
A LICITAÇÃO NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

*Luiz Fernando Bandeira de Melo Filho**

1. Introdução

A Carta de 1988 trouxe, pela primeira vez na história constitucional brasileira, a menção expressa ao dever de licitar, incluído no inciso XXI do art. 37, que trata dos princípios e normas gerais da Administração Pública. Também em outras passagens, notadamente no inciso XXVII do art. 22 e no *caput* do art. 175, verificamos a atenção dispensada pelo constituinte originário ao procedimento de contratação do Estado.

Eram as seguintes as menções encontradas no texto constitucional original:

Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:

.....
XXVII – normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para a administração pública, direta e indireta, incluídas as fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, nas diversas esferas de governo, e empresas sob seu controle;¹
.....

Art. 37. A administração pública direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e, também, ao seguinte:²

.....
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.
.....

Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.

* **Luiz Fernando Bandeira de Melo Filho** é Doutorando em Direito Administrativo pela Universidad de Salamanca (Espanha) e Bacharel e Mestre em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco. É Consultor Legislativo do Senado Federal, Advogado e Professor universitário.

¹ A Emenda Constitucional nº 19, de 1998, alterou o texto do inciso XXVII do art. 22 da Constituição para o seguinte: “XXVII – normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecido o disposto no art. 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, § 1º, III;”

² A Emenda Constitucional nº 19, de 1998, alterou o texto do *caput* do art. 37 da Constituição a fim de acrescentar, após o princípio da publicidade, o da eficiência.

A Emenda Constitucional nº 19, de 1998, ainda acrescentou uma quarta menção, ao alterar a redação do § 1º do art. 173, adicionando-lhe um inciso II que se encontra assim redigido:

§ 1º A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre:

.....
 III – licitação e contratação de obras, serviços, compras e alienações, observados os princípios da administração pública;

A discussão sobre os efeitos da Emenda Constitucional nº 19 no trato das licitações será abordada oportunamente neste trabalho, um pouco mais adiante. Por ora, julgamos fundamental traçar um breve panorama histórico do tema à época da elaboração da Carta de 1988.

2. Contexto histórico da constitucionalização da disciplina de licitações e contratos públicos (ou “o porquê do art. 22, inciso XXVII, da CF/88”)

A constitucionalização do procedimento de escolha dos contratados do Estado buscou ser uma resposta à problemática que se verificava à época no País com a diversidade de leis sobre a matéria, uma vez que até então a competência legislativa sobre o tema não era disciplinada na Constituição Federal. Isso não impediu, no entanto, que fosse travada uma considerável polêmica sobre a possibilidade de que, à época, a União editasse normas gerais em matéria licitatória.

Após a proliferação de legislações estaduais e municipais regulando diferentemente seus próprios mecanismos de contratação pública, firmou-se o entendimento de que a União teria competência para a edição de tais “normas gerais”. Essa conclusão, da qual discordamos integralmente, também foi combatida por Celso Antônio Bandeira de Mello (1992, p. 177 e 2000, p. 460) e Adilson Dallari (1992, p. 8-12), entre outros (*vide* ZANCANER, 1987).

Esse debate tornou-se especialmente intenso por ocasião do processo constituinte, quando foi substituído o Decreto-Lei nº 200, de 1967, pelo Decreto-Lei nº 2.300, de 1986.

O texto de 1967 era consideravelmente lacônico no que se referia a licitações, até mesmo porque seu objetivo era, nos termos de sua ementa, dispor sobre a organização da Administração Federal e estabelecer diretrizes para a Reforma Administrativa, da qual já se falava à época. A matéria de licitações era então tratada num único capítulo de vinte artigos.

Já o Decreto-Lei nº 2.300, de 1986, buscava preencher as lacunas deixadas pela concisão de seu antecessor, regulando minudentemente o processo licitatório, assim como a

própria execução contratual e seus temas conexos. Seus noventa artigos, entretanto, destinavam-se a regular a matéria exclusivamente no âmbito federal, como deixava claro seu art. 1º.

Foi justamente o interesse em aplicar as disposições gerais de tal diploma, ou ao menos sua principiologia, que motivou o constituinte a inscrever no art. 22 da CF/88 o inciso XXVII. Havia uma preocupação com a transparência da contratação pública no período de redemocratização, que exigia uma legislação mais detalhada e, especialmente, que estabelecesse normas gerais válidas em todo país.

A Carta de 1988, assim, recepcionou o Decreto-Lei nº 2.300, de 1986, como diploma hábil a emanar normas gerais sobre licitação e contratos administrativos aplicáveis a toda a Federação, a despeito da inconstitucionalidade formal nele contida.

