
CAPÍTULO X

A LEI DE LICITAÇÕES COMO ÓBICE À EFICIÊNCIA DA ATUAÇÃO DO ESTADO BRASILEIRO: APONTAMENTOS, CONSTATAÇÕES E PERSPECTIVAS.

*Guilherme Afonso Dourado**

SUMÁRIO: 1. Introdução; 1.1 Crise em razão da não efetivação da Constituição brasileira no século XXI; 1.2 Crise da Administração Pública e, reflexivamente, do Direito Administrativo; 1.3 Crise na “Ordem dos publicistas”; 2. Gasto Público: em Busca da Eficiência Perdida; 2.1 Delineamento conceitual da Eficiência; 2.2 A Emenda Constitucional 19/98 e a manutenção da ineficiência no gasto público; 3. Lei n. 8.666 como óbice à eficiência no gasto público; 3.1 Apontamentos e críticas aos artigos da Lei 8.666; 4. Perspectivas.

RESUMO: O presente artigo visa a realizar uma análise geral sobre a crise vivida pelo Estado brasileiro - pelo Direito Administrativo e por seus intérpretes - e sobre os óbices criados pela Lei de Licitações e Contratos da Administração Pública à eficiência do gasto público. Almeja, também, traçar perspectivas de dispositivos legais que podem conferir maior eficiência administrativa ao Estado. Convém ressaltar que o foco será as implicações de determinados artigos da Lei 8.666 na letárgica Administração Pública, evidenciando os reflexos negativos e as limitações ao desempenho célere e eficiente da gestão pública.

PALAVRAS-CHAVE: Estado Brasileiro; Gasto Público; Ineficiência; Licitação.

ABSTRACT: This article aims to conduct a general analysis of the crisis of the Brazilian state - the administrative law and its interpreters - and about the obstacles created by the Bidding Law and

*Estudante de graduação do 9º semestre da Faculdade de Direito da UFBA.

Contracts Public Administration to the efficiency of public spending. Also, this article aims to establish perspectives of legal devices that can provide greater administrative efficiency to the state. It is worth mentioning that the focus will be the implications of certain articles of the 8666 Law on Public Administration lethargic, showing the negative effects and limitations on the rapid and efficient performance of public administration.

KEY-WORDS: Brazilian State; Public Spending; Inefficiency; Bidding.

1. INTRODUÇÃO

A constatação da realidade do Estado brasileiro passa, essencialmente, por uma análise acerca da nossa recente Constituição, pois os contornos da Administração Pública são – ou deveriam ser – conferidos pelas normas constitucionais. Nem sempre foi assim. O direito administrativo, apesar da origem comum com o direito constitucional, com a necessidade de limitar o Estado por meio do Direito, afirmou-se, historicamente, pela “continuidade”, isto é, a manutenção da burocracia estatal, independentemente da “descontinuidade” da Constituição, que, em períodos de extrema instabilidade política, era frequentemente alterada, sem, contudo, alterar a estrutura burocrática.

Ocorre que, com a passagem da Constituição ao centro do ordenamento jurídico e com a necessidade de sua constante observância, tornou-se impositivo compreender o Texto Maior pátrio

e suas reverberações, para conceber a maneira como se afeiçoa a Administração pública ou, ao menos, como deveria se afeiçoar.

1.1 CRISE EM RAZÃO DA NÃO EFETIVAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA NO SÉCULO XXI

O advento da Constituição Federal de 1988, de forte conteúdo axiológico, trouxe a alvissareira expectativa de um rearranjo da feição da Administração Pública. Aguardava-se – e ainda se espera – um Estado incluyente e democrático, que viesse, efetivamente, a concretizar os direitos fundamentais e a reduzir as iniquidades sociais históricas. No entanto, nada disso, ao menos até agora, ocorreu. Os poetas Bartolomé y Lupercio de Argensola trazem, de forma metafórica, uma percepção que se coaduna com a frustração de uma Constituição, supostamente dirigente, não efetivada:

ese cielo azul que todos vemos,
ni es cielo ni es azul.
¡Lástima grande que no sea verdad tanta belleza!

No mesmo sentido, tem-se a preleção de Marcelo Neves, em “A Constitucionalização Simbólica”, em que afirma: “o texto constitucional só obtém a sua normatividade mediante a inclusão do público pluralisticamente organizado no processo interpretativo, ou melhor, no processo de concretização constitucional” (1994, p. 79).

Nesse excerto, fica patente a necessidade de democratizar o processo interpretativo, na esteira do raciocínio de Peter Häberle (apud NEVES, 1994, p. 78), sob pena de o texto constitucional não obter a sua normatividade. Por ora, esse processo interpretativo está

adstrito a poucos, que o fazem equivocadamente, conforme será visto adiante, e a Constituição, destarte, não ganha efetividade.

