

Exmo. Sr. Deputado CARLOS MARUN

Presidente da Comissão Especial sobre a Lei de Licitações (CELICITA)

É com muita honra e gratidão que recebemos o convite para participar dessa audiência pública destinada a colher subsídios sobre possíveis alterações no regime de licitações e contratações da Administração Pública brasileira.

Muito humildemente, pretendemos compartilhar nossa experiência como membro do Ministério Público de Contas junto ao TCU e como Vice-Presidente da Associação Nacional do Ministério Público de Contas (AMPCON).

O tema, sem dúvida alguma, é de fundamental importância para qualquer país. O governo, em todos os países, está sempre entre os principais compradores e contratantes da economia, quando não o principal. Seu regime de aquisições desperta interesse, portanto, não apenas pela realização de princípios e valores jurídico-constitucionais, como também pela possibilidade de tal regime fomentar o desenvolvimento saudável de diversos setores da economia nacional.

Um bom regime de aquisições e contratações públicas passa, necessariamente, pela conciliação de três objetivos: a busca da melhor proposta pela administração, a criação de um ambiente de competição que democratize o acesso aos contratos governamentais (princípio da impessoalidade) e a agilização dos procedimentos burocráticos para redução de custos e prazos do processo de contratação a fim de viabilizar maior celeridade e efetividade à atuação governamental.

Nossa atual lei de licitações tem um bom desenho para os dois primeiros objetivos, embora já se identifiquem oportunidades de aprimoramento também quanto a eles, mas tem sofrido constantes críticas quanto ao terceiro objetivo. É comum, entre os gestores, a crítica à demora e ao custo das licitações, bem como a busca de saídas para evitar, ao máximo, o procedimento licitatório e passar diretamente à fase de contratação. A licitação é vista quase como um pesadelo pelos gestores por ela responsáveis.

A crítica é procedente, em parte. No afã de se dar combate à corrupção, a Lei 8.666/1993 prevê procedimentos quicá muito detalhados e presos à forma de apresentação de propostas. Recentes inovações legislativas, contudo, em outros diplomas legais, têm revelado úteis e eficientes simplificações, que têm reduzido sensivelmente a demora nos processos licitatórios.

A parte em que a crítica não é procedente diz com a crônica falta de planejamento e de profissionalismo da Administração Pública brasileira. Para não acusarem sua própria incompetência, muitos gestores preferem culpar a lei por sua incapacidade de realizar os objetivos da administração.

Uma das sugestões que apresentaremos cuida exatamente de obrigar os gestores a planejarem suas ações em ordem a adotarem tempestivamente as medidas necessárias para uma boa e bem conduzida licitação, de modo que não se produzam atrasos decorrentes não da demora do processo em si, mas da negligência do gestor em atuar a tempo e modo adequados.

Um efeito pernicioso que decorre tanto das dificuldades que os procedimentos implicam, como da falta de planejamento e qualidade da gestão pública, é a criação de subterfúgios para a não aplicação da legislação de direito público, tais como a contratação de Organizações Sociais e OSCIPs para o desempenho de missões que constituem ordinariamente o plexo de afazeres do Poder Público. Há casos de municípios do estado do Paraná em que toda a administração pública municipal foi repassada a organizações sociais. Aliás, da data de hoje, uma grande operação da Polícia Federal, em parceria com a CGU, foi deflagrada exatamente naquele estado, com o objetivo de combater uma quadrilha especializada em desviar recursos públicos por meio de OSs e OSCIPs.

Em nossa visão, a legislação de licitações e contratações deve ter como eixo principal a busca de uma boa e célere contratação, exatamente como faria qualquer grande corporação, sem descuidar da impessoalidade, que ao fim e ao cabo, não é só um princípio realizador da democracia e de moralidade, mas também é um instrumento tanto da obtenção de contratos melhores, mais vantajosos para a administração, como de dinamização da economia.

