

As contratações públicas e o Direito Regulatório
The Government Acquisition Process and the Regulatory Law

Submetido(submitted): 10/12/2017
Parecer(revised): 20/01/2018
Aceito(accepted): 07/03/2018

Celso Rodrigo Lima dos Santos*

Resumo

Propósito – Estabelecer relação entre o ambiente das contratações públicas, sob a perspectiva de seus problemas, e as Teorias da Regulação Responsiva, de Jonathan Kolieb, e Teorias da Captura, de George Stigler e David Martimort.

Metodologia/abordagem/design – Revisão bibliográfica de obras dos teóricos mencionados e constatações empíricas em base de dados de sistemas do governo federal, em especial o Cadastro Nacional de Empresas Inidôneas e Suspensas (CEIS) e do Sistema de Cadastro de Fornecedores (SICAF).

Resultados – apesar das diferenças entre o ambiente das contratações públicas e o regulatório, o modelo da regulação de Kolieb e alguns aspectos da teoria da captura podem colaborar na solução de alguns problemas das contratações públicas.

Implicações práticas – Propostas de renovação do modelo atual de contratações públicas, que tem se mostrado extremamente vulnerável a atos de corrupção e com potencial de nocividade à estabilidade do mercado.

Palavras-chave: problemas, contratações públicas, direito regulatório.

Abstract

Purpose – To establish a relationship between the government acquisition process and the Responsive Regulation Theories of Jonathan Kolieb and Capture Theories of George Stigler and David Martimort.

Methodology/approach/design – Bibliographical review of the aforementioned authors and empirical findings in a database of Brazilian federal government systems: National Registry of Inertial and Suspended Companies System (CEIS); and the Companies Registry System (SICAF).

Findings – Despite evident differences between the government acquisition process and regulation, the responsive model of Kolieb and some aspects of the capture theory may contribute to avoid pitfalls in the government acquisition process.

Practical implications – Renewal proposals for the current government acquisition process model, which has proven to be extremely vulnerable to acts of corruption and with great potential for harmfulness to market stability.

Keywords: problems, government acquisition process, Regulatory Law.

*Graduado em Direito e Pós-graduado (*lato sensu*) em Direito Administrativo e Gestão Pública pela Universidade Federal da Paraíba (UFPB); Pós-graduado (*lato sensu*) em Administração Pública (Finanças), pela Fundação Getúlio Vargas (FGV). Auditor de Controle Interno do Comando do Exército. E-mail: celso.rodrigo.lima.santos@gmail.com.

Introdução

Segundo o Cadastro Nacional de Empresas Inidôneas e Suspensas (CEIS)¹, até 07 de dezembro de 2017, existiam 5.518 (cinco mil quinhentos e dezoito) registros de pessoas jurídicas punidas, em sede de contratação pública, por entes da Administração de todas as esferas e níveis governamentais². Os participantes de certames públicos no Brasil estão sujeitos a penalidades administrativas de inequívoco caráter repressivo e com decorrências potencialmente graves. Não raros são os casos de pessoas jurídicas que encerram suas atividades, após serem sancionadas pelo ente público contratante, tamanha a repercussão na sua saúde econômica e imagem no mercado.

Esse quadro se torna ainda mais crítico, se considerarmos que, no atual cenário nacional, eventuais prejuízos sofridos pela pessoa jurídica não se confinam a sua esfera patrimonial ou de seus dirigentes e proprietários, mas, inevitavelmente, desencadeiam reflexos econômicos e sociais que extrapolam em muito seu entorno, sobretudo no caso de micro e pequenas empresas³.

Malgrado a repressividade das regras sancionadoras a que estão submetidos os licitantes e contratados, constata-se nelas tipos vagos, permeados por conceitos jurídicos indeterminados e, por vezes, desarticulados das respectivas penas. Esse panorama abre margem para que o gestor, diante do caso concreto, exerça uma subsunção elástica da conduta do particular à norma sancionadora e, em alguns casos, escolha livremente a espécie de sanção e a gradação a ser aplicada, com base no cardápio disponibilizado pelas normas licitatórias. Ou seja, um panorama propício para situações de incoerência e corrupção⁴. O mais grave é que esta situação tende a se perpetuar, haja vista que o Projeto da nova Lei de Licitações e Contratos – PLS 559/2013 (BRASIL, 2017h) - que revogará os diplomas atuais, segue neste mesmo sentido.

Paralelamente a este cenário, o mundo jurídico vem acompanhando o Direito Regulatório se sustentar como ramo especializado, como parece afirmar Aranha (2015), distanciando-se, cada vez mais, de suas origens no Direito Administrativo clássico - onde se encontra a disciplina das contratações públicas - ao mesmo tempo em que representa a reaproximação deste último com a realidade social, por mais paradoxal que isso possa parecer.

O presente artigo pretende explorar a relação existente entre o ambiente das contratações públicas brasileiro e o Direito Regulatório, especialmente no que

¹Portal da Transparência (2017).

²Administração direta e indireta da União, estados, municípios e distrito federal.

³Segundo José Ricardo Veiga, Secretário Especial da Micro e Pequena Empresa, do Governo Federal (VEIGA, 2016), este “segmento empresarial representa hoje 53% dos postos de trabalhos privados do país”.

⁴Entenda-se como aqueles tipificados no Art. 5º, da Lei nº 12.846/13 - Lei Anticorrupção (BRASIL, 2017f).

diz respeito à Teoria da Regulação Responsiva, de Jonathan Kolieb, e a Teoria da Captura Regulatória, sob a perspectiva de George Stigler e David Martimort.

Para atingir este objetivo, o presente estudo será segmentado em três partes. Na primeira, será apresentado o ambiente das contratações públicas, sob o enfoque das sanções administrativas, abordando seus problemas e nuances mais relevantes. Na segunda parte do trabalho, serão abordados aspectos do Direito Regulatório relacionados às teorias mencionadas. E, por fim, na terceira parte, será estabelecida uma relação entre as contratações públicas e as teorias regulatórias, sob a perspectiva da contribuição destas últimas para o ambiente das contratações.

O ambiente das contratações públicas no Brasil

Como se dão as contratações públicas?

As contratações públicas, no Brasil, transcorrem em duas fases. A primeira é a licitatória que poderá se dar nas modalidades Carta-convite, Tomada de Preços, Concorrência, Pregão⁵ e no Regime Diferenciado de Contratações (RDC)⁶. As três primeiras modalidades são regidas pela própria Lei Geral de Licitações e Contratos Públicos, a Lei 8.666/93 (BRASIL,2017b), enquanto que o Pregão (seja na forma presencial ou eletrônica) e o RDC contam com normas especiais, a Lei 10.520/02 (BRASIL, 2017c) e a Lei 12.462/11 (BRASIL,2017d), respectivamente.

A fase licitatória consiste em uma sequência de procedimentos administrativos ritualizados que se destinam à escolha da proposta mais vantajosa para Administração⁷. O particular, detentor dessa proposta, sagrar-se-á vencedor do certame e estará apto a ser contratado pela Administração. Celebrada a contratação⁸, o processo ingressa na segunda fase, a contratual (propriamente dita), que segue sob a luz dos mesmos diplomas legais que regem as respectivas fases licitatórias. Na fase licitatória, o particular pode ser chamado de “licitante” e na fase contratual, de “contratado”⁹.

5 A modalidade Pregão pode ocorrer na forma presencial ou eletrônica, embora, na esfera federal, por força do Decreto nº 5.450/01 (BRASIL a), este último ter que ser preferencialmente adotado.

6 A escolha da modalidade obedece a diversos critérios que passam pelo valor da contratação e/ou natureza do objeto do certame.

