

# LICITAÇÕES E CONTROLE DE EFICIÊNCIA

## Repensando o princípio do procedimento formal à luz do “placar eletrônico”!

MARCOS JURUENA VILLELA SOUTO

Procurador do Estado do Rio de Janeiro

**Sumário:** 1. Fundamento constitucional da licitação e sua técnica de atendimento; 2. Procedimento formal x eficiência; 3. A reforma do Estado voltada para a eficiência; 4. As longas, várias e infrutíferas tentativas de modificação do Estatuto das Licitações com vistas à eficiência; 5. O PAC e mais uma proposta de nova Lei de Licitações; 6. O que se pode pensar para ampliar a eficiência nas licitações?; 6.1. O fim da cartelização nas licitações; 6.2. A alternativa da regulação das licitações; 6.3. As bolsas de mercadorias e os próximos passos para a eficiência; Conclusão.

### 1. Fundamento constitucional da licitação e sua técnica de atendimento

Para a mensuração da eficiência de um instituto de Direito, é preciso que a lógica (econômica) de resultados não seja afastada ou anulada pela lógica (ética) dos princípios. Fundamental, pois, a busca da harmonização entre resultados econômicos e princípios jurídicos. Este é o desafio do direito econômico e esta é a provocação<sup>1</sup>.

No campo da licitação, seu objetivo constitucional é a seleção da proposta mais vantajosa para firmar contrato com a Administração. O fundamento está no atendimento dos princípios constitucionais da eficiência, da economicidade e da moralidade.

Para atendimento de tais princípios, outros, de ordem instrumental, devem ser observados, a saber, a ampla competição, a publicidade e a isonomia, devendo ser proporcionada igualdade de oportunidades de acesso e de tratamento entre os interessados em contratar com a Administração.

No entanto, como processo “administrativo”, o procedimento deve almejar a busca da *verdade real* – e não apenas a *verdade formal* (“fora dos autos, fora do mundo”).

Convencionou-se, de longa data, e antes do incremento tecnológico, quando se tinha mais árvores e mais tempo, que o processo impresso em papel se prestaria a essa finalidade.

<sup>1</sup> MARQUES NETO, Floriano Azevedo e ARAGÃO, Alexandre Santos (Coordenadores da obra coletiva).

No entanto, como dito, a saúde pública ou privada não está em risco com qualquer conduta que seja desenvolvida pela consulente em decorrência da não aplicação dos atos em exame. O mal maior está, exatamente, na sua preservação. Isto porque, os custos gerados, como dito, colocam em risco a estabilidade econômica da empresa e, com isso, os empregos e tributos gerados pela atividade. Ademais, haverá um dano irreparável com a fatia de mercado que passará a ser consolidada pela concorrência desleal e ilegal, não regulada nem fiscalizada, mas que existe. Essa perda de mercado e de receita não tem dimensão; mais grave, ainda, é que essa parcela de mercado a ser sedimentada, exporá, aí sim, em muito, a saúde pública e privada a risco. Não há, pois, como se preservar os atos em questão, da forma como foram concebidos, impondo-se sua suspensão, pela própria agência – evitando sua responsabilização – ou em juízo – já que a independência das agências reguladoras é apenas sob o ponto de vista técnico, não sendo elas imunes ao controle judicial, especialmente no que concerne aos aspectos procedimentais de produção de atos, que violam direitos subjetivos, líquidos e certos.

Por todo exposto, verifica-se que esse conjunto de violações decorre, basicamente, da violação do direito líquido e certo dos consumidores e regulados em participar do processo de formação da norma, apresentando, *previamente*, os interesses envolvidos e as alternativas menos onerosas.

Tal etapa decorre do *princípio do devido processo legal*, que limita a criatividade na produção das normas, as quais devem considerar, na sua *motivação*, as contribuições que deveriam ter sido colhidas.

Do contrário, produz-se norma violadora dos *princípios democrático* e da *legitimidade*, além de violadora do *princípio da eficiência*, posto que a regulação não terá decorrido de um processo de *ponderação* (já que não houve cotejo e valoração dos interesses). A *desproporcionalidade* e a *irrealidade* são meras conseqüências de tal inobservância, que causa dano irreparável.

Tudo isso dispensa qualquer tipo de prova adicional. Basta a leitura da norma e da sua motivação para perceber que tais princípios não foram atendidos.

Ocorre que nem sempre – e não raro – a melhor proposta nos autos não é a melhor do mercado. Neste caso, o procedimento não atinge seu fim constitucional nem econômico. Em síntese, o que se pretende, como atendimento dos princípios constitucionais, é a melhor proposta *no mercado* e não só *no processo*.

Logo, o processo, quaisquer que sejam a tecnologia e metodologia nele empregadas, deve servir para estimular o mercado a ser competitivo e a dele participar; de outro lado, a Administração deve ser dotada de agilidade para acompanhar essa realidade desejada. Instaurar o procedimento sem ter essa finalidade em mira é violar o dever de boa administração a que tem direito o administrado.

Esses deveres de eficiência e de economicidade se realçam num contexto de Reforma do Estado, que busca a implementação de políticas públicas para fortalecer a competição. Nesse passo, o uso do poder de compra da Administração Pública assume relevância, sendo objeto de preocupações no Direito Comunitário Europeu, com vistas a assegurar a competitividade, bem como na Organização Mundial do Comércio, que mereceu tratado específico na Rodada de Tóquio, ainda não assinada pelo Brasil, e nos organismos internacionais de fomento. Em outras palavras, cada vez mais se sugere que o tema das licitações e contratos da Administração seja tratado no âmbito do direito econômico, como instrumento de alavancagem do desenvolvimento, por meio da ampliação do volume de negócios e, com isso, a competição que leva à eficiência, sendo, frise-se, decisivo para a organização dos mercados o uso do poder de compra dos Estados.

