

Reforma da Lei de Licitações: como podemos piorar?

Autor(a): Ricardo Marcondes Martins

Publicado em: 19 de outubro de 2016

Publicação: Coluna direitodoestado.com.br

Link JurisTube: <https://juristube.com.br/colunistas/ricardo-marcondes-martins/reforma-da-lei-de-licitacoes-com-o-podemos-piorar>

Fonte original: <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/ricardo-marcondes-martins/reforma-da-lei-de-licitacoes-como-podemos-piorar>

Identificador citável: juristube.com.br/colunistas/ricardo-marcondes-martins/reforma-da-lei-de-licitacoes-como-podemos-piorar#ep-476c07dd

Resumo

Está em tramitação no Congresso Nacional o Projeto de Lei n. 559/2013 que pretende substituir nossa lei geral de licitações, a Lei 8.666/93. Boa parte das novidades trazidas no projeto já consta das várias leis que hoje...

Texto integral

Está em tramitação no Congresso Nacional o Projeto de Lei n. 559/2013 que pretende substituir nossa lei geral de licitações, a Lei 8.666/93. Boa parte das novidades trazidas no projeto já consta das várias leis que hoje regem a licitação pública, dentre elas, a Lei 11.079/04 (Lei das Parcerias Público-Privadas), a Lei 12.462/11 (Lei do RDC) e, a mais recente delas, a Lei 13.303/16 (Lei das Empresas Estatais). Muitos especialistas em licitação são favoráveis aos “novos” institutos. Esta coluna é mais um desabafo do que uma provocação. Considero a “tendência” legislativa em matéria de licitações e contratos administrativos bastante equivocada. Pretendo, aqui, explicar por que considero que estamos, nesse tema, piorando — e bastante. Antes de prosseguir, faço uma ressalva: não é minha intenção aqui criticar os que discordam. Pretendo, sim, apresentar meu ponto de vista com absoluto respeito pela divergência. Digo isso porque sei que muitos dos mais renomados administrativistas, pessoas por quem nutro a mais profunda admiração, discordam das considerações a seguir. Ciência se faz com o debate e, acima de tudo, principalmente no Direito, com o respeito à divergência. Vou direto ao ponto essencial: a Lei 8.666/93, segundo minha leitura, partiu de uma premissa: da “desconfiança”. Explico: a disciplina legal parte de uma prévia desconfiança em relação aos licitantes, aos administrados que pretendem contratar com a Administração, e em relação a quem trabalha na Administração, aos agentes públicos, encarregados de fazer a licitação. Parte-se de uma desconfiança generalizada de que todos sejam desonestos. A partir dessa premissa, a Lei 8.666/93 tentou evitar a corrupção, ou seja, que os desonestos deem azo à sua desonestidade. De fato: o que está por trás de boa parte de suas regras é evitar que os “desonestos” burlam a lisura do certame, que afastem a melhor proposta ou impeçam que outros administrados concorram em igualdade de condições. Na verdade, a Lei 8.666/93 segue, na minha leitura, um modelo de administração, desenvolvido principalmente por Max Weber e muitíssimo criticado nas últimas décadas: o modelo burocrático. Segundo ele, deve ser estabelecida uma série de regras abstratas; o cumprimento delas deve dar-se a partir de uma estrutura hierárquica, de modo