⁷ Cabe ressaltar que há situações em que a Administração poderá contratar sem a realização de licitação, tratam-se dos casos de dispensa (Art. 17, 24, 48, §3º, da Lei 8666/93 - BRASIL b) e inexigibilidade (Art. 25, da Lei 8666/93 – BRASIL, b) do certame. Todavia, são situações excepcionais e que, portanto, não serão o foco do artigo.

⁸ De acordo com certos critérios e condições, poderá se dar pela celebração de um Termo de Contrato, Carta-contrato ou tão somente pela assinatura da Nota de Empenho.

⁹ Ou contratada, em concordância com empresa (empresa contratada).

Portanto, salvo as exceções já mencionadas, sempre que a Administração Pública pretender contratar com particulares, seja para adquirir bens ou serviços, realizar obras, alienar ou ceder o uso de bens públicos, deverá se submeter aos ritos mencionados. Isto posto, para fins didáticos, sempre que se referir, no decorrer no presente trabalho, ao “processo de contratação pública” ou expressões correlatas, está a se mencionar não só a fase contratual (propriamente dita), como pode parecer, mas também à fase licitatória.

As regras administrativamente sancionadoras no ambiente das contratações públicas

No presente artigo, denominam-se regras administrativamente sancionadoras (ou expressão similar) as normas que definem infrações e sanções administrativas aplicáveis àqueles que participam da fase licitatória e contratual dos certames governamentais. A escolha da expressão tem por objetivo distinguir essas regras daquelas de natureza penal, que estão presentes na Lei Geral de Licitações e Contratos¹⁰.

Feita essa breve explicação, passa-se à apresentação das referidas regras, destacando as peculiaridades que mais interessam aos objetivos deste estudo.

Lei 8666/93 (BRASIL, 2017b)

Os particulares que ingressam em licitações na modalidade carta-convite, tomada de preço ou concorrência – modalidades regidas exclusivamente pela Lei Geral - se submetem às normas administrativamente sancionadoras dispostas entre os Art. 81 e 88, da Lei 8666/93. O interesse deste trabalho exige que se comentem brevemente o Art. 87 e 88.

O Art. 87 trata de infração administrativa própria da fase contratual: a inexecução do contrato, seja essa parcial ou total. O dispositivo oferece um cardápio de sanções possíveis para este caso, iniciando com a simples advertência e segue com: a multa; a suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração, por prazo não superior a 2 (dois) anos; e a declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública. A multa pode ser aplicada cumulativamente com as demais espécies sancionatórias.

Percebe-se que o Art. 87 oferece hipóteses infracionais bem definidas (atraso e inexecução parcial ou total do contrato). Todavia, no que diz respeito à cominação, o referido dispositivo deixa para o gestor¹¹ escolher entre as quatro

¹⁰ Por exemplo, os Art. 83, 85 e 89 a 108.

¹¹ A expressão “gestor” neste artigo deve ser entendida como o indivíduo ou grupo de indivíduos integrantes da máquina pública - ainda que transitoriamente – com poderes para expedir atos administrativos específicos.

espécies sancionatórias e a gradação do valor da multa e do tempo da suspensão temporária a ser aplicada ao particular.

O Art. 88 dispõe que o “Impedimento de Licitar” e a “Declaração de Idoneidade” (Inc. III e IV, do Art. 87) também podem ser aplicados aos particulares que, “em razão dos contratos regidos pela lei”, tenham: a) praticado atos ilícitos, visando frustrar os objetivos que motivaram a licitação (Inc. II, Art. 88); ou b) tenham demonstrado não possuir idoneidade para contratar com a Administração em virtude de atos ilícitos praticados (Inc. III, Art. 88)¹².

Por fim, observa-se que o Art. 88 traz tipos administrativos de suporte fático impreciso como os “atos ilícitos, cuja prática tenha visado frustrar os objetivos do certame” e a “demonstração de inidoneidade em face da prática de ato ilícito”. A abertura dessas hipóteses infracionais possibilita a subsunção, por parte do gestor sancionador, das mais variadas condutas dos participantes do processo de contratação, algo que se potencializa, se considerada a dificuldade de identificar qual fase do processo de contratação o dispositivo efetivamente pretendeu alcançar.

Lei 10.520/02 (BRASIL, 2017c) e Lei 12.462/11 (BRASIL, 2017d)

A Lei 10.520/02, a Lei do Pregão, estabeleceu, em um único dispositivo (o Art. 7º), as hipóteses infracionais e as penalizações referentes tanto à fase licitatória, como à fase contratual. A Lei 10.520 foi econômica também nas espécies de penas. Há somente duas: o “impedimento de licitar ou contratar com a Administração Pública por até cinco anos” e a “multa”, esta podendo ser aplicada cumulativamente com a primeira.

Analisando as hipóteses infracionais do Art. 7º, é possível destacar a imprecisão da expressão “modo inidôneo”, o que torna extremamente amplo o espectro de condutas passíveis de subsunção ao referido tipo administrativo. No plano sancionatório, pode-se dizer que a Lei do Pregão confiou ao senso de proporcionalidade do gestor a decisão sobre o tempo em que o particular ficará impedido de licitar e contratar com a Administração Pública e o valor da multa.

As regras administrativamente sancionadoras do RDC – Lei nº 12.462/11 - estão dispostas no Art. 47, do referido diploma. Nada obstante o mencionado dispositivo ser estruturalmente diferente do Art. 7º, da Lei do Pregão, apresenta praticamente as mesmas hipóteses infracionais, penas e tipos abertos deste último,

¹²Discute-se a respeito de qual fase da contratação pública que o Art. 88 alcançaria efetivamente. Filho, M. J. (2008, p. 824) identifica, neste dispositivo, hipótese infracional capaz de ocorrer tanto na fase licitatória, quanto na contratual. Em sentido oposto, Filho J. S. C. (2014, p. 306) afirma que a Lei 8666/93 “não contemplou infrações e sanções administrativas expressas para condutas ilegais ocorridas no procedimento licitatório, limitando-se a prevê-las para o caso de inadimplemento de contratos”.

de forma que os apontamentos consignados para a Lei 10.520/02 valem também para o Art. 47, da Lei do RDC.

PLS 559/2013 (BRASIL, 2017h)

Esse Projeto de Lei (PL) teve origem no Senado e atualmente tramita na Câmara dos Deputados (PL 6814/2017 – BRASIL,2017g). A proposta é revogar os três diplomas legais atualmente em vigor, unificando as normas de licitações e contratos.

Apesar de algumas modificações importantes na atual redação do projeto, é possível constatar que, no que diz respeito às regras administrativamente sancionadoras, o quadro continuará o mesmo. A confiança depositada no gestor para a escolha da espécie e gradação sancionatória e a ocorrência de tipos administrativos imprecisos continuam a marcar presença no texto do projeto¹³. Esse prognóstico, aliado a questões relativas à transparência dos processos punitivos – que serão vistas no próximo tópico - colabora para um ambiente de insegurança nos processos de contratações públicas, aspecto que será explorado mais à frente.

Como se dá atualmente a publicização das sanções administrativas aplicadas no ambiente das contratações públicas da União?

As sanções aplicadas aos particulares, em sede de processos de contratações pública conduzidos pelos órgãos federais, são veiculadas no Cadastro de Empresas Inidôneas e Suspensas (CEIS) e no Sistema de Cadastro de Fornecedores (SICAF). O CEIS foi instituído pelo Art. 23, da Lei 12.846/13 (BRASIL,2017f) - a Lei Anticorrupção - e corresponde a um pacote de medidas adotadas pelo Brasil por força de acordos internacionais. É de acesso público e disponibilizado na web¹⁴. Consiste, como consta na sua página, em um banco de informações, mantido pelo Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria-Geral da União, que consolida a lista das empresas e pessoas físicas que sofreram punições restritivas do direito de participar de licitações ou de celebrar contratos com a Administração Pública. O CEIS abarca as sanções previstas nas Leis 8.666/93, 10.520/02, e 12.462/11 e ainda aquelas preconizadas em diplomas estaduais, municipais e específicos de autarquias.

