

Licitações e contratos administrativos - uma visão necessária aos gestores*

Dr. Jair Santana**

Nos tempos atuais é indispensável aos gestores bem conhecer o ciclo das contratações públicas para sincronizar o seu *script* com as respectivas atividades que exerce visando cumprir, com eficiência, as metas previamente estabelecidas pela Unidade Administrativa a que pertence.

Conhecer *o seu próprio negócio* nas dimensões *meio e fim* é algo por demais importante para que se possa adotar uma postura *inclusiva, participativa e sistêmica*.

No caso do Poder Judiciário, o contraste entre as *atividades-fim* e *atividades-meio*¹ demanda analisar – uma vez decantadas as respectivas metas a serem perseguidas – a relação existente entre *custos e resultados efetivos*.

Partindo-se sempre do pressuposto de que *a decisão de gasto depende do poder de gasto* (enfoques que repousam nos orçamentos públicos), gerenciar custos de modo eficaz, avaliando resultados, é algo que se coloca não apenas como imposição legal, mas como condição para qualquer gestão administrativa que se pretenda eficiente.

O Tribunal de Justiça de Minas Gerais, no particular, possui um notável *Sistema de Apoio à Gestão – SAG* –, que se constitui numa verdadeira ferramenta de suporte ao planejamento.

A equivocada alocação de recursos públicos conduz ao não-atendimento das demandas comunitárias ou à necessidade de acréscimo nas ações tributárias. É o que se constata ao longo da história da humanidade.²

* Palestra “Licitações e contratos administrativos”, realizada no auditório do Anexo I do TJMG, no dia 10.10.2008.

** Juiz de Direito do Tribunal de Justiça de Minas Gerais – entrância especial. Mestre em Direito do Estado pela PUC de São Paulo.

¹ As expressões estão no plural de propósito.

² Raciocínio análogo pode ser encontrado em *Publius (Federalist papers. Federalist. A Collection of Essays written in favor of the New Constitution*. New York, 1787).

Deve o gestor, portanto, antes de conhecer os temas *licitações e contratos administrativos*, dominar categorias relativas aos *orçamentos públicos* em suas dimensões mais significativas.

O *dever de licitar* é imposição constitucional (art. 37, inciso XXI, da CF/88) que atrai ao seu redor inúmeros princípios norteadores da atividade administrativa (legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, etc.).

Interessante ver que os princípios constitucionais a que está submetida a Administração Pública ganham contornos diferenciados (e às vezes específicos) quando se os transporta para o setor das licitações públicas.

Assim, os princípios *específicos* da licitação são muitas vezes simples decantação daqueles que já se colocam para a Administração Pública no geral.

Vale referir que *princípios não são meras abstrações*, mas diretrizes a serem perseguidas por quem exerce atividade administrativa. Um exemplo – no domínio das licitações - pode esclarecer o que se relata. O contraste entre os princípios da *moralidade, eficiência, economicidade*, dentre outros, se faz presente quando da elaboração do Projeto Básico (art. 12 da Lei nº 8.666/93).

A atividade-meio (atividade administrativa) se encontra sob diversos *controles* (interno ou autocontrole; externo, a cargo do Tribunal de Contas, do Ministério Público, do Judiciário e popular).

A nova configuração do controle externo para o Poder Judiciário veio desenhada com a sua Reforma Constitucional, onde ganhou corpo e forma legal a idéia do Conselho Nacional de Justiça, que se mostra, na atualidade, extremamente atuante.

Às modalidades tradicionais de licitação previstas na Lei nº 8.666/93 (concorrência, tomada de preços, convite, concurso e leilão) somou-se o *pregão* (Lei nº 10.520/02).

Não obstante *licitar seja a regra*, o cenário brasileiro mostra que a utilização dos *afastamentos do certame* (por dispensa e inexigibilidade – arts 24, 25 e 26 da Lei nº 8.666/93) ocupa expressiva porção dos procedimentos levados a cabo pelas Administrações Públicas.

A *palavra-chave* para as licitações é o *planejamento*. Este para nós é o *conjunto de ações interdependentes que visam antecipar eventos e decisões futuras, prevenindo desvios*.