que os subordinados apenas as executam, com o menor âmbito de “liberdade” (rectius , discricionariedade) possível. A finalidade a ser alcançada deve ser antevista quando da elaboração das regras e não, propriamente, quando de seu cumprimento. Trata-se do que Luhmann chamou de “programação condicional”. Explico com a máxima síntese: exige-se que se adote o procedimento “a”, “b”, ... “n”, acreditando-se que o cumprimento dele leve ao resultado “x”. Os subordinados não devem se preocupar com o resultado, mas com a execução do procedimento. Quem deve se preocupar com o resultado é quem elaborou a regra abstrata. Esse modelo sofreu severas críticas nas últimas décadas. A principal delas: ao retirar dos subordinados a prerrogativa de “ter iniciativa”, de atuar com certa “flexibilidade”, de adotar a solução que lhes pareça melhor à luz do caso concreto, abre-se mão de resultados melhores. Propõe-se o que Luhmann chama de “programação finalística”: não importa muito qual o procedimento adotado, o importante são os resultados. Fixa-se a finalidade a ser alcançada e deixa-se o executor livre para escolher o procedimento que lhe pareça mais eficaz. Propõe-se, então, a substituição do modelo de “administração burocrática” pelo modelo de “administração gerencial”, em que cada executor age como um verdadeiro “gerente”. Estou convencido de que a crítica faz todo sentido no âmbito de uma empresa privada. Darei um exemplo singelo: imagine-se uma loja de roupas. O gerente da loja diz aos vendedores: “aqui não importa vender, mas sim o respeito ao nosso procedimento de venda”. E passa a explicar-lhes o procedimento: o vendedor deve se apresentar ao cliente, expor a loja e seus produtos, deve exigir que o cliente prove o produto, deve exigir o pagamento em determinada forma etc. É óbvio que as vendas nessa loja serão prejudicadas. Tudo será mais “eficiente” se o gerente disser: “tenham ‘jogo de cintura’, tentem perceber o ‘perfil’ de cada cliente e hajam de acordo com o respectivo perfil, não importa muito como vocês devem vender, importa que vendam”. Creio que ninguém duvide: o segundo modelo dará mais lucro. A meu ver, a lógica empresarial funciona para a empresa privada em decorrência de dois grandes princípios que regem seu funcionamento: a ambição do dono e a submissão dos vínculos empregatícios ao seu arbítrio. Quem vende mais, tem mais sucesso na empresa. Aliás, quem não vende mais, pode ser, a qualquer momento, despedido sem justa causa. Insisto: a manutenção do vínculo é deixada ao arbítrio do dono e a finalidade a ser perseguida é o seu lucro. O problema da corrupção na empresa privada, por força desses dois grandes princípios, possui uma tonalidade própria: o principal, na lógica da empresa, não é a atuação moral, impessoal, legal... é o maior lucro possível. Imaginemos dois vendedores: um que trata todos os clientes de modo impessoal e é extremamente moral na sua atuação profissional, mas não vende quase nada; outro, que trata todos com personalidade e, muitas vezes, é imoral na sua atuação, mas vende muito. Na lógica da empresa privada é praticamente certo que o primeiro perderá o emprego e o segundo será promovido. Tudo é diferente na Administração Pública. Nela, esses dois grandes princípios não atuam. O interesse público não equivale a “ganhar mais dinheiro” para o superior hierárquico. Ademais, os vínculos não estão ao arbítrio do chefe. A lógica, é de uma obviedade ululante, é outra. Na Administração o problema da corrupção tem outra tonalidade, o fundamental não é apenas o resultado. Uma conduta legal, impessoal, moral é mais importante, muitas vezes, do que um maior superávit econômico ao final do balanço. Feita essa rápida análise, retomo a problemática dos modelos. O modelo gerencial é melhor para empresa privada, mas imprestável para Administração Pública. Nela, funciona o modelo burocrático. Por que? O modelo burocrático é muito mais efetivo no combate à corrupção, na garantia de uma atuação “impessoal”, “legal”, “moral”. Perceba-se: o agente deve cumprir um procedimento previamente fixado, sem muita liberdade de atuação. Logo, é o mesmo procedimento para todos, sem “manipulação”, sem favoritismo ou perseguição, sem, enfim, margem para desonestidade. Perceba-se: pela atuação burocrática, não interessa se o administrado

