

Título : A QUESTÃO DA REDUÇÃO DOS RISCOS E A GARANTIA DA SEGURANÇA
Autor : Egon Bockmann Moreira
Autor : Renato Geraldo Mendes

PONTO DE VISTA – 239/265/MAR/2016

A QUESTÃO DA REDUÇÃO DOS RISCOS E A GARANTIA DA SEGURANÇA

EGON BOCKMANN MOREIRA

Advogado. Doutor em Direito. Professor da Faculdade de Direito da UFPR. Autor da obra *Processo administrativo: princípios constitucionais e a Lei 9.784/99*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. 431 p. e coautor do livro *Licitação pública: a Lei Geral de Licitação – LGL e o Regime Diferenciado de Contratação – RDC*. São Paulo: Malheiros, 2015. 2. ed. 720 p., entre outros trabalhos.

RENATO GERALDO MENDES

Advogado. Coordenador-geral da *Revista Zênite – Informativo de Licitações e Contratos (ILC)*. Coordenador da obra *Lei de licitações e contratos anotada*. 9. ed. Curitiba: Zênite, 2013. 1.584 p. Autor das obras *O regime jurídico da contratação pública*. Curitiba: Zênite, 2008. 287 p.; *O processo de contratação pública – Fases, etapas e atos*. Curitiba: Zênite, 2012. 472 p.; e *A quarta dimensão do direito*. Curitiba: Zênite, 2013. 192 p.

Essencialmente, ninguém contrata serviço técnico profissional especializado que precisa ser realizado sob encomenda. O que fazemos é contratar uma pessoa (física ou jurídica) para executar uma atividade intelectual, cujo produto final é o que chamamos de serviço técnico. Da mesma forma, ninguém contrata uma obra de engenharia, pois contratamos uma pessoa (empreiteira) que reúne um conjunto de recursos (técnicos, humanos, instrumentais, materiais, tecnológicos, de logística, de gestão, etc.) para executar um projeto e, em razão disso, poderemos ter ou não uma obra. Nos dois casos, **no mínimo, a solução** deve ser a medida exata da necessidade (problema) que o serviço ou a obra devem satisfazer. Portanto, o serviço ou a obra não são objetos prontos e acabados, tal como um veículo ou aparelho de televisão, mas sim o resultado final da atuação técnico-profissional de uma pessoa.

Os serviços que envolvem atividade intelectual e cujo problema é revestido de complexidade exigem um cuidado muito especial por parte da Administração, o qual se justifica em razão do elevado risco que esse tipo de encargo traz: o de não ser possível obter a solução eficaz para o problema que se pretende resolver. Pior: se, por um lado, há risco de não se obter o resultado final desejado, por outro, há a certeza de que recursos financeiros serão gastos na empreitada.

Quando o procedimento a ser adotado for o da licitação, além da obrigatoriedade de assegurar o adequado tratamento isonômico e o necessário julgamento objetivo, é indispensável a redução de todos os riscos possíveis que o tipo de contratação pode representar. Fala-se em redução, não em eliminação, pois é impossível a eliminação dos riscos, visto que não se consegue controlar todas as variáveis. No entanto, é preciso deixar claro que a maior parte dos riscos pode ser reduzida de forma adequada, desde que o planejamento seja eficiente. Como veremos, é preciso se valer de todas os recursos que a ordem jurídica coloca à nossa disposição. Um dos grandes problemas da contratação pública é que ainda não aprendemos a usar adequadamente todos os recursos disponíveis e presentes na ordem jurídica. A melhoria da nossa capacidade de planejar está diretamente relacionada a isso.

Assim, é preciso melhorar a capacidade de identificar os riscos que estão presentes nas contratações a serem planejadas, bem como criar uma cultura de redução desses riscos, ou seja, não basta identificar os riscos, é necessário também ter a capacidade de reduzi-los, ainda na fase de

planejamento, e ter condições de contingenciá-los na fase de execução do contrato, sempre que isso for viável.

Em alguns casos, como o da contratação de serviços técnicos profissionais especializados, a opção pela realização da licitação é um dos principais fatores de risco que o legislador quis evitar e impedir. No entanto, é fundamental que os operadores do regime jurídico assim entendam, pois, do contrário, o risco que o legislador quis afastar será potencializado pelo próprio operador, por lhe faltar capacidade de perceber a lógica que norteia referido sistema legal.

