

GOVERNO DO ESTADO DO MATO GROSSO DO SUL
XI PRÊMIO SUL-MATO-GROSSENSE DE INOVAÇÃO NA
GESTÃO PÚBLICA

INVERSÃO DAS FASES NO PROCESSO LICITATÓRIO:
EFICIÊNCIA, CELERIDADE E ECONOMIA PROCESSUAL
PARA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.

CAMPO GRANDE – MS

2016

SUMÁRIO

1. Título do Pré-Projeto	03
2. Caracterização da Situação Anterior	03
3. Descrição do Pré-Projeto	05
3.1. Eixo de atuação	07
4. Objetivos propostos	08
5. Resultados esperados	08
6. Público alvo	10
7. Ações e etapas da implementação	11
8. Recursos necessários	12
9. Mecanismos de avaliação	13
10. Obstáculos na implementação do futuro pré-projeto	13
11. Referências	19

1. Título do Pré-Projeto

Inversão das Fases no Processo Licitatório: Eficiência, Celeridade e Economia para a Administração Pública.

2. Caracterização da Situação Anterior

O artigo 37, inciso XXI da Constituição Federal determina que as contratações, ressalvados os casos especificados em lei, devem ser realizadas por processo de licitação pública.¹

Por sua vez, a licitação é um procedimento administrativo que visa a garantir igualdade de condições a todos os interessados em contratar com a administração pública, cujo objetivo, é a seleção da proposta mais vantajosa para aquisição de bens ou contratação de serviços.

Regulamentando o artigo 37, XXI, da Constituição Federal, a Lei Federal n. 8.666, de 21 de junho de 1993, instituiu normas gerais sobre licitações e contratos administrativos, trazendo, em seus artigos, as seguintes modalidades de licitação: i) concorrência; ii) tomada de preços; iii) convite; iv) concurso; e v) leilão.

As modalidades licitatórias diferem entre si em virtude de peculiaridades do procedimento e dos limites de valores do objeto a ser contratado pela administração.

Resumidamente, na concorrência, tomada de preços e convite, modalidades usadas para adquirir bens ou contratar serviços, o procedimento é o seguinte: publica-se o edital convocando os interessados a contratar com a Administração; os interessados, independentemente de quantos forem, promovem sua habilitação; após há a abertura dos envelopes com a classificação das propostas; segue-se a homologação; e, por fim, a adjudicação.

O entrave burocrático do procedimento reside no fato de que, independentemente do número de concorrentes, isto é, contando o certame com dois ou duzentos concorrentes, oportuniza-se a habilitação de todos eles, para só então verificar o melhor preço daqueles devidamente habilitados. Este é o procedimento da Lei 8.666 de 1993, bem como, o adotado pelo Governo do Estado de Mato Grosso do Sul na Lei Estadual 1.070/1990.

¹ Art. 37, XXI da CF: ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de quantificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

Ocorre que, com o advento da Lei Federal 10.520/02, fora instituída uma nova modalidade licitatória: o pregão. Considerada a mais utilizada pela administração devido à celeridade de seu procedimento ocasionado pela inversão das fases de licitação, o pregão tem o seguinte procedimento: na data marcada para abertura dos envelopes, é analisada primeiramente a proposta de preço dos concorrentes, possibilitando que estes, diminuam suas propostas iniciais através de lances; após a verificação do menor preço, é aberta a habilitação apenas deste, e não de todos os participantes, como é feito, por exemplo, na concorrência.

Contrapondo os procedimentos licitatórios tradicionais com o do pregão, nota-se que, além da diminuição do tempo, há desburocratização do processo com a expressiva redução da quantidade de documentos a serem anexados, relativamente aos interessados desclassificados por não terem ofertado as melhores propostas.

A partir da implantação do pregão, primado pelos critérios da celeridade, eficiência e economia, são notáveis as vantagens para a Administração, motivando aprimoramentos na Lei 8.666/93. No âmbito do Estado de Mato Grosso do Sul, a Lei Estadual 1.070/90 foi editada anteriormente à Lei Geral de Licitação, o que torna evidente a necessidade de adequação legislativa e a imposição de novas práticas pela Administração.

A burocratização do procedimento se apresenta como o maior problema das modalidades de licitação previstas na Lei Federal 8.666/93. Na concorrência, tomada de preços e convite, a abertura de todos os envelopes de habilitação tornam o procedimento demasiadamente longo, tendo em vista que, a fase de habilitação é a mais complexa da licitação e, por sua vez, em caso de questionamentos, o processo é suspenso até resolução dos recursos; com isso, não são raros os casos de processos de concorrência durar mais de 06 meses até ulterior homologação e adjudicação; em muitos outros, a demora na aquisição enseja a revogação do ato por conveniência da Administração ante a perda do objeto.

Neste sentido, convém destacar as palavras de Ivan Barbosa Rigolin:

Todos sabem que a fase “emperrada” da licitação, muito burocrática e trabalhosa, e que com frequência trava o andamento do certame, amiúde por muitos meses ou até anos, é a habilitação. Julgar as propostas, ante as dificuldades operacionais extrínsecas da habilitação, costuma constituir brincadeira de criança, que se resolve, no dizer corrente, em dois tapas.