Fazemos referência à inconstitucionalidade do Decreto-Lei nº 2.300 frente à Constituição vigente à época de sua adoção por julgar que ela demonstra que determinadas práticas hoje tidas como abusivas já vêm de longa data profanando os ditames constitucionais brasileiros. Tal constatação, aliás, não deixa de ter uma certa ironia, quando hoje nos deparamos com a discussão sobre as medidas provisórias. É que o Decreto-Lei nº 2.300, de 1986, amparou-se justamente no dispositivo do art. 55, II, da Constituição de 67/69, que permitia a edição dos tais decretos-leis em casos de urgência ou interesse público relevante sobre matéria de finanças públicas, inclusive normas tributárias. Aliás, o segundo embasamento constitucional do Decreto-Lei em questão foi justamente o art. 8º, XVII, alínea *c*, que previa a competência da União para legislar naquilo que se referisse a “normas gerais sobre orçamento, despesa e gestão patrimonial e financeira de natureza pública”. Desnecessário distinguir, aqui, direito administrativo de direito financeiro e o evidente uso forçado que se fez à época, como ainda hoje se faz, para ampliar a possibilidade do Executivo utilizar-se de tais mecanismos legislativos de urgência.

Pois bem. A despeito da inconstitucionalidade de veicular-se tal matéria por decreto-lei e igualmente a despeito de não ter à época a União competência para impor normas de direito administrativo aos demais entes da Federação, vingou o entendimento de que seria salutar para o País uma certa padronização quanto às normas gerais de licitação (cf. JUSTEN FILHO, 2002, p. 14), motivo pelo qual o constituinte originário inseriu, entre as competências legislativas da União, aquela referente às normas gerais de licitação e contratação pública.

3. O problemático conceito de “normas gerais”

A opção do constituinte de 1988 em atribuir competência legislativa à União para dispor sobre normas gerais de licitação e contratação administrativa já era sabidamente problemática. Isso porque, quando sob influência de Aliomar Baleeiro, utilizou-se pela primeira vez a terminologia para definir as competências legislativas em Direito Tributário, ainda na Constituição anterior, nem doutrina nem jurisprudência conseguiram chegar a um consenso sobre a definição de qual seria exatamente o escopo que se poderia ter para as tais normas gerais. Isso levou, aliás, a um minucioso detalhamento das competências legislativas em matéria tributária na Constituição de 1988, conforme se pode ver no art. 146, inciso III.

Celso Antônio Bandeira de Mello (2000, p. 461-462), resumindo as lições de Alice Gonzalez Borges (1991), ensaia a seguinte delimitação do que poderíamos ter por normas gerais de licitações e contratos:

a) preceitos que estabelecem os princípios, os fundamentos, as diretrizes, os critérios básicos, conformadores das leis que necessariamente terão de sucedê-las para completar a regência da matéria. Isto é: daquelas que produzirão a ulterior disciplina específica e suficiente, ou seja, indispensável, para regular o assunto que foi objeto de normas apenas “gerais”.

Segue-se que não serão categorizáveis como disposições veiculadoras de normas gerais as que exauram o assunto nelas versado, dispensando regramento sucessivo. É claro, entretanto, que o dispositivo que formula princípios ou simples critérios não perde o caráter de norma geral pelo fato de esgotar os princípios ou critérios aplicáveis, visto que nem uns, nem outros, trazem consigo exaustão da disciplina da matéria à qual se aplicam;

b) preceitos que podem ser aplicados uniformemente em todo o País, por se adscreverem a aspectos nacionalmente indiferenciados, de tal sorte que repercutem com neutralidade, *indiferentemente*, em quaisquer de suas regiões ou localidades.

Segue-se que não serão normas gerais aquelas que produzem consequências díspares nas diversas áreas sobre as quais se aplicam, acarretando, em certas áreas, por força de condições, peculiaridades ou características próprias da região ou do local, repercussão gravosa sobre outros bens jurídicos igualmente confortados pelo Direito.

A questão se coloca uma vez que o legislador ordinário avançou muito sobre aquela competência regulatória que lhe concedeu a Carta vintenária. A motivação para esse fato, uma vez mais, encontra-se no contexto político que precedeu a elaboração da Lei nº 8.666/93, sucessora do Decreto-Lei nº 2.300/86. Na época, escândalos envolvendo orçamento público e contratos administrativos, que ganharam especial relevo em virtude das CPIs que foram realizadas para investigá-los, deram causa à elaboração de uma lei muito minuciosa e rigorosa no procedimento, a fim de minimizar as oportunidades para desvios.

Ao não diferenciar quais seriam as normas pretensamente gerais, de aplicação obrigatória para as três esferas da Federação, daquelas especificamente aplicáveis à União, criou-se uma presunção de “generalidade” sobre todas as normas presentes na Lei de

Licitações e Contratos Administrativos, o que limitou sobremaneira a competência legislativa dos estados e municípios brasileiros sobre a matéria.

