

Contratação Pública Estratégica

O CONTRATO PÚBLICO COMO INSTRUMENTO DE GOVERNO
E DE IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS

2020

Thiago Lima Breus

CONTRATAÇÃO PÚBLICA ESTRATÉGICA

O CONTRATO PÚBLICO COMO INSTRUMENTO DE GOVERNO E DE IMPLEMENTAÇÃO DE MEDIDAS PÚBLICAS

© Almedina, 2020

AUTOR: Thiago Lima breus

DIAGRAMAÇÃO: Almedina

DESIGN DE CAPA: FBA

ISBN: 978-858-49-3600-7

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
(Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)

Breus, Thiago Lima

Contratação pública estratégica : o contrato público como instrumento de governo e de implementação de políticas públicas / Thiago Lima
Breus. -- São Paulo : Almedina, 2020.

Bibliografia.

ISBN 978-85-8493-600-7

1. Contratos - Brasil 2. Contratos administrativos
3. Políticas públicas I. Título.

19-32304

CDU-342.2

Índices para catálogo sistemático:

I. Contratação pública estratégica : Estado : Direito público 342.2
Cibele Maria Dias - Bibliotecária - CRB-8/9427

Este livro segue as regras do novo Acordo Ortográfico da Língua Portuguesa (1990).

Todos os direitos reservados. Nenhuma parte deste livro, protegido por copyright, pode ser reproduzida, armazenada ou transmitida de alguma forma ou por algum meio, seja eletrônico ou mecânico, inclusive fotocópia, gravação ou qualquer sistema de armazenagem de informações, sem a permissão expressa e por escrito da editora.

Fevereiro, 2020

EDITORA: Almedina Brasil

Rua José Maria Lisboa, 860, Conj.131 e 132, Jardim Paulista | 01423-001 São Paulo | Brasil

editora@almedina.com.br

www.almedina.com.br

SUMÁRIO

Prefácio.....	9
Apresentação	13
Agradecimentos.....	15
Introdução.....	23

Parte I – O Ambiente de Desenvolvimento e de Consolidação do Contrato Público

Capítulo 1 – O Governo por Contrato(s): a Arquitetônica de uma Administração Contratual	37
1.1. Do Contrato Social ao Governo por Contrato(s): A Base Bilateral da Ideia de Governo	38
1.2. A Aplicação da Ideia do Governo por Contrato(s) e o Outsourcing da Gestão Pública Norte-Americana.....	45
1.3. O Governo por Contrato(s) faz Surgir uma Nova Tarefa Administrativa: a Gestão de Contratos.....	49
1.4. Algumas Razões para a Crescente Adesão à Ideia de Governo por Contrato(s).....	52
1.4.1. Variações Históricas nos Instrumentos de Ação Administrativa e o Recurso à Contratualização em Substituição aos Tradicionais atos Unilaterais de Autoridade.....	52
1.4.2. O Recurso ao Contrato por “Razão de Princípio”: Dever de Satisfação dos Objetivos Fundamentais da República, Direta ou Indiretamente.....	56
1.4.3. Da Prestação à Garantia: Revisão do Modo de Realização dos Afazeres Estatais a Partir da Ampliação da Contratação Pública.....	59
1.5. Private Opportunity ou Public Benefit? O Governo por Contrato(s) e a “Partilha Otimizada” de Tarefas entre Estado e Sociedade	

sob Responsabilidade Estatal com o Objetivo da Realização dos Direitos, Interesses e Necessidades Públicas.....	62
1.6. A Experiência Brasileira do Governo por Contrato(s) e a Introdução Legislativa de Novas Formas de Consensualização e Contratualização Administrativas.....	68
1.7. Efeitos da Implantação Gradual do Governo por Contrato(s)	72
1.7.1. A Ativação do Potencial Privado para a Realização de Tarefas Públicas	72
1.7.2. Maior Flexibilidade do Contrato na Composição de Relações Jurídicas: Ampliação de Efeitos Jurídicos Produzidos com Base na Avença	75
1.7.3. Delegação da Normatização Concreta de cada Negócio Jurídico da Lei para o Contrato	77
1.7.4. Ampliação da Margem de Consensualidade, com Estipulação de Cláusulas na fase Pré-contratual	78
1.7.5. Introdução de Contratos Atípicos com Diversidade de Objetos	79
1.7.6. Uso de Contratos por Desempenho, nos quais o Contratado se Vincula a Metas de Desempenho, com a Possibilidade de Remuneração Variável	82
1.7.7. Flexibilidade na Alocação de Riscos com Estipulação da Repartição de Ganhos de Eficiência para o Estado	83
1.7.8. Multiplicação de Acordos de Cooperação	85
1.8. Algumas Objeções quanto ao Emprego Ampliado dos Contratos como Instrumento de Governo	86
1.8.1. O Soi-disant Problema da Mitigação e/ou “Alienação” do Poder Administrativo	86
1.8.2. A Chamada “Barganha” de Poderes (e/ou Funções) Administrativas	87
1.9. O Contrato Público e a Política Pública como Mecanismos de Ação da Administração Contemporânea	88
1.10. A Título de Conclusão Parcial: A Possibilidade de Implementação de Políticas Públicas por Meio de Contratos Públicos.....	100

