

Boletim Informativo

GERÊNCIA DE GESTÃO DE CONTRATOS

AS BOAS COMPRAS E O SETOR PÚBLICO

Fernanda Babini

Assessora de Licitações do TRT da 15ª Região

“O que se compra por licitação é sempre produto de baixa qualidade.” “O que se compra por licitação é sempre imprestável.” “É só o mais barato, como diz a lei.” Afirmações como essas causam cólicas no gestor público mais responsável. Asseverar que comprar “o que é imprestável”, materiais e equipamentos de péssima qualidade é dever legal, é assumir que desconhece a lei, os princípios constitucionais e, principalmente, seus deveres funcionais.

Aplicar a lei dessa maneira tão simplista não necessitaria de gestores, de Comissão Permanente ou de pregoeiros. Necessitaria, tão-somente, de um sistema composto de um software simples em que os interessados lavrariam seus valores, pouco importando a descrição, desempenho ou informações mais precisas do material ofertado. O sistema classificaria o valor pela ordem. O órgão público faria seus pedidos neste software, e o que aparecesse seria adjudicado. Simples assim: um servidor, possivelmente um digitador, um técnico em informática gerenciando o software, um servidor em cada órgão fazendo pedidos. Depois, lamentar-se-ia o que foi recebido, mas, paciência, afinal é assim que é. Aquele que entendeu que assim é que se compra com dinheiro público, provavelmente nunca leu a Lei de Licitações ou mesmo a Constituição Federal. Aquele que entende que os almoxarifados públicos são o quintal da desova daquilo que o particular não compra merecia o castigo supremo de ter de usar aquilo que tenta vender. Digo isso porque esse pensamento foi realmente amadurecido por anos de má aplicação da Lei nº 8.666/93 e, hoje, é regra para muitos que compram e que vendem.

De fato, tal inferência equivocada à quase obrigação do administrador público de privilegiar a compra do que houver em sede de menor preço não foi disseminada gratuitamente, não é uma idéia completamente disparatada. Anterior à edição da Lei nº 8.666/93, o Dec.-lei nº 2.300, de 21.11.1986, era o responsável por instituir o estatuto jurídico das licitações e contratos administrativos, no âmbito da Administração Federal. Conforme os ditames do art. 36 do decreto, as licitações deveriam ser assim julgadas: “Art. 36. No julgamento das propostas, a comissão levará em consideração os seguintes fatores:

I – qualidade;

II – rendimento;

III – preço;

IV – prazo;

V – outros previstos no edital ou no convite”.

Boletim Informativo

GERÊNCIA DE GESTÃO DE CONTRATOS

Continuação

Antes de ser revogado (apenas os arts. 125 a 144) pelo decreto-lei supracitado, outro decreto-lei, de nº 200, de 25.2.1967, arrolava as normas relativas às licitações e trazia em seu art. 133 a fixação dos critérios de julgamento das propostas, assim dispendo: “Art. 133. Na fixação de critérios para julgamento das licitações levar-se-ão em conta, no interesse do serviço público, as condições de qualidade, rendimento, preços, condições de pagamento, prazos e outras pertinentes estabelecidas no edital” (grifos meus).

A Lei nº 8.666/93 foi a primeira a afastar as condições de qualidade, rendimento e outras acima transcritas quando ordenou que o julgamento fosse atendido conforme as disposições do art. 45: “Art. 45. O julgamento das propostas será objetivo, devendo a Comissão de licitação ou o responsável pelo convite realizá-lo em conformidade com os tipos de licitação, os critérios previamente estabelecidos no ato convocatório e de acordo com os fatores exclusivamente nele referidos, de maneira a possibilitar sua aferição pelos licitantes e pelos órgãos de controle.

§ 1º Para os efeitos deste artigo, constituem tipos de licitação, exceto na modalidade concurso: (Redação dada pela Lei nº 8.883/94.)

I – a de menor preço – quando o critério de seleção da proposta mais vantajosa para a Administração determinar que será vencedor o licitante que apresentar a proposta de acordo com as especificações do edital ou convite e ofertar o menor preço;

II – a de melhor técnica;

III – a de técnica e preço;

IV – a de maior lance ou oferta – nos casos de alienação de bens ou concessão de direito real de uso. (Incluído pela Lei nº 8.883/94.)”

Desta feita, ressalvados os poucos casos em que é permitida a adoção dos tipos de melhor técnica e técnica e preço, o critério julgador das licitações passa a ser, tão-somente, o preço. Ora, da leitura dos decretos-leis mencionados, pode-se inferir que ao legislador parecia evidente relacionar “interesse do serviço público” com “qualidade”, “rendimento”, “condições de pagamento”, “prazos” e outras. Qual seria a mens legis, a finalidade, o espírito da lei? O que levou o legislador a tal dedução, num momento em que a Constituição era outra e nem sequer se falava em “princípio da eficiência”? A mim parece claro que o legislador agiu como consumidor comum. Se não, vejamos. Qual é o consumidor que não leva em conta o fator qualidade? e o rendimento? e as condições de pagamento? e os prazos? Não será evidente que a proposta mais vantajosa é aquela que melhor relaciona todos esses fatores? Qual é o particular que adquire o produto de menor preço, por vezes com diferenças irrisórias, que não apresenta rendimento satisfatório, de baixa qualidade, condições de pagamento dificultosas e prazos desinteressantes? Não, o particular, certamente, faz valer o seu dinheiro.

