

O Anteprojeto de Lei Geral de Contratações da Administração Pública

Antônio Carlos Cintra do Amaral

A divulgação do Anteprojeto de Lei Geral de Contratações da Administração Pública (DOU de 18/3/02 e site www.comprasnet.gov.br) fez-me recordar especialmente três trabalhos de que participei profissionalmente, dois na década de 70 e um na de 80.

No começo da década de 70, as licitações públicas eram reguladas pelo Decreto-lei 200, de 1967, que, em seus arts. 125 a 144, editou normas gerais sobre licitações para compras, obras e serviços na Administração Direta e nas autarquias. Quanto às empresas estatais (sociedades de economia mista e empresas públicas), havia três correntes doutrinárias: **(a)** a de que elas deviam observar as normas legais; **(b)** a de que elas não tinham o dever de licitar; e **(c)** a de que elas deviam licitar, observados os princípios da licitação. Acabou prevalecendo este último entendimento.

Em 1973, ao iniciarem-se as atividades da Empresa Municipal de Urbanização – EMURB, empresa pública do Município de São Paulo, sua direção preocupou-se em aprovar normas que disciplinassem as licitações promovidas pela empresa. Foi constituído grupo de trabalho, do qual participei, para elaboração dessas normas, resultando, daí, seu Regulamento de Licitações.

Em meados desse mesmo ano, passou a ser desenvolvido, na Companhia do Metropolitano de São Paulo – METRÔ, sociedade de economia mista que na época era controlada pelo Município, um trabalho em equipe – da qual também participei – para elaboração de regulamento próprio. Após dois anos de um exaustivo trabalho multifuncional, analisados os aspectos administrativo, econômico, financeiro e jurídico, surgiu o Regulamento de Contratações da Companhia do Metrô, que teve o aval final do Prof. **Hely Lopes Meirelles**. Esse regulamento serviu de modelo a outras empresas municipais, a empresas estaduais e também a empresas federais, como foi, por exemplo, o caso da Companhia Siderúrgica Paulista – COSIPA.

A elaboração do Regulamento de Licitações da EMURB ensinou-nos algumas lições. Uma delas foi a de que deveríamos fugir à terminologia legal. Na EMURB, a Concorrência era realizada de acordo com normas diferentes das contidas na lei, embora fossem observados os princípios da licitação. O mesmo ocorria com a Tomada de Preços e o Convite. Isso gerou confusão, inclusive na cabeça de magistrados que julgaram algumas ações contra a EMURB na época.

Sobre esse assunto escrevi em meu “*Licitações nas Empresas Estatais*” (São Paulo, McGraw Hill do Brasil, 1979, p. 19):

“O Regulamento da EMURB foi objeto de crítica, por ter sido utilizada a terminologia legal: licitação, concorrência, tomada de preços, convite. De fato, se temos garrafas cujos conteúdos são diferentes, não tem sentido colocar-lhes rótulos idênticos. Há que diferenciá-las pelo rótulo, para que fique claro tratar-se de conteúdos distintos. Se as normas de uma empresa estatal não são idênticas às legais, há que se evitar a adoção das mesmas palavras. Assim, ao invés de licitação, optou-se, na Companhia do Metrô, inicialmente por ‘procedimento prévio à contratação’, em seguida por ‘consulta’ e, ao final, por ‘seleção’. Ao invés de concorrência, tomada de preços e convite, optou-se, respectivamente, por ‘convocação geral’, ‘coleta’ e ‘pedido de cotação’.”

Partimos da idéia de que a contratação é um processo. Esse processo pode ser conduzido formal ou informalmente. Assim, ao invés de três procedimentos **formais**, um **aberto** (Concorrência) e dois **restritos** (Tomada de Preços e Convite), foram adotados apenas dois procedimentos **formais**, um **aberto** (“convocação geral”) e um **restrito** (“coleta”), além de um procedimento **informal** (“pedido de cotação”).

Esse esquema, bem como a terminologia dele decorrente, foi adotado até a vigência do Decreto-lei 2.300, em 1986. A partir daí, os tribunais de contas, com base no art. 85 desse decreto-lei, foram firmando o entendimento de que as modalidades de licitação previstas nos regulamentos das empresas estatais deveriam observar não apenas os limites, como dispunha o decreto-lei, mas também a terminologia legal. Até que veio a Lei 8.666, de 1993, e acabou de vez com a relativa liberdade – **e a eficiência** – das empresas estatais na realização de suas licitações.

Curiosamente, vejo agora que o art. 9º do Anteprojeto ora submetido a Consulta Pública prevê a criação de uma modalidade nova de licitação (ou, na linguagem do Anteprojeto, “*espécie de procedimento de contratação*”) intitulada **Convocação Geral**. Vejo, também nesse artigo, a previsão da **Justificação**, que me faz recordar o “*pedido de cotação*”, do Regulamento da Companhia do Metrô. Mais ainda: constato a previsão da realização de **Justificação** quando a disputa se mostre “*desnecessária*” (art. 25), o que me leva a lembrar a norma do Regulamento da Companhia do Metrô que admitia a adoção de “*coleta*” – procedimento formal restrito, do qual participavam dois ou mais qualificados, independentemente do valor estimado da contratação – “*nos casos em que o número de fornecedores for determinado e reduzido e desde que todos sejam convidados para participarem*”.

