

LICITAÇÃO: ALGUNS PONTOS POSITIVOS E NEGATIVOS

Luis Antonio Rigailo¹

RESUMO

Trata-se de abordagem pontual dentro do vasto campo da licitação. Esta se constitui em medida moralizante, cuja presença no universo jurídico pode ser observada, em Portugal, desde o início da monarquia, estendendo-se até os dias atuais. É apontado o grande formalismo em que toda a legislação pertinente está mergulhada, como um dos entraves principais a cercear qualquer iniciativa visando a aperfeiçoar o procedimento. Embora a legislação atual (Lei n. 8.666/93) seja fruto de natural evolução legislativa, a lei anterior reguladora das licitações, possuía dispositivos que ainda hoje são necessários. A nova modalidade de licitação pregão criada pela Lei n. 10.520/2002, saudada inicialmente pela doutrina, como a modalidade que viria substituir o procedimento regulado pela Lei n. n. 8.666/93. A prática, todavia, demonstra que a modalidade pregão é inadequada para selecionar número elevado de itens.

Palavras-chave: licitação; modelo; atualidade.

1. ALGUNS DADOS HISTÓRICOS QUE POSICIONAM A LICITAÇÃO NA ORDEM JURÍDICA.

É questão incontroversa na história jurídica brasileira a sua total sujeição à ordem jurídica portuguesa especialmente entre os primórdios do descobrimento do país até o ponto que marca o início da monarquia no Brasil, com Pedro I. Lenta e gradativamente essa presença da ordem jurídica portuguesa vai enfraquecendo a medida que a monarquia brasileira vai-se fortalecendo, culminando com a ruptura total com a ordem jurídica portuguesa em 1822, com a declaração de independência do Brasil.

É interessante observar que mesmo durante o longo interregno em que o Brasil viveu sob a total sujeição à ordem jurídica

portuguesa, já se observa no longínquo século XVI, que assinala o descobrimento do Brasil, a existência no corpo das Ordenações Filipinas (1592), de disposição legislativa encontrável no v.1, Tít. 76,1737, cujo comando impunha tanto no Brasil quanto em Portugal, e que está assim redigido na sua parte inicial (MOTTA, 2002, p.5):

“E não se fará obra alguma, sem primeiro andar em pregão, para se dar de empreitada a quem houver de fazer melhor e por menos preço”;

O termo pregão utilizado pelo legislador quinhentista não tem evidentemente o sentido técnico-jurídico dos dias de hoje, especialmente depois da promulgação da Lei n. 10.520 de 17-7-2002 (que criou a modalidade pregão), todavia o

¹Professor de direito administrativo da Universidade Estadual de Ponta Grossa

termo usado no texto da Ordenação foi empregado em seu sentido vernacular comum, isto é, constituía dever do agente público o de anunciar, apregoar, divulgar o objeto de interesse do Poder Público, que era uma empreitada, naquela época empregado este termo também em sentido genérico, ou seja, como trabalho a ser executado, tarefa a ser realizada por um particular, ou grupo de pessoas privadas, para o Poder Público.

Ao anunciar aos possíveis fornecedores, o interesse na aquisição de determinado bem ou na execução de determinado serviço, as autoridades públicas portuguesas estavam fazendo algo que faz até hoje 500 anos depois, isto é, estimulando a concorrência, a competição entre os possíveis interessados, para que estes, querendo fornecer determinado bem ao Poder Público, deveriam fazê-lo mediante preço menor e em condições mais favoráveis que os demais concorrentes.

A idéia de competição, de disputa, de concorrência entre os particulares para se eleger aquele cuja proposta melhor atende aos interesses públicos, levou o instituto a ser denominado, por muitos anos, de concorrência pública.

Ainda durante a monarquia brasileira, logo após o país ter a sua Constituição Monárquica brasileira, é editada em 1828 pelo Imperador Pedro I, Lei datada de 28 de agosto daquele ano, cujo art.5º apontava na mesma direção da Ordenação Filipina (MOTTA, 2002, p.5): “Art. 5º. Aprovado o plano de algumas referidas obras, imediatamente será a sua construção oferecida a Empresários por via de Editais Públicos, e, havendo concorrentes, se dará a preferência a quem oferecer maiores vantagens”.

