (c) A equipe deve estar preparada para desempenhar suas funções e obrigações. O Governo está empenhado em fornecer treinamento, desenvolvimento profissional, e outros recursos necessários para manter e melhorar os conhecimentos e habilidades para todos os participantes governamentais na equipe, tanto no que diz respeito à sua área específica de responsabilidade dentro do sistema, e seus respectivos papéis como um membro da equipe. A comunidade contratante é incentivada a fazer o mesmo. (d) O Sistema irá promover relações de cooperação entre o Governo e os seus contratantes de acordo com sua responsabilidade primordial para com os contribuintes. (e) Os contornos das políticas do FAR e procedimentos de adjudicação que são utilizados por membros da equipe de compras. Se uma política, um procedimento, uma estratégia particular ou prática, é o melhor para o interesse do Governo e não é especificamente uma diretiva no <i>FAR</i> , nem proibida por lei (lei ou jurisprudência), <i>EXECUTIVE ORDER</i> ou regulamento, os membros da equipe de Governo não devem assumir que é proibido. Pelo contrário, a ausência de sentido deve ser interpretada como permissivo para a equipe inovar e solidificar o julgamento do negócio, de outra forma consistente com a lei e dentro dos limites de sua autoridade. Gestores devem tomar a liderança na promoção de inovações nos processos, assegurando sólidas decisões nos negócios públicos.
Planejamento	Todos os membros da equipe são obrigados a empregar o planejamento como parte integrante do processo global de compras de produtos ou serviços. Embora o planejamento antecipado seja necessário, cada membro da equipe deve ser flexível para alterar ou

	acomodar necessidades imprevistas na missão. O planejamento é uma ferramenta para a realização das tarefas, e aplicação de sua disciplina deve ser proporcional à dimensão e natureza da uma dada tarefa, para: (a) Minimizar os custos operacionais administrativos. (b) Para garantir que a máxima eficiência é obtida, regras, regulamentos, e as políticas deveriam ser promulgadas apenas quando o seu benefícios ultrapassam claramente os custos do seu desenvolvimento, implementação, administração e execução. Isso se aplica a processos administrativos internos, incluindo suas revisões, e para regras e procedimentos aplicados aos fornecedores. (c) O sistema deve fornecer uniformidade, quando contribuir para tornar mais eficiente e justo ou onde a previsibilidade é essencial. O sistema também deverá, no entanto, incentivar a inovação, e adaptação local onde a uniformidade não é essencial. (d) Realizar negócios com integridade, imparcialidade e transparência. (e) Uma consideração essencial em cada aspecto do sistema é manter a confiança do público. Não somente deve o Sistema ter a integridade, mas as ações de cada membro da equipe devem refletir a integridade, imparcialidade e transparência. A fundação de integridade dentro do sistema é baseada numa competente, experiente e bem treinada força de trabalho profissional. Assim, cada membro da equipe é responsável e <i>ACCOUNTABLE</i> para utilização racional dos recursos públicos, bem como para atuar de forma a manter a confiança do público. A equidade e a transparência exigem a comunicação aberta entre os membros da equipe interna e clientes externos, e ao público. (f) Para alcançar a eficácia das operações, o sistema deve mudança de seu foco de "evitar riscos" para uma "gestão de risco."
Gestor do Sistema (authority)	O desenvolvimento do sistema <i>FAR</i> está em conformidade (a) com as exigências do <i>OFFICE OF FEDERAL PROCUREMENT POLICY ACT (1974)</i> ; (b) O FAR é preparado, emitido, mantido e prescrito conjuntamente pelo secretário de Defesa, o Administrador de Serviços Gerais, e pela <i>NASA - NATIONAL AERONAUTICS AND SPACE ADMINISTRATION</i> .

Fonte: FAR (2010).

Elaboração própria

Sumariamente, dado o panorama de regulamentos de compras e contratações governamentais nos Estados Unidos, verifica-se a ocorrência de princípios cuja centralidade está na *performance*, na **tempestividade do sistema**, que possibilita cumprir objetivos de política pública e que deve ser *COST-EFFECTIVE* para o contribuinte norte americano.

Configurado o quadro proibitivo (para o contribuinte) tentar eliminar todos os riscos, devido o **alto custo do controle**, o Poder Executivo Americano aceitará gerir o risco associado à autonomia dos gestores, com foco “na gestão de riscos” para eficácia do sistema.