Em pleno Século XXI e sob a provocação de repensar o Direito Administrativo, não se pode achar que a efetivação da seleção da proposta mais vantajosa para a Administração se desenvolva, apenas, por meio de um procedimento formal, conduzido por servidores públicos, em repartições públicas, com uso de arquivos públicos e do papel impresso como única forma de promover a escolha pública e eficiente. Nem a Economia e nem o meio ambiente aturam mais os mesmos métodos, do início do século passado.

## 2. Procedimento formal x eficiência

Basta olhar que essa idéia de um conjunto encadeado de atos pode alcançar os mesmos objetivos, de forma mais célere e econômica, com o uso da tecnologia já disponível.

Como se sabe, o procedimento formal é complexo, composto de uma fase interna, na qual se desenha o futuro processo por meio de um conjunto de atos, para, só então, se instaurar a fase externa para consulta ao mercado para um contrato específico.

Veja-se, por exemplo, que a fase interna, que compreende a divisão de atos e de competências, envolve um plano de estruturação administrativa e financeira da entidade que promove a licitação, exigindo a criação de estruturas, rotinas e cronogramas de estocagem e desembolsos, organização das unidades, elaboração de

um calendário de atendimento de necessidades. Os produtos esperados dessa etapa da fase interna são um regimento interno, um cadastro de preços e fornecedores e, finalmente, um calendário de licitações. Este último anuncia quando o mercado deve se preparar de modo diferente para a Administração, quando o ideal seria que ele se mantivesse constantemente competitivo e preparado para todo e qualquer cliente.

A montagem de um Cadastro de Fornecedores exige a manutenção de registros cadastrais só para efeito de habilitação e consulta, com validade máxima de um ano, com inscritos classificados por categorias – especialização – subdivididas em grupos, segundo a qualificação técnica e econômica. A grande “vantagem” para a Administração estaria no fato de que o certificado de registro cadastral substitui os documentos de habilitação jurídica, a prova de inscrição na repartição Fazendária e os documentos cujas informações estejam disponíveis em sistema informatizado de consulta direta indicado no edital. Mas para por aí! Ou seja, embora tudo isso já sinalize como funciona o mercado fornecedor, não substitui a licitação, porque só se examinam os documentos da pessoa dos fornecedores, mas não se registram os preços por eles praticados. Para isso exige-se outro momento, com uma consulta formal, aberta, específica e eventual (ainda que as contratações de bens e serviços, em sua maioria, sejam constantes e previsíveis e não exijam que o mercado se organize especialmente para esse fornecimento).

Aí, de outro lado, os fornecedores também vão formular uma proposta específica para a competição, diferente daquela que eles praticam no cotidiano de suas atividades no mercado. Só por isso já se vê que o procedimento foi pensado para não dar certo, isto é, não se atinge o resultado de contratar conforme as práticas do mercado.

Para conduzir essa burocracia há, também, um enorme custo para o Erário, quando o mercado já dispõe de mecanismos de organização de cadastros, manutenção de arquivos, dados e documentos, e de pesquisas de preços absolutamente ágeis e sem ônus de organização e de manutenção pelo Estado.

Só então, ainda sem consulta aberta ao mercado, se passa à requisição do objeto, com a descrição da obra, bem ou serviço, com especificações que permitam a sua perfeita identificação, mas sem serem excessivas. Isso também poderia ser automatizado com o uso interligado de sistemas de gestão de estoques, que já impulsionariam a abertura do processo de contratação.

Fundamental que isso se dê sem informações prévias e privilegiadas dos licitantes ou sem sua interferência, ainda que essa descrição se dê a contento pelos servidores e técnicos das diversas Administrações deste país de dimensões continentais, o fato inegável é que também no mercado já existem sistemas organizados com tais informações, permitindo, de imediato, se promover a estimativa do valor por meio de consulta às bases de dados privadas, o que representa melhor o mercado que a consulta aos cadastros e/ou Registro de Preços mantidos pela Administração. É o caso das bolsas de mercadorias ou do “placar eletrônico” (ao que se voltará adiante).

Isso permitiria uma rápida verificação da adequação da despesa à previsão orçamentária e aos estoques, à disponibilidade de recursos, haveria maior controle para desclassificação das propostas abusivas ou inexequíveis, sem falar na orientação sobre a necessidade de licitação e qual a modalidade (acaso mantido o atual modelo, que, na linha que se desenvolve neste estudo, não se propõe).

Atualmente, a pesquisa de mercado envolve uma consulta formal e prévia a, pelo menos, três empresas do ramo, adotando-se a média dos valores fornecidos ou, alternativamente, se promove a consulta ao Sistema de Registro de Preços (que não se confunde com cadastro de preços, embora ambos reflitam, apenas, a realidade de preços praticada pela Administração, que raramente reflete a realidade do mercado). Isso também não é nem substitui a licitação e, por isso, de sua parte, os fornecedores também não se sentem confortáveis em informar previamente suas melhores condições. Logo, tudo indica que a pesquisa preliminar da Administração não vai refletir a melhor realidade do mercado e, com isso, o procedimento (até aqui, ainda interno) começará mal.

