



PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

ANA TEREZA VENTURA COELHO

LICITAÇÕES E CONTRATOS: A importância da fase interna do planejamento e dos princípios constitucionais da contratação pública e sua influência para melhoria e diminuição dos gastos públicos.

RECIFE

2019

FACULDADE DAMAS DA INSTRUÇÃO CRISTÃ
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

ANA TEREZA VENTURA COELHO

LICITAÇÕES E CONTRATOS: A importância da fase interna do planejamento e dos princípios constitucionais da contratação pública e sua influência para melhoria e diminuição dos gastos públicos.

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito como requisito parcial para a obtenção do título de **Mestre em Direito**.

Área de concentração: **História do Pensamento Jurídico**

Linha de pesquisa: **Historicidade dos Direitos Fundamentais**

Orientador: Prof. Dr. **André Felipe Canuto Coelho**

RECIFE

2019

Resumo

A Constituição Federal Brasileira estabelece em seu art. 37, XXI, que as contratações devem ser realizadas através de processo de licitação que proporcione igualdade entre as pessoas participantes do certame com a finalidade de ofertar o mais vantajoso para a administração pública, objeto de sua necessidade. A fase interna em um processo de contratação é de suma importância, pois é nela que se determina o planejamento que tem por pilares os princípios que devem ser observados para se identificar a necessidade, que é o problema a ser resolvido na contratação, verificando a melhor forma de prestação associada ao melhor custo-benefício e existência da respectiva dotação orçamentária a ser aplicada pela administração pública. Aliado a este planejamento no processo de contratação está a melhoria dos gastos públicos que devem ser observados pelos agentes públicos dos órgãos. Esta observância se dá com a finalidade de evitar o desperdício de gastos, associado a eficiente fiscalização, nesta etapa, por parte do controle externo dos Tribunais de Contas. O presente trabalho busca demonstrar que é possível através do planejamento e aplicação dos princípios constitucionais fazer com que eles passem de coadjuvante para plano principal. Será analisada a importância de um eficiente planejamento para ter como base dados para uma contratação econômica e eficaz, através dos conceitos e julgados que a aplicação dos princípios alcança o sucesso desejado no processo, e por fim será demonstrado como a Administração, através da melhoria no planejamento associada a fiscalização dos Tribunais de Contas alcançará um melhor método para analisar os editais de licitações e efetivar contratações, assegurando seu efetivo cumprimento, em especial, no êxito dos princípios da economicidade e da eficiência. Aprimorando-se as normas já existentes com a prática e experiências ter-se-á a possibilidade do planejamento da contratação pública ter por pilares os princípios nos quais devem ser observados para se identificar a necessidade, que é o problema a ser resolvido, verificando a melhor forma de prestação associada ao melhor custo-benefício e existência da respectiva dotação orçamentária a ser aplicada pela administração pública.

Palavras-chave: Contratação Pública; Fase interna da licitação; Fiscalização; Planejamento; Tribunais de Contas.

Abstract

The Brazilian Federal Constitution institutes in its art. 37, XXI, that the hiring must be realized through a bidding process that provides equality between its participants in order to offer the most beneficial to the public administration, object of its need. The internal phase in a hiring process is of paramount importance, because it determines the planning which has principles that must be observed to identify the need, which is the problem to be solved in hiring, verifying the best form of provision associated with the best value and the existence of the respective budget allocation to be employed by the public administration. Allied to this planning in the hiring process is the improvement of public spending that must be observed by the public agents of the bureau. This compliance is intended to avoid waste of costs, associated with efficient surveillance of this stage by the external control of the Courts of Auditors. The present work seeks to demonstrate that it is possible through the planning and application of constitutional principles to move them from the supporting to the main plan. The importance of efficient planning to gather data on economic and effective contracting will be analyzed through concepts and judgements that the application of the principles reaches the desired success in the process, and finally will be demonstrated how the Administration by the improvement of Planning associated with auditing by the Courts of Auditors will achieve a better method for analyzing bidding documents and contracting, ensuring their effective compliance, in particular, with the success of economy and efficiency principles. Improving existing standards with practice and experience will enable public procurement planning to be based on the principles which they must observe to identify the need, which is the problem to be solved, and to verify the best form of benefit associated with the best value and the existence of the respective budget allocation to be applied by the public administration.

Keywords: *Public Procurement; Internal phase of bidding; Supervision; Planning; Courts of Auditors.*

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO: a importância da fase interna do planejamento e dos princípios constitucionais na contratação pública e sua influência nos gastos públicos.....	11
1 CONTEXTO HISTÓRICO DA CONTRATAÇÃO PÚBLICA: evolução histórica da legislação sobre licitações e contratações pública no Brasil.....	22
2 OS GASTOS PÚBLICOS E AS CONTRATAÇÕES PÚBLICAS.....	28
2.1 Gastos públicos: conceito e forma de aplicação no setor público.....	28
2.2 Instituições: suas características e consequências de acordo com a teoria institucionalista de Douglas North e a aplicação para o setor público.....	30
2.3 Neo-Institucionalismo e sua análise comparativa para as contratações públicas.....	36
3 PLANEJAMENTO DA CONTRATAÇÃO PÚBLICA E A DESCRIÇÃO DO OBJETO A SER CONTRATADO PELO ÓRGÃO PÚBLICO: dificuldades e problemas encontrados.....	44
3.1 Conceituação da fase interna, da licitação e da execução do contrato.....	44
3.2 Especificações do objeto em discordância com o mercado.....	48
3.3 Necessidade de qualificar os agentes públicos quanto da verificação e do conhecimento do objeto.....	51
4 PLANIFICAÇÃO E ELABORAÇÃO ANTECIPADA DO OBJETO, COMO BASE E EFICIÊNCIA NA CONTRATAÇÃO DOS ÓRGÃOS PÚBLICOS.....	56
4.1 Dos princípios constitucionais como norteadores no instituto da licitação pública.....	56
4.1.1 Do princípio da legalidade.....	57
4.1.2 Do princípio da impessoalidade.....	57
4.1.3 Do princípio da isonomia.....	58
4.1.4 Do princípio da moralidade.....	58
4.1.5 Do princípio da publicidade.....	59
4.1.6 Do princípio da eficiência.....	60
4.1.7 Do princípio da vinculação ao instrumento convocatório.....	60
4.1.8 Do princípio da razoabilidade.....	61
4.2 Do sucesso das contratações públicas através da aplicação da fase interna da lei de licitações e contratos.....	61
4.3 Da pesquisa de mercado e sua capacidade de melhor definir o objeto a ser contratado.....	66