Cumprir registrar, porém, que o combate à corrupção não pode ter na lei de licitações seu principal instrumento. Esse combate é muito maior, perpassa vários diplomas normativos, incluída a lei de licitações, mas deve ter sua sede principal no campo do direito penal e processual penal.

Não há lei de licitações imune à corrupção. Há sempre algum meio de um agente econômico inescrupuloso estabelecer alguma forma de conluio com outro agente econômico ou com um agente do estado para burlar as exigências postas em lei, sejam quais forem. A lei pode dificultar, mas não impedir isso totalmente.

Acreditamos que um efetivo combate à corrupção tem de ter como foco a construção de uma percepção de elevação do risco da corrupção *vis a vis* o potencial benefício para corruptos e corruptores, o que passa necessariamente pela mudança da cultura de impunidade reinante em nosso país, para uma cultura de rápida e efetiva punição a quem delinquir.

Nesse sentido, é urgente que se promovam mudanças no processo penal, que hoje conta com doze oportunidades de recursos exclusivas da defesa, além dos recursos compartilhados por acusação e defesa, o que faz o processo se alongar por décadas. Essa demora processual, conjugada com a prescrição retroativa decorrente da pena em concreto, algo que só existe no Brasil, faz com que restem impunes mesmo os casos em que ocorre a condenação do réu. É absurdo. Não pode haver incentivo maior à corrupção que a impunidade.

É preciso que se altere também a lei de execuções penais para que as penas sejam efetivamente cumpridas. Tantas oportunidades de conversão de penas, indultos e progressão de regime gera na sociedade não a sensação, mas a certeza da impunidade.

Por fim, o Congresso Nacional poderia se debruçar sobre a proposta apresentada pelo Senador Ricardo Ferraço, na PEC 15/2011, em sua versão original, que poderia ser resgatada no âmbito da Câmara dos Deputados. Por essa proposta, o trânsito em julgado das ações ocorreria após o julgamento em segundo grau de jurisdição, ou em grau único, no caso do tribunal do júri. Todos os recursos de índole extraordinária ou especial seriam transformados em ações rescisórias autônomas.

Isso diminuiria em muito não apenas os longuíssimos processos penais, mas também os processos cíveis, dando mais efetividade ao Poder Judiciário.

Como se vê, o combate à corrupção não se esgota nem tem seu principal instrumento na legislação de aquisições e contratações governamentais, sem embargo de ela poder conter mecanismos de transparência e impessoalidade que dificultem sua prática.

Nessa linha, apresentamos proposta de que empresas ou indivíduos que fizerem doações de campanha não possam participar de licitações na esfera de administração do político ou partido eleito com a sua ajuda, durante o período de seu mandato. Da mesma forma, as empresas que mantêm contratos com a administração também devem restar proibidas de fazer doações eleitorais enquanto perdurarem seus contratos.

A nosso ver, mantidos os mesmos objetivos que a legislação atual persegue, ou seja, proposta mais vantajosa para a administração, impessoalidade e celeridade nas contratações, as alterações da legislação devem observar as seguintes diretrizes:

- a) Planejamento estatal;
- b) Profissionalização da gestão;
- c) A maior transparência possível;
- d) A simplificação de procedimentos;
- e) A redução de custos para a administração e para os licitantes;
- f) Adoção de regras universais para gastos com recursos públicos; e
- g) O combate a situações de conflitos de interesse.

Nesta oportunidade em que se propõe a ampla revisão da Lei de Licitações, devem ser aproveitadas, para fins de aprimoramento do processo licitatório, as novas tecnologias que surgiram desde a edição da norma, notadamente a Rede Mundial de Computadores – Internet, a qual já se demonstrou excelente ferramenta para este fim, tanto para dar maior publicidade aos atos quanto para dar maior celeridade ao processo, a exemplo do pregão eletrônico.