Deste modo, vislumbra-se na constituição das composições das políticas centrais do sistema FAR (quanto na criação de sistemas administrativos), um desenho que abriga a confiança no gestor, como um princípio universal básico de relacionamento, entre o público e o particular.

6. Governança Eletrônica como Instrumento de Boa Governança: a Ferramenta Pregão Eletrônico

A governança eletrônica é um ambiente que propicia **convergência ao controle**: a boa governança, a transparência, a *ACCOUNTABILITY* (MELLO, 2009). Assim, a utilização de sistemas informatizados no Brasil é cada vez mais considerada como **ferramenta estratégica** de gestão pública.

Para atender às novas demandas, base sistêmica adotada nas principais atividades de apoio administrativo na administração federal, a exemplo das áreas de planejamento, orçamento, execução financeira, pessoal, informação de informática e teve sua modelagem definida pelo Decreto-Lei nº 200 de 25 de fevereiro de 1967, que tem norteado a administração federal desde a década de 60 (FERNANDES, 2003).

Na perspectiva da UNESCO, governo eletrônico ou *e-governo* é o modo pelo qual as instituições se utilizam das TIC – Tecnologias de Informação e Comunicação para aumentar a oferta de serviços prestados pelo governo, enquanto a governança eletrônica insere as políticas, estratégias, visões e recursos necessários para implantação do governo eletrônico, bem como o modelo de poder político e social para operá-lo (MELLO, 2009).

O conceito de governança eletrônica é mais amplo do que o governo eletrônico, uma vez que pode interferir no modo de interação entre cidadãos e gestores públicos.

Enquanto o governo eletrônico propicia a entrega de informações e serviços fornecidos pelo governo, a governança eletrônica pode promover uma maior participação direta dos clientes/usuários/cidadãos no sentido de aumentar sua capacidade de interagir sobre ação governamental na implantação de políticas públicas, de gestão e de acompanhamento dos resultados, exercendo maior controle sobre sua eficiência, eficácia e efetividade.

6.1 A Ferramenta Pregão Eletrônico no Brasil

No Brasil, o sistema de compras e contratações operado por meio de pregão eletrônico, tem gerado resultados econômicos significativos, o que torna consistente considerá-lo cada vez mais como uma ferramenta de aperfeiçoamento da administração pública no Brasil.

A economia propiciada pelo pregão ajudou a torná-lo visível como modalidade, em razão dos índices relevantes de economia de recursos públicos obtidos entre 2002 e 2009. Mas é importante não perder de vista sua real efetividade nas compras e contratações governamentais, por meio do exame das demais vantagens do sistema, pela facilidade de acesso e participação nos certames, segurança, transparência e *ACCOUNTABILITY* que proporciona às licitações no país.

A universalização do acesso ao sistema de pregão eletrônico permitiu economia de 14% em 2006 e alcançando 21% em 2009, no conjunto de licitações realizadas pela Administração Pública Federal.

Tabela 1 - Economia anual obtida por pregão eletrônico - Brasil

Ano	MPE			Outros			Total	
	Economia em R\$	Economia (%)	Participação no Total (%)	Economia em R\$	Economia (%)	Participação no Total (%)	Economia em R\$	Economia (%)
2005	362.799.047,00	27%	28%	930.305.614,58	28%	72%	1.293.104.661,59	28%
2006	514.394.850,95	13%	28%	1.303.424.152,26	14%	72%	1.817.819.003,21	14%
2007	1.305.305.066,83	12%	41%	1.908.991.716,95	21%	59%	3.214.296.783,79	16%
2008	1.873.436.839,72	23%	49%	1.957.580.873,30	24%	51%	3.831.017.713,01	24%
2009	2.894.764.227,34	21%	53%	2.596.934.842,30	22%	47%	5.491.699.069,64	21%

Fonte: MPOG/SLTI/DLSG/Comprasnet/Brasil Econômico (2010)

Este percentual de economia se refere à diferença entre o preço de referência dos bens e serviços comuns, cotado em pesquisa de mercado antes da licitação e o preço final obtido pelo Governo nos pregões.

Nesse contexto, a economia média obtida no pregão eletrônico ficou em torno de R\$ 3,1 bilhões e somente neste último ano de 2009 foi possível economizar próximo de R\$ 5,5 bilhões nas compras governamentais, representado uma redução de 21% obtida nas contratações dos órgãos da Administração Direta, Autarquias e Fundações (apenas às

Unidades Administrativas de Serviços Gerais – UASG participantes do Sistema de Serviços Gerais – SISG.