5 EFICIENTE ESTRUTURAÇÃO DO TERMO DE REFERÊNCIA NO DELINEAMENTO DA CONTRATAÇÃO PÚBLICA E SUA IMPORTÂNCIA PARA A MELHORIA DOS GASTOS PÚBLICOS.....	71
5.1 Como o termo de referência desenvolvido observando os princípios constitucionais e o planejamento do órgão público pode ajudar a aperfeiçoar os gastos públicos.....	71
5.2 Atuação dos Tribunais de Contas no controle e redução dos gastos públicos.....	78
6 O TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE PERNAMBUCO: SUA ATUAÇÃO NA NÃO APLICAÇÃO DO PLANEJAMENTO NA CONTRATAÇÃO PÚBLICA E NA GERAÇÃO DO DESPÉRDIO DOS GASTOS PÚBLICOS.....	85
7 CONCLUSÃO: Necessidade de normatização da etapa do planejamento da contratação pública pelo controle externo, com a finalidade de se obter melhoria e diminuição nos gastos públicos.....	92
REFERÊNCIAS.....	99
APÊNDICE A.....	105
ANEXO A - AVISO DE LICITAÇÃO PREGÃO ELETRÔNICO Nº 22/2018.....	107
ANEXO B - ACÓRDÃO T.C. Nº 686/18.....	108
ANEXO C - AVISO DE REABERTURA DE PRAZO DE LICITAÇÃO PREGÃO ELETRÔNICO Nº 22/2018.....	110
ANEXO D - PROJETO DE LEI Nº 1.292, DE 1995 - DA FASE PREPARATÓRIA.....	111

INTRODUÇÃO: a importância da fase interna do planejamento e dos princípios constitucionais na contratação pública e sua influência nos gastos públicos

A Constituição Federal determina em seu art. 37, XXI, que as contratações devem ser feitas através de processo de licitação que assegure igualdade entre as pessoas que participam do pleito com a finalidade de ofertar o mais vantajoso para a administração, objeto de sua necessidade.

O presente trabalho tem como objeto de estudo tratar da importância que deve ser dada ao planejamento da fase interna da contratação pública mediante a descrição do objeto no termo de referência, da aplicação dos princípios que regem as licitações, bem como suas implicações nos contratos, na gestão da administração pública e sua influência na condução dos gastos públicos.

A contratação pública está dividida em 3 fases: o planejamento, que trata da fase interna considerada como uma etapa preparatória na qual se irá especificar o objeto que se necessita contratar; a licitação propriamente dita, etapa em que ocorrem os procedimentos no qual se recebem as propostas e as mesmas serão julgadas para que se tenha o vencedor, aquele que será contratado; e por fim a execução, que engloba a etapa de recebimento do objeto contratado, bem como o controle e fiscalização da compatibilidade do mesmo com aquilo que se licitou.

A fase interna de um processo de contratação é de suma importância, pois é nela que se determina o planejamento que tem por pilares os princípios nos quais devem ser observados para se identificar a necessidade, que é o problema a ser resolvido na contratação, verificando a melhor forma de prestação associada ao melhor custo-benefício e a existência da respectiva dotação

orçamentária a ser aplicada pela administração pública (MENDES, 2012, p. 87 - 88).

Mister observar que os princípios estabelecem as hipóteses básicas da composição do sistema de regime jurídico administrativo. Eles servem de orientação e referência quando da necessidade de interpretação das regras, bem como para elucidar explicações de matéria e conteúdo que não foram tratadas claramente pelas normas existentes (FURTADO, 2016, p. 53 - 58). Os abordados neste trabalho serão: legalidade, impessoalidade, isonomia, moralidade, publicidade, eficiência, vinculação ao instrumento convocatório e razoabilidade, que são princípios fundamentais para o direito administrativo, importantes na área da contratação pública.

Percebe-se que a legislação geral sobre contratação pública, a lei nº 8666/93, determina que deva existir um planejamento com a finalidade de melhor caracterizar e detalhar o objeto que se quer adquirir ou o serviço que se quer realizar.

Acontece que nas atividades diárias realizadas pelos gestores públicos não são incorporadas esta prática da obrigação de planejar e melhor especificar o objeto que se necessita. A norma geral estabelece que deva existir a elaboração de um documento formal com a caracterização clara do objeto a contratar. Porém o que ocorre atualmente é apenas um preenchimento formal de etapas para o processo de contratação que não condiz com a efetiva necessidade e identificação do que se deseja contratar.

Assim, percebe-se um desperdício nos gastos públicos, visto que se encontram objetos que não servem para suprir a necessidade do órgão público,

sendo de má qualidade, e muitas vezes chegando até mesmo a não funcionarem corretamente, fazendo com que o órgão tenha que contratar novamente antes do tempo desejado ou em caráter de urgência aquele mesmo objeto para poder desempenhar o seu papel de gestão pública.

Seria possível, em respeito aos princípios constitucionais, implementar o termo de referência de maneira eficaz e eficiente com a finalidade de melhorar a aplicação e redução dos gastos públicos no Brasil?

Diminuir os gastos e limitar as despesas públicas desnecessárias evitando realizar programas e desembolsos que não sejam essenciais para uma boa administração que funcione para a população de maneira geral, fornecendo educação, saúde e segurança que são os pilares essenciais desejados por todo o cidadão, não é uma prática simples (MOTTA, 2010, p. 1 - 2).

