

Licitação – Passado, presente e futuro

Luiz Felipe Hadlich Miguel

Doutorando e Mestre em Direito do Estado, USP. Especialista em Direito Administrativo, PUC-SP. Especialista em Direito Processual Civil, Mackenzie. Membro do Centro de Estudos de Direito Administrativo, Ambiental e Urbanístico (CEDAU).

Sumário: Um pouco de história – **1** Introdução – **2** A crise do diploma licitatório – **3** Tentativas de solução dos problemas – **4** Em busca da eficiência – **5** O Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC) – **6** Perspectivas para o futuro das contratações públicas no Brasil – **7** Conclusões – Referências

Um pouco de história

Creio que meu interesse pelo Direito nasceu ainda na infância. Meu ambiente familiar era (e continua sendo) permeado de discussões jurídicas. Filho de pai advogado, três tios advogados, três primos advogados. Acho que a vontade de entender ao menos parte das conversas, dos termos e das estratégias expostas nos encontros de família fez com que nutrisse verdadeira paixão por uma ciência que se mostrou, com o tempo, muito mais racional do que inicialmente imaginava.

Passaram-se os anos, ingressei na faculdade de direito e comecei a perceber que mais uma vez a influência paterna me levaria a trilhar um caminho: surgia o interesse pelo Direito Administrativo, área em que meu pai militava e poderia me dar suporte.

Comecei então a lidar, desde muito novo, com problemas específicos desta área do direito. Licitações, concessões, recursos administrativos, impugnações de editais passaram a ser minha rotina. Já formado, na labuta diária da advocacia, procurei uma obra para escorar aquelas ainda singelas peças processuais que elaborava à época. Achei por bem adotar como livro guia um que me chamou a atenção pelo título: *Direito Administrativo moderno*. Afinal, o que é mais atual do que o moderno?

Passei então a ter contato com a obra da Professora Odete Medauar. Percebi que alguns temas eram tratados, naquela época, apenas por ela. Notei que tinha a homenageada uma atração pelo novo, pelo “desconhecido”.

O tempo passou e veio então a vontade de prosseguir com meus estudos. Nesta ocasião, havia terminado um curso de especialização em Direito Administrativo na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo — curso este que foi essencial em minha formação, pois levantou inquietudes que precisavam ser solucionadas.

Assim, me inscrevi no processo seletivo para o curso de Mestrado em Direito do Estado da Faculdade de Direito da Universidade de São

Paulo. Sonhava com a possibilidade de estudar nas Arcadas, aquela que havia me negado seus encantos na primeira vez que por ela me apaixonei. Mas não bastava estar ali, no Largo São Francisco, se não fosse para estudar o moderno, o atual — para estudar a obra de Odete Medauar.

Foi então que a vida me colocou diante de uma oportunidade única. Fui aprovado. Era então mestrando em Direito do Estado. Minha orientadora? Odete Medauar! Não a conhecia, senão pelas longas horas de leitura de sua vasta produção acadêmica. O medo me dominava: seria eu capaz de atender ou, quem sabe, superar as expectativas desta jurista que havia me dado a chance de me tornar mestre?

Novamente fui surpreendido. No convívio mais próximo com minha orientadora pude perceber se tratar de figura humana única, trato fácil, extremamente autêntica e verdadeira. Apesar de dura nos momentos de cobrança, é doce e maternal. Nunca se impôs perante seus alunos como alguém superior. Arrogância é algo que não existe em suas atitudes — ao contrário; de simplicidade ímpar, cativa todos a seu redor.

Hoje, na qualidade de orientando do doutorado, já não sinto mais o temor dos primeiros meses de contato. Sinto, sim, a alegria de com ela conviver, discutir e gozar de uma amizade sincera, reforçada pelos encontros do grupo de estudos por ela presidido e organizado. O CEDAU (Centro de Estudos de Direito Administrativo, Ambiental e Urbanístico), em plena atividade, demonstra a vitalidade, o vigor desta pela qual nutro um profundo carinho e a quem devo meus eternos agradecimentos.

1 Introdução

Pechinchar, ou seja, tentar um bom desconto na hora da compra é algo que faz parte do mundo capitalista. O comprador discute com o vendedor as formas de pagamento, pleiteia um abatimento para remuneração à vista, solicita uma benesse qualquer para que o negócio seja fechado sem que o concorrente seja consultado.

A prática descrita, natural no comércio, é uma resposta quase que intuitiva à busca da maior economia na compra de um objeto, na contratação de

um serviço ou mesmo na locação de um bem. Essa lógica econômica, perseguida inconscientemente nas aquisições de pequeno valor, ganha *status* de princípio quando o comprador é o Poder Público. Estamos a tratar do princípio da eficiência que, numa leitura contextualizada às compras públicas, pode ser entendida como a busca pela melhor proposta, assim traduzida: melhor qualidade pelo menor preço!