Tabela 2 - Valor das compras e contratações de bens e serviços comuns a preços de 2009, segundo as modalidades* de licitação – 2002 – 2009

Modalidade	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009
Concorrência	4.402.438.554,91	2.222.683.659,17	1.877.906.881,32	2.431.981.855,20	2.292.515.904,23	1.354.391.359,88	2.291.098.404,67	12.481.310.670,61
Concorrência*	1.177.649.275,85	745.428.364,84	2.258.929.608,93	271.642.025,78	46.649.866,01	270.106.534,05	1.289.872,68	903.589.809,03
Convite	595.991.954,15	468.880.556,33	514.864.437,77	349.009.358,85	219.994.228,19	257.120.203,61	56.822.764,07	63.451.627,07
Tomada de Preços	856.631.311,14	494.505.223,12	619.163.013,64	537.650.194,64	459.879.238,60	502.942.973,23	187.250.888,42	598.073.717,53
Concurso	159.169,35	250.941,20	16.366,47	145.318,06	239.944,93	1.495.128,70	294.032,00	987.197,81
Pregão Eletrônico	91.673.216,44	246.420.345,97	627.921.761,32	4.008.234.380,01	12.874.629.488,17	18.221.770.241,22	12.732.845.247,08	20.471.916.665,42
Pregão Presencial	3.036.583.970,57	2.120.759.126,09	4.496.089.132,56	10.911.920.686,10	4.730.686.348,34	2.589.610.245,18	1.996.043.744,68	2.740.335.020,74
Total no Período	10.161.127.452,41	6.298.928.216,72	10.394.891.202,00	18.510.583.818,64	20.624.595.018,46	23.197.436.685,88	17.265.644.953,61	37.259.664.708,21
IPCA(DEZ 97=100)	142,60	155,91	167,71	177,26	183,03	191,21	202,50	211,14
Índice 2009	1,480645161	1,354242832	1,258958917	1,191131671	1,15358138	1,10423095	1,042666667	1

* Exceto dispensas e inexigibilidades de licitação, tomada de preços e concorrências por técnica e preço. ** Internacional

Fonte: MPOG/SLTI/DLSG/Comprasnet/Brasil Econômico (2010), IBGE (2010) - Elaboração própria

Em termos de uso, como modalidade, os dados agregados indicam que o pregão eletrônico encontra-se consolidado para compras e contratações de bens e serviços comuns, representando 55% das operações e atingindo o montante de R\$: 20,5 bilhões, apenas no último ano da série, em 2009.

Assim, observa-se que a importância dos sistemas de informação, da governança eletrônica e dos meios que convergem para a digitalização da gestão pública, tal qual o pregão eletrônico, refere-se ao grande poder de alteração das relações entre informações ou dados, emergindo como a grande novidade para a transformação física das estruturas e ciclos de gestão no Brasil, em especial pela economia de recursos públicos.

7. Análise Comparativa entre os Sistemas de Compras dos EUA e Brasil

Adotadas as devidas cautelas para comparar sistemas tão distintos, do ponto de vista da estrutura de princípios entre as normas brasileiras e norte-americanas, é válido concluir, num esforço de síntese, que o rigorismo formal é característica predominante na legislação

brasileira. Especialmente a Lei nº 8.666/93, que foi projetada para ‘não ser amigável’ ao gestor, limitando sua atuação na condução dos negócios públicos.

Em oposição, a regulamentação norte-americana, embora sob as firmes bases legais da FAR, é ‘amigável ao gestor’, no sentido que possibilita acomodar alguma margem de imprevisibilidade e flexibilidade às necessidades da administração pública.

Pelo FAR, cabe ao gestor fazer uso do exercício do poder discricionário no julgamento do negócio público mais vantajoso para os órgãos do governo e o contribuinte.

A Lei Federal de Licitações nº 8.666/93 foi instituída no contexto histórico da década de 90, marcado pela repercussão de denúncias de corrupção no Estado, indicativo que levou o legislador a optar por construir as normas com o foco de “evitar riscos” ou danos ao Estado.

Os distintos “focos” incidem em diferentes perspectivas, de estar a Administração pública, por exemplo, vinculada ao dever de licitar, no Brasil e Estados Unidos.