Só depois de implementadas todas essas rotinas administrativas, que, frise-se, consomem tempo, pessoal, espaço, papel, enfim, recursos, é que se passa à fase de aprovação prévia da despesa, que é ato da autoridade máxima da entidade, admitida a delegação regimental ou por ato administrativo. Tal ato, que também representa uma forma de controle hierárquico sobre os atos anteriores, formaliza uma decisão sobre a prioridade da despesa.

Passado tudo isso, chega-se, finalmente, à fase de elaboração do edital – isto é, um pedido específico de propostas, como se pudesse desejar algo diverso do pretendido no mercado. Novamente, deve se descrever o objeto, definir as condições de participação na licitação. Adite-se a isso a modalidade em que o procedimento formal vai tramitar, os critérios de julgamento e a autoridade responsável pela apreciação dos recursos (que têm efeito suspensivo, retardam a contratação e não acompanham a mudança do mercado no período) e pela homologação, apresentando-se as condições gerais do contrato (minuta de contrato) e definindo-se dia, local e horário de recebimento dos envelopes (fechados e com proposta impressa). Vale notar, ainda, que, a rigor, a publicação do edital também deveria ensejar um processo formal de escolha do veículo divulgador; logo, deveria, em regra, também ser licitada (embora o procedimento possa ser afastado se as peculiaridades dos objetos justificarem escolhas de jornais distintos em cada caso concreto, dando-se a formalização da contratação direta da publicação). A publicação ainda se dá com o uso obrigatório do papel, exigindo-se a presença da imprensa oficial e jornais de grande circulação. Inegável o custo financeiro e ambiental desta providência, dispensável se o processo competitivo de “placar eletrônico” estivesse permanentemente aberto, ou, no mínimo, se adotada a publicação eletrônica.

Elaborada a minuta de edital e de contrato, passa-se à análise jurídica do Edital, também exigida pela Lei nº 8.666/93, em seu art. 38, parágrafo único, tido pelo Egrégio

Supremo Tribunal Federal como dispositivo que fixa uma vinculação da autoridade administrativa ao parecer<sup>2</sup>, podendo, nessas bases, se ensejar a responsabilização solidária dos pareceristas com as autoridades que firmaram os contratos<sup>3</sup>. Aqui há mais um significativo custo de tempo e de estrutura, além do deslocamento de servidores qualificados para o exame de peças, muitas vezes padronizadas, em detrimento de outras consultas e dos prazos processuais da função de representação judicial, forçando, não raro, a abertura de concursos públicos para o provimento de vagas para atendimento de tais demandas. Exige-se, até mesmo, parecer sobre minutas padronizadas de editais e contratos, ainda que elaboradas pelos órgãos jurídicos!

Insista-se que, até aqui, enorme tempo, estrutura e custos foram assumidos, mas ainda não se atingiu a fase externa, que marca o início da relação entre a Administração e o mercado, por meio da atuação de uma Comissão de Licitação ou do pregoeiro e de sua comissão de apoio, que devem ser treinados e destacados para essa função. Serão eles os encarregados da condução do procedimento formal (rito pelo qual se desenvolve o processo, que é ditado pelas modalidades de licitação, conforme o valor ou tipo de contrato).

Convencionou-se que a proposta mais vantajosa a ser selecionada no processo é aquela tida como séria, ou seja, apresentada por licitante idôneo; isso, na interpretação tradicional, implica a necessidade de a apreciação da documentação, antes de conhecer a proposta. Daí se prever uma fase de habilitação (do licitante) que antecede o julgamento (da proposta), que, no entanto, só eventualmente é substituída

2 STF. Confira-se, a propósito, a decisão Supremo Tribunal Federal, proferida nos autos do Mandado de Segurança nº 24584, quando, por maioria, acompanhando o voto do ministro-relator Marco Aurélio, decidiu-se pelo seu indeferimento. O pedido foi feito por procuradores federais contra ato do Tribunal de Contas da União (TCU), que iniciou investigação para fiscalizar atos administrativos que tiveram pareceres jurídicos favoráveis.

3 STF. O Tribunal deferiu o mandado de segurança nº 24631, impetrado contra ato do Tribunal de Contas da União - TCU que, aprovando auditoria realizada com o objetivo de verificar a atuação do Departamento Nacional de Estradas de Rodagem - DNER nos processos relativos a desapropriações e acordos extrajudiciais para pagamento de precatórios e ações em andamento, incluíra o impetrante, então procurador autárquico, entre os responsáveis pelas irregularidades encontradas, determinando sua audiência, para que apresentasse razões de justificativa para o pagamento de acordo extrajudicial ocorrido em processos administrativos nos quais já havia precatório emitido, sem homologação pela justiça. Saliendo, inicialmente, que a obrigatoriedade ou não da consulta tem influência decisiva na fixação da natureza do parecer, fez-se a distinção entre três hipóteses de consulta: 1) a facultativa, na qual a autoridade administrativa não se vincularia à consulta emitida; 2) a obrigatória, na qual a autoridade administrativa ficaria obrigada a realizar o ato tal como submetido à consultoria, com parecer favorável ou não, podendo agir de forma diversa após emissão de novo parecer; e 3) a vinculante, na qual a lei estabeleceria a obrigação de “decidir à luz de parecer vinculante”, não podendo o administrador decidir senão nos termos da conclusão do parecer ou, então, não decidir. Ressaltou-se que, nesta última hipótese, haveria efetivo compartilhamento do poder administrativo de decisão, razão pela qual, em princípio, o parecerista poderia vir a ter que responder conjuntamente com o administrador, pois seria também administrador nesse caso. Entendeu-se, entretanto, que, na espécie, a fiscalização do TCU estaria apontando irregularidades na celebração de acordo extrajudicial, questão que não fora submetida à apreciação do impetrante, não tendo havido, na decisão proferida pela Corte de Contas, nenhuma demonstração de culpa ou de seus indícios, e sim uma presunção de responsabilidade. Os Ministros Carlos Brito e Marco Aurélio fizeram ressalva quanto ao fundamento de que o parecerista, na hipótese da consulta vinculante, pode vir a ser considerado administrador.