Nas relações entre particulares essa busca não está pautada por nenhum instrumento normativo: a eficiência nas aquisições privadas atende a interesses puramente econômicos das partes envolvidas. No âmbito do Poder Público, porém, os resultados econômicos nas compras devem ser perseguidos tomando por caminho obrigatório um rito procedimental que baliza como essa busca pela eficiência, pela economicidade, será percorrida. Atualmente este rito está regulamentado pela Lei Federal nº 8.666, de 21 de junho de 1993, que institui normas para licitações e contratos da Administração Pública.

O acadêmico de direito, ao se deparar com o tema Licitações, é levado a tomar a sistemática da referida lei como um dogma, aceita sem contestação. Aprende que, nas compras públicas, há uma etapa interna do processo (o ente público promotor do certame prepara-o para a sua abertura) e uma externa (publicação do edital ou envio dos convites e início das fases do processo que culminará com a contratação do licitante vencedor). A etapa externa, por sua vez, é composta por várias fases: abertura, habilitação, classificação, julgamento, homologação e adjudicação. Essa sistemática, perceptivelmente burocrática, se enraíza na mente dos pensadores do direito e faz com que pensemos em contratações públicas sempre balizados por essa estrutura.

O fato é que, com fulcro nessa sistemática, irregularidades e ilegalidades são cometidas, tornando as licitações públicas uma das principais formas de desvio de verbas públicas. É no ambiente das contratações públicas que grande parte dos corruptos encontra espaço para atuar. Com o beneplácito desta lei toda uma “indústria” de perversão nasceu e cresceu — sendo necessário, portanto, que comecemos a pensar para além das balizas ditas pela Lei nº 8.666/93, iniciando uma nova forma de raciocinar a questão das contratações públicas, incorporando mecanismos de mercado já amplamente utilizados na esfera dos particulares.

Iniciamos este breve estudo dizendo ser da racionalidade capitalista o ato de pechinchar. Ora, por que não pode o Poder Público barganhar? O que o diferencia dos demais, a ponto de forçá-lo a fugir da lógica de mercado, escondendo-se sob o manto da Lei de Licitações e impondo-o a consequência

de, na maioria das vezes, contratar em piores condições do que o particular? Existe alguma solução para tais problemas? A essas perguntas que pretendemos encontrar respostas.

2 A crise do diploma licitatório

A legislação em análise (Lei nº 8.666/93) é fruto da junção daquilo que diversos outros diplomas (Código de Contabilidade Pública – Decreto nº 4.536/22, Decreto-Lei nº 200/67, Decreto-Lei nº 2.300/86, entre outros) tinham, cada um, de melhor, com uma diferença: foi editada num momento político/econômico difícil para um país que ainda aprendia a viver sob a égide de um regime democrático, aprendendo a lidar com a corrupção, que nesse instante era deveras elevada e sem controle.

Assim, a tônica da legislação foi a de cercar, ao máximo, atuações discricionárias do administrador público. Passados quase 20 (vinte) anos, podemos afirmar que o objetivo almejado pela lei, qual seja, o de impossibilitar a depravação, a imoralidade, a deterioração do instituto não foi alcançado.

Hoje a Lei nº 8.666/93, apesar de ainda em vigor, conta com uma série de alterações — todas elas implementadas com o intuito de torná-la mais adequada aos fins para os quais se presta, em busca da moralidade e da eficiência (esta última alçada à categoria de princípio constitucional expresso pela EC nº 19/1998), coerente com as práticas de mercado. Neste sentido as Leis: nº 8.883/1994, nº 9.032/1995, nº 9.648/1998, nº 9.854/1999, nº 10.520/2002, nº 10.973/2004, nº 11.079/2004, nº 11.101/2005, nº 11.107/2005, nº 11.196/2005, nº 11.445/2007, nº 11.481/2007, nº 11.484/2007, nº 11.763/2008, nº 11.783/2008, nº 11.952/2009, nº 12.188/2010, nº 12.349/2010, nº 12.440/2011 e nº 12.715/2012.

Essa infinidade de leis veio, pouco a pouco, alterando a feição da Lei nº 8.666/1993. Algumas promoveram mudanças insignificantes; entretanto, outras trouxeram mecanismos importantes, capazes de propiciar uma maior aproximação das contratações públicas à sistemática privada (mas, ainda assim, incapazes de torná-las tão eficientes quanto necessário). Tais mecanismos serão explicitados em seção à frente. Antes, porém, cumpre apontar algumas tentativas de solução dos problemas da lei federal (especialmente com relação à eficiência).

3 Tentativas de solução dos problemas

O art. 43 da Lei nº 8.666/93 prevê o procedimento que será adotado no processamento da licitação, em suma: habilitação, classificação e julgamento. A primeira fase do processo, portanto, resume-se à verificação das condições do licitante em

executar o futuro contrato. Contudo, não é assim tão singela essa verificação. São analisadas nesta etapa a regularidade jurídica, a capacidade técnica para execução do objeto pretendido, a capacidade econômico-financeira e a regularidade fiscal do licitante. Para tanto, inúmeros documentos são trazidos aos autos do processo — documentos estes que, por vezes, são extremamente extensos e complexos, exigindo da comissão julgadora capacidade para sua análise e, principalmente, tempo.

