Direito do Estado.com.br
O Direito Público da Cidadania

R-e-RE | Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado

Número 11 – setembro/outubro/novembro 2007 – Salvador – Bahia – Brasil - ISSN 1981-1888

INOVAÇÕES NAS LICITAÇÕES E SEUS ASPECTOS CONSTITUCIONAIS

Alice Gonzalez Borges
Advogada. Professora das Universidades Católica do Salvador e UNIFACS. Presidente do Instituto Baiano de Direito Administrativo. Membro do Conselho Superior do Instituto Brasileiro de Direito Administrativo. Membro da Comissão Permanente de Direito Administrativo do Instituto dos Advogados Brasileiros.

Sumário: 1. Princípios constitucionais. Conflitualidade aparente. Compatibilização. Integralização em um todo coerente e harmônico. 2. O princípio constitucional da eficiência e suas repercussões sobre as licitações e contratos administrativos. 3. Aspectos inovadores mais recentes e significativos na legislação ordinária de licitações e contratos administrativos em geral. 3.1. As normas gerais sobre licitações nas sociedades de economia mista e empresas públicas na Emenda Constitucional nº. 19. 3.2. A aplicação da Lei nº. 9.854, de 27 de outubro de 1999. 3.3. A nova modalidade licitatória do pregão na Medida Provisória nº. 2026/2000. 4. Considerações finais.

1. Por força das grandes transformações verificadas em nosso ordenamento jurídico - constitucional, através de várias e sucessivas Emendas Constitucionais e do uso abusivo das medidas provisórias, os intérpretes e os estudiosos do direito posto vivem uma época de perplexidades.

Deixamos de ter uma constituição cristalizada como norma fundamental do País, porque a toda hora ela é retalhada, muitas vezes com a introdução de modificações destoantes da sua sistemática, a qual, entretanto, teria de constituir-se em um todo integrado, coerente e harmônico.

Ao que parece, o Brasil é o mais dinâmico de todos os países que conhecemos. Suas realidades se modificam tão rapidamente, que não podemos ter uma legislação estruturada e estável, e o cidadão brasileiro não pode ter a segurança jurídica de que é regido por um corpo de leis mais ou menos duráveis.

Nossa realidade é tão furiosa e extraordinariamente mutante, que o País tem de ser legislado em caráter provisório, através de normas mensais, sucessivas e cambiantes, sempre em caráter urgente.

Sem dúvida, é legítimo que, em época de tão grandes transformações políticas, sociais e econômicas, seja desenvolvido um inaudito esforço para adaptar o direito posto às novas e múltiplas necessidades impostas pela realidade viva.

Mas, da maneira como se vem procedendo, há um evidente e insuportável exagero na modificação múltipla, irrefletida e apressada de todo o direito positivo. Dir - se - ia, até, que estaríamos vivendo uma gravíssima crise institucional, cercada por todos os lados de ameaças à sua estabilização, o que, felizmente, não é absolutamente o caso.

Enfim, o ordenamento jurídico - constitucional brasileiro assumiu, nos últimos tempos, um caráter experimental. É como se o País se houvesse transformado em um imenso laboratório de pesquisas de avançada tecnologia, para experiências legislativas de toda a sorte, em que seus cidadãos tivessem adquirido a condição de cobaias, - incômoda até para os pequenos animais.

E entretanto um dos pilares básicos do Estado de Direito se constitui, exatamente, na segurança jurídica dos cidadãos: a de que possuem leis, cujo fiel cumprimento podem exigir dos governantes, para que seus direitos possam ser adequadamente protegidos e respeitados, na suprema realização do princípio da legalidade - mais modernamente concebido como o princípio da juridicidade, isto é, o da atuação conforme a lei e o direito.

É dentro desse contexto que passaremos a examinar algumas das mais recentes, expressivas e significativas inovações em matéria de licitações e contratos administrativos, que ultimamente têm ocorrido e merecem detida reflexão, à altura da importância de que se revestem para as relações da sociedade.

Os estudiosos e intérpretes do direito brasileiro não se deparam com uma radical e total modificação de todo o ordenamento jurídico-constitucional, o que tornaria sua tarefa infinitamente mais fácil. As mudanças, as reformas, são tão inesperadas e atabalhoadas, quanto apenas parciais. Tal fenômeno tumultua extremamente a missão dos juristas, que exige a mais intransigente vigilância na defesa dos princípios que alicerçam a estrutura de nossa Carta.