Assim, o que aquela abençoada inversão de fases poupa de tempo tanto para o poder público quanto para os licitantes é algo simplesmente extraordinário, monumental, a ponto de facilmente o ente licitador poder resolver todo o certame, adjudicar o seu objeto ao vencedor e contratá-lo no mesmo dia da abertura.²

² RIGOLIN, Ivan Barbosa. “Municípios já podem inverter a fase da Licitação. O sepultamento das normas gerais de Licitação”. Disponível em <http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/47221>. Acesso em 24 de junho de 2016.

Desta forma, comparativamente ao procedimento estabelecido para a modalidade pregão, é evidente que os procedimentos licitatórios previstos na Lei n. 8.666 estão defasados. O pregão, por sua vez, apresenta-se como modalidade mais célere, econômica e, embora formal como as demais, tem-se que é menos burocrática, adaptando-se perfeitamente as necessidades atuais da administração pública.

Na forma estabelecida pela Lei 10.520/02, o pregão somente deve ser utilizado para aquisição de bens e serviços comuns, sendo vedado o uso do procedimento para licitação do tipo melhor técnica ou técnica e preço.

A experiência na área de licitação, em suma, permite concluir que a Lei Federal de Licitações e a Lei Estadual estão totalmente defasadas, vez que não mais atendem às necessidades da administração. O procedimento de suas modalidades reclama mudanças para que possa efetivamente cumprir com os princípios da eficiência e economia.

Oportuno mencionar os ensinamentos de Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2002, p. 83) acerca dos princípios estabelecidos no artigo 37 da Constituição Federal, ao dizer que o princípio da eficiência vai além da importância do serviço da administração ser prestado com legalidade, é necessário também que haja resultados positivos para a satisfação dos serviços públicos e o atendimento do interesse público³.

Assim, considerando que o cenário atual do Governo do Estado é a observância do procedimento da Lei Federal 8.666/93, cuja fase da licitação representa um retrocesso diante das vantagens na inversão das fases trazidas pelo pregão, e, considerando que é dever da administração buscar sempre pelo aperfeiçoamento e atuar com eficiência na prestação dos serviços públicos, surge a ideia do Governo do Estado inovar, invertendo as fases da licitação nos processos da administração estadual, tal como é feito no pregão, para as demais modalidades licitatórias.

3. Descrição do Pré-projeto

Diante dos aspectos expostos acima e da clareza nas vantagens do pregão, não resta dúvida que a Lei Federal 10.520/2002 inovou e trouxe maior eficiência para a administração pública, motivo pelo qual, defende-se a inversão das fases do procedimento também para as modalidades da Lei 8.666/93.

³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 14. Ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 83.

Cumprido destacar, que, após a Lei Federal 10.520/2002 criar a modalidade denominada de pregão, invertendo as fases e inovando o procedimento licitatório, a Lei 11.079/2001 instituiu normas gerais de licitação para Parceria Público-Privada – PPP e, posteriormente, foi a vez da Lei de Concessões (Lei 8.196/2005) também inovar, ambas adotando o procedimento invertido de licitação.

Diante de uma profunda pesquisa realizada, depara-se com a informação de que o Estado da Bahia, primando pela eficiência, resolveu ousar e inverter as fases do procedimento licitatório também para as demais modalidades, conforme Lei de Licitação do mencionado ente da federação (Lei 9.433 de 01 de março de 2005).

E assim, seguidos pela iniciativa do Estado da Bahia, outros entes da federação também promoveram a inversão das fases do procedimento licitatório para as modalidades da Lei 8.666/93, tais como Sergipe (Lei Estadual 5.848/2006), Paraná (Lei Estadual 15.340/2006), São Paulo (Lei Estadual 13.121/2008), e o Município de São Paulo, por meio da Lei Municipal 14.145/2006.

Neste sentido, cabe mencionar as palavras de Henrique Motta Pinto e André Janjácomo Rosilho que fazem os seguintes apontamentos:

A análise das modificações revela que o Estado de São Paulo implantou a inversão de fases e o saneamento de falhas como regras para suas licitações. Com a *inversão de fases de habilitação e julgamento*, passa-se a verificar a habilitação apenas do ou dos licitantes que tenham apresentado a melhor ou as melhores propostas. Isto permite que a duração do processo licitatório seja significativamente reduzida e, conseqüentemente, sejam economizados recursos da administração pública. Ao postergar a fase de habilitação, a medida também propicia um menor grau de litigância no curso da licitação, evitando-se a ocorrência de disputas judiciais dispensáveis e, muitas vezes, meramente protelatórias. Com o *saneamento de falhas*, a autoridade competente pode abrir prazo para apresentação dos elementos faltantes e também corrigir os erros materiais irrelevantes da documentação. Assim evita-se que o licitante capacitado deixe de ser contratado por uma falha meramente documental, sem correspondência com a sua condição real.⁴

Verifica-se, pois, que, as observações feitas na citação acima, são referentes ao Estado de São Paulo que, ao prever em sua Lei Estadual a inversão das fases, também inovou ao adotar o saneamento de falhas, o qual permite a resolução de questões simples no decorrer do certame, o que diminui as demandas judiciais, muitas vezes, meramente protelatórias.

⁴ PINTO, Henrique Motta; ROSILHO, André Janjácomo. Mudanças nas licitações: a inversão de fases e o saneamento de falhas no STF. Disponível em www.sbdp.org.br/observatorio_ver.php?idConteudo=13 . Acesso em 24 de junho de 2016.