Assim, num certame em que 12 (doze) licitantes atendem ao chamado da Administração, a comissão de licitação haverá de analisar, antes da análise da proposta (em regra, preço), as doze habilitações — permitindo o prosseguimento para a fase subsequente apenas daqueles que considerar apto a executar o objeto pretendido.

Talvez muito mais lógico fosse o certame iniciar-se com a abertura das propostas comerciais. O dono da proposta vencedora teria então sua habilitação analisada. Caso rejeitada, seria analisada a habilitação do segundo colocado — e assim sucessivamente. Essa sistemática, que guarda muito mais coerência com as compras privadas (pois exige menor esforço do contratante e muito menos tempo) levou alguns Estados e Municípios a editarem leis invertendo as fases do processo licitatório.

A título de exemplo: Estado de São Paulo (Lei Estadual nº 13.121/2008), Estado da Bahia (Lei Estadual nº 9.433/2005), entre outros; Município de São Paulo (Lei Municipal nº 14.145/2006), Município de Curitiba (Lei Municipal nº 13.831/2011), entre outros. Essas leis, em suma, reconheciam que as modalidades de licitação são aquelas previstas pela legislação federal; todavia, dispunham acerca de especificidades no processamento de cada uma dessas modalidades, estabelecendo um novo procedimento.

Mas a tentativa de trazer maior eficiência às contratações públicas não logrou sucesso. Vejamos: a Lei nº 8.666, em seu artigo 22, elenca as modalidades de licitação: concorrência, tomada de preços, convite, concurso e leilão. Traz, em seus parágrafos, especificidades caracterizadoras de cada uma das modalidades elencadas. Já o artigo 22, inciso XXVII, da Constituição Federal, estabelece ser da competência exclusiva da União legislar sobre normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

Resta saber, neste particular, o que são normas gerais de licitação. Surgiram, então, alguns questionamentos: seria obrigatoriamente veiculada por norma geral eventual nova modalidade de licitação? E mais: inverter as fases do procedimento

previsto na lei federal significa, ao final, criar uma nova modalidade de certame?

Por ocasião da promulgação da legislação paulistana tivemos a oportunidade de, em parecer encaminhado a determinada associação de construtores, manifestar nosso entendimento:

A nova redação do art. 16, em seus diversos incisos, alterou substancialmente o procedimento previsto na legislação federal; entretanto, ao que nos parece, não fere nenhum princípio constitucional, nem infringe disposições das denominadas *normas gerais* trazidas por esta lei. Não cria modalidade nova; simplesmente estabelece forma procedimental distinta da estabelecida na 8.666/93.

Mas a interpretação que privilegiava a celeridade do processo e a eficiência do instituto não foi a prevalente. Parte da doutrina, baseada na redação do §8º do art. 22 (é vedada a criação de outras modalidades de licitação ou a combinação das referidas neste artigo), entendeu a inversão de fases como uma nova modalidade. E, coroando tal interpretação, diversas decisões judiciais vieram nesse sentido:

TRIBUNAL DE JUSTIÇA – ESTADO DE SÃO PAULO
5ª Câmara de Direito Público
AP 9075203-68.2007.8.26.0000
Rel. Des. Franco Cocuzza
[...]

No presente caso, a ilegalidade está presente, uma vez que se depreende de forma cristalina que o edital inverte as fases de habilitação dos concorrentes e o julgamento das propostas, ou seja, determina que primeiramente serão abertos os envelopes das propostas e, posteriormente abertos os envelopes referentes as qualificações técnicas dos concorrentes, para habilitá-los ou não.

Tal inversão afronta a Lei nº 8.666/93, que no artigo 43 e seus incisos dispõe que primeiramente devem ser abertos os envelopes que contem a documentação pertinente a habilitação dos concorrentes e após procede-se a abertura das propostas.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO
Pleno
TC 009.325/2008-2
Rel. Min. Augusto Nardes
[...]

Entretanto, independentemente da opinião que se possa ter acerca da conveniência dessas alterações promovidas com o objetivo de alcançar a desejável eficiência e eficácia procedimental nas licitações, a inversão das fases não pode ser validamente introduzida na legislação estadual sem modificação da lei federal, o que configuraria verdadeira invasão da competência privativa da União.

Ora, fases do processo não se constituem em normas gerais, mas sim em procedimentos que, pelas regras de competência, poderiam e deveriam ser especificamente tratados, com suas particularidades, pelos diversos Estados, Municípios e pelo Distrito Federal. Mas consta também do voto do I. Ministro do TCU:

Entretanto, como se viu nos parágrafos anteriores, de acordo com a Constituição Federal não é permitido aos demais entes federados dispor de forma contrária ao que prevê a norma federal sobre licitações e contratos, mesmo se considerarmos que esta extrapolou o campo das generalidades, sob pena de se verem debilitados os princípios da legalidade e da segurança jurídica.

A matéria aguardava análise por parte do Supremo Tribunal Federal (Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.116). Todavia, o I. Ministro Gilmar Mendes negou seguimento à ação por entender ser parte ilegítima para compor o polo ativo a entidade requerente. Infelizmente não houve a apreciação do seu mérito — fazendo persistir, em inúmeras situações, a dúvida acerca da possibilidade de inversão, ou não, das fases do certame.