Conquistamos a ventura de alinhar-nos com as constituições mais modernas do mundo civilizado, optando por uma Carta eminentemente principiológica.

Daí por que se torna necessário que, seguindo a lição de CANOTILHO, o intérprete considere as normas constitucionais, não como regras isoladas e dispersas, mas, sim, como preceitos integrados em um sistema interno unitário de normas e princípios, que componha um todo o mais possível harmônico e coerente.

Nesse sentido, é vital que se procurem examinar e compatibilizar, ao máximo possível, as múltiplas e sucessivas mudanças constitucionais e inovações legislativas com o que ainda resta, íntegro e não modificado, do texto constitucional que conquistamos - repita- se - em 1988.

2. Nunca será demasia lembrar a importância vital que teve a Reforma operada pela Emenda nº 19/98, em termos de licitações e contratos administrativos, ao erigir a eficiência em princípio constitucional da Administração Pública.

Mas é preciso considerar o verdadeiro alcance do que efetivamente significa esse princípio, agora formalmente integrado entre os norteadores de toda a conduta da Administração Pública. Dizemos formalmente, porque o princípio da eficiência, ou de boa administração já emergia de todo o nosso ordenamento jurídico-constitucional.

Já definia HELY MEIRELLES, em suas clássicas lições, que

> *" Dever da eficiência é o que impõe a todo agente público de realizar suas atribuições com presteza, perfeição e rendimento funcional. É o mais moderno princípio da função administrativa, que já não se contenta em ser desempenhada apenas com legalidade, exigindo resultados positivos para o serviço público e satisfatório atendimento das necessidades da comunidade e de seus membros". ("Direito Administrativo Brasileiro", São Paulo, Malheiros, 21ª. ed., 1996, pg. 90).*

Por seu turno, CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO sempre enunciou, como princípio implícito da Constituição, o da boa administração.

Há uma nítida tendência para minimiza-lo, de parte de certos administradores, procurando-se reduzi-lo a uma simples busca da eficácia, correntemente entendida como a busca do máximo de resultados com o mínimo dispêndio de recursos. Sem dúvida, a eficácia se contém na eficiência, mas esta última noção possui um alcance muito mais amplo, muito mais abrangente em suas amplas repercussões jurídicas de modo que, transcendendo os limites do antigo e tradicional princípio da Ciência da

Administração, certamente foram as mesmas fator determinante para sua inclusão entre os princípios vetores de toda a Administração Pública.

Na definição de UBIRAJARA CUSTÓDIO FILHO,

> *"...no âmbito da ciência da administração, a eficiência está ligada à correta e adequada utilização dos recursos disponíveis, enquanto a eficácia se refere à efetiva consecução dos resultados desejados. A eficiência se relaciona com os meios, a eficácia se liga aos fins" .*

Daí parte o referido autor para a construção do princípio jurídico da eficiência, nos seguintes termos:

> *" poder-se-ia enunciar o conteúdo jurídico do princípio da eficiência nos seguintes termos: a Administração Pública deve atender o cidadão na exata medida da necessidade deste e com agilidade, mediante adequada organização interna e ótimo aproveitamento dos recursos disponíveis". " (" A Emenda Constitucional n.º 19/98 e o princípio da eficiência na Administração Pública " - Boletim ILC da Editora ZÊNITE, ano 1999, n.º 66, pg. 606).*

Assim considerando, é evidente que, após a consagração constitucional do princípio da eficiência, muitos dos conceitos, das noções, das concepções em matéria de licitações e contratos administrativos, estão a exigir uma redefinição, uma reformulação total. Quem primeiro alertou para tal aspecto foi o jurista CARLOS PINTO COELHO MOTTA, logo que foi publicada a Emenda 19/98. (Cf. " Impactos da Emenda Constitucional n.º 19/98 e da Lei n.º 9.648/98 na Lei de Licitações", in Boletim de Licitações e Contratos da Editora NDJ, ano 1999, n.º 7, pg. 438)

Ganha grande relevo o atendimento do princípio legal da busca da seleção da proposta mais vantajosa para a Administração. Privilegia-se a busca da qualidade, tornando inteiramente obsoleta a consagrada escravização à tirania do menor preço, que tanto inviabiliza o atendimento eficiente das verdadeiras necessidades do interesse público. É a era em que, como muitos já sustentavam antes, o dogma do menor preço deverá cada vez mais ceder passo à busca do melhor preço.

Põe-se em pauta, cada vez mais intensamente, o anseio generalizado para a realização de certames licitatórios que tenham efetivamente, como verdadeiro objetivo, a busca das melhores propostas, não mais se perdendo em uma multiplicidade de exigências burocratizantes, formais, descendo a detalhes desnecessários, na fase de habilitação - palco para verdadeiras guerras entre licitantes, armados de providenciais liminares judiciais, que conduzem ao efeito perverso de afugentar propostas realmente vantajosas para o interesse público, em detrimento do princípio constitucional da eficiência.

3. Pinçamos, em toda a temática das inovações ultimamente surgidas em torno das licitações e contratos administrativos, apenas alguns aspectos que demandam maior reflexão dos estudiosos do direito, no desempenho de sua missão - repitamos - de intransigente defesa dos princípios constitucionais e da sua compatibilização entre si.

É este o crisol pelo qual temos de fazer passar certas figuras jurídicas meio estranhas, para ver se, dentre elas, há jóias a serem aprimoradas e lapidadas: cabendo, aí, uma advertência para o perigo real, em nosso País, da adoção, sem cautelas, da importação irrefletida de novas formas jurídicas demasiado permissivas, naquilo em que tal adoção puder afetar os princípios fundamentais da ética e da eficiência, pelos quais haverá de necessariamente pautar-se toda e qualquer Administração Pública.

Dentro dessa ordem de idéias, permitimo-nos destacar, para exame, os seguintes aspectos que ultimamente inovaram, de certo modo, a importante temática das licitações e contratos administrativos:

a) As normas gerais sobre licitações nas sociedades de economia mista e empresas públicas, previstas na Emenda Constitucional nº. 19/98.

b) A aplicação da Lei nº. 9.854, de 27 de outubro de 1999, como critério de habilitação nas licitações.

c) A nova modalidade licitatória do pregão, na Medida Provisória nº. 2026/2000.

3.1. Quanto às normas gerais sobre licitações nas sociedades de economia mista e empresas públicas, previstas no art. 22, inc. XXVII, da Constituição, alterado pela Emenda n.º 2 redação defeituosa da Emenda tem suscitado as mais controvertidas opiniões em torno do assunto.

Inicialmente, alguns chegaram a entender até que, após a Emenda da Reforma Administrativa, não mais existe a obrigatoriedade da licitação para as sociedades de economia mista e empresas públicas. Para outros, persiste tal obrigatoriedade, mas através de regulamentos próprios, que serão elaborados à vontade das estatais e livres de quaisquer freios, uma vez que somente terão de respeitar os princípios da Administração Pública (o que, aliás, ressalte - se, não é pouco, sobretudo se considerarmos que tais princípios estão perfeitamente contidos nas normas gerais do art. 3.º da Lei nº 8.666/93).

Outros, mais, entendem que tais permissivos somente vigoram para as empresas públicas e sociedades de economia mista que exploram as atividades econômicas strictu sensu, mas que as estatais prestadoras de serviços públicos continuarão vinculadas às mesmas normas de licitações das autarquias e das fundações públicas, tendo-se em vista o regime jurídico de direito público aplicável a tais serviços. Outros, ainda, e é esta a posição que

sustentamos em vários pronunciamentos públicos, entendem que competirá ao estatuto jurídico das sociedades de economia mista e empresas públicas, previsto no art. 173, § 1º, inciso III, da Constituição, definir normas gerais pertinentes a licitações e contratos administrativos para todas as sociedades de economia mista e empresas públicas, quer exercentes de atividade de exploração econômica strictu sensu , quer de prestação de serviços públicos, as quais, entretanto, não haverão de ser iguais, mas, sim, necessariamente diferenciadas.

De qualquer sorte, é importante frisar que não nos parece que já possam as sociedades de economia mista e as empresas públicas editar seus regulamentos próprios. Tal estará condicionado à prévia edição da lei que estabelecerá o estatuto jurídico de tais entidades. Esta lei há de ser federal, pois irá estipular, nos termos do art. 22, inciso XXVII da Constituição, as normas gerais de abrangência nacional que lhes são aplicáveis, no particular.

A matéria se reveste de grande interesse geral em todo o País, porque, na realidade, a esmagadora maioria das sociedades de economia mista e empresas públicas atualmente existentes se dedicam, exatamente, à prestação de serviços públicos.

Convenhamos em que já se faz tardar intoleravelmente uma definição do legislador federal, a respeito de matéria tão importante, espancando de vez todas as dúvidas e controvérsias que proliferam nos mais amplos segmentos da sociedade.

Enquanto isto, no aguardo da nova lei reguladora do dispositivo constitucional, as sociedades de economia mista e as empresas públicas ainda continuam, em suas licitações e contratos administrativos, sob a égide da Lei 8.666/93, única lei nacional de normas gerais de que dispomos sobre a espécie.

Nesse ponto, a normatividade específica que a Nação inteira aguarda está cedendo passo a verdadeira omissão, que contrasta inexplicavelmente com a copiosa e superabundante a edição de normas sobre outras matérias.

3.2. Diz o texto constitucional, no art. 37, inc. XXI, consagrando o princípio da igualdade de todos para licitar e contratar com a Administração Pública, que a lei SOMENTE PERMITIRÁ as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das propostas.

Já a legislação ordinária de licitações vinha desbordando, a nosso ver, dessa limitação constitucional, ao estabelecer, como requisito de habilitação, a prova da regularidade fiscal dos licitantes.

O tema já suscitou muitas controvérsias. Nunca aceitamos, de bom grado, a corrente doutrinária ora vitoriosa, no sentido de que, de certo modo, a

matéria de regularidade fiscal pode ser relacionada à qualificação econômica dos licitantes, como um de seus aspectos.

De qualquer sorte, extrapolando a limitação constitucional do art. 37, inc. XXI, o que vemos na prática é conferir-se à Administração, na condução das licitações para obras, compras, serviços e alienações, um papel adicional de verdadeiro fiscal do cumprimento das obrigações tributárias pelo licitante, o que, efetivamente, não cabe no texto constitucional em foco.

Essa atribuição de fiscal, no caso específico da União, ainda se revela mais exorbitante, porque consagrado, inclusive com o apoio do Tribunal de Contas da União (Decisão nº 449/96, publ. no DOU nº 156, de 13.08.96), um tratamento privilegiado, no particular, violador do princípio da igualdade. Com efeito, para a comprovação da regularidade fiscal perante a União, e somente para esta, exige-se, além da certidão de quitação de tributos federais, a certidão negativa de inscrição em dívida ativa. Nada, na Constituição, autoriza tal tratamento privilegiado .

É bem verdade que, tendo a Constituição, no art. 195, § 3º, estabelecido o total impedimento de contratar com o poder Público. para a pessoa jurídica que estiver em débito com o sistema de seguridade social, tal vedação repercute necessariamente no estabelecimento das condições de habilitação dos licitantes. Mas, neste caso, há expressa previsão constitucional neste sentido, e, desta sorte, a regra do art. 37, inciso XXI vem sendo compatibilizada com a exigência de tal obrigação, em nome da harmonização de princípios constitucionais igualmente relevantes, ainda que aparentemente conflitantes.

Vem, agora, a Lei nº 9.854, de 27 de outubro de 1999, acrescentar um novo requisito de habilitação nas licitações: o da comprovação do cumprimento do disposto no inciso XXXIII, do art. 7º da Constituição, introduzido na Carta pela Emenda Constitucional nº 20/98, o qual proíbe aos menores de dezoito anos o trabalho noturno, perigoso ou insalubre, e qualquer trabalho aos menores de dezesseis anos que não sejam aprendizes .

Tal exigência foi introduzida no art. 27, da Lei 8.666/93, com o acréscimo do inciso V, embora a Constituição não houvesse, como no caso, já citado, do art. 195, § 3º, estabelecido qualquer impedimento para contratar com o Poder Público, decorrente do descumprimento daquela vedação.

A nosso ver, é inconstitucional a Lei nº 9.854/99, na medida em que introduz uma exigência não prevista no art. 37, inc. XXI da Constituição, a qual não se compatibiliza com o seu princípio vetor, limitador de exigências para a participação de licitantes no certame, nem com o princípio constitucional da eficiência.

Por mais relevante e meritório que seja o alcance social do dispositivo constitucional do art.7º, inc. XXXIII, em sua nova redação, não se pode erigir a comissão de licitação, além de fiscal da regularidade tributária, também em fiscal das relações de trabalho.

Não foi ainda regulamentada a Lei 9.854/99, ao que saibamos. Ainda não se sabe quem e como atestará o cumprimento de tal exigência constitucional, como pré- requisito para a admissão nos certames. Mesmo porque o Executivo federal está descumprindo a obrigação imposta pela lei, dentro do prazo por esta determinado, que era de 90 dias a partir de sua publicação, o qual há muito se esgotou.

Mas, sem dúvida, tal exigência adicional de habilitação, de difícil comprovação, irá complicar mais ainda o procedimento licitatório, e atinge em cheio o princípio constitucional da eficiência, que exige certames mais simples e mais rápidos.

Melhor seria, segundo entendemos, que se limitasse a Lei 9.854/00, apenas, a consignar a utilização inconstitucional do trabalho de menores apenas como causa de rescisão contratual. Já aí, tal é perfeitamente verificável, durante a fiscalização da execução contratual.

Por sinal, observe-se, de passagem, que o açodamento e o atabalhoamento normativo, que tanto já verberamos, se evidencia em perfeito exemplo, neste caso.

Pois bem é de ver que, enquanto a Lei 9.854/99 acrescentou mais um inciso - o XVIII - ao art. 78 da Lei 8.666/93, que enumera taxativamente as diversas hipóteses de rescisão contratual, nem sequer se lembrou de, coerentemente, também modificar a redação do inc. I do art. 79, o qual enumera as hipóteses em que ocorrerá a rescisão unilateral do contrato pela Administração. Como, evidentemente, não se trata de rescisão amigável (inc. II), será que somente por via judicial (inc. III do mesmo art. 79) poderá ocorrer a rescisão contratual do empregador faltoso à proibição constitucional?

3.3. A Medida Provisória nº. 2.026 de 4.05.2000, acaba de criar nova modalidade licitatória: o "pregão ", que vem corresponder a um anseio geral de todos quantos propugnam por um procedimento licitatório mais simples, mais rápido e sem dúvida mais eficiente, na medida em que se permite a inversão das fases de julgamento e classificação das propostas e do exame da documentação de habilitação. Desestimula- se, assim, a excessiva competitividade que, perdendo-se no exame de detalhes desnecessários, muitas vezes frustra a oportunidade do exame e apreciação de uma boa proposta, em detrimento do verdadeiro interesse público.

É óbvio que somente sendo aberto e examinado o invólucro contendo os documentos de habilitação do licitante que apresentou a melhor proposta (art. 4º., XII) , bem como, em caso de inabilitação deste, e em caráter sucessivo, a documentação dos demais licitantes já classificados, obtém-se considerável economicidade de tempo e esforços na condução da licitação, o que contribui para reduzir os danosos efeitos da guerra das habilitações e resulta em melhor atendimento do interesse geral , bem como mais plena realização do princípio da eficiência.

Porém além desse aspecto, já destacado, que é festejado por todos, e que há muito havia sido proposto por juristas do porte de MARÇAL JUSTEN FILHO e JESSÉ TORRES, quando da discussão, em nível nacional, de um novo projeto de lei de licitações elaborado pelo MARE, outros há, de ordem constitucional, que vêm sendo objeto de merecidas e justificadas críticas:

a) - A Medida Provisória 2026 cria uma nova modalidade licitatória, que praticamente anula algumas outras, consagradas na Lei 8.666/93, que se diz a lei de normas gerais de abrangência nacional , de que trata o art. 22, inciso XXVII da Constituição da República.

O art. 22, inciso XXVII, da Constituição, refere-se expressamente a "normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades." A Lei 8.666/93, em seu art. 22, estabelece cinco modalidades de licitação, em caráter numerus clausus, conforme determina o § 8º, in verbis :

> *" § 8º . - É vedada a criação de outras modalidades de licitação ou a combinação das referidas neste artigo".*

Ora, além de criar uma nova modalidade licitatória, o pregão, a MP 2026/00 diz, em seu art. 2.º , que tal modalidade será adotada , "qualquer que seja o valor estimado do contrato" . Com isso, exclui-se, de logo, a adoção de nada menos de três modalidades, estatuídas na Lei 8.666/93, para as quais se estipula um teto - limite de valor contratual (concorrência, tomada de preços e convite), podendo substituí-las.

Mais ainda : em vez da rigorosa definição, que faz a Lei 8.666/93, das hipóteses de cabimento de cada uma de tais modalidades, a MP 2206 apenas diz que o pregão será adotado "para aquisição de bens e serviços comuns ".

Foi, assim, delegado ao regulamento, que acaba de ser aprovado pelo Decreto n.º 3.555, de 8 de agosto deste ano, definir quais serão tais bens e serviços comuns , nas diversas hipóteses listadas em seu Anexo II.

Isto, em matéria que irá dispor diferentemente, contrariar, o que se contém nas normas gerais de licitações e contratos constitucionalmente previstas, constitui evidente delegação legislativa, vedada em nosso ordenamento jurídico - constitucional.

Que se examine mais detidamente o Decreto 3.555/00: ficou este com o livre alvedrio de especificar o que será objeto de pregão e o que não pode sê-lo (por exemplo, exclui os equipamentos e utensílios de informática da classificação de bens permanentes , e inclui os serviços de assistência hospitalar médica e odontológica).

Mas não é só.

As normas gerais de licitações e contratos, previstas na Constituição, são dotadas de abrangência nacional. Como tal, impõem sua observância a todos os entes federados, inclusive à União.

Em um momento, dispõe a Constituição que o legislador federal pode editar normas gerais de abrangência nacional. Em outro momento, entretanto, ainda segundo nossa lei fundamental, cuida o legislador federal, apenas, de dispor para a Administração Federal, nesse caso devendo obediência às normas gerais previstas no art. 22, inc. XXVII da Constituição .

Poderia a Medida Provisória 2026/00 dispor sobre normas gerais de licitações e contratos , em abrangência nacional, alterando a Lei 8.666/93. Nada o impediria, e já o tem feito muitas vezes. Bastaria que o declarasse na sua ementa. Já se procedeu dessa forma, recentemente, através de sucessivas medidas provisórias, afinal convertidas na Lei nº 9.648/98.

Mas, surpreendentemente, autolimitou sua abrangência, nos seus artigos 1º. e 2.º. dispondo que somente se aplicará à Administração Federal.

Não poderia absolutamente fazê-lo, instituindo, para a Administração Federal, um tratamento diversificado daquele que é objeto das normas gerais de abrangência nacional em vigor, por força da Lei 8.666/93.

Em face disso, já se estabelecem controvérsias doutrinárias a respeito da espécie. Há autores, como CINTRA DO AMARAL, que sustentam poder ser adotado o pregão pelos Estados, Distrito Federal e Municípios, uma vez que a Medida Provisória em questão somente se pode compreender como alteradora das normas gerais de licitações e contratos administrativos, em abrangência nacional . Outros se opõem vivamente a tal entendimento, ante a literalidade do disposto no art. 1º da citada Medida Provisória.

Porém vai mais além a verdadeira inversão da hierarquia de normas operada pela MP 2026/00 .

Além de estatuir, indevidamente, regras diversificadas das normas gerais de abrangência nacional, contrariando, até, a vedação por estas estatuída no art. 22, § 8º da Lei 8.666/93 ; além de operar, no seu artigo 2º., § 2º., em matéria de tamanha importância, verdadeira delegação legislativa ao poder regulamentar, sem guarida em nosso direito, comete a Medida Provisória uma demasia sem qualificação : ao estatuir sobre normas de licitação e contratos com abrangência apenas federal, diz, em seu artigo 8º., que as normas gerais da Lei 8.666/93 terão aplicação subsidiária (sic) para a nova modalidade licitatória que criou .

Temos, assim, uma medida provisória operando a completa subversão do nosso ordenamento jurídico-constitucional, tal como se acha no direito posto. Em vez de ser a norma de abrangência exclusivamente federal subordinada às normas gerais de abrangência nacional, como constitucionalmente previsto, essas últimas é que irão operar como subsidiárias da norma federal !

Vale, ainda, lembrar que, ignorando inteiramente o teor do art. 22, inciso XXVII, da Constituição, em sua atual redação aprovada pela Emenda n.º19/98, a Medida Provisória 2026 diz, em sua ementa, alterar o art. 37, inc.

XXI, da Constituição; o Decreto nº 3.555/00 , que a regulamentas, diz, no art. 1º, parágrafo único, que se subordinam ao regime do mesmo decreto, além dos órgãos da Administração Federal direta, as suas empresas públicas e sociedades de economia mista. Como, se, pela nova redação do art. 22, inciso XXVII, as normas do art. 37, inc. XXI apenas se aplicam à Administração Direta, às autarquias e fundações públicas ?

Ultimamente, as emissoras de televisão editam novelas de grande agrado popular, sendo que algumas delas atingem verdadeiros "picos " de audiência. Pois bem. Os autores de novelas já não têm mais liberdade criativa, escravizando-se aos vereditos das pesquisas de audiência. Se um determinado personagem não cai na simpatia popular, exige-se do autor da novela que mude seu roteiro para que, forjando-se um providencial "acidente", aquele personagem saia sumariamente do elenco. Mas, se ao contrário, um ator que não tinha papel muito destacado passa a gozar da preferência do público, "espicham-se " os capítulos da novela para que o personagem protagonizado por aquele ator passe a ter maior evidência.

Pois bem. Os produtores de medidas provisórias, em nosso País, adotaram o modus procedendi de autores de novelas. Sai uma medida provisória, com a vigência de um mês, e com a previsão de numerosas e sucessivas edições posteriores. Mas alguém, através da imprensa, ou, até, mediante sugestões diretamente dirigidas aos autores da MP, opina em certo sentido.

Acolhendo tal opinião, a Medida Provisória do próximo mês será modificada.

Assim aconteceu com a Medida Provisória nº 2026, de 4/05/2000, e com a Medida Provisória nº 2026-3, de 28/07/00. Esta última consignou algumas modificações importantes no texto original, número 1, tais como a introdução da "equipe de apoio " para coadjuvar o pregoeiro, com exigências específicas de qualificação; a supressão da exigência, para todos os licitantes, de uma declaração prévia, sob as penas da lei, de possuírem a documentação de habilitação legalmente exigida.

Se, muito louvável, democrática e salutarmente, os autores da norma pretendem auscultar suas repercussões na opinião pública, não seria melhor e mais lógico que submetessem suas disposições a um amplo debate público e prévio à sua edição definitiva ?

É bem verdade que, - já íamos esquecendo, - a medida provisória é editada em casos de relevância e urgência , na expressa dicção do art. 62 da Constituição da República.

Afinal de contas, a promulgação de normas jurídicas deve ser um trabalho revestido da maior seriedade. Não se trata de um laboratório de experiências, nem possui nenhum parâmetro com a produção de uma novela de televisão, destinada apenas à diversão dos telespectadores.

Há um mínimo de segurança jurídica de que deve dispor o cidadão, para poder saber, com certo grau de certeza, qual a regra que se aplica às relações que trava no mundo jurídico, as quais, sem dúvida serão muito mais duradouras e terão maiores e mais sérias consequências .

Isto, observe-se, quando nosso ordenamento jurídico-constitucional (ainda) ampara amplamente a intangibilidade, ante o advento da lei mais nova, das situações jurídicas criadas ao abrigo da lei anterior.

É simplesmente inimaginável o tumulto que pode causar, no mundo jurídico, a mudança, mês a mês, das normas jurídicas das quais decorrem relações jurídicas determinadas, bem como a constituição de situações jurídicas bem definidas, tais como as decorrentes da realização de certames licitatórios destinados à celebração de futuros contratos.

4. Compete aos estudiosos e profissionais do direito alertar a sociedade brasileira a respeito da sem-cerimônia com que está sendo tratado o ordenamento jurídico do País. A norma fundamental vem sofrendo constantes alterações, muitas delas desnecessárias e casuísticas. As abundantes medidas provisórias do Poder Executivo, com a conivência ou a omissão dos demais Poderes, se substituem à elaboração refletida das normas jurídicas, em nome de uma urgência inexistente, As leis são elaboradas sem o devido cuidado com sua compatibilização com or princípios constitucionais a que devem obedecer.

Estatuiu a Lei de Introdução ao Código Civil, em seu artigo 3º, que " Ninguém se escusa de cumprir a lei, alegando que não a conhece " . Mas o cidadão brasileiro há de se perguntar, perplexo, a qual regra de direito terá que obedecer, de tal maneira nosso ordenamento jurídico se tornou mutante e instável.

Mas, por outro lado, em outros aspectos a pletora de normas jurídicas cede passo a uma injustificável omissão do legislador, no disciplinamento em definitivo de matérias importantes como a elaboração do estatuto jurídico das sociedades de economia mista e empresas públicas.

A inclusão, em patamar de princípio constitucional, do princípio da eficiência, merece, conseqüentemente, mais detida reflexão, quanto à matéria pertinente a licitações e contratos administrativos, merecendo a revisão de alguns de seus mais importantes institutos.

A nova modalidade do pregão, não obstante alguns sérios defeitos que não nos cabe por ora destacar, representa uma desejável aplicação do princípio constitucional da eficiência, com a agilização e simplificação do procedimento licitatório, através de uma inversão de fases que lhe propicia maior e mais efetiva funcionalidade. Isto, na medida em que propicia, a todos os participantes do certame, a oportunidade de verem examinada e discutida a sua proposta, sem as prévias barreiras e delongas da habilitação.

Constitucionalmente, não pode a Medida Provisória dispor, em matéria pertinente à alteração das normas gerais existentes, somente para a Administração Federal, sem incorrer em grave violação de preceitos do Texto Maior.

Na medida em que altera, como efetivamente o faz, normas gerais de licitações e contratos administrativos em vigor, de abrangência nacional, logicamente há de ter aplicação também aos Estados, aos Municípios e ao Distrito Federal .

Demais disso, trata-se, no caso, de uma aplicação concreta do princípio constitucional da eficiência. Ora, ninguém mais que os Estados e Municípios necessitam da simplificação e agilização dos procedimentos licitatórios, com vistas à melhoria do atendimento de suas necessidades de serviço e à satisfação do interesse público em geral, de modo algum se justificando tal marginalização.

Por fim, ante a contumaz violação da norma fundamental do País, do qual apenas demos alguns exemplos, cabe uma reflexão sobre o perigo, para o qual adverte AGUSTIN GORDILLO, de que a sociedade não sinta, ante o seu ordenamento, o devido respeito e acatamento que são as próprias bases do funcionamento da ordem jurídica. Isto pode resultar em que todo o sistema normativo perca prestígio e consenso perante o cidadão comum, e que surja uma genérica atitude de falta de suficiente respeito ao próprio direito, com imprevisíveis consequências para a Nação . (Salvador, 27 de setembro de 2000.)

Referência Bibliográfica deste Trabalho:

Conforme a NBR 6023:2002, da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), este texto científico em periódico eletrônico deve ser citado da seguinte forma:

BORGES, Alice Gonzalez. Inovações nas Licitações e seus Aspectos Constitucionais. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 11, setembro/outubro/novembro, 2007. Disponível na Internet: <http://www.direitodoestado.com.br/rere.asp>. Acesso em: xx de xxxxxx de xxxx

Observações:

1) Substituir “x” na referência bibliográfica por dados da data de efetivo acesso ao texto.
2) A RERE - Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado - possui registro de Número Internacional Normalizado para Publicações Seriadas (*International Standard Serial Number*), indicador necessário para referência dos artigos em algumas bases de dados acadêmicas: **ISSN 1981-1888**
3) Envie artigos, ensaios e contribuição para a Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado, acompanhados de foto digital, para o e-mail: rere@direitodoestado.com.br
4) A RERE divulga exclusivamente trabalhos de professores de direito público, economistas e administradores. Os textos podem ser inéditos ou já publicados, de qualquer extensão, mas devem ser encaminhados em formato word, fonte arial, corpo 12, espaçamento simples, com indicação na abertura do título do trabalho da qualificação do autor, constando ainda na qualificação a instituição universitária a que se vincula o autor.

5) Assine gratuitamente notificações das novas edições da RERE – Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado por e-mail: http://www.feedburner.com/fb/a/emailverifySubmit?feedId=873323

6) Assine o feed da RERE – Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado através do link: http://feeds.feedburner.com/DireitoDoEstado-RevistaEletronicaDaReformaDoEstado

Publicação Impressa:

Informação não disponível.