Ainda no que tange à influência da Constituição de 1988 na Administração Pública, Carlos Ari Sundfeld desvela a existência do “constitucionalismo chapa branca”, que é “destinado a *assegurar posições de poder a corporações e organismos estatais ou paraestatais* (2012, p. 56). Nada mais é do que uma manifestação do ranço do Leviatã hobbesiano, do estado de polícia, em nossos dias.

1.2 CRISE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E, REFLEXIVAMENTE, DO DIREITO ADMINISTRATIVO

Noutra perspectiva, há crise, de igual forma, no Direito Administrativo e em seus conceitos historicamente consagrados. Vive-se um período de enorme desconformidade entre o estudo engendrado pelos administrativistas e o seu objeto de trabalho, a Administração Pública. As concepções até aqui havidas não conseguem responder satisfatoriamente aos ditames dos novos tempos, das novas necessidades sociais. O arranjo da Administração Pública - que se espera - passa ao largo desse paradigma decrépito, fechado em um discurso com fim em si mesmo e, não, com vista à satisfação das necessidades humanas. Marçal Justen Filho, nesse sentido, preleciona:

[...] o instrumental teórico do Direito Administrativo se reporta ao século XIX. Assim se passa com os conceitos de Estado de Direito, princípio da legalidade, discricionariedade

administrativa. A fundamentação filosófica do direito administrativo se relaciona com a disputa entre DUGUIT e HAURIOU, ocorrida nos primeiros decênios do século XX. A organização do aparato administrativo se modela nas concepções napoleônicas, que traduzem uma rígida hierarquia de feição militar. (...) O conteúdo e as interpretações do Direito Administrativo permanecem vinculados e referidos a uma realidade sociopolítica que há muito deixou de existir. O instrumental do Direito Administrativo é, na sua essência, o mesmo de um século atrás (2005, p. 13).

Na mesma seara, Gustavo Binenbojm identifica quatro paradigmas clássicos do Direito Administrativo que outrora foram entronizados e que se encontram em xeque, nos dias de hoje, por força da realidade fática, sempre dinâmica, que exige uma análise constante da atualidade dos conceitos jurídicos. Estes são os paradigmas questionados:

I) o dito *princípio da supremacia do interesse público sobre os interesses privados*, que serviria de fundamento e fator de legitimação para todo o conjunto de privilégios de natureza material e processual que constituem o cerne do regime jurídico-administrativo.

II) a legalidade administrativa como vinculação positiva à lei, traduzida numa suposta submissão total do *agir administrativo* à vontade previamente manifestada pelo Poder Legislativo. Tal paradigma costuma ser sintetizado na negação formal de qualquer vontade autônoma aos órgãos administrativos, que só estariam autorizados a agir de acordo com o que a lei rigidamente prescrevesse ou facultasse.

III) a *intangibilidade do mérito administrativo*, consistente na incontrolabilidade das escolhas discricionárias da Administração Pública, seja pelos órgãos do contencioso administrativo, seja pelo Poder Judiciário (em países, como o Brasil, que adotam o sistema de jurisdição una), seja pelos

cidadãos, através de mecanismos de participação direta na gestão da máquina administrativa.

IV) a idéia de um *Poder Executivo unitário*, fundada em relações de subordinação hierárquica (formal ou política) entre a burocracia e os órgãos de cúpula do governo (como os Ministérios e a Presidência da República). Na tradição do constitucionalismo brasileiro, a fórmula da Administração unitária é sintetizada, como no atual art. 84, inciso II, da Constituição de 1988, na competência do Chefe do Executivo para exercer a direção superior da Administração, com o auxílio dos Ministros de Estado (2008, p. 5-6).

Faz-se mister, então, que os paradigmas do Direito Administrativo sejam revisitados, para que se tornem consonantes com o Estado democrático de Direito e com a tão propalada pós-modernidade.

Assim, cogitar de uma Administração pública transparente, controlada e democrática – sem ser, contudo, manietada – é escopo a ser perseguido. A superação definitiva de todo legado do patrimonialismo, do estado de polícia, do clientelismo, é condição indispensável ao Estado que se pretende consagrador dos direitos fundamentais do ser humano.