Restamos vencidos. Sagrou-se vencedora a voz daqueles que tomam a sistemática da Lei nº 8.666/93 como um dogma. Nada pode mudar, pois acreditam que ali está a forma mais adequada de atendimento ao interesse público. Mal sabiam que ainda muitas mudanças estavam por vir...

4 Em busca da eficiência

Ainda refém das amarras da Lei nº 8.666/93, aos poucos foram surgindo outras formas de se efetivarem as contratações públicas — sempre guiadas pelo mesmo norte: EFICIÊNCIA!

4.1 Registro de preços

Apesar de já estar previsto no texto original da Lei nº 8.666/93, o processamento das compras, pela Administração, através do sistema de registro de preços dependia de regulamentação. No âmbito da União este decreto veio apenas em 2001 (Decreto nº 3.931/2001, posteriormente alterado pelo Decreto nº 4.342/2002).

O sistema nada mais é do que um cadastro, de produtos e de fornecedores, para compras sucessivas. Esse cadastro se faz por intermédio de um processo licitatório e, sempre que necessitar de um produto ou serviço, a Administração recorrerá a ele. A utilização desse sistema permite sensível celeridade no processo de contratação, bem como redução de gastos com a realização de vários certames.

Aludida sistemática de contratação aproxima a Administração do setor privado. É normal empresas de grande porte já terem em seus arquivos um cadastro de diversos fornecedores de seus insumos — e, quando necessário, apenas solicitam uma nova remessa. Não há necessidade de elaboração de novo edital nem da observância dos prazos legais. Uma série de particularidades permeia a aplicação desse sistema (não serão alvo de análise no presente estudo, pois fugiríamos demasiadamente do seu escopo). Todavia, apesar de ainda um pouco burocrática, a utilização desse registro traz ganhos exponenciais de eficiência nas compras da Administração. Nas lições de Marçal Justen Filho:¹

O Sistema de Registro de Preços (SRP) é uma das mais úteis e interessantes alternativas de gestão de contratações colocadas à disposição da Administração Pública. As vantagens propiciadas pelo SRP até autorizam a interpretação de que sua instituição é obrigatória por todos os entes administrativos, não se tratando de uma mera escolha discricionária.

4.2 Pregão

Mais uma vez, diante da incapacidade da Lei nº 8.666/93 de possibilitar aquisições em condições ao menos semelhantes à da iniciativa privada, a Administração buscou alternativas — neste caso, inicialmente trazidas por medida provisória, convertida em lei pouco mais de 2 (dois) anos depois (Lei Federal nº 10.520/2002), instituindo nova modalidade de licitação denominada pregão, para aquisição de bens e serviços comuns.

Esta lei veio em busca da almejada celeridade nas contratações públicas. Contextualizada em seu tempo, trouxe a possibilidade da realização do pregão por meio da utilização de recursos de tecnologia da informação (pregão eletrônico, art. 2º, §1º); a inversão das fases de classificação das propostas comerciais e de habilitação; a previsão de formulação de lances e de barganha; além de ter unificado em uma só sessão, nos casos de pregão presencial, a apreciação de preços e do acervo habilitatório.

Ademais, previu a possibilidade de a União, Estados, Distrito Federal e Municípios de participarem de *bolsas de mercadorias*. A este respeito manifestou-se Marcos Juruena Villela Souto:²

¹ JUSTEN FILHO. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*, p. 179.

² SOUTO. Licitações e controle de eficiência: repensando o princípio do procedimento formal à luz do "placar eletrônico"! In: ARAGÃO; MARQUES NETO (Coord.). *Direito administrativo e seus novos paradigmas*, p. 568.

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.

[...]

Um “placar eletrônico” substituiria, com vantagens, tanto o cadastro de fornecedores, como o sistema de registro de preços, e, ainda, o próprio procedimento formal.

[...]

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.

No início utilizado apenas por grandes municípios, hoje o pregão (especialmente o eletrônico) caiu nas graças das pequenas cidades. É gigantesca a quantidade de processos licitatórios levados a efeito nesta modalidade. Diversas plataformas eletrônicas foram desenvolvidas para possibilitar a realização destas contratações. Os licitantes aprenderam facilmente a lidar com essa nova sistemática. É uma experiência de sucesso!

De tanto sucesso que, por vezes, a Administração utiliza essa sistemática para hipóteses que nela não se enquadrariam. Lembremos que só poderá ser adotada essa modalidade de licitação para aquisição de bens e serviços comuns. A própria lei, no parágrafo único do seu primeiro artigo, descreve quais são eles: “consideram-se bens e serviços comuns, para os fins e efeitos deste artigo, aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais de mercado”. De fato esta noção é confusa e, mesmo após acurada análise, propicia zonas de incerteza acerca de sua abrangência.

