

A contratação pública como objeto de regulação e suas principais falhas

Autor(a): Flávio Amaral Garcia

Publicado em: 12 de outubro de 2023

Publicação: jota_import

Link JurisTube: <https://juristube.com.br/colunistas/flavio-amaral-garcia/a-contratacao-publica-como-objeto-de-regulacao-e-suas-principais-falhas>

Fonte original: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/a-contratacao-publica-como-objeto-de-regulacao-e-suas-principais-falhas>

Identificador citável: juristube.com.br/colunistas/flavio-amaral-garcia/a-contratacao-publica-como-objeto-de-regulacao-e-suas-principais-falhas#ep-fcfe4fa0

Resumo

Contratação pública deve ser compreendida como objeto a ser regulado, pois é um tema multidisciplinar, com variações entre tipos de contratos

Texto integral

A dimensão regulatória da contratação pública pode ser observada a partir de diferentes perspectivas. Entretanto, aspecto que ainda precisa ser objeto de maiores reflexões é a contratação pública como objeto regulado. Assim como vários setores são regulados por agências (energia, telecomunicações, transportes, saneamento etc.), a contratação pública deve ser compreendida como um objeto a ser regulado. Afinal, a contratação pública é um tema multidisciplinar, com significativas variações de racionalidades econômicas entre distintos tipos de contratos. Como já sustentei anteriormente, o que vem acontecendo é que o Tribunal de Contas da União (TCU) assumiu a função de regular a contratação pública no Brasil. Esse é um debate que precisa ser instalado, com aprofundamentos acerca das consequências, vantagens e desvantagens na institucionalização da regulação da contratação pública brasileira. Na Itália, por exemplo, regula-se a contratação pública por agência. De todo modo, já é possível avançar em algumas ideias a partir da premissa de que a contratação pública deve ser objeto de regulação. A primeira indagação é saber quais as finalidades regulatórias devemos perseguir. Seguramente, uma delas é o incremento da competitividade. Quanto maior for a concorrência, maior será a possibilidade de uma contratação vantajosa, com a concretização do interesse público. O mercado da contratação pública movimenta em torno de 12% do PIB brasileiro, segundo dados recentes do Ministério da Fazenda. Contudo, em vários segmentos econômicos não é incomum ter notícias de sociedades empresárias que, simplesmente, não se interessam em contratar com o Poder Público, mesmo tendo o mercado público enorme potencial para despertar o apetite do setor privado. Ora, se a competitividade é uma das finalidades regulatórias a ser perseguida na contratação pública, talvez seja a hora de refletir o que afasta potenciais empresas de um mercado tão significativamente relevante. Em termos objetivos: quais seriam as principais falhas regulatórias que comprometem o incremento da finalidade regulatória de incremento da competitividade? Por que existe um nicho de empresas que não se interessa em participar de licitações públicas no país? Ao menos, de imediato, três falhas regulatórias podem ser cogitadas: (i) a exorbitância da contratação pública brasileira e o aumento

dos custos de transação (ii) os problemas nos fluxos orçamentários que resultam em atrasos no pagamento; e (iii) a ausência de preocupação concorrencial nas contratações públicas. A primeira falha regulatória vem sendo objeto de críticas pontuais da doutrina brasileira há tempos, em especial a partir do seminal artigo do professor Diogo de Figueiredo Moreira Neto, quando aprofundou o estudo sobre as cláusulas exorbitantes no Brasil e o seu futuro. No ponto, a Lei 14.133/21 manteve a tradição inspirada no Direito Administrativo Francês de disciplinar o tema a partir de uma natureza adesiva, como se todo contrato administrativo obrigatoriamente tivesse incorporado em seus termos as prerrogativas e as assimetrias que o distinguem dos contratos privados. A Lei 14.133/21 precisa ser interpretada prospectivamente e com o filtro do século 21. É perfeitamente possível que a regulação por contrato module e tempere tais exorbitâncias, em especial levando em consideração cada tipo de contrato. Como comparar um contrato de obra pública para a construção de usina hidrelétrica com a compra de copo de plástico? Existe espaço hermenêutico para modular as cláusulas exorbitantes e se afastar de um modelo adesivo que, indubitavelmente, aumenta os custos de transação e afasta potenciais interessados que podem concretizar a finalidade regulatória da obtenção da proposta mais vantajosa. Refletir sobre o tema – ao contrário do que pode parecer – é atender o interesse público. A regulação por contrato pode ser o caminho adequado para iniciar o aprimoramento desta ideia. O contrato administrativo precisa retomar o seu protagonismo e o papel da Advocacia Pública é fundamental para propor novos caminhos e soluções. Uma regulação por contrato que seja mais procedimentalizada, menos assimétrica, mais dialógica e compreensiva com os distintos tipos contratuais, é perfeitamente possível de ser alcançada sem qualquer alteração legislativa. A segunda falha regulatória consiste nos gravíssimos problemas que decorrem dos fluxos orçamentários, resultando em indesejáveis atrasos de pagamentos aos contratados. Cabe advertir que a identificação desta falha não tem nenhuma pretensão de generalização; afinal, existem muitos entes públicos cumpridores das suas obrigações contratuais e financeiras. O descumprimento das obrigações financeiras gera obstáculos na execução dos contratos administrativos e na própria concretização dos interesses públicos. Obras paralisadas, serviços interrompidos e bens não entregues são comuns a partir da impontualidade ou do não pagamento dos valores devidos aos contratados. A Lei 14.133/21 não enfrentou diretamente esse problema. A explicação pode ser que o tema está mais afeto ao Direito Financeiro. Aliás, no Brasil, durante muito tempo, licitações e contratos era assunto disciplinado em Códigos de Contabilidade Pública, tamanha a sua imbricação com as normas financeiras. Normalizamos situações como a de admitir que o contratado pudesse ficar mais de 90 dias sem receber para invocar a exceção de contrato não cumprido (art. 78, inciso XV, da Lei 8.666/93) ou mesmo criar um fundo garantidor nas parcerias público-privadas para minorar o risco de inadimplemento do Poder Público. Necessário identificar as causas e as raízes para esse problema, tentando buscar soluções efetivas e concretas. A janela de oportunidade sempre existiu, porquanto legislar sobre direito financeiro é matéria de competência concorrente dos entes federados, a teor do art. 24, inciso I, da CF. Aprimorar a gestão financeira dos contratos administrativos é medida que se impõe com urgência. A terceira falha regulatória consiste na falta de aproximação da contratação pública com os temas concorrenciais, notadamente com a cartelização que se opera em vários segmentos econômicos. Como dizia Marcos Juruena Villela Souto, a licitação é a melhor proposta no mercado e não no processo administrativo. Será mero simulacro de competição quando os agentes econômicos se concertam previamente em cartéis e outros arranjos que implicam no abuso do poder econômico e na criação de dificuldades para novos entrantes. Os agentes públicos da contratação não se ocupam, costumeiramente, do assunto, seja pela falta de expertise, seja pelo natural desconhecimento das particularidades de cada um dos mercados e