1.3 CRISE NA “ORDEM DOS PUBLICISTAS”

Como se não bastasse, vive-se, ainda, uma crise dos intérpretes da Administração Pública. Carlos Ari Sundfeld faz uma crítica percuciente – à qual ele também está sujeito - acerca do assunto, quando vergasta a “ordem dos publicistas”, isto é, a reunião

dos mais relevantes doutrinadores do direito público. Assim dispõe o citado autor ao falar sobre os administrativistas:

São especialistas de um mundo virtual (o das normas), não da realidade. Por isso, nem sempre é fácil dizer-lhes: ‘as coisas não são assim’. Afinal, acostumam-se a pensar mais em como ‘as coisas devem ser’. E vivem em escritórios, absorvem e simplificam a realidade pela intermediação das palavras (não vão a campo, nem usam imagens em seus trabalhos), fogem de estatística e tendem a pensar mais nos casos individuais que nos grandes números (2012, p. 34-35).

É patente, desse modo, o apego do doutrinador do direito administrativo brasileiro aos seus conceitos. Ainda que estes restem, há muito, superados. Esse aprisionamento dos administrativistas representa verdadeiro óbice ao surgimento de uma concepção mais condizente com a realidade do Estado brasileiro.

Dentre outros fatores, esse aprisionamento é fruto do hermetismo acadêmico, que ainda povoa a mente dos nossos juristas, o que propicia a existência de conceitos que não têm reverberação social, ou, quando mais, representam óbice ao desenvolvimento de conceitos não arbitrários e democráticos.

Nesse sentido, tem-se, *verbi gratia*, a desconstrução do princípio de supremacia do interesse público, visto que “é o Estado que deve estar a serviço das pessoas, e não o contrário, mas não perfilhou (o Tribunal Federal Alemão) uma concepção insular do ser humano, captando antes o indivíduo na teia de relações em que está imerso” (SARMENTO, 2005, p. 75).

A desconstrução de tal conceito é fundamental, então, para que se evitem as arbitrariedades perpetradas pela Administração Pública, com o argumento, que outrora fazia o particular se resignar, que é a do princípio de supremacia do interesse público. Esse princípio tem servido, na verdade, à prática das mais variadas agressões aos direitos fundamentais, sob o estratagema de que se visa a consagrar o quase intangível – na linha de Marçal Justen Filho – interesse público, quando serve, deveras, à satisfação do interesse de determinado agente público ou de seus apaniguados.

2. GASTO PÚBLICO: EM BUSCA DA EFICIÊNCIA PERDIDA

Superada a constatação desabonadora acerca da realidade constitucional brasileira, do arranjo da administração pública e dos estudiosos desta, há, agora, a necessidade de se compreender as mudanças havidas na década de 90, do século passado, na administração pública e a sua incapacidade de dar, às verbas públicas, destinação que satisfaça a eficiência no gasto público.

2.1 DELINEAMENTO CONCEITUAL DA EFICIÊNCIA

A Constituição da República Federativa do Brasil traz em seu artigo 37, após a redação conferida pela Emenda Constitucional n. 19, de 1998, princípios que devem ser obedecidos pela administração pública, quais sejam: legalidade, impessoalidade,

moralidade, publicidade e eficiência. Este tem, diferentemente do que acredita Celso Antônio Bandeira de Mello, sentido muito mais extenso do que não poder ser concebido “senão na intimidade do princípio da legalidade, pois jamais uma suposta busca de eficiência justificaria postergação daquele que é o dever administrativo por excelência” (2004, p. 118).

É necessário deixar averbado que a eficiência tem conteúdo próprio e não se encontra subordinado à legalidade. A doutrina muito se encanta com a possibilidade de resolução da suposta querela entre eficiência e legalidade, por meio da equivocada importação do conceito de ponderação de princípios proposta por Robert Alexy. Deseja-se sempre responder, aprioristicamente, qual “princípio” deve prevalecer. A pretensão de decidibilidade acaba, no entanto, por olvidar a concorrência e parcialidade dos princípios.

Na verdade, eficiência representa, numa análise sociológica, a manifestação mais impoluta da necessidade premente do cidadão, que anseia assistir à realização do texto constitucional e da efetivação dos direitos fundamentais. A manifestação da eficiência num dispositivo constitucional é indício da histórica incompetência do Estado de prover, ainda que de forma mínima, os administrados com prestação de serviços públicos.

A mera inclusão no texto constitucional não possibilitou, no entanto, a alteração da realidade existente e da omissão estatal para

as necessidades dos cidadãos. Mas o que vem a ser, numa análise jusfilosófica, a eficiência? Um princípio? Um juízo sempre teleológico independentemente dos meios utilizados?