Todavia, na rotina da advocacia, não é raro nos depararmos com contratações de serviços de engenharia deveras complexos, levados a efeito através de certames sob a modalidade de pregão. Ora, não são serviços comuns. Pelo contrário, por vezes são serviços extremamente específicos e de alta complexidade técnica. Na ânsia de celeridade e eficiência, utilizam-se equivocadamente do pregão, olvidando as bases do que é comum:

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
9ª Câmara de Direito Público
Rel. Des. Oswaldo Luiz Palu

Apelação Cível nº 0405966-30.2012.8.26.0000

Ementa:

APELAÇÃO – Mandado de segurança – Pregão eletrônico – Contratação da prestação de serviços para elaboração de matriz energética do Estado de São Paulo, e elaboração de estudo dos cenários de crescimento econômico até o ano de 2035 – Inadmissibilidade – Serviço contratado que não pode ser legalmente conceituado como comum, cuja elaboração está sujeita as diferentes normas metodológicas, e elaboração por critérios que não se enquadram na definição de produtos padronizados no mercado – Sentença Mantida. Recurso oficial não provido.

Com efeito, não é criando um novo vício que iremos solucionar os problemas acarretados por outro. A sistemática do pregão veio para facilitar as contratações mais singelas da Administração. Contudo, temerária sua aplicação para objetos mais complexos — que demandam uma detalhada comprovação de capacidade técnica e econômico-financeira do futuro contratado. Para estas situações outras alternativas ainda precisavam ser criadas.

4.3 Inversão de fases

Já tratada no capítulo anterior, a inversão de fases surgiu como exigência na lei que instituiu o pregão (Lei nº 10.520/2002). Por ser lei federal (tomada como “norma geral”), já não cabia aqui a mesma interpretação feita por ocasião da inversão de fases levada a efeito por leis estaduais e municipais. Tal modificação na série de atos do certame implica na abertura das propostas comerciais antes da análise dos documentos de habilitação daquele que ofertou a proposta mais vantajosa. Vale lembrar ainda que é facultado ao pregoeiro negociar um desconto com o proponente vencedor (pechinchar!).

Estava assim instituída uma sensível alteração no sistema tradicional, fugindo da dogmática da Lei nº 8.666/93, trazendo às contratações públicas verdadeiro avanço rumo à eficiência. Mas pregão, como destacado alhures, não se aplica a toda e qualquer espécie de contratação. Tem utilidade apenas na busca da Administração por bens e serviços comuns.

Vieram, então, as parcerias público-privadas, instituídas em âmbito federal pela Lei nº 11.079/2004. Novas espécies de concessões (patrocinada e administrativa) foram criadas por esta lei, que veio acompanhada por uma série de inovações no processamento da licitação que deverá preceder a delegação de atividades do Estado sob estas novas modalidades, entre elas justamente a possibilidade de inversão das fases de habilitação e julgamento (art. 13). Veiculada por lei federal (tomada, portanto, como “norma geral”), alterou substancialmente

o formato das licitações até então processadas pela Lei nº 8.666/93, tão somente para a contratação de parcerias público-privadas.

Pautou-se o legislador, por ocasião da elaboração da referida lei, em práticas contratuais de mercado — tanto que trouxe às contratações públicas desta natureza todo um sistema de garantias, no intuito de torná-las atrativas ao capital privado. Buscou maior eficiência, tanto na licitação como na modelagem contratual. Permitiu a distribuição dos riscos envolvidos no negócio entre os contratantes, possibilitando a alocação dos custos a quem menos oneroso for.

Não demorou muito para que a possibilidade de inversão de fases fosse também incorporada às concessões comuns (art. 18-A, acrescentado à Lei Federal nº 8.987/95 pela Lei nº 11.196/2005). Parece-nos que, com a incorporação da inversão de fases nos certames para delegação de atividades típicas do Estado, não há mais argumento que justifique a manutenção da sistemática da Lei nº 8.666/93 (mais burocrática e menos eficiente). Defendiam alguns juristas que, cientes da proposta mais vantajosa, a Comissão Processante estaria fadada a fazer esforços no sentido de habilitar a primeira colocada, prejudicando, assim, a imparcialidade que deveria nortear sua atuação. Não nos parece, todavia, que este argumento se sobreponha ao ganho real de eficiência apresentado pela inversão (já testada em inúmeros certames). Ademais, os atos da Comissão, por óbvio, são passíveis de controle — caindo por terra o posicionamento daqueles que se apresentam, ainda hoje, contrários à inversão de fases. A inversão facilitou bastante as concessões... Pena não ser aplicável para as demais contratações.

5 O Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC)

A Lei Federal nº 12.462/2011, resultante da conversão da medida provisória nº 527/2011, foi a última tacada do Executivo no sentido de ver extirpada de sua rotina a observância irrestrita da Lei nº 8.666/93. Frente aos desafios de implementar toda a infraestrutura necessária aos eventos esportivos que serão realizados no Brasil (Copa do Mundo Fifa 2014 e Jogos Olímpicos e Paraolímpicos de 2016), percebeu-se que seria impossível realizá-las a tempo, caso prevalecessem as normas da Lei nº 8.666/93.