Desta forma, defende-se, neste pré-projeto, a implementação, no âmbito do Governo do Estado do Mato Grosso do Sul, de um procedimento licitatório inovado para atender aos princípios constitucionais e as necessidades da Administração, que inverta as fases da licitação das modalidades da Lei 8.666/93, seguindo o rito do pregão no que concernem as fases de proposta e habilitação, sem que se caracterize criação de nova modalidade.

O cenário atual, como bem explica Ivan Barbosa Rigolin (2011), é estanque. Desde 1997 estão sendo cogitadas alterações na Lei Federal de Licitação, inicialmente com um anteprojeto que substituiria a Lei 8.666/93. No entanto, passaram-se vários anos e nada foi feito. O que efetivamente aconteceu no ordenamento jurídico acerca do tema foi tão somente a criação, pela União, da nova modalidade de licitação que é o Pregão.⁵

Desta forma, considerando as vantagens decorrentes da inversão e o fato de que alguns Estados e o município de São Paulo já terem inovado com o procedimento invertido das fases do processo licitatório, bem como, considerando que nossa Lei Estadual de Licitação é de 1990 e sequer é utilizada como referência nos processos licitatórios, indene de dúvida a urgência e a possibilidade do Estado do Mato Grosso do Sul seguir o mesmo caminho e editar nova Lei Estadual de Licitação, com as mudanças necessárias para melhor atender a Administração Pública e, conseqüentemente, atingir o interesse público com maior eficiência.

3.1. Eixo de Atuação

A área de atuação deste pré-projeto no âmbito do Governo do Estado do Mato Grosso do Sul é área de Compras Públicas, como a Superintendência de Licitação (SAD), com ênfase na Coordenadoria de Licitação da AGESUL, tendo em vista que este último, é o órgão que mais utiliza as modalidades de concorrência e tomada de preços previstas na Lei 8.666/93. A inclusão no eixo gestão tende a assegurar a melhoria de aplicação dos recursos públicos, pois, na medida em que os processos de licitação forem realizados com maior celeridade, economia processual e eficiência, obviamente estará garantida a boa gestão dos recursos públicos.

⁵ RIGOLIN, Ivan Barbosa. “Municípios já podem inverter a fase da Licitação. O sepultamento das normas gerais de Licitação”. Disponível em <http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/47221>. Acesso em 24 de junho de 2016.

4. Objetivos Propostos

O objetivo do tema proposto é a realização de um estudo aprofundado para a elaboração de um projeto de Lei Estadual de Licitação que complemente a Lei Federal 8.666/1993, sob a perspectiva do procedimento instituído pela Lei 10.520/2002, legitimando a inversão das fases de licitação, visando à garantia do princípio da eficiência, celeridade e economia processual.

Acerca do procedimento licitatório da Lei Federal 8.666/93, importante destacar o entendimento de Ricardo Simões Xavier dos Santos:

Ocorre que tal procedimento se encontra obsoleto para a nova realidade que permeia as urgentes necessidades estatais, estando sua fórmula tradicional ultrapassada e não mais conseguindo atingir as expectativas da Administração em selecionar a melhor proposta da forma mais eficiente. Ou seja, o modelo tradicional não reflete o rendimento, celeridade e perfeição que atualmente dele se espera e também que dele se necessita.⁶

Assim, espera-se a elaboração de uma Lei Estadual que garanta ao Governo do Estado, diante das necessidades dos órgãos na aquisição de bens e contratação de serviços, a realização de um procedimento que atenda as necessidades urgentes da Administração, com as mesmas formalidades que o processo de licitação requer, porém, com mecanismos que o tornem mais eficaz, célere e sem burocracias desnecessárias.

A inversão da fase das modalidades da Lei 8.666/93 é medida necessária para a administração pública, que por vezes, é prejudicada pelo procedimento burocrático da atual realidade da legislação que rege as licitações e não mais atendem os interesses públicos.

5. Resultados Esperados

Com a inversão das fases para as modalidades de licitação da Lei Federal 8.666/93, a celeridade e economia são verificadas diante da abertura primeiramente das propostas de preço ou técnica, e após, abertura apenas da habilitação da primeira classificada, e não mais a habilitação de todas as participantes do certame. Conforme vimos anteriormente, a habilitação é a fase mais emperrada, burocrática e complexa da licitação, assim, a inversão das fases economiza muito tempo para a administração e para os licitantes. Ademais, o simples fato de

⁶ SANTOS, Ricardo Simões Xavier dos. Inversão de Fases – O Princípio da Eficiência aplicado às Licitações Públicas. Disponível em <http://uj.novaprolink.com.br/doutrina/7833>. Acesso em 25 de junho de 2016.

não realizar a abertura e análise da habilitação de todos os licitantes, além de tempo, reduz expressivamente o volume dos processos, que em muitos casos, há a necessidade de abertura de vários volumes para comportar tão somente documentos de regularidade fiscal, técnica e econômica das licitantes.

Desta forma, se o processo for realizado com maior celeridade e economia processual, Administração terá, invariavelmente, resultados positivos para a satisfação dos serviços públicos e o atendimento do interesse público, alcançando assim, o princípio da eficiência administrativa, conforme estabelece a Constituição Federal no já citado artigo 37.

Corroborando com o exposto acima, convém destacar as palavras de Ricardo Simões Xavier dos Santos ao citar os benefícios obtidos pelos Estados que realizam a inversão das fases:

Decerto, a inversão de fases do procedimento licitatório representa ganho de agilidade e rapidez no certame, pois o número de documentos a serem analisados pelo condutor da licitação é significativamente menor, vês que se analisarão tão somente os requisitos habilitatórios do proponente classificado em primeiro lugar. Essa medida traz economia de tempo e também processual, o que, logicamente, resultará em ganho da eficiência.

