

Considerações à margem do Anteprojeto da Nova Lei de Licitações

Antônio Carlos Cintra do Amaral

Nos três últimos Comentários, escrevi sobre o conteúdo do Anteprojeto da nova lei de licitações. Hoje, farei algumas observações sobre o contexto em que ele se insere.

Sempre fui um crítico da Lei 8.666. Nesse sentido cheguei a dizer, em palestra sobre Agências Reguladoras de Serviços Públicos pronunciada no **I Congresso Brasileiro de Direito Público**, realizado em São Paulo em abril de 2.000: *“Não seria exagero dizer-se que, na hipótese de o controle de uma empresa privada ser assumido por um dirigente tresloucado, que determinasse que a empresa deveria contratar na estrita obediência da Lei 8.666, poder-se-ia afirmar que em breve estaria ela em regime falimentar”* (o texto referente a essa palestra encontra-se publicado em meu livro *“Comentando as Licitações Públicas”*, recém-lançado pela editora Temas & Idéias, do Rio de Janeiro).

Quando nos deparamos com a ausência de lei sobre determinada matéria, ou com uma lei *“ruim”*, temos uma certa tendência a considerar que basta editar uma lei, ou substituir a existente. Pensamos que isso é suficiente para resolver o problema. Esta não é uma tendência nossa, em nosso País e na época atual. Ela é antiga e geral. Já em 1912, **Eugen Ehrlich** escrevia na Alemanha, no prefácio de seu clássico *“Fundamentos da Sociologia do Direito”*: *“Afirma-se, com freqüência, que deve ser possível resumir o sentido de um livro em uma única frase. Caso o presente escrito devesse ser submetido a tal prova, a frase seria mais ou menos esta: também em nossa época, como em todos os tempos, o fundamental no desenvolvimento do direito não está no ato de legislar nem na jurisprudência ou na aplicação do direito, mas na própria sociedade.”*

E acrescentava, mais adiante (p. 313) *“... a legislação neste momento é caracterizada pelo mais ingênuo diletantismo, para quem não há nenhuma dúvida de que é suficiente proibir legalmente um mal para eliminá-lo.”*

Com efeito, novas normas legais podem ajudar a efetuar modificações sociais e culturais, mas não as realizam. Assim, o aperfeiçoamento das atividades da Administração Pública, inclusive no que se refere a licitações e contratos administrativos, pressupõe bem mais do que a simples edição de uma nova lei.

É nesse sentido que procurarei alinhar a seguir, esquematicamente, algumas considerações complementares aos Comentários anteriores:

1. A Lei 8.666 tem inúmeros defeitos, mas não impede que a Administração planeje adequadamente suas contratações. Ela não veda, por exemplo, a preocupação com a qualidade do bem, do serviço ou da obra. Muitas vezes, o agente público a usa como escudo. A fim de escapar à crítica de que não está contratando pelo menor preço, relega a qualidade a um plano secundário, sob a alegação de que a lei não lhe permite contratar por um preço nominalmente maior. Não apenas a Lei 8.666 não o obriga a isso, como, ao assumir tal postura, o agente público fere os princípios constitucionais da **eficiência** (art. 37) e da **economicidade** (art. 70).
2. Frequentemente o agente público planeja mal porque não quer “*perder tempo*”. Ou então porque não conhece suficientemente bem o mercado. Não há norma legal que venha a fazer com que ele se conscientize de que o planejamento é a etapa mais importante do processo de contratação. Se ele planeja bem, aumenta a probabilidade de a contratação ser bem sucedida. Se planeja mal, termina por perder tempo (sem aspas).
3. Apesar dos progressos registrados nos últimos anos (sobretudo em empresas estatais e nas novas agências executivas), no geral ainda se dá pouca atenção à administração do contrato. Até mesmo os órgãos de controle preocupam-se mais com a licitação do que com a execução do contrato. Mas por melhor que seja o trabalho desenvolvido nas etapas do planejamento, da licitação e da celebração do contrato, pode ele ser comprometido por uma má administração do contrato. O que acentua outra deficiência: os vários envolvidos no processo de contratação nem sempre estão atentos à integração de suas atividades. Cada um cuida da sua parte, sem a necessária visão e articulação do conjunto. Por exemplo: os que administram o contrato nem sempre mantêm informados os órgãos planejadores sobre as dificuldades práticas que estão encontrando na etapa da execução, orientando-os, assim, para que corrijam os erros nas novas contratações. Outro exemplo: muitos integrantes de Comissões de Licitação costumam agir como se nada tivessem a ver com o edital, que recebem pronto e acabado. Limitam-se a cumpri-lo, sem questionar suas falhas - às vezes evidentes -, agindo como verdadeiros autômatos. Com essa atitude deixam de colaborar, com seu conhecimento e sua experiência, para o aperfeiçoamento das normas específicas da licitação.
4. É muito comum um agente público apregoar que está obtendo preços mais baixos em suas contratações. Mas será que esses preços estão sendo honrados na etapa da execução do contrato? Nos contratos de **execução imediata**, muito bem. Mas nos contratos de **duração**, ou **de trato sucessivo**, como os de obras e serviços contínuos, um dos principais problemas enfrentados pela Administração Pública é o “*mergulho*”, ou seja, o licitante vence o certame com um preço baixo para mais tarde tentar aumentá-lo ilicitamente, valendo-se de uma situação que a essa altura não é favorável à