Eficiência não tem – nem deve ter – sentido maquiavélico, isto é, de desprezo aos meios utilizados para a consecução de políticas públicas. Não é uma busca inconseqüente por bons resultados. Em um Estado que se propõe protetor dos direitos individuais não há espaço para um juízo meramente teleológico, mormente se o meio adotado propiciar constrição ao patrimônio jurídico do cidadão, individual ou coletivamente considerado.

Sobre ser eficiência um princípio, interessante é a discussão trazida por Humberto Ávila, segundo o qual eficiência é um dever da administração pública, “não são meros *topoi* sem forma nem conteúdo, mas postulado específico que estruturam a aplicação de princípios e regras” (2005, p. 24).

A eficiência é pleonástica e metalinguística. Pleonástica porque, sendo postulado, já compõe o arcabouço jurídico independentemente de estar positivada na Constituição. Não é indispensável que assim esteja. Além disso, norma que não se pretenda eficiente é arbitrária e não cumpre a própria razão de ser do estado de direito. Metalinguística ou metanorma porque é uma norma dizendo a outras tantas normas acerca da satisfação a ser alcançada de cada uma, para que cumpram as finalidades públicas. O dever de

eficiência traduz-se, assim, na satisfação das finalidades que competem à administração pública.

Além disso, não há o dever absoluto de escolher o meio que cause menos custo administrativo (*Verwaltungsaufwand*). A medida adotada pela administração pode ser a menos dispendiosa e, apesar disso, ser a menos eficiente. Assim, cai por terra a obsessão que há, quando da licitação, pelo menor preço, sem considerar durabilidade, qualidade do produto etc.

Outro que vem colaborar na questão é Falzone, ao averbar que a eficiência “não se põe simplesmente como um dever ético ou como mera aspiração deontológica senão como um dever atual e estritamente jurídico” (apud MELLO, 2010, p. 122).

Eficiência, então, aqui compreendida é eficiência jurídica e, não, eficiência econômica. A distinção destes conceitos remete, em algum nível, à distinção feita, na doutrina pátria, por Celso Antônio Bandeira de Mello, segundo o qual o interesse público primário está relacionado à consecução de políticas públicas, à satisfação do interesse público, ao passo que o interesse público secundário está relacionado aos interesses, por assim dizer, menos nobres da Administração pública, que visa, imediatamente, aos interesses de cunho patrimonial. Renato Alessi, então, adverte que os interesses secundários do Estado “só podem ser por ele buscados quando

coincidentes com os interesses primários” (apud MELLO, 2010, p. 66).

Eficiência que mais interessa, nesse sentido, é a eficiência jurídica, que se aproxima do interesse público primário – razão última de ser do próprio estado – ao passo que eficiência econômica é atinente ao interesse público secundário, que não deve ser, entretanto, de todo desprezado, mas que não constitui o escopo desse estudo.

2.2 A EMENDA CONSTITUCIONAL 19/98 E A MANUTENÇÃO DA INEFICIÊNCIA NO GASTO PÚBLICO

A década de 90 foi prolífera em produção normativa atinente à Administração Pública no Brasil. Em razão de uma constituição extremamente minudente, aquela restou manietada, ou seja, houve um engessamento nas atividades públicas, além da consagração de diversas benesses ao funcionalismo público.

Tornou-se imperiosa, então, uma ampla reforma constitucional administrativa. Transcorridos mais de três anos para sua tramitação, a Emenda Constitucional n. 19, de 5 de junho de 1998, finalmente fora promulgada e recebeu a alcunha de “Reforma Administrativa”.

Ocorre que a Emenda Constitucional 19, essencialmente concebida para conferir dinamismo ao Estado e romper a proximidade constitucional, repetiu os erros de outrora. Na verdade, tal Emenda

os agravou. Acresceu, ao texto constitucional original, 45 novas regras relativas à disciplina da administração pública.

Nessa mesma toada, viera o postulado já discutido, concebido como “princípio moderno de função administrativa, haurido da doutrina italiana, a eficiência equivale a um reclamo contra a burocracia estatal, sendo uma tentativa para combater a malversação dos recursos públicos, a falta de planejamento, os erros repetidos através de práticas gravosas” (BULOS, 1998, p. 77).

Muito aclamada também, à época, foi a suposta passagem do modelo burocrático de administração pública para o modelo gerencial. Esta representaria maior transparência nas atividades estatais, além de maior celeridade para realizar atividades administrativas. Sob essa rubrica, buscava-se trazer do direito alienígena um modelo que em muito se assemelhava à uma gestão empresarial, com definição de metas e prazos a serem cumpridos.