Chamado a pronunciar-se sobre o tema em ação movida pelo Governador do Rio Grande do Sul, o Supremo Tribunal Federal assentou a necessidade de conferir interpretação conforme a Constituição àqueles dispositivos que ferissem a autonomia dos demais entes da Federação, como alguns dos contidos no art. 17 da Lei nº 8.666/93. Não aprofundaremos, porém, o debate sobre tais dispositivos, em virtude de nosso objeto neste trabalho tratar das normas presentes na Constituição, e não daquelas veiculadas por ocasião de sua regulamentação.

O que se buscou neste pequeno comentário foi apontar o problema da caracterização das normas de cunho geral, que reside na já peculiar centralização na União da atividade legiferante brasileira, sucumbindo os demais entes aos desígnios do legislador ordinário federal, mesmo quando este excede os limites traçados pela Carta Magna.

4. As normas constitucionais sobre licitação pública

A Constituição Federal de 1988 não se limitou a prever a competência legislativa da União no que se refere às normas gerais de licitação. O constituinte foi além, delimitando um verdadeiro marco constitucional dentro do qual a regulamentação da matéria deveria se dar. Além dos princípios gerais regentes da Administração Pública, a saber, da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, que se aplicam também à normativa regente da contratualística administrativa, a maior parte dessas normas encontra-se no art. 37, XXI, havendo uma no art. 175, além da que foi incluída no inciso III do § 1º do art. 173 pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998.

4.1. Licitação prévia à contratação, ressalvadas as exceções legais

Esse é o princípio mais importante dentre aqueles referenciados na Constituição Federal e verdadeira razão de ser da inserção da matéria em sede constitucional. Desejou o constituinte que qualquer contrato público fosse precedido de licitação, a fim de aplicar os já citados princípios gerais da Administração Pública.

O constituinte deixou, porém, à atividade do legislador ordinário, a possibilidade de arrolar os casos em que essa obrigação poderia ser excepcionada. Quanto a esse tema, tanto a doutrina quanto a jurisprudência do Supremo entendem ser possível às administrações locais, assim como ao legislador federal, instituir diferentes hipóteses de dispensa e/ou

inexigibilidade de licitação, conforme entender necessário, tendo sempre em vista, no entanto, o imperativo de manter a regra geral da necessidade de licitar os contratos públicos.

Mais à frente neste trabalho discutiremos o resultado das opções do legislador ordinário no que tange às exceções da regra geral. Por ora, uma reflexão sobre a contribuição da licitação para a impessoalidade do Estado é necessária.

Dentre todos os princípios regentes da Administração Pública, é o da impessoalidade o mais ligado ao instituto da licitação. Sua existência destina-se justamente a garantir um procedimento por meio do qual o Estado realize uma contratação independentemente dos eventuais vínculos pessoais do contratado com o administrador público.

O princípio da legalidade não está necessariamente ligado à licitação. Isso porque basta a lei trazer uma relação generosa de hipóteses de dispensa e/ou inexigibilidade de licitação para que seja evitado o certame e, ainda assim, atendido esse princípio.

A licitação tampouco é fundamental para a satisfação do princípio da publicidade, que preconiza que seja dado amplo conhecimento dos atos dos gestores públicos. Assim, sendo publicado no Diário Oficial o aviso de dispensa de licitação e a nota de contratação, estará satisfeita a necessidade de publicidade.

O novel princípio da eficiência, inserido no texto constitucional pela Emenda nº 19, é o que menos está ligado à ideia de licitação, sendo mesmo, por vezes, antagônico a ela. Uma Administração eficiente é aquela que funciona com agilidade, tomando as decisões corretas no menor intervalo de tempo possível e com o dispêndio de mínima energia. A licitação, justamente, ao limitar a discricionariedade dos agentes públicos, inibe a maximização da eficiência ao mesmo tempo em que busca garantir um ritual por meio do qual todos tenham o mesmo acesso às oportunidades de contratação, ainda que o resultado desse processo não seja, necessariamente, o melhor contrato para o Estado, mas simplesmente o mais compatível com as regras do jogo (KELMAN, 1990, p. 88-90).

O princípio da moralidade é um pouco mais relacionado com a licitação, porém não é essencialmente atado a ela. Uma contratação discricionária pode ser absolutamente legítima do ponto de vista da moral, ainda que não tenha sido submetida a um processo licitatório. Por outro lado, é possível aplicar todas as regras de uma licitação e, mesmo assim, obter-se como resultado uma contratação imoral. Embora via de regra a licitação garanta um lastro de moralidade pública, não é o único caminho para alcançá-la nem pode ser considerada uma garantia de sua satisfação.