Os Acórdãos do Tribunal de Contas da União (TCU) apontam que a inexistência do implemento da fase interna de licitação, o planejamento, dificulta e impossibilita o conhecimento completo do objeto que se quer contratar, como também a aferição dos valores que serão gastos como despesas pelo órgão. Mediante este fato, deve-se ter como ponto de partida a pesquisa de mercado realizada pela administração sobre a necessidade que se quer contratar, juntamente com a motivação do ato, condição que é essencial.

Então, descrever no termo de referência os benefícios diretos e indiretos que aquela contratação trará é determinar aquilo que importa para o órgão, que é a demanda a ser atendida pelo gestor público. É de suma relevância ao se determinar o problema indicar a sua possível solução. Neste instante preliminar de análise é necessário perceber que a necessidade diz respeito à administração,

e que a solução deste problema é encontrada com aqueles que atuam no mercado, os particulares. Deve-se adequar a solução à necessidade do órgão e não o contrário (MENDES, 2012, 93 - 106).

Logo, é importante que a necessidade seja protocolizada através de documento. Nele serão separadas as realidades e características que sejam comuns e então, achadas as diferenças para que se determine de forma clara e precisa a solução para aquilo que se quer contratar. Quando se erra em identificar o objeto que se precisa, acontece a má definição dele, bem como a falha na estimativa do custo daquela contratação. A motivação dos problemas encontrados nos contratos é, então, o reconhecimento e determinação desta necessidade (MENDES, 2012, p. 89 - 90).

Entre as várias análises realizadas e apresentadas em estudo feito sobre o desperdício no gasto público brasileiro, uma das que mais nos leva a refletir é que 80% da perda e do não aproveitamento dos objetos contratados se dá de acordo com uma condição passiva. Este caráter passivo de desperdício referente ao gasto público acontece pela não eficiência e pela incapacidade dos agentes dos órgãos públicos em descrever melhor o seu objeto, por mais simples que o mesmo seja, verificando como o mercado funciona e qual é o seu planejamento, que muitas vezes não existe (MOTTA, 2010, p. 2).

Em virtude da existência de tais fatos, o presente trabalho visa dar uma contribuição demonstrando que ao se realizar o planejamento da fase interna da contratação pública, ao se descrever o objeto a ser contratado de maneira eficaz e determinar como este objeto é apresentado no mercado, apresentando seu preço, prazo e as opções existentes que se enquadre na necessidade do órgão,

ter-se-á, no âmbito da administração pública, uma redução nos gastos públicos e um melhor aproveitamento das despesas realizadas.

O tema planejamento das contratações públicas é apontado como uma das etapas do processo de licitação das mais relevantes e indispensáveis para o sucesso da contratação. As contratações públicas ficaram mais presentes no setor público, devido ao sistema de modernização dos modelos de gerenciamento do estado, resultado de movimentos e reformas que aconteceram no mundo todo, a partir da crise dos anos de 1970 e, no Brasil, no final dos anos de 1980 (MENDES, 2000, p. 4 - 5).

O termo de referência é o diploma onde se registra e se prepara a descrição do objeto, necessidade do órgão público que se deseja contratar, onde é formatada com a justificativa e a explicação da finalidade da respectiva contratação e apresenta também o custo que se terá para que o gestor do órgão público possa tomar as decisões. Percebe-se que sendo bem elaborado este documento, ele é o marco inicial de todo o ciclo da contratação e servirá de base para economicidade e aplicação das despesas, reduzindo os gastos públicos, pois não haverá desperdício, e os erros que possam surgir serão mínimos.

Não se refere apenas à maneira de estimar o preço da futura contratação, e sim de possibilitar a concepção de algo maior que é o custo do objeto vinculado à estratégia de suprimento. Este custo deve auxiliar não só a administração pública quanto a coordenar seus gastos, como também orientar os interessados em participar do certame licitatório, de tê-lo como suporte de instrução, para elaborar uma proposta condizente com a necessidade do órgão público.

Por conseguinte, não se pode manifestar sobre a vantagem do objeto sem abordar um quadro que especifique os valores encontrados para aquela contratação e analisar os elementos que sejam importantes para tal fato. A contratação realizada sem este estudo de custo poderá resultar em prejuízos para a administração pública.

Deve-se ressaltar que a cotação de preços é uma etapa principal do processo de contratação pública e deve ser inspirada por extensiva pesquisa de mercado conforme determina o art. 15, inc. V, da lei nº 8666/1993. É importante destacar que, quanto maior for o número de propostas provenientes das pesquisas de mercado feitas no comércio, mais confiável e fidedigno ao mercado será o preço médio a ser aplicado como referência nos certames licitatórios.

Logo, no setor das compras públicas, a pesquisa de preços apresenta como finalidade primordial servir de critério objetivo na avaliação e análise das propostas fornecidas pelos licitantes e aquilatar o custo do objeto com o intuito de analisar quanto à existência de recursos orçamentários razoáveis e satisfatórios para o pagamento das despesas com a contratação, bem como pontos relativos ao modo de gerenciar o contrato.

Diante do contexto apresentado, para responder à questão feita, propõe-se mostrar as dificuldades apresentadas na elaboração do planejamento da contratação pública e na descrição do objeto que se deseja contratar, como também sua discordância com as especificações do mercado.

Pretende-se mostrar que com a fiscalização e orientação dos Tribunais de Contas, que são os órgãos de controle externo das contas públicas que seguem as orientações legais e a aplicação dos princípios constitucionais já referidos

acima, é possível se obter sucesso na contratação pública referente a qualidade do objeto que se necessita.

Fundamentado pelo referencial teórico da legislação da contratação pública, a lei nº 8666/93, e pela Constituição Federal de 1988, verificar-se-á que desde 1842, através das legislações existentes, já havia estudos e aplicações relativamente a esta fase interna da contratação pública. Nesse sentido vai se investigar se melhorou ou não o cumprimento dos pontos previstos na legislação ao longo do tempo.

Será analisada a teoria neo-institucional do autor Douglass North que apresenta a estrutura das novas instituições: normas legais, morais e até rotineiras que servem para orientar a conduta do homem, bem como assegurar o gerenciamento dos sistemas sociais, de como funcionam e como interagem com a sociedade. Será neste contexto observado o motivo pelo qual uma lei funciona em um estado e não funciona em outro. Também o porquê uma lei é eficaz e outra não. Examinar-se-á como a sociedade e os aplicadores do direito recepcionaram a mesma lei e para quem esta lei foi feita. Por fim, se está previsto que seja aplicada, então qual a explicação, se através da cultura e costume da sociedade o seu uso ou não influenciaram no seu fracasso.