A Lei nº 8.666/93, não obstante ter suprimido textualmente os fatores supracitados, trouxe a obrigação de observá-los quando de suas aquisições. Vejamos o que diz o art. 15:

Boletim Informativo

GERÊNCIA DE GESTÃO DE CONTRATOS

Continuação

“Art. 15. As compras, sempre que possível, deverão:

III – submeter-se às condições de aquisição e pagamento semelhantes às do setor privado;”.

Quais seriam as “condições de aquisição” do setor privado, senão aquelas suscitadas? Neste momento, podemos lembrar o art. 3º da Lei nº 8.666/93, que inicia a norma advertindo o administrador público da real intenção da regra:

“Art. 3º 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”.

Quais seriam os fatores que compõem a fórmula da proposta mais vantajosa, senão aqueles supracitados? Ou seja, tais fatores, suprimidos objetivamente da norma, teleologicamente lá se mantiveram todo o tempo. Assim sendo, aplicar a Lei de Licitações como quem faz contas de menos é um ato de incúria digno de penalização daquele que lhe deu causa. É demonstrar o despreço pela lei e pela leitura cuidadosa de seus ditames. É negligência. É pouco caso. O administrador, responsável pelo dispêndio de dinheiro público, não pode à lei esquivar-se, sob nenhum pretexto, sob pena de grave responsabilização, ainda que apresente justificativas que discorram sobre idéias da mais sublime intenção e boa-fé. Ainda que a finalidade a ser atingida seja notável e digna de reconhecimento, jamais poderá ser alcançada por caminhos diversos daqueles que a lei impôs.

É o que difere o público do particular: a falta de permissão legal para realizar a vontade particular, uma vez que o orçamento é público. De fato, a lei não permite a indicação, disparatada, velada ou expressamente, de marcas. É uma discricionariedade que fere os princípios da impessoalidade e da isonomia, dentre outros. Mas também não veda a indicação dessas quando essenciais forem. Assim sendo, a lei apresenta ressalvas como “salvo nos casos em que for tecnicamente justificável” ou, ainda, “vedada a preferência de marca”. Preferência é uma ação que demonstra uma estima subjetiva, diferentemente da essencialidade, que é um ato de imposição derivado de uma situação. Solicitando-se uma marca específica, há que ficar comprovado nos autos que somente aquela atende às necessidades da Administração, bem como demonstrado que as outras existentes não atenderiam aos requisitos indispensáveis àquela aquisição.

Isso ocorre, de fato, em muitas ocasiões. A título de exemplo, poderemos aqui relatar as aquisições de diversos materiais e equipamentos destinados às áreas de saúde, que devem guardar perfeita similaridade de marcas com outros produtos e equipamentos já preexistentes, sob risco de incompatibilidade química ou física, resultando na inutilização de um deles.

Boletim Informativo

GERÊNCIA DE GESTÃO DE CONTRATOS

Continuação

Nesses casos, os profissionais envolvidos assinam termos técnicos que precedem os instrumentos convocatórios e por eles se responsabilizam. Porém, e nos casos em que a marca não for fator indispensável? Retornaria a sombra da aquisição de produtos de péssima qualidade e preços baixos? O sucesso de uma licitação reside, basicamente, na boa especificação do objeto a ser adquirido. Um material que é descrito com ênfase em requisitos de formulação, desempenho, atendimento a normas legais de fabricação, sem esbarrar nos limites de direcionamento retrorrelacionados, certamente fará emergir os bons produtos do mercado.

Tais requisitos devem ser elaborados, lembrando que o inc. I do § 1º do art. 3º da Lei nº 8.666/93 teve o cuidado de vedar a manutenção de exigência editalícia que seja “impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato”. Isso para evitar que a discricionariedade esbarre na arbitrariedade, ou seja, direcionar a aquisição para aquilo que se quer, não necessariamente aquilo de que se necessita.

Deverá, portanto, o gestor público especificar o produto a ser adquirido, relacionando suas necessidades mínimas, de cada um dos requisitos necessários; estipular a gramatura do papel, a velocidade mínima de um equipamento, o rendimento mínimo de impressão de um cartucho, a acidez máxima, a espessura do aço, o tipo de rolamento aceitável. Não são características impertinentes ou irrelevantes; pelo contrário, demonstram o cuidado do gestor com o erário e com o orçamento público; demonstram a harmonização, solicitada pelo art. 15, do público com o privado.

Outrossim, poderá a Administração valer-se de testes internos ou de instituições externas (laboratórios, institutos), a serem realizados nas amostras, que deverão ser objetivamente descritos no corpo editalício, conforme determinação do Tribunal de Contas da União. Tais testes, agasalhados pelo art. 75 da Lei nº 8.666/93, destinar-se-ão a apurar a perfeita consonância entre o que se demandou e o que foi ofertado pelo mercado.

Deste casamento advirá “a proposta mais vantajosa”, solicitada no caput do art. 3º da Lei nº 8.666/93, citado anteriormente, a qual poderia aqui ser traduzida como: a melhor possível, dentro dos ditames legais. Digo mais: atendidos os requisitos editalícios, todas as propostas ali serão vantajosas. A mais vantajosa, evidentemente, será a de menor preço. Quando se apura a descrição do objeto, quando o administrador público redescreve aquilo que se comprava outrora sem muito cuidado, as vantagens para o órgão são evidentes. A relação de custo-benefício é exponencial. Porém, deverá nessa transição estar preparado para desagradar a muitos. E até escutar o que eu escutei de um licitante que perdeu o local onde desovava sua mistura de milho, capim e grãos torrados: “Não sabia que servidor público tinha de tomar café bom”. Bom, agora já sabe.