Nesse modelo, o Estado é diminuto. Tem-se, como objetivo, o enxugamento da máquina estatal. Deve-se buscar perceber, destarte, se a reforma administrativa ocorrida na década de 90 é manifestação de uma efetiva busca de eficiência na Administração Pública, ou um mero subproduto do “reformismo constitucional crônico” - de conformidade com o raciocínio de Gustavo Binbenjy - o que não representou assim uma efetiva mudança dos paradigmas estatais, mas, antes, significa que “qualquer plano de governo – seja

qual for o seu matiz ideológico - passa necessariamente por um punhado de emendas constitucionais, e todo o custoso e demorado iter de sua aprovação” (2007, p. 773).

O que o transcurso temporal fez aclarar é que a suposta mudança de paradigma no direito administrativo brasileiro, isto é, a passagem do modelo administrativo burocrático para o modelo gerencial - malgrado agradável aos ouvidos dos incautos - não representou, verdadeiramente, uma alteração da triste sina do Estado brasileiro de ser ineficiente na realização dos gastos públicos e de não conseguir satisfazer minimamente o interesse público, o que quer que este represente.

3. LEI N. 8.666 COMO ÓBICE À EFICIÊNCIA NO GASTO PÚBLICO

Nesse contexto de efervescência legislativa, no que se refere à administração pública, na década de 90, surgiu a tão vergastada Lei de Licitações e Contratos da Administração Pública, a Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993.

Tal lei surgiu com o propósito de representar um paradigma legislativo em consonância com o art. 37, XXI, da recém-nascida Constituição Federal, que determina que os contratos administrativos sejam precedidos de licitação. Mais do que isso, buscou, também, representar um molde à carga valorativa trazida pelo novo diploma constitucional, com o fito de que a licitação significasse um processo

consagrador da legalidade, impessoalidade, publicidade e moralidade.

Ocorre que o decurso do tempo provou que a lei de licitação não tem cumprido o fim a que se destina. As licitações se arrastam sem observar o postulado da eficiência, com procedimentos que não representam resguardo à impessoalidade e à moralidade e, sim, um fardo procrastinatório, evitando que o Estado acompanhe a dinâmica econômica havida no seio social.

Tem-se quadro comparativo¹ que vem corroborar com essa *ratio* suscitada, demonstrando, em cotejo com outros países

¹ Carga tributária e gastos públicos (total e principais componentes). Todos os valores em % do PIB. Média no período 1998-2002.

País	Carga Tributária ¹	Total de Gastos	Gastos ² com Pessoal	Gastos ² com Previdência	Gastos ² com Juros	Gastos ² com Investimentos
Argentina	20,9	21,1	n.d. ³	n.d.	n.d.	n.d.
Bolívia	15,2	26,3	9,5	4,1	1,8	7,4
Brasil	32,7	37,5	13,5	6,0	6,8	1,9
Chile	19,3	24,1	5,9	5,5	1,2	2,9
Costa Rica	19,1	23,5	8,4	-	3,8	1,4
Uruguai	26,0	n.d.	n.d.	n.d.	n.d.	n.d.

¹ Instituto Latino-Americano y del Caribe de Planificación Económica y Social/Comissão Econômica para América Latina e o Caribe (Ilpes/Cepal). Estatísticas de Finanças Públicas.

² Argentina: Moody's/OCDE; Brasil: Secretaria do Tesouro Nacional (STN) – Resultado Nominal do Governo Geral – e Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) – Sistema de Contas Nacionais 2000. Demais países: Instituto Latino-Americano y del Caribe de Planificación Económica y Social/Comissão Econômica para América Latina e o Caribe (Ilpes/Cepal). Estatísticas de Finanças Públicas.

americanos, uma perspectiva do Brasil na destinação de verbas públicas. Assim, a análise do quadro comparativo evidencia - inobstante o Estado brasileiro perceber vultosas quantias decorrentes dos tributos - a ineficiência dos gastos públicos do Estado brasileiro, com a ínfima destinação das verbas para investimentos, ao passo que se gasta muito com todo o resto.

Ter a comprovação numérica, de algo que já é, há muito, sabido, implica a necessidade de uma análise mais detida sobre as amarras criadas pelos dispositivos normativos do nosso ordenamento jurídico no gasto público eficiente. Não se quer, com isso, trazer uma perspectiva unívoca, como se a ineficiência administrativa fosse a razão, única, de todos os males do Estado brasileiro. Longe de sê-lo. Ocorre que os apontamentos dos óbices à eficiência administrativa, criados pelos artigos da lei 8.666, denunciam o quanto essa lei - e, *a fortiori*, a produção legislativa no Brasil - representam um sistema de frenagem em face da dinâmica da ascendente economia brasileira.