A busca no CEIS pode ser livre ou filtrada pelo CNPJ/CPF, razão social do particular ou tipo de sanção. A pesquisa, seja livre ou filtrada, informará: o CNPJ; a razão social; o tipo de sanção; a data de início, fim e publicação da pena;

¹³Alguns inclusive “*ipsis litteris*” aos consignados nos atuais diplomas como “comportar-se de modo inidôneo” ou “praticar atos ilícitos visando a frustrar os objetivos da licitação”.

¹⁴Portal da Transparência (2017).

o nome, endereço e contatos do órgão que a aplicou; a transcrição do dispositivo que fundamentou a decisão punitiva; e o Diário Oficial onde se deu a publicação da ocorrência¹⁵.

O SICAF também conta com página na web¹⁶, todavia gerenciada pelo Ministério do Orçamento Planejamento e Gestão (MPOG). Oferece dois tipos de acesso, um público e outro restrito a gestores públicos e órgãos de controle¹⁷. Por meio do acesso público é possível, informando o CNPJ/CPF, saber se o particular se encontra ou não com restrições para licitar ou contratar com a Administração Federal. Todavia, a página não retorna maiores informações quanto à espécie (ou tipo) de sanção, vigência e etc. Evidente, portanto, a limitação das informações disponibilizadas pelo SICAF (na modalidade acesso público), se comparadas àquelas oferecidas pelo CEIS.

O acesso restrito do SICAF se dá mediante senha e exige um cadastramento prévio dos agentes estatais que o integram¹⁸. Em linhas gerais, ele traz as mesmas informações do CEIS, acrescido ainda da “Descrição/Justificativa” da sanção (MPOG, 2011, p. 83-88), campo preenchido pelo gestor. Como é intuitivo, neste campo, o gestor deve descrever as razões que o levaram a punir o licitante/contratado.

Apesar da importância das informações disponibilizadas tanto pelo CEIS, como pelo SICAF, o nível de transparência ainda carece de ampliação. O campo “Descrição/Justificativa”, por exemplo, não é disponibilizado ao grande público, mas tão somente a agentes estatais, por meio do acesso restrito do SICAF. O acesso às manifestações dos particulares sancionados, apresentadas por ocasião dos respectivos processos administrativos de punição, seria extremamente útil para aprimorar a aferição, por parte dos órgãos de controle, da legitimidade das penas aplicadas. Todavia, esta informação não é disponibilizada por nenhum dos sistemas em funcionamento e aquilo que mais se aproximaria desses dados é o campo “Descrição/Justificativa” que, como visto, passa pelo filtro do gestor¹⁹, portanto uma versão unilateral dos fatos e argumentos que justificaram a sanção²⁰.

Essas limitações no plano transparência, aliadas às, já tratadas, questões relativas à abertura dos tipos administrativos e falta de parâmetros para escolha e gradação das penas, contribui para um cenário de riscos à segurança jurídica dos licitantes e contratados, assunto que será objeto dos próximos tópicos.

¹⁵No caso da pesquisa livre, a busca retornará a lista de todos os particulares com alguma restrição à participação em licitações ou contratos públicos.

¹⁶Comprasnet (2017).

¹⁷Particulares também podem acessar esse sistema, todavia com finalidade e acesso distinto dos agentes estatais (MPOG, 2011).

¹⁸Aba “acesso restrito” no Comprasnet (2017).

¹⁹Como visto em linhas anteriores, é o gestor que preenche o referido campo.

²⁰Sem mencionar que nada impede que esse campo seja preenchido de forma rasa, sem maiores detalhes.

Risco de incoerência no sancionamento de particulares

É legítimo que cidadãos conviventes em sociedades fundadas no Estado de Direito esperem um tratamento isonômico e congruente por parte da Administração Pública. Tal expectativa é fator de estabilização social. Valendo-se de concepções da Teoria da Autolimitação Administrativa, especificamente das ferramentas teóricas trabalhadas por Pielow (1997), pode-se afirmar que a harmonia entre as decisões administrativas, sobretudo as sancionatórias, é capaz de gerar um mínimo de cristalização, tornando previsíveis posicionamentos futuros dos órgãos governamentais, o que colabora para um ambiente de segurança jurídica aos olhos dos administrados.

Todavia, o cenário brasileiro das contratações públicas tem grande potencial para desafiar essas concepções. A imprecisão textual de alguns tipos administrativos abre a possibilidade, por exemplo, para que uma conduta seja subsumida à determinada regra sancionadora por parte de um órgão, enquanto que outro órgão venha a encarar essa mesma conduta como atípica. Algo semelhante pode acontecer no plano do sancionamento, onde a inexistência de parâmetros objetivos para a escolha e gradação das sanções pode fazer com que uma mesma conduta infratora, cometida sob as mesmas condições e circunstâncias, redunde em penalizações discrepantes.

Este quadro cria um ambiente de insegurança jurídica entre licitantes e contratados de consequências diversas, como o desinteresse do particular em contratar com o Estado até a desestabilização de mercados regionais. Ambas potencialmente problemáticas, se considerados os possíveis impactos na prestação de serviços públicos e na economia²¹.

O compartilhamento, entre órgãos governamentais, de processos administrativos de penalização de licitantes e contratados parece se mostrar como uma solução plausível para minimizar os riscos de incoerências no sancionamento desses particulares. Conhecer o tratamento que outros órgãos vêm dispensando a condutas parecidas dos licitantes e contratados pode ser útil para referenciar o gestor encarregado de processo de punição. Se essa troca de informações fosse possível, a Administração caminharia no sentido de uma autolimitação, ao estilo pielowiano, na medida em que fosse, pouco a pouco, conformando um banco de jurisprudência administrativa. Mas, para que esse nível de coerência pudesse ser alcançado, seria necessário que os órgãos acessassem os processos administrativos em sua plenitude, isto é, tendo contato com as razões e meios de provas produzidas por particulares e Administração. Todavia, as configurações

²¹Basta imaginar o que ocorreria se o fluxo de suprimentos de hospitais e escolas públicas fosse interrompido pela ausência de particulares dispostos a fornecer para o Poder Público. Ou se a empresa penalizada se ver obrigada a encerrar suas atividades, ensejando desemprego e outras decorrências de ordem concorrencial.

atuais dos sistemas disponíveis, como já apresentado, não oferecem ferramenta com este nível de acesso e a troca física destes processos não parece ser algo eficiente e até mesmo viável.

Por fim, outra decorrência importante da imprecisão de alguns tipos administrativos e a falta de parâmetros das penalizações é o advento de um ambiente propício para o engendramento de atos de corrupção, assunto que será abordado no próximo tópico.

Risco de corrupção do processo de contratação

A indefinição de alguns tipos administrativos e a falta de parâmetros para aplicação de sanções abre caminho para que se penalize, de forma relativamente livre, um amplo espectro de condutas praticadas por licitantes e contratados. A partir disso, é possível dizer que, se manejadas com má-fé, normas como essas podem se transformar em ferramentas para a prática corruptiva. Em outras palavras, as regras que deveriam coibir ilícitos, acabam por favorecê-los.

A cobrança de benefícios pessoais, como condição para não punir o licitante ou contratado, ou a penalização de um particular para tirá-lo do processo de contratação (ou até do mercado), favorecendo outro de interesse pessoal do gestor são alguns exemplos de atos de corrupção que os tipos abertos e a falta de parâmetro para a aplicação de sanções podem promover.

