

Fundação Escola de Sociologia e Política de São Paulo

Fundação Perseu Abramo

Paulo César Salvamoura Pires

PREGÃO ELETRÔNICO
A INOVAÇÃO DAS COMPRAS PÚBLICAS, OS LIMITES DO PROCESSO
LICITATÓRIO E ABORDAGEM DO REGIME DIFERENCIADO DE
CONTRATAÇÃO – RDC (LEI FEDERAL Nº 12.462/2011)

São Paulo

2014

Fundação Escola de Sociologia e Política de São Paulo

Fundação Perseu Abramo

Paulo César Salvamoura Pires

PREGÃO ELETRÔNICO

A INOVAÇÃO DAS COMPRAS PÚBLICAS, OS LIMITES DO PROCESSO
LICITATÓRIO E ABORDAGEM DO REGIME DIFERENCIADO DE
CONTRATAÇÃO – RDC (LEI FEDERAL Nº 12.462/2011)

Trabalho de Conclusão de Curso da
Escola de Sociologia e Política da Fundação
Escola de Sociologia e Política de São Paulo
para obtenção do título de Especialista em
Gestão e Políticas Públicas.

Orientadora:

Alessandra Felix de Almeida

São Paulo

2014

Autor: Paulo César Salvamoura Pires

**Pregão Eletrônico: A Inovação das Compras Públicas, os Limites do
Processo Licitatório e abordagem do Regime Diferenciado de Contratação
– RDC (Lei Federal nº 12.462/2011).**

Banca examinadora:

Professora: Luciana Silveira

Assinatura:

Data da Aprovação: 01/06/2014

DEDICATÓRIA

O trabalho nada mais é que o resultado final do nosso esforço. Dedico este trabalho à minha família e a todos os companheiros do Partido dos Trabalhadores que juntos buscam uma sociedade mais justa, fraterna, ética e igualitária.

AGRADECIMENTOS

Aos professores tutores e em especial a professora Alessandra Felix de Almeida por sua dedicação, compreensão e compromisso.

A minha esposa pelo suporte familiar e compreensão pelas minhas ausências.

Ao Partido dos Trabalhadores e a Fundação Perseu Abramo por proporcionar a oportunidade de aprendizado em nível superior aos seus militantes para qualificação das políticas públicas dos nossos governos.

RESUMO

A consolidação da democracia no Brasil e o avanço das políticas públicas que visem oferecer maior transparência e aproximar o cidadão do governo são realidades em diversos países. No Brasil, o Governo Federal vem aproximando, na última década, a burocracia estatal dos cidadãos através da rede mundial de computadores, a internet. Consultas de dados on-line, a aprovação da Lei de Acesso a Informação (Lei ° 12.527/2011) são exemplos do que denominamos governo eletrônico – *e-government*. No que tange as compras públicas, o ato de licitar tornou-se obrigatório em nosso ordenamento jurídico com a promulgação de nossa lei maior, a Constituição Federal de 1988. A partir de 2005, o pregão eletrônico tornou-se a modalidade licitatória preferencial do Governo Federal para a aquisição de bens e contratação de serviços comuns. Em dez anos, gerou economia aos cofres públicos e inovou ampliando a transparência e conseqüentemente a democracia. Contudo, o processo de licitação pública já apresenta limites que o pregão eletrônico não consegue transpor. O presente trabalho tem como objetivo avaliar os limites do atual processo de compras, descrevendo os atuais desafios dos gestores para adquirir e contratar os bens e serviços que melhor atendam a necessidade da administração pública e conseqüentemente da população. Sequencialmente, abordar a nova modalidade licitatória chamada de Regime Diferenciado de Contratação. Este tema é de extrema importância, pois os governos devem sistematicamente inovar na gestão da coisa pública visando um melhor destino aos impostos pagos pelos cidadãos, oferecendo maior transparência e controle da sociedade sobre os gastos e atos públicos.

Palavras-chave: democracia, licitação pública, pregão eletrônico, limites, transparência e regime diferenciado de contratação.

ABSTRACT

The consolidation of democracy in Brazil and the advancement of public policies that provide greater transparency and bring citizens closer to government are realities in many countries. In Brazil, the federal government is approaching the last decade, the state bureaucracy for citizens through the world wide web, the internet. Queries online data, the adoption of the Law on Access to Information (Act No 12.527/2011) are examples of what we call e-Government - e-government. Regarding public procurement, the act of bidding became mandatory in our legal system with the enactment of our higher law, the Federal Constitution of 1988. Starting in 2005, electronic trading has become the preferred mode of government bidding Federal for the acquisition of goods and contracting of public services. In ten years, the economy has generated public coffers and innovated through transparency and hence democracy. However, the public bidding process already has limits that electronic trading cannot get through. This study aims to evaluate the limits of the current procurement process, describing the challenges managers to acquire and engage the goods and services that best meet the needs of government and hence population. Sequentially addressing the new bidding modality called Differentiated Contracting Regime. This theme is of utmost importance because governments should systematically innovate in the management of public affairs aiming at a better destination to taxes paid by citizens, providing greater transparency and social control over spending and public events.

Keywords: democracy, public bidding, electronic trading, limits, transparency and differentiated contracting regime.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	9
1 FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA.....	11
1.1 Democracia.....	11
1.1.1 Democracia Eletrônica.....	13
1.2 Governo Eletrônico e impacto das TCI's.....	14
2 PREGÃO.....	16
2.1 Licitação.....	17
2.2 Histórico do surgimento do Pregão.....	22
2.2.1 Vantagens e facilidades.....	24
3 OS LIMITES ATUAIS DO PROCESSO LICITATÓRIO.....	25
3.1 O Regime Diferenciado de Contratação – RDC.....	26
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	31
REFERÊNCIAS.....	35

INTRODUÇÃO

A Constituição Federal vigente instituiu a obrigatoriedade de que as obras, serviços, compras e alienações deverão ser contratadas mediante processo de licitação pública. A licitação pública amplia o princípio democrático da transparência pública. Um governo democrático é um governo transparente e assim se distingue dos demais modelos já experimentados pela humanidade: governos tiranos, ditatoriais e imperiais.

Com o advento da Lei Federal nº 8.666 de 21 de junho de 1993 foram normatizados os procedimentos relativos às compras e contratações públicas e definidas as modalidades de licitação que são: concorrência, tomada de preços, convite, concurso e leilão.

Durante muito tempo o processo de compras e contratações na Administração Pública, na maioria dos casos, era lento, tortuoso, pouco competitivo e intransparente. Essas licitações poderiam levar meses até sua conclusão, transformando o processo num verdadeiro estorvo para o gestor público. O resultado era o desestímulo à participação das empresas, a obtenção de preços ruins, produtos e serviços de qualidade inferior e principalmente desmotivação dos administradores públicos, que tudo faziam para escapar dos procedimentos licitatórios.

O processo licitatório, por sua vez, tornou-se mais rápido, eficiente e transparente, por conseguinte mais democrático, quando foi introduzida a modalidade de pregão eletrônico, através do Decreto nº 5.450, de 31 de maio de 2005, assinado pelo presidente Lula. Contendo as mesmas regras do pregão presencial, conta apenas com alguns procedimentos específicos a mais, sendo o principal deles a ausência física do pregoeiro e dos demais licitantes, pois toda a transação se dá de forma eletrônica através da internet. Isso ajuda a agilizar os processos e acima de tudo, a diminuir os custos para a Administração Pública.

Além da redução de custos, a instituição do pregão eletrônico trouxe agilidade no processo de seleção da proposta mais vantajosa, transparência do processo administrativo, modernização e respeito ao princípio da isonomia.

O pregão eletrônico é a modalidade licitatória obrigatória e preferencial na aquisição de bens e contratação de serviços comuns. Assim, a administração pública deve sempre focar na proposta mais vantajosa financeiramente. Nas palavras do professor Hely Lopes Meirelles (MEIRELLES, 2006, p. 324) fica lúcido o entendimento:

[...] O que caracteriza os bens e serviços comuns é sua padronização, ou seja, a possibilidade de substituição de uns por outros com o mesmo padrão de qualidade e eficiência. Isto afasta desde logo os serviços de Engenharia, bem como todos aqueles que devem ser objeto de licitação nas modalidades de melhor técnica e de técnica e preço. No pregão o fator técnico não é levado em consideração, mas apenas o fator preço. [...].

Contudo, este entendimento já aponta limites. A melhor compra para a administração pública não deve levar em consideração apenas o preço. Isto se deve, pois a melhor aquisição é resultado do melhor produto, ao melhor preço, e principalmente que melhor atenda a necessidade da administração pública. Esta necessidade, por vezes, esta diretamente ligada com a visão de desenvolvimento social, político, econômico e cultural do governo perante sua população e também o próprio Estado e sua burocracia.