Tudo isso me faz lembrar aquele trabalho. Não posso concordar **agora**, porém, com a substituição da palavra “*licitação*” pela expressão “*procedimento de contratação*”, nem do termo “*modalidades*” por “*espécies*”. Se havia razão para isso na década de 70, hoje não há mais. Naquela época, os conteúdos das garrafas eram diversos, logo, os rótulos também deveriam ser. Atualmente, o conteúdo da Lei 8.666 é, nesse ponto, idêntico ao do Anteprojeto. Pretende-se que a Lei 8.666 passe a disciplinar **licitações** apenas para contratação de obras e serviços de engenharia. Já a nova lei também disciplinará **licitações**, só que para compras, demais serviços, alienações, concessões e permissões.

Mais ainda: a Constituição de 1988 introduziu o conceito jurídico-constitucional de licitação, que não existia na Constituição anterior. No art. 22, inciso XXVII, a Constituição diz que a União é competente para editar “*normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades*” (grifei). No art. 37, inciso XX, diz que as obras, serviços, compras e alienações serão contratadas “*mediante processo de licitação pública*”. E no art. 175 diz que as concessões e permissões de serviço público deverão ser outorgadas “*sempre através de licitação*”. Na melhor das hipóteses, se a nova lei vier a utilizar a terminologia “*espécie de procedimento de contratação*”, a primeira preocupação de seus comentadores

será a de advertir que “*espécie*” é sinônimo de “*modalidade*” e que “*procedimento de contratação*” é o mesmo que “*licitação*”. Porque se não fosse assim a lei teria sido inconstitucional, já que contrariaria exatamente os dispositivos constitucionais que buscaria aplicar.

Ressalte-se que se o Anteprojeto vier a adotar a terminologia atual, tal como aqui sugerido, ele deverá ser modificado em pelo menos dois outros pontos. Isso exatamente porque “*licitação*” não é sinônimo de “*procedimento de contratação*”, que pode ser **licitatório** ou **não licitatório**. Vejamos.

O Anteprojeto é coerente quando diz que a fase preparatória é fase do “*procedimento de contratação*” (art. 40, inciso I). Tenho sustentado, inclusive nesta página, que a etapa de planejamento da contratação não é **fase interna** da licitação, como se costuma afirmar. A licitação não tem **fase interna**. A licitação é a chamada **fase externa**. Ela somente se inicia quando é aberta ao público, seja em caráter amplo ou restrito. Assim, se vier a ser adotada a terminologia atual, será inadequado dizer-se que a licitação **terá** uma fase preparatória: ela **será precedida** de uma etapa preparatória ou de planejamento.

Por outro lado, a Justificação é “*espécie de procedimento de contratação*”, como acertadamente se diz no Anteprojeto. Mas não é “*modalidade de licitação*”. Assim, se adotada a terminologia atual, a Justificação deverá ser substituída por dispensa, inexistência ou desnecessidade de licitação.

Saliente-se, afinal, que a adoção do termo “*licitação*”, ao invés de “*procedimento de contratação*”, não interferirá no título da lei, que continuará adequado, já que ela abrangerá todo o processo de contratação na Administração Pública, ou seja: **(a)** o planejamento; **(b)** a licitação; **(c)** a celebração do contrato; e **(d)** a execução do contrato.

O terceiro trabalho que relembrei foi a elaboração das Normas de Licitações da Fundação Habitacional do Exército – FHE. Ele me veio à memória em decorrência da inversão das fases de Habilitação e Classificação.

Quando essa inversão foi prevista na medida provisória que criou o Pregão, um ilustre autor chegou a considerá-la um “*ovo de Colombo*”. Mas ela já havia sido adotada, no início da década de 80, pelas Normas da FHE. Essas Normas previam uma **habilitação preliminar**, em que se examinava apenas se todos os documentos exigidos haviam sido apresentados pelos licitantes. Classificavam-se as propostas e, a seguir, verificava-se mais detidamente o conteúdo dos documentos apresentados pelo proponente que obtivesse a melhor classificação. Se tudo estivesse em ordem, esse proponente seria **qualificado**, tornando-se definitiva sua habilitação e passando-se às fases de adjudicação, homologação e contratação. Esse esquema agilizaria o procedimento, evitando por outro lado, se não totalmente pelo menos em grande parte, surpresas desagradáveis, como, por exemplo, descobrir-se que o primeiro classificado não havia juntado, ou havia juntado irregularmente, documento essencial exigido no edital.

Não sei quanto tempo durou esse esquema – que tem seus prós, mas também seus contras – porque a legislação posterior (Decreto-lei 2.300 e Lei 8.666) foi restringindo cada vez mais a atuação também das fundações públicas. Nem tenho informação sobre se foi bem sucedido enquanto durou. Mas é importante acentuar que essa inovação refletia idéias que já naquela época eram expostas por boa parte da doutrina.

(Comentário CELC nº 57, de 01/04/2002, divulgado no site www.celc.com.br)

☞ É permitida a transcrição de trechos deste Comentário, desde que indicada a fonte.