Esta realidade ganha ainda mais relevo quando se considera a dificuldade para o efetivo controle dos processos de sancionamento de licitantes e contratados. Como já visto, as informações atualmente disponibilizadas pelo CEIS e SICAF (acesso restrito) são pouco úteis no cenário de controle. Mesmo se o campo “Descrição/Justificação”, do SICAF, fosse preenchido com um relato detalhado da conduta tida por infratora e as condições e circunstâncias que a envolveram, ainda assim, não passaria de um pronunciamento unilateral do gestor, além de ocultar eventuais meios de prova importantes para uma compreensão imparcial do caso.

A forma mais segura para se aferir a lisura da aplicação de sanções administrativas a particulares parece ser por meio da análise do processo administrativo que a sustentou. Através dele, será possível verificar se o particular pôde exercer satisfatoriamente seu direito ao contraditório e à ampla defesa, além de conhecer as razões e meios de provas de ambas as partes, particular e Administração. Todavia, para que os órgãos de controle tenham acesso a essas informações, é preciso requisitar ao órgão sancionador o respectivo processo administrativo, muitas vezes fisicamente. Como se vê, um percurso pouco prático em dias de informação instantânea e de engenhosidade corruptiva cada vez mais sofisticada.

Assim, encerra-se a primeira parte do trabalho, esperando ter apresentado as principais nuances e problemas do ambiente das contratações públicas brasileiras, relacionadas ao tema proposto. Seguindo a sequência já anunciada na introdução deste artigo, o próximo tópico tratará os aspectos do Direito Regulatório de maior relevância para a conclusão pretendida por este estudo.

O Direito Regulatório

A partir das ideias de Aranha (2015), pode-se dizer que o Direito Regulatório tem por objeto de estudo a “regulação”, que, em sentido amplo, se caracteriza pela intervenção do Estado em setores essenciais para o atendimento das demandas sociais. Uma das marcas do Direito Regulatório é a proposta de maleabilidade do Direito (em especial o Direito Administrativo) para se adaptar às mudanças do mundo, que se mostram cada vez mais lestras. Embora não se restrinja ao estudo da regulação desenvolvida em Estados Reguladores, é inegável que foi a partir dos influxos do modelo de regulação por intervenção indireta, adotada em Estados dessa natureza, que o Direito Regulatório vem ganhando sustentação a ponto de ser cogitado como ramo especializado de estudo, distanciando-se, cada vez mais, das suas origens no Direito Administrativo clássico, onde está inserido o ambiente das contratações públicas.

As diferenças entre as contratações públicas e o ambiente regulatório - onde se dá o fenômeno da regulação - são marcantes e se tornam ainda mais evidentes se cotejadas sob a perspectiva da relação Estado/Mercado, sobretudo se considerada a forma de regulação presente no modelo de Estado Regulador.

No ambiente regulatório proposto, o Estado ingressa no mercado como coordenador, controlando e gerenciando, de forma perene, os interesses contrapostos dos diversos atores. Mais do que isso, sem abandonar sua posição de potestade²², o Estado Regulador lança mão do mercado como aliado na garantia

²²Essas prerrogativas conferidas ao Estado se justificam pela sua legitimidade em escudar os interesses da sociedade. Importante salientar que os interesses públicos que justificam o gozo de algum privilégio ou o exercício exclusivo de certos poderes pela Administração, seja na fase licitatória ou contratual, são aqueles, tidos como interesses públicos primários, nos termos da visão de Alessi (1970). Muito resumidamente, pode-se dizer que, na compreensão deste autor, o interesse público primário emana do próprio texto constitucional. Coincide com a realização de políticas públicas voltadas para o bem-estar social e com medidas úteis à coletividade, sejam elas voltadas para atender demandas ordinárias (utilidade pública) ou de urgência (necessidade pública). Essa categoria de interesse justifica o regime jurídico administrativo e pode ser compreendida como o próprio interesse do corpo social. Está ligado aos objetivos do Estado, como instituição permanente, e não a escolhas transitórias de mera conveniência de governos, mas sim determinações que em breves palavras, aqueles que decorressem diretamente dos mandamentos constitucionais. O interesse público secundário, por sua vez, decorre do fato de que o Estado também é uma pessoa jurídica e pode ter interesses próprios, particulares.

dos direitos fundamentais, inclusive os prestacionais. Faz isso por meio, por exemplo, das Concessões de Serviços Públicos e Parcerias Público-Privadas.

Nas contratações públicas, o Estado ingressa no mercado de forma transitória, com o fim de realizar negócios públicos²³ com data para início e término. Assim como no ambiente regulatório, o Estado também goza de potestade quando realiza contratações, sendo-lhe reconhecido poderes para, por exemplo, inserir cláusulas exorbitantes nos ajustes celebrados e aplicar sanções administrativas. A diferença é que nas contratações públicas, o Estado interage com os demais atores não como regulador, mas como um dos interessados diretos pelo desfecho satisfatório do negócio público ali desenvolvido.

Valendo-se da linguagem processual, parece acertado afirmar *metaforicamente*, que, na arena das contratações públicas, o Estado é uma das *partes* interessadas, enquanto que na regulação, o Estado desempenharia um papel mais dirigente, algo que poderia se assemelhar ao de um conciliador.

Malgrado às dessemelhanças, há pontos de contato entre esses dois ambientes que permitem e incentivam o compartilhamento de experiências entre eles. Compreendendo que o Direito Regulatório corresponde a uma versão autônoma de modernização do Direito Administrativo clássico, onde o primeiro representaria uma reaproximação do segundo à realidade social, como parece afirmar Aranha (2015), é natural que o Direito Administrativo clássico busque no Direito Regulatório algumas inspirações de renovação.

Sob este enfoque, nas próximas linhas, abordam-se duas teorias do Direito Regulatório que detêm grande potencial para, pelo menos, provocar reflexões a respeito do modelo atual de contratações públicas, adotado no Brasil. Sendo mais otimista, pode-se apostar que estudos mais aprofundados das teorias, a seguir, apontem na direção de uma mudança cultural por parte de gestores, órgãos de controle e legislativo, promovendo renovações importantes no cenário das licitações e da execução dos contratos celebrados pelo Poder Público.

A Teoria da Regulação Responsiva de Kolieb

Existem várias teorias que, cada uma a seu modo, busca explicar a regulação. A Teoria da Regulação Responsiva, ou simplesmente responsividade, é uma delas.

Ian Ayres e John Braithwaite foram alguns dos precursores da Teoria da Regulação Responsiva. Seguindo na linha da tradição de Luhman e Habermas,

Estes interesses existem e devem conviver no contexto dos demais interesses individuais. De regra, o interesse secundário tem cunho patrimonial, tendo, como exemplos, o pagamento de valor ínfimo em desapropriações, a recusa no pagamento administrativo de valores devidos a servidor público, a título de remuneração.

²³Aquisição de bens e serviços, realização de obras, cessões ou alienações de bens.

refinada por Gunther Teubner, estes autores buscaram conceber um modelo regulatório que superasse a abordagem tradicional de comando e controle. Para eles, a regulação deve se dar em um ambiente dialógico entre regulador e regulado, criando mecanismos que incentivem este último a cumprir espontaneamente as regras do setor (ARANHA, 2015).

Ayres et Braithwaite (1995) utilizam o desenho de uma pirâmide (“enforcement pyramid”) para auxiliar a explicar sua concepção da Teoria da Regulação Responsiva. Resumidamente, na base da pirâmide, encontram-se os mecanismos de incentivo à autorregulação, que consistem em estratégias voltadas a persuadir o regulado a aderir às normas-metas do setor espontaneamente. No topo da pirâmide, por outro lado, estão as normas-sanção (o grande porrete, “the big stick”) para o caso do regulado não atender às normas-metas. Sob esta ótica, para os sobreditos autores, na base da pirâmide estariam os atores regulados virtuosos e no ápice, os atores regulados irracionais/incompetente.