pelo registro cadastral acima exposto. Vários dos documentos pedidos já estão disponíveis nas próprias repartições públicas, o que permitiria a redução de custo e tempo na sua obtenção e exame.

Como isto não ocorre, a Administração é obrigada a treinar a comissão de licitação a examinar certidões, balanços, atos constitutivos de empresas e atas de eleição de dirigentes. Mais uma vez, além do custo e do tempo dobrados, os servidores designados para esse “re-trabalho” devem ser deslocados de outros misteres, deixando, em algum momento e em algum canto, a Administração desguarnecida para que se possa lidar com a papelada, que não é facilmente assumida pelos agentes públicos.

### 3. A Reforma do Estado voltada para a eficiência

De longa data, a preocupação com os custos das contratações em face do dever de economicidade levou o tema a ser tratado no âmbito das finanças públicas; tanto que disciplinado, originalmente<sup>4</sup>, no Código de Contabilidade Pública (Decreto nº 4.536, de 21.01.1922), sendo, posteriormente tratado no âmbito do Decreto-lei nº 200/67, substituído pelo DL nº 2.300/86, que procurou incorporar e sistematizar toda a experiência produzida ao longo da aplicação do instrumento da licitação. Antes disso, porém, a Lei nº 5.456, de 20.06.1968 estendia as normas do DL nº 200/67 aos Estados e Municípios.

A justificativa constitucional para impor aos Estados e Municípios a observância de decreto-lei federal sobre processo e contratos administrativos também era calcada na competência da União para editar normas gerais sobre finanças públicas. Logo, gastar bem os recursos públicos sempre foi uma preocupação do tema das licitações e o processo não deve ser instaurado para inviabilizar tal mister ou para desconsiderar outros valores ainda maiores que o interesse do Erário.

A Lei nº 8.666/93, que substituiu o DL nº 2.300/86, subverteu tal preocupação, já que foi editada num contexto de elevada corrupção e o objetivo era estabelecer rigores em torno das discricionariedades, ampliando os controles formais.

Ainda que com preocupações diversas, o ponto comum em todos esses diplomas legais é o procedimento formal, em papel. O prazo e o custo dessa mecânica, ou os resultados não são mais relevantes. Cultua-se o processo pelo processo<sup>5</sup>!

4 Antes disso, o Decreto nº 2.926, de 14.05.1862 regulamentos as arrematações promovidas pelo Ministério da Agricultura, Comércio e Obras Públicas. Resumo: Aprova o Regulamento para as Arrematações dos Serviços a Cargo do Ministério da Agricultura, Comércio e Obras Públicas. Editor Imprensa Nacional – Fonte: Coleção de Leis do Brasil Publicação CLBR PUB 31/12/1862 001 000126 1 Coleção de Leis do Brasil Catálogo Ministério da Agricultura Comercio e Obras Publicas, Regulamento. Indexação Aprovação, Regulamento, Serviço, Ministério da Agricultura Comercio e Obras Publicas. Idioma por Formato text/xml Código 75.862 (Sítio do Senado. Endereço eletrônico: <http://www6.senado.gov.br/sicon/ExecutaPesquisaBasica.action>)

5 Registre-se que há algumas resistências ao “efeito carona”, especialmente por algumas distorções provocadas pelos “vendedores de atas”.

Com o advento das Emendas que caracterizaram a Reforma do Estado, se procurou adotar medidas que pudessem enfrentar os objetivos de lidar com a *escassez de recursos*, com a *melhoria de qualidade dos resultados* dos setores público e privado, tendo como instrumentos a abertura da economia, a flexibilização de barreiras ao capital estrangeiro, a flexibilização de monopólios estatais e, em especial, para o que aqui interessa, a *Reforma da Administração*.

Como instrumentos dessa Reforma, adotou-se, além da desestatização, um conjunto de medidas voltadas para a melhoria na qualidade da arrecadação, notadamente com a Lei de Responsabilidade Fiscal, além de preocupações com a redução dos gastos públicos.

Tudo isso buscando a eficiência por meio da ampla competição. Nesse contexto, impunha-se a apresentação de respostas às críticas quanto ao formato das licitações da Lei nº 8666/93, a saber, a *generalidade*, já que a mesma lei se destinava tanto à compra de clips como para a construção de uma usina nuclear; a *burocracia*, eis que a lei estava pensada para um rigoroso exame de documentos, cada vez mais complexos e detalhistas; instituiu-se um “campeonato de papelada” – vencia quem sabia melhor cumprir a burocracia; a *morosidade*, eis que, como visto, o processo centrado na papelada e não nas propostas, se tornava demasiado lento, sem o necessário proveito em termos de qualidade ou de preço; e a *onerosidade*, tanto para a Administração como para o particular.