tem o sobrenome “a” ou “b”, ele é um cidadão, como qualquer outro. A atuação é impessoal, cabe ao subordinado executar os comandos abstratos. Por que estou me alongando tanto nesse tema? Porque, para mim, ele está na base da Lei 8.666/93. Ela é burocrática e é assim porque “desconfia” de que haja muita desonestidade na Administração e na sociedade civil. Resultado: ela restringe ao máximo a discricionariedade. Por exemplo: se o licitante não juntou o documento exigido no edital, deve ser inabilitado; se não apresentou o melhor preço, não vence o certame; se não cumpriu critérios objetivos previamente fixados, não tem a melhor técnica. Mas o documento não é importante... Mas o licitante tem condições de apresentar o documento depois... Mas a proposta técnica é bem melhor... Não importa! Há regras a serem observadas e o que importa é o cumprimento delas e não o resultado a ser alcançado. Pois bem, as leis de licitação posteriores à Lei 8.666/93 partem de uma outra lógica. Elas trazem institutos próprios do “modelo gerencial”. Darei alguns exemplos pontuais. O inciso IV do art. 12 da Lei 11.079/04 (Lei de Parcerias Público-Privadas) permite o “saneamento de falhas”, a “complementação de insuficiências” e a “correção de caráter formal”. O Projeto 559, nesse ponto bem menos flexível, admite, no §1º do art. 56, a substituição de certidões ou a atualização de documentos. O art. 9º da Lei 12.462/11 (Lei do RDC) permite a contratação de obra ou serviço de engenharia sem projeto básico — trata-se da “contratação integrada”. O instituto também é previsto no art. 42 da Lei 13.303/16 (Lei das Empresas Estatais), que, além dele, previu a “contratação semi-integrada”. O Projeto 559 prevê ambas as modalidades, mas não deixa claro, ao contrário do que faz a Lei 13.303/16, que a semi-integrada exige prévio projeto básico. O art. 10 da Lei 12.462/11 (Lei do RDC) permite a remuneração variável do contratado. A regra é reproduzida no art. 109 do Projeto 559. O Projeto 559 traz uma inovação em relação a todos os diplomas vigentes: uma nova modalidade de licitação chamada “diálogo competitivo” (art. 27). Na minha leitura, esses institutos são próprios da “administração gerencial” e partem da premissa oposta de que parte a Lei 8.666/93. Eles pressupõem a “confiança” na sociedade civil e nos agentes públicos. A flexibilização da análise dos documentos de habilitação é salutar se os agentes públicos forem extremamente sérios, imbuídos da ótima realização do interesse público. Ora, muitas vezes, a falha na documentação decorre de um mero lapso do licitante. Ele consegue, quando provocado, suprir a falta. Por que não admitir? Se todos estiverem bem imbuídos, a flexibilidade leva à melhor realização do interesse público. Contudo, se os agentes forem corruptos, essa flexibilidade, na prática, torna-se um eficiente meio para que a empresa que pagou a propina, ou a empresa “amiga”, vença o certame. Se não forem honestos, a “abertura legal” será a via legitimadora da atuação corrupta. Ora, licitar uma obra sem parâmetros precisos não é um problema, se as empresas forem extremamente sérias. Elas, íntegras, não aproveitarão a falta de parâmetros para apresentar orçamentos superfaturados. A dispensa do projeto básico evita que se perca tempo em realizar uma licitação para elaborá-lo. Por conseguinte, leva à realização mais rápida das obras, gera menos custos para Administração. Contudo, se as empresas forem corruptas, a Administração pagará valores muito superiores aos que pagaria se partisse de um projeto adequado. Diante de empresas desonestas, impõem-se controles precisos. A partir do projeto básico, a Administração sabe o que quer contratar e, sabendo disso, tem condições de realizar uma pesquisa de preços detalhada, a partir de quantitativos precisos e planilhas individualizadas. Pela lógica empresarial, quem faz a obra mais rápido, deve receber mais. A ideia é bem interessante: preço variável, de modo que, a depender da execução do contrato, paga-se mais ou menos. Se a Administração for corrupta, isso servirá para pagar mais aos “amigos do rei” e menos aos “inimigos do rei”. Remuneração variável, pela lógica da desconfiança, só funciona a partir de critérios absolutamente objetivos, mas essa objetividade ilide a razão de ser da variação. Pela lógica