Posteriormente, John Braithwaite, Toni Makkai e Valerie Braithwaite complementaram o modelo original, ora apresentado, com uma nova pirâmide, ligada à primeira: a pirâmide baseada em pontos fortes. A proposta seria valorizar mais os incentivos (BRAITHWAITE et al., 2007)

Em 2015, Jonathan Kolieb publica artigo na Monash University Law Review (Kolieb, 2015), onde propõe uma releitura²⁴ do desenho regulatório dos sobreditos autores. A proposta de Kolieb (2015) é um modelo que valorizasse menos a adesão às normas-metas do setor e mais a busca por uma melhoria contínua do desempenho do regulado, o que significaria ir cada vez mais além das normas-metas.

Para Kolieb (2015), essas normas-metas devem ser entendidas como padrões comportamentais mínimos, cuja superação, por parte do regulado, deverá ser constantemente encorajada pelo regulador. A mudança de perspectiva pode ser sutil, mas é muito relevante, pois enquanto que as normas-metas, para Braithwaite e os co-autores mencionados, seriam o fim a ser atingido pelo regulado, para Kolieb (2015) essas seriam padrões comportamentais mínimos a serem superados pelo regulado.

Sob esta perspectiva fica claro que, para Kolieb (2015), a verificação da adesão aos padrões mínimos de comportamento, vale dizer, a “compliance”, é importantíssima, mas revela apenas uma referência para a atuação do regulado e a observância do regulador. Nunca a finalidade última da regulação. Aliás, a definição do posicionamento das normas-metas, no desenho regulatório, é outro ponto importante da proposta de Kolieb (2015).

²⁴Como o próprio Kolieb (2015, p. 150-51) afirma, sua proposta não é revolucionária, mas evolucionária, baseada em décadas de trabalho acadêmico de Braithwaite e coautores. Ressalta, inclusive, que adere aos princípios da responsividade dos mencionados autores.

O autor propõe um modelo regulatório em formato de diamante (“Regulatory Diamond”). Na linha média do diamante (um losângulo), estariam: as normas que estabelecem os padrões mínimos de comportamento (“minimum standards”); e os regulados que se restringem a cumpri-las, em outras palavras, aqueles que não fazem nem mais, nem menos que os padrões mínimos.

Na parte inferior do diamante, estariam os regulados irracionais/incompetentes, assim considerados aqueles que não atingem os padrões mínimos exigidos pelo regulador. Essa parte do diamante corresponde ao ambiente onde a “compliance” se mostra mais importante (“compliance regulation”). Nela, a principal preocupação é identificar os pontos de não adesão, por parte do regulado, e fazer com que este os atinja. Quanto mais próximo da ponta inferior do diamante, mais irracional/incompetente será o ator regulado e mais sujeito às sanções estará. Por falar em sanções, as normas punitivas estariam na ponta inferior do diamante.

A parte superior do diamante, como afirma Kolieb (2015), é o que dá o tom otimista de sua proposta. Nela estariam os regulados que superassem os padrões mínimos estabelecidos pelo regulador. São aqueles que o autor denomina de atores virtuosos. Quanto mais afastado da linha média, indo na direção superior do diamante, mais virtuoso seria o ator regulado. Nesta parte da pirâmide, a preocupação maior do regulador não é com a “compliance”, mas manter a propulsão do regulado em buscar a melhora contínua. Por tudo isso, Kolieb (2015) chama o ambiente da parte superior de “aspirational regulation”.

A onerosidade da punição

Reforçando a máxima de Braithwaite e co-autores, Kolieb (2015) afirma, quase como um mantra, que a punição é sempre mais onerosa que o diálogo e o incentivo, portanto, o apelo às normas sancionatórias, situadas na ponta inferior do diamante, deve ser sempre a última “ratio”. Antes da punição, mecanismos de recompensa e diálogo devem ser utilizados em todos os seguimentos do diamante (parte baixa, média ou superior). Na parte inferior, os incentivos tencionarão encorajar o regulado a, pelo menos, aderir às normas que estabelecem os padrões mínimos estabelecidos para o setor. Na linha média e parte superior do diamante, o objetivo será sempre aspiracional, vale dizer, a busca por uma melhora contínua da atuação do regulado.

Teoria da Captura Regulatória

Em linhas gerais, entende-se por captura regulatória a possibilidade da regulação deixar de perseguir o interesse público e ser conduzida em prol dos interesses exclusivos do regulado.

Há alguns teóricos que se debruçaram sobre o tema, todavia, selecionou-se, para o presente trabalho, em face da afinidade com a proposta ora em desenvolvimento, as ideias de Stigler (1971) e Martimort (1999). Stigler (1971), economista representante da Escola de Chicago, foi o precursor da Teoria da Captura Regulatória. São deles as ideias de onde partiram as demais teorias, sejam essas em tom de crítica ou aprimoramento. Segundo Stigler (1971), os agentes reguladores tendem a buscar seu benefício pessoal e os regulados os melhores resultados para sua corporação. Quando estes interesses se encontram, convergem-se na direção de uma atuação do regulado e regulador, voltada exclusivamente para seus propósitos particulares, em detrimento do interesse público. Isso ocorre, por meio da cooptação do agente regulador, através de subornos ou favores.

Por mais que a população buscasse reverter o jogo, capturando o regulado a seu favor, seria extremamente improvável o sucesso desse empreendimento, pois exigiria uma articulação de difícil execução, em face da dispersão de interesses e numerosidade do grupo.

Martimort (1999), da Escola Francesa, vê a captura regulatória sob uma perspectiva diferente. Para ele, o regulador tem um comportamento exemplar no início das suas atividades, perseguindo o interesse público diuturnamente. Faz isso em face da vigilância exercida pela sociedade.

Todavia, com o tempo, a sociedade e o governo relaxam, porém, os grupos de interesse, constituído pelos regulados, mantêm-se alerta e pressionam o agente regulador até capturá-lo.

A conclusão das duas teorias é que o controle social se revela como a principal ferramenta para coibir a captura dos regulados.

A Relação entre as Contratações Públicas e as Teorias Regulatórias

Teoria da Captura Regulatória e as Contratações Públicas

Assim como reguladores estão suscetíveis a serem capturados pelos regulados, passando a exercer a regulação em proveito destes, os gestores envolvidos em processos de contratações públicas estão sujeitos à cooptação dos licitantes e contratados, dispensando-lhes, ilegalmente, vantagens em troca de benefícios para si ou para outrem.

São frequentes os casos, na mídia, judiciário e tribunais de contas que confirmam esta prática. O oferecimento de benefícios a gestores, por parte do particular, com fins de retirar do processo de contratação – quiçá do mercado – seus concorrentes é um dos exemplos, já citado neste artigo, de ato de corrupção

passível de ocorrer, graças à frouxidão de algumas regras administrativamente sancionadoras²⁵.

Práticas desta natureza constituem atos de alta reprovabilidade social, com previsão em mais de uma norma do ordenamento jurídico e sempre remetida às mais severas cominações, seja contra o gestor, seja contra o particular²⁶. Entretanto, ao que parece, a ameaça do sancionamento não tem sido suficiente para a prevenção destes casos. No que diz respeito ao gestor capturado, uma das explicações para a suposta ineficiência do aparato sancionatório pode estar no perfil psicológico e nas circunstâncias vivenciadas pelo referido agente público.