Nesse sentir, sem pretendermos reproduzir todas as propostas que já foram apresentadas sobre o tema, mas buscando destacar alguns pontos que poderiam ter boa repercussão prática, oferecemos a esta comissão as seguintes sugestões:

1) Ampliação do rol de entidades obrigadas a obedecer o regime de licitações e contratos da Lei 8.666/93, em ordem a incluir os conselhos de fiscalização profissional, organizações sociais e OSCIPS.

Art. 1º.....

§ 1º. Subordinam-se ao regime desta Lei, além dos órgãos da administração direta, os fundos especiais, as autarquias, os conselhos de fiscalização profissional, as fundações públicas, as empresas públicas, as sociedades de economia mista, as agências executivas e reguladoras, os consórcios

públicos, demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, estados, Distrito Federal e municípios, a empresa pública, a sociedade de economia mista e suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, até a edição da lei prevista no parágrafo 1º do art. 173 da Constituição Federal.

§ 2º As organizações sociais, organizações da sociedade civil de interesse público e outros órgãos e entidades que receberem recursos da União por meio de convênios, contratos de repasse e termos de cooperação, ou outra forma de ajuste, por meio do qual assumam atividades que seriam próprias de órgãos da administração pública, estão obrigados, quanto aos recursos públicos recebidos, a observar as disposições contidas nesta lei, quando da contratação de terceiros.

2) Inclusão do pregão entre o rol de modalidades da Lei 8.666/1993, com indicação de que tal modalidade de licitação deverá ser, sempre que possível, preferível às outras modalidades, bem como seja determinado que a forma eletrônica de licitação passe a ser a regra.

Art. 22.
VI – pregão.

.....
.....
§ XXº Pregão é a modalidade de licitação entre quaisquer interessados destinada à aquisição de bens e serviços comuns.

§ XXº As licitações deverão ser realizadas na forma eletrônica, salvo nos casos de comprovada inviabilidade, a ser justificada pela autoridade competente.

3) Inversão das fases de habilitação e julgamento das propostas.

Parece não haver dúvidas, a partir da experiência com o RDC e com o Pregão, de que apenas os licitantes classificados no julgamento final das propostas devam apresentar os documentos de habilitação.

A inversão de fases refere-se ao processamento das fases de disputa e julgamento antes da fase de habilitação, inovação apresentada pela Lei 10.520/2002 (pregão). Nesta forma de proceder, outra novidade trazida pelo pregão foi a fase recursal única, que ocorre após a habilitação do vencedor.

A Lei 12.462/2011 (RDC) adota a sequência de fases do pregão (disputa e julgamento seguida da habilitação seguida da fase recursal) como

regra, e ainda possibilita a reinversão das fases, de forma excepcional e motivada.

Assim, entendemos apropriada a seguinte proposta incluída no PL 1.292/1995:

“Art. 43 - A licitação será processada e julgada com observância no procedimento abaixo, ressalvados os casos em que a Administração, justificadamente, opte por iniciar pela fase de habilitação:

I – entrega de todos os invólucros contendo os documentos que serão apreciados pela comissão de licitações;

II - abertura dos envelopes relativos às propostas técnicas, na hipótese de licitação melhor técnica ou técnica e preço, classificando em ordem decrescente os resultados obtidos pelos licitantes;

III – abertura dos envelopes relativos às propostas econômicas, classificando-as em ordem decrescente os resultados obtidos pelos licitantes;

IV – o licitante que obtiver o melhor resultado resultando da melhor técnica; do menor preço; ou melhor ponderação resultante da apuração entre os resultados decorrentes da proposta técnica e econômica, será considerado o mais bem classificado na licitação, conforme critérios definidos no edital, e terá aberto o invólucro com os documentos de habilitação para verificação do atendimento das condições fixadas no edital;

V - verificado o atendimento das exigências do edital, o licitante será declarado vencedor;

VI - inabilitado o licitante melhor classificado, serão analisados os documentos habilitatórios do licitante com a proposta classificada em segundo lugar, e assim sucessivamente, até que um licitante classificado atenda às condições fixadas no edital;

VII - proclamado o licitante classificado e habilitado, será aberta fase recursal, na qual os licitantes poderão se manifestar de quaisquer decisões adotadas ao longo do procedimento;

VIII – julgados os recursos, será proclamado o resultado do certame e o objeto será adjudicado ao vencedor nas condições técnicas e econômicas por ele ofertadas.