A planificação se mostra facilitada ao gestor a partir do instante em que ele consegue visualizar – de modo sistêmico – as quatro grandes etapas envolvidas em todo o procedimento:

- Etapa 1 – preparatória
- Etapa 2 – externa
- Etapa 3 – contratos
- Etapa 4 – controle (metas, resultados e custos)

Visto de outro modo, teríamos:

Fases (etapas) relativas às licitações e aos contratos administrativos			
1	2	3	4
<i>Interna</i> <i>Preparatória</i>	<i>Externa</i> <i>Pública</i>	<i>Contratos</i> <i>Formalização</i> <i>e</i> <i>Execução</i>	<i>Controle</i> <i>Metas,</i> <i>resultados,</i> <i>etc.</i>
<ul style="list-style-type: none"> ✓ Deflagração ✓ Definição do objeto ✓ TR/PB ✓ Preço ✓ Orçamento ✓ IC/E dital ✓ Parecer 	<ul style="list-style-type: none"> ✓ Avisos ✓ Procedimentos (conforme a modalidade) ✓ Homologação 	<ul style="list-style-type: none"> ✓ Formalização ✓ Designação de gestor contratual ✓ Gestão e fiscalização 	<ul style="list-style-type: none"> ✓ Avaliação das metas ✓ Controle dos resultados

A experiência mostra que as Etapas 1 e 3 são aquelas que mais se mostram deficientes na Administração Pública, exatamente porque – interdependentes – não tiveram tratamento adequado em momento próprio (planejamento).

Casos de *sucesso* e de *insucesso* comprovam a assertiva supra.

Ainda em relação ao planejamento nas licitações e nos contratos administrativos, é fato que os *riscos* e as *contigências* diminuem na medida em que aquele se refina. Isso ocorre tanto em obras quanto em serviços e compras.

Modelo *usual* de planificação de obras públicas (seja relegando o projeto executivo para a etapa da execução da obra, seja por não se possuir um *programa de necessidades* ou não se desenvolverem *estudos preliminares refinados*) convive, não raro, com infortúnios vitandos.

As maiores dificuldades encontráveis em relação aos assuntos *licitações e contratos administrativos* estão, assim, radicadas no:

- plano de necessidades (ou equivalente)
- estudos preliminares
- projeto básico
- projeto executivo
- termo de referência
- gestão de contratos

Problemas encontráveis na Etapa 2 (etapa externa), onde os procedimentos licitatórios propriamente ditos ocorrem, são de pequena monta e de fácil solução, via de regra.

De toda sorte, conhecer a ritualística licitatória e suas especificidades é importante para qualquer gestor.

Basicamente, os ritos dos procedimentos licitatórios se desenvolvem a partir dos modelos legais existentes nas normas de regência (Leis n^{os} 8.666/93 e 10.520/02, que cuidam, vale referir novamente, das modalidades convencionais: concorrência, tomada de preços, convite, concurso e leilão, e pregão, respectivamente).

Enquanto o pregão (na visão procedimental) possui *fases invertidas*, as demais modalidades (ditas convencionais) mostram fluxo dificultoso, no geral³.

Um *quadro* pode ilustrar as duas situações:

³ Assim dizemos porque há Estados e Municípios que já encampam a tese da inversão de fases para outros procedimentos além do pregão.

Lei 8.666/93	Lei 10.520/02
Concorrência (prazo de <i>ancoragem</i> ⁴ : 30/45 dias)	Pregão (prazo de <i>ancoragem</i> : 8 dias úteis)
Audiência pública (*)	Sessão única (concentrada) <ul style="list-style-type: none"> • credenciamento • preço (disputa por lances) • habilitação • recurso • adjudicação • homologação
Habilitação	
Recurso	
Técnica (*)	
Recurso	
Preço	
Recurso	
Adjudicação	
Homologação	

(*) se aplicável

Uma concorrência dura em média não menos do que 120/150 dias, enquanto que o pregão tem a potencialidade de se materializar em 20 dias.

É de se lembrar que o pregão se predestina à contratação de *bens e serviços comuns*, inclusive de *engenharia*, quando estes ostentarem esta característica.

Os procedimentos relativos às licitações são complexos até certo ponto. No entanto, no geral:

- há uma base normativa de regência,
- define-se os objetos que se submetem ao respectivo regime,
- molda-se o procedimento (regras do jogo),
- avalia-se quem pode, em tese, ser contratado pelo Poder Público.

⁴ Prazo entre a publicação dos avisos (jornal, internet, etc.) e o início dos procedimentos (entrega dos envelopes e/ou sessão pública).