Administração. É verdade que a lei determina que as propostas inexeqüíveis devem ser desclassificadas. Mas essa desclassificação quase não ocorre na prática, mesmo nas obras e serviços de engenharia, em que o critério não é **econômico** e sim **matemático** (art. 48, § 1º, da Lei 8.666). Primeiro, porque é difícil provar-se a inexeqüibilidade. Segundo, porque a Administração tem receio (justificado, diga-se de passagem) de desclassificar a proposta de menor preço.

5. Há excesso de burocracia e de papel mesmo quando a lei assim não exige. Um exemplo: alguns órgãos e entidades, para fazer **uma** inscrição em seminário aberto ao público, exigem proposta escrita. Muitas vezes, chega-se a formalizar o respectivo contrato mediante “*termo*”.
6. Enquanto a Administração Pública não pagar em dia, ela contratará por preços acima dos praticados no mercado. Os órgãos públicos que pagam no prazo contratual efetuam contratações mais baratas do que aqueles que pagam com atraso. Vale conferir, nesse sentido, trabalho encaminhado ao Ministério do Planejamento pela empresa especializada **Conlicitação** (site www.conlicitacao.com.br/info/).
7. Quando uma empresa privada atua como contratante, ela avalia o custo total da contratação. Não se limita à obtenção do preço mais vantajoso. Leva também em conta o que gasta com a contratação, maximizando a relação custo-benefício. A Administração Pública não se preocupa – ou pelo menos não se preocupa como deveria – com o custo da contratação, mas apenas com o preço obtido na licitação. Nesse sentido, considero que um dos pontos mais discutíveis do Anteprojeto é a abolição da dispensa de licitação para contratações de pequeno vulto. É totalmente desarrazoado gastar-se, em pessoal e material, mais – ou até mesmo muito mais – do que se pagará por um bem, um serviço ou uma obra. Argumenta-se que abaixo dos limites legais a Administração tem contratado por preços excessivos. Por mais altos que sejam os preços, porém, a contratação direta sairá mais barata do que se se realizar licitação. O Anteprojeto do extinto MARE era, nesse ponto, bem mais razoável: aumentava o limite para R\$ 30.000,00, qualquer que fosse o objeto da contratação.

Poderia escrever muito mais sobre aspectos característicos das contratações públicas. Mas meu objetivo não é esgotar o assunto, e sim simplesmente ressaltar que uma nova lei pode ser boa. Até mesmo muito boa. Não se tenha, porém, a ilusão de que ela eliminará, por si só, problemas estruturais e comportamentais.

(Comentário CELC nº 61, de 01/06/2002, divulgado no site www.celc.com.br)

Esta página é renovada quinzenalmente, nos dias 1 e 15 de cada mês.

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