Capítulo 2 – Os Contratos do Governo:

A Modelagem da Contratação Administrativa a partir da Autonomia Pública sob a “Lógica da Função” e a “Lógica do Contrato”	105
2.1. Do Substantivo Contrato	108
2.1. A Distinção entre Ato Administrativo e Contrato Público: a Vontade entre os Planos da Validade e da Existência	108
2.2. A Noção Usual de Contrato e a sua Adjetivação Contemporânea: Público, Privado ou Administrativo e a Necessidade de Adoção do Regime Jurídico mais Adequado para o Alcance dos Objetivos Administrativos Fundamentais	110

2.2. As Repercussões da Má-Recepção da Figura Contratual pelo Direito Administrativo: a Pretensão de um Regime Jurídico Único e o Caráter Relativo das Obrigações Contratuais.....	120
2.4. Por que denominar o Contrato Administrativo Brasileiro, em Sentido Amplo, de Contrato Público?.....	124
2.5. A Modelagem Contemporânea dos Contratos Públicos e a Liberdade de Criação de Efeitos Jurídico-Administrativos por Meio de Contratos.....	126
2.5.1. A Liberdade de Criação de Efeitos pela Administração no Âmbito dos Contratos Públicos: o Delineamento da Ideia de Autonomia Pública.....	129
2.6. O Contrato Público-Administrativo: entre a Lógica da Função e a Lógica do Contrato.....	132
2.7. Da Relativização de Efeitos à Eficácia para Além das Partes Contratantes nos Contratos entre Particulares: pela Renovação do Diálogo entre Contrato Público e Contrato Privado.....	134
2.8. A Plurissignificação Contemporânea dos Contratos Públicos.....	140
2.8.1. Significado Administrativo como Ferramenta de Gestão.....	141
2.8.2. Significado Político como Expressão de Realização de Necessidades, Direitos e Interesses Públicos.....	142
2.8.3. Significado Jurídico como Causa de Obrigações.....	143
2.8.4. Significado Normativo como fonte de Direito.....	144
2.8.5. Significado Econômico como Técnica de Desenvolvimento.....	145
2.8.6. Significado Processual como Princípio de Seleção do Contratado.....	146
2.8.7. Significado Filosófico como Panorama das Justiças Comutativa e Distributiva.....	147

Parte II - As Transformações do Contrato Público a Partir do seu Emprego como Instrumento de Governo

Capítulo 3 A Re-funcionalização dos Contratos Públicos: Limites e Possibilidades da Inclusão de Políticas Horizontais nos Contratos Celebrados pela Administração.....	151
3.1. Primeiramente a Questão Terminológica: Políticas Acessórias, Secundárias e/ou Horizontais?.....	155
3.2. A Função Primeira da Contratação Pública: o Atendimento Imediato das Necessidades de Custeio e de Utilidades para a Gestão Pública, por meio dos Contratos Públicos de Primeira Geração, de Fornecimento ou de Colaboração.....	158
3.3. A Segunda Função da Contratação Pública: a Delegação do Exercício de Atividades Públicas para os Particulares, por meio de Contratos Públicos de Segunda Geração ou de Concessão.....	160