O dispositivo retrotranscrito encerra a idéia de disputa, quando alude expressamente havendo concorrentes, e também chama a atenção para o critério que deve presidir o julgamento, ou que deve conduzir a seleção: ao que ofereça maiores vantagens ao Poder Público.

No interregno que medeia a proclamação da República (1889) até 1902, quando foi editada a Lei n. 2.221, em se tratando de matéria de natureza licitatória, continuaram em vigência normas e disposições ainda criadas ao tempo das monarquias portuguesa e brasileira.

Em 1922 surge o famoso Código de Contabilidade Pública da União, instrumentado pelo Decreto legislativo n. 4.536 de 20-1-1922, seu regulamento Decreto n.15.783 de 22-11-22 e Lei n. 4.632 de 6-1-1923.

Até então se vivia de dispositivos esporádicos, figurantes aqui e ali em norma de caráter público, entretanto, com o Código de Contabilidade Pública passa a concorrência a ser tratada de maneira mais ampla e com a vantagem de figurar num único texto. Conquanto não tenha recebido tratamento orgânico e sistemático ainda, são notórias, oportunas e necessárias várias de suas disposições como o art. 742 que dá preferência ao proponente nacional, o art.743 a escolha recaindo sobre o menor preço, arts. 745 e 756 regulando a publicidade do edital em no mínimo 15 dias, o art.749 que traz regras vigentes até os dias de hoje, como a vinculação rigorosa a instrumento convocatório e a impossibilidade de se oferecer vantagem ou redução sobre a proposta de menor preço, o art. 752 que obriga o registro em ata circunstanciada da licitação, exigência essa que se encontra até os dias atuais em toda sua plenitude, o art. 754 obrigando a elaboração de quadro de classificação das propostas em ordem decrescente, ou da melhor para as menos vantajosas, o art. 755 por exemplo que, embora não figure mais nos novos textos das leis licitatórias, trata de importante disposição de caráter moralizante, pois previa “anulação da concorrência” quando a proposta mais vantajosa ultrapassasse a dez por cento (10%) aos preços praticados no mercado e ainda o art. 756 que fixava dois critérios de desempate, um deles por sinal, tão criativo, que sua idéia vai ser aproveitada 80 anos depois, com a

instituição de uma nova modalidade de licitação, chamada pregão. O referido art. 756 previa como primeiro critério de desempate, uma concorrência entre as duas (ou mais) propostas empatadas, sugerindo que aquele que melhorasse sua proposta leia-se: reduzisse o preço, p.ex. venceria o certame. Os apontamentos aqui referidos sobre os artigos específicos do Código de Contabilidade Pública foram colhidos de Motta (2002, p.5 e 6).

De 1922 a 1967 foi a diretriz legislativa que regulou o procedimento licitatório e são raras as normas merecedoras de algum registro, por pouco oferecerem ao entendimento e aperfeiçoamento das figuras vinculadas às concorrências públicas, cabendo apenas a referência à Lei n. 4.401 de 10-11-1964 que, ao estabelecer normas para licitação de serviços e obras e aquisições de materiais, menciona pela primeira vez em texto legislativo, o termo licitação, em lugar de concorrência pública, abrangendo as modalidades do procedimento (MOTTA, 2002, p.6).

Em 1967 surge na ordem jurídica brasileira o Decreto-lei n. 200 de 25-2-1967, que procura reunir em 19 artigos (arts.125 a 144) disposições de caráter geral, que regulam o procedimento licitatório. Por força ainda da Lei n. 5.456/68, esta determina que as normas contidas no Dec. - lei n. 200/67, referentes à licitação, aplicam-se aos Estados e aos Municípios.