3.1 APONTAMENTOS E CRÍTICAS AOS ARTIGOS DA LEI 8.666

A crítica aos artigos da Lei 8.666 não se pretende, aqui, exaustiva, porquanto impossível. Deseja-se, apenas, indicar o que há

³ n.d. - não disponível (RIBEIRO, 2008).

de mais canhestro e sugerir diretrizes com vistas à busca da eficiência do gasto público.

O artigo 1º, inaugural dos sucessivos equívocos da lei apontada, assim dispõe:

Art. 1º Esta Lei estabelece normas gerais sobre licitações e contratos administrativos pertinentes a obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações e locações no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

A crítica a ser feita ao artigo 1º ataca a própria razão de ser da Lei de Licitações e Contratos da Administração Pública, qual a necessidade de uma lei que regulamenta os mais diversos entes estatais, nas mais diversas situações, com um conteúdo genérico? Tal artigo - e, por extensão, a lei 8.666 - não condiz com as peculiaridades de cada um dos entes e despreza as diversas minudências das situações em que é cabível a licitação. Assim, a Lei n. 10.520/2002, que é a lei do pregão, é exemplo de disposição legislativa satisfatória, em razão de possuir objeto menor, no caso, a aquisição de bens e serviços comuns.

Nesse diapasão, defende-se a necessidade de fragmentariedade na regulamentação da licitação no ordenamento jurídico brasileiro. Casos específicos têm de ter leis próprias que compreendam e disponham acerca das suas especificidades.

Na sequência, faz-se observação ao texto do Art. 3º, § 13:

Art. 3º, § 13. Será divulgada na internet, a cada exercício financeiro, a relação de empresas favorecidas em decorrência do disposto nos §§ 5º, 7º, 10, 11 e 12 deste artigo, com indicação do volume de recursos destinados a cada uma delas.

Esse excerto, incluído pela Lei nº 12.349 de 2010 no texto da lei 8.666, demonstra, acertadamente, a necessidade do uso da tecnologia com o fito de dar celeridade e eficiência ao processo licitatório. A experiência positiva, lograda com os procedimentos licitatórios na modalidade de Pregão, evidencia que a utilização de recursos tecnológicos propicia significativa redução do custo operacional e financeiro. Assim sendo, esse modelo trazido pelo pregão tem de ser fartamente adotado nas demais modalidades licitatórias.

Com vistas a uma maior celeridade nas compras realizadas pela Administração Pública, é imperioso apontar, agora, os equívocos, que concernem o artigo 15, II:

Art. 15. As compras, sempre que possível, deverão:

[...]

II - ser processadas através de sistema de registro de preços.

Esse artigo, no seu inciso II, dispõe acerca das aquisições engendradas de forma mais planejada e rápida que, no conjunto, é o denominado Sistema de Registro de Preços. Trata-se de um procedimento para a realização de contratações futuras de bens e serviços. O vínculo estabelece-se por ata específica, que vige por um

ano. Ocorre que, mesmo patente a relevância e utilidade do registro de preços, este – contido numa lei de 1993 – só veio a ser regulamentado em 2001, pelo Decreto n. 3.931, que sofreu alteração com base no Decreto n. 4.342/02. Tanta demora gerou dúvidas, à época, quanto aos procedimentos, que deveriam ser adotados. É impossível condescender em face de tanta ineficiência e omissão na gestão pública.

Como é cediço, a licitação é um processo extenso, lento e custoso. Assim, o registro de preços confere celeridade às compras governamentais sem significar, contudo, uma burla à licitação. O registro de preços coaduna-se com a ideia de modelo gerencial da administração pública. Adota um sistema, amplamente utilizado na esfera privada, que é o *Just in time*: não há excedente produzido; fica a cargo da administração, quando necessitar, solicitar, com base na ata, os bens e serviços pretendidos.

Fica, então, como sugestão, a possibilidade de criação de um Cadastro Nacional de Registro de Preços, para conferir maior celeridade à contratação de bens e serviços realizada por todos os entes estatais, além de tornar mais transparente a cotação de preço. Ainda no que é atinente ao artigo 15, deve ser posto em xeque, em face das mudanças tecnológicas, comportamentais, sociais etc., o seu parágrafo segundo:

Art. 15. § 2º Os preços registrados serão publicados trimestralmente para orientação da Administração, na imprensa oficial.

Nada mais decrépito do que o disposto nesse artigo. É cediço que a publicação na imprensa oficial não atende, efetivamente, o princípio da publicidade – já que não é sabida por boa parte da população - nem tampouco à eficiência e celeridade do processo licitatório. Mais do que isso, a publicação na forma impressa representa um enorme ônus financeiro para o Estado.