Nos sistemas de origem romano-germânica como o brasileiro, de acordo com Justen Filho (2003, p. 41) o direito administrativo tomou o curso de um ramo particular das ciências jurídicas, “porque neles se reconhece a hegemonia do interesse público sobre o privado, desde que garantida pela norma escrita, seguindo-se que deve existir um direito que cuide de estabelecer padrões normativos que conformem o comportamento estatal àquele interesse prevalecente para ordem jurídica positiva”.

Nos sistemas ligados à concepção anglo-saxônica do direito, não há especificamente um segmento destacado para delimitar os poderes instrumentais do Estado, cuja atuação se orienta por princípios do direito comum, a qual todos se sujeitam, em posição de igualdade com os particulares (JUSTEN FILHO, 2003).

A vinculação ao dever de licitar, assim, é característica dos sistemas filiados aos sistemas romano-germânicos - como o brasileiro – para o qual seria contraditório deixar livre o Estado para contratar segundo as normas do direito comum. Nos sistemas, como do Brasil, em que a fonte principal do direito é a lei, existe um segmento especializado em conformar a atividade estatal ao interesse público (cujo parâmetro de definição está na lei), cabendo a esta impor ao Estado o padrão de comportamento administrativo - que é o dever de licitar - admitidas as exceções ressalvadas pela própria lei (JUSTEN FILHO, 2003).

A legislação americana - como a brasileira - adota o parâmetro da lei, mas propicia ao gestor o ‘exercício da iniciativa’, ou seja, membros da equipe de compras governamentais podem julgar se uma estratégia específica, prática, política ou procedimento é de melhor interesse para o Governo e, se não é tratada na lei de compras e contratações, nem ferir o

direito (lei ou jurisprudência), ato executivo ou outro regulamento, que a estratégia, a prática, a política ou procedimento é permissível ao exercício da autoridade. Ou seja, se não é proibido por lei, pode ser feito.

O Direito Administrativo vigente no Brasil condiciona que a administração pública deve pautar-se pelo que a lei expressamente autoriza – em obediência ao princípio constitucional da legalidade; o gestor público deve conduzir a administração pública sob esta égide, determinando sua estrita observância, na qual, inexistindo previsão legal, resta impedida sua ação.

Repercuta esta condicionante na eficácia da lei e sua aplicabilidade, no dia a dia das administrações e, não tem sido por outra razão, que desde a edição da Lei Federal de Licitações nº 8.666/93, seus cento e vinte e seis artigos e mais de setecentos regulamentos tenham sofrido mudanças, algumas significativas.

As emendas, edição de novas leis e instruções normativas, resultaram do esforço do legislativo para ajustá-la à realidade da gestão pública brasileira, em seus dezessete anos de vigência.

A Emenda Constitucional nº 19/98, conhecida como da ‘reforma administrativa’ do Estado, trouxe inovações tendentes ao aperfeiçoamento dos certames (PEREIRA JUNIOR, 2003).

O mecanismo de inclusão das empresas públicas e sociedades de economia mista sob a égide da lei de licitações aumentou o alcance da Lei nº 8.666/93, por meio dos art. 22, XXVII, e 173 da Constituição.

Trazida para a Constituição, a Lei nº 8.666/93 passou a aspirar perenidade e estabilidade. Mas um tema como licitações e contratos na administração pública é matéria sujeita a permanente mutação, em decorrência natural dos fenômenos incidentes na configuração do Estado e nas respostas que precisa dar a sociedade, novas demandas e inovações tecnológicas. Neste novo ambiente inseriu-se o surgimento do pregão eletrônico, gerenciado pela Lei nº 10.520/02.

8. Considerações Finais

O propósito deste artigo foi de elencar algumas características das regras de compras e contratações empreendidas por organismos da Comunidade Européia, *NAFTA*, *OMC*, Estados

Unidos, com o fim de reunir elementos convergentes e divergentes em relação à legislação aplicada ao Brasil, em especial a Lei Federal de Licitações nº 8.666/93 e a Lei do Pregão nº 10.520/05, a fim de traçar um perfil dos diferentes sistemas.

Especialmente a Lei nº 8.666/93, marcada pelo forte rigorismo formal, tem sido considerada responsável por comprometer o desempenho das entidades públicas, sendo-lhe freqüentemente atribuída a pecha de burocrática e operando com baixa taxa de resposta às necessidades do serviço público, no que diz respeito às compras e contratações.

Isto é decorrente da predominância de princípios formalistas de elevada complexidade, que caracterizou sua elaboração pelo Congresso Nacional, durante a conjuntura e circunstância em que foi editada, num contexto histórico marcado por denúncias de corrupção no Estado, em 1993.