4) Incorporação à lei de entendimentos pacificados e sumulados pelo Tribunal de Contas da União

Nos termos da Súmula/TCU 250, incluir o seguinte parágrafo no art. 24 da lei:

§ XX A contratação de instituição sem fins lucrativos, com dispensa de licitação, com fulcro no inciso XIII deste artigo, somente é admitida nas hipóteses em que houver nexos efetivo entre o mencionado dispositivo, a natureza da instituição e o objeto contratado, além de comprovada a compatibilidade com os preços de mercado.

Nos termos da Súmula/TCU 247, incluir o seguinte parágrafo no art. 38 da lei:

§ XXº É obrigatória a admissão da adjudicação por item e não por preço global, nos editais das licitações para a contratação de obras, serviços, compras e alienações, cujo objeto seja divisível, desde que não haja prejuízo para o conjunto ou complexo ou perda de economia de escala, tendo em vista o objetivo de propiciar a ampla participação de licitantes que, embora não dispondo de capacidade para a execução, fornecimento ou aquisição da totalidade do objeto, possam fazê-lo com relação a itens ou unidades autônomas, devendo as exigências de habilitação adequar-se a essa divisibilidade.

5) Criação de sistema de acompanhamento das obras públicas.

Sabe-se que a Administração Pública não tem um sistema que permita acompanhamento centralizado e unificado das obras públicas.

Esse assunto já foi objeto de acórdãos do TCU (1188/2007 e 617/2010, ambos do Plenário), oportunidades em que o TCU determinou ao Ministério de Planejamento, Orçamento e Gestão (MP) que implementasse um “sistema de informações para registro de dados das obras públicas executadas com recursos federais que consubstancie um Cadastro Geral de Obras e permita o controle e acompanhamento dos empreendimentos, bem como a ampla consulta pela sociedade”.

Essa iniciativa visa permitir o conhecimento amplo das obras em andamento e será medida essencial para melhorar o gerenciamento desses projetos, bem como contribuirá para o adequado desenvolvimento da infraestrutura do país.

Assim, propõe-se que seja incluído o seguinte artigo na lei:

Art. XX - A União manterá cadastro informatizado unificado de todas as obras de engenharia e serviços a elas associados custeados com seus

recursos orçamentários, aí incluídos todos os orçamentos de que trata o artigo 165, § 5º, da Constituição Federal.

§1º O cadastro informatizado unificado mencionado no caput será georreferenciado e conterá, no mínimo, as seguintes informações da obra:

I - número de identificação e coordenadas geográficas da obra;

II - valor estimado da obra ou do serviço, apurado com base nos orçamentos constantes do respectivo projeto básico e referidos a sua data base;

III - data de início e data de término da execução da obra ou serviço, atualizadas sempre que ocorrerem modificações contratuais

IV - programa de trabalho correspondente à alocação orçamentária de recursos federais para custear a obra ou o serviço, a cada exercício;

V - identificação das anotações de responsabilidade técnica de cada projeto, orçamento, execução e fiscalização da obra ou serviço, contemplando todo o histórico de responsabilidade técnica ao longo do empreendimento.

6) Inclusão na lei de sistemas de referência de preços para obras civis

O Sicro e o Sinapi são utilizados com frequência para se verificar o correto emprego de recursos públicos na execução de obras.

Essa matéria encontra-se disciplinada pelo decreto 7.983/2013. No entanto, matéria tão importante e tão amplamente discutida seria mais bem disciplinada em lei do que em um mero ato administrativo, mais propenso ao risco de ser posteriormente alterado ou revogado.