Uma forte pressão política levou o Executivo Federal a editar a medida provisória referida; e a mesma pressão política levou o Congresso Nacional a convertê-la em lei — instituindo, assim, o Regime

Diferenciado de Contratações Públicas (RDC), aplicável exclusivamente às licitações e contratos necessários à realização dos eventos desportivos acima elencados, bem como às obras de infraestrutura e contratação de serviços para os aeroportos das capitais dos Estados da Federação distantes até 350 km (trezentos e cinquenta quilômetros) das cidades sedes destes eventos e das ações integrantes do Programa de Aceleração do Crescimento (PAC).

Interessante notar que a própria lei aponta ser um dos objetivos deste regime diferenciado a *ampliação da eficiência nas contratações públicas*, dando a entender que o regime anterior (leia-se 8.666) carece desse intento. Ademais, a opção pelo RDC afastará a aplicação das normas contidas na Lei nº 8.666/93.

Diversos mecanismos introduzidos pela lei focam a eficiência na contratação, buscando a maior vantagem para a Administração Pública (tomada essa tônica como diretriz a ser seguida nas licitações tratadas pela lei em comento — art. 4º). Um dos aspectos mais polêmicos é o chamado “orçamento sigiloso”. Esse mecanismo permite à Administração revelar o orçamento previamente estimado para a contratação apenas após o encerramento do certame. O sigilo do orçamento do órgão permite que se negocie o preço ofertado pelo licitante com a melhor proposta. *Não seria produtora a tentativa de negociação caso o mesmo já tivesse revelado o seu orçamento*. Deste raciocínio podemos extrair outra novidade: existe no RDC, tal como no pregão, a etapa de negociação. É a barganha a que nos referíamos na introdução do presente estudo, aquele ato impensado da rotina dos particulares, agora presente nas contratações públicas. Pode-se negociar/pechinchar não só o melhor preço, como também vantagens outras (prazo de entrega menor, oferecimento de bem de qualidade superior à exigida pelo edital, etc.).

Há dissenso sobre o “orçamento sigiloso”. Em debate realizado pela Comissão de Finanças e Tributação da Câmara, o I. Professor Márcio Cammarosano criticou o instrumento — sustentando seu posicionamento com o argumento de que haverá, com essa prática, a criação de um comércio ilegal de informações privilegiadas. Não podemos deixar de considerar que, não obstante o risco que permeia as falhas do caráter humano, a sistemática pode culminar com sensíveis descontos à contratação pretendida. Citado jurista, em artigo específico³ sobre o tema, entendendo que tal previsão legal afastaria a Administração de seus deveres de publicidade e moralidade, assim se manifestou:

³ CAMMAROSANO. Artigos 5º a 7º da Lei nº 12.462, de 5 de agosto de 2011. In: CAMMAROSANO; DAL POZZO; VALIM (Coord.). *Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC (Lei nº 12.462/11): aspectos fundamentais*, p. 36.

Definitivamente esse sistema, a nosso ver, não se sustenta à luz da razoabilidade, revelando-se fruto de açodamento legiferante, ensejador de inconsistências e tumultos procedimentais que o regulamento a ser editado não poderá, ao que tudo indica, contornar.

[...]

Disciplina jurídico-normativa assim desarrazoada, assemelhada a jogo de esconde-esconde, ofensiva ao devido processo legal, compreensiva do direito ao contraditório e ampla defesa, pelos licitantes, de seus direitos, com os meios e recursos a ela inerentes, soa flagrantemente inconstitucional.

Ora, tomar por inconstitucional o sigilo no orçamento, tal como previsto no RDC, parece-nos derivar de uma interpretação feita à luz da Lei nº 8.666/93. Contudo, afastando-se da lógica desta já superada legislação, não soa estranho pensar que a única mudança se deu com relação ao momento de se conferir a publicidade necessária ao processo administrativo. O diferimento da publicidade, para outro instante que não no início do certame, não implica dizer que a mesma não fora respeitada. Frente a um conflito de valores (publicidade x eficiência), a interpretação conforme nos leva a reconhecer a constitucionalidade da sistemática proposta. E esse parece que será também o entendimento do C. Tribunal de Contas da União (ao analisar a denominada “regra de confidencialidade” prevista nas diretrizes de aquisição do Banco Mundial, previsão deveras parecida com a trazida pelo RDC, assim decidiu):

Tribunal de Contas da União

Plenário

Acórdão nº 1312/2009

[...]

Essa regra de procedimento não é imutável. Basta o legislador ordinário definir ser outro o momento apropriado para conferir publicidade a um determinado assunto ou documento no processo licitatório para a respectiva norma ser alterada, sem violação da Constituição Federal.

Outro mecanismo de fomento à eficiência é a possibilidade de remuneração variável à contratada, vinculada ao seu desempenho, baseada em metas, padrões de qualidade, critérios de sustentabilidade ambiental e prazo de entrega.

Mais uma vez a inversão de fases se faz presente. O art. 12 descreve as fases do procedimento de licitação, determinando a inversão de fases não como alternativa (como ocorria com as concessões comuns e com as parcerias público-privadas), mas como regra, possível de ser alterada apenas mediante ato motivado, que demonstre ser mais adequado, naquela ocasião, o processamento do certame sob a égide do procedimento convencional.