burocrática, quando se exige a execução de uma obra no prazo “x”, a proposta financeira terá por base essa obrigação. Se o prazo fosse maior, a proposta seria outra. Ora, o vencedor ganhou a disputa, a partir da proposta apresentada para as obrigações que lhe foram exigidas. Formulou sua proposta a partir das obrigações fixadas e deve ser sancionado caso as descumpra. A remuneração variável complica o julgamento objetivo das propostas e a punição pelo descumprimento contratual. Numa prática corrupta, importa em manipulação da empresa: receberá “mais” ou “menos” a partir da “boa relação” com o administrador. Finalmente, “diálogo competitivo” é fantástico se os agentes da Administração forem honestos. Eles dialogam com os licitantes para obter o melhor para o interesse público. Se forem desonestos, a modalidade é um facilitador da burla da competição. Pelo diálogo competitivo é possível contornar a disputa para favorecer alguém específico. Nas mãos de desonestos, a ideia é um eficiente instrumento para fazer a “empresa amiga” vencer o certame. Exposto o problema, vou me posicionar. Direito não é filosofia, é uma disciplina de conduta. Quem fecha os olhos para a realidade, jamais consegue bem interpretar. Qual é a premissa que o legislador brasileiro deve adotar: da confiança, própria do modelo gerencial, ou da desconfiança, própria da burocracia? Para mim, a resposta é óbvia. A Administração Pública e a sociedade brasileiras estão profundamente contaminadas pela corrupção. Nossa colonização primou pela administração patrimonialista — basta pensar nas Capitâneas Hereditárias. Consagrou-se aqui uma cultura do clientelismo. Nossos sociólogos chamam a atenção para o instituto do “jeitinho brasileiro”. Essa constatação — sobre o grau de corrupção que nos assola — não é minha. Basta ver a nota que recebemos na análise efetuada pela Transparência Internacional. Por mais que o índice não indique com absoluta fidelidade nossa situação, é inegável: ele revela o alto grau de corrupção que contamina o Brasil. Consequentemente, aqui o modelo burocrático, e a premissa da desconfiança que está em sua base, é uma necessidade imperiosa. Administração gerencial, no Brasil, é um desastre de graves proporções. Dito isso, é possível indagar: se a Lei 8.666/93 adota por premissa a desconfiança e adota a lógica burocrática, por que há tanta corrupção nas licitações brasileiras? Na minha opinião, o problema justifica a premissa e não a contradiz. Justamente pela cultura da corrupção que nos consome, a lei é diuturnamente burlada. Os agentes públicos e os particulares conseguiram, com muita sagacidade, abrir brechas, elaborar contornos, corromper, enfim, as regras precisas estabelecidas pela Lei 8.666/93. O que deveríamos fazer? Reformar a lei para fechar as portas que foram abertas pelos corruptos. Breçar as deturpações e os contornos indevidos. E o que fazemos? É incrível, para mim, — daí meu desabafo. Fazemos justamente o contrário: facilitamos a abertura das portas, positivamos instrumentos que possibilitam aos corruptos dar margem à atuação corrupta. Quer dizer, ao invés de melhorar, pioramos. Pode-se dizer: se há atuação desonesta, esta deve ser punida; não se pode partir da premissa de que todos sejam desonestos. Ocorre que provar a má-fé é sempre difícil. Por isso, a rigorosa criminalização da má-fé tem, na prática, efeito meramente simbólico. Com os institutos da administração gerencial, então, o que já é difícil torna-se quase impossível. Com a adoção dos mecanismos de “flexibilização”, dificilmente conseguiremos demonstrar que esses mecanismos foram manipulados a partir de um móvel espúrio. Outrossim, a premissa da desconfiança não ofende quem seja honesto. Trata-se apenas de uma precaução. Se todos fossem santos, provavelmente muitas das regras de Direito Administrativo seriam desnecessárias. O sistema não deixa o cidadão numa situação de risco, perante um agente que não seja “santo”. Independentemente de quem seja o administrador, este deve fazer concursos, licitações, cumprir as normas vigentes sobre a realização de despesas etc. Impõe-se, a todos — honestos e desonestos — o respeito a um procedimento previamente estabelecido. Cabe, em suma, às comissões de licitação o cumprimento das regras abstratas; executá-las de modo impessoal,