Voltemos, pois, à licitação como instrumento do princípio da impessoalidade. É mais que conhecida a diferenciação entre Estado e governo. Enquanto o Estado é a instituição ou

conjunto de instituições públicas que, dotada de personalidade jurídica e soberania sobre um território, dá sustentação a um regime legal (DALLARI, 1995, p. 98-101), o governo é simplesmente a pessoa ou conjunto de pessoas que terá provisoriamente o dever de comandar a aplicação do regime legal do Estado.

Sem embargo, o governo é composto por pessoas que, para alcançarem os altos postos hierárquicos que ocupam, frequentemente tiveram que se comprometer com uma ampla gama de interesses. É comum ocorrer então que a “fatura” dos compromissos seja cobrada pelos apoiadores quando o governo se instale. Não faltam casos na história de virtualmente todos os países do mundo que ilustram essa afirmação (ver ROSE-ACKERMAN, 2001; LEINWAND, 1974 e GARCÍA; CAPARRÓS, 2004).

O direcionamento dos contratos públicos é a maneira mais fácil de locupletar-se do dinheiro do Tesouro sob um manto de aparente legalidade, de maneira que é o setor em que este tipo de atividade ilícita costuma concentrar-se, a fim de privilegiar os grupos que dão suporte ao governo ou que o ajudaram em sua eleição.

Como já tivemos oportunidade de expressar em trabalhos anteriores (BANDEIRA, 2004), é justamente neste sentido que deve ser compreendida a licitação como mecanismo de prevenção à corrupção, em virtude de estabelecer um procedimento que, uma vez obedecido, deverá levar a uma escolha impessoal quanto à pessoa que contratará com o Estado.

Assim, a licitação não apenas constitui uma formalidade, mas uma verdadeira garantia do Estado de direito. Daí advém sua obrigatoriedade constitucional (MORAES, 1998), embora tão mitigada pela prática administrativa, como veremos adiante.

4.2. Igualdade de condições

O inciso XXI do art. 37 da Constituição prevê expressamente o princípio da isonomia entre os licitantes. Na verdade, esse princípio já se encontra inserido numa adequada interpretação do princípio da impessoalidade, porém o constituinte decidiu reforçar essa característica elementar do processo de escolha dos contratados da Administração Pública.

Detalhe importante é que a dicção constitucional não autorizou o arbítrio da lei a definir hipóteses em que a isonomia não irá aplicar-se plenamente. A legislação ordinária, porém, arvorou-se da prerrogativa de excepcionar a regra geral em vários momentos desses vinte anos passados, seja a fim de privilegiar produtos fabricados no Brasil, seja com o intuito de manter uma reserva de mercado no setor de informática, seja a fim de favorecer as micro e pequenas empresas. Tais diferenciações, a nosso ver, mesmo que estabelecidas como critérios

de desempate, constituem violação à norma constitucional, que, repita-se, não conferiu tal poder ao legislador ordinário.

Nem se diga que se trata de tratar igualmente os iguais e diferentemente os desiguais. Tal argumento embute necessariamente um juízo de valor que bem poderia estar a serviço de interesses nada nobres, como uma eventual lei que privilegiasse as empresas de um determinado município em detrimento das de outro, sobretudo quando se saiba que, naquele determinado município, só existe uma empresa com condições de concorrer.

4.3. Estabelecimento de obrigações de pagamento

O trauma dos frequentes calotes que a Administração Pública à época aplicava aos seus fornecedores e prestadores de serviços motivou o constituinte a escrever na Carta Magna que os processos de licitação devem conter cláusulas que estabeleçam que o Estado deve pagar pelas compras e serviços que contratar. É dizer o óbvio. Um tal mandamento constitucional só se explica quando se tem em mente a irresponsabilidade de gestores públicos que deixavam a seus sucessores enormes dívidas em nome do órgão, enquanto as empresas sérias eram lesadas e as que aceitassem participar de arranjos ilegais, premiadas com o pagamento.

A consequência do sistema que então vigorava é que todo licitante já embutia em seus custos o sobrepreço suficiente para suportar um atraso no pagamento ou mesmo o pagamento de propina. O erário pagava mais caro para financiar a corrupção e a irresponsabilidade de seus gestores.

No entanto, não foi a norma constitucional que resolveu o problema, mas sim a Lei de Improbidade Administrativa e a Lei de Responsabilidade Fiscal que, igualmente concebidas na vigência da Carta atual, tiveram o condão de diminuir significativamente essa odiosa prática nacional.