Mas a Lei n.º 8666/93 que sucedeu o Decreto-Lei n.º 2.300/86, se por um lado inaugurava a redução da margem de manobra para a tomada de decisão pelo gestor público, por outro, apresentava muitos méritos em relação à legislação que acabara de substituir: 1) o fim da licitação de preço-base permitiu o incentivo à disputa pelos licitantes; 2) o fim do regime de administração contratada propiciou a redução de fraudes e gerou mais economia nos certames; 3) a definição mais apurada do projeto básico permitiu maior segurança nas licitações, em razão da maior clareza do objeto; 4) a criação de maior número de hipóteses de dispensa e de inexigibilidade de licitação veio de encontro à solução de problemas práticos do gestor; 5) o aperfeiçoamento na redação de editais e contratos, permitiu menos vícios nos mesmos e 6) a previsão de crimes na lei, tornou inibitória condutas ilícitas (LIMA, 2008).

De certo modo, o ‘rigorismo’ pode ser explicado com auxílio da teoria do agente-principal: o pressuposto do legislador é de que os agentes (governo) detêm mais informação de que o principal (cidadãos), logo podem se dedicar a comportamentos oportunistas, já que conhecem os custos (elevados) de mensuração das características e pormenores das tarefas a serem executadas. Para reduzir os custos das agências (entidades públicas), os legisladores (Congresso Nacional) estruturam um esquema de incentivos, mas também criam mecanismos especiais de controle para monitorar o comportamento dos agentes, por meio do judiciário (complexidade das leis).

A Lei do Pregão contribuiu para mudar este cenário no Brasil, com base em princípios inovadores de governança eletrônica, com *ACCOUNTABILITY*, economicidade, tempestividade e controle adequados, em especial a partir de 2005, tornando-se a modalidade preferencial e mais popular nas compras e contratações nas entidades públicas.

No cenário mundial das áreas de compras e contratações, denota-se que alguns problemas são comuns e algumas queixas em relação à legislação são recorrentes.

Como exemplo, a baixa adesão às normas comunitárias da Comunidade Européia (pelos países membros), “refletindo a complexidade dos procedimentos de contratação pelos países”, exigiu da Comissão Européia em 2000, a elaboração de proposta de simplificação de suas seis diretivas (legislação de compras e contratações), consolidando-as em duas, reduzindo à metade o número de artigos em vigor. Além disso, também foi proposta a adoção de mecanismos de compras por meio eletrônico.

Por outro lado, o sistema de compras norte-americano está inteiramente voltado para princípios cuja centralidade está na *performance* e na tempestividade, objetivando cumprir as metas de políticas públicas, devendo ser rentável (*COST-EFFECTIVE*) para o contribuinte nacional.

Como política do sistema, o Poder Executivo Americano deve **aceitar e gerenciar** o risco associado com a autonomia dos gestores para agir com independência, com base em julgamento próprio e sólida formação profissional. Considera-se que os custos de transação para o contribuinte norte-americano eliminar todos os riscos, são inalcançáveis e proibitivos. O principal cliente para o produto ou o serviço prestado pelo Sistema, são os usuários e gerentes de linha, agindo em nome dos contribuintes dos EUA.

A legislação norte-americana, em especial, está baseada em conceitos de cooperação e confiança; estabelece a dimensão apropriada para a função dos contratos, minimizando custos de transação. Faz a junção conceitual entre direito e sistema econômico, constituindo a base para o reconhecimento de que o **contrato é um meio de organização** da produção por meio do mercado de bens e serviços, entre o ente público e o particular, num ambiente institucional fortalecido por regras que buscam garantir a máxima eficiência, em que os benefícios ultrapassam os custos.