Em 1986 aparece no universo jurídico brasileiro o Decreto-lei n. 2.300 de 21-11-1986, que trata da licitação e dos contratos administrativos, de maneira orgânica, sistematizada. Trata-se de instrumento jurídico muito bem organizado e articulado sobre o qual só se pode tecer elogios, por ter dado ao procedimento licitatório, uma estrutura lógica, sistemática e organizada. A seu favor ainda pode-se dizer que referida lei deu contornos definitivos para a figura da licitação. Embora não mais vigente o instrumento legal Decreto-lei n. 2.300/86 ,

pode-se afirmar sem qualquer dúvida, que o seu teor em tudo e por tudo, continua em vigência pela atual lei das licitações que, a rigor nada mais fez do que se debruçar sobre o texto do citado Decreto-lei e acrescentar aqui e ali algumas achegas, cobrindo uma eventual lacuna, que a vivência diuturna com a referida legislação foi apontando.

A atual legislação disciplinadora das licitações e contratos administrativos Lei n. 8.666 de 22-6-1993 apenas melhora, completa, define alguns pontos e questões que precisavam dessas achegas. Na essência, porém, o que está aí é a ordem, a seqüência lógica, as figuras do Decreto-lei n. 2.300/86.

Os defeitos, os equívocos de um lado, os acertos, a presciência e a procedência de outro, apenas evidenciam que as disposições de um e de outro instrumento legislativo chegaram a um ponto que pouco ou quase nada têm a evoluir.

No tópico seguinte far-se-á breve análise de alguns dispositivos, ao mesmo tempo em que se procurará responder uma indagação: será que o modelo de licitação positivado na ordem jurídica brasileira não está esgotado, e a realidade atual não está apontando para outro modelo menos formal?

2. CONSIDERAÇÕES SOBRE ALGUNS DISPOSITIVOS DA LEI DE LICITAÇÕES

O art. 4º da Lei n. 8.666/93, especificamente seu parágrafo único traz importante comando que se pode alçá-lo à condição de princípio. Referido parágrafo está assim redigido:

“O procedimento licitatório previsto nesta lei caracteriza ato administrativo formal, seja ele praticado em qualquer esfera da Administração Pública”.

Antes de se examinar o parágrafo transcrito, cabe ser feito registro, ainda que em rápidas considerações, quanto ao sentido em que está sendo tomado o termo princípio. Neste passo é oportuno o pensamento de

Rothenburg (1999, p.18):

“Os princípios são dotadas de vagueza, no sentido de uma enumeração larga e aberta, capaz de hospedar as grandes linhas na direção das quais deve orientar-se todo o ordenamento jurídico. Trata-se da expressão dos valores principais de uma dada concepção do Direito, naturalmente abstratos e abrangentes. Não quer isso dizer, todavia, que os princípios são inteiramente ou sempre genéricos e imprecisos: ao contrário, possuem um significado determinado, passível de um satisfatório grau de concretização por intermédio das operações de aplicação desses preceitos nucleares às situações de fato, assim que os princípios sejam determináveis em concreto”.

O parágrafo único do art. 4º da Lei n. 8.666/93, além de se apresentar de maneira aberta e sinalizar que traz em si uma dessas grandes linhas que direcionam o ordenamento jurídico, completa a idéia de princípio de Rothenburg, pois embora se apresente como tal, tem o dispositivo indigitado possibilidades de aplicação prática, em situações previstas na própria lei, da qual ele faz parte (cf.art.20, art. 41, art. 43, §2º, só para citar alguns) e em incontáveis situações práticas a que se vê a braços o aplicador da norma licitatória.

Dentro dessas diretrizes traçadas e definidas pelo parágrafo único, pode-se citar o art. 43 como um exemplo duplamente paradigmático: a uma, porque se trata do dispositivo da Lei n. 8.666/93 que assinala cada uma das etapas que estrutura o procedimento; e a duas, porque evidencia solarmente como o princípio formal impregnou de modo tão acentuado o procedimento licitatório.

Tomando-se o art. 43 para análise, nesse momento, em síntese apertada, o que ocorre é: inicialmente os licitantes participantes desse procedimento apresentam dois envelopes há casos em que devem ser apresentados até três envelopes, um desses envelopes contém os documentos e se referem, portanto às condições legais de funcionamento da empresa licitante (inc. I do

art. 43), e o outro envelope contém a proposta comercial de acordo com o inc.III do mesmo artigo.