Pesquisas desenvolvidas pela “Association of Certified Fraud Examiners” (ACFE, 2016)²⁷ apontam alguns fatores de ordem psicológica e circunstancial que podem contribuir para elucidar o “destemor”, demonstrado pelo gestor capturado, para com as sanções a que estaria sujeito, caso fosse descoberto. São quatro: a autoconfiança, a racionalidade, a necessidade e a oportunidade. Segundo os estudos, os fraudadores²⁸ apresentam um elevado grau de racionalidade e autoconfiança, a ponto de convencerem a si mesmos, de que os ilícitos, no fundo, são cruciais para seus propósitos e que dificilmente serão identificados. A necessidade costuma se manifestar pelo desejo de reconhecimento (profissional, social e familiar) e em face de dificuldades financeiras. Tem grande potencial para funcionar como fator de pressão psicológica, levando indivíduos a relativizarem suas convicções pessoais de licitude. Por fim, a oportunidade, que funciona como um importante componente circunstancial da fraude e, na maioria dos casos pesquisados, está relacionado ao poder confiado ao indivíduo. Segundo os estudos, quanto mais poder, maior será a suscetibilidade à fraude.

Trazendo os resultados da pesquisa da ACFE (2016) para o cenário das contratações públicas brasileiras, é possível extrair conclusões interessantes. A primeira é a confirmação de que o modelo de contratações adotado pelo Estado

²⁵A expressão “frouxidão” se refere tanto à imprecisão dos tipos administrativos, como a ausência de parâmetros de penalização, características de algumas normas sancionadoras que vem sendo tratadas no decorrer deste artigo.

²⁶Lei Anticorrupção, a Lei de Improbidade, o Código Penal e a própria Lei Geral de Licitações.

²⁷“Report to the Nations on occupational fraud and abuse”, pesquisa periódica produzida pela ACFE, voltadas para a detecção de fraudes durante as atividades de auditoria e controle, tanto do seguimento privado, como governamental.

²⁸A literatura de Auditoria e Controle utiliza a expressão “fraudador” para se referir ao indivíduo que pratica ato ilícito com fins de obter vantagens, valendo-se de meios sorrateiros e desenfados para despistar a atenção daqueles que poderiam denunciá-lo. Sob a ótica das contratações públicas abordada neste trabalho, o fraudador poderia ser o gestor que, capturado pelo particular, cria meios de oferecer-lhe vantagem, ou ainda, como será mencionado mais a frente, o gestor que age ativamente, extorquindo licitantes e contratados, por exemplo.

brasileiro revela um risco alto de fraude, se considerados os aspectos tratados neste artigo, precipuamente, a dificuldade de controle e o superpoder sancionatório, conferido ao gestor em face da abertura de alguns tipos administrativos e pela falta de parâmetros de penalização.

Uma segunda conclusão é que a função preventiva das sanções contra o gestor, estabelecidas no regramento especializado, tem um impacto minimizado, quando se trata do combate à captura no ambiente das contratações públicas brasileiras. Valendo-se das lições de Stigler (1971) e Martimort (1999), é plausível afirmar que o controle social, em cenários como o retratado, parece potencializar a eficácia da função preventiva das sanções, sobretudo em tempos de internet significativamente democratizada e expressiva aptidão das mídias sociais como ferramenta de articulação e mobilização coletiva. Um instrumento de controle social, via web, pode ensejar custos menores que o sancionamento, além do elevado grau de constrangimento capaz de ser produzido. E isso não estaria adstrito às hipóteses de captura dos gestores por particulares, pois refletiria os mesmos efeitos nas situações em que os gestores exercem papel ativo de corrupção, como o caso, já citado, em linha anteriores, de agentes públicos extorquirem licitantes e contratados, valendo-se das sanções como instrumento de ameaça. Todavia, tanto o CEIS como o SICAF, conforme já tratado neste trabalho, não oferecem um controle satisfatório²⁹ do sancionamento de particulares.

Mas este quadro pode ser mudado. A efetividade do controle social pode ser alcançada por meio da disponibilização integral, na internet, dos processos administrativos de penalização de licitantes e contratados. Não se trata propriamente de uma novidade, afinal, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) já vem promovendo a digitalização de processos judiciais (e-Jus). A diferença, em relação ao e-Jus, é que aqui está a se sugerir a publicidade total e irrestrita dos processos administrativos de sancionamento dos licitantes e contratados. Ao passo que, no e-Jus, o acesso aos processos é controlado.

Claro que a realização deste empreendimento deve passar por uma análise de viabilidade técnica e até mesmo de custo/benefício (esta última, talvez, um pouco prejudicada, em face da dificuldade de quantificação dos benefícios em valores objetivos). Nesta linha, o Governo Federal, sobretudo após a edição da Lei de Acesso Informação, Lei 12.527/11 (BRASIL, 2017e), vem implementando políticas públicas importantes, voltadas para a transparência ativa e passiva³⁰ de atos e dados governamentais³¹. Foi nesta esteira e sob os influxos do combate à

²⁹ Seja o controle empreendido pelo corpo social ou pelos órgãos oficiais.

³⁰ Para a definição de transparência ativa e passiva ver Costa et al. (2013, p. 14 e 17)

³¹ Para citar algumas políticas: Política Nacional de Dados Abertos e Política de Governança Digital.

corrupção, materializados no Brasil pela Lei de Anticorrupção (BRASIL, 2017f), que o Ministério da Transparência e Controladoria-Geral da União implementou o já tratado CEIS conforme mencionado anteriormente. Portanto, a proposta ora consignada é, antes de tudo, uma questão de aperfeiçoamento das políticas em curso, na busca pela plena efetividade do direito fundamental à informação^{32e33}.

Além do controle social a ser empreendido pelo grande público, a disponibilização dos processos de penalização, ora sugerida, poderia também contribuir para a melhoria das contratações governamentais sob outros aspectos mencionados em linhas anteriores. Um deles diz respeito ao ganho de efetividade por parte dos órgãos de controle, afinal o acesso às razões dos particulares e às provas produzidas no processo, por meio da web, permitiria uma análise mais breve e acurada da legitimidade das sanções aplicadas a licitantes e contratados. Outro aspecto importante diz respeito à possibilidade de que bons gestores (assim entendidos os não capturados), incumbidos de punir licitantes e contratados, passassem a ter um parâmetro objetivo de atuação, favorecendo, com isso, a autolimitação administrativa por meio da conformação de uma jurisprudência de acesso livre, o que fortaleceria a segurança jurídica no ambiente das contratações públicas. Por fim, um aspecto que, embora ainda não tenha sido levantado, parece de fácil indução. Diz respeito à possibilidade de que licitantes e contratados tivessem melhores ferramentas para fiscalizar a legitimidade de penalizações sofridas, contando, desta forma, com condições mais favoráveis para combater eventuais injustiças.

Possíveis contribuições da Teoria de Kolieb

A maioria dos instrumentos legais disponibilizados pelo atual modelo de contratação pública parece preparar o gestor para uma arena de guerra, onde Estado, representado por ele, e o mercado, representado pelos licitantes e contratados, estariam em lados opostos do campo de batalha.

Estes últimos – os particulares –, conhecendo os problemas das contratações públicas citados neste trabalho³⁴, ingressam em uma licitação ou celebram contratos, na defensiva, preocupados que suas condutas, por mais bem-intencionadas que sejam, venham a ser subsumidas a um dos tipos imprecisos dos diplomas legais, ensejando cominações que podem comprometer a permanência no mercado.

³²O alcance da expressão “direito (fundamental) à informação” deve ser compreendido, no presente estudo, em três camadas, conforme Lima et al. (2012, p. 51-52), a saber: o direito de informar (de veicular informações); o direito de ser informado (de receber informações); e o direito de se informar (de pesquisar e recolher informações).