É uma necessidade urgente encontrar um procedimento novo para aposentar o obsoleto modelo tradicional a fim de selecionar a melhor proposta. Neste aspecto, o Estado vem demonstrando sua capacidade de dar as respostas que dele se espera, ousando estender à todas as modalidades uma simples mudança que vem tendo efeito satisfatório.

A nova regra representa uma desejável aplicação do princípio constitucional da eficiência, com agilização e simplificação do procedimento licitatório, propiciando maior efetividade funcional. Isto, na medida em que propicia, a todos os participantes do certame, a oportunidade de verem examinadas e discutidas a sua proposta, sem as prévias barreiras e delongas da habilitação. (grifos nossos).⁷

Conforme se verifica, de suma importância às vantagens que se obtém com a inversão das fases, sendo que, a celeridade, economia e eficiência comprovada supera a da Lei Federal de Licitação e fortalece a tese da necessidade urgente de alteração da mesma.

Embora não esteja fora do âmbito das atribuições a solução do problema que envolve a Lei Federal 8.666/93 cuja defasagem é notória, é dever do Governo do Estado solucionar as questões locais, conforme está sendo proposto neste pré-projeto, inovando e aprimorando seu procedimento licitatório para a atual realidade da administração.

⁷ SANTOS, Ricardo Simões Xavier dos. Inversão de Fases – O Princípio da Eficiência aplicado às Licitações Públicas. Disponível em <http://uj.novaprolink.com.br/doutrina/7833>. Acesso em 25 de junho de 2016.

Oportuno ressaltar ainda, que, na Bahia, de acordo com Eduardo Amin Menezes Hassan, um levantamento realizado pelo setor responsável, verificou que após a inversão das fases do procedimento licitatório para as modalidades da Lei 8.666/93, houve uma redução de 90% dos recursos administrativos, tendo em vista a desburocratização dos procedimentos. Ademais, a redução do tempo gasto para compra com este novo procedimento foi de 50%, o que proporcionou um aumento de 36% na quantidade de licitações.

Assim, com a inversão das fases, além da celeridade na finalização de processos licitatórios que resultam na possibilidade de aumento de novos processos, considerando que a fase de habilitação será reduzida, bem como, a possibilidade do saneamento de falhas durante o próprio certame, é indene de dúvidas que irá reduzir também o quantitativo de recursos e demandas judiciais.

Desta forma, ao inverter as fases do procedimento licitatório, a administração estará cumprindo com os princípios constitucionais da eficiência e economicidade, conforme estabelece os artigos 37 e 70 da Constituição Federal, tendo em vista que, além de se evitar atos inúteis e o aumento do quantitativo de documentos no processo, reduz consideravelmente o lapso temporal de tramitação do certame.

6. Público-Alvo

Após pesquisas acerca do tema, conclui-se que a inversão das fases do procedimento licitatório para as modalidades da Lei 8.666/93, seguindo o exemplo do procedimento realizado no Pregão, resultará em inúmeras vantagens para a administração pública, tanto para os setores que realizam licitações no Estado (Superintendência de Licitação, e principalmente a AGESUL, que é o órgão que mais utiliza as modalidades previstas na Lei 8.666/93), quanto para todos os órgãos desta administração que utilizam os produtos ou serviços contratados e, conseqüentemente, para a população em geral que se beneficia com os serviços prestados pela administração pública. Ademais, os próprios licitantes serão atingidos positivamente com a celeridade e desburocratização dos certames.

Oportuno destacar ainda que, os municípios do Estado do Mato Grosso do Sul também serão indiretamente alcançados com os benefícios da inversão das fases do processo licitatório, tendo em vista que os órgãos da administração estadual instalados nos municípios, ao se beneficiarem com a celeridade processual nas contratações, prestarão seus serviços à população com maior eficiência.

7. Ações e etapas da implementação

Inicialmente, há a necessidade de ser criada uma Comissão, com integrantes da Superintendência de Licitação e da Coordenadoria de licitação da AGESUL, sendo que, a primeira possui competência para realizar os processos de compras e contratação de serviços e, no caso da AGESUL, competência para licitar obras e serviços de engenharia no âmbito do poder executivo do Estado.

A referida comissão terá a missão de realizar um estudo para criação de um Projeto de Lei que irá substituir a citada lei estadual de licitação, que embora vigente, encontra-se defasada, com posterior envio à Assembléia Legislativa para os trâmites de praxe até vigência.