O primeiro passo para tanto veio, como dito, com a figura das agências reguladoras, para acompanhar os setores outrora confiados ao Estado. As agências, para serem dotadas de uma agilidade que lhes propiciaria eficiência, tiveram mecanismos diferenciados de licitação. Surgem o *pregão* e a consulta no âmbito da ANATEL. O segundo passo foi a introdução do *pregão* para toda a Administração Federal, sendo a experiência da ANATEL ampliada primeiro para as demais agências reguladoras e, posteriormente, com a Medida Provisória nº 2026/2000, se introduziu o *pregão* apenas para a Administração Federal. Tal MP foi, afinal, convertida na Lei nº 10.520, de 17.07.2002, que tratou, também, da possibilidade de sua adoção por Estados, Municípios e Distrito Federal.

O terceiro passo foi a introdução do *pregão eletrônico* na Administração Federal; só então se adotou medida específica para a substituição do papel. Ainda assim, o procedimento continua formal, a depender de uma fase interna e de uma convocação específica do mercado para determinada contratação. Claro que, se de um lado, o Brasil ainda não está todo aparelhado e capacitado para lidar com a tecnologia, por outro lado não se pode obrigar todos a continuar funcionando como no século passado, retardando e encarecendo os fornecimentos para as megalópoles e metrópoles, onde se concentram a população e os grandes fornecedores.

As propostas inovadoras, no que concerne ao combate à generalidade vieram por meio da utilização de modalidade mais simples e ágil para os bens e serviços comuns, isto é, *aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais no mercado*.

Vale notar que não só compras e serviços devem ser aí enquadrados. Diversas obras de escolas, hospitais, presídios, aeroportos, fóruns e centros administrativos são padronizadas e permitiriam o uso de meios eletrônicos para selecionar o menor preço na sua execução, já que os fatores intelectuais e de qualidade já foram definidos ao fixar o padrão.

Também se procurou abandonar o *formalismo inútil*, por meio da possibilidade de sanatória de documentos, propostas e atos, explicitando que a invalidação do procedimento atingiria apenas os atos insuscetíveis de aproveitamento.

Para combate à morosidade, procurou-se ganhar agilidade pela via da inversão das fases de habilitação e de julgamento e do recurso único. Ficou estabelecido que, *aberta a sessão, os interessados ou seus representantes, apresentarão declaração dando ciência de que cumprem plenamente os requisitos de habilitação e entregarão os envelopes contendo a indicação do objeto e do preço oferecidos, procedendo-se à sua imediata abertura e à verificação da conformidade das propostas com os requisitos estabelecidos no instrumento convocatório; encerrada a etapa competitiva e ordenadas as ofertas, o pregoeiro procederá à abertura do invólucro contendo os documentos de habilitação do licitante que apresentou a melhor proposta, para verificação do atendimento das condições fixadas no edital.*

A redução de custos e ampliação da competição pelo uso de recursos da informática e de tecnologia da informação, não só para divulgação como para processamento da licitação, veio com o Decreto nº 5.450, de 31 de maio de 2005, que tornou obrigatória a adoção do pregão, na forma eletrônica, para aquisição de bens e serviços comuns.

Também se procurou combater a ineficiência e a falta de profissionalização, se estabelecendo a necessidade do treinamento de pregoeiros, fixando-se, no Dec. nº 31.555/2000, art. 7º. p. único, que *somente poderá atuar como pregoeiro o servidor que tenha realizado capacitação específica para exercer a atribuição.*

Acolheu-se a doutrina, reduzindo custos do licitante com a vedação da exigência de garantia de proposta, mas os custos de transação ainda são grandes, não só com a papelada como pelos riscos criados pelo Estado contratante e a necessidade de discutir judicialmente os conflitos.

Tudo isso, no entanto, ainda exige o procedimento formal e específico, ou seja, a Administração e o mercado não se mantêm em sintonia e em contato, o que decorre da própria norma legal!

Mais uma vez, todo o esforço foi abandonado!

#### **4. As longas, várias e infrutíferas tentativas de modificação do Estatuto das Licitações com vistas à eficiência**

Ainda no contexto das Reformas iniciadas em 1995, o Ministério do Planejamento coordenou a elaboração de um Anteprojeto de Lei de Contratações Públicas, que foi colocado em debate público. A proposta trazia discussões interessantes, destacando-se, pela pertinência com a linha acima apresentada, o instituto da “cotação permanente”. Era prevista uma radical mudança nos procedimentos de contratação

administrativa, com novas modalidades de licitação, mantidas, no entanto, aquelas já previstas na Lei nº 8.666/93 para as obras e serviços de engenharia. Também ali figurava a previsão da possibilidade do afastamento do uso de cláusulas exorbitantes em todo e qualquer contrato, bem como a possibilidade do uso da arbitragem. Estas eram as grandes novidades trazidas.

O texto, de tão arrojado, acabou se perdendo nos inúmeros debates, adiantando-se o processamento, no Congresso Nacional, do PL nº 146/2003.

Este mantinha as rotinas e modalidades da Lei nº 8.666/93, com alguns ajustes que buscavam dar maior celeridade, sem tocar em questões como a inversão de fases e fase recursal única.