³³Para o “status” de direito fundamental, ora conferido ao direito à informação, ver Mendel (2009).

³⁴Imprecisão de alguns tipos administrativos; falta de parâmetros de penalização; riscos de incoerência e corrupção.

Entretanto, como já vem sendo visto, nem todos os licitantes e contratados agem licitamente. Muitos entram em processos de contratação já com o propósito de corromper. Mas é justamente esse o objetivo do presente estudo: explorar teorias do Direito Regulatório que permitam separar, de forma realista, “o joio do trigo”, dando aos bons licitantes e contratados oportunidades de melhoria por meio de incentivos e não exclusivamente o sancionamento, tratamento típico da cultura do comando e controle.

Neste sentido, a experiência dialógica pregada pela Teoria da Regulação Responsiva de Kolieb (2015) parece apontar para um bom caminho de renovação do modelo atual das contratações públicas. A ideia de normas-metas, como padrão mínimo comportamental, por exemplo, parece ser uma boa concepção para se repensar a forma como editais, projetos básicos, termos de referência e contratos devem ser desenhados. Qual modelo atenderia melhor o interesse público? Apresentar o objeto a ser adquirido como algo já concebido e imutável (modelo atual)? Ou como uma proposta mínima, passível de ser aprimorada pelo particular e gestor, no decorrer no contrato (modelo conformado a partir das ideias de Kolieb)?

A resposta a esta questão passa necessariamente pela concepção de “interesse público” a ser considerada. Longe de utilizar essa expressão de forma performática, propõe-se que ela, no cenário das contratações públicas, seja entendida além da clássica ideia de vantajosidade. Propõe-se que, a partir das ideias de Kolieb, seja possível compreender que a saúde financeira dos licitantes e contratados também está incluída entre os interesses maiores do Estado. Afinal, é o setor produtivo que mantém o Estado, independente do modelo econômico em que este esteja assentado. É ele – o setor produtivo – que produz riquezas, oferta o maior número de postos de trabalho e mantém a economia girando. Portanto, atender o interesse público, sob esta ótica, inclui preservar a higidez econômica das empresas, dentro dos limites da licitude.

Superada esta questão, pode-se responder a sobredita indagação, dizendo que, encarar o objeto a ser adquirido como algo imutável (que corresponde à forma como as contratações vem sendo conduzidas) tem menos potencial para atender o interesse público, que a hipótese deduzida do modelo de Kolieb e isso ocorre, pelo menos, por duas razões. A primeira reside no fato de que, no modelo atual, a entrega de objeto contratado, em condições diferentes do estabelecido no ajuste público ou instrumento convocatório, é razão para punição³⁵. Isto posto, é fácil deduzir que, ao considerar o objeto algo imutável, maiores serão as chances do bom gestor ver-se obrigado a sancionar o particular e o mau gestor aproveitar

³⁵Na realização de obras, esta questão é mais flexibilizada, por conta das adaptações legalmente possíveis de serem realizadas no objeto. São as chamadas alterações qualitativas, atualmente previstas nos Art. 65, Inc. I, alínea a, da Lei 8666/93 (BRASIL, 2017b).

esta oportunidade para obter vantagens (seja punindo o particular para tirá-lo do mercado e favorecer outros do seu interesse. Ou exigindo vantagens para, de alguma forma, amenizar a sanção). Portanto, considerando o impacto que uma punição administrativa pode gerar à saúde econômica de uma empresa, resta claro que o modelo atual é prejudicial ao interesse público.

A segunda razão está no fato de que, ao considerar o objeto contratado como algo inflexível, elimina-se (ou diminui) a possibilidade de o particular contribuir com soluções que melhor atenderiam os fins pretendidos pela Administração³⁶, ou seja, as soluções de maior vantajosidade. Não à toa, surgem casos em auditorias e na mídia, de contratação equivocada de bens e obras. São equipamentos de eficiência duvidosa ou mesmo inapropriados para os fins pretendidos, casos de edificações pouco funcionais, entre outros exemplos.

Nas duas situações, o modelo atual mostra-se falho no atendimento do interesse público, seja por ameaçar a saúde econômica das empresas, seja por afastar alternativas com maior vantajosidade para a Administração.

Por outro lado, no modelo teórico de Kolieb, ao invés da ameaça de punição, o particular poderia ser incentivado a oferecer soluções mais apropriadas para atender aos objetivos da Administração. Para que essa relação, de natureza cooperativa ocorresse, o objeto da contratação deveria ser apresentado aos licitantes e contratados como objetivos mínimos a serem alcançados pela Administração. A diferença é sutil, mas carrega uma mudança de paradigma importante no cenário das contratações.

Ao prever textualmente, em contrato e/ou instrumento convocatório, que a pretensão da Administração não se restringe à contratação do bem, do serviço ou da obra ali descrita, mas algo melhor do que aquilo, novas possibilidades poderão se abrir. Mecanismos de recompensa poderiam ser legalmente criados para agraciar o particular que superasse as metas. Algo como um certificado, registrado nos sistemas de compras governamentais³⁷, que lhe conferisse preferência no caso de empate em outras licitações. Incentivos fiscais. Atenuação no caso de eventual penalização futura. Enfim, as possibilidades são infinitas.

Por fim, o que se deve ter em mente é que a aproximação entre o Estado e o mercado, por meio da associação de interesses contrapostos, parece ser uma boa concatenação das ideias de Kolieb (2015), sob uma perspectiva contratual. Claro que a implementação prática dessa concepção requer estudos aprofundados e uma atuação em bloco de gestores, órgãos de controle e agentes políticos. Não se pode esperar que o gestor encabece as ideias de Kolieb, sem ter o aval dos Tribunais de Contas e do Ministério Público, por exemplo. A legalidade administrativa de

³⁶Vale destacar que a vivência do mercado, sobretudo mercados especializados, permite que o particular conheça melhor o objeto pretendido pela Administração que ela própria.

³⁷Exemplo, o Comprasnet, do Governo Federal (COMPRANET, 2017).

vinculação positiva³⁸ faz com que a norma positivada ganhe um caráter quase místico no âmbito da gestão pública, sejam essas leis ou regulamentos (MERKL, 1980). Desta forma, novas regras, inspiradas na regulação responsiva precisariam ser promulgadas para dar segurança à atuação do gestor e, por decorrência, ao particular.

Por fim e em última análise, pode-se dizer que a implementação da teoria da regulação responsiva de Kolieb no ambiente das contratações públicas exige, antes de tudo, uma mudança de cultura por parte de gestores, classe política e órgãos de controle.

Conclusão

Resta claro, portanto, que algo precisa ser feito. O atual modelo de contratações públicas carece de renovação. O mero sancionamento de licitantes e contratados, sobretudo alicerçado no quadro normativo aberto e impreciso em vigência, não se mostra adequado ao panorama econômico contemporâneo, nem compatível com os valores fundantes do Estado de Direito, entre as quais a segurança jurídica e a igualdade.

Ficou patente também que as Teorias da Regulação Responsiva de Kolieb e a Teoria da Captura Regulatória podem contribuir para uma renovação importante do cenário licitatório e contratual da Administração Pública. Todavia, para isso, um choque cultural se faz necessário, com mudanças de paradigma por parte não só dos gestores públicos, mas também dos órgãos de controle (Tribunais de Contas, Ministério Público e Judiciário) e agentes políticos.

Pesquisas empíricas a respeito dos impactos das sanções administrativas aplicadas a particulares no ambiente das contratações podem ser feitas para enriquecer o presente estudo. Afinal, quantas empresas encerraram ou reduziram suas atividades em face de punição cominada? Em termos de demissões o que isso representou? Enfim, são questões interessantes que merecem ser exploradas em trabalhos futuros.