Acerca das ações e atividades necessárias a serem desenvolvidas para atingir o objetivo, citamos abaixo:

Ações/Atividades
- Criação de uma Comissão que irá estudar, discutir e elaborar um Projeto da Nova Lei Estadual de Licitação, com a possibilidade, inclusive, de ser feita visita a algum Estado que alterou sua lei de licitação incluindo a inversão das fases. Nesta etapa, importante o acompanhamento da PGE e do TC/MS.
- Após a elaboração do Projeto de Lei, deverá ser enviado Ofício à Superintendência de Legislação da Casa Civil, para, nos termos do art. 8º, incisos III, V, VIII, do Decreto (estadual) nº 14.191/2015, realizar uma revisão linguística e normativa do projeto, com base na LC 95/98;
- Após a elaboração da lei, o Governador envia para a Assembleia Legislativa um resumo da lei e o motivo pelo qual é importante sua aprovação;
- Passa-se então para o procedimento interno da Assembleia Legislativa, conforme seu Regimento Interno para aprovação da Lei;
- Aprovada a Lei, volta para o Governador para que seja sancionada, nos termos do artigo 70 da Constituição Estadual;
- Depois de sancionada e publicada, entra em vigência a Nova Lei Estadual de Licitações, que prevê a inversão das fases do processo licitatório; devendo os órgãos de compras, se adaptarem às mudanças (o que a nosso ver, não haverá dificuldades, considerando que a inversão das fases altera apenas a ordem dos atos, e não os atos em si).

Assim, o prazo previsto para implementação deste pré-projeto, pode ser estimado em 04 (quatro) meses.

Para o bom andamento deste pré-projeto, é necessário que haja uma parceria entre a SAD, através da Superintendência de Licitação, a Agesul, através da Coordenadoria de Licitação, a Casa Civil, através da Superintendência de Legislação, a Procuradoria Geral do Estado, o Tribunal de Contas do Estado e a Assembleia Legislativa.

8. Recursos Necessários

Acerca dos recursos necessários para a implementação deste pré-projeto, importante destacar que não haverá necessidade da administração dispor de recursos financeiros, mas tão somente, dos próprios servidores que já atuam nos setores de licitação, da PGE e da Superintendência de Legislação deste Governo.

Considerando que as alterações pretendidas versam sobre inversão das fases, sequer haverá necessidade de capacitação de servidores para acompanhar as mudanças, tendo em vista que os atos serão os mesmos, o que mudará é a ordem de abertura dos envelopes; sendo que, as orientações podem ser feitas pela própria Comissão que realizar o estudo, pesquisa e elaboração do projeto da Lei de Licitação.

A economia que se pretende alcançar com a inversão das fases da licitação, não está diretamente ligada ao orçamento, mas sim, economia processual, celeridade e agilidade na realização dos processos, bem como, diminuição de recursos administrativos e até mesmo de demandas judiciais. Assim, considerando a celeridade processual que resultará das mudanças ora propostas, obviamente que a administração verá um aumento na quantidade de processos licitatórios, tendo em vista que, se um processo levar menos tempo para ser finalizado, outro poderá ser feito, atendendo assim, o princípio da eficiência e as metas de governo.

Em que pese à sugestão para a possibilidade de ser feita visita ao Governo de um dos Estados que já promoveram a inversão das fases, como medida alternativa, pode ser trocado experiências de forma virtual (e-mail, Skype, facetime), com objetivo de evitar custos.

No entanto, caso esta administração entenda pela necessidade de realizar visita *in loco*, embora o Estado da Bahia tenha sido o pioneiro na promoção das mudanças, sugere-se que a visita seja feita ao Estado de São Paulo, tendo em vista que, além da distância ser

menor, tanto o Governo do Estado quanto o município, inovou com a inversão das fases de licitação.

Assim, caso haja custos com a viagem, calcula-se:

- Passagem aérea para duas pessoas (ida e volta): R\$ 1.200,00 (valor estimado para reserva com antecedência, pelo setor responsável);
- Diária para duas pessoas (dois dias): R\$ 600,00 (estimado)
- Total: R\$ 1.800,00 (estimado)

Desta forma, dados os benefícios aqui elencados para a Administração Pública, o custo é mínimo para efetivação do presente pré-projeto com a inversão das fases da licitação para as modalidades tradicionais.

9. Mecanismos de Avaliação

A sugestão para verificar os resultados na implementação deste pré-projeto, é a utilização do método de comparação, sendo que, após a inversão das fases do processo licitatório entrar em vigência, os setores responsáveis podem promover um relatório mensal, comparativo, de quantos processos foram realizados no mês atual em relação ao mês anterior; o tempo de cada processo; o número de recursos e demandas judiciais; o número de processos suspensos, bem como, relatório constatando os resultados e benefícios para a prestação dos serviços públicos, considerando a celeridade nos processos.

10. Obstáculos na Implementação do futuro Pré-projeto

Em que pesem as inúmeras vantagens para a Administração, caso implementado este pré-projeto, importante informar que alguns questionamentos e obstáculos podem surgir.

Conforme dito anteriormente, Bahia, Sergipe, Paraná, São Paulo e o Município de São Paulo já adotaram a inversão das fases da licitação. Ocorre que, com a publicação da Lei

Estadual de São Paulo n. 13.121/08, uma ação direta de inconstitucionalidade foi movida pela CEBRASSE contra a lei paulista – ADIn n. 4116.⁸

Neste sentido, importante mencionarmos o disposto no artigo “Licitações. Inversão de fases. Constitucionalidade”:

Discute-se agora, inclusive, em sede de ADI, junto ao Supremo Tribunal Federal, a constitucionalidade ou não da lei paulista, ou seja, da inversão das fases do procedimento licitatório, sob o argumento de que a alteração da sequência dos procedimentos, tal como posta na Lei n. 8.666/93, ofende norma geral e, portanto, teria sido invadida a competência privativa da União para legislar sobre o tema, tal como firmada no artigo 22, XXVII da Constituição Federal.⁹

Assim, verifica-se que a ADIn, que encontra-se pendente de decisão no STF, discute a inconstitucionalidade da inversão das fases do procedimento, com a alegação de que a competência é privativa da União e, não poderia Lei Estadual dispor sobre normas gerais de licitação.