Em tal cenário, ganham destaque questões que se ligam à *habilitação*. É o tratamento do *quem poderá/deverá ser contratado*.

Por motivos práticos, veja-se abaixo a decomposição da habilitação.

- Habilitação **jurídica** (artigos 27, I, e 28);
- Habilitação relativa à **qualificação técnica** (artigos 27, II, e 30);
- Habilitação relativa à qualificação **econômico-financeira** (artigos 27, III, e 31);
- Habilitação relativa à **regularidade fiscal** (artigos 27, IV, e 29).

A Administração Pública deve especial atenção para a *qualificação técnica* e para a *qualificação econômico-financeira*, sempre voltando olhos para as diretrizes da Constituição Federal de 1988 (art. 37, inciso XXI), evitando transitar em campo proibido (ilegalidade, restrição à competitividade, direcionamento do certamente, etc.), fato que certamente gerará responsabilização.

No tocante a tais aspectos da habilitação, deve-se ter em mente que a adoção de soluções “x” ou “y” deve ser acompanhada de *justificativas hábeis a serem postas no procedimento administrativo*. Em outras palavras, se a Administração entende por bem lançar numa licitação exigências (técnicas e/ou econômico-financeiras) “a” e/ou “b”, elas não podem ser fruto de decisão sem motivação. Há que justificar e motivar as circunstâncias no processo respectivo (etapa interna).

Erro comum é imaginar que a tarefa supra possa ser relegada para o *instante da elaboração do edital* (instrumento convocatório). Este nada mais é – sempre

dizemos – que o amálgama do que se produziu no processo administrativo (especialmente no Projeto Básico e/ou Termo de Referência).

A decisão em torno da *melhor proposta* (ou da proposta mais vantajosa) depende – em grande parte – da maneira como aquela foi idealizada. E inegavelmente isso se faz a partir da releitura vinculada de algumas etapas do procedimento (notadamente em relação à etapa interna).

Decidida a licitação, migra-se para outro instante (etapa 3): o da formalização e gestão do contrato, que, no Direito Administrativo, pode assumir as mais variadas formas (inclusive sendo substituído por *instrumentos equivalentes* em algumas circunstâncias: caso, por exemplo, da *nota de empenho substitutiva do contrato*).

Importante se conheça a estrutura legal dos temas relativos aos contratos administrativos. Veja-se o resumo:

Contratos administrativos	Estrutura na 8.666/93
Regência	54
Conteúdo necessário (mínimo)	55
Garantias na contratação	56
Duração dos contratos administrativos	57
Prerrogativas (exorbitantes)	58
Nulidades e conseqüências	59
Formalização	60-64
Alteração	65
Execução (e gestão) contractual	66-76
Inexecução	77
Rescisão (hipóteses)	78-80
Sanções e tutela judicial	81-88

Ao *gestor contractual* é indispensável conhecer (e dominar) as principais *categorias* acima existentes. É que delas decorre a sua missão fundamental: assegurar a efetividade da melhor proposta contratada pela Administração Pública.

De que adiantaria todo esforço desenvolvido nas etapas 1 e 2, se o *gestor contratual* não cumprir o seu mister?

A figura do *gestor de contratos*, portanto, deve ser destacada na Administração Pública. Esse servidor, para ser designado como tal, deve ostentar perfil e habilidades que legitimem seu encargo.

O *ciclo das licitações e contratações públicas* se fecha, em nosso ver, a partir do instante em que – executado o ajuste – se torna possível *medir resultados* (etapa 4) através de um *controle de gestão administrativa* que anuncie o cumprimento das metas geradoras das demandas que deram início a todo o procedimento.

Chamamos a isso de *controle de resultados*.

Se assim não pensarmos, qual então seria o sentido da licitação e da contratação?

Chegada a hora de se lembrar – embora com certo atraso - que o Poder Público tem compromissos com a *sustentabilidade*, visando equilibrar fatores sociais, econômicos e *ambientais*. Assim é a regra constitucional (arts. 37, 225 e 170, todos da CF/88) que atrai para o domínio interno, por força da *extraterritorialidade* (art. 5º da CF/88), pactos, convenções e congêneres, de onde se destacam os ODMs (Objetivos do Milênio).

Certamente que a questão ecológica tomará a pauta das licitações e das contratações do Poder Público, porquanto, ninguém haverá de negar, este é um *grande comprador, tomador de serviços e realizador de obras públicas*.