Outro ponto promissor para futuros estudos, que a premência de espaço não permitiu que fosse explorado com maior profundidade neste trabalho, diz respeito à análise comportamental de gestores, licitantes e contratados, sob a ótica da teoria da captura, quanto à disposição para a prática de atos de corrupção. Até que ponto a análise econômica, sociológica ou institucional da teoria da captura regulatória poderia contribuir para elucidar traços de comportamento de gestores

³⁸Por influência positivista, a legalidade administrativa deixa de vincular o agente público negativamente, onde tudo que não fosse proibido era então permitido, e passa a vinculá-lo positivamente, ou seja, limitando-o a só fazer o que a lei determinasse, nem mais, nem menos.

e particulares, no ambiente das contratações públicas? Esta, sem dúvida, é uma questão interessante que merece ser integrar a agenda de pesquisas futuras.

Ainda nesta linha de sinalizar novos estudos, é possível vislumbrar outras contribuições do Direito Regulatório para a neutralização ou amenização dos problemas presentes no cenário das contratações públicas apontadas neste artigo. Uma delas diz respeito à função normalizadora do poder executivo no ambiente regulatório. É que a complexidade, a tecnicidade e especialização dos setores regulados e as decorrentes incertezas da modernidade reflexiva³⁹, exigem, como afirma Aranha (2015, p. 51), “regramentos viáveis” capazes de acompanhar a velocidade do setor regulado, o que só é institucionalmente alcançável por meio do exercício normativo do poder executivo. Neste cenário, afirma Aranha (2015, p. 81), a função regulamentar do executivo não afasta a do legislativo, pois deve se subordinar às leis, produzindo normas de natureza conjuntural, papel, aliás, já desenhado por Montesquieu (2000) e referendado pela Constituição brasileira de 1988.

Esta compreensão pode trazer reflexões importantes para o ambiente das contratações públicas. Uma delas trata da possibilidade do problema dos tipos administrativos imprecisos e da falta de parâmetros objetivos para a escolha e gradação da sanção serem supridas, dentro dos limites impostos pelas leis, por um regramento de sanções administrativas, expedido centralizadamente por órgãos vocacionados para o exercício da função administrativa do Estado, como o MPOG, na esfera federal brasileira, por exemplo.

Esta é uma questão interessante que esbarra em discussões doutrinárias acaloradas, relacionadas à aplicabilidade ou não do princípio da legalidade penal ao Direito Administrativo Sancionador, seja ele regulatório ou não. Portanto, mais um tema promissor para os próximos estudos a respeito das contribuições do Direito Regulatório para as contratações públicas.

³⁹Para “modernidade reflexiva” ver Giddens et al. (1997).

Referências Bibliográficas

- ACFE. Report to the Nations on occupational fraud and abuse. **Association of Certified Fraud Examiners**, 2016. Disponível em: <<http://www.acfe.com/rtnn.aspx>>. Acesso em: 1 dez. 2017.
- ALESSI, R. **Instituciones de derecho administrativo**. Tradução de Buenaventura Pellisé Prats. 3. ed. Barcelona: Bosch, Casa Editorial, v. I, 1970.
- ARANHA, M. I. Mundialización informativa, informacional y cultural. **Revista Política y Cultura**, v. 26, p. 71-91, otoño 2006.
- ARANHA, M. I. **Manual de direito regulatório**. 3. ed. Londres: Laccademia Publishing, 2015.
- AYRES, I.; BRAITHWAITE, J. **Responsive regulation. Trancending the desregulation debate**. Oxford: Oxford University Press, 1995.
- BECK, U.; GIDDENS, A.; LASH, S. **Modernização reflexiva: política, tradição e estética na ordem social moderna**. Tradução de Magda Lopes. São Paulo: Editora da Universidade Estadual de São Paulo, 1997.
- BRAITHWAITE, J.; MAKKAI, T.; BRAITHWAITE, V. **Regulating aged care ritualism and the new pyramid**. Bodmin: MPG Books, 2007.
- COMPASNET. **Sistema Integrado de Administração de Serviços Gerais (SICAF)**, 2017. Disponível em: <<https://www3.comprasnet.gov.br/SICAFWeb/public/pages/consultas/consultarRestricaoContratarAdministracaoPublica.jsf>>. Acesso em: 29 nov. 2017.
- COSTA, I. N. et al. **Manual da lei de acesso à informação para estados e municípios**. 1. ed. Brasília: CGU, 2014.
- FILHO, J. S. C. **Manual de direito administrativo**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014.
- FILHO, M. J. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 12. ed. São Paulo: Dialética, 2008.
- KOLIEB, J. When to punish, when to persuade and when to reward: strengthening responsive regulation with the regulatory diamond. **Monash University Law Review**, v. 41, p. 136-162, 2015.
- LIMA, M. H. T. F.; CORDEIRO, H. C.; GOMES, C. A. S. Antecedentes e perspectivas do direito à informação no Brasil. A Lei de Acesso à
- SANTOS, C. R. L. dos. *As contratações públicas e o Direito Regulatório*. **Revista de Direito Setorial e Regulatório**, Brasília, v. 4, n. 2, p.97-120, outubro 2018.

- Informação como marco divisor. In: MOURA, M. A (Org.). **A construção social do acesso à informação no Brasil**: contexto historicidade e repercussões. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2014. p. 47-69.
- MARTIMORT, D. The Life Cycle of Regulatory Agencies: Dynamic Capture and Transaction Costs. In: **Review of Economics Studies**, v. 66(4), p. 929-947, 1999.
- MENDEL, T. **Liberdade de informação**: um estudo de direito comparado. Tradução de Marsel N. G. de Souza. 2. ed. Brasília: UNESCO, 2009.
- MERKL, A. **Teoria general del derecho administrativo**. Cidade do Mexico: Nacional, 1980.
- MONTESQUIEU, C. S. B. **O espírito das leis**. Tradução de Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- MPOG. **Manual de Unidade Cadastradora Pessoa Física e Jurídica**, 2011. Disponível em: <http://www.comprasnet.gov.br/publicacoes/manuais/manual_sicafweb_unidade_cadastradora.pdf>. Acesso em: 01 nov. 2017.
- PIELOW, J. C. Integración del ordenamiento jurídico: autovinculaciones de la Administración. In: MUNHOZ, G. A.; SALOMONI, J. L. (Dir.). **Problemática de la Administración Contemporánea. Una comparación europeo-argentina**, Buenos Aires: Ad-Hoc, 1997. p. 41-52.
- PORTAL DA TRANSPARÊNCIA. **Cadastro Nacional de Empresas Inidôneas e Suspectas (CEIS)**, 2017. Disponível em: <<http://www.portaldatrasparencia.gov.br/ceis?ordem=dataFinal&direcao=asc>>. Acesso em: 20 nov. 2017.
- STIGLER, G. The Theory of Economic Regulation. In: **The Bell Journal of Economics and Management Science**, v. 2, p. 3-21, Issue 1. Spring 1971.
- VEIGA, J. R. Editorial. **Revista Sempre Digital**, Brasília, v. 3, p. 4, dez. 2016.

Normas

- BRASIL. **Decreto nº 5.450, de 31 de maio de 2005**. 2017a.
- BRASIL. **Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993**. 2017b.
- BRASIL. **Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002**. 2017c.
- BRASIL. **Lei nº 12.462, 04 de agosto de 2011**. 2017d.
- BRASIL. **Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011**. 2017e.

BRASIL. **Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013.** 2017f.

BRASIL. **Projeto de Lei da Câmara dos Deputados nº 6.814.** 2017g.

BRASIL. **Projeto de Lei do Senado nº 559, de 2013.** 2017h.