Verifica-se nesta análise da concepção neo-institucional, como ela explica o desenvolvimento das políticas públicas, que tratam das decisões e metas das ações governamentais apontados para resolver as questões de interesse público, investigando a fundo o conhecimento das instituições e estabelecendo que a teoria neo-institucional é favorável para se realizar uma análise crítica que permite

o entendimento do processo político relacionado às políticas públicas (IMMERGUT, 2007, p. 8 - 13).

É importante para o gestor público entender as teorias neo-institucionalistas para empregá-las aos casos concretos conservando a disciplina na investigação de seus propósitos institucionais. Nesta visão serão discutidos os três métodos existentes: o institucionalismo histórico, o da escolha racional e o sociológico.

O institucionalismo histórico apresenta um ponto de vista mais abrangente das instituições, conferindo enorme relevância às instituições políticas oficiais. Retrata o crescimento histórico relativo às organizações e às regras ou ajustes reproduzidas pelas organizações formais. Considera a maneira como as instituições distribuem o poder, de modo desproporcional entre os grupos sociais e resguarda um acaso social que fica na dependência do seu caminhar histórico (HALL, 2003, p. 2 - 5).

Já o institucionalismo da escolha racional examina a fase política como uma sequência do embaraço dos atos coletivos. Para este subgrupo, as instituições apenas existem por causa do confronto entre as forças da sociedade (HALL, 2003, p. 5 - 7).

Por fim o institucionalismo sociológico apareceu motivado pela teoria das organizações e seus simpatizantes elucidaram o conceito de instituição da forma mais geral que seus semelhantes na ciência política (HALL, 2003, p. 7 - 10).

No ambiente da contratação pública, percebe-se uma afinidade com o institucionalismo histórico quando este aborda a questão do pensamento do

indivíduo em relação à concepção cultural, já que estabelece que a atitude do indivíduo não é totalmente estratégica e considerando também que ele observa e se utiliza dos padrões existentes com o propósito de obter o que desejam.

Também se assemelha com o que explica o institucionalismo da escolha racional quando este se refere aos valores das transações referentes aos acordos realizados para as decisões a serem tomadas pelos órgãos, de modo que garantam aos indivíduos que possuem o poder de decisão, privilégios de troca e dessa forma permitiam se ter normas estáveis através destas decisões.

Quanto a correspondência da contratação pública com o institucionalismo sociológico, refere-se quando trata do olhar da ação do indivíduo e da instituição sob o ponto de vista cultural. No momento em que o indivíduo age de acordo com a convenção social, reflete que ele faz parte da atuação social que está no contexto. O que é elevado é a ação do homem apresentando uma atitude coerente e razoável, porém ele está agindo com pensamentos amplos dentro do que a sociedade o expõe como costume, e não como deveria agir de acordo com as regras.

Atualmente os gestores dos órgãos públicos não seguem as normas e princípios que devem ser obedecidos na fase interna do processo da contratação pública. Na legislação vigente, existe a necessidade do alcance, definição do estudo e realização do planejamento do objeto com a finalidade que a contratação pública seja executada, porém na cultura, isto é, no costume e que se pratica nos dias atuais, o cumprimento desta fase, em muitos casos é simplesmente formal, não sendo levado em conta o planejamento, acontecendo o atraso no

conhecimento e especificação do objeto, que é a necessidade daquilo que o órgão precisa contratar.

Desta forma, tem-se a falha e carência da realização desta fase, bem como a falta de uma maior fiscalização por parte dos órgãos de controle interno e externo, com sanções que devem estar mencionadas nas normas com mais clareza e eficácia, para que os órgãos públicos passem a não ter desperdício nos seus gastos.

Espera-se que os resultados apresentados possam contribuir para o alcance mais efetivo dos resultados pretendidos com a contratação.

Além desta introdução, esta dissertação está organizada em sete capítulos. O primeiro capítulo trata do contexto histórico da contratação pública. Em seguida será discutida a relação dos gastos públicos e da contratação pública. Após esta contextualização, serão apresentadas as dificuldades e problemas encontrados no planejamento e na descrição do objeto. Em sequência, serão abordadas a eficiência na estruturação do termo de referência e sua importância para os gastos públicos, depois será apresentado um caso pragmático de ausência de planejamento na fase interna e as consequências da má descrição do objeto. Por fim a conclusão de como deve ser realizada esta fase interna dentro da contratação pública.

Vai se tentar demonstrar que melhorando a fase interna da contratação pública é possível se ter um controle efetivo dos gastos públicos. Será utilizada pesquisa explicativa e bibliográfica. Por fim, demonstrar-se-á o quanto a melhoria no planejamento da fase interna da contratação pode contribuir para melhor

aplicação dos gastos públicos no Brasil e assim, possibilitar uma eficiente contratação pública.

7 CONCLUSÃO: Necessidade de normatização da etapa do planejamento da contratação pública pelo controle externo, com a finalidade de se obter melhoria e diminuição nos gastos públicos.

A falta de planejamento das contratações e dos gastos públicos podem ocasionar contratações em circunstâncias críticas, onde a necessidade de assistência da carência da sociedade estabelece aquisições por valores excessivos, contratações desnecessárias ou até mesmo de produtos ou serviços insatisfatórios.

Acontece que a incoerência ou não existência de planejamento para contratação dos objetos e dos bens públicos, pode provocar com que gestores, não muito dedicados, não contemplem princípios basilares que são de suma importância para a atuação do governo, a exemplo dos princípios da isonomia e da eficiência.

Contudo, uma enorme fatia dos valores de recursos públicos pode estar tomando direção diferente daquela que seria a certa, já que o planejamento não adequado das contratações acarreta compras desnecessárias ou até mesmo por valores bem maiores que os preços praticados no mercado.