Sendo assim, buscará este trabalho discorrer no capítulo 01 sobre democracia – por ser o regime político que preza pela transparência no poder e participação popular – pelas teorias modernas de democracia eletrônica e governo eletrônico, destacando a transparência e isonomia aos quais as Tecnologias da Comunicação e Informação – TCI's vêm impondo aos estados democráticos.

No capítulo 02, iremos apresentar as definições de licitação, pregão e pregão eletrônico, descrever seu histórico e vantagens da ferramenta eletrônica. Já no capítulo 03, o trabalho irá se dedicar em apresentar os limites deste modelo de licitação pública, versando sobre a nova modalidade o Regime Diferenciado de Contratação – RDC (Lei Federal nº 12.462/2011).

Por fim, será debatida a necessidade de maior transparência no processo de aquisição pelo serviço público a fim de prover maior controle social, melhores preços, produtos e segurança para os gestores públicos.

1 FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA

1.1 Democracia

O presente capítulo irá tratar de um tema fundamental para o entendimento do presente trabalho, a questão da democracia.

Segundo Dallari (1998) o conceito de democracia corresponde à noção de governo do povo, ou como afirma Bobbio é o governo do poder público em público (GENTILLI, 2005 apud BOBBIO, 1986). A etimologia do termo vem do grego “demos”, povo e “kratos”, poder. Portanto, o ponto principal da discussão acerca do conceito é apontar como este se constitui a supremacia da vontade popular, da preferência pelo governo popular e quais as instituições do Estado geradas pela afirmação desse governo.

Muitos autores ao longo do tempo refletiram sobre a democracia. A seguir apresentaremos algumas definições que vão aprimorar o sentido etimológico inicial do conceito em questão.

Além da supremacia popular, a definição proposta por Nunes (1993) aponta para o lugar de origem e para a experiência moderna e para algumas instituições do Estado, fundamentais para a manutenção e exercício do princípio democrático. No entendimento do autor citado:

Regime político originariamente criado em Atenas, no século IV a.C. e defendido por Platão e Aristóteles. Funda-se na autodeterminação e soberania do povo que, por sua maioria em sufrágio universal, escolhe livremente os seus governantes e seus delegados às câmaras legislativas, os quais, juntamente com os membros do poder judiciário, formam os poderes institucionais, autônomos e harmônicos entre si, em que se divide o governo da nação, onde todos os cidadãos gozam de inteira igualdade perante a lei. (NUNES, 1993, p. 305)

Desde a Grécia Antiga, os ideais de Democracia e Liberdade são conceitos político-jurídicos presentes desde há muito tempo na cultura política do Ocidente. Atualmente, o conceito de democracia é algo além de um patrimônio jurídico-político da civilização ocidental e se constitui como patrimônio da humanidade. Esse conceito se constituiu historicamente como os pilares do Estado Democrático de Direito. Sem democracia é impossível a existência do Estado em sua plenitude. De acordo com Hook (1987, p. 63) “Ao longo da história a democracia foi concebida de diferentes formas. Não é tarefa fácil definir categoricamente sobre conceito que tem recebido diversos significados”.

Juridicamente, a democracia é um termo fundador da própria República, tal como subscreve a Constituição vigente. Do ponto de vista político, e também constitucional, o conceito de democracia,

(...) é aquela forma de exercício da função governativa em que a vontade soberana do povo decide, direta ou indiretamente, todas as questões do governo, de tal sorte, que o povo seja sempre o titular e o objeto, a saber, o sujeito ativo e o sujeito passivo de todo poder legítimo (BONAVIDES, 2003, p. 17).

Ou seja, é a própria vontade do estado, onde “Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio representantes eleitos ou diretamente (...)” (CF, art. 1º, parágrafo único).

As duas definições apresentadas acima apontam para a grande questão que se coloca hoje e no passado às sociedades modernas ocidentais, que se refere ao modo de efetivação do poder popular nas formas direta e indireta, ou seja, a questão gira em torno da definição de democracia direta e indireta e como se efetivam na sociedade concreta.

Especificamente, democracia não quer dizer governo pelo povo. “O governo pode ser composto de uma pessoa ou por um grupo de pessoas, se o poder emanar do povo, este governo será uma democracia”. (RIBEIRO, 2001, p. 53)

Para os gregos existiam três regimes políticos: monarquia, aristocracia e democracia. O que distinguia os três era o número de pessoas que exerciam o poder. Monarquia é o poder de um só (mono). A aristocracia seria o poder dos melhores, dos notáveis (aristoi - excelentes). A democracia seria o governo do povo. Para os gregos a ideia de povo significava a igualdade de todos.

Feita as considerações sobre o surgimento e definição do significado de democracia a partir da ótica jurídica e política, uma questão fundamental para a sobrevivência de um processo democrático é a transparência no exercício do poder. Bobbio afirma ser a democracia “o governo do poder visível”, (BOBBIO, 1984, p. 100) destacando “Que pertença à natureza da democracia o fato de que nada pode permanecer confinado no espaço do mistério”. Ainda segundo o autor (1984) a natureza do poder democrático exige que o mesmo seja exercido de maneira mais transparente possível, sem dúvidas, agregando a participação popular e o pleno consentimento dos cidadãos.

Os atos dos governantes, então, devem estar sempre visíveis dos governados, estes o povo soberano. Outro aspecto abordado e destacado por Bobbio (1984) é a descentralização do poder. A publicidade dos atos do governante é fundamental para a sobrevivência do regime democrático, pois é a partir dela que o povo poderá exercer o seu direito constitucional de fiscalizar as ações do governante.

Por fim, Canotilho (s/d, p. 286), afirma como princípio basilar e já positivado, o princípio democrático com uma norma jurídica constitucionalmente democrática, que não é simplesmente um método ou técnica utilizada pelos governantes para escolherem os governados. O Estado democrático é norteado por um princípio que faz parte da complexidade do próprio Estado.

Em primeiro lugar, o princípio democrático acolhe os mais importantes postulados da teoria democrática representativa (...) Em segundo lugar, o princípio democrático implica democracia participativa, isto é, a estruturação de processos que ofereçam aos cidadãos efetivas possibilidades de aprender a democracia, participar nos processos de decisão, exercer controle crítico na divergência de opiniões, produzir inputs político-democráticos. É para este sentido participativo que aponta o exercício democrático do poder (...) o reconhecimento constitucional da participação direta e ativa dos cidadãos como instrumento fundamental da consolidação do sistema democrático (...) e aprofundamento da democracia participativa. (CANOTILHO, s/d, p. 286)

1.1.1 Democracia eletrônica

A democracia representativa da Grécia antiga vem evoluindo desde então. Com o advento da internet e das Tecnologias de Comunicação e Informação um novo modelo democrático está surgindo, denominada Democracia Eletrônica.

A democracia eletrônica é a utilização das TCIs e das estratégias democráticas de gestão pelos diversos atores democráticos dentro de um processo político e de governança de comunidades locais e internacionais. Portanto, tornando os dirigentes mais responsáveis – accountability – por suas ações públicas, observando-se, portanto, que as TCIs tornam-se um instrumento eficaz para o processo democrático. (SILVA, 2006, p. 7)

Há que se prestar atenção para não se confundir governo eletrônico e democracia eletrônica. Poder interagir com o governo através da internet é interagir com o governo eletrônico: pagar impostos on-line, retirar certidões negativas, realizar consultas, etc... . A efetiva “participação democrática” só viria após a criação de locais para discussão on-line entre a sociedade civil, o Parlamento e o executivo. (id.)

O termo TCI, vem do inglês, *Information Communication Technology* (ICT) e significa Tecnologia da Comunicação e Informação. As TCI's são tecnologias usadas para desenvolver sistemas de informação e para a comunicação entre sistemas digitais.

Através do uso da tecnologia da comunicação e informação, as redes cívicas são capazes de fazer uma administração mais humana, fomentando a participação política na tomada de decisões locais.

Segundo Paulo Bonavides (2004, p. 31 apud RAMOS JUNIOR, 2007¹) a democracia eletrônica surgiu ¹da promessa do governo eletrônico de fortalecer a democracia. No entanto, há questionamentos acerca de se essa democracia deveria continuar representativa ou ter uma participação mais efetiva da população.

Analisar as formas de governo na sociedade da informação é muito importante para que se possa identificar qual a forma de governo que melhor assegura o estabelecimento dos direitos fundamentais – a democracia – e não apenas considerando-se a procura pela forma de governo mais interessante para manter a ordem e garantir o progresso do país.

Mas qual democracia? Em um país como o Brasil, percebe-se que não há como sustentar uma democracia elitista ou representativa, porque a primeira não é sequer democrática e a segunda, por sua vez, encontra-se em crise atualmente, portanto a única alternativa viável é promover uma democracia eletrônica que seja realmente participativa e democrática. (RAMOS JUNIOR, 2007²)

Isso, pois segundo o autor acima citado, não existe democracia quando há a pretensão de que o exercício da cidadania se dê efetivamente por apenas uma parcela da população. Mesmo sendo a maior parte de nossa população formada por pessoas com pouca escolaridade, isso não deve ser usado como justificativa ou pretexto para que essas pessoas não possam participar do processo democrático, nem exercer sua cidadania de forma plena; qualquer pretensão de limitar esta participação é abominável.

Explicitada a importância da democracia para a manutenção do Estado, passaremos, então, a analisar a questão do governo eletrônico e do impacto das Tecnologias de Comunicação e Informação.

1.2 Governo Eletrônico e Impacto das TCI's

O governo eletrônico pode ser estudado, segundo Ramos Junior (2007)³, a partir de três dimensões, todas de acordo com o envolvimento do governo e dos demais atores sociais. São elas: a relação do governo com o cidadão; a relação entre o governo e demais entidades públicas e órgãos governamentais; e, ainda, a relação entre o governo e o setor privado. Para o autor Rover (2005, p. 55, apud RAMOS JUNIOR, 2007), o governo eletrônico pode ser definido como uma infraestrutura única de comunicação.

¹ RAMOS JUNIOR, Hélio Santiago. Democracia eletrônica e direitos fundamentais na sociedade da informação: desafios para o governo eletrônico no Brasil. In: AR: Revista do Derecho Informático . Nº 113 – Diciembre del 2007. Disponível em < <http://www.plataformademocratica.org/Publicacoes/14284.pdf> > Acesso em: **08/03/2014**.

² Id. cit. 1.

³ Id. cit. 1.

Uma infraestrutura única de comunicação compartilhada por diferentes órgãos públicos a partir da qual a tecnologia da informação e da comunicação é usada de forma intensiva para melhorar a gestão pública e o atendimento ao cidadão. Assim, o seu objetivo é colocar o governo ao alcance de todos, ampliando a transparência das suas ações e incrementando a participação cidadã. (ROVER, 2005, p. 55 apud RAMOS JUNIOR, 2007)

O governo eletrônico figura não apenas como um avanço dos instrumentos de trabalho da administração, mas também, como uma mudança no relacionamento entre o Estado e o cidadão. Silva (2006) afirma que:

O conjunto de políticas públicas baseadas em TCI, mas não apenas como ferramenta de modernização administrativa, antes, ao extremo, como efetiva solução de ampliação dos cânones democráticos e de efetivação de direitos e garantias constitucionais. (SILVA, 2006)

Para o pesquisador Sanchez (2003).

(...) as potencialidades oferecidas por esse conjunto de tecnologias, não apenas para dar mais eficiência e eficácia às ações do Estado, mas também para implementar valores democráticos, como a participação, a transparência, a atenção à dignidade humana, a representatividade e o controle, pela sociedade, sobre os agentes públicos. Nesse sentido, conceitualmente, fazer Governo Eletrônico não significa apenas distribuir e instalar grande número de computadores, redes e sistemas informacionais nas dependências do Estado, para uso interno; significa também trabalhar para efetivar, através da tecnologia, uma relação mais direta, transparente e participativa entre as instituições estatais e o cidadão (SANCHEZ, 2003, p. 7).

Sendo assim, sua importância não está restrita ao número de computadores nas repartições públicas, mas ao incremento do uso da informação tecnológica auxiliando na interação entre governo e cidadão. A criação de governos eletrônicos é uma tentativa de ampliação do governo que se encontrava quase que exclusivamente circunscrito ao planejamento e gestão do desenvolvimento econômico, mas que agora também está se vinculando mais efetivamente ao desenvolvimento social e à participação democrática de todos.

Após a exposição do governo eletrônico e da explicação de sua importância, veremos no próximo capítulo a modalidade de licitação que impulsionou e tornou-se a preferencial pela administração pública: o pregão.

2 PREGÃO

O pregão, como modalidade licitatória, foi regulado pela Lei Federal nº 10.520, de 17 de julho de 2002. A sua emenda diz:

Institui, no âmbito da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, nos termos do art. 37, XXI, da Constituição Federal, modalidade de licitação denominada pregão, para aquisição de bens e serviços comuns. (Lei Federal nº 10.520, de 17 de julho de 2002).

Trata-se, portanto, de uma norma geral de licitação que foi editada com fundamento no art. 22, XXVII, da Constituição Federal e a sua aplicabilidade vale para todas as esferas. Contudo, por conta da norma proibitiva do § 8º do art. 22 da Lei Federal nº 8.666, de 21 de julho de 1993, nenhuma outra modalidade de licitação pode ser criada pelo administrador. Ao legislador federal, pelo contrário, isso é permitido. Para o exercício da competência de legislar sobre norma geral de licitação foi editada a Medida provisória nº 2.026, de 04 de maio de 2000, posteriormente convertida na Lei Federal nº 10.520, de 17 de julho de 2002. Válida para União, Estados, Distrito Federal e Municípios, esta lei estabeleceu normas gerais de licitação na modalidade de pregão. Assim, passou a ser admitida a edição de normas suplementares nas diversas áreas, desde que não seja contrariado o que foi disposto na referida lei.

Diferentemente das outras espécies de licitação, baseadas pela função do valor do objeto licitado, o pregão destina-se à aquisição de bens e serviços comuns. Segundo o art. 1º, § 1º, consideram-se bens e serviços comuns aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade podem ser objetivamente definidos pelo edital, através das especificações usuais do mercado. O fato é que o conceito legal torna-se insuficiente porque todos os bens licitados devem ser objetivamente definidos, em descrição sucinta e clara, tal como estabelece a Lei nº 8.666, de 1993, art. 40, I. Dessa forma, torna-se necessário verificar, nos casos concretos, a utilidade da contratação de certo objeto por pregão.

Por fim, deve-se ressaltar que o pregão seja ele tradicional ou o eletrônico, possui basicamente três fases. A primeira delas é considerada como uma fase interna. Ou seja, a fase que trata da motivação do ato administrativo inicial para o procedimento da licitação. Este, diante dos requisitos impostos pela lei, transforma-se em elemento de vinculação para o mesmo, cuja ausência anula todo o procedimento. Assim, a autoridade competente é aquela que dispõe de poderes legais para determinar a aquisição de bens e serviços indispensáveis à administração, porque sem competência o ato será inválido.

A outra fase, comumente chamada de fase externa, é aquela que se inicia com a convocação dos interessados através de aviso no Diário Oficial da União, ou ainda, por meios eletrônicos, como a internet e em jornais de ampla circulação. Por ser uma modalidade de licitação de menor preço, ao entregar as propostas, o procedimento imediato do pregão é o da abertura seguida da verificação da conformidade das propostas com os requisitos estabelecidos no instrumento convocatório.

A última fase é a habilitação. Nela, ocorre a abertura do envelope contendo a documentação do autor da proposta classificada em primeiro lugar. Pode-se dizer, que esta representa uma das melhores vantagens proporcionadas pelo pregão. Sobretudo porque inverte a ordem procedimental, ou seja, em primeiro lugar procura-se verificar quem venceu a etapa comercial e posteriormente são conferidos os documentos de habilitação do vencedor. Com essa ordem procedimental suprime-se o tempo precioso que antes era despendido para o exame da documentação de concorrentes eliminados durante o julgamento das propostas. Assim, se o vencedor não estiver habilitado de acordo com as exigências constantes do edital, passa-se para a verificação da documentação do segundo colocado na classificação e assim por diante.

Apresentado o pregão, cabe explicar o processo licitatório, para que sejam melhores compreendidas todas as suas etapas.

2.1 Licitação

No parecer de Meirelles (2004, p. 246), “licitação é o procedimento administrativo mediante o qual a administração seleciona a proposta mais vantajosa para o contrato de seu interesse”. Já Celso Antônio Bandeira de Mello, entende por licitação pública:

O procedimento administrativo pelo qual uma pessoa governamental, pretendendo alienar, adquirir ou locar bens, realizar obras ou serviços, outorgar concessões, permissões de obra, serviço ou de uso exclusivo de bem público, segundo condições por ela estipuladas previamente, convoca interessados na apresentação de propostas, a fim de selecionar a que se revele mais conveniente em função de parâmetros antecipadamente estabelecidos e divulgados. (BANDEIRA DE MELLO, 2004, p. 481).

E mais:

Um certame que as entidades governamentais devem promover e no qual abrem disputa entre os interessados em com elas travar determinadas relações de conteúdo patrimonial, para escolher a proposta mais vantajosa às conveniências públicas. (Id, p. 483)

Nas suas explicações, Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2001, p. 299) diz que a licitação é um procedimento integrado por atos e fatos da administração e atos e fatos do licitante, todos contribuindo para formar a vontade contratual. Por parte da administração, o edital ou convite, o recebimento das propostas, a habilitação, a classificação, a adjudicação, além de outros atos intermediários ou posteriores, como o julgamento de recursos interpostos pelos interessados, à revogação, a anulação, os projetos, as publicações, anúncios, atas, etc., por parte do particular, a retirada do edital, a proposta, a desistência, a prestação de garantia, a apresentação de recursos, as impugnações, portanto, como sendo procedimento administrativo pelo qual a administração pública chama os interessados através de um edital ou convite, para alienar adquirir ou locar bens, realizar obras ou serviços, outorgar concessões, permissões de obra ou serviço, segundo condições previamente estabelecidas no instrumento convocatório, a fim de selecionar a proposta mais vantajosa à administração pública e oferecer igual oportunidade aos que desejam contratar com a administração pública, consoante estabelece a Lei Federal nº 8.666/93 e suas alterações.

Outro parecer é de Motta (1999, p. 22), onde afirma que a licitação “constitui o instrumento de que dispõe o Poder Público para coligir, analisar e avaliar comparativamente as ofertas, com a finalidade de julga-las e decidir qual será mais favorável”.

Em todos os conceitos, os autores têm a mesma opinião quanto ao que é licitação, trata-se de um procedimento administrativo ou instrumento onde são apresentadas as melhores ofertas para a administração pública, seleciona a melhor proposta e celebra um contrato.

Para Diógenes Gasparini, a licitação pode ser conceituada como:

O procedimento administrativo através do qual a pessoa a isso juridicamente obrigada seleciona, em razão de critérios objetivos previamente estabelecidos, de interessados que tenham atendido à sua convocação, a proposta mais vantajosa para o contrato ou ato de seu interesse. (GASPARINI, 2004, p. 412).

A própria Lei nº 8.666/93, em seu art. 3º, caput, tratou de conceituar licitação, em conformidade com os conceitos doutrinários já vistos:

A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia e a selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.

Quanto aos seus objetivos, ensina Celso Antônio Bandeira de Mello:

A licitação visa alcançar duplo objetivo: proporcionar às entidades governamentais possibilidade de realizarem o negócio mais vantajoso (pois a instauração de

competição entre ofertantes preordena-se a isso) e assegurar aos administrados ensejo de disputarem a participação nos negócios que as pessoas governamentais pretendem realizar com os particulares. [...]

Destarte, atendem-se três exigências públicas impostergáveis: proteção aos interesses públicos e recursos governamentais – ao se procurar a oferta mais satisfatória; respeito aos princípios da isonomia e impessoalidade (previstos nos arts. 5º e 37, caput) – pela abertura de disputa do certame; e, finalmente, obediência aos reclamos de probidade administrativa, imposta pelos arts. 37, caput, e 85, V, da Carta Magna brasileira. (BANDEIRA DE MELLO, 2004, p. 485).

Depois de observadas essas características, conclui-se que a licitação é um instrumento amparado pela Constituição, obrigatório aos órgãos públicos de todas as esferas, criado para facilitar e legalizar negociações entre governo e particulares, desde que seja predominante o interesse e satisfação do público, respeitando-se os princípios legais.

Quando a administração pública necessita adquirir bens, contratar a prestação de serviços ou realizar obras faz uma licitação para selecionar com quem celebrará esses tipos de contratos. Sendo um procedimento preliminar a um contrato, difere deste por não acarretar qualquer comprometimento orçamentário ou financeiro.

O objetivo de uma licitação é garantir a observância do princípio constitucional da isonomia e selecionar a proposta mais vantajosa ao interesse público.

Não conseguindo atingir estes objetivos, é preciso rever todo o processo licitatório e se possível revogar a licitação. A licitação exige que haja uma competição entre os participantes, caso não tenha nenhum participante, perde o sentido a licitação. A licitação visa à disputa e o confronto entre os licitantes.

O que se pretende com a licitação é a escolha de um provável contratante; inclusive, em certos casos, o contrato pode até não se realizar. A partir desse raciocínio, infere-se que o instituto da licitação não é matéria de direito financeiro.

Marçal Justen Filho (1998, p. 348) identifica que em relação às fases que envolvem as licitações, é possível identificar etapas internas e externas. No que tange às referidas internas das licitações, estas se distinguem assim por se situarem apenas no âmbito interno da administração. A fase externa é assim chamada por descrever atos destinados diretamente e selecionar contratante e proposta mais vantajosa. Tal fase está descrita no art. 43 da lei nos seus incisos I a IV.

O procedimento da licitação tem seu início a partir da repartição que tem interesse na abertura do processo, assim, a autoridade competente autoriza ou determina sua realização. A fase inicial interna do procedimento se refere ao projeto básico, prosseguindo o processo licitatório unir-se-ão aos autos o edital, publicações, atas pareceres, impugnações, recursos,

decisões, termos e demais elementos relacionados com a licitação, além da documentação e das propostas dos licitantes, que devem ser anexadas ao processo.

Conforme Rego (2003, p. 129), a fase externa da licitação é desenvolvida através da seguinte sequência:

- Audiência pública;
- Edital ou convite de convocação dos interessados;
- Recebimento da documentação e propostas;
- Habilitação dos licitantes;
- Julgamento das propostas;
- Adjudicação e homologação (nesta etapa também pode ocorrer a anulação ou a revogação da licitação)

De acordo com Bandeira Mello (2004), a fase do edital do processo licitatório refere-se à convocação dos interessados e onde são estabelecidas as condições que dizem respeito ao regimento do certame.

Conforme afirma Meirelles (1990), o edital é o instrumento através do qual a administração leva ao conhecimento público a abertura de concorrência ou da tomada de preços, fixa as condições de sua realização e convoca os interessados para a apresentação de suas propostas.

As indicações do edital e seus anexos (projetos, plantas, desenhos, especificações técnicas, planilhas, organogramas) consubstanciam a vontade da Administração sobre a obra, a compra, a alienação ou o serviço desejado pelo Poder Público e orientam os interessados no preparo das propostas (MEIRELLES, 1990, p. 130).

Assim, importa citar que a divulgação do edital é obrigatória pela imprensa oficial nos caso de concorrência, tomadas de preços, concurso, leilão e pregão. Importante também é que o edital pode ter sua divulgação tanto na íntegra como de forma resumida em avisos ou comunicados sobre a licitação.

No que tange, as considerações gerais sobre o edital, importa considerar:

- Conteúdo e requisitos: onde são analisadas as condições para participar da licitação, os objetivos da licitação, prazos e condições, garantias, condições de pagamento e reajustamento de preços, recebimento do objeto da licitação, critério de julgamento, recursos admissíveis e informações sobre a licitação.
- Impugnação do edital: deve ser feita de forma administrativa, sempre antes da entrega das propostas. Posteriormente, sem protesto, entende-se que

determinado conteúdo e suas exigências foram aceitos por todos os participantes da licitação.

- Convite: é uma forma simplificada de edital sem a publicidade deste e só é admitida nas licitações de pequeno valor.

A etapa da habilitação, por sua vez, diz respeito ao ato pelo qual são organizadas as propostas admitidas. Assim, Meirelles (1990) conceitua:

Habilitação ou qualificação do proponente é o reconhecimento dos requisitos legais para licitar, feito, em regra, por Comissão, que, no caso do convite, pode ser substituída por servidor designado por autoridade competente para o procedimento licitatório (art. 51, §1º), caracterizando-se como ato prévio ao do julgamento das propostas (art. 43, I e II, e §5º). (MEIRELLES, 1990, p. 144)

Todavia, Meirelles (1990) também aponta que, quando do interesse da administração no comparecimento do maior número de licitantes, o exame das propostas restringe-se aquelas que realmente possam ser aceitas, em razão da pessoa do proponente. Isto porque a administração só pode contratar com quem tenha qualificação para licitar, ou seja, o interessado que, além da regularidade com o fisco, demonstre possuir capacidade jurídica para o ajuste; condições técnicas para executar o objeto da licitação; idoneidade financeira para assumir e cumprir os encargos e responsabilidades do contrato.

A etapa da habilitação se desenvolve em oportunidades diversas e por diferentes sistemas para determinadas modalidades licitatórias, a seguir:

- Concorrência;
- Habilitação ou inabilitação;
- Registro cadastral;
- Convite;
- Carta convite;
- Concurso;
- Leilão;
- Pregão;

Nesse sentido, a habilitação geralmente é feita pelo mesmo órgão julgador da licitação, mas pode ser realizada pela comissão de julgamento do registro cadastral quando existente na unidade administrativa interessada na concorrência.

2.2 Histórico do Surgimento do Pregão

A seguir discorreremos sobre o surgimento e evolução do pregão. Tudo começou com o surgimento das licitações. Segundo Adriana Maurano:

A licitação introduzida no direito público brasileiro há mais de um cento e quarenta anos, pelo Decreto nº 2.926, de 14.05.1862, que regulamentava as arrematações dos serviços a cargo do então Ministério da Agricultura, Commercio e Obras Públicas⁴ (MAURANO, 2004, p. 1)

Embora nem sempre tenha tido destaque, o procedimento licitatório veio a ser consolidado, no âmbito federal, pelo decreto nº 4.536, de 28 de janeiro de 1922, através da organização do Código de Contabilidade da União (arts. 49 – 53).

A partir do antigo código, o procedimento licitatório veio evoluindo, com o objetivo de conferir maior eficiência às contratações públicas, sendo, por fim, sistematizado através do Decreto Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967 (arts. 125 a 144), que estabeleceram a reforma administrativa federal e estendida, com a edição da Lei nº 5.456, de 20 de junho de 1968, as administrações dos estados e municípios.

O Decreto Lei nº 2.300, de 21 de novembro de 1986, atualizado em 1987, pelos Decretos Lei nº 2.348 e 2.360, instituiu pela primeira vez, o Estatuto Jurídico das Licitações e Contratos Administrativos, reunindo normas gerais e especiais relacionadas à matéria.

A Constituição de 1988 representou um notável progresso na institucionalização e democratização da administração pública, pois apesar dos textos constitucionais anteriores contemplarem dispositivos relacionados ao acesso a função pública e ao regime do funcionamento estatal, a verdadeira constitucionalização da administração pública somente foi efetivada nesta data.

Foi somente a partir de 1988 que a licitação recebeu *status* de princípio constitucional, sendo obrigatória pela administração pública direta e indireta de todos os poderes da União, Estados, Distrito Federal e Municípios. O disposto no art. 37, XXI da Constituição Federal consagra este entendimento, apenas sendo dispensada ou inexistida a licitação nos casos expressamente previstos em Lei.

O princípio de licitar está intimamente ligado aos princípios da indisponibilidade e supremacia do interesse público que são os princípios norteadores da atividade estatal. O fato

⁴ Decreto nº 2.926 de 14 de maio de 1862 - Approva o Regulamento para as arrematações dos serviços a cargo do Ministerio da Agricultura, Commercio e Obras Publicas. Disponível em <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-2926-14-maio-1862-555553-publicacaooriginal-74857-pe.html>. Acessado em 09/03/2014.

de ter sido alçado ao status de princípio constitucional é de extrema importância para a análise do procedimento licitatório dentro do ordenamento jurídico.

A magnitude de um princípio constitucional é tamanha, que motivou Celso Ribeiro Bastos a se manifestar no sentido de que a não observação de um princípio informador de determinado sistema é muito mais grave do que a violação da própria lei aplicada. (REGO, 2003, p.63)

Conforme explica o constitucionalista, a infração da lei é mal menor se considerada em relação a não observância de um princípio, pois os mesmos, em razão da lei ser abstrata, são os que apresentam e esclarecem os critérios para uma interpretação da lei que seja lógica, legal e justa.

O art. 37, XXI, da Constituição Federal é que disciplina as licitações e contratos da administração pública, foi regulamentado pela Lei nº 8.666 de 21 de junho de 1993 e suas alterações e estabelece no art. 22 as cinco modalidades licitatórias: concorrência, tomada de preços, convite, leilão e concurso.

Publicada no Diário Oficial da União de 05 de maio de 2000, a Medida Provisória nº 2.026, de 04 de maio de 2000 que instituiu a nova modalidade de licitação, a qual chamou pregão, definindo-a como apropriada para aquisição de bens e contratação de serviços comuns. Tal MP teve sua eficácia prolongada mediante reedições mensais, com pequenas alterações, não sendo naquele momento, aplicável em estados e municípios.

Mas foi somente em 2001 que a Medida Provisória nº 2.182-18, de 23 de agosto de 2001 instituiu, no âmbito da União, a nova modalidade de licitação. As sequentes reedições suscitavam dúvidas quanto a sua constitucionalidade, pois não se tratava de norma geral, ao estar restrito ao âmbito da administração federal. Isso porque o art. 22, §8º, da Lei nº 8.666/93 veda a criação de outras modalidades de licitação, salvo se introduzidas por outra norma geral. (Meirelles, 2004, p. 151)

A Lei Federal nº 10.520 de 17 de julho de 2002, converteu a referida medida provisória em norma geral, passando o procedimento a ser deferido nas três esferas, ou seja, passou a caber a União, estados, distrito federal e aos municípios, destinando-se a aquisição de bens, produtos e serviços comuns à administração. Dessa maneira, os demais membros da federação ficaram dispensados de editarem leis próprias sobre o assunto.

2.2.1 Vantagens e Facilidades

Quanto às vantagens e facilidades do pregão podemos destacar as seguintes: recurso administrativo, inversão das fases, maior transparência, possibilidade de disputa, vinculação com o módulo SIAFI - Sistema Integrado de Administração Financeira⁵, menor prazo de publicidade, a inexistência de limite de valor e, no caso do pregão eletrônico, a não necessidade dos proponentes estarem presentes fisicamente.

Quanto ao recurso administrativo, em caso de pregão, existe apenas uma fase recursal, enquanto que em licitações em geral há recurso administrativo cabível nas fases de habilitação e propostas.

A inversão das fases se dá, primeiramente pela abertura das propostas de preços e, somente mais tarde abrirá a habilitação dos licitantes que venceram o certame. Isso agiliza o processo, evitando análise de documentos de inúmeras empresas que não foram vencedoras.

Pode-se afirmar que existe maior transparência neste tipo de processo licitatório porque, nesses casos, toda a sociedade pode acompanhar, em tempo real, os pregões em andamento. Isso também colabora para que ocorram menos fraudes.

⁵ O SIAFI – Sistema Integrado de Administração Financeira é o instrumento utilizado pelo Governo Federal para acompanhamento, registro e controle da execução orçamentária, financeira e patrimonial. Para conhecer melhor, detalhes estão disponíveis em <https://www.tesouro.fazenda.gov.br/pt/siafi>. Acessado em 18/04/2014.

3 OS LIMITES ATUAIS DO PROCESSO LICITATÓRIO

A modalidade de licitação denominada pregão pode ser descrita como a modalidade de licitação mais inovadora e transformadora já desenvolvida pela administração pública. Na prática, atingiu a burocracia do estado, agilizando os processos, provendo maior transparência e reduzindo de maneira significativa os custos totais dos processos de compras da administração pública.

O então Ministro do Planejamento Paulo Bernardo Silva⁶ quando da publicação do Decreto Presidencial nº 5.450, de 31 de maio de 2005, já considerava o pregão “a modalidade de licitação pública mais bem sucedida até hoje implementada, é mais rápida e reduz custos numa média entre 15% e 30% nas das compras governamentais”.

Em 2013, durante a Oficina Temática de Pregões⁷, realizada na cidade do México e promovida pela Rede Interamericana de Compras Governamentais, a experiência brasileira foi apresentada para pelo menos 32 países. Segundo informações do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, desde 2008 o uso da ferramenta pelo Governo Federal já gerou 88% de economia em relação aos custos previstos.

No entanto, embora tenha contribuído de maneira incontestável para uma grande mudança e evolução nos processos licitatórios, o Brasil vive um novo momento e nesta década desde a publicação do Decreto nº 5.450/05, a pressão popular acerca de contínuas inovações e novas ferramentas para agilizar o processo de compras da administração pública impera. Cabe ressaltar que o mais importante a respeito do aperfeiçoamento das normas de licitações são as mudanças sociais e culturais que elas ajudam a gerar. Isso se dá porque com o aperfeiçoamento das atividades da administração pública, incluindo os contratos administrativos e as licitações, pressupõem bem mais do que a simples edição de uma nova lei, pressupõem mudanças e melhorias que irão se refletir em uma forma mais justa e mais transparente de ação do governo.

⁶ www.governoeletronico.gov.br. Pregão torna-se obrigatório nas compras governamentais. Publicado em 13/07/2005. Disponível em <<https://www.governoeletronico.gov.br/noticias-e-eventos/noticias/serprogenoticia.2007-04-15.5354768683/?searchterm=pregão>> Acessado em 09/03/2014.

⁷ www.governoeletronico.gov.br. Experiência brasileira com pregão eletrônico é levada a 32 países. Publicado em 27/08/2013. Disponível em [https://www.governoeletronico.gov.br/noticias-e-eventos/noticias/experiencia-brasileira-com-pregao-eletronico-e-levada-a-32-paises/?searchterm=pregão eletrônico](https://www.governoeletronico.gov.br/noticias-e-eventos/noticias/experiencia-brasileira-com-pregao-eletronico-e-levada-a-32-paises/?searchterm=pregão%20eletrônico). Acessado em 09/03/2014.

3.1 O Regime Diferenciado de Contratação

Após a inserção do pregão eletrônico como modalidade licitatória preferencial para aquisição de bens e serviços comuns no âmbito da União, estados, distrito federal e municípios, as demais modalidades licitatórias permaneceram inalteradas durante este período.

No entanto, com os intensos e volumosos investimentos do Governo Federal materializados no Programa de Aceleração do Crescimento (PAC) e a necessidade de diversas e fundamentais intervenções nas cidades sede da Copa do Mundo de 2014 e no Rio de Janeiro, sede das Olimpíadas de 2016, o governo deparou-se com a burocracia, letargia e complexidade para realização de obras de infraestrutura e o cumprimento dos prazos pactuados.

O Regime Diferenciado de Contratação surgiu então, com o objetivo de tornar as licitações de obras e serviços de engenharia mais eficientes e céleres, sem afastar a transparência e o acompanhamento pelos órgãos de controle. Esta modalidade foi inspirada na legislação brasileira que disciplina as contratações por meio do pregão e nas regras de contratação da União Europeia, dos Estados Unidos e nas diretrizes da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico.

Materializada pela Lei Federal nº 12.462, de 05 de agosto de 2011, foi regulamentada pelo Decreto nº 7.581, de 11 de outubro do mesmo ano. Previa, originariamente, a aplicação exclusiva as licitações e contratos referentes às obras a serem realizadas nos aeroportos das cidades sede da Copa do Mundo e às Olimpíadas no Rio de Janeiro. Durante a tramitação do projeto nas Casas Legislativas, as emendas apresentadas e aprovadas estenderam sua aplicação a todas as licitações de obras para a Copa do Mundo e a todos os aeroportos de capitais distantes até 350 km das cidades-sede.

Diante da comprovada desburocratização do processo, foi estendida as ações integrantes do Programa de Aceleração do Crescimento (PAC), as obras e serviços de engenharia no âmbito dos sistemas públicos de ensino e das obras e serviços de engenharia no âmbito do Sistema Único de Saúde - SUS. Ricardo Barreto de Andrade e Vitor Lanza Veloso (s/d), afirmam que a Lei Federal nº 12.462, instituiu de fato uma nova modalidade de licitação ao arcabouço legal:

A Lei nº 12.462 parece ter instruído uma nova modalidade de licitação, combinando alguns elementos, das modalidades até então existentes na disciplina administrativa com a introdução de relevantes inovações, para conformar o que denomina Regime Diferenciado de Contratações Públicas. Nessa perspectiva, no seu âmbito de

incidência, o RDC constitui modalidade procedimental autônoma, abrangendo a seleção e contratação necessárias à obtenção do bem ou serviço demandado pela Administração.

A crítica a esta nova modalidade não reside apenas no fato da simplificação das contratações e sim pelo fato de envolver obras e serviços que dispendem recursos públicos em volumes sempre na casa dos milhões e/ou bilhões. Além disso, é nas compras públicas que residem, ainda, a porta principal para atos de corrupção entre agentes públicos e privados.

No entanto, a preocupação com a transparência, a eficiência e o controle externo não apenas estão expressos na Lei, como também, passa a ser um princípio da Lei:

A busca pela eficiência, veiculada na Lei do RDC tanto como objetivo quanto como princípio, parece indicar, no âmbito das licitações e contratos por si disciplinados, a persecução de um interesse público qualificado pela utilização ótima do tempo, dos procedimentos e dos recursos disponíveis. (BARRETO DE ANDRADE e LANZA VELOSO, s/d)

Os avanços da nova legislação são o contínuo estímulo à informatização do processo licitatório, tornando-o mais ágil e transparente. Permite, também, um acompanhamento quase em tempo real das contratações e a todos os detalhes do processo por parte dos órgãos, assegurando aos órgãos de controle acesso total e irrestrito às informações relativas à contratação.

Porém, não há literatura disponível em abundância para analisar se realmente será um ganho para administração pública este novo procedimento licitatório. Também, a sua própria concepção e implantação incorreram da urgência em atender os prazos estipulados pelos grandes eventos, não precedendo um amplo debate sobre o processo de compras da administração pública e a Lei nº 8.666/93. Ricardo Barreto de Andrade e Vitor Lanza Veloso (s/d), também percebem avanços na nova modalidade, mas alertam:

Em geral, o Regime Diferenciado de Contratações Públicas oferece importantes instrumentos que concorrem para eficiência e celeridade dos processos licitatórios sob sua aplicação. De igual modo, introduz relevantes inovações no que se refere à contratação e execução dos contratos públicos, com vistas à obtenção da melhor relação custo-benefício para a Administração e para os interesses da sociedade.

Deverá contribuir para viabilizar tempestivamente os projetos necessários à organização dos eventos esportivos programados para o período 2013-2016. A crítica de fundo, contudo, parece residir na adoção de um regime excepcional e temporário para solução episódica de problemas pontuais em projetos específicos. Entende-se que o debate em torno do RDC poderia ter culminado em esforços para o aprimoramento da Lei nº 8.666 e das licitações e contratos administrativos de que a Administração em geral se utiliza.

Por ser uma nova modalidade de licitação, o Regime Diferenciado de Contratação não possui um banco de dados qualitativo ou quantitativo que comprove de maneira tácita sua

eficácia e efetividade. No entanto, os primeiros resultados das licitações realizadas neste novo modelo vêm apresentando no curto prazo ganhos para a administração pública. O Governo Federal, através do Ministério do Planejamento Orçamento e Gestão, afirma que nos primeiros meses de implantação há significativa redução dos custos e prazos do processo licitatório. O Diretor do Programa de Rodovias e Ferrovias da Secretaria do Programa de Aceleração do Crescimento (PAC), Marcelo Bruto (s/d), afirma que a modalidade está superando as desconfianças e se popularizando no seio da administração pública, nas suas palavras:

Pelo menos nove entidades federais já lançaram licitações pelo RDC.(...) Após uma fase inicial de aprendizado, a gente vive hoje uma fase de desmistificação e, em breve, teremos a disseminação em estados e municípios.

Já o superintendente de licitações da Infraero, José Antônio Pessoa Neto (s/d), atribui a “unificação dos prazos” a maior agilidade do processo de licitação, “(...) Tínhamos concorrências que levavam 160 dias, hoje, concorrências do mesmo porte levam 75 dias”.

O Regime Diferenciado de Contratação é inspirado na mecânica do Pregão Eletrônico. O RDC se apoia na inversão de fases, prazo único para recursos e avança em relação ao Pregão Eletrônico, pois adapta para a contratação de obras e serviços de engenharia as mesmas inovações do pregão para a aquisição de bens e serviços comuns, apresentando prazos mais curtos para conclusão de obras comparadas as demais modalidades previstas na Lei 8.666/93.

Com o RDC, espera-se maior agilidade e principalmente qualidade na execução dos projetos de engenharia contratados. A empresa habilitada para executar uma obra nesta modalidade, precisa apresentar o projeto básico de engenharia cada vez mais próximo da realidade, pois como há o sigilo do orçamento, as empresas não sabem quanto a administração está disposta a investir na obra licitada. Assim, supera-se a disputa pelo menor preço e posteriormente, intermináveis aditivos que elevavam os preços a valores exorbitantes. Assim, as empresas precisam se preocupar em estudar os projetos de engenharia, para enfrentar a disputa licitatória oferecendo um preço capaz de suprir a total execução do objeto licitado.

No entanto, assim como o pregão eletrônico, o RDC enfrenta resistências quanto a sua implementação. A superação destas desconfianças é a ampliação do modelo para as demais esferas da administração pública. No caso do Pregão Eletrônico, o Governo Federal o tornou modalidade licitatória obrigatória para aquisição de bens e serviços comuns, o que ainda não ocorreu com o RDC. Apenas alguns órgãos da Administração Pública Federal como o Departamento Nacional de Infraestrutura e Transportes (DNIT) e a Empresa Brasileira de

Infraestrutura Aeroportuária (INFRAERO) se destacam na utilização e popularização do RDC. Alguns estados e municípios já estão utilizando a ferramenta como experiência, mas sua consagração pode ser atingida com a mesma decisão aplicada ao pregão.

No pregão, as vantagens ficaram evidenciadas como a inversão das fases, maior transparência, possibilidade de disputa, a inexistência de limite de valor e, no caso do pregão eletrônico, a não necessidade dos proponentes estarem presentes fisicamente, o que ampliou de maneira significativa a possibilidade de diversos atores se habilitarem para o certame licitatório através da internet. Já no RDC, por se tratar de um processo licitatório para obras e serviços de engenharia, o preço não é a única variável determinante para a contratação. Aqui, a técnica e a capacidade do licitado é fundamental. Assim, o grande diferencial do RDC é a redução nos prazos entre contratação do projeto e execução da obra licitada. O coordenador de desenvolvimento de projetos do Departamento Nacional de Infraestrutura e Transportes (DNIT), André Kuhn (s/d), destaca as vantagens da utilização do RDC nas licitações do órgão afirmando:

O DNIT já tem 88 editais, sendo 41 contratos assinados, totalizando R\$ 8,7 bilhões. O tempo médio de licitação por concorrência pública era de 285 dias, e com a RDC reduzimos para 89 dias. E observamos que os descontos não fugiram da média histórica dos pregões. O RDC está proporcionando, em média, um desconto de 13,7%. Houve ganho de eficiência sem perder a qualidade da contratação.

Assim, para avaliar a eficácia do RDC, tendo em vista que estamos tratando de obras e serviços de engenharia que geralmente, se concretizam em melhorias significativas para o conjunto da população, o tempo torna-se uma variável fundamental ao lado, claro, dos valores investidos. Além da redução do tempo, os valores gastos também serão menores, pois com um único ator responsável pelo projeto e pela execução da obra, teremos a execução da obra em menor prazo e pelos valores originariamente pactuados.

No entanto, a superação da desconfiança com o RDC só será conquistada com os resultados práticos de sua implementação pelo Governo Federal e demais órgãos da administração pública. O RDC enfrenta duas ações diretas de inconstitucionalidades (ADINS) no Supremo Tribunal Federal, onde são questionadas as relevâncias do sigilo do orçamento, a contratação integrada (projeto+obra) e detalhes subjetivos para decisão do Poder Executivo, como a decisão de quais obras serão alvos do RDC.

O Regime Diferenciado de Contratação já está inserido no rol de modalidades licitatórias do país. Atualmente, as duas Adins têm origem e motivações divergentes. Uma é de autoria dos partidos de oposição ao Governo Federal, PSDB, DEM e PPS. A outra é de autoria da Procuradoria Geral da República. Assim, o sucesso do RDC precisará superar e

enfrentar atores políticos e institucionais. Marcelo Bruto (s/d) destaca que “tudo que é novo tem certa resistência. Assim como tivemos resistências com o pregão eletrônico, também houve com o RDC”:

O Governo Federal tem insistido na eficácia da ferramenta. Cabe salientar, que assim como pregão eletrônico, o RDC altera o processo de compra e aquisição do poder público. Ao alterar esta lógica, sabe-se que também se altera a relação de poder que envolve e pressiona os agentes de estado que dirigem os processos licitatórios. Os desafios desta modalidade estão se iniciando e os resultados preliminares de um processo mais célere mesmo para obras e serviços complexos, vem apresentando resultados significativos na redução do tempo e de custos. Contudo, assim como foi para o pregão, a transparência e o controle social serão as garantias do sucesso da modalidade.

O RDC se configura como uma resposta política para um problema real do Estado Brasileiro, a sua burocracia e letargia para a concretude das necessidades da população. Aqui, a decisão política de executar com celeridade grandes obras, colocou a técnica subjugada à política, isto, sem em nenhuma hipótese caracterizar alguma ilegalidade ou desrespeito às normas vigentes.

Embora possa continuar a existir questionamentos quanto à legalidade do RDC, sua eficácia só poderá ser comprovada ao longo do tempo a partir da análise das premissas iniciais: melhor aquisição, pelo melhor preço, ao menor tempo, resultando no atendimento da necessidade da administração pública.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A globalização inegavelmente detém uma grande responsabilidade quanto à situação de crise que vive o espaço político, pois acabou impondo, a esse universo, transformações consideráveis que levaram os Estados Nacionais a perderem uma parcela da sua soberania e autonomia, bem como colocaram em cheque a própria capacidade da democracia de se apresentar como uma saída possível. É preciso então repensar a própria forma do Estado para fazer frente a esses impactos que o neoliberalismo provocou.

A reforma do Estado deve se realizar mediante uma ruptura com o paradigma ainda dominante nos estudos desta área. Para tanto, impõe-se considerar os aportes da teoria democrática contemporânea. Tal teoria prevê que não basta mais e mais concentração do poder técnico. É preciso levar em conta a dimensão política da reforma do Estado e não apenas seus aspectos técnicos, administrativos, fiscais e financeiros. A ênfase na política, por sua vez, implica obter aquiescência às diretrizes estatais, produzir o acatamento aos ordenamentos e prescrições tanto administrativas como legais. Requer, enfim, o fortalecimento das conexões do estado com a sociedade e com as instituições representativas.

Tendo isso em vista, podemos ressaltar as perspectivas que preconizam novos estilos de gestão pública, revertendo o isolamento e o confinamento burocrático. Estas novas perspectivas implicam em criar formas mais práticas de tratar a administração pública, agilizar trâmites, estreitar os vínculos com a política, reforçar instrumentos de responsabilização da administração pública por controle parlamentar, dar mais força à sociedade civil, sem enfraquecer o poder de coordenação do Estado e diversificar os espaços de negociação e as táticas de alianças envolvendo diferentes atores, associando o aumento da participação com o reforço das instituições representativas. Uma das maneiras referidas de se transformar de forma efetiva e prática o governo, como visto na presente pesquisa, foi adotar o uso de novas tecnologias. As duas formas de responsabilização pública, por controle parlamentar e pela participação social, longe de serem incompatíveis, reforçam-se mutuamente, como ressalta a teoria democrática contemporânea.

Em suma, salientamos que para fazer frente ao neoliberalismo é preciso que os próprios estados democráticos sejam repensados e reformados, uma vez que o neoliberalismo afetou seus fundamentos, conforme atestou José Maria Gómez:

(...) o incremento da polarização social, em escala doméstica e global, e a erosão da solidariedade social decorrentes de duas décadas de intensa globalização econômica (afetando especialmente a figura do Estado de Bem Estar e os direitos sociais) têm provocado fortes restrições no duplo registro mencionado. Assim, como a dimensão sempre presente de cidadania ativa comprometida com a busca da boa sociedade em termos de democracia substantiva. Mas com isso, o contexto de interconexões regionais e globais afetou a cidadania democrática em um nível mais profundo, no da própria concepção de demos e comunidade política, revelando sua inadequação crescente à identificação essencialista do povo que vive na unidade territorial delimitada e exclusiva do estado-Nação (GÓMEZ, 2000, p. 65).

As formas de negociar utilizadas pelo governo também são expressões do estado de direito democrático. Ao democratizar as compras públicas, ampliando a disputa, agilizando trâmites, tornando os atos transparentes e fazendo uso das tecnologias de comunicação e informação, o estado ratifica sua natureza democrática que visa subordinar suas ações ao crivo da sociedade.

Neste estudo pôde-se concluir que a licitação é o procedimento administrativo através do qual a administração pública seleciona a proposta que oferece mais vantagens para o contrato de seu interesse, promovendo agilidade, praticidade e maior democracia, visto que possibilita a qualquer negociante participar das concorrências.

Pode-se dizer que é um procedimento rigorosamente determinado a que o poder público se submete, estando previsto na Constituição e em legislação infraconstitucional, que se desenvolve na ideia de competição isonômica entre os interessados em contratar. Daí a imprescindibilidade da análise do procedimento licitatório.

Na Carta Magna, em seu art. 5º é apresentado, como princípio máximo entre os direitos fundamentais, o princípio da isonomia que, combinado com os demais princípios norteadores da administração pública, institui como regra geral a obrigatoriedade da licitação nas contratações.

Percebeu-se a partir dos autores e artigos pesquisados que somente em casos excepcionais os órgãos da administração pública direta e indireta poderão realizar a contratação através de inexigibilidade de licitação⁸, existindo a presença simultânea dos requisitos da singularidade e da notória especialização.

Em qualquer ato da autoridade administrativa competente em desconformidade com as hipóteses previstas em lei, além de ser ato nulo, levará a abertura de processo para imputação das responsabilidades administrativas, civis e criminais, já que o que se pretende é

⁸ Artigo 25, inciso I, da Lei Federal nº 8.666/93. Quando é inviável a competição, como por exemplo, para aquisição de vale-transporte, pois só uma empresa pode ceder àquilo que a administração necessita.

defender a legalidade e a moralidade administrativa, refutando a possibilidade de utilização desvirtuada do patrimônio público.

O sistema jurídico brasileiro adotou uma série de princípios norteadores da atividade administrativa que devem ser aplicados a todos que direta ou indiretamente, lidem com dinheiro público, sob pena de, em caso de inobservância, serem devidamente responsabilizados civil, administrativa e penalmente, dependendo do grau de agressão ao Erário Público.

Na legislação de licitações, pode-se encontrar a coroação destas normas/princípios colocados à luz da melhor doutrina e jurisprudência nacional de forma a não permitir interpretações errôneas ou dar margem a ilegalidade, injustiça ou imoralidade, pois em nome da segurança jurídica, cada princípio tem seu papel na licitação, a fim de prezar a manutenção da democracia e do estado de direito.

Nossa legislação é ampla, democrática e resiste diariamente às ações de irresponsáveis aos quais insistem em burlar a lei, corrompendo os agentes públicos, invertendo a lógica da licitação.

É preciso que o Judiciário se mantenha em permanente vigília a proteção dos princípios de direito, notadamente, em relação aos princípios voltados para a licitação pública, pois embora teimem ainda os administradores inescrupulosos e imorais a querer atingir os princípios em sua base, somente se exercendo sua defesa, por meio de estudos e aperfeiçoamento da técnica legislativa, bem como pela conscientização de todos os setores da sociedade, é que se pode chegar a um desenvolvimento consciente, onde a honestidade poderá prevalecer, sem a necessidade de estar se buscando sempre, o amparo aos princípios legais.

A sociedade, por sua vez, tem obrigação de entender e acompanhar os processos licitatórios, uma vez que seu papel é entre o licitante e o licitador (governo e empresas) fiscalizar e controlar o uso e aplicação das verbas públicas, da melhor forma possível.

Como um inovador instrumento utilizado pelo Governo Federal, no princípio, e atualmente em vigor em todas as esferas de governo, em relação às alternativas e conceitos em licitações públicas anteriormente vigentes, o pregão eletrônico se configurou como uma quebra de paradigmas, no contexto do nosso ordenamento jurídico. A instauração do pregão como modalidade de licitação aponta para uma modernização desse sistema, conferindo à administração pública uma forma mais prática, econômica e eficaz para contratações.

O desafio constante de prover maior transparência nas licitações é um dos inegáveis legados do pregão, garantindo um maior controle da população sobre o que ocorre nas compras públicas evitando fraudes.

Inspirado pelos resultados do pregão e avançando para uma área ao qual este não se aplica – obras e serviços de engenharia – novas modalidades estão sendo testadas e implementadas pela administração pública, como o Regime Diferenciado de Contratação sendo o mais recente. O Regime Diferenciado de Contratação visa atingir um gargalo do processo licitatório atual, as obras e serviços de engenharia onde não é apenas a variável preço a determinante para a contratação. Este novo processo vem simplificando a contratação de grandes obras, pois, o mesmo interessado em negociar com o poder público concorre para elaborar o projeto de obra e também, para executá-lo. A desconfiança com o RDC reside que este surge no momento de pressão e atrasos nas obras para a Copa do Mundo e Olimpíadas. Contudo, recai sobre a sociedade, o legislativo e o judiciário o controle e acompanhamento necessários para dirimir e clarear quaisquer nuvens que possam por em dúvida a licitude do processo.

No entanto, não podemos subtrair que as compras públicas ainda consistem na principal porta e alvo da corrupção. Embora os avanços inegáveis do pregão, para contratação de bens e serviços comuns e da recente agilidade do RDC, para contratação de obras e serviços de engenharia, não foi possível avançar em um amplo debate sobre a Lei nº 8.666/93, suas virtudes e fraquezas. Assim, podemos concluir a presente análise propondo a revisão de todo o processo de compras, não analisando isoladamente uma ou outra política, mas construindo com a sociedade, uma legislação que atenda aos anseios de toda a comunidade.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Ricardo Barretto de; VELOSO, Vitor Lanza. Uma visão geral sobre o regime diferenciado de contratações públicas: Objeto, objetivos, definições, princípios e diretrizes. S/d. Disponível em: http://www.justen.com.br/pdfs/IE60/IE60_Ricardo_e_Vitor_RDC.pdf. Acessado em 09/03/2014.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 17ª ed. 2004.

BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia; uma defesa das regras do jogo**. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986. (Coleção Pensamento crítico, 63). Disponível em <http://www.libertarianismo.org/livros/nbofdd.pdf>. Acessado em 08/03/2014.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional**. 6ª ed. Coimbra: livraria Almedina, 1993.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. São Paulo: Saraiva 1998.

DI PRIETO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 13ª ed. São Paulo: Atlas, 2001.

GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2004.

GÓMEZ, José Maria. **Política e Democracia em Tempos de Globalização**. Petrópolis: Vozes, 2000.

HOOKE, Sidney. **Paradoxes of Freedom**. New York: Prometheus Books, 1987.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. São Paulo: Dialética, 1998.

MAURANO, Adriana. Trecho extraído, com autorização da autora, do Parecer Jurídico “**A instituição do pregão para aquisição de bens e contratação de serviços comuns**”. 2007

MEIRELLES, Hely Lopes. **Licitação e Contrato Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 1990.

MOTTA, Carlos Pinto Coelho. **Eficácia nas licitações e contratos**. 8ª ed. Belo Horizonte. Del Rey, 1999.

NUNES, Pedro. **Dicionário de Tecnologia Jurídica**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1993.

RAMOS JÚNIOR, Hélio Santiago. Democracia eletrônica e direitos fundamentais na sociedade da informação: desafios para o governo eletrônico no Brasil. In: **AR: Revista de Derecho Informático**. Nº 113 – Diciembre del 2007. Disponível em : <http://www.plataformademocratica.org/Publicacoes/14284.pdf>. Acessado em 08/03/2014.

REGO, Silvio Roberto Seixas. **Processo licitatório: contraditório e ampla defesa: doutrina e jurisprudência**. São Paulo: EDIPRO, 2003.

RIBEIRO, R. J. **A Democracia**. 1ª ed. São Paulo: Publifolha, 2001. V. 1.

ROVER, A. J. Governo eletrônico: uma introdução. In: **Anais da II Conferência Sul-Americana em Ciência e Tecnologia Aplicada ao Governo Eletrônico**. Ijuris: Florianópolis, 2005.

SANCHEZ, Oscar Adolfo. O Governo Eletrônico no Estado de São Paulo. In: **Série Didática nº 6 – julho 2003**. Disponível em: http://www.cedec.org.br/files_pdf/DIDATI7-GOV%20ELETR.pdf. Acessado em 09/03/2014.

SILVA, Antônio Araújo da. **A economia das compras governamentais em decorrência do Pregão Eletrônico – uma abordagem econométrica**. Dissertação de Mestrado. Universidade Federal do Ceará. Fortaleza, 2007. Disponível em: <http://portal2.tcu.gov.br/portal/pls/portal/docs/2055110.PDF>. Acessado em 10/03/2014.

SILVA, Danillo Moreira Dias da. **Pregão Eletrônico: Vantagens Para A Administração Pública**. In: Webartigos.com. Acessado em 09/03/2014.

SILVA, Gustavo Pamplona. **Governo Eletrônico**. In: Portal Boletim Jurídico. Disponível em: <http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=1146>. Acessado em 08/03/2014.

www.governoeletronico.gov.br. **Pregão torna-se obrigatório nas compras governamentais**. Publicado em 13/07/2005. Disponível em <https://www.governoeletronico.gov.br/noticias-e-eventos/noticias/serpropgenoticia.2007-04-15.5354768683/?searchterm=pregão>. Acessado em 09/03/2014.

www.governoeletronico.gov.br. **Experiência brasileira com pregão eletrônico é levada a 32 países.** Publicado em 27/08/2013. Disponível em [https://www.governoeletronico.gov.br/noticias-e-eventos/noticias/experiencia-brasileira-com-pregao-eletronico-e-levada-a-32-paises/?searchterm=pregão eletrônico](https://www.governoeletronico.gov.br/noticias-e-eventos/noticias/experiencia-brasileira-com-pregao-eletronico-e-levada-a-32-paises/?searchterm=pregão+eletrônico). Acessado em 09/03/2014.

Convergência Digital. **Governo diz que RDC já reduziu prazos de licitações.** Publicado em 12/04/2013. Disponível em <http://convergenciadigital.uol.com.br/cgi/cgilua.exe/sys/start.htm?inford=33477&sid=10#.U1F6HJVOXIU>. Acessado em 18/04/2014.