Assim, propõe-se a inclusão do seguinte artigo na lei:

Art. XX. O custo global de obras e serviços de engenharia deverá ser obtido a partir de custos unitários de insumos ou serviços menores ou iguais à mediana de seus correspondentes ao Sistema Nacional de Pesquisa de Custos e Índices da Construção Civil (Sinapi), no caso de construção civil em geral, ou na tabela do Sistema de Custos de Obras Rodoviárias (Sicro), no caso de obras e serviços de infraestrutura de transportes.

Parágrafo Único. No caso de inviabilidade da definição dos custos consoante o disposto no caput deste artigo, os custos unitários poderão ser apurados por meio da utilização de dados contidos em tabela de referência formalmente aprovada por órgãos ou entidades da administração pública federal, em publicações técnicas especializadas, em sistema específico instituído para o setor ou em pesquisa de mercado.

7) Inclusão no art. 15 da lei de regramento disciplinador da possibilidade de adesão a atas de registro de preços:

§ XX A ata de registro de preços deve ser gerenciada de forma que a soma dos quantitativos contratados em todos os contratos derivados da ata não supere o quantitativo máximo previsto no edital.

§ XXX É irregular a adesão ou participação de órgão ou entidade federal em sistema de registro de preços da Administração Pública Estadual, Municipal ou do Distrito Federal, e de órgão ou entidade estadual ou do Distrito Federal em sistema de registro de preços da Administração Pública Municipal, em razão da limitação à publicidade.

8) Profissionalização das comissões de licitação

Art. XX Os agentes que exercem funções previstas nesta Lei devem ser, necessariamente, servidores públicos investidos em cargos efetivos.

9) Inclusão da obrigação legal de planejamento anual das aquisições de cada órgão, conforme proposta modificativa apresentada pelo TCU ao projeto de lei que tramita no Senado, com alguns ajustes:

Art. XX Os órgãos e entidades subordinados ao regime desta lei devem constituir comissão de planejamento para contratações e possíveis licitações.

§ 1º O processo de planejamento de cada contratação e o processo de planejamento do conjunto de contratações de um determinado exercício, que inclui as contratações de obras, serviços e compras, serão regulamentados pelo poder executivo e considerarão a expectativa de consumo anual de cada serviço ou produto e observarão ainda o seguinte:

I - submissão às condições de aquisição e pagamento semelhantes às do setor privado;

II - processamento por meio de sistema de registro de preços, preferencialmente;

III - a definição das unidades e das quantidades a serem adquiridas em função do consumo e utilização prováveis, cuja estimativa será obtida, sempre que possível, mediante adequadas técnicas quantitativas de estimação, admitido o fornecimento contínuo;

IV - as condições de guarda e armazenamento que não permitam a deterioração do material;

V - atendimento aos princípios:

a) da padronização, considerando a compatibilidade de especificações estéticas, técnicas ou de desempenho;

b) do parcelamento, quando for tecnicamente viável e economicamente vantajoso; e

c) da responsabilidade fiscal, mediante a verificação da despesa estimada com a prevista no orçamento.

§ 2º O Termo de referência deverá conter as seguintes informações

I - indicação do produto, a partir do catálogo definido como padrão pela Administração, preferencialmente, ou a especificação completa do bem a ser adquirido, sem indicação de marca;

II - definição das unidades e das quantidades a serem adquiridas;

III - locais de entrega dos produtos;

IV - regras específicas para recebimento provisório e definitivo, quando for o caso;

V - indicação das condições de manutenção, assistência técnica e garantia exigidas; e

VI - detalhamento de forma suficiente a permitir a elaboração da proposta, com características que garantam a qualidade, rendimento, compatibilidade, durabilidade e segurança.