independente de quem seja o licitante. A execução burocrática não é uma ofensa à honestidade, mas uma prevenção contra a desonestidade. Percebi uma tendência: advogados privados tendem a adotar a premissa da “confiança”; advogados públicos e promotores tendem a adotar a premissa da “desconfiança”. Trata-se, segundo minha percepção, de uma “tendência”, que, como tal, comporta exceções. Não farei, nesta coluna, nenhuma conjectura sobre essa constatação. As leis de licitação, posteriores à Lei 8.666/93, acredito, partiram de advogados privados. Daí a consagração do modelo gerencial.

Como citar este documento

As citações abaixo seguem os padrões ABNT NBR 6023:2018, APA 7ª edição, Chicago Author-Date (17ª ed.) e BibTeX (LaTeX). Copie o formato exigido pelo periódico ou gerenciador bibliográfico (Zotero, Mendeley, EndNote).

ABNT (NBR 6023:2018)

MARTINS, Ricardo Marcondes. Reforma da Lei de Licitações: como podemos piorar?. Direito do Estado — Colunistas, 19 out. 2016. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/ricardo-marcondes-martins/reforma-da-lei-de-licitacoes-como-podemos-piorar>. Acesso via: JurisTube — Acervo Digital de Direito. Disponível em: <https://juristube.com.br/colunistas/ricardo-marcondes-martins/reforma-da-lei-de-licitacoes-como-podemos-piorar>. Acesso em: 12 ago. 2026.

APA 7ª edição

Martins, R. M. (2016, October 19). Reforma da Lei de Licitações: como podemos piorar?. *Direito do Estado — Colunistas*. <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/ricardo-marcondes-martins/reforma-da-lei-de-licitacoes-como-podemos-piorar>

Chicago Author-Date (17ª ed.)

MARTINS, Ricardo Marcondes. 2016. “Reforma da Lei de Licitações: como podemos piorar?.” *Direito do Estado — Colunistas*, October 19. <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/ricardo-marcondes-martins/reforma-da-lei-de-licitacoes-como-podemos-piorar>

BibTeX

```
@article{ricardo-marcondes-martins-reforma-da-lei-de-licita-es-como-podemos-2016,  
author = {Martins, Ricardo Marcondes},  
title = {Reforma da Lei de Licitações: como podemos piorar?},  
journal = {Direito do Estado – Colunistas},  
year = {2016},  
url = {http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/ricardo-marcondes-martins/reforma-da-lei-de-licitacoes-como-podemos-piorar},  
urldate = {2016-10-19}  
}
```



Licença de Uso — CC BY-NC-SA 4.0

Este conteúdo está licenciado sob a licença Creative Commons Atribuição-NãoComercial-Compartilhalgual 4.0 Internacional (CC BY-NC-SA 4.0). O uso para fins acadêmicos e educacionais é permitido, desde que citada a fonte original (JurisTube) conforme as normas técnicas indicadas neste documento.

Termos completos:

<https://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/deed.pt-br>

JurisTube — Acervo Digital de Direito

<https://juristube.com.br/colunistas/ricardo-marcondes-martins/reforma-da-lei-de-licitacoes-como-podemos-piorar>

PDF gerado em 2026-08-12 00:15 UTC