4.4. Manutenção das condições efetivas da proposta

A manutenção das condições efetivas da proposta foi inserida na Constituição igualmente como produto da época em que seu texto foi redigido. Resultado de um traumático processo inflacionário, a manutenção do equilíbrio do contrato era um dos institutos mais manejados em gestão de contratos públicos. Como os preços subiam sem controle e nem sempre o índice de reajuste de preços previsto no contrato refletia os aumentos de custo dos insumos necessários à execução de seu objeto específico, frequentemente a Administração era instada a renegociar as cláusulas do contrato, a fim de evitar o desequilíbrio da relação contratual estabelecida pela licitação.

Ressalte-se que essa renegociação não pode se dar quando ocorre algum aumento pontual, de menor monta, no custo de algum insumo. Isso faz parte da álea ínsita à própria atividade empresarial, que deve ser suportada pelo contratado. Porém, quando a variação é superior ao razoável, impõe-se tal revisão sob pena de gerar enriquecimento sem causa para o Estado.

Trata-se de um instituto importante, mas que não tem dimensão para figurar no texto constitucional. Sua presença no texto máximo da República só se justifica, como apontado, pelas conjunturas inflacionárias existentes à época da Assembleia Nacional Constituinte.

4.5. Limitação das exigências de qualificação técnica e econômica àquelas indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações

Essa talvez seja, após o princípio geral da submissão dos contratos à prévia licitação, o mais importante dispositivo constitucional em matéria de licitações públicas. Seu objetivo é claro: destina-se a evitar que, seja por ocasião da redação das normas gerais pelo legislador federal, seja nas disposições específicas a serem disciplinadas por cada ente da Federação, abra-se a possibilidade de que sejam exigidos, nos editais convocatórios das licitações, requisitos de qualificação técnica ou econômica que acabem servindo não para garantir a fiel execução contratual, mas sim para limitar a amplitude da participação de diferentes empresas.

Expliquemo-nos melhor. Toda licitação contém uma etapa chamada de habilitação, geralmente levada a cabo no início da abertura dos envelopes³, cujo objetivo é verificar se o licitante tem condições de contratar com o Poder Público, e se, uma vez contratado, ele terá condições técnicas e financeiras de executar o contrato. O que se deseja evitar é que, por exemplo, uma empresa inconsequente ofereça um preço mais baixo do que poderia e, ao ver-se descapitalizada ou sem condições técnicas de levar o trabalho adiante, interrompa a execução contratual, com evidentes prejuízos para o Estado.

Ocorre que se essas exigências não forem bem dosadas, aqueles requisitos que a princípio foram pensados para proteger o Estado poderiam ser usados para excluir do processo licitatório as pequenas e médias empresas, que geralmente têm uma estrutura mais enxuta, um custo menor e que, justamente, necessitam de contratos com o Estado para poder sobreviver ou desenvolver-se. Em outras palavras, as exigências de qualificação técnica e econômica não podem servir para restringir o acesso às licitações públicas.

³ À exceção do sistema do pregão, que promove uma inversão de fases, deixando para o final a abertura do envelope de habilitação exclusivamente do vencedor do certame, o que promove uma sensível diminuição das querelas administrativas e judiciais e, conseqüentemente, do prazo total necessário à conclusão do certame.

Essa foi justamente a fundamentação usada pela Advocacia-Geral da União ao sugerir ao Presidente da República que vetasse dispositivos do art. 30 da Lei nº 8.666/93, que restou limitado aos parâmetros constitucionais, ou quiçá mesmo aquém do que seria possível exigir numa licitação de objeto mais complexo.

4.6. Necessidade de licitação prévia à concessão ou permissão de exploração de serviço público

A norma prevista no art. 175 da Carta Magna buscava justamente enfatizar que qualquer concessão ou permissão de serviço público deveria ser previamente submetida à disputa pública por meio de licitação. Se o Estado opta por não prestar um determinado serviço público diretamente, mas delega a terceiro privado essa responsabilidade, as empresas interessadas devem ter igual oportunidade de acesso à exploração do serviço público.

O paradoxo advindo desta norma é que, embora elevada ao plano constitucional, vem sendo abertamente descumprida nos três níveis da Federação, seja por meio da prorrogação das permissões de transportes coletivos urbanos e intermunicipais, seja pela renovação dos contratos de franquias dos correios, por exemplo. O Executivo evita licitar os novos contratos para não ter de adimplir com a obrigação de indenizar os empresários pelos investimentos realizados na execução dos contratos por prazo indeterminado; o Legislativo volta e meia edita novas leis prorrogando a validade das concessões e permissões realizadas sem licitação (aliás, há neste momento novos projetos de lei nesse sentido tramitando no Congresso) e o Judiciário evita entrar no mérito da matéria. Talvez a única instituição que tem demonstrado uma preocupação efetiva com o tema seja o Tribunal de Contas da União, que diversas vezes manifestou-se pela necessidade de licitar tais concessões e, assim, atender enfim ao mandamento constitucional.