Assim a sugestão, *lege ferenda*, é a substituição da publicação na imprensa oficial pela publicação em sites eletrônicos oficiais da administração pública. Dessa forma, a publicação fica melhor direcionada aos interessados na licitação em questão.

Alvissareiro é, então, saber que o Projeto de Lei n. 4114/2012 vem ao encontro do que fora dito com vistas a permitir a publicação dos atos relativos ao processo licitatório por meio da internet.

No que tange, também, à celeridade da realização do processo licitatório, interessante observar o artigo 21 § 2º, I e II:

Art. 21. § 2º O prazo mínimo até o recebimento das propostas ou da realização do evento será:

I - quarenta e cinco dias para: (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)

a) concurso;

b) concorrência, quando o contrato a ser celebrado contemplar o regime de empreitada integral ou quando a licitação for do tipo "melhor técnica" ou "técnica e preço";

II - trinta dias para:

- a) concorrência, nos casos não especificados na alínea "b" do inciso anterior;
- b) tomada de preços, quando a licitação for do tipo "melhor técnica" ou "técnica e preço.

Há inexorável necessidade de diminuição do prazo mínimo até o recebimento das propostas ou da realização do evento visto que, com o uso de dispositivos tecnológicos, com as facilitações procedimentais sugeridas para dar celeridade, não parece razoável esperar tanto tempo para que haja o recebimento das propostas ou a realização do evento. A diminuição dos prazos recursais e inclusão da fase saneadora no processo recursal são impositivas em homenagem à eficiência buscada pela administração pública. Fica a critério de o legislador definir tais prazos, com a atenção aos fundamentos aqui asseverados.

Superada essa discussão, é necessário observar que uma das maiores críticas à lei de licitação se refere ao artigo 43:

Art. 43. A licitação será processada e julgada com observância dos seguintes procedimentos.

Não é tolerável que a Administração Pública - com os contornos já averbados anteriormente, a partir da compreensão da relevância do postulado da eficiência no agir do Estado – esteja presos a formalismos supressores de direitos. O aprisionamento em face de uma sequência procedimental não está de conformidade com

um Estado que se pretende eficiente e que, teleologicamente, visa a fins maiores.

Assim, as fases de habilitação e propostas, como estão dispostas, só fazem retardar o processo licitatório. É preciso conceber a possibilidade de inversão das fases da licitação e de saneamento de falhas no processo classificatório. Da forma como estão postos, os processos de escolha começam, necessariamente, pela fase de habilitação dos concorrentes, para só então se passar à fase de entrega de envelopes lacrados com a proposta de cada um.

Além disso, tem de se observar, *lege ferenda*, que licitações processadas por meio de sistema eletrônico observarão procedimento próprio quanto ao recebimento de documentação e propostas, com o estabelecimento da possibilidade de inversão das fases em todas as modalidades de licitação.

Em síntese, o que se pode aferir das críticas realizadas é que a eficiência se impõe. Imposição que deve servir para afastar, em definitivo, construções doutrinárias herméticas que não questionam a forma como o Estado efetivamente existe e se manifesta.

4. PERSPECTIVAS

As expectativas acerca do porvir estão ligadas a uma superação do legado da “ordem dos publicistas”, com suas construções doutrinárias defasadas, e, por conseguinte, do paradigma legal para licitação, que é a lei 8.666/93. Agustín Gordillo alerta, no

entanto, acerca das dificuldades na mudança do direito administrativo:

Desde ya, es innegable que la tarea no es fácil; que tal vez nunca llegue plenamente la madurez política del derecho administrativo, y que siempre quede en él algún resto de autoritarismo, de absolutismo, o de cualquier tendencia de fuerza² (2003. p. II-12).

Gordillo prossegue, então, para afirmar que apesar de a ciência jurídico-administrativa permanecer enclausurada, a sociedade e o Estado são dinâmicos e, celeremente, alteram-se, sendo necessário acompanhar e compreender tais mudanças:

Pero, soluciónense o no esos problemas, sea el derecho administrativo realmente propio de un Estado de Derecho o manténgase atado al marco de un Estado de policía, el mundo no se detiene. Si con optimismo pensáramos que pronto el derecho administrativo se liberará de sus viejas concepciones, tocaría entonces empezar a considerar los múltiples nuevos problemas que la sociedad organizada presenta: Pues aunque la ciencia jurídico-administrativa no haya cambiado, la sociedad y la administración sí lo han hecho. Y en forma muy trascendente; toca, pues, referirse al futuro del derecho administrativo³ (2013. p. 45).