Nos dias atuais, a população em geral exige a todo instante atitudes e intervenções do poder público com a finalidade de contribuir em diminuição dos gastos públicos. Este ponto só é permitido e possível ser atendido, realizando o devido planejamento das contratações públicas, bem como também relativamente às obras públicas.

É de suma importância a tentativa de aperfeiçoar a fase interna da licitação. Os gestores públicos têm se preocupado, a cada passo, com esse ponto

muito importante no procedimento licitatório, embora ainda de maneira iniciante, pois é o que demonstra a prática.

Diversos desafios deverão ocorrer em relação ao melhoramento da especificação do objeto da licitação. Os agentes públicos responsáveis pela fase interna da licitação possuem o grande obstáculo de especificar o objeto, isto é, a sua necessidade, a cada momento que realiza a descrição do mesmo, sempre procurando o melhor em característica e valor, daquilo que se deseja obter, elevando a qualidade e a eficiência das contratações públicas.

Num mercado rodeado por empresas que não apresentam responsabilidades e que desejam a todo modo obter lucro acentuado pago pelo setor público, é necessário que as obrigações das empresas contratadas e a qualidade do objeto determinado a ser contratado, estejam corretamente definidas na fase interna da licitação, sob pena de danos irreversíveis aos cofres públicos.

Sendo assim, aprimorando e revendo as normas existentes sobre a fase interna da licitação, à luz dos princípios constitucionais, conseguir-se-á melhorar o planejamento e a descrição do objeto, que são a chave para o sucesso da contratação pública.

Antes de se concluir sobre os pontos que devem ser normatizados para aprimoramento e base do controle externo na fiscalização, bem como na melhoria da análise e do julgamento relativamente a fase interna de licitação, serão abordadas algumas mudanças que o projeto de lei nº 1292/95, que estabelece normas gerais de licitação e contratação para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios e revoga a lei nº 8666/93 (lei das licitações), a lei nº 10520/02 (que instituiu a

modalidade pregão nas licitações) e a lei nº 12462/11 (Regime Diferenciado de Contratações - RDC), e está em tramitação no Senado Federal, visto que foi aprovado pela Câmara dos Deputados em 10 de outubro deste ano.

É um projeto de lei muito aguardado e bastante debatido. É previsto que terá uma *vacatio legis* de 24 meses, porém a utilização pode até ser instantânea, caso a administração deseje e indique no edital.

No Anexo D colocou-se a parte do projeto de lei 1292/95 que trata do assunto aqui abordado relativamente a fase interna da contratação pública. Não se teve condições de colocar o projeto por completo, pois o mesmo apresenta cerca de 150 páginas.

Relativamente às diferenças entre o que se tem hoje na lei nº 8666/93 e o que o novo projeto de lei traz, nos pontos referentes ao planejamento e sua fase preparatória abordar-se-á a seguir.

O projeto de lei busca assegurar um melhor planejamento das contratações públicas, como exemplo, tem-se a exigência da apresentação para serviços e obras de engenharia, do projeto completo, que engloba o básico e o executivo, e ele vai ser discutido dentro do processo de licitação, inclusive pelos próprios licitantes.

Foi criada uma nova modalidade de licitação chamada diálogo competitivo e extinguiram-se as modalidades tomada de preços e convite. As demais modalidades existentes continuaram: concorrência, pregão e leilão.

O diálogo competitivo é uma nova modalidade de licitação na qual a administração realizará diálogos com os licitantes, anterior e previamente

selecionados, pensando em buscar alternativas que possam atender às necessidades de interesse público, devendo os licitantes apresentarem propostas finais após o encerramento deste diálogo competitivo. Por ser uma novidade deverá se tomar cuidado no sentido de que não possibilite conluíus, direcionamentos de licitações ou até restrições indevidas.

Contempla a inversão de fases como regra geral para todas as modalidades, e o julgamento antes da etapa de habilitação, trazendo rapidez e eficiência para o procedimento licitatório.

Em relação a fase interna a novidade é que traz um capítulo próprio, tratando com mais ênfase os pontos importantes que devem estar no processo licitatório, dentro do termo de referência. Neste projeto o termo de referência passa a ser obrigatório, com esta nomenclatura, para todas as modalidades. Na lei nº 8666/93 os pontos referentes ao planejamento estão dispostos perdidos nos artigos e não há uma seção específica com determinações. É uma melhoria que o projeto de lei engloba.

Tem-se no projeto de lei a exigência da figura do plano de contratação anual e que o mesmo deve estar alinhado com as questões orçamentárias e deve conter um requisito de considerações técnicas. Isto é de grande valia, pois os órgãos públicos passarão a ter que apresentar este plano, fato que na prática percebe-se que muitas vezes não existe. Logo esta cobrança ajudará o controle externo a fiscalizar com mais ênfase.

O projeto de lei prevê a criação de um catálogo eletrônico de padronização de compras, serviços e obras. Este catálogo conterà os dados oficiais e os procedimentos realizados na fase interna de licitação, como também as

especificações dos objetos a serem contratados. Terá grande valia este banco de dados que será formado e servirá de guia para as licitações e também para o acompanhamento do controle interno e externo.

Previsão de uma matriz de risco onde obriga a definição clara e objetiva de responsabilidade do poder público e do contratado sobre os diferentes riscos do negócio. Em tese, irá privilegiar o equilíbrio econômico-financeiro do contrato, dar maior segurança e estabilidade das relações e evitar conflitos. A matriz de risco deverá promover a locação eficiente dos riscos de cada contrato e estabelecer a responsabilidade que cabe a cada parte contratante.

Quando se trata da questão da pesquisa de mercado, etapa de suma importância neste estudo, o projeto especifica como a lei de licitações também determinava, que deve o valor estimado estar compatível com os valores encontrados no mercado. Acontece que o projeto em seu art. 22 lista as possíveis soluções, caso que não acontece com a lei nº 8666/93. Vale salientar que de acordo com o objeto em pauta o órgão deverá montar a sua planilha referente ao orçamento estimado e levar em conta todos estes itens.