3.4. A “Descoberta” da Relevância Socioeconômica da Contratação Pública e o Aproveitamento de suas Externalidades Positivas.....	161
3.5. A Instrumentalização da Contratação Pública como Re-Funcionalização dos Contratos Públicos a Partir da Introdução de Fins Acessórios, Secundários e/ou Horizontais	164
3.6. O Movimento do <i>Green Public Procurement</i> como Precursor das Políticas Públicas Horizontais	175
3.7. O Desenvolvimento Nacional Sustentável como Finalidade da Contratação Pública Brasileira	179
3.8. A Delimitação da Contratação mais Vantajosa à luz do Desenvolvimento Nacional Sustentável.....	190
3.9. As Políticas Públicas Horizontais no Âmbito dos Contratos Administrativos: a Contratação Pública Estratégica Implementada Legislativamente no Brasil..	195
3.9.1. As Políticas Públicas Horizontais Estabelecidas pelo Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte.	195
3.9.2 Critérios de Preferência para as Propostas de Contratação que propiciem Maior Economia de Energia, Água e outros Recursos Naturais e a Redução da Emissão de Gases de Efeitos Estufa e de Resíduos.....	198
3.9.3. A Margem de Preferência para Produtos Manufaturados e Serviços Nacionais que Atendam Normas Técnicas Brasileiras de Qualidade...	199
3.10. O Problema da Mitigação do <i>Best Value for Money</i> e o Dilema Eficiência Econômica versus Finalidade Pública e Objetivos Constitucionais: uma Dificuldade Decorrente da Vagueza da Ideia de Sustentabilidade	200
3.11. Sumário de Objeções à Inserção de Políticas Públicas Horizontais nos Contratos Públicos	206
3.11.1. Possibilidade de Falseamento da função primária da contratação pública, que seria a obtenção de mais por menos.	206
3.11.2. Criação de Complexidade Adicional e Aumento da Burocracia no Processo de Contratação.....	207
3.11.3. Aumento de Preço dos Contratos pela Repercussão do Custo do Cumprimento destas Medidas e Redução do Número de Potenciais Concorrentes.....	207
3.11.4. Maior grau de Politização da Contratação Pública e Possibilidade de Escolhas Discricionárias e até Situações de Abuso de Poder.....	208
3.11.5. Possibilidade de Restrições ao Princípio da Igualdade de Acesso à Contratação Pública, por Formalizar uma Barreira de Entrada.....	208
3.12. Critérios para a Aferição da Inserção de Políticas Horizontais na Esfera da Contratação Pública	209
3.12.1. O Fundamento Legal.....	209
3.12.2. Causa Sistemática, Pertinência e Ligação ao Objeto do Contrato	210

3.12.3. Proporcionalidade	211
3.13. Em Síntese: a Coexistência entre a Regulação por Contrato (Instrumentalizada para Fins de Políticas Horizontais) e a Regulação Legislativa e por Agência	211
3.14. Conclusões Parciais	213

Capítulo 4 - A Caracterização Contemporânea dos Contratos Públicos: a Justiça (Contratual) Distributiva como Elemento

de Identificação dos Contratos Públicos	215
4.1. A Controvérsia a Propósito da Caracterização do Contrato Público e de seus Elementos Essenciais	219
4.2. A Justiça Distributiva como Critério Essencial (não Acidental) da Contratação Pública Contemporânea	221
4.3. As Questões Ideológicas Subjacentes a um Ideal de Justiça Adjetivado	225
4.4. Esferas de Justiça na Filosofia Política Contemporânea	229
4.5. Elementos de Justificação para a Intervenção (ou Atuação) Estatal por Meio da Contratação Pública	235
4.5.1. Elementos de Cunho Filosófico	235
4.5.2. Elementos de Cunho Econômico	237
4.6. Justiça Comutativa <i>versus</i> Justiça Distributiva na Esfera da Contratação Pública	239
4.7. A Função Social do Contrato e a sua Relação com a Ideia de Justiça Contratual Distributiva	241
4.8. A Máxima do “quem Contrata não Contrata só com quem Contrata e o que Contrata” e os Efeitos das Relações Jurídicas Multilaterais e/ou Poligonais nos Contratos Públicos: a Demonstração da Presença da Justiça Contratual Distributiva	247
4.9. A Ideia da Justiça Contratual como Gênero e as Ideias de Justiça Comutativa e de Justiça Distributiva como Espécies	251
4.10. A Justiça Contratual Comutativa Realizada pela Intangibilidade do Equilíbrio Econômico-Financeiro	252
4.11. A Justiça Contratual Distributiva Concretizada pelo Equilíbrio da Multiplicidade Equacional do Contrato Público Contemporâneo	255
4.11.1. A Equação Social ou Política Pública Contratual de Satisfação de todos os Interesses Envolvidos no Contrato	256
4.11.2. A Equação Ética ou Política Pública de Transparência, Probidade e Anticorrupção	258
4.11.3. A Equação Tecnológica ou Política Pública de Qualidade Atualizada de Produtos e Serviços	261

4.11.4. A Equação Ambiental ou Política Pública de Preservação e Conservação Ambiental	262
4.11.5. A Equação Econômica ou Política Pública de Equilíbrio de Preços.....	263
4.11.6. A Equação Financeira ou Política Pública de Financiamento de Infraestruturas Públicas	265
4.12. Teoria da Sujeição à Distributividade: Proposta de Critério para a Qualificação de um Contrato como Contrato Público	266
4.13. At last, but not at least, Justiça Distributiva, Contratação Pública e Desenvolvimento	270
Conclusões.....	275
Referências	283