4.7. Possibilidade de coexistência de dois sistemas licitatórios, um voltado para a Administração Indireta que explore atividade econômica e outro destinado ao restante da Administração Pública.

Steven Kelman (1990), professor da Universidade de Harvard, na ocasião em que foi responsável pelo escritório central de compras governamentais do governo Clinton, nos Estados Unidos, enfatizou a necessidade de que o administrador público tivesse mais discricionariedade e que respondesse pelos resultados das contratações realizadas e não pelo mero seguimento *ipsis literis* dos procedimentos burocráticos da licitação. Esse ideário de agilização da atividade administrativa, ao qual somos pessoalmente simpáticos, parece absolutamente essencial quando se trata de exploração de atividade econômica pelo Estado.

Não se pode, evidentemente, impor as mesmas regras à administração direta e à administração indireta que desenvolve atividade econômica, pela necessidade que esta demonstra de ter muito mais agilidade em suas negociações, bem como realizar escolhas de contratações fundadas em critérios bem mais complexos que simplesmente o menor preço (RIVERO ORTEGA, 1998, p. 221-287).

O curioso é que tal norma, derivada da nova redação conferida aos arts. 21, inciso XXVII e 173, § 1º, inciso III, ambos alterados pela Emenda Constitucional nº 19, tornou apenas mais evidente algo que não era vedado no texto anterior, que já não exigia regramento uniforme para as duas situações (cf. JUSTEN FILHO, 2002, p. 19-23). O que fez o constituinte derivado foi explicitar, agora, que as empresas públicas e as sociedades de economia mista que explorem atividade econômica poderão ser regidas por um estatuto próprio, que atenda aos princípios da Administração Pública.

No entanto, embora se tenha alterado a Constituição apenas para tornar explícito o que ela já permitia, por ausência de exercício da competência legislativa para regular a atividade de tais entes da administração indireta, o art. 173 da Constituição segue sem ser regulamentado, motivo pelo qual se continua aplicando indistintamente a mesma disciplina (da Lei nº 8.666/93) para as duas situações.

É, sem dúvida, uma das matérias que urge regulamentar, a fim de melhorar a eficiência da gestão dos recursos públicos, no todo ou em parte, que estão envolvidos nessas atividades.

5. Da norma à prática: o problema da dispensa e da inexigibilidade de licitação (ou “quando a exceção é a regra”)

Certamente o maior problema na aplicação dos mandamentos constitucionais que acabamos de rapidamente comentar é a constante utilização que se faz dos procedimentos de dispensa e inexigibilidade de licitação.

Evidentemente, existem situações em que o administrador público não deve estar obrigado a submeter a licitação determinados contratos. Seja porque o contrato possui um valor irrisório, seja pela urgência na aquisição de determinado bem, seja porque existe uma empresa pública criada especificamente para o fim de prover aquele determinado serviço, a licitação poderá ser dispensada, embora seja, em tese, possível. Já nas hipóteses em que o bem ou serviço objeto do contrato é tão especial que sua própria natureza o torna impassível de comparação ou competição (como nos casos de notória especialização ou bens que devem ser adquiridos, por razões contratuais, de um determinado fornecedor), fala-se que a licitação é inexigível, por ser impossível realizá-la.

O problema é quando o volume desses contratos representa praticamente metade de tudo que se gasta na Administração Pública, como se verificava no Brasil até bem recentemente. Destaque-se que não tratamos, aqui, do número de contratos, até mesmo porque, em virtude das dispensas serem realizadas com frequência para bens de pequeno valor, seria compreensível que apresentassem uma elevada reincidência em sua utilização (por exemplo, para aquisição frequente de material de expediente ou consumíveis de uma forma geral). Falamos em valores gastos e, sendo assim, por mais que se realizem pequenas despesas no dia-a-dia ou outras submetidas a uma imperiosa urgência, é difícil acreditar que a ordem de grandeza de tais despesas concorra com os recursos gastos para construção e reparação de estradas, portos, escolas, hospitais ou usinas de energia.

Claro está que se tem usado os procedimentos de dispensa e inexigibilidade de licitação com muito mais permissividade do que seria razoável e, nesse sentido, os números demonstram que a inclusão do tema licitatório na Constituição Federal não mudou essa prática.

Há dois grandes problemas na utilização arbitrária de tais procedimentos. O primeiro é que, dessa forma, elimina-se a possibilidade de disputa entre empresas concorrentes no mercado, deixando unicamente a critério do administrador público a escolha de qual delas receberá a graça de obter o contrato do Estado, acarretando um nítido prejuízo para as empresas que não receberam o contrato, assim como para o Estado, que eventualmente pagará mais caro pelo mesmo bem. O segundo problema já se pode imaginar, por decorrência do primeiro: haverá uma pressão por parte das empresas para conseguir tais contratos, e do administrador público para escolher a quem outorgá-los e, possivelmente, estará sendo aberta uma enorme brecha para a corrupção. (sobre o tema, consultar ARIEL REZZOAGLI, 2005 e HUNJA, 2003).