No que diz respeito às normas gerais, que não estão claramente definidas na lei geral de licitação, as mesmas podem ser entendidas como aquelas com característica universal, que não podem ser alteradas, pois abrigam comando determinante do conteúdo dos atos administrativos, como ocorre nos casos das modalidades de licitação, tipo do certame, limites, prazos e também nos casos de dispensa e inexigibilidade.¹⁰

O entendimento majoritário é de que a tese de inconstitucionalidade da inversão das fases na licitação não se sustenta, uma vez que, as fases do processo e o procedimento licitatório não estão no campo das normas gerais. A Constituição Federal estabelece competência privativa da União para legislar sobre normas gerais de licitação, no entanto, acerca do procedimento em matéria processual, a competência é concorrente entre União e Estados, conforme artigo 24, XI¹¹ da Constituição.

Neste sentido convém mencionar as palavras de Juliana Bonacorsi de Palma:

A CF/88 estabelece competências legislativas distintas conforme a abrangência da norma que disponha sobre licitação. Há um primeiro regime com relação às normas

⁸RIGOLIN, Ivan Barbosa. “Municípios já podem inverter a fase da Licitação. O sepultamento das normas gerais de Licitação”. Disponível em <http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/47221>. Acesso em 24 de junho de 2016.

⁹Licitações. Inversão de fases. Constitucionalidade. Disponível em www.brasilcidade.org.br/antigo/artigo_inversao_fases.htm. Acesso em 24 de junho de 2016.

¹⁰ BAPTISTA, Antônio Sérgio. Licitações – Inversão de Fases. Constitucionalidade. Disponível em http://www.tre-rs.gov.br/arquivos/Baptista_Antonio_Sergio_Licitacoes_inversao_de_fases.pdf. Acesso em 01 de julho de 2016.

¹¹ Art. 24. Compete à União, aos Estados, e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre: XI. Procedimentos em matéria processual.

gerais sobre licitações e contratos administrativos, de competência privativa da União Federal, nos termos do art. 22, inc. XXVII, da Constituição. As normas específicas sobre licitações públicas, por sua vez, encontram-se compreendidas na competência concorrente entre União, Estados e Municípios. Dessa forma, a competência da União legislar sobre normas gerais não exclui a competência suplementar dos Estados.

A questão central da ADIn 4.116 está em delimitar a abrangência da competência suplementar do Estado de São Paulo para dispor sobre o tema das licitações públicas. Importa verificar se as inovações questionadas – inversão de fases e saneamento do processo licitatório – consistem em normas gerais de licitação, que predicariam a competência privativa da União para legislar estabelecida em sede constitucional. Importa também verificar se a previsão da inversão de fases e do saneamento caracterizariam uma nova modalidade de licitação, o que incorreria em semelhante vício formal de usurpação de competência federal.

Em ambas as inovações constata-se a preocupação com o resultado eficaz da licitação, que efetivamente permita a seleção da proposta mais vantajosa pela Administração Pública com economia de tempo e custos. De fato, a inversão de fases diminui a burocracia na licitação e reduz sensivelmente o tempo de tramitação do processo, já que apenas um invólucro de habilitação será, a princípio, analisado. Como decorrência desta solução simples, recursos públicos são poupados e a licitação tem um desfecho mais célere em benefício aos negócios públicos, com ganhos para o Poder Público e para os particulares. De semelhante forma, o saneamento diminui os custos da licitação ao mitigar o formalismo para comprovar sua habilitação. Pela possibilidade de correção de irregularidades meramente formais, que não comprometam o devido processo legal da licitação, impede-se a exclusão de potenciais vencedores da licitação por contingências formais, aumentando-se, assim, as chances de a Administração selecionar a proposta que lhe é mais vantajosa pela maior competitividade.

Além de a inversão de fases e o saneamento da licitação levarem à diminuição dos custos para celebração do contrato administrativo, ambos concernem ao procedimento da licitação. Tal elemento mostra-se relevante na medida em que configura critério hábil a delimitar a competência suplementar dos Estados para disciplinar a licitação em suas esferas de atuação. O procedimento licitatório corresponde ao itinerário da licitação, isto é, à sucessão de atos que conduzem à adjudicação do licitante vencedor para formalização do contrato administrativo. Uma vez que as referidas inovações trazidas pela lei estadual 13.121/08 referem-se apenas ao procedimento licitatório, sem incorrer em limitação dos licitantes interessados em participar da competição e nem em definição de novo critério de julgamento, ambas encontram-se no rol de competência concorrente entre União e Estado de São Paulo para dispor sobre licitação. (Grifos nossos).¹²

O que se extrai do entendimento acima, é que não há inconstitucionalidade na criação de lei local invertendo as fases da licitação, tendo em vista que se trata apenas de alterações no procedimento de realização do certame. Ademais, a alteração do procedimento só poderia ser inconstitucional caso restassem feridos os princípios constitucionais, o que de fato não ocorre. Ao revés, há, em verdade, prestígio a eles.

A inversão das fases do procedimento não afeta o direito dos participantes; a licitação acontecerá nos moldes da norma geral de licitação; não há que se falar em criação de

¹² DE PALMA, Juliana Bonacorsí. Inversão de fases e saneamento do processo de licitação: inovações para os Estados. Disponível em <http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/43306> . Acesso em 25 de junho de 2016.

modalidade ou tipo de licitação, mas tão somente, inversão das fases; os direitos são os mesmos, o que ocorre, é a celeridade e eficiência do procedimento.