§ 3º Na aplicação do princípio do parcelamento, referente às compras, devem ser considerados:

I - a divisão do objeto em lotes, de modo a viabilizar a entrega dos lotes de produtos pelo fornecedor;

II - a necessidade de aproveitar as peculiaridades do mercado local, visando a economicidade, sempre que possível, desde que atendidos os parâmetros de qualidade; e

III - o dever de buscar a ampliação da competição e evitar a concentração do mercado. § 4º O parcelamento não será adotado quando:

I - a economia de escala recomendar a compra do mesmo item do mesmo fornecedor;

II - o objeto a ser contratado configurar sistema único e integrado e houver a possibilidade de risco ao conjunto do objeto pretendido;

III - em decorrência de processo de padronização ou de escolha de marca, que leve a fornecedor exclusivo.

§ 5º No exercício anterior será elaborada lista preliminar dos serviços e produtos que serão contratados em um determinado exercício, que deverá

considerar o relacionamento entre as contratações e a estimativa do valor a ser gasto com esses serviços e produtos.

I – a elaboração do valor a ser gasto com serviços e produtos levará em conta o somatório das multiplicações da quantidade de cada serviço e cada produto a contratar e seu respectivo custo unitário;

II – a estimativa do valor a ser gasto com serviços e produtos servirá de insumo para a Lei Orçamentária Anual;

III - a estimativa do valor a ser gasto com serviços e produtos será ajustada no início do exercício, tão logo seja aprovada a Lei Orçamentária Anual, de modo que os serviços e produtos menos prioritários sejam retirados do planejamento conjunto, para que os itens mais prioritários tenham créditos orçamentários no exercício.

§ 6º O planejamento conjunto das contratações será publicado no portal do órgão ou entidade na internet tão logo seja ajustado após a publicação da Lei Orçamentária Anual.

§ 7º os documentos relativos ao planejamento de cada contratação serão publicados no portal do órgão ou entidade na internet, em especial os estudos técnicos preliminares e o projeto completo.

10) Obrigação de que todos os documentos relativos ao processo licitatório, incluindo os editais e seus anexos, sejam disponibilizados na internet, com a inclusão do inciso IV, no art. 21 da Lei:

Art. 21

...

IV - no portal do órgão ou entidade na internet, onde deverá ficar em caráter permanente.

11) Proibição de que empresas ou indivíduos que fizerem doações de campanha possam participar de licitações na esfera de administração do político ou partido eleito com a sua ajuda, a partir da inclusão do inciso III, com a seguinte redação, no § 1º, do art. 3º, da lei:

§ 1º É vedado aos agentes políticos:

....

III – permitir a participação no certame de empresas ou indivíduos que fizeram doações de campanha a político ou a partido que possuam poder de decisão na esfera de administração em que ocorre o processo licitatório;

12) Proibição de contratação emergencial de licitante que dê causa a esta situação em razão de recursos apresentados durante o certame, incluindo o seguinte paragrafo no art. 24 da lei:

§ XX A licitante que der causa à situação emergencial prevista no inciso II deste artigo, em razão de recursos por ela apresentados durante o processo licitatório, não poderá ser contratada para a execução do objeto licitado com fundamento neste mesmo dispositivo legal.

13) Alteração do art. 6º da Lei 12.462/2011, que instituiu o Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC, que hoje tem a seguinte redação, “Art. 6º Observado o disposto no § 3º, o orçamento previamente estimado para a contratação será tornado público apenas e imediatamente após o encerramento da licitação, sem prejuízo da divulgação do detalhamento dos quantitativos e das demais informações necessárias para a elaboração das propostas”, para que passe a prever a divulgação do orçamento prévio desde a publicação do edital.

14) Alteração da redação do inciso V do art. 8º da Lei 12.462/2011, que passaria a ter a seguinte redação:

Art. 8º Na execução indireta de obras e serviços de engenharia, são admitidos os seguintes regimes:

I - empreitada por preço unitário;

II - empreitada por preço global;

III - contratação por tarefa;

IV - empreitada integral; ou

~~V - contratação integrada.~~

Brasília, 13 de maio de 2015.


JÚLIO MARCELO DE OLIVEIRA

Procurador de Contas junto ao TCU

Vice-Presidente da AMPCON