

EXCELENTÍSSIMO SR. DEPUTADO

DD. MEMBRO DA COMISSÃO ESPECIAL DA NOVA LEI DE LICITAÇÕES

Ref. Audiência Pública de 18/04/2018 – 14h30min

Revisão Crítica do PL 6814/2017

DANIEL FERREIRA,

na condição de Doutor e Professor de Direito Administrativo *mui honrado* com o convite para participar da Audiência Pública desta data, a se realizar perante esta **Comissão Especial da NOVA LEI DE LICITAÇÕES** – que trata do exame do PL 6814/2017, recentemente aprovado pelo Senado Federal, cuja pretensão é a de substituir a Lei nº 8.666/93 (que instituiu normas gerais para Licitações e Contratações Públicas), a Lei nº 10.520/2002 (que instituiu o Pregão) e, em parte, a Lei nº 12.462/2011 (que instituiu o Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC) – vem apresentar os seguintes

MEMORIAIS,

em reforço à exposição oral e para fins de deixar registrado, de forma oficial e escrita, as considerações *como* e *porquê* feitas.

Para tanto, faz-se – por tópicos – breve alusão às passagens assumidas como mais relevantes e que se entende estejam a merecer a devida atenção de Vossa Senhoria, seguida de crítica motivada e proposta de “solução”.

(I) Princípios e Objetivos da Licitação (e da Contratação Administrativa)

Possivelmente a questão mais importante e que merece atenção-revisão no PL é a que trata, em apartado, da sustentabilidade (como “mais um” princípio das licitações e contratações públicas, no art. 4º) e do desenvolvimento socioeconômico (como objetivo da licitação, no art. 9º - ao lado da inovação tecnológica).

De fato, essa confusão se extrai da própria Lei nº 8.666/93 que previu o desenvolvimento nacional sustentável como objetivo da licitação (art. 3º) em cotejo com a Lei nº 12.462/2011 (RDC) que o estipulou como princípio das licitações e contratações públicas.

Nesse sentido, como o termo “sustentabilidade” tem sido vulgarmente referido como (muito mais) atrelado à questão ambiental e, ao contrário, como o vocábulo “desenvolvimento” tem sido acolhido para alcançar várias dimensões (como a econômica – que alberga a ideia de inovação tecnológica, a social e a ambiental, principalmente; sem prejuízo de outras – como a territorial, a cultural, a política etc.) é de se preferir esta palavra àquela.

Demais disso, como o PL reforça, **mais uma vez e acertadamente**, a necessária preocupação com o Brasil e com os brasileiros, a própria previsão das margens de referência (art. 23) remete à necessidade de predicar-se o desenvolvimento como “nacional”. **Faz todo sentido, pois, a SUGESTÃO no sentido de substituir-se o termo “sustentabilidade” pela expressão “desenvolvimento nacional”** – sem prejuízo de a ela se adicionar, outra vez e ainda que sem necessidade, o rótulo “**sustentável**”, de modo que o art. 4º do PL passe a ter a seguinte redação: “**Art. 4º** Na aplicação desta Lei serão observados os princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da probidade administrativa, da igualdade, da publicidade, da eficiência, da eficácia, da motivação, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo, da segurança jurídica, da razoabilidade, da competitividade, da proporcionalidade, da celeridade, da economicidade e ~~da sustentabilidade do desenvolvimento nacional sustentável~~”.

No mesmo contexto, e pelas mesmas razões, sugere-se a alteração do inciso III do art. 9º, do PL, para o fim de se substituir a expressão “desenvolvimento socioeconômico” por “desenvolvimento nacional sustentável”, de modo a se igualmente incentivar a

inovação tecnológica e o desenvolvimento na seara ambiental. Por exemplo, exigindo lâmpadas de LED em substituição a lâmpadas incandescentes ou fluorescentes com exigência progressiva, ao longo do tempo, de rendimento energético.

De todo modo, em reforço, sugere-se **a inclusão no rol de definições** (art. 5º) **de um novo inciso, com a seguinte redação:** “LIV” – “desenvolvimento nacional sustentável: princípio informador das licitações e contratações públicas que orienta a ação da Administração licitante ou contratante no sentido de buscar, em todos os seus atos, inclusive em relação àqueles anteriores à definição do objeto ou correlatos à execução do contrato, de forma direta ou indireta, imediata ou mediata, o crescimento econômico socialmente justo e benigno do ponto de vista ambiental”.

A par disso, pede-se atenção para a alínea “j” do inciso IV (pessoas físicas de baixa renda – “catadores de materiais recicláveis”), bem como para os incisos XV (pessoas com deficiência física) e XVI (pessoa presa) do art. 68 do PL, que *não apenas exprimem hipóteses de exceção à obrigatoriedade da licitação*, porém que alardeiam a evidente preocupação com as **pessoas em condição de vulnerabilidade**, em especial no que diz com sua inclusão e manutenção no mercado de trabalho (para assim garantir-lhes mínima dignidade).

E se assim se autoriza no sensível campo da dispensabilidade de licitação, pelas mesmas razões – lógicas, sociológicas, políticas e jurídicas (a partir da invocação dos princípios da isonomia e da impessoalidade) –, nada obsta, e, ao revés, TUDO RECOMENDA QUE SE INOVE, AMPLIANDO, A PROPOSTA LEGISLATIVA e que se prevejam situações como a seguinte, **mediante enxerto de um novo inciso (XIV) e dos §§4º e 5º ao art. 86** do PL, com vistas à promoção do desenvolvimento nacional em sua faceta humana, social: “**Art. 86.** São cláusulas necessárias em todo contrato as que estabelecem: (...)

“XIV – as seguintes obrigações, voltadas à promoção do desenvolvimento nacional (sustentável):

- a) reserva de vagas, em “obras e serviços de engenharia” e nos “serviços em geral”, cuja contratação em valor fixo total seja superior a R\$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil reais) ou a R\$ 20.000,00 (vinte mil reais) mensais, quando se tratar de prestação de trato sucessivo, destinadas à realização da atividade-fim da contratada, no caso da Construção Civil, ou à efetiva prestação dos serviços contratados, em proporção não inferior a 10% e não superior a 30%, em favor das seguintes minorias, consideradas de forma isolada, alternativa ou

indiferentemente, a critério previamente justificado da Administração licitante ou contratante: encarcerados ou egressos do sistema prisional, até, no máximo, dois anos; negros; mulheres; idosos; maiores de 18 e menores de 21 anos; pessoas com deficiência (em percentual superior ao exigido por lei específica);

- b) substituição de colaboradores, contratados em regime de reserva de vagas, por outros vulneráveis, de mesma ou de diferente espécie;
- c) utilização obrigatória de mão-de-obra local, em proporção não inferior a 25% e não superior a 50% das vagas necessárias à execução do objeto do contrato, em se tratando de “obras e serviços de engenharia” ou de “serviços em geral”, salvo quando comprovada, de forma documentada, a inviabilidade de tanto;
- d) outras, de similar natureza, desde que previstas em regulamento geral e abstrato pela autoridade máxima do órgão ou entidade licitante ou contratante”;
- e

“§ 4º Para fins de cumprimento do disposto no inciso XIV, a Administração licitante ou contratante deverá manter cadastro eletrônