CÂMARA DOS DEPUTADOS

Requerimento N° DE 2016
(Do Sr. Ezequiel Teixeira)

Requer, no âmbito da Comissão de Fiscalização Financeira e Controle, realização de audiência pública para debater a eficiência e eficácia do novo marco regulatório das contratações nas empresas estatais, Lei 13.303, de 30 de junho de 2016, seguida de uma rodada de debates a ser realizada no Estado do Rio de Janeiro.

Senhor Presidente,

Requeiro a Vossa Excelência, nos termos regimentais, que seja realizada, nesta Comissão, reunião de Audiência Pública para debater a eficiência e eficácia do novo marco regulatório das contratações nas empresas estatais, Lei 13.303, de 30 de junho de 2016, seguida de uma rodada de debates a ser realizada no Estado do Rio de Janeiro.

JUSTIFICAÇÃO

A fiscalização da correta aplicação de recursos é atribuição Constitucional do Administrador Público, enquanto ordenador da despesa, dos Tribunais de Contas, bem como, da Câmara dos Deputados, mormente no que tange a função Constitucional de fiscalização.

A Lei 13.303, de 30 de junho de 2016, “dispõe sobre o estatuto da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, no

âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios que explore atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, ainda que a atividade econômica esteja sujeita ao regime de monopólio da União ou seja de prestação de serviços públicos".

A referida Lei tem como principal finalidade regulamentar as empresas estatais brasileiras, independente da atividade que a mesma exerça, podendo ser nacional, estadual ou distrital, ou seja, abrange qualquer estatal.

Neste sentido, é de conhecimento público a importância que as empresas estatais representam hoje para a economia brasileira, mas também, chamo a atenção para os recentes escândalos políticos que envolvem as mesmas.

A operação lava jato culminou com a identificação de diversas fraudes e desvios de recursos públicos em estatais. Nesse contexto, a sociedade passou a exigir dos órgãos de controle ações efetivas de fiscalização e mecanismos de combate a corrupção e diminuição de fraudes.

A licitação em regra é obrigatória, sendo admitida a dispensa de licitação e a inexigibilidade em alguns casos específicos, conforme elencado nas normas constitucionais e infraconstitucionais.

Ocorre que a exceção se tornou a regra, sendo certo que há um número elevado de contratações por dispensa de licitação em detrimento da contratação regular.

Levantamento levado a efeito pelos advogados Cassio Rodrigues Barreiros e Gilmar Brunizio[1], demonstra que 81% (oitenta e um por cento) das contratações covernamentais são realizadas sem prévio processo licitatórios.

Insta dizer que 37% da totalidade dos valores referentes a contratações públicas, se operam sem a realização do prévio processo licitatório.

Portanto, estabelecer limites, mecanismos de controle e ampliar a discussão quanto a eficiência e celeridade, revelam-se importantes para garantir a legalidade e o adequado planejamento da administração pública.

Desta forma, é de suma importância promovermos um debate acerca da eficiência e eficácia da Lei 13.303, de 30 de junho de 2016, que chegou até mesmo a ser apelidada de “Lei de Responsabilidade das Estatais”, tendo em vista a relevância do tema em questão.

Com efeito, contamos com o apoio dos nobres pares para aprovarmos este Requerimento com a participação dos seguintes profissionais:

1 – Cassio Rodrigues Barreiros, advogado, servidor da Câmara dos Deputados, especialista em Direito Administrativo;

2 – Gilmar Brunizio, advogado especialista em licitações e contratos;

3 – José Vicente Procurador do Estado do Rio de Janeiro;

[1] Anexo I, integra do artigo, Licitações Públicas: As mudanças são apenas uma releitura ou estabelecem politica publica?, autores Cassio Rodrigues Barreiros e Gilmar Brunizio

4 – Marçal Justen Filho, advogado com diversas obras publicadas sobre o tema.

Dep. Ezequiel Teixeira
PTN/RJ

ANEXO I

LICITAÇÕES PÚBLICAS: As mudanças são apenas uma releitura ou estabelecem uma nova política pública?

Gilmar Brunizio[2]
Cassio Rodrigues Barreiros[3]

RESUMO

Este artigo tem como objetivo discutir a logística das empresas do ramo de laticínios na região Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul e sua interrelação com as cidades da região no contexto do espaço urbano. A metodologia utilizada parte de uma revisão bibliográfica para a discussão dos conceitos sobre logística empresarial e também uma pesquisa documental com dados do IBGE (2014) de nove empresas instaladas nessa região. Os resultados apontam para uma reflexão sobre a importância dos municípios

[2] Mestrando do Programa de Pós-graduação stricto sensu em Direito da Universidade Veiga de Almeida – PPDG-UVA. Especialista em Direito do Estado e Administrativo (2008) pela Universidade Gama Filho. Advogado. E-mail: gilmar.brunizio@mbadvogados.com.br

[3] Mestrando do Programa de Pós-graduação stricto sensu em Direito da Universidade Veiga de Almeida – PPDG-UVA. Especialista em Direito do Estado e Administrativo (2008) pela Universidade Gama Filho. Advogado. E-mail: gilmar.brunizio@mbadvogados.com.br

estarem atentos a tomada de decisões das empresas, buscando evidenciar a dependência econômica, além da adequação de infraestrutura necessária para atender minimamente as expectativas econômicas e as possíveis consequências de suas atividades para a constituição do espaço urbano e para o desenvolvimento regional.

1. INTRODUÇÃO

Os tempos são de mudanças. Os últimos acontecimentos políticos e jurídicos no Brasil proporcionam um movimento de mudanças de paradigmas morais e sociais. O principal acontecimento é a "Operação Lava Jato" que se trata da maior investigação sobre corrupção conduzida até hoje no Brasil, que culminou na prisão de políticos e empreiteiros. Em decorrência, germina na sociedade brasileira um enorme desejo de combate à corrupção.

O presente estudo não pretende esgotar o tema, todavia, importante destacar que em prol da eficiência na gestão pública não se pode desprezar importantes valores que salvaguardam o interesse público. Em vista disso, é indispensável a licitação pública. Contudo, veremos adiante que em alguns casos poderá a Administração dispensar o processo de licitação. Entretanto, abusos não podem ser cometidos!

A contratação governamental foi um dos instrumentos do vasto esquema de corrupção. Por esta razão, é imperiosa a reforma e modernização das normas de licitações e contratos administrativos.

Acertadamente, o ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão decidiu constituir Comissão Especial[4] formada por professores para analisar o Projeto de Lei do Senado nº 553, de 2013, no prazo de 20 (vinte) dias, que institui normas gerais para licitações e contratos para a Administração Pública, excetuando-se as empresas públicas e sociedades de economia mista e suas subsidiarias, que são reguladas pela recente Lei nº 13.303/2016 que criou o novo estatuto das estatais.

[4] A Comissão foi instituída pela Portaria nº 188, de 22 de junho de 2016, sendo composta pelos professores Alexandre Santos de Aragão, Carlos Ari Sundfeld, Floriano Marques de Azevedo Neto, José Vicente Santos de Mendonça, Marçal Justen Filho, Modesto Carvalhosa e Valter Shuenquener de Araújo.

Justifica-se a promoção de reforma e modernização das normas que tratam das licitações públicas. O presente ensaio demonstrará que, atualmente, o sistema jurídico não é eficaz para assegurar a obrigatoriedade constitucional[5] de promover, previamente, o processo de licitação para contratação de obras, serviços, compras e alienações, tornou-se exceção, vez que a maioria das contratações governamentais se dão por meio de dispensa ou inexigibilidade. O método escolhido para analisar a problemática apresentada, consiste numa revisão bibliográfica, numa revisão da legislação pertinente e numa análise quantitativa dos dados comparativos das contratações realizadas nos últimos cinco anos pela União e pelo Município do Rio de Janeiro.

2. DO IDEALISMO AO REALISMO DO PROCESSO LICITATÓRIO NO BRASIL

Ao estabelecer a obrigatoriedade do processo de licitação, o legislador criou um idealismo utópico, em que toda e qualquer contratação governamental seria eivada de igualdade de oportunidades e impessoalidade. Entretanto, na realidade os resultados empíricos comprovam que o ideal não foi alcançado. Como veremos adiante.

2.1 DO DEVER DE LICITAR – A REGRA

O Brasil optou pela administração pública gerencial[6], em que o Estado se atem as suas atividades fins, socorrendo-se a iniciativa privada para obter os bens e serviços que necessitam para alcançar sua finalidade. (JUSTEN FILHO, 2014, p. 16).

Em decorrência dessa opção, a Constituição da República Federativa do Brasil estabeleceu a obrigatoriedade do processo de licitação para contratação de obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações e locações no âmbito dos

[5] O inciso XXI do art. 37 da Constituição da República Federativa do Brasil determina a regra é promover o processo de licitação: "XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações."

[6] "Algumas características básicas definem a administração pública gerencial. É orientada para os cidadãos e para a obtenção de resultados; pressupõe que os políticos e os funcionários públicos são merecedores de grau limitados de confiança; como estratégia serve-se da descentralização e do incentivo à criatividade e à inovação; e utiliza o contrato de gestão como instrumento de controle dos gestores públicos". (BRESSER PEREIRA E SPINK, 2005, p. 28)

Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, inclusive, empresas públicas, sociedades de economia mista e suas subsidiarias.

A obrigação de licitar decorre em razão de não ser assegurado ao agente público escolher o particular que irá fornecer o objeto almejado. Moreira Neto (2014, p. 107), entende do mesmo modo: "A formação do vínculo contratual administrativo entre o Estado e o administrado não se estabelece livremente, ao exclusivo alvedrio dos contratantes".

Nesse contexto, o dever de licitar é um axioma[7], pois o impedimento do agente público escolher o contratante é aceito por todos e aplicados por meio da lógica. Noutros termos, a igualdade de oportunidades aos interessados e a impessoalidade na contratação governamental são impostos aos gestores públicos, de forma espontânea, pela sociedade, ao passo do ato contrário ser considerado imoral e tipificado como ato ilícito penal[8], inclusive.

Portanto, a obrigatoriedade de realizar um processo de seleção é norteada pelo princípio da impessoalidade. A licitação pública para possuir legitimação necessita que seus procedimentos não sejam eivados de atos tendenciosos ou preferenciais.

O princípio da impessoalidade proíbe estabelecer interesses que a lei não autoriza. Portanto, são vedados os atos que objetivam alcançar interesses de Governo ou pessoais, em detrimento ao interesse público, impondo-se ao administrador priorizar as finalidades objetivas de atender o bem comum. (MOREIRA NETO, 2014, p. 101)

Averbe-se, ainda, que o princípio da isonomia está, adequadamente, inserido no princípio da impessoalidade, sendo fundamental no processo de licitação. Por descumprimento ao princípio da isonomia que pecaminosos agentes públicos estabelecem nos atos convocatórios condições e critérios que proporcionam diferenças entre os participantes do processo de licitação, com o desiderato de obter direcionamento do resultado e alcançar objetivos escusos.

Esclarecendo, os agentes maus intencionados estabelecem condições de participação ou exigências de acordo com o interesse do particular que pretende

[7] Sobre o conceito de axioma ver a obra de Ávila (2007, p. 4)

[8] Arts. 89 e 90 da Lei nº 8.666/93 prevê sanção penal para condutas que torne desobrigada a licitação pública ou prejudique a competição.

contratar. Esse é o meio mais eficaz de direcionar a contratação pública, na medida que as exigências são suficientemente capazes de estabelecer desigualdades[9].

Sundfeld (2005, p. 20), de forma precisa, demonstra a importância do princípio da isonomia no processo de licitação:

> "A igualdade de tratamento entre os possíveis interessados é a espinha dorsal da licitação. É condição indispensável da existência de competição real, efetiva e concreta. Só existe disputa entre iguais; a luta entre desiguais é farsa".

Feitas essas considerações, indiscutível a obrigatoriedade da licitação pública. Até mesmo as mais recentes legislações que tratam do instituto a adotaram. Por exemplo, a nova Lei nº 13.303/2016[10] que estabelece o novo estatuto das estatais, não cedeu a imprescindibilidade do processo de seleção. Alerte-se, não obstante, tratar-se de pessoas jurídicas de direito privado, que em regra concorrem em igualdades de condições com a iniciativa privada. Ainda assim, se renunciou a indispensabilidade da licitação pública e a aplicação dos princípios da isonomia e impessoalidade.

Por conseguinte, a promoção do processo de licitação é o ideal e a regra.

2.2 DA DISPENSA DE LICITAR – A EXCEÇÃO QUE SE TORNOU REGRA

A licitação pública, em regra, é obrigatória. Todavia, a imperiosidade não é absoluta.

A Constituição da República Federativa do Brasil admite que em determinados casos especificados pela legislação infraconstitucional o administrador poderá dispensar a licitação pública. Nos termos expostos no dispositivo constitucional, não há dúvidas que o legislador originário permitiu a criação de exceções para determinadas situações.

Nesse sentido, fica a administração autorizada a contratar de forma anômala, dispensando-se o rigor dos procedimentos licitatórios. A exceção é concedida para os

[9] No Mandado de Segurança nº 5418/DF, o Superior Tribunal de Justiça decidiu no sentido de impedir exigências que contenham rigor excessivos que possam reduzir a competitividade, por consequência, o número de participantes no certame.

[10] Art. 28 - Os contratos com terceiros destinados à prestação de serviços às empresas públicas e às sociedades de economia mista, inclusive de engenharia e de publicidade, à aquisição e à locação de bens, à alienação de bens e ativos integrantes do respectivo patrimônio ou à execução de obras a serem integradas a esse patrimônio, bem como à implementação de ônus real sobre tais bens, serão precedidos de licitação nos termos desta Lei, ressalvadas as hipóteses previstas nos arts. 29 e 30.

casos que venham proporcionar eficiência[11] ou atender necessidades emergenciais, são as hipóteses denominadas licitações dispensáveis. Além disso, de forma distinta, em outras hipóteses há inviabilidade de competição, ou seja, a licitação pública não atingiria sua tripla finalidade[12], em razão da ausência de pluralidade de interessados, ausência de mercado concorrencial ou em função do objeto ser personalíssimo, estas são as chamadas licitações inexigíveis. Enfim, na primeira hipótese a licitação será dispensada por opção legislativa e na outra hipótese em virtude da situação real. (MARÇAL, 2014, p. 483)

A Lei nº 8.666/93, denominada por alguns autores como estatuto das licitações[13], que estabelece normas para licitações e contratos da Administração Pública, dispensa a licitação nas taxativas hipóteses previstas no art. 24. Do mesmo modo, no art. 25 enumera algumas hipóteses que a licitação é inexigível. Neste caso o rol é exemplificativo, podendo outras situações reais ensejar a inexigibilidade do processo de licitação[14].

O projeto de Lei do Senado nº 559, de 2013, equitativamente, prevê hipóteses que dispensam a licitação pública, bem como, elenca situações reais que tornam inexigíveis o processo de licitação. Dentre outras alterações propostas, destacamos a proposta de aumentar os valores das pequenas contratações e da excelente redação que estipula as hipóteses de inexigibilidade, mantendo neste caso o rol exemplificativo das situações reais. Se aprovadas as alterações propostas, a tendência é de crescimento das contratações sem prévio processo licitatório[15].

Por óbvio, em virtude da necessidade das estatais competirem em igualdade de condições com as sociedades empresarias do ramo privado, a Lei nº 13.303/2016 ampliou as possibilidades de contratação sem a realização de processo licitatório. Não poderia ser diferente, pois o rigor burocrático nas contratações estatais compromete o

[11] A promoção de eficiência neste caso, se trata das compras de pequeno valor, em que o processo de licitação causaria prejuízos aos interesses públicos.
[12] Bandeira de Melo (2014, p. 534) leciona que a licitação pública possui três finalidades, quais sejam: contratação do negócio mais vantajoso para a Administração Pública; respeito aos princípios da isonomia e impessoalidade; e, promover o desenvolvimento sustentável.
[13] Ver as obras de Borges (1991), Mendes (1988) e Mukai (1994).
[14] O art. 17, também, contem autorização legislativa para que a licitação seja dispensada, em algumas hipóteses de alienações de bens.

desenvolvimento de suas atividades primárias. Sundfeld e Pagani de Souza (2013, p. 100), possuem o mesmo ponto de vista, como segue:

> "Vimos, ainda, que a criação de entidades estatais sob a forma empresarial, sujeitas ao regime próprio das empresas privadas e, especialmente, a regime licitatório diferenciado, condizente com sua natureza empresarial, não é "anomalia", mas, antes ao contrário, é possibilidade inequivocamente amparada pela Constituição".

Ocorre que, abusos são cometidos, sob o pretexto de obtenção de maior celeridade dos procedimentos de contratação ou para obtenção de vantagens pessoais. Nesses casos, o administrador contrata de forma direta quando deveria promover o processo de licitação. Quer dizer, transfazem o exigível ou indispensável em prescindível. Hipótese recorrente, ocorre quando gestão público confundi ausência de planejamento com a situação emergencial, seja por razões republicanas ou não. O fato que em busca da falsa eficiência, maus administradores dispensam indevidamente o processo de licitação.

Não há eficiência sem planejamento adequado e cumprimento das normas jurídicas vigentes.

Inquestionável, portanto, que duas são as razões que induzem os gestores a não realizar o processo de licitação, quando obrigatório. Uma por ausência de planejamento e ineficiência e a outra por condutas ilícitas que possuem o objetivo de obter vantagens particulares.

Nessa sequência, que a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE)[16], dentre inúmeras diretrizes, preocupa-se em recomendar a criação e aperfeiçoamento de procedimentos para otimizar a eficiência em todas as fases da contratação governamental, que possam satisfazer as necessidades das autoridades públicas e os cidadãos. (OCDE, 2015, p. 10)

Com efeito, não se pode negar que nos últimos anos grandes avanços foram implementados, tanto na esfera penal de combate à corrupção, como as últimas

[15] Os incisos I e II do Art. 29 da Lei nº 13.303/2016 e os incisos I e II do 67 do Projeto de Lei do Senado (PLS) nº 559, de 2013, aumentam os valores limites para dispensa de licitação em razão do valor.

alterações do regime de contratação governamental buscaram reduzir prazos, desburocratizar e otimizar os procedimentos, de fácil percepção as alterações contidas na Lei dos Pregões (Lei nº 10.520/2002), o Regime Diferenciado de Contratações Públicas (Lei nº 12.462/2011), o Novo Estatuto das Estatais (Lei nº 13.303/2016), dentre outras.

No entanto, mesmo diante das alterações legislativas, no dia a dia nos deparamos com a ausência de planejamento dos gestores públicos, projetos básicos inconsistentes e ineficiência nos atos preparatórios da licitação pública[17].

Ainda que, detectamos a dispensa indevida do processo de licitação, a maioria das contratações diretas são regulares, posto que são dispensadas com amparo nas hipóteses previstas nas leis infraconstitucionais.

A Administração Pública não é algo abstrato, são órgãos dotados de personalidade jurídica, logo necessitam engendrar procedimentos para alcançar suas finalidades. A boa administração gera eficiência na prestação de serviços públicos, bem como, proporciona a preservação e defesa de direitos fundamentais. Portanto, dispensar a licitação, nos limites legais, para atender o interesse público é legitimo.

Enfim, o fato das contratações governamentais em sua maioria serem realizadas de forma direta, sem licitação pública, não significa descumprimento da obrigatoriedade imposta pela norma constitucional. Contudo, em consequência da fragilidade das normas infraconstitucionais, que admitem interpretações subjetivas, os órgãos de controle externo e interno devem se atentar, a cada caso concreto, se aquela situação era ou não possível a dispensabilidade da licitação pública, como forma de reprimir os desvios de finalidades e fraudes à concorrência.

Os dados que observaremos a seguir demonstram que a maioria das contratações governamentais são realizadas sem o devido processo de licitação. No

---

[16] O Brasil não é membro da OCDE, no entanto, desde 2007, participa como *key partner* (parceiro-chave), integrando as atividades patrocinadas pela Organização e por seus órgãos técnicos, sobretudo seminários e reuniões de grupos de trabalho, com a presença de peritos brasileiros de áreas especializadas.

[17] A morosidade dos atos preparatórios da fase interna da licitação pública é peculiar na maioria dos órgãos da Administração Pública, ao passo do projeto de Lei nº 553/2015, propor a dispensabilidade do parecer jurídico, nas hipóteses de contratações padrões, com a finalidade de proporcionar eficiência nas contratações.

Brasil, muito embora a licitação pública seja a regra, isso é inequívoco, ela foi transformada em exceção.

2.3 OS DADOS COMPROVAM QUER NA REALIDADE A REGRA É EXCEÇÃO

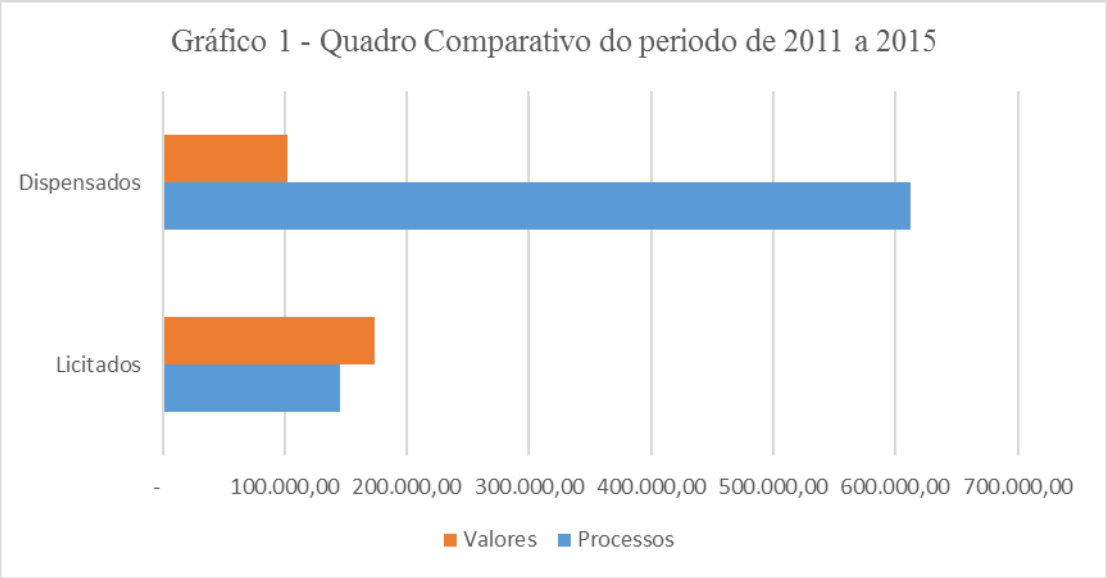
Como vimos a licitação pública é obrigatória, porém em algumas hipóteses previstas em lei, poderá ser dispensada. Havendo ou não a concorrência, as finalidades da licitação deverão ser atingidas, pois a isonomia, a obtenção da melhor proposta para a Administração e o desenvolvimento nacional são corolários do supremo interesse público.

Dados extraídos da página eletrônica da União[18] demonstram que a maioria das contratações governamentais são realizadas por dispensa do processo de licitação. Como dito, tais números não são certeza de práticas ilegais, apenas espelham que a obrigatoriedade da licitação pública, comumente, é relativizada.

A União, no período de 2011 a 2015 promoveu 757.663 processos de compras, movimentando um valor de R$ 275.005.316.018,55 (duzentos e setenta e cinco bilhões, cinco milhões, trezentos e dezesseis mil, dezoito reais e cinquenta e cinco centavos). O que denota a importância econômica das compras governamentais.

Nesse período, fica límpido que as contratações governamentais prescindiram, em sua maioria, ao processo de licitação, vejamos o quadro:

[18] Portal de Compras da União - http://paineldecompras.planejamento.gov.br

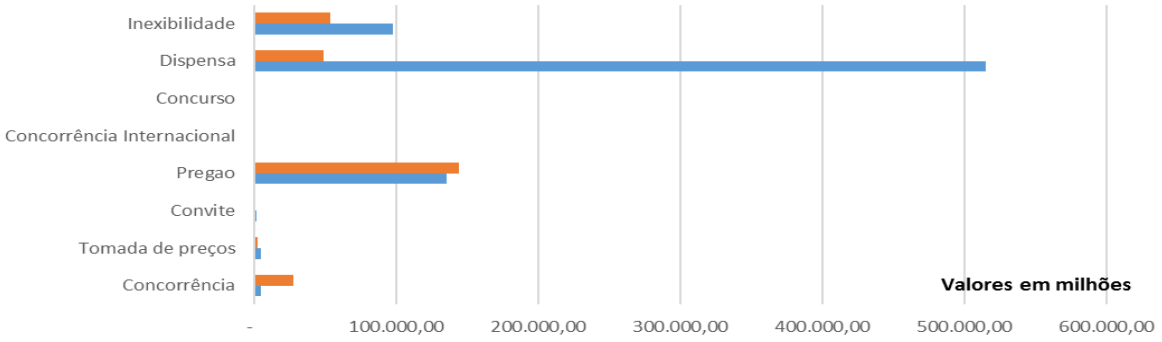


Fonte: Disponível em http://paineldecompras.planejamento.gov.br/QvAJAXZfc/opendoc.htm?document=Painel%20de%20Compras.qvw&host=Local&anonymous=true>. Acesso em 29/08/2016. Dados manipulados pelos autores.

O gráfico acima, demonstra que, aproximadamente, 81% (oitenta e um por cento) das contratações governamentais são realizadas sem o prévio processo de licitação. Contudo, quando cruzados os dados em valores monetários, constata-se que 63% (sessenta e três por cento) dos negócios contratuais são realizados por intermédio do processo licitatório.

Não obstante, a licitação pública tornar-se exceção para os negócios menores, o processo licitatório, ainda assim, cumpre sua finalidade de controle e prevenção do interesse público na maior parte dos negócios economicamente relevantes.

Gráfico 2 - Quadro de contratações da União nos anos de 2011 a 2015



	Concorrência	Tomada de preços	Convite	Pregao	Concorrência Internacional	Concurso	Dispensa	Inexibilidade
Valores	27.134,29	1.679,64	71,95	143.779,09	387,02	30,97	48.421,76	53.500,10
Processos	4.406,00	4.452,00	1.320,00	135.064,00	211,00	86,00	514.718,00	97.406,00

Fonte: Disponível em http://paineldecompras.planejamento.gov.br/QvAJAXZfc/opendoc.htm?document=Painel%20de%20Compras.qvw&host=Local&anonymous=true>. Acesso em 29/08/2016. Dados manipulados pelos autores.

Dentre as contratações que não foram realizadas o processo de licitação verifica-se que o maior número de processos, de forma disparada, foi realizado pelas chamadas licitações dispensadas. Conquanto, as contratações realizadas por inexigibilidade, embora seja menor o número de adoção deste procedimento, envolve valores mais altos. Essa perspectiva é preocupante, em virtude da subjetividade que pode ser imposta nas situações que ensejam a inexigibilidade da licitação pública.

Por outro lado, o Tribunal de Contas da União ao analisar as compras realizadas Petróleo Brasileiro S.A. (Petrobras) e na empresa Procurement Negócios Eletrônicos S.A. (Petronect) no período de 2011 a 2014, constatou que 45% (quarenta e cinco por cento) foram realizadas por dispensa de licitação, e 99% (noventa e nove por cento) do restante foram realizadas pela modalidade de licitação convite. Enfim, nessas estatais, em regra, se escolhiam os fornecedores que seriam contratados. Esse é um exemplo de abuso da permissividade conferida pela norma constitucional[19].

[19] Dados extraídos do relatório do Tribunal de Contas da União das atividades do 1º trimestre do ano de 2016. Disponível em file:///C:/Users/Dell%20User/Downloads/___sarq_prod_unidades_SEGEPRES_RELAT_RIOS_RELATORIOS%20DE%20ATIVIDADES%20do%20TCU_Relat_rios%20TRIMESTRAIS_2016_1_%20Trimestre_Relat_rio%20Trimestral%20de%20Atividades%20do%20TCU_1_Trim2016_31Maio2016.pdf. Acesso em 04/09/2016.

O debate se a licitação é regra ou é exceção, não pode ser restrito a literalidade das normas, pois no âmbito prático o que importa é o resultado da contratação. Noutros termos, se a dispensabilidade proporcionou o alcance da tripla finalidade da licitação pública, a situação fática enquadra-se nas hipóteses legais de imprescindibilidade e, ainda, aplicou-se o princípio da eficiência, não há razões para impor procedimentos burocráticos e tecer críticas ao gestor público.

Portanto, a dispensabilidade da licitação pública não decorre apenas de atos ilícitos do administrador, em verdade, na maioria das ocorrências constata-se que a preferência de não realizar o processo de licitação decorre em razão de haver previsão legal para dispensá-lo naquela situação fática, podendo, como isto, resultar em maior eficiência na gestão pública.

Podemos afirmar, neste momento, que havendo permissão legal de não realizar o processo de licitação, não é livre o administrador para escolher se realizará ou não a licitação pública. Não obstante, se justifique que realizar o certame seria o instrumento mais eficaz para alcançar a sua tripla finalidade, impõe-se a contratação direta, em virtude do alto custo administrativo e da conhecida lentidão do conjunto de procedimentos obrigatórios na licitação pública. Noutras palavras, havendo permissividade legal impõe-se a contratação direta com o desiderato de alcançar a eficiência administrativa.

3. POLÍTICAS PÚBLICAS DAS CONTRATAÇÕES GOVERNAMENTAIS: A busca da eficiência.

O sistema de contratação governamental sempre buscou proporcionar igualdade entre os participantes, como também, impôs conduta impessoal ao administrador, razão pela qual o legislador constituinte tornou obrigatória a licitação pública.

No entanto, como vimos, por razões diversas a licitação pública não alcançou a eficiência desejada, ao passo de ser reiteradamente dispensada, bem como, o estatuto das licitações sofreu 26 (vinte e seis) alterações em 23 (vinte e três anos) de existência, isto é, mais de uma alteração por ano. E, mais na Câmara dos Deputados tramitam 714

(setecentos e quatorze)[20] projetos de lei que visam alterar as licitações públicas. Certifica-se que há uma linha de produção legislativa no que tange as contratações governamentais[21].

As ações de governo, em geral, buscam a eficiência e o combate à corrupção nas alterações das legislações das compras governamentais. Embora, seja relevante a quantidade de alterações do estatuto das licitações, apenas neste ano a reforma das contratações governamentais entrou de fato na agenda política do país, com o advento da Lei nº 13.303/2016 (Estatuto das Estatais) e a constituição da Comissão Especial formada por professores para analisar o Projeto de Lei do Senado nº 553, de 2013, pelo Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão.

Os últimos fatos ocorridos no Brasil, notadamente, o *impeachment* do Presidente da República e a operação lava-jato, incluíram a reforma das licitações públicas na *policy cycle*[22] das políticas públicas da sociedade brasileira[23]. É inequívoco que dentre inúmeras demandas politicas a reforma das licitações públicas tornou-se um problema político, razão pela qual tornou-se uma das prioridades, em busca da forma mais apropriada para alcançar a eficiência. É a hora da mudança!

Contudo, as últimas alterações e projetos que propõem alterações nas contratações governamentais são apenas uma releitura do sistema anterior, não há alterações substanciais que possam fomentar uma nova política pública que visa alcançar a eficiência administrativa. Averbe-se que as alterações propostas são uma compilação e consolidação de procedimentos já adotados nas legislações esparsas.

Contudo, as políticas públicas deste seguimento buscam a eficiência, logo, faz-se necessário entendê-la.

---

[20] Disponível em < http://www.camara.leg.br/buscaProposicoesWeb/resultadoPesquisa?emtramitacao=Sim&noorgao=&valueOrigem=-1&siglaorigem=&orgaoorigem=&naementa=true&indexacao=true&inteiroteor=false&qualquerpalavra=licita%C3%A7%C3%A3o+licita%C3%A7%C3%B5es&partidoautor=&ufautor=&tramitacaoorgao=&partidorelator=&ufrelator=&comissaorelator=&data=09/09/2016&page=true>. Acesso em 09/08/2016.

[21] Acrescenta-se, as leis especificas criadas pelos estados e municípios, e as Leis nº 10.520/2002 e 12.462/2011 que instituíram a modalidade pregão e o regime diferenciado de contratações, respectivamente.

[22] Sobre o conceito de *policy cycle* ver a obra de Tude (2010, p. 18)

[23] Neste caso não restringimos a uma abordagem estatista das políticas públicas. (LIMA, 2012)

Eficiência no setor privado é associada a riqueza, noutros termos, é obtenção do melhor resultado com o menor custo e tempo, é a chamada maximização na utilização de recursos. Enquanto que no âmbito do interesse público, associa-se eficiência a satisfação do maior número de membros da sociedade, proporcionando bem-estar social.

A Emenda Constitucional nº 19/1998 consagrou a eficiência como princípio constitucional. Trata-se do balizamento das atividades dos gestores públicos que deverão assegurar os direitos individuais e sociais. O objetivo a ser alcançado pelo princípio da eficiência é a boa prestação positiva e negativa dos direitos fundamentais.

Por obra da constitucionalização, ratificou-se que no âmbito do Direito Público, a eficiência, sobretudo nos processos licitatórios, não é alcançada apenas com a vantagem econômica e produtiva, impõe-se que a contratação atenda aos interesses públicos. Enfim, a vantajosidade nas contratações governamentais possui sentido mais amplo do que o senso comum a atribui.

De Aragão (2004, p. 1) corrobora com esse entendimento:

> A eficiência não pode ser entendida apenas como maximização do lucro, mas sim como um melhor exercício das missões de interesse coletivo que incumbe ao Estado, que deve obter a maior realização prática possível das finalidades do ordenamento jurídico, com os menores ônus possíveis, tanto para o próprio Estado, especialmente de índole financeira, como para as liberdades dos cidadãos.

Por tais razões que o princípio da eficiência é pluridimensional, como leciona Modesto (2014, p. 112):

> Trata-se também de princípio pluridimensional, segundo alguns autores, de um princípio que não deve ser reduzido à mera economicidade no uso dos recursos públicos, vale dizer, a uma relação quantitativa entre o uso dos meios e o atingimento dos fins estabelecidos, consoante o emprego tradicional das ciências econômicas.
> Penso que, no sistema jurídico brasileiro, em face das normas referidas, **o princípio da eficiência diz mais do que a simples exigência de economicidade ou mesmo de eficácia no comportamento administrativo. Entendo eficácia como a aptidão do comportamento administrativo para desencadear os resultados pretendidos**. A eficácia relaciona, de uma parte,

> resultados possíveis ou reais da atividade e, de outro, os objetivos pretendidos. A eficiência pressupõe a eficácia do agir administrativo, mas não se limita a isto. A eficácia é, juridicamente, um *prius* da eficiência. **Grifo nosso**

Assim, para alcançar a eficiência não basta a administração realizar contratações vantajosas economicamente, importa, em verdade, obter o melhor resultado, conjugando ações idôneas, econômicas e satisfatórias ao interesse público. (MODESTO, 2014, p. 113)

Por conseguinte, nas contratações governamentais não é o rigor da obrigatoriedade de promover um processo burocrático de licitação pública ou os abusos em dispensá-lo que consubstanciará a eficiência da gestão pública. As contratações serão eficientes se atenderem as políticas públicas de forma tempestiva e proba, em outras palavras, a tripla finalidade poderá ser alcançada com ou sem a promoção do processo de licitação, o objetivo final é proporcionar eficiência, isto é, alcançar resultados finalísticos idôneos, econômicos e satisfatórios ao atendimento de necessidade sociais.

Considerações finais

Esperamos que os dados trabalhados possam ter proporcionado imparcialidade no estudo empírico que obteve o resultado que a licitação pública, embora seja a regra constitucional, mediante a sua obrigatoriedade, tornou-se exceção, em virtude das excepcionalidades previstas na legislação ordinária. Como, também, não há como negar que em algumas hipóteses a dispensabilidade ocorre por atos ilícitos cometidos por administradores maus intencionados.

O fato da licitação ter se tornado uma exceção já é elemento suficiente para se propor uma nova política pública e promover alterações nas normas que instituem as compras governamentais.

As mudanças do sistema de compra governamental entraram na agenda de governo com a finalidade de dar uma resposta a sociedade com relação ao combate à corrupção. Mas não é só isso, o atual governo possui o viés de incentivar o desenvolvimento da iniciativa privada com o fim de proporcionar o equilíbrio

econômico e orçamentário. É indefectível que a desburocratização das licitações públicas e a segurança jurídica dos contratos administrativos possuem papel relevante neste processo.

Contudo, as últimas alterações são apenas uma releitura do sistema anterior, visto que as alterações propostas compilam e consolidam procedimentos já adotados por leis especiais, não promovendo profundas alterações que venham implementar uma nova política pública para as contratações governamentais.

Uma nova política pública nas contratações governamentais pressupõe observar os seguintes fatores:

(i) Que as contratações sejam realizadas por ações idôneas, econômicas e em atendimento ao interesse público;

(ii) Sendo dispensada ou não a licitação, o resultado deverá alcançar sua tripla finalidade e ter eficiência;

(iii) Que a obrigatoriedade não seja absoluta, quer dizer, sendo mais eficiente, em sentido amplo, o administrador deverá dispensar a licitação pública, desde que haja previsão legal e a conduta do agente público seja proba;

(iv) Os órgãos de controle externo e interno ao exercer suas atribuições de controle e fiscalização deverão levar em consideração, além da legalidade, os aspectos relacionados com a eficiência.

Assim a conclusão que se chega é que a dispensa de licitação não significa descumprimento constitucional ou legal, em verdade, em determinadas hipóteses, excluindo-se as condutas ilícitas, a dispensabilidade da licitação poderá significar que o administrador buscou a eficiência na contratação pública, ao passo de obrigá-lo a dispensá-la se houver previsão legal.

Enfim, a licitação pública é a regra que se tornou exceção e a releitura imposta pelas recentes alterações a tornará cada vez dispensável.

REFERÊNCIAS

AVILA, Humberto. **Repensando o "Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Particular**, 11ª ed. Salvador: Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado, 2007.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo,** 31ª ed. São Paulo: Malheiros. 2014.

BAZILLI, Roberto Ribeiro. **Contratos administrativos**. São Paulo: Malheiros Editores, 1996.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Mandado de Segurança nº 5418/DF. Relator: Ministro Demócrito Reinaldo. Brasília, 25 mar. 1998. Diário de Justiça Eletrônico. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=licita%E7%E3o+e+clausulas+e+rigor+e+excessivo+e+habilita%E7%E3o&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>. Acesso em: 20 ago. 2016.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Manual de compras diretas do TCU. – Brasília: TCU, 2016.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Relatório Trimestral de Atividades: 1º trimestre de 2016 / Tribunal de Contas da União. – Brasília: TCU, 2016.

BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos; Gestão do setor público: estratégia e estrutura para um, novo Estado. *In:* _____; SPINK, Peter Kevin. (Org.). Tradução Caroline Andrade. **Reforma do Estado e administração pública gerencial**. 7ª ed. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2005.

BORGES, Alice Maria Gonzalez. Normas gerais no estatuto de licitações e contratos administrativos. Revista dos Tribunais, 1991.

DE ARAGÃO, Alexandre Santos. **O princípio da eficiência**. Revista de direito administrativo, v. 237, p. 1-6, 2005.

JUSTEN FILHO, Marçal**. Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 16ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2014.

LIMA, Waner Gonçalves. **Política Pública: discussão de conceitos**. Revista Interface (Porto Nacional), n. 05, 2012.

MEIRELLES, Hely Lopes; ALEXO, Délcio Balestero; BURLE FILHO, José Emmanuel. **Direito Administrativo Brasileiro**, 41ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

MENDES, Raul Armando. **Comentários ao estatuto das licitações e contratos administrativos**. Ed. Revista dos Tribunais, 1988.

MODESTO, Paulo. **Notas para um debate sobre o princípio da eficiência**. Revista do Serviço Público, v. 51, n. 2, p. 105-119, 2014.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo**, 16ª ed. Rio de Janeiro: Forense. 2014

MUKAI, Toshio. **O Novo Estatuto Jurídico Das Licitações E Contratos Públicos: Comentários À Lei 8,666/93: com as Alterações Promovidas Pela Lei 8.883/94**. Editora Revista dos Tribunais, 1994.

OCDE. ***Recommandation du conseil de l'ocde sur les marchés publics***. 2015. Disponível em < http://www.oecd.org/fr/gouvernance/ethique/Recommandation-OCDE-sur-les-marches-publics.pdf>. Acesso em: 21 ago. 2016.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Licitação e Contrato administrativo**. 2. ed.. São Paulo: Malheiros, 1995.

_____; PAGANI DE SOUZA, Rodrigo. **Licitações nas Estatais: Levando a natureza empresarial a sério**. In: SULDFELD, Carlos Ari, Org. Contratações Públicas e seu Controle. São Paulo: Malheiros, 2013. P. 79-101.

TUDE, J. M. **Conceitos gerais de políticas públicas**. In.: _____.;FERRO, D. dos S.; SANTANA, F. P. Políticas Públicas: Curitiba: IESDE BRASIL, 2010. Disponível em: <http://www2.videolivraria.com.br/pdfs/24132.pdf>. Acesso em: 08 set. 2016

VALENCIA TELLO, Diana Carolina. **Críticas ao regime diferenciado de contratações públicas**. Revista Prolegómenos Derechos y Valores. Bogotá, v. 19, n. 38, jul/dez. 2016, p. 61-75. DOI: http://dx.doi.org/10.18359/prole.1970