Ambas as propostas deixaram de ser prioridades para o Governo, que acabou por conduzir novo processo interno de debates, novamente no âmbito do Ministério do Planejamento, ao longo de 2006/2007, tendo por roteiro um anteprojeto produzido por Procuradores do Estado da Bahia, tendo sido ouvidos vários juristas.

Ao final, o dilema se resumia à política legislativa a ser adotada, entre duas vertentes; quais sejam, uma lei com normas gerais para as entidades federadas e normas específicas para a União ou uma lei com normas gerais para as entidades federadas e regulamento baixado por decreto de cada entidade federada.

#### **5. O PAC e mais uma proposta de nova Lei de Licitações**

O PLC (PLC nº 32/2007 do Senado)<sup>6</sup> encaminhado pelo Governo Federal desconsiderou esse histórico e esses debates.

A única preocupação parece ter sido com a celeridade da votação do PL, por estar a temática das licitações incluída no PAC.

Basicamente, a proposta limitou-se à inclusão de medidas já contidas na Lei do Pregão e na Lei de PPPs. Também foram incluídas medidas de incorporação da ferramenta da informática.

Em síntese, em nome da celeridade do processo legislativo, se desconsiderou a celeridade e o custo do processo administrativo, mantido, pois, como vem sendo tratado desde o início do século passado, ou seja, um procedimento formal, com toda a papelada a ele inerente.

#### **6. O que se pode pensar para ampliar a eficiência nas licitações?**

Cabe, pois, propor três pontos específicos para debates, em ordem de facilidade na apresentação e concretização, considerando o contexto e as tradições formalistas (mas na ordem inversa da preferência).

<sup>6</sup> Este Projeto de Lei Complementar encontra-se, atualmente, na CAE - Comissão de Assuntos Econômicos. Situação: Pronto para a Pauta na Comissão; em 03/10/07, foi apresentada a Emenda nº 47, de autoria do Senador Pedro Simon, anexada ao processado.

Não se pretende, neste breve estudo, promover uma mudança radical sobre um procedimento secular, mas, ao menos, provocar o debate sobre a sistemática de seleção de fornecedores que já atuam no mercado (independentemente de ter, ou não, a Administração como cliente). Em outras palavras, o que se define é que o procedimento formal complexo deve ser reservado às situações em que o fornecedor deve se organizar para atender à Administração Pública numa situação específica, não usual (não rotineira). Nos demais casos, obras, bens e serviços comuns ou padronizados, a seleção deve se dar por métodos mais céleres que o pregão eletrônico.

### 6.1. O fim da cartelização nas licitações

Uma das coisas mais importantes seria a revogação do art. 50 da Lei nº 8.666/93, que dá base legal à cartelização das licitações. Tal dispositivo tem a seguinte redação:

Art. 50. A Administração não poderá celebrar o contrato com preterição da ordem de classificação das propostas ou com terceiros estranhos ao procedimento licitatório, sob pena de nulidade.

Naquilo que não é óbvio – contratar conforme a ordem de classificação no procedimento a isto destinado – a aplicação literal do dispositivo pode ser lesiva à eficiência e à economicidade.

Isto porque quando se limita a contratação apenas àqueles que comparecem ao procedimento formal, ainda que a realidade de mercado seja diversa, se desvirtua o objetivo constitucional de seleção da melhor proposta no mercado – princípio da verdade real – e não no processo.

O ideal seria admitir a revogação da licitação e, até mesmo, a contratação direta, se, ao final do processo, se concluisse que o mercado oferece melhores condições que o processo entre fornecedores idôneos. Afinal, não deixaria de ser uma hipótese de inconstitucionalidade do ato por ineficiência de adjudicação. Não deixa de ser frustrada a licitação.

Também a possibilidade de *solução extrajudicial de conflitos, inclusive por meio de juízo arbitral* deve ser estimulada e já encontra precedentes na Lei nº 8.987/95 (art. 23), na Lei de PPP, cabendo citar precedente do antigo Tribunal Regional Federal, em acórdão da lavra do Ministro Ítalo Jóia, citado por DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO, em sua obra *Mutações do direito administrativo*. O ponto central da tese se calca no fato de que reduzir a capacidade da Administração compor litígios é reduzir-lhe a própria autonomia contratual. Afinal, a redução do custo do litígio é redução de riscos, o que amplia a eficiência.

### 6.2. A alternativa da regulação das licitações

Não se cogitou em qualquer das propostas de mudanças da Lei nº 8.666/93, de uma terceira via, já apresentada<sup>7</sup> e reiterada nos debates, consistente na elaboração de uma lei que funcionasse como um “marco regulatório”, no seu sentido técnico, com vistas a embasar uma atividade *executiva* – de concretização da vontade da lei – e não de atividade *legislativa*. Pela proposta, a atividade regulatória do Estado deve receber da lei as diretrizes políticas a serem implementadas pelos reguladores em cada um dos segmentos de mercado regulados, por meio da prática de atos infra-legais – normativos, executivos e judicantes – que traduzam o objetivo de eficiência definido pelo legislador.

O processo de ponderação de interesses que caracteriza a regulação exige a realização de audiência ou consulta públicas para que tais interesses sejam corretamente identificados e sopesados, cabendo à Lei de Licitações, de âmbito nacional e multi-setorial, traçar princípios e diretrizes, de modo que a Administração Pública defina, em regulações setoriais e nos editais, as peculiaridades relativas a cada tipo de contrato.