Corroborando com o entendimento acima exposto, cabe citar as palavras de Eduardo Amin Menezes Hassan:

Destarte, percebe-se que não existe inconstitucionalidade na inversão das fases procedimentais devido à competência dos Estados para legislar sobre procedimentos administrativos. Além disso, não se fere nenhum dos princípios gerais da Administração Pública.

Ademais, verifica-se que a Lei estadual nº. 9.433/05 enaltece os princípios constitucionais. E com a inversão das fases tem-se aumentando a quantidade de licitações, devido à diminuição de tempo na realização dos certames.¹³

Assim, a inversão das fases de licitação não vai de encontro com a previsão do artigo 22, XXVII da Constituição Federal, mas vai ao encontro do artigo 24, XI da mesma Carta, que prevê a competência concorrente entre União e Estados para legislar sobre procedimentos em matéria processual.

Em defesa do tema, Jorge Ulisses Jacoby Fernandes faz os seguintes apontamentos:

A inversão de fases, a instituição de forma eletrônica para execução de outras modalidades, além do pregão, e a simplificação de procedimentos sem ofensa a princípios são permissivos que se apresentam para aprimorar o procedimento de adaptação, previsto no artigo 118 da Lei 8.666/93.¹⁴

Importante destacar ainda, manifestação do Tribunal de Contas dos Municípios da Bahia, que através do Assessor Jurídico Alessandro Macedo, em consulta acerca da inversão de fases no processo de licitação, fez a seguinte manifestação a respeito do tema:

Em regra específica aplicada a todas as esferas de governo, em todos os poderes da administração direta e indireta, a lei expressamente permitiu a edição de normas para regular os “procedimentos operacionais”.

Desta forma, a “inversão de fases” tem abrigo, de forma inequívoca, na competência de “normalização procedimental” atribuída aos demais entes (estados e municípios) pela Lei de Licitações, no supracitado artigo 115, da Lei 8.666/1993.

¹³ HASSAN, Eduardo Amin Menezes. A Constitucionalidade da Inversão das Fases Procedimentais da Lei de Licitações do Estado da Bahia. Disponível em <http://docplayer.com.br/6575720-Titulo-a-constitucionalidade-da-inversao-das-fases-procedimentais-da-lei-de-licitacoes-do-estado-da-bahia.html>. Acesso em 27 de junho de 2016.

¹⁴ FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. Inversão de fases pode aprimorar o processo de licitação. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2012-jul-17/jacoby-fernandes-inversao-fases-aprimorar-processo-licitacao> . Acesso em 27 de junho de 2016.

Quanto a autorização infraconstitucional, cumpre recorrermos ainda das lições do Prof. Jacoby Fernandes:

A ordenação da precedência das fases é matéria que, na atualidade, frise-se, é reconhecida como indene à efetividade dos princípios gerais e específicos do Direito Administrativo.

Aliás, qual argumento pode vedar a exigência de que com prévia disposição, amplamente conhecida dos competidores, sejam abertos tal ou quais tipos de envelopes? Certamente é direito dos licitantes conhecer previamente a ordem em que as fases serão executadas, até para que analisem a viabilidade de elaborar a proposta para competir efetivamente com os outros licitantes ou, ao contrário, para competir apenas com os que detêm habilitação para a competição.

Não há nenhum argumento oponível à normalização que mude a ordem das fases de julgamento na licitação, exceto unicamente a exigência de cumprir rigorosamente parte da LNLC, olvidando a aplicação dos artigos 115 e 117 a 119. Portanto, como se observa, nem mesmo a Lei 8.666/1993 serve de sustentação a este argumento.

No âmbito jurisprudencial, cumpre afirmar que o Supremo Tribunal Federal vem respondendo, ainda não de forma definitiva, conforme veremos a seguir, às contestações de validade lançadas às normas locais que implantaram a inversão de fases e o saneamento de falhas em licitações estaduais e municipais.

A Lei paulista 13.121/2008 fora atacada por meio de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4116. A posição do STF poderá vir a definir o espaço de atuação legislativa de estados e municípios quanto a tais aspectos. Poderá, também, impactar nos destinos das licitações, conforme o tribunal decida pelo maior ou menos atrelamento ao regime geral da Lei 8.666/93.

Ainda quanto ao posicionamento do STF, a Egrégia Corte Constitucional, inclusive, já julgara normas locais sobre licitações e contratos administrativos. Ao menos em quatro oportunidades distintas (ADI-MC 1.824-7, ADIM-MC 2.338-1, ADI 2.665/+ e ADI 3670-0), o STF já decidira sobre a constitucionalidade de normas estaduais que, segundo os impetrantes, usurparia a competência privativa da União para editar normas gerais de licitação (artigo 22, XXVII, CF) ou confrontariam diretamente a Lei 8.666/93.¹⁵

Importante colacionar o entendimento de Ivan Barbosa Rigolin que explica:

Não mais cabe ao que tudo indica, e ante a ausência de medida restritiva pelo e. STF face à ADIn proposta contra a lei paulista que inverteu as fases de licitação, e ante ainda a pacífica aceitação pelos Tribunais de Contas das leis estaduais e da lei paulistana que inverteram as fases de licitação, imaginar que algum município esteja impedido de fazer o mesmo, imitando estes referidos entes da federação.