Há forte estímulo à realização do certame sob a forma eletrônica. Haverá apenas uma fase recursal, após a habilitação do vencedor. Alguns procedimentos auxiliares das licitações foram previstos, todos com o claro propósito de acelerar e aproximar a Administração à forma de contratar da iniciativa privada: pré-qualificação permanente; cadastramento; sistema de registro de preços, e; catálogo eletrônico de padronização (a própria lei trata de descrever o funcionamento de cada um deles).

Enfim, várias modificações foram introduzidas, afastando sobremaneira o novo sistema daquele da Lei nº 8.666/93. Ousamos afirmar que o RDC será o grande responsável pela realização da Copa do Mundo e das Olimpíadas no Brasil, pois seria utopia pensar em implementar a estrutura necessária a eventos desta magnitude utilizando-se do rito tradicional de licitações e contratações públicas. Aliás, parte do resultado esperado com a criação do RDC já pode ser visto. No debate realizado pela Comissão de Finanças e Tributação da Câmara Federal, já citado, o Ministro do Tribunal de Contas da União, Benjamim Zymler, citou exemplo prático acompanhado pelo TCU: a Infraero, realizando licitações de obras e serviços de engenharia utilizando o RDC, reduziu o tempo de contratação de 278 dias, em média, para 78 dias! Ainda estamos em busca da eficiência, mas já se vislumbra alguma luz no fim do túnel.

6 Perspectivas para o futuro das contratações públicas no Brasil

Falar sobre o futuro é sempre um exercício de suposições, especulações despregadas da realidade. Apesar de incerto, todavia, algumas vagas noções podem ser antecipadas. Citamos no capítulo anterior a Copa do Mundo Fifa 2014. Dizer que o Brasil sairá vitorioso da disputa é uma singela suposição; prever que enfrentaremos graves problemas na gestão desse evento, especialmente com relação à capacidade de nossa infraestrutura aeroportuária e de transporte nos municípios sede, é verdadeira premonição.

Assim, as considerações que adiante faremos não passam de suposições, extraídas da experiência diuturna na lida com o tema das licitações, ora enfrentando a legislação sob a ótica da Administração (na qualidade de consultor de algumas municipalidades), ora atuando em busca de interesses daqueles que ainda se aventuram no mundo das contratações públicas.

O Estado é um bom contratante. Primeiro, porque é solvente. Segundo, porque contrata, na atualidade, por valores superiores aos contratados pela iniciativa privada. Para a iniciativa privada

ainda é um grande filão comercial contratos com a Administração Pública.

E o que irá mudar num futuro próximo? O Estado continuará a ser um grande contratante; as empresas continuarão a ter interesse em fornecer bens e serviços para o Estado. Mudará certamente, sob pena de engessar a máquina administrativa, o processo de contratação. Cada vez mais mecanismos de “fuga” da regra disciplinada pela Lei nº 8.666/93 serão criados. Instrumentos de facilitação, de concretização do objetivo final do certame serão disponibilizados. Sistemáticas licitatórias mais eficientes, mais arrojadas, menos burocráticas e menos onerosas estarão à disposição dos administradores públicos.

A tônica das contratações passará a ser a de aproximação às contratações privadas. Deixará de existir um processo moroso e fisicamente documentado — passaremos a um procedimento célere e virtual.

Vale lembrar que essas suposições, caso se confirmem, não tornarão o processo de contratação pública algo sem controle: ele continuará a existir, talvez até com maior intensidade, pois a simplicidade do rito permitirá a qualquer um fiscalizá-lo. Hoje essa função é restrita aos órgãos de controle e, eventualmente, a um qualquer do povo que tenha conhecimentos mais refinados sobre o tema (na maioria das vezes o controle popular tem motivações políticas, o que desvirtua o instituto).

Em suma: já estamos em um processo de mudança. A Lei nº 8.666/93 resiste ainda bravamente a ataques, pois suas disposições resguardam interesses (às vezes escusos) de muitos de seus operadores. Alguns projetos que alteravam brusca e imediatamente sua sistemática não vingaram. Ainda, vingam diuturnamente alterações sutis, que pouco a pouco estão por modificá-la sensivelmente.

7 Conclusões

Talvez você leitor tenha se assustado com o tom crítico que permeou este breve estudo apresentado. Ataques diretos à Lei nº 8.666/93 foram lançados, na tentativa de demonstrar sua inadequação à realidade atual do Estado brasileiro.

Mas nem tudo está perdido. Ainda é possível sobreviver, mesmo que com um pouco de esforço, às amarras da referida lei. O Estado celebra contratos com particulares todos os dias. Esses contratos se subordinaram a esse procedimento antiquado e pernicioso, sagrando-se vitoriosos de um processo licitatório. Justamente pode ser um processo, seu formalismo deve ser observado, sob pena de prejudicar postulados importantes, em especial o do contraditório e da ampla defesa. Mas

esse formalismo não deve ser tomado como meta, em prejuízo do real objetivo da licitação, que é a busca da melhor proposta.