Claro que isso não pode ser atribuído tão somente à eventual incapacidade de compreensão da ordem jurídica pelos agentes envolvidos no planejamento, mas também à dificuldade criada por alguns órgãos de controle, o que produz um estado de insegurança para os que devem agir e tomar decisões. Em muitos casos, mesmo sabendo que realizar a licitação não é a melhor decisão em razão do tipo de negócio visado, os agentes acabam trilhando esse caminho por entenderem que ele garante a maior segurança pessoal, sob o ponto de vista funcional.

É fundamental que esse cenário sofra, nos próximos anos, significativas alterações, pois não há melhor forma de otimizar o emprego dos recursos públicos do que aumentar a segurança no planejamento das contratações. Isso, no entanto, somente pode ser viabilizado se reduzirmos os riscos, o que exigirá investimento na formação dos recursos humanos e consolidação de uma nova cultura nos órgãos de controle.

O grau de risco das contratações tem relação direta com cinco variáveis básicas: a) complexidade do problema a ser resolvido; b) possibilidade de definição precisa da solução (objeto) a ser realizada pelo terceiro; c) possibilidade de fixar parâmetros objetivos para comparar e julgar a melhor proposta; d) nível de exigência de capacidade técnica do terceiro; e e) necessidade de que a solução para o problema seja produzida diretamente pelo próprio terceiro.

Se o problema apresenta elevado grau de complexidade, e a solução deve ser viabilizada diretamente pelo próprio contratado, pessoa física ou jurídica, ele deverá deter considerável grau de especialização para atender plenamente à demanda, como condição necessária para reduzir o risco em relação ao resultado final. E se, além da presença de tais condições, também o que se pretende é, por exemplo, obter um serviço insuscetível de definição por critérios objetivos, o risco fica consideravelmente potencializado. Vale dizer, será preciso contar com todos os recursos e possibilidades jurídicas que a ordem coloca à disposição dos agentes públicos. Para se valer de tais recursos, é preciso chegar até eles, o que exigirá capacidade de interpretação. Todo o esforço em relação à garantia da segurança para a contratação deve objetivar o compromisso da plena satisfação da necessidade, a razão de ser da própria contratação pública.

Como dito, se o problema apresentar razoável grau de complexidade e não for possível definir a solução em termos objetivos, o cenário não será animador. E ele se agrava ainda mais quando a solução, que não se sabe ainda qual será em termos específicos, deverá ser feita por pessoa que detenha capacidade técnica que também seja impossível de se apurar ou mensurar em termos objetivos.

Diante desse cenário delicado, o legislador fez o que qualquer ser razoavelmente inteligente faria: impôs que se contratasse pessoa notoriamente especializada, com o intuito de reduzir ao máximo o risco em face da complexidade e da singularidade que o serviço ¹ envolve. Se há alguém que pode minimizar o risco potencial, este é o notoriamente especializado, e mais ninguém. Esse foi o raciocínio lógico que norteou a decisão do legislador de exigir que serviços técnicos profissionais de natureza singular sejam contratados com profissionais e empresas de notória especialização mediante inexigibilidade de licitação. Mas a dificuldade não se limita a isso, existem situações nas quais os serviços são técnicos profissionais especializados, de natureza singular, mas não há a necessidade de contratar uma pessoa notoriamente especializada, o que exigirá que a contratação se faça com fundamento no *caput* do art. 25 da Lei nº 8.666/93, e não no inc. II do referido artigo. Vale dizer, será preciso alguém com qualificação técnica adequada, mas não, necessariamente, notoriamente especializado.

A contratação de serviços técnicos profissionais especializados ou serviços que se revestem de

intelectualidade apresenta o grau mais elevado de risco para a Administração. Esse grau pode variar. A complexidade do que deve ser feito e o grau de risco envolvidos aliados à impossibilidade de definir com precisão e objetividade o objeto que atenderá plenamente à necessidade da Administração e à incapacidade humana de aferi-la (também objetivamente) criam uma situação peculiar para o afastamento da licitação. Mais do que isso, criam uma proibição legal de que a licitação seja adotada na seleção da proposta. A afirmação em torno da proibição parece um pouco radical, mas não é.