Com todo efeito, se os Estados podem fazê-lo e o fizeram; se o Município de São Paulo há mais de 5 (cinco) também inverteu as fases de licitação por lei sua, então pela regra constitucional da isonomia ou da igualdade, então todos os demais municípios brasileiros poderão editar leis semelhantes, podendo inspirar-se em tudo que desejarem nos modelos já existentes.¹⁶

¹⁵ MACEDO, Alessandro. Consulta. Inversão de Fases. Disponível em <http://www.tcm.ba.gov.br/sistemas/textos/juris/27092-14.odt.pdf>. Acesso em 04 de julho de 2016.

¹⁶ RIGOLIN, Ivan Barbosa. “Municípios já podem inverter a fase da Licitação. O sepultamento das normas gerais de Licitação”. Disponível em <http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/47221>. Acesso em 24 de junho de 2016.

Desta forma, em que pesem os questionamentos acerca da inconstitucionalidade da inversão das fases do processo licitatório nas modalidades da Lei Federal 8.666/93, diante da falta de decisão e ausência de medidas restritivas pelo STF em face da ADIn 4116, bem como, diante dos julgamentos dos Tribunais de Contas pela regularidade dos processos licitatórios dos Estados e Município de São Paulo que já inverteram as fases de licitação, podemos concluir pela legalidade do procedimento invertido.

Face ao exposto, não devem prosperar os questionamentos acerca da inconstitucionalidade da inversão das fases, tendo em vista que nada impede que outros entes da federação, como Estados e municípios, possam editar legislação específica acerca dos procedimentos licitatórios para as modalidades previstas na Lei 8.666/93.

Por fim, nas palavras de Eduardo Amin Menezes Hassan, alguns doutrinadores alegam ainda que a inversão resulta na avaliação do preço, esquecendo-se da técnica, no entanto, a qualificação técnica continua essencial, sendo que, o que muda é apenas a ordem de sua análise. Assim, mesmo sendo analisado os documentos de habilitação após a análise dos preços, a empresa que não esteja habilitada, mesmo que seu preço seja melhor, não poderá ser contratada.¹⁷

Diante de todo o exposto, finalizamos este pré-projeto com as palavras de Ricardo Simões dos Santos: “Que as modificações na estrutura Estatais não são simples, isso é notório. Contudo, é dever do Estado encontrar caminhos que possam assegurar e impor eficiência nos serviços por ele oferecidos”.¹⁸

¹⁷ HASSAN, Eduardo Amin Menezes. A Constitucionalidade da Inversão das Fases Procedimentais da Lei de Licitações do Estado da Bahia. Disponível em <http://docplayer.com.br/6575720-Titulo-a-constitucionalidade-da-inversao-das-fases-procedimentais-da-lei-de-licitacoes-do-estado-da-bahia.html>. Acesso em 27 de junho de 2016.

¹⁸ SANTOS, Ricardo Simões Xavier dos. Inversão de Fases – O Princípio da Eficiência aplicado às Licitações Públicas. Disponível em <http://uj.novaprolink.com.br/doutrina/7833>. Acesso em 25 de junho de 2016.

11. Referências Bibliográficas

GIESELER, Maurício. VadeMecum Armador. 1ª edição. Recife, PE: Armador, 2014.

RIGOLIN, Ivan Barbosa. “Municípios já podem inverter a fase da Licitação. O sepultamento das normas gerais de Licitação”. Disponível em <http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/47221>. Acesso em 24 de junho de 2016.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 14. Ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 83.

PINTO, Henrique Motta; ROSILHO, André Janjácómo. Mudanças nas licitações: a inversão de fases e o saneamento de falhas no STF. Disponível em www.sbdp.org.br/observatorio_ver.php?idConteudo=13 . Acesso em 24 de junho de 2016.

SANTOS, Ricardo Simões Xavier dos. Inversão de Fases – O Princípio da Eficiência aplicado às Licitações Públicas. Disponível em <http://uj.novaprolink.com.br/doutrina/7833>. Acesso em 25 de junho de 2016.

Licitações. Inversão de fases. Constitucionalidade. Disponível em www.brasilcidade.org.br/antigo/artigo_inversao_fases.htm. Acesso em 24 de junho de 2016.

¹ Art. 24. Compete à União, aos Estados, e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre: XI. Procedimentos em matéria processual.

DE PALMA, Juliana Bonacorsi. Inversão de fases e saneamento do processo de licitação: inovações para os Estados. Disponível em <http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/43306> . Acesso em 25 de junho de 2016.

HASSAN, Eduardo Amin Menezes. A Constitucionalidade da Inversão das Fases Procedimentais da Lei de Licitações do Estado da Bahia. Disponível em <http://docplayer.com.br/6575720-Titulo-a-constitucionalidade-da-inversao-das-fases-procedimentais-da-lei-de-licitacoes-do-estado-da-bahia.html>. Acesso em 27 de junho de 2016.

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. Inversão de fases pode aprimorar o processo de licitação. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2012-jul-17/jacoby-fernandes-inversao-fases-aprimorar-processo-licitacao> . Acesso em 27 de junho de 2016.

MACEDO, Alessandro. Consulta. Inversão de Fases. Disponível em <http://www.tcm.ba.gov.br/sistemas/textos/juris/27092-14.odt.pdf> . Acesso em 04 de julho de 2016.