² Em tradução livre: “Claro, é inegável que a tarefa não é fácil; que talvez nunca chegue totalmente a maturidade política do direito administrativo, e que sempre permaneça nela quaisquer restos de autoritarismo, do absolutismo, ou qualquer força tendência”.

³ Em tradução livre: “Mas solucionar, ou não, esses problemas, seja o direito administrativo realmente próprio de um Estado de direito ou ligado ao modelo de um Estado policial, o mundo não para. Se, com otimismo, pensamos que em breve o direito administrativo se libertará de suas antigas concepções, será necessário, em seguida, começar a considerar os muitos novos desafios que a sociedade organizada apresenta: pois, ainda que a ciência jurídico-administrativa não tenha mudado, a

Assim, malgrado se saiba da dificuldade de afirmar uma concepção doutrinária consentânea com as mudanças necessárias ao Estado que se deseja, há, noutro sentido, razões para acreditar em relevantes mudanças legislativas atinentes à licitação e ao gasto público.

Nessa seara, são diversas as manifestações do poder legislativo com o especial fito de romper as disposições defasadas da Lei 8.666/93, substituindo-os por dispositivos consentâneos com a eficiência na Administração Pública. São exemplos de projetos de lei que visam a alterar substancialmente a Lei de licitação: PL 5365/2013, que trata da utilização do sistema eletrônico e o reordenamento das fases de verificação e julgamento das habilitações e propostas para os procedimentos licitatórios promovidos pelo setor público; o PL 6758/2013, que visa a reajustar os limites adotados para as modalidades de licitação; PL 7709/2007, que deseja possibilitar o uso de sistema eletrônico em todas as modalidades de licitação, incluindo o pregão eletrônico, desde que certificado digitalmente por autoridade credenciada.

Esses e outros projetos são auspiciosos, pois possibilitam a correção de equívocos legais patentes, que – em cotejo com modelos exitosos – demonstram sua incompetência. É inegável, por exemplo,

sociedade e o governo o fizeram. E de uma forma muito importante; e, em seguida, para se referir ao futuro do direito administrativo”.

o êxito obtido pelo Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC, a partir da constatação de que conseguiu viabilizar, em tempo exíguo, obras que provavelmente não seriam completadas a partir da perspectiva limitadora da Lei 8.666/93.

Tem-se, também, o exemplo da Lei 10.520/2002, Lei que dispõe sobre o pregão, trazendo uma nova dinâmica acerca dos procedimentos licitatórios, de conformidade com a ideia de uma Administração Pública que se pretende mais célere e eficiente.

A experiência propiciada, pela aplicação de tal lei, é ensejadora do raciocínio de boa parte das críticas aqui realizadas, pois serve de arquétipo viável e tangível de um Estado não preso a formalismos, mas atento ao que urge ser observado.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria Dos Direitos Fundamentais**. 2ª Edição. São Paulo: Malheiros, 2011.

ÁVILA, Humberto. **Moralidade, Razoabilidade e Eficiência na Atividade Administrativa**. Revista Eletrônica de Direito do Estado, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº. 4, outubro/novembro/ dezembro, 2005. Disponível na Internet: <http://www.direitodoestado.com.br/>. Acesso em 15 de novembro de 2013.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. São Paulo: Malheiros. 2009.

BINENBOJM, Gustavo. **A Constitucionalização do direito administrativo no Brasil: Um inventário de avanços e retrocessos**. In: SARMENTO, Daniel Antonio de Moraes (Org.);

SOUZA NETO, Cláudio Pereira (Org.). *A Constitucionalização do Direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Reforma Administrativa**. Revista de Direito Administrativo, v. 214, out/dez. 1998.

GORDILLO, Agustín. **Tratado de Derecho Administrativo**, Tomo 1. 8ª edição. Buenos Aires, F.D.A., 2003.

GORDILLO, Agustín. **Tratado de Derecho Administrativo**, Tomo 8, 1ª edição. Buenos Aires, FDA, 2013.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2005.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 17. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2004.

NEVES, Marcelo. **A Constitucionalização Simbólica**. São Paulo: Acadêmica, 1994.

RIBEIRO, Márcio Bruno. **Desempenho e Eficiência do Gasto Público: uma análise comparativa do Brasil em relação a um conjunto de países da América Latina**, 2008. Em: <http://www3.tesouro.fazenda.gov.br/Premio_TN/XIIIpremio/qualidade/3qualidadeXIIIPTN/Desempenho_Eficiencia_gasto_Publico.pdf>. Acesso em 16 de Novembro de 2013.

SARMENTO, Daniel. **Interesses Públicos versus Interesses Privados: desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público**. Editora Lumen Júris. Rio de Janeiro, 2005.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito Administrativo para Céticos**. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.