Sabe-se que apenas as pesquisas virtuais, isto é feitas nos sistemas como banco de preços, atas de registro de preços, contratos anteriores, não refletem a realidade do mercado e das empresas que venham participar do certame. Devem-se levar em conta todas as etapas indicadas na lei, tanto que o projeto descreve as maneiras que devem ser feitas, e que ao final a composição de sua planilha deve demonstrar o valor mais próximo que se apresenta no mercado. O bom deste projeto é estar previsto de forma clara como deve ser realizada a pesquisa de preços.

O projeto prevê que o orçamento estimado poderá ter caráter sigiloso. Este ponto é uma adaptação ao que acontece com a contratação realizada através do RDC. Caso exista justificativa fundamental e importante poderá não divulgar o orçamento antes da fase de julgamento.

Este é um ponto ruim deste projeto, pois quando se trabalha com a ideia de se realizar um eficiente planejamento e um real conhecimento do objeto, determinando e descrevendo a necessidade do órgão público, não condiz não divulgar e não tornar público o orçamento, pois o que se deve é ter cuidado e tempo necessário em realizar esta etapa, e não esconder o valor com a intenção que as empresas façam propostas de acordo com o mercado, mas sem ter um comparativo daquilo que se precisa realmente.

Estabelece que a fase interna deve buscar o valor da contratação de maneira mais profissional do que a lei 8666/93 e procura exigir um planejamento mais denso por parte do agente público. É possível perceber claramente que o projeto de lei busca a eficiência nas licitações.

Resta-nos indiscutível a afirmativa de que o êxito de uma licitação está precisamente na capacidade de definir com clareza e precisão o objeto pretendido. Esse êxito, que se justifica na contratação firme e certa entre a administração pública e o licitante, justificada porque atendidas pelo agente público, com responsabilidade e prudência, a precisa definição de um objeto que se pretende licitar no momento em que lhe é exigida sua atuação.

Imprescindível compreender que, assim como para as compras é essencial a adequada caracterização do objeto, para obras e serviços é indispensável o detalhamento do que a administração busca do contratado. Essa essencialidade

está no fato de que o órgão público tem o dever de indicar o objeto pretendido na licitação, caracterizando-o ao fim de buscar a qualidade que o satisfaz.

O sucesso de uma licitação bem contratada, sem desperdícios e atenta aos exatos interesses da administração pública, condiciona-se já na fase interna, onde é recomendável, seja para aquisição de bens ou serviços, que se tenha o objeto minuciosamente descrito, extraindo-se do mesmo as características mínimas necessárias para garantir aos licitantes o conhecimento para formulação das propostas.

A compreensão dessa atitude nada mais é do que a demonstração do atendimento a um dos princípios mais basilares da Constituição Federal, da aplicação das normas e de elaboração de leis específicas ao tema, qual seja, o princípio da isonomia, o qual é interpretado conjuntamente ao tema ora proposto, enfatiza a necessidade por todos os candidatos à contratação, do conhecimento preciso dos limites a que ficarão sujeitos se contratarem com o poder público.

É inegável concluir que o perfilhamento desse instrumento culminará em reflexos positivos, na medida em que se comporá como um orientador para os licitantes, ampliando a transparência e fortalecendo o trabalho técnico a ser desenvolvido. Os resultados de um processo licitatório inicialmente preocupado com a definição clara e precisa do objeto não serão inesperados à administração, pois trarão a certeza da contratação de bens ou serviços devidamente conforme previsto e desejado, com satisfação em quantidade e qualidade.

REFERÊNCIAS

ALEXANDRE, Rodrigo Dannel da Silva. **Os Fatores que Influenciam na Eficiência das Licitações por Meio do Pregão Eletrônico na UFPE**. Tese para obtenção do grau de Mestre em Administração, na área de Estratégia, Finanças, Marketing e Competitividade nas Empresas do Mestrado Profissional em Administração da Universidade Federal de Pernambuco. 2016.

ALTOUNIAN, Cláudio Sarian; SOUZA, Daniel Luiz de; LAPA, Leonard Renne Guimarães. **Gestão e Governança Pública para resultados: uma visão prática**. 1. Reimpressão, Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2018. cap. 7 - 8.

BARRETO, Ana Cristina Teixeira. **Carta de 1988 é um marco contra discriminação**. .Net, Rio de Janeiro, nov. 2010. Revista Consultor Jurídico. Disponível em: <file:///F:/texto%20para%20trabalho%20de%20renata/ConJur%20-%20Constitui%C3%A7%C3%A3o%20de%201988%20-%20C3%A9%20um%20marco%20contra%20a%20discrimina%C3%A7%C3%A3o%20da%20fam%C3%ADlia.html>. Acesso em: 20 maio 2018.

BEZERRA, Juliana. **Constituição de 1967**. .Net, Rio de Janeiro, ago 2015 Disponível em: <file:///F:/texto%20para%20trabalho%20de%20renata/Constitui%C3%A7%C3%A3o%20de%201967%20-%20resumo,%20caracter%C3%ADsticas%20e%20contexto%20hist%C3%B3rico%20-%20Toda%20Mat%C3%A9ria.html>. Acesso em 17 abril 2018.

BRAZÃO, Wadih. **A evolução do processo licitatório e a sociedade e seus anseios**. junho 2015. Disponível em: <https://brazaoesilvaadvocacia.jusbrasil.com.br/artigos/179792549/a-evolucao-do-processo-licitatorio-e-a-sociedade-e-seus-anseios>. Acesso em: 19 junho 2019.

BRESSER-PERREIRA, Luiz Carlos. **Por um Pensamento Econômico Heterodoxo Dominante: Um Manifesto Acadêmico**. Revista Econômica, Niterói, v.14, n.1, p. 09-32, junho, 2012. Disponível em <http://www.bresserpereira.org.br/papers/2013/405.Heterodoxo-ManifestoAcad%C3%AAmico-Econ%C3%B4mica.pdf>. Acesso em: 31 ago 201.

CARVALHO, Paulo C. Silva de. **Política de compras na administração pública Brasileira**. .Net, São Paulo set 2014. Disponível em:<http://licitacao.uol.com.br/artdescricao.asp?cod=59>. Acesso em: 21 mar. 2018.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 7. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2003.