A necessidade de reduzir riscos se justifica em razão da obrigatoriedade da otimização da segurança, que deve ser potencializada sempre que possível. A identificação precisa da necessidade, a definição adequada do objeto, a exigência de apuração da capacidade técnica específica, a demonstração das condições econômico-financeiras, a adequada escolha da forma de condução da fase externa do processo (via licitação ou contratação direta), a modalidade a ser escolhida e o tipo de julgamento a ser adotado para selecionar a proposta são alguns recursos que a ordem jurídica coloca à disposição dos agentes para reduzir riscos inerentes à contratação. É preciso, portanto, saber utilizá-los.

O legislador ofereceu aos agentes públicos todos os mecanismos, as condições e os recursos para que fosse possível viabilizar a melhor e mais segura contratação. Não é razoável afirmar que a ordem jurídica não possibilita que se faça o que deve ser feito sob o argumento de que o sistema jurídico vigente é incompleto, falho ou proíbe fazer o que é necessário para assegurar a plena satisfação da necessidade, porque isso não é verdade. A ordem jurídica permite fazer muito mais do que supomos. A adequada redução dos riscos e o consequente ganho na segurança depende, fundamentalmente, da nossa capacidade de interpretar adequadamente a ordem jurídica. É fato que precisamos melhorar nossa capacidade de interpretação, pois é ela que permitirá, em absoluto respeito à ordem vigente, viabilizar as condições e exigências necessárias para garantir o pleno atendimento das demandas públicas, sem que para isso seja preciso violar os direitos dos que contratam com o Poder Público. O principal problema não é a lei que temos de aplicar, mas a limitada interpretação que extraímos dela.

Essas ponderações foram feitas para perceber que a ordem jurídica permite, por exemplo, se o objeto é insuscetível de definição, comparação e julgamento por critérios objetivos, que ele seja contratado por inexigibilidade, porque inexistente a possibilidade de assegurar tratamento isonômico. Nesse caso, querer realizar a licitação para escolher o parceiro, por exemplo, por meio de pregão, é potencializar o risco de insucesso e de fracasso, ou seja, é violar o valor constitucional da eficiência; é praticar ilegalidade.

Urgente é, portanto, a necessidade de compreender a adequada lógica do sistema e utilizar o regime jurídico da contratação pública da melhor forma e de modo a objetivar a escolha mais segura e eficiente. É indispensável ter a clareza de que a licitação só permitirá a redução do risco e a viabilidade do negócio mais vantajoso se o objeto constituir uma solução uniforme, padronizada e homogênea. Se o objeto for um serviço intelectual, não será possível que sua contratação se faça por licitação sem que isso traga elevados riscos e considerável insegurança. No caso da contratação de serviços intelectuais, o legislador reconheceu legalmente que a escolha pessoal que a licitação proporcionaria iria potencializar o risco em razão da impossibilidade de viabilizar essa escolha por meio de critérios objetivos. Por isso, determinou que tal escolha fosse pessoal e alicerçada na ideia de confiança.

O planejamento eficiente da contratação pública objetiva, além das adequadas definições do encargo e de todas as condições do edital, a redução dos riscos envolvidos. Para tanto, uma das condições mais importantes relacionadas à referida redução de riscos é a forma a ser empregada para contratar o terceiro, em razão do tipo de encargo contratual envolvido. Uma cuidadosa análise da ordem jurídica é capaz de revelar que o afastamento da licitação para determinados objetos é o mecanismo legalmente definido como condição para reduzir riscos. Portanto, é possível argumentar que, nesses casos, a adoção da inexigibilidade é a decisão que melhor traduz o que se pode denominar de legalidade.

Como citar este texto:

MOREIRA, Egon Bockmann; MENDES, Renato Geraldo. A questão da redução dos riscos e a garantia da segurança. *Revista Zênite – Informativo de Licitações e Contratos (ILC)*, Curitiba: Zênite, n. 265, p.

¹ Cumpre apenas dizer que não têm o mesmo sentido as expressões “serviço singular” e “serviço complexo”, pois os serviços singulares são complexos, mas nem todos os serviços complexos são singulares.