
Thiago Marrara: Em 20 anos, Lei de Licitações não foi capaz de coibir desvios

Em 2013, vinte anos se foram de um dos mais famosos, importantes e, quiçá, dos mais polêmicos diplomas administrativos: a Lei 8.666, de 21 de junho de 1993, conhecida como Lei de Licitações e Contratos Administrativos (LLIC). Completaram-se vinte anos. Sem velas e sem grandes comemorações. Pior! Vinte anos saboreados com a amarga constatação de que a lei necessita de substituição ou de, no mínimo, reparos significativos. Mas por que reações tão negativas contra um diploma tão jovem e em um momento que deveria ser de celebração?

Os juristas e administradores mais místicos diriam que uma Lei com três meias (“666”) jamais daria certo. Já os mais pragmáticos parecem cansados dos excessos burocráticos que a caracterizam e das dificuldades que eles geram no cotidiano. Tantas são as críticas pontuais, que seria impossível reduzi-las a um ensaio. Faço, pois, uma breve enumeração ilustrativa pela escolha de duas “acusações” que não raro entremeiam as conversas sobre o polêmico corpo normativo: a “LLIC não foi capaz de coibir os desvios da Administração Pública e ainda tornou a contratação pública lenta e custosa”.

Ora, se existe uma razão fundamental para que o Estado não possa sempre contratar bens, serviços e obras diretamente, tal como fazem os particulares na gestão de seus negócios, isso se dá pelo fato de que o exercício da livre vontade contratual pelos entes estatais, dado o volume estratosférico de suas demandas, poderia ocasionar graves lesões à isonomia, ao equilíbrio concorrencial, à moralidade das contratações e ao próprio erário. Não por outra razão, referidos valores constituem objetivos centrais da licitação como instrumento burocrático no plano do dever ser.

Na prática, porém, a LLIC não parece ter sido capaz de coibir intensamente desvios de finalidade, atos de corrupção que assolam a Administração Pública brasileira, cartéis licitatórios que aniquilam a livre competição, nem o superfaturamento e a má-execução de contratos públicos. Aliás, nem mesmo o querido RDC parece ter resolvido tais problemas!

Não fosse isso, a LLIC tornou as compras extremamente custosas! Organizar uma licitação, inclusive nas modalidades mais simples, exige treinar intensamente servidores, mobilizá-los por dias ou meses, afastá-los do exercício de outras tarefas e tudo isso para preparar a celebração de um contrato que muitos particulares poderiam concluir em alguns minutos. Mencione-se, ademais, o “delay” inaceitável que muitas vezes existe entre o momento em que a demanda interna por um bem, obra ou serviço surge nas entidades públicas e o momento de sua satisfação pela execução do contrato. Tal sofrimento é bem conhecido por muitos docentes de universidades públicas, em que livros jurídicos adquiridos por meio de licitações são entregues às bibliotecas somente anos mais tarde.

Maus negócios, cartéis, corrupção, altos custos e lentidão — ainda que nem sempre ocorrentes — são problemas licitatórios reais que suscitam dúvidas cruéis aos juristas. Será que um sistema de contratação pública capaz de promover a vantajosidade, de garantir a isonomia e a livre concorrência entre licitantes e de viabilizar celeremente o atendimento de demandas estatais necessita ser supernormatizado? Será que o Legislador precisa inventar tantas modalidades licitatórias e detalhes procedimentais que sequer

juristas conseguem compreender com facilidade? Será que o volume de normas e procedimentos é diretamente proporcional ao sucesso e à efetividade de um modelo licitatório? Enfim, o que juridicamente precisa mudar e quanto de burocracia precisa ficar?

Foi certamente no intuito de responder algumas dessas indagações que o Senado Federal criou a Comissão Especial Temporária de Modernização da Lei de Licitações e Contratos (CTLICON), cujas atividades culminaram, em dezembro de 2013, em um relatório final contendo um projeto de lei com 14 capítulos de normas gerais sobre licitações e contratos da Administração. Resta saber qual foi o “presente” que esta comissão do Congresso Nacional, pai da Lei 8.666, preparou no ano em que a LLIC atingiu seus 20 anos.