Isso permitiria uma maior eficiência no tratamento de temas como compras de medicamentos, cartuchos, serviços de vigilância, de telecomunicações, publicidade, obras, para mencionar apenas alguns segmentos.

Como a União detém competência para legislar sobre normas gerais de direito econômico, produção e consumo (art. 24, I e V), além de normas sobre pesos e medidas (art. 22, VI) e sobre profissões (art. 22, XVI), por essa lei estabelecidora de um “marco regulatório das licitações” estaria ela autorizada a estabelecer padrões mínimos de qualidade uniforme para todo o território nacional.

É uma ilusão achar que nesse país de dimensões continentais a autonomia das entidades federadas permite descrever, com precisão, os serviços de telecomunicações, vigilância, informática, entre outras. Estes podem variar em preço ou quantidades, eventualmente, maiores requisitos de especificação técnica (acima do mínimo), mas a característica técnica é a mesma. É sabida a dificuldade de promover a descrição de objetos tanto na fase interna como na externa.

Ganha-se em eficiência, em função da especialização. Ademais, os Estados, Municípios, Distrito Federal e suas entidades vinculadas teriam participação na edição dos atos regulatórios – e, em especial, nas audiências públicas e coletas de opinião que devem precedê-los.

Esse contexto de especificações regulatórias com a incorporação das bolsas de mercadorias, sem dúvida, viabilizaria o atendimento dos objetivos constitucionais de eficiência, economicidade e moralidade, por meio de procedimentos transparentes, isonômicos, ágeis e de menor custo.

<sup>7</sup> SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito administrativo contratual*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, pp. 465 e ss.

### 6.3. As Bolsas de Mercadorias e os próximos passos para a eficiência

Um dos grandes passos que se pretende colocar em debate é o estímulo ao uso das bolsas de mercadorias, mecanismo previsto na Lei nº 10.520/2002 (art. 2º, § 2º: “Será facultado, nos termos de regulamentos próprios da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, a participação de bolsas de mercadorias no apoio técnico e operacional aos órgãos e entidades promotores da modalidade de pregão, utilizando-se de recursos de tecnologia da informação”).

Segundo o Ministério da Fazenda<sup>8</sup>:

As bolsas de mercadorias e futuros são associações privadas civis, sem finalidade lucrativa, com objetivo de efetuar o registro, a compensação e a liquidação, física e financeira, das operações realizadas em pregão ou em sistema eletrônico. Para tanto, devem desenvolver, organizar e operacionalizar um mercado de derivativos livre e transparente, que proporcione aos agentes econômicos a oportunidade de efetuarem operações de *hedging* (proteção) ante flutuações de preço de commodities agropecuárias, índices, taxas de juro, moedas e metais, bem como de todo e qualquer instrumento ou variável macroeconômica cuja incerteza de preço no futuro possa influenciar negativamente suas atividades. Possuem autonomia financeira, patrimonial e administrativa e são fiscalizadas pela Comissão de Valores Mobiliários.

A definição valoriza o processo eletrônico, livre, transparente e isonômico, permanentemente organizado, aberto, sem finalidade lucrativa, fiscalizado e, o principal, sem qualquer custo de manutenção pela Administração Pública (quando muito, o repasse para o preço do percentual de corretagem, se adotada, que deve ser pago pelo licitante vencedor).

SIDNEY BITTENCOURT<sup>9</sup> explica o conteúdo do instituto, destacando a função de cotação oficial diária dos produtos e o estado geral do mercado:

Bolsas de Mercadorias são instituições destinadas a operar, à vista ou a termo, na compra e venda de gêneros de larga produção e que se podem classificar em tipos uniformes, cujos preços alcançados formam a cotação oficial dos produtos. Maria Helena Diniz detalha que nelas se fazem, por intermédio de corretores, negociações para venda por atacado de produtos

<sup>8</sup> Informação obtida no sítio oficial do Ministério da Fazenda [p://www.bcb.gov.br/pre/composicao/bmf.asp](http://www.bcb.gov.br/pre/composicao/bmf.asp)

<sup>9</sup> BITTENCOURT, Sidney. *Pregão passo a passo: a nova modalidade de licitação para a União, Estados, Municípios e Distrito Federal*. 3. ed. Rio de Janeiro: Temas e Idéias, 2004, p. 67-68.

agrícolas e industriais, seguros e fretes marítimos, pela cotação oficial, cujas operações têm por finalidade a corretagem e a promoção do comércio e do desenvolvimento dos gêneros produzidos no País, negociáveis em Bolsa, classificando-os em tipos oficiais; o desenvolvimento do intercâmbio comercial nacional e internacional no que atina a produtos; a verificação do estado geral do mercado e as cotações dos preços das mercadorias, registrando-os em livros próprios da Junta, sendo realizada, para tanto, uma verificação diária dos pregões de compra e venda; a padronização dos gêneros de produção nacional e o conhecimento do mercado prestar informações futuras.

O grande De Plácido e Silva acrescenta que tais bolsas possuem função dupla, pois, além de exporem os produtos ou títulos (valores), também regularizam seus preços no tempo e no espaço.

No entanto, a previsão de sua utilização é meramente instrumental, de apoio à licitação, que continua, pois, nos moldes da legislação em vigor, um procedimento. Confira-se o apontamento de DIOGENES GASPARINI<sup>10</sup>:

(...) ainda que não se saiba qual a intensidade desse apoio, pode-se afirmar que não se trata de autorização direta de aquisição de bens e contratação de serviços comuns via bolsa de mercadoria, tampouco de autorização para contratar qualquer dessas instituições para realizar em favor da Administração Pública o pregão eletrônico com tais objetivos.