REFERÊNCIAS

- ACKERMAN, J. M. **Social Accountability in the Public Sector**. A Conceptual Discussion. Paper n.2 March, 2005. Disponível em <<http://siteresources.worldbank.org/INTPCENG/214574-1116506074750/20542263/FINALAckerman.pdf>>. Acesso em: 18 de set. 2009.
- ARAGÃO, C. V. de. Burocracia, eficiência e modelos de gestão pública: um ensaio. **Revista do Serviço Público**, Brasília, DF, ano 48, n. 3, set./dez. 1997.
- BEHN, R., O novo paradigma da gestão pública e a busca da *accountability* democrática. **Revista do Serviço Público**, Brasília. ano 49, n.4, out./dez. 1998.
- BROUSSEAU, É.; GLACHANT, J. **New Institutional Economics: a guidebook**. Cambridge University Press, 2008.
- COMISSÃO EUROPÉIA. Comprar Ecológico. **Manual de Contratos Públicos Ecológicos**. 2005. <<http://www.jacoby.pro.br/ManualdeContratosEcologicos.pdf>> Acesso em: 16 de dez. 2009.
- DLSG/SLTI/MP. (2008a). **Comprasnet – Portal de Compras do Governo Federal**. Brasília: Departamento de Logística e Serviços Gerais, Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão.
- DLSG/SLTI/MP. (2008b). **Estatísticas Gerais de Compras Governamentais**. Brasília: Departamento de Logística e Serviços Gerais, Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão.
- DLSG/SLTI/MP. (2010). **Comprasnet – Portal de Compras do Governo Federal**. <http://www.comprasnet.gov.br/publicacoes/manuais/MANUAL_DO_PREGAO_ELETRONICO-PREGOEIRO_JULHO_2006.pdf> Acesso em: 23 de mai. 2010.
- FAR - **Federal Acquisition Regulation**: <<https://www.acquisition.gov/FAR/>> Acesso em: 28 de abr. 2010.
- FERNANDES, C. C. C. **SIASG/Comprasnet: A Tecnologia da Informação na Gestão das Compras Governamentais na Administração Pública Federal Brasileira**. VIII Congresso Internacional Del CLAD sobre la Reforma del Estado y de la Administración Pública, Panamá, 28-31 Oct. 2003. <<http://unpan1.un.org/intradoc/groups/public/documents/CLAD/clad0047330.pdf>> Acesso em: 12 de dez. 2009.
- GUIMARÃES, E. P. **Compras Governamentais por Parte dos Estados Unidos, do Canadá e da União Européia: Uma Avaliação Exploratória da Viabilidade de Quantificação**. IPEA. Texto para Discussão n^o 943. Brasília, 2003.
- JUSTEN FILHO, M. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 9.ed. 2002.

LIMA, J. REDAÇÃO. Lei n. 8.666/93: 15 anos – Maturidade ou Obsolescência? **Revista o Pregoeiro**, Editora Negócios Públicos, Ano IV, Maio de 2008.

MOREIRA, H. C.; MORAIS, J. M. de. **Compras Governamentais: Políticas e Procedimentos na Organização Mundial de Comércio, União Européia, Nafta, Estados Unidos e Brasil**. IPEA. Texto para Discussão nº 930. Brasília, 2002.

MAJONE, G., Do Estado positivo ao Estado regulador: causas e conseqüências de mudanças no modo de governança. **Revista do Serviço Público - ENAP**, Ano 50, nº1, jan./mar. 1999, Brasília.

MELLO, G. R. de. **Estudo das Práticas de Governança: Instrumento de Controladoria para a Tomada de Decisões na Gestão dos Estados Brasileiros**. São Paulo, 2009. Tese (Doutorado em Ciências Contábeis) – Programa de Pós-graduação em Ciências Contábeis, Departamento de Contabilidade e Atuária, Faculdade de Economia, Administração e Contabilidade da Universidade de São Paulo.

OMC - ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO. **The Geneva Ministerial Declaration on global electronic commerce**.
http://www.wto.org/english/tratop_e/ecom_e/mindec1_e.htm> acesso em 07 de maio de 2010.

PEREIRA JUNIOR, J. T. **Comentários à Lei de Licitações e Contratações da Administração Pública**. 6ª. Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

PINHEIRO, A. C. e SADDI, J. **Direito, Economia e Mercados**. Rio de Janeiro: Campus/Elsevier, 2005.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO – TCU
<http://portal2.tcu.gov.br/portal/page/portal/TCU/dialogo_publico> Acesso em: 10 de mai. 2010.

LEGISLAÇÃO E NORMAS

BRASIL. Lei nº 8.666/93, de 21 de junho de 1993. **Diário Oficial** (da República Federativa do Brasil), Brasília, 22 de junho de 1993.
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8666cons.htm> versão atualizada, Acesso em: 05 de mai. 2010.

_____. Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002. Institui, no âmbito da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, nos termos do art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, modalidade de licitação denominada pregão, para aquisição de bens e serviços comuns e dá outras providências. **Diário Oficial** (da República Federativa do Brasil), Brasília, 17 de julho de 2002.
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10520.htm> acesso em 05 de maio de 2010.