Hoje, a doutrina e a jurisprudência já não encaram mais o processo licitatório como um “jogo”, no qual o vencedor é aquele que melhor cumpre o edital. Desapegaram-se da ideia de que os princípios da legalidade e da vinculação ao instrumento convocatório conduziam a uma interpretação restritiva, o que tornava o certame uma gincana de regras obscuras. Nominado por Odete Medauar⁴ como princípio do formalismo moderado (aplicável a todos os processos administrativos), ensina a I. Professora:

Evidente que exigências decorrentes do contraditório e ampla defesa, tais como motivação, prazo para alegações, notificação dos sujeitos, não podem ser consideradas “filigranas” ou formalidades dispensáveis, como por vezes é invocado ao se pretender ocultar razões pessoais subjacentes. Portanto, o princípio do formalismo moderado não há de ser chamado para sanar nulidades ou para excusar o cumprimento da lei. *Visa impedir que minúcias e pormenores não essenciais afastem a compreensão da verdadeira finalidade da atuação. Exemplo de formalismo exacerbado, destoante desse princípio, encontra-se no processo licitatório, ao se inabilitar ou desclassificar participantes por lapsos em documentos não essenciais, passíveis de serem supridos ou esclarecidos em diligências*; assim agindo, deixa-se em segundo plano a verdadeira finalidade do processo, que é o confronto do maior número possível de propostas para aumentar, em decorrência, a possibilidade de celebrar contrato adequado ao interesse público. O apego excessivo a minúcias, no caso, pode até ensejar a suspeita de alijamento propositado de certos licitantes, para beneficiar outros. (sem grifos no original)

As administrações públicas mais progressistas têm pautado seus certames pelo princípio acima delineado. Ganha-se em eficiência, pois altera-se o foco do processo: do formalismo como meta à competitividade como objetivo. Assim, uma primeira conclusão que podemos extrair: ainda na vigência da Lei nº 8.666/93, é possível conduzir um processo licitatório menos moroso e mais eficiente, pautando a atuação da Administração na finalidade do certame, e não na sua formalidade.

Ademais, podemos concluir que, passados quase 20 (vinte) anos de sua promulgação, a Lei nº 8.666/93 não propicia hoje condições de o Estado contratar com a mesma eficiência (entendida, neste particular, como celeridade e economicidade) que o setor privado.

⁴ MEDAUAR. *A processualidade no direito administrativo*, p. 133.

Algumas alterações no rito das contratações foram implementadas – todas elas visando à eficiência e à desburocratização do processo. Essas alterações foram bem recebidas pelo mercado, aumentando o universo de pessoas interessadas em contratar com a Administração.

Por fim, mirando os eventos esportivos que no Brasil se realizarão, foi feliz o legislador ao editar norma que permitirá ao país adequar sua infraestrutura. Servirá a novel legislação de norte à construção de uma nova sistemática de licitações. O RDC veio para ficar!^{5 6}

Numa república, as boas leis devem ser cominadas com os bons costumes dos governantes e dos governados. A ausência dos bons costumes notadamente por parte dos governantes leva à corrupção, que significa a destruição, e vai além dos delitos tipificados no Código Penal.

(Celso de Mello, Ministro do Supremo Tribunal Federal. Trecho de seu voto, proferido no 30º dia de julgamento da Ação Penal 470, popularmente conhecida por Mensalão).

Referências

ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Curso de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

CAMMAROSANO, Márcio. Artigos 5º a 7º da Lei nº 12.462, de 5 de agosto de 2011. In: CAMMAROSANO, Márcio; DAL POZZO, Augusto Neves; VALIM, Rafael (Coord.). *Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC (Lei nº 12.462/11)*: aspectos fundamentais. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 36.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 12. ed. São Paulo: Dialética, 2008.

MEDAUAR, Odete. *A processualidade no direito administrativo*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MEDAUAR, Odete. *O direito administrativo em evolução*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. Licitações e controle de eficiência: repensando o princípio do procedimento formal à luz do “placar eletrônico”! In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). *Direito administrativo e seus novos paradigmas*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

MIGUEL, Luiz Felipe Hadlich. Licitação: passado, presente e futuro. *Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP*, Belo Horizonte, ano 14, n. 158, p. 41-49, fev. 2015.

⁵ A Lei Federal nº 12.722, de 3 de outubro de 2012 (conversão da Medida Provisória nº 570/2012), em seu artigo 14, alterou a redação do art. 1º da Lei nº 12.462/2011, incluindo o §3º, que determina ser o RDC também aplicável às licitações e contratos necessários à realização de obras e serviços de engenharia no âmbito dos sistemas públicos de ensino. Essa alteração traz um novo paradigma. O RDC era uma norma licitatória com prazo de validade. Não obstante sua lei de criação não determinar a data em que deixaria de vigor, condicionada estava aos eventos esportivos nela relacionados – portanto, por reger uma sistemática direcionada a promover uma situação futura determinada no tempo, vencida esta barreira temporal perderia sua eficácia. A nova redação do art. 1º pereniza a sistemática, dando condições de sobrevivência mesmo após o decurso do lapso acima referido.

⁶ Pela disposição em criticar, corrigir e revisar o presente texto, fica aqui o registro de minha eterna gratidão à Dra. Cristina Alvarez Martinez Gerona Miguel, minha esposa. Sem ela parte dos meus sonhos não seriam realizados.