COELHO, Ana Tereza Ventura. **Apostila do Curso: Elaboração de Termo de Referência - Escola de Contas Públicas Barreto Guimarães**, 2018.

DOTTI, Marinês Restellato. **Governança nas contratações públicas: aplicação efetiva de diretrizes, responsabilidade e transparência**. 1 ed, Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2018. cap. 5

FERNANDES JÚNIOR, Álvaro Martins; LIMA, Marcelo Santos de. **Gestão Pública: Licitação e contratos administrativos como princípios do direito administrativo.** .Net, Disponível em: <<http://www.administradores.com.br/artigos/academico/gestao-publica-licitacao-e-contratos-administrativos-como-principios-do-direito-administrativo/98769/>>. Acesso em: 03 abril 2018.

FORTES JÚNIOR, Cleo Oliveira. **Breve história das licitações no Brasil.** .Net, São Paulo, fev. 2017 Disponível em: <<http://www.fortesjr.com.br/breve-historia-das-licitacoes-no-brasil/>>. Acesso em 30 maio 2018.

FURTADO, Lucas Rocha. **Princípios Gerais de Direito Administrativo.** 1 ed, Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2016.

GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**, 17 ed, São Paulo: Ed. Saraiva, 2012.

GRIMM, Dieter. **Constitucionalismo y Derechos Fundamentales.** Madrid: Editorial Trotta, 2006 (Cap. 2. Condiciones y consecuencias del nacimiento del constitucionalismo moderno; Cap 4. El concepto de constitución en su desarrollo histórico)

HALL, Peter A.; TAYLOR, Rosemary C. R. **The three versions of neo-institutionalism.** Lua Nova, 2003, n. 58, p. 193-223. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1590/S0102-64452003000100010>> Acesso em 03 maio 2019.

HÄRBERLE, Peter. **Libertad, igualdad, fraternidad.** 1789 como história, actualidad y futuro del Estado constitucional. Madrid: Editorial Trotta, 1998.

HENRIQUE, Angelica da Trindade. **Corrupção e gastos públicos: um estudo empírico para os Municípios de Pernambuco.** Dissertação para obtenção do grau de Mestre em Engenharia de Produção, pela UFPE, em fev/2011.

HUGHES, E. C. **The ecological aspect of institutions.** American Sociological Review, v. 1, n. 2, p. 180-189, April 1936.

_____. **The study of institutions.** Social Forces, v. 20, n.3, p.307 a 310, March 1942.

IMMERGUT, Ellen M. **As regras do jogo: a lógica da política de saúde na França, na Suíça e na Suécia.** Revista Brasileira de Ciências Sociais. n 30, ano 11, fev. 1996. Disponível em: <https://edisdisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4096921/mod_resource/content/1/Immergut_sistemas%20de%20saude.pdf>. Acesso em 15 abril 2019.

_____. **Oxford handbook of Public Policy.** Oxford University Press, 2007.

JUND, Sergio. **Administração, orçamento e contabilidade pública.** 1 ed, Rio de Janeiro: Ed. Elsvier, 2006, Parte 2, cap. 3 e 6.

JUNQUEIRA, Daniela Cerri. **Licitações e contratos da administração pública**. .Net, São Paulo, 2013. Disponível em: <http://ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=14758>. Acesso em: 02 maio 2018.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 13 Ed. São Paulo: Dialética. 2009. cap. 2 - 5.

_____. **O Estatuto da Microempresa e as licitações públicas**. São Paulo, Editora Dialética, 2007.

LECOURS, André. **New Institutionalism: Theory and analysis**. University of Toronto Press, 2005. Canada. Part one, p.3 - 97.

LÓPEZ-ELÍAS, José Pedro. **Aspectos jurídicos de la Licitación Pública en México**. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1999.

MARCH, James G.; OLSEN, Johan P. **Neo-Institucionalismo: fatores organizacionais na vida política**. Revista de Sociologia e Política. Vol. 16, n. 31, p. 121- 142, nov. 18. Disponível em: <<https://revistas.ufpr.br/rsp/article/view/28083/18670>> Acesso em: 25 ago 2019.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo moderno**, 21 ed, Belo Horizonte: Editora Fórum, 2018. Cap.10 - 11.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Licitação e contrato administrativo: de acordo com as leis 8.666, de 21.06.1993, com todas as alterações posteriores**, 15 ed, São Paulo: Editora Malheiros, 2010. Cap. 1 - 5.

MENDES, Renato Geraldo. **O Processo de Contratação Pública**, 1 ed, Curitiba: Zênite Editora, 2012.

_____. **Lei de Licitações e Contratos Anotada**, 9 ed, Curitiba: Zênite Editora, 2015.

_____. **Conclusões e principais ideias sobre a contratação pública extraídas das obras e dos textos publicados**. .Net, Curitiba, 2012. Disponível em: <<https://www.renatomendes.com.br/contratacao-publica/>>. Acesso em: 15 nov. 2017.

MENDES, Vera Lúcia Peixoto Santos. **Inovação gerencial na administração pública: um estudo na esfera Municipal no Brasil**. Tese em Administração - Universidade Federal da Bahia - UFBA. Salvador. 2000.

MOTTA, Alexandre Ribeiro. **O Combate ao desperdício no gasto público: uma reflexão baseada na comparação entre sistemas de compra privado, público federal norte-americano e brasileiro**. Dissertação para obtenção do grau de Mestre em Desenvolvimento Econômico, pela UNICAMP (linha de pesquisa Desenvolvimento Economico, Espaço e Meio Ambiente), em 07/06/2010.

NIEBUHR, Joel de Menezes. **Licitação Pública e Contrato Administrativo**, 3 ed, Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2013.

_____. **Dispensa e Inexigibilidade de Licitação Pública**, 4 ed, Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2015. cap 2.

_____. **Pregão Presencial e Eletrônico**, 7 ed, Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2015, cap 7.

NORTH, Douglass C. **Institutions, Institutional Change and Economic Performance**. 1 ed, , Ed. Cambridge University Press, 1990, p. 8 - 178.