segmentos econômicos que são objeto de licitações públicas. A assimetria informacional é enorme. Assim é que, não raro, convivemos com licitações formalmente aderentes ao princípio da competitividade, mas materialmente viciadas em razão de concertações e arranjos entre agentes econômicos. Enfim, o que se propõe é instigar o debate sobre o olhar da contratação pública como objeto a ser regulado, a identificação das suas principais finalidades e falhas, além de ponderar sobre a concepção de novas estruturas institucionais públicas para promover essa relevante função. As reflexões que ora compartilho no presente texto são fruto da minha intervenção por ocasião do 1º Seminário do Fórum Nacional das Procuradorias Consultivas realizado na cidade de Vitória (ES), no mês de setembro. O evento foi inspirador. Vários exemplos exitosos e boas ideias inovadoras foram debatidas, comprovando que a Advocacia Pública Brasileira está com um olhar no futuro quando se trata de interpretação da Lei 14.133/21 e dos imensos desafios que estão por vir.

Como citar este documento

As citações abaixo seguem os padrões ABNT NBR 6023:2018, APA 7ª edição, Chicago Author-Date (17ª ed.) e BibTeX (LaTeX). Copie o formato exigido pelo periódico ou gerenciador bibliográfico (Zotero, Mendeley, EndNote).

ABNT (NBR 6023:2018)

GARCIA, Flávio Amaral. A contratação pública como objeto de regulação e suas principais falhas. *jota_import*, 12 out. 2023. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/a-contratacao-publica-como-objeto-de-regulacao-e-suas-principais-falhas>. Acesso via: JurisTube — Acervo Digital de Direito. Disponível em: <https://juristube.com.br/colunistas/flavio-amaral-garcia/a-contratacao-publica-como-objeto-de-regulacao-e-suas-principais-falhas>. Acesso em: 26 ago. 2026.

APA 7ª edição

Garcia, F. A. (2023, October 12). A contratação pública como objeto de regulação e suas principais falhas. **jota_import**. <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/a-contratacao-publica-como-objeto-de-regulacao-e-suas-principais-falhas>

Chicago Author-Date (17ª ed.)

GARCIA, Flávio Amaral. 2023. "A contratação pública como objeto de regulação e suas principais falhas." **jota_import**, October 12. <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/a-contratacao-publica-como-objeto-de-regulacao-e-suas-principais-falhas>

BibTeX

```
@article{fl-vio-amaral-garcia-a-contrata-o-p-blica-como-objeto-de-regu-2023,  
author = {Garcia, Flávio Amaral},  
title = {A contratação pública como objeto de regulação e suas principais falhas},  
journal = {jota_import},  
year = {2023},  
url = {https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/a-contratacao-publica-como-objeto-de-regulacao-e-suas-principais-falhas},  
urldate = {2023-10-12}  
}
```



Licença de Uso — CC BY-NC-SA 4.0

Este conteúdo está licenciado sob a licença Creative Commons Atribuição-NãoComercial-CompartilheIgual 4.0 Internacional (CC BY-NC-SA 4.0). O uso para fins acadêmicos e educacionais é permitido, desde que citada a fonte original (JurisTube) conforme as normas técnicas indicadas neste documento.

Termos completos:
<https://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/deed.pt-br>

JurisTube — Acervo Digital de Direito

<https://juristube.com.br/colunistas/flavio-amaral-garcia/a-contratacao-publica-como-objeto-de-regulacao-e-suas-principais-falhas>

PDF gerado em 2026-08-26 20:59 UTC