Do relatório final e do projeto — com 176 artigos — apresentados em dezembro de 2013 e assinados pelos senadores Vital do Rego, Kátia Abreu e Waldemar Moka extraem-se modificações tão variadas que certamente demandarão muitas teses acadêmicas para explicá-las. Nestas linhas escassas, serão apontadas apenas cinco delas, quais sejam:

- 1) A *sistematização da legislação*, por meio da substituição da Lei n. 8.666/1993, da Lei 10.520/2002 (pregão) e da Lei 12.462/2011 (que rege o famoso, recente e crescente RDC) por um único diploma geral, ao lado do qual coexistiriam leis especiais, como a de licitações para serviços de publicidade (Lei 12.232/2010) e de licitações para concessões de serviços públicos (Lei 8.987/1995 e Lei 11.079/2004);
- 2) O esclarecimento do *regime licitatório de empresas estatais e de entes do terceiro setor*, basicamente, mediante a consagração de que as estatais em atividade privada não se submetem à Lei, e de que as OS e OSCIP que recebem recursos públicos detêm a faculdade de editar regulamentos licitatórios próprios e simplificados, mas desde que observem os princípios da lei geral;
- 3) A inserção da *durabilidade como parâmetro de valoração da vantajosidade*, o que se verifica na norma que obrigará a licitação a “assegurar a seleção da proposta mais vantajosa para a Administração Pública, inclusive no que se refere ao *ciclo de vida* do objeto”. Com isso, busca-se mitigar os malefícios que foram observados nos últimos anos em razão da adoção de um critério imediatista de economicidade, inclusive a influenciar licitações que deveriam se pautar por critérios mais técnicos (melhor técnica e técnica e preço). Em outras palavras, a inserção do “ciclo de vida do objeto” deve estimular contratos que sejam mais vantajosos no médio e no longo prazo, afastando as falsas vantagens da contratação de obras e da aquisição de produtos que, embora baratos, deterioram-se rapidamente;
- 4) A *redução e a alteração de procedimentos* mediante a extinção da tomada de preços e do convite, compensada por uma valorização do pregão e da concorrência, ao lado do concurso e do leilão. Nesse modelo, o pregão será válido para aquisição de bens, serviços e — novidade — obras comuns de acordo com um critério de menor preço ou maior desconto. A concorrência, por seu turno, apresentará similaridades procedimentais com o pregão, inclusive no tocante à possibilidade de lances, mas se guiará por critério de melhor técnica, de técnica e preço ou de maior retorno econômico. Nesse particular, o que todos devem se perguntar é como os senadores pretendem tornar o sistema mais eficiente se propõem a extinção de procedimentos licitatórios mais simples e a manutenção de outros extremamente burocráticos; e

5) O reforço ao combate de fraudes, por exemplo, mediante inúmeros dispositivos, como: a) o de proibição de que pessoa física ou jurídica suspensa ou declarada inidônea possa participar de licitações mediante o uso fraudulento de outras pessoas jurídicas (artigo 14, parágrafo 1º), ou seja, uma forma de desconsideração da personalidade jurídica que se destina a conferir eficácia ao sistema sancionatório nas contratações públicas; b) o de permissão de sigilo dos preços estimados pela Administração para o objeto licitado, situação em que o “orçamento será tornado público apenas e imediatamente após o encerramento da licitação, sem prejuízo da divulgação do detalhamento dos quantitativos e das demais informações necessárias para a elaboração das propostas” (artigo 23, inciso II), norma que visa a dificultar a definição artificial de propostas comerciais ou a cartelização e c) o de responsabilidade solidária do contratado por dano ao erário decorrente de contratação direta (por dispensa ou declaração de inexigibilidade) em violação à legislação (artigo 55, *caput*).

Se tais medidas, entre outras previstas no relatório final da CTLICON, serão suficientes para corrigir os males — e também manter os pontos positivos — da legislação que se criou em 1993 ainda é cedo para dizer. O importante, porém, é que as análises sejam feitas com a máxima antecedência, de maneira a evitar que, mais uma vez, edite-se um diploma que necessite ser condenado à morte antes da vida adulta. E, nessa tarefa investigativa, a construção de posicionamentos certamente dependerá de muitas outras coisas, além de meras palavras encaixadas retoricamente. Exigirá, em verdade, um esforço de produção de estudos empíricos sobre o grau de corrupção nas contratações, a velocidade de seus procedimentos, o grau de sucesso dos contratos, entre outros dados que permitam comparar a realidade administrativa antes e depois da Lei editada em 1993 e prognosticar os efeitos das mudanças propostas pelo Senado ao final de 2013.

Fora isso, o que falta desvendar é se o RDC — que agora se quer transformar em regime alternativo ao da LLIC nos três níveis da federação brasileira — continuará a se expandir e acabará por destruir, por futuras táticas de expansão, o trabalho da CTLICON ou se a proposta de consagração do modelo diferenciado, revelada em 25 de março no Congresso, trará luz e águas calmas para que os congressistas possam debater com prudência um novo modelo uniforme de licitações que venha a sepultar, em golpe final, o RDC e a LLIC.

Date Created

04/04/2014