Assim sendo, embora não seja possível eliminar a possibilidade de utilização dos mecanismos de dispensa e inexigibilidade de licitação, é desejável (e mesmo imperioso) que logremos reduzi-la. Nesse sentido, é animador verificar, como mostraremos adiante, que na última década verificamos uma tendência de redução de dez pontos percentuais no volume de recursos gastos com contratos celebrados por meio desses mecanismos.

No quadro abaixo, consolidamos os dados existentes⁴ até o momento sobre os gastos do governo federal nos últimos anos⁵, relacionando o percentual desses gastos que foram realizados por meio de procedimentos de dispensa e inexigibilidade de licitação:

⁴ Os dados aqui expostos foram extraídos dos *Informativos ComprasNet*, que realiza estudo mês a mês, bem como consolidações anuais, das informações gerenciais sobre compras governamentais (BRASIL, 2008)

Ano	Dispensa e Inexigibilidade de licitação
1995	47%
1996	48%
1997	45%
1998	50%
1999	54%
2000	47%
2001	49%
2002	48%
2003	51%
2004	42%
2005	41%
2006	41%
2007	38%

Duas conclusões podem ser extraídas da tabela acima. A primeira, é que, embora com bastante oscilação, existe uma tendência de queda na utilização de tais instrumentos, de um patamar situado anteriormente em torno dos 50%, para um novo patamar, situado por volta dos 40%. A segunda conclusão é que houve dois momentos em que essa tendência demonstrou-se com maior intensidade: no ano 2000, quando o índice caiu sete pontos percentuais, e no ano 2004, quando essa queda foi de nove pontos percentuais.

A explicação para a primeira queda é muito fácil. A partir do ano 2000, foi implantado no Brasil, no âmbito federal, o pregão eletrônico, mecanismo que possibilitou uma drástica redução no tempo médio das licitações (de 50%, reduzindo-as de 35 dias, em média, para 17) e nos preços praticados pelos licitantes (de 25%, em média). Tais resultados são fruto especialmente das novas facilidades tecnológicas, gerando uma ampliação da possibilidade de acesso aos leilões, que, por serem realizados pela internet, possibilitam a empresas de todo o País participarem, sem para isso incorrerem em custos elevados. Além disso, os leilões de lances regressivos possibilitam que os licitantes reduzam ao mínimo seus preços a fim de ganharem os contratos.

O pregão eletrônico também diminuiu o prazo médio das licitações por sua própria sistemática de inversão de fases, que deixa para verificar a documentação de habilitação apenas ao final, uma vez conhecido o ganhador da proposta de preço. Isso evita recursos meramente protelatórios. O próprio funcionamento eletrônico também ajuda a ganhar tempo,

⁵ Embora tenhamos buscado obter os dados anteriores a 1995, eles não nos foram fornecidos a tempo. Quanto aos dados de 2008, eles foram excluídos da tabela por apenas estarem consolidados, no momento do fechamento deste texto, até o mês de junho, o que poderia causar uma falsa impressão de reversão do processo. Isso porque as despesas realizadas no primeiro semestre, em virtude das vicissitudes do processo orçamentário brasileiro, apresentam uma maior incidência de dispensas e inexigibilidades de licitação. Para demonstrar isso, apresentamos a seguir os percentuais dos últimos anos consolidados apenas até o mês de maio de cada exercício: 60% (2001); 55% (2002); 53% (2003); 49% (2004); 50% (2005); 50% (2006); 45% (2007) e 46% (2008). É igualmente visível, porém, a tendência de queda na série histórica.

uma vez que as atas e diversos outros documentos são gerados automaticamente pelo *software* utilizado.

No entanto, o repique verificado em 2003 só pode ser creditado à mudança de gestão no governo federal e à necessidade de realizar contratos em caráter de urgência, sob pressão de uma nova pauta de prioridades. Não houve, naquele ano, modificações legais significativas que justificassem o incremento com subsequente redução acentuada do percentual de dispensas e inexigibilidades de licitação. Tanto é assim que no ano seguinte verificou-se a importante diminuição à qual nos referimos, tendo sido em seguida mantido esse novo patamar.

6. Conclusões

A inserção, na Constituição de 1988, de normas atinentes a licitações, configurou uma inovação que, em parte, pode ser explicada pelo desejo de uniformizar as regras gerais de contratação pública no País, sobretudo no sentido de dotá-la de transparência.