OLIVEIRA, Aline de. **Projeto da nova Lei de Licitações finalmente anda na Câmara**. .Net, Rio de Janeiro, ago 2017. Disponível em: <https://www.sollicita.com.br/Noticia/?p_idNoticia=11141&n=projeto-da-nova-lei-de-licita%C3%A7%C3%B5es-finalmente-anda-na-c%C3%A2mara>. Acesso em: 10 nov. 2017.

PECI, Alketa. **A nova teoria institucional em estudos organizacionais: uma abordagem crítica**. Cadernos EBAPE. BR, v. 4, n. 1, março, 2006. Disponível em <www.ebape.fgv.br/cadernosebape>. Acesso em 01 set 2019.

PEIXOTO, Ariosto Mila. **Licitação na década de 90 e nos próximos 10 anos**. Revista Digital Licitar -ano 5 n. 01 - julho, 2001. Disponível em: <http://ampadvogados.com.br/arquivos/REVISTA_LICITAR_JUL.01.pdf>. Acesso em 09 set. 2019.

PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres; DOTTI, Marinês Restelatto. **Políticas Públicas nas Licitações e Contratações Administrativas**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

PINTO, A.L. **A institucionalização organizacional como estratégia de desenvolvimento**. Revista de Administração Pública, Rio de Janeiro, v. 3, n. 1, p. 7-25, jan./jun. 1969.

RIBEIRO, Geraldo Luiz Viera. **A evolução da licitação**. Rio de Janeiro, 2007. Disponível em: <<http://classecontabil.com.br/a-evolucao-da-licitacao/>>. Acesso em: 09 junho 2019.

RIGOLIN, Ivan Barbosa. **Direito Administrativo - Temas Polêmicos**. 2 ed, São Paulo: Fórum, 2010.

ROSSETTI, Suzan Maria. **Planejamento: Instrução Normativa nº 01/2019. 16/01/2019**. Disponível em: <<https://www.zenite.blog.br/planejamento-instrucao-normativa-no-012019/>>. Acesso em 09 set. 2019.

SANTANA, Adalberto Santos. **Fraudes em licitações e contratos administrativos**. .Net, Brasília - DF, Conteúdo Jurídico, jul 2013. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.44445&seo=1>>. Acesso em: 05 maio 2018.

SANTANA, Jair Eduardo; CAMARÃO, Tatiana; CHRISPIM, Anna Carla Duarte. **Termo de Referência:** o impacto da especificação do objeto e do termo de referência na eficácia das licitações e contratos. 5 ed, Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2016.

SANTOS, Gabriel Barros Vieira. **Constituição de 1967.** Net, Rio de Janeiro, maio 2017. Disponível em: <file:///F:/texto%20para%20trabalho%20de%20renata/Constitui%C3%A7%C3%A3o%20Federal%20de%201967_%20principais%20aspectos%20-%20Jus.com.br%20_%20Jus%20Navigandi.html>. Acesso em 26 maio 2018.

SANTOS, Lucimar Rizzo Lopes dos. **A importância do planejamento na contratação pública.** .Net, Rio de Janeiro, jan. 2017. Disponível em: <file:///F:/texto%20para%20trabalho%20de%20renata/A%20importancia%20do%20planejamento%20na%20contrata%C3%A7%C3%A3o%20p%C3%ABlica%20-%20Jus.com.br%20_%20Jus%20Navigandi.html>. Acesso em 15 junho 2018.

SILVA, Magno Antônio da. **O conceito de eficiência aplicado às licitações públicas:** uma análise teórica à luz da economicidade. 2008. Disponível em: <<http://revista.tcu.gov.br/ojs/index.php/RTCU/article/viewFile/367/413>>. Acessado em 05/12/2018.

TRINDADE JÚNIOR, Francisco Ulisses da. **Planejamento das licitações:** O Planejamento das Licitações Públicas como Fator de Eficiência. Trabalho de Conclusão de Curso de Especialização em Gestão de Logística na Administração Pública, do Centro Universitário do Distrito Federal - UDF. Disponível em: <<https://docplayer.com.br/77104965-Planejamento-das-licitacoes-o-planejamento-das-licitacoes-publicas-como-fator-de-eficiencia.html>>. Acesso em: 24 nov. 2018.

BRASIL. Decreto nº 5.450, de 31 de maio de 2005. Regulamenta o pregão, na forma eletrônica, para aquisição de bens e serviços comuns, e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 01 jun. 2005. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/>>. Acesso em: 21 mar. 2018.

_____. Lei nº 8.666, de 07 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 08 jun. 1993. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/>>. Acesso em: 21 mar. 2018.

_____.Tribunal de Contas da União. **Licitações e contratos:** orientações e jurisprudências do TCU - 4 ed. rev., atual. e ampl. - Brasília: TCU, Secretaria-Geral da Presidência: Senado Federal, Secretaria Especial de Editoração e Publicações, 2010.

_____. Tribunal de Contas da União. **Acórdão nº 399/03.** Órgão Julgador: Plenário. Relator: Ministro Marcos Vinícios Vilaça. DOU: 30/04/03.

_____.Tribunal de Contas da União. **Acórdão nº 2600/06**. Órgão Julgador: Primeira Câmara. Relator: Ministro Valmir Campelo. Data da sessão: 19/09/06.

_____. Tribunal de Contas da União. **Acórdão nº 1007/18**. Órgão Julgador: Plenário. Relatora: Ministra Ana Arraes. Data da Sessão: 02/05/18.

_____. Tribunal de Contas da União. **Processo TC 010.029/2005-3**.

_____.Tribunal de Contas da União. **Súmula 177**. Objeto da licitação, especificação, princípio da isonomia, quantidade, princípio da publicidade. Disponível em: <<https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/sumula/%252a/NUMERO%253A177/DTRELEVANCIA%2520desc/0/sinonimos%3Dfalse>>. Acesso em: 30 jul. 2019.

_____.Tribunal de Contas do Estado de Pernambuco. **Relatório Preliminar de Auditoria**. PETCE nº 40354/2018. Recife, 2018.