No mesmo sentido SIDNEY BITTENCOURT<sup>11</sup> destaca que o procedimento formal continua mantido:

No entanto, é de se frisar que há autorização tão-somente para apoio técnico-operacional, permanecendo os demais atos do pregão (designação do pregoeiro e da equipe de apoio, elaboração do edital, deliberações etc.) a cargo exclusivo da Administração promotora do certame.

Ora, está-se diante de um instituto que teria tudo para substituir, com vantagens, o procedimento formal em papel e conduzido com pessoal, bens, serviços, estrutura mobiliária e imobiliária da Administração, com significativa redução de custos e de tempo.

<sup>10</sup> GASPARINI, Diógenes (coord.). *Pregão presencial e eletrônico*. Belo Horizonte: Fórum, 2006, p.53-54.

<sup>11</sup> BITTENCOURT, Sidney. *Pregão passo a passo: a nova modalidade de licitação para a União, Estados, Municípios e Distrito Federal*. 3. ed. Rio de Janeiro: Temas e Idéias, 2004, p. 67-68.

Aliás, tal conclusão não é nova e já está, inclusive, parcialmente positivada. O art. 17, II, c, da Lei nº 8.666/93 fixa que é dispensada a licitação para a venda de ações, que poderão ser negociadas em bolsa, observada a legislação específica. Também o art. 24, XII, admite a contratação direta de hortifrutigranjeiros, com base na cotação do dia. Ali se reconhece que os procedimentos das bolsas asseguram as mesmas vantagens e o atingimento dos mesmos objetivos de uma licitação, ou seja, processo público, transparente, competitivo, tratamento isonômico e seleção da proposta mais vantajosa.

Um “placar eletrônico” substituiria, com vantagens, tanto o cadastro de fornecedores, como o sistema de registro de preços, e, ainda, o próprio procedimento formal. Aliás, o “efeito carona” no Sistema de Registro de Preços, já reconhecido no Decreto nº 2.743/1998, admite que outros órgãos e entidades, não integrantes do sistema, possam se valer da Ata contendo os preços registrados. O “placar eletrônico” ficaria permanentemente aberto, provocando a constante movimentação de fornecedores, para os mais diversos itens, sem necessidade de todos os atos da fase interna e externa, incluindo os infundáveis recursos e liminares. Mais que isso, não só a Administração como todos os consumidores se beneficiariam de tal postura.

Essa, pois, uma diretriz a ser adotada, que mereceria ser refletida, para dar ao procedimento licitatório novas feições.

## Conclusões

Se o procedimento formal for inevitável, os próximos passos seriam, naturalmente, a *revisão* da Lei nº 8.666/93, já com todos os aprimoramentos trazidos pelo pregão presencial e eletrônico, os quais podem ser aplicados aos demais tipos de contratos, buscando uma consolidação da legislação em bases principiológicas, por meio da redução dos detalhamentos.

A ideia do *placar eletrônico* poderia ser instituída no rol das modalidades do art. 22 da Lei nº 8.666/93, deixando às entidades federadas a tarefa de regulamentar, por decreto, os critérios para o seu emprego, de acordo com as capacidades e peculiaridades locais, definindo outros aspectos como os preços para compra em escala, fretes, tributos etc. Aliás, a tendência da Lei de Licitações deveria ser uma deslegalização do maior número possível de temas.

Impõe-se uma reflexão sobre a manutenção do dever de adotar cláusulas exorbitantes em relações *comuns*. O mesmo se diga sobre a possibilidade de adoção da arbitragem nos contratos da Administração, reduzindo os custos dos litígios. Também se impõe a adoção de regime diferenciado para as estatais, porque estas atuam no mercado e devem funcionar o mais próximo possível de suas lógicas, bem como a ampliação da padronização, introdução da *regulação* no campo das licitações, com a harmonização de editais em todas as entidades federadas, e ainda, a incorporação da *experiência* bem sucedida nas Leis de Concessões e de PPP.

Isso não basta; é preciso, no mínimo, promover a criação de bases de *dados cadastrais* de bens, serviços, fornecedores e preços, bem como a ampliação da *comunicação digital entre órgãos públicos*, reduzindo o número de certidões e comunicando *pagamentos* para evitar *sonegações*. Também a substituição paulatina da imprensa oficial pela *divulgação virtual*, ampliação do nível de *treinamento* do pessoal da Administração para lidar com as ferramentas da informática, introduzindo, ainda, um vetor de profissionalização da Administração Pública, por meio da certificação de profissionais que lidam com as contratações, estimulando as escolas de serviço público.

Também a redução dos cargos em comissão ocupados por estranhos aos quadros públicos e remuneração compatível com a responsabilidade são aspectos que não podem deixar de figurar em pautas de reformas.

Enfim, o custo das licitações, incluindo servidores, imóveis, bens, treinamento, risco político e de demandas judiciais etc. deve ser considerado para se verificar até que ponto é válido promover licitações formalíssimas, diante de uma realidade de mercado que permite alternativas, como o uso de bolsas de mercadorias, ou o “placar eletrônico”, sem corretores, com o emprego da ferramenta da informática, substituindo toda a papelada, com ganho em termos de tempo, liberando servidores, equipamentos e bens onde se desenvolvem as licitações, e preservando o meio ambiente com a economia de papelada.