A regulamentação da matéria, inicialmente realizada pelo Decreto-Lei nº 2.300/67, que foi recepcionado pela Carta de 1988 e teve assim seu vício de inconstitucionalidade afastado, passou a ser feita pela Lei nº 8.666/93, elaborada após um momento conturbado de escândalos envolvendo contratos públicos. Tal circunstância de elaboração da legislação ordinária gerou uma normativa excessivamente burocrática e detalhista, que foi muito além das “normas gerais” que o legislador federal tinha por competência elaborar. Para piorar, mesmo após a Emenda Constitucional nº 19/98 tal legislação, por ausência de outra, segue sendo aplicada aos setores da administração indireta que desenvolvem atividade econômica.

A despeito da inclusão da matéria na Constituição, no entanto, o que se verifica é que muitos dos preceitos ali contidos são diuturnamente desrespeitados, em especial o que dispõe, como regra geral para a celebração de contratos públicos no Brasil, a realização prévia de licitação. Prova disso é o ainda elevado índice de gastos realizados ano a ano com contratos celebrados por meio de procedimentos de dispensa ou inexigibilidade de licitação, que já chegou a representar mais de 50% do total, ou as contínuas prorrogações das permissões e concessões de serviços públicos (a maioria anterior à Constituição de 88) que nunca foram licitadas.

Animador, porém, é perceber que, com a utilização de novos instrumentos de licitação, em especial o pregão eletrônico, que promovem agilização do procedimento e economia, os gastos com contratos celebrados sem licitação têm diminuído (situando-se, desde 2004, na

faixa dos 40% do total). Acreditamos que, após as melhorias que têm de ser feitas na legislação ordinária, seja possível reduzir consideravelmente esse índice.

Adicionalmente, é necessário regulamentar o art. 173 da Constituição, a fim de ter um procedimento licitatório específico (ou ao menos mais adaptado) para os entes da administração indireta que executem atividade econômica, e promover licitações para todas as permissões e concessões realizadas que não tenham sido realizadas na forma do art 175.

Podemos assim alimentar a esperança de que, durante os próximos 20 anos de vigência da Carta, consigamos implementar uma regulamentação da matéria menos burocrática, que consiga assegurar às licitações publicidade e possibilidade de participação cada vez mais amplas, com pleno controle e transparência, e que, ao mesmo tempo, possibilite ganhos em eficiência e economia.

Referências bibliográficas

ARIEL REZZOAGLI, Bruno. *Corrupción y contratos públicos – una visión desde la fiscalización del Tribunal de Cuentas*. Salamanca: Ratio Legis, 2005.

BANDEIRA, Luiz Fernando. *Novos mecanismos de prevenção à corrupção em licitações públicas*, 2004. Dissertação de Mestrado (Programa de Mestrado e Doutorado em Direito). Universidade Federal de Pernambuco, Recife.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Elementos de Direito Administrativo*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1992.

_____. *Curso de Direito Administrativo*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

BORGES, Alice Gonzalez. *Normas gerais no estatuto de licitações e contratos administrativos*. São Paulo: RT, 1991.

BRASIL. Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. Informativo comprasnet. Disponível em <<http://www.comprasnet.gov.br/publicacoes/boletim.stm>>. Acesso em: 22 de ago. 2008.

DALLARI, Adilson Abreu. *Aspectos jurídicos da licitação*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1992.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do estado*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

HUNJA, Robert R. Obstacles to public procurement reform in developing countries. In: ARROWSMITH, Sue; TRYBUS, Martin (orgs.). *Public procurement – the continuing revolution*. Haia: Kluwer Law, 2003.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 9. ed. São Paulo: Dialética, 2002.

KELMAN, Steven. *Procurement and public management – the fear of discretion and the quality of government performance*. Washington: AEI Press, 1990.

LEINWAND, Gerald. *Political corruption – an examination of political scandals from the days of Alexander Hamilton to the Watergate affair*. New York: Pocket Books, 1974.

MORAES, Alexandre de. Licitação: interpretação de acordo com a finalidade constitucional. *Revista dos Tribunais*. São Paulo: IBDC, ano 6, n. 24, p. 85 e ss., jul.-set. de 1998.

RIVERO ORTEGA, Ricardo. *Administraciones públicas y derecho privado*. Madrid: Marcial Pons, 1998.

RODRÍGUEZ GARCÍA, Nicolas; FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo (orgs.). *La corrupción en un mundo globalizado: análisis interdisciplinar*. Salamanca: Ratio Legis, 2004.

ROSE-ACKERMAN, Susan. *La corrupción y los gobiernos – causas, consecuencias y reforma*. Madrid: Siglo Veintiuno, 2001.

ZANCANER, Weida. Inaplicabilidade do Decreto-Lei 2.300/86 a Estados e Municípios. *RDP* v. 82, São Paulo: RT, p. 167-173, abr.-jun. de 1987.