No primeiro caso (documentação) não existe outro meio, exceto o documento escrito, para se evidenciar a situação regular e legal do participante da licitação. A apresentação formal do documento é condição *sine qua non* para verificação da regularidade jurídico-fiscal do licitante, p.ex.

A obrigatoriedade de apresentação da proposta comercial, por escrito, igualmente segue rígidos roteiros e diretrizes, agora fixados pelo órgão licitante, no edital.

Embora o referido art. 43 traga em seu § 3º a possibilidade de ser realizada alguma diligência destinada a esclarecer ou a complementar a instrução do processo, é enganosa a conclusão que se trata de lei aberta à discussão, ou que permite negociação do item principal, que é a proposta comercial. Pode-se afirmar que as diligências de que cogita o § 3º do art. 43 estão na previsão legislativa mais voltadas à questão documental.

A proposta comercial tem que ser sempre por escrito, apresentada em envelope fechado, que será aberto em dia, local e horário predeterminados, à vista de todos os interessados. A oferta dessa licitante é rígida, estanque, inflexível, cimentada, e o que é.

pior: é jogado tudo numa única cartada, numa única oferta.

Se o licitante ofertante der sorte, ganha o certame às vezes por centavos de diferença em relação aos seus oponentes. Para estes, a frustração de terem perdido a competição por míseros centavos de diferença.

O comerciante ou o prestador do serviço sabem de antemão que tudo é decidido numa única oportunidade e, por isso, muitas vezes, necessitando fazer determinado negócio, que saldará as contas pendentes do seu estabelecimento, fazem proposta comerciais “para ganhar”, isto é, daquelas para não perder o contrato, e para isso, chegam com

suas propostas até um limite perigoso de cotação de um produto, ou sejam descem com sua proposta comercial a um patamar absurdo, em que o comerciante abre mão de qualquer lucro. Depois de abertas as propostas comerciais, ele constata desolado, que os seus concorrentes fizeram propostas muito acima da sua, e que ele poderia ter ganho a licitação e ainda com boa margem de lucro, se não tivesse feito proposta comercial tão baixa. Note-se que aqui se está cogitando de preço baixo, mas não de preço vil ou simbólico, já que a própria lei veda que o órgão licitante firme contrato com qualquer licitante que ofereça preço em valores irrisórios, mas não com quem ofereça preço baixo.

Não se pode olvidar que o sistema formal de apresentação das propostas comerciais, nos moldes estabelecidos pela lei de licitação, que não permite modificação na proposta enviada, que não aceita negociação em relação às propostas, nem quando há empate entre duas ou mais propostas, essa rigidez e imutabilidade estabelecidas na lei (FAGUNDES, 1986, p. 78), se num primeiro momento funciona em prol da Administração Pública, evitando que se alterem ilicitamente as propostas depois de entregues à Comissão licitante (JUSTEN FILHO, 2005, p. 309), por outro lado, essa rigidez formal funciona em desfavor da própria Administração, já que o licitante está impedido de alterar sua proposta escrita, ainda que sua intenção de modificar sua proposta fosse ao sentido de diminuir um pouco o valor inicialmente proposto. A lei não permite, a lei não aceita essa alteração, e, portanto a Comissão licitante não pode consentir, estimular ou negociar qualquer modificação na proposta comercial escrita.

Aliás, em se tratando de negociação, o texto legal não foi muito feliz quando incursionou por essa trilha. Basta examinar um desses dispositivos da lei que estimula a negociação. Tentando salvar um contrato que estava sendo executado e o contratado decide abandoná-lo, o legislador criou o inciso XI do

art. 24, que está assim redigido:

“Art. 24. É dispensável a licitação: XI na contratação de remanescentes de obra, serviço ou fornecimento, em consequência de rescisão contratual, desde que atendida a ordem de classificação da licitação anterior e aceitas as mesmas condições oferecidas pelo licitante vencedor, inclusive quanto ao preço, devidamente corrigido”;

Embora o foco das considerações aqui expendidas, não tenha por objeto evidenciar as incoerências da lei licitatória, visto que se quer demonstrar neste tópico é o seu excessivo rigor formal, entretanto é ilustrativo trazer mais esse curioso apontamento: num desses raros momentos em que o texto legal quer se mostrar flexível, dúctil, eis que o legislador traz uma situação que beira ao surrealismo, pela sua total inviabilidade, pela absoluta inexeqüibilidade do que o legislador concebeu como passível de acontecer.

O legislador do inc. XI do art. 24 enseja a oportunidade ao órgão licitante, de tentar salvar um contrato que estava sendo executado normalmente pelo licitante vencedor do certame licitatório, e que a certo momento esse licitante já na condição de contratado resolve abandonar o compromisso existente, formalizado mediante contrato, e deixa de cumprir a obrigação assumida.

A lei oferece a alternativa à Administração contratante, que retorne ao procedimento licitatório que desaguou no contrato ora abandonado, e chame, pela ordem, o segundo colocado na classificação das propostas apresentadas, e faça a seguinte indagação: estaria esse licitante disposto a reformular sua proposta anterior, adequando-a em tudo e por tudo, exatamente aos termos da proposta comercial apresentada pelo primeiro colocado no certame? Se esse segundo colocado não concordar com a proposta, a Administração irá oferecê-la para o terceiro, para o quarto, para o quinto, enfim até o último colocado da referida licitação, para ver qual deles estaria disposto a assumir o contrato abandonado, nas mesmas condições em que o

licitante vencedor havia oferecido.

E é exatamente nesse ponto que emerge a incoerência da alternativa apresentada pelo legislador: se o vencedor da licitação abandonou a execução do contrato porque concluiu, durante a sua execução, por exemplo, que sua proposta foi mal formulada sob o ponto de vista econômico, e se esse contratado levar o contrato até o termo final, terá que arcar com prejuízos consideráveis. E aí é o caso de se indagar: se o licitante vencedor do certame abandonou o contrato porque se convenceu que o contrato lhe seria ruinoso, por que os demais licitantes deverão aceitar em assumir o restante do contrato e cumpri-lo, sofrendo conseqüências financeiras que só lhe causarão prejuízos? Qualquer empresário que aceitasse assinar um contrato nessas condições, sabida e previamente condenado ao fracasso, estaria assinando simultaneamente a guia de internamento num hospício. Logo, essa possibilidade de alteração da proposta inicial que o legislador da lei licitatória apresenta, é letra morta, e ninguém em sã consciência, nos termos e condições apresentados na situação mencionada, aceitará em alterar sua proposta.

Como já foi mencionado anteriormente, o legislador prevê outras oportunidades de negociação dentro da lei licitatória. No § 1º do art. 46 desta, o legislador disciplina o procedimento específico para licitação do tipo melhor técnica, o qual, em certo momento do procedimento prevê a abertura dos envelopes contendo as propostas técnicas. Uma vez classificadas estas, far-se-á a abertura das propostas de preço, que tenham atingido a valorização mínima estabelecida no instrumento convocatório. Nesse ponto, a comissão julgadora tem dois quadros de classificação: um, que lista pela ordem as melhores propostas técnicas; e o outro quadro, relacionando pela ordem, as melhores propostas comerciais. É normal nessas ocasiões que a melhor proposta técnica não seja daquele licitante cuja proposta de preço foi classificada em 1º lugar. Em não havendo essa coincidência, serão realizadas consultas obedecendo à seguinte metodologia:

inicialmente será consultado o vencedor da proposta técnica se ele concorda em reduzir seu preço ao valor daquele licitante que fez a melhor proposta comercial. Se esse licitante não concordar na redução pleiteada, o órgão licitante desiste dele, e convida o responsável pela segunda melhor proposta técnica e ele está disposto em reduzir o valor de sua proposta comercial ao mesmo patamar fixado pelo vencedor da proposta de preço. Se esse licitante concordar com a redução pleiteada, será firmado o contrato com ele, cuja proposta técnica embora não seja a melhor, é aquela cujo licitante aceita reduzi-la em termos de valor.

Em relação a esse tipo de licitação, não deveria ele ser denominado de MELHOR TÉCNICA, já que o que se leva em conta como critério de julgamento final, não é a melhor técnica e sim o MENOR PREÇO. E, por outro lado, afirmar-se que no procedimento de licitação ora em cogitação de melhor técnica, existe um espaço ou uma margem de negociação, não corresponde àquilo que efetivamente ocorre nesse momento, porque o que há, a rigor, é mera consulta ao licitante se ele está ou não disposto a reduzir o valor que pleiteia pela realização do serviço, predominantemente de natureza intelectual. Em outras palavras, o licitante que realiza o trabalho com o mínimo de predicados técnicos tolerado pelo edital, mas que oferece seu serviço pelo menor preço, é o que iniludivelmente acabará firmando o contrato.

Diante do exposto, pode-se concluir neste caso que, embora a metodologia para se chegar à seleção do primeiro colocado na licitação melhor técnica, seja um pouco diferente, pois não inicia a classificação das propostas pela de menor preço, entretanto, o critério de seleção que irá prevalecer, no julgamento final, é o velho e conhecido, menor preço.

3. LEI N. 8.666/93: MODELO SUPERADO?

Pelas rápidas e pontuais referências legislativas já indicadas, é notória a preocupação de natureza moral, com a

licitação. Já em Portugal do século XVI se observam exemplos, e posteriormente, também no Brasil colonial, passando para a República, a concorrência (como se dizia antigamente), a competição, a disputa, a opção pelo melhor produto ou serviço sempre estiveram presentes na mente e nos atos dos governantes.

É natural que a atual legislação brasileira, que tem como ponto de referência a Lei n. 8.666/93, em matéria de licitação e dos contratos administrativos, não surgiu no mundo jurídico já pronta, acabada. Esta lei é fruto de um longo período de maturação, experiência, vivência, acertos, erros e estudos diligentes dos especialistas.

E depois de tantos anos sendo aperfeiçoada, melhorada a lei, chega-se a um ponto em que esta, quando é alterada, não apresenta modificações tão significativas em relação ao texto anterior, pois as lacunas, p.ex. identificadas no passado já estão integradas.

Pois bem: a Lei n. 8.666/93 é um bom exemplo do que se afirma no parágrafo anterior e, nas alterações que apresenta em relação à antiga legislação, não são tão significativas assim as modificações.

Por outro lado, entretanto, chama a atenção do leitor que compara uma legislação com outra, uma alteração de caráter supressivo, que o atual texto não mais contempla.

O art. 36 do Decreto-lei n. 2.300/86 estava assim redigido: "Art. 36. No julgamento das propostas, a comissão levará em consideração as seguintes qualidades: I qualidade; II rendimento; III preço; IV prazo; V outros previstos no edital ou no convite. § 1º - Será obrigatória a justificação escrita da Comissão Julgadora ou do responsável pelo convite, quando não for escolhida a proposta de menor preço".

Atualmente, com a legislação vigente, o conteúdo do art. 36 da legislação não foi reproduzido, conforme se pode constatar pela leitura dos arts. 43, 44, 45 e 46 da Lei n. 8.666/93.

Os comentaristas dos dispositivos que disciplinam o julgamento das propostas, formuladas na vigência da atual lei das licitações (Lei n. 8.666/93), todavia, parece que continuam lendo nos atuais dispositivos de julgamento o que dizia o antigo art. 36 do Dec-lei n. 2300/86.

Segundo Motta (2002, p. 391):

"Alguns fatores que poderão ser especificados no edital: Qualidade poderá ser definida como o conjunto de características e propriedades do produto ou serviço, referentes à habilidade em satisfazer as necessidades do objeto licitado. Rendimento segundo o Professor Hely Lopes Meirelles, para fins de licitação, confunde-se com produtividade, sendo, portanto, conceito amplo. Prazo para execução do objeto licitado é o tempo de demora para a entrega do mesmo, é essencial que fique explícita no julgamento a influência deste fator. A regra geral é a escolha do menor prazo para entrega". (todos os termos sublinhados constam do original).

Salvo melhor juízo, nenhum dos fatores apontados pelo ilustre autor poderá ser levado em conta atualmente, para efeito de julgamento. O que determina a escolha de determinado produto pela Administração licitante não é o rendimento, nem a qualidade nem tampouco o prazo. Em relação a este último fato então, não se pode fixar como critério algo como: "quem entregar antes ou em menor prazo, ganha a licitação ou recebe tantos pontos". Atualmente o órgão licitante fixa um prazo dentro do qual o contratado deverá entregar o produto, p.ex. Quem não entregar o produto dentro do prazo prefixado pela Administração licitante, simplesmente incidirá em inadimplência, ficando sujeito inclusive à rescisão antecipada do contrato. Logo, considerar prazo como fator de julgamento, como quer o autor apontado "

... a escolha do menor prazo para entrega", (MOTTA, 2002, p.391) é totalmente descabido.

Os outros dois fatores apontados pelo citado autor: rendimento e qualidade, não estão contemplados pela legislação atual, de modo que não se pode levá-los em conta nos

julgamentos das propostas.

Como já asseverado no tópico anterior, o critério predominante para julgamento das propostas, é o do menor preço e só em casos de licitação que tenha por objeto serviço de natureza predominantemente intelectual, é que cabe a utilização do critério qualidade, seja na licitação técnica e preço, quando se atribui pontos ao fato qualidade, seja na licitação do tipo melhor técnica, quando o critério qualidade é utilizado como primeiro critério seletivo.

Em relação a essa supressão do conteúdo do art. 36 da legislação licitatória revogada, trata-se de uma alteração que empobreceu o texto atual.

Na vigência do Dec-lei n. 2.300/86 não era em todos os procedimentos licitatórios que a comissão julgadora abandonava o fator menor preço, e utilizava o critério qualidade ou rendimento. Só em casos especiais em que o interesse público seria prejudicado, leia-se: o bem de menor preço, a princípio, com o tempo tornar-se-ia mais caro e oneroso que os demais, e a Administração, justificadamente poderia optar por um ou outro, ou ambos os fatores, que não o de menor preço.

A reintrodução desses fatores qualidade e rendimento como critérios no julgamento das propostas, com a condicionante de ter que ser justificada, é condição sine qua non evidenciadora da evolução legislativa das normas licitatórias.

Esse fato de o legislador da Lei n. 8.666/93 ter omitido do texto atual, aqueles critérios de julgamento, não implica que a lei atual já esteja superada. É mera questão de correção de rumo e basta o legislador ser devidamente cientificado, informado dos prós e contras da referida reintrodução e tomar posição a respeito.

Ainda nessa linha de entendimento que o atual modelo de licitação estaria superado, especialmente depois do aparecimento da nova modalidade de licitação denominada pregão (CARVALHO FILHO, 2003, p.239), convém fazer-se algumas

ponderações a respeito, antes de se concluir dessa ou daquela maneira.

Em relação à nova modalidade pregão pode-se dizer em seu favor que se constitui num avanço, numa melhoria do procedimento licitatório, e que é vista como uma das melhores e mais inteligentes medidas tomadas pelo legislador no campo licitatório.

Todavia, pela índole da modalidade, ela não pode trabalhar com licitações que apresentem um grande número de itens. Imagine-se uma licitação que tenha por objeto a seleção de 300 ou 400 itens de material de limpeza; ou ainda, numa licitação que tenha por objeto 200 ou 300 itens de alimentos. A modalidade pregão exige, requer para ser implementada que para cada item que se deseja adquirir, que se façam tantas rodadas de negociação quantas se fizerem necessárias, para se chegar a uma cotação mínima do preço do item, que será julgado vencedor pelo pregoeiro. Nos exemplos trazidos à guisa de ilustração, quantos dias seriam necessários para se concluir uma única licitação com 200 ou 300 itens?

Qual o procedimento que pode dar conta com relativa facilidade, de uma licitação que tenha por objeto 400 ou 500 itens?

O procedimento que funciona bem nesses casos ainda é o sistema tradicional de licitação, em que os licitantes interessados enviam suas propostas comerciais, e estas, por sua vez, são comparadas pela comissão julgadora e aquele licitante que cotou determinado item com o preço mais baixo, ganha o direito de fornecê-lo.

Este modesto exemplo serve por si só para evidenciar o quanto é útil ainda o sistema licitatório regulado pela Lei n. 8.666/93, e aquela pergunta provocativa com a qual se iniciou o tópico, agora é respondida com fulcro nas considerações aqui lançadas, que o procedimento licitatório positivado atualmente pela Lei n. 8.666/93 não está superado, muito pelo contrário, é o sistema que assegura agilidade, rapidez para licitações que manejam grande número de itens.

Assim sendo, aquelas críticas que se fizeram ao sistema legislativo licitatório, no início desse trabalho, que a atual legislação se apresenta pouco flexível, já que não possibilita qualquer negociação, embora por este último aspecto apontado, pouco ou quase nada se possa modificá-la, ela apresenta ponto positivos tão relevantes por outro lado, que ainda tornam-na instrumento legislativo insubstituível, especialmente quando se trabalha com licitação com número expressivo de itens.

CONCLUSÕES

Data das Ordenações Filipinas a presença de disposições legais incentivando a aquisição de bens após o agente público haver anunciado, apregoado a intenção de adquirir referidos bens, para que apareçam interessados em fornecê-los e o Poder Público, diante da possibilidade de cotejo das ofertas, optar por aquela que for a melhor e a mais em conta.

Perpassando os olhos pela legislação existente desde os primórdios do Brasil até os dias atuais, não se pode imputar aos governantes uma conduta omissa, muito pelo contrário, pois são notórios, visíveis os esforços no sentido de produzir instrumentos legislativos que atendam da melhor maneira possível, esse princípio de moralidade pública, que é o de adquirir bens, ter a execução de obras e serviço realizados por aquele que faz o melhor preço, nas melhores condições para o Poder Público.

Examinando a legislação reguladora

do procedimento licitatório, é inegável, notório e visível, o caminho legislativo percorrido pelo instituto da licitação, que veio num crescendo, até chegar ao Decreto-lei n. 2.300/86, que até o momento se constitui num marco da evolução legislativa sobre o tema licitação.

É visível no texto legislativo do procedimento licitatório que o defeito ou equívoco que lhe retira, na prática, qualquer flexibilidade, qualquer maleabilidade ou negociação propriamente dita, é o apego expresso a um formalismo exacerbado.

Nos dispositivos da lei licitatória em que se percebe a intenção do legislador de estimular alguma negociação entre órgão licitante e o particular participante, os exemplos são frustrantes.

Não obstante a atual Lei n.8.666/93 representar um marco na escala evolutiva dos textos legislativos referentes ao procedimento licitatório, a supressão dos fatores qualidade e rendimento como critérios de julgamento da melhor proposta comercial, constituem uma omissão que representa certo retrocesso da atual legislação em relação ao Decreto-lei n.2.300/86.

Conquanto se reconheça que a nova modalidade de licitação pregão signifique um inequívoco avanço em relação ao sistema de licitação tradicional instrumentada pela Lei n.8.666/93, este modelo ainda é insuperável em se tratando de licitação que tem por objeto uma quantidade considerável e variável de itens.

REFERÊNCIAS

- CARVALHO FILHO, J. dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 10 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris Ltda, 2003.
- FAGUNDES, M. Seabra. **Licitação formalidades evitação da discricionariedade no julgamento**. Revista de Direito Público, São Paulo, n. 78, p. 78-79, abr./jun.1986.
- JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2005.
- MOTTA, Carlos P. Coelho. **Eficácia nas licitações e contratos**. 9 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.
- ROTHENBURG, Walter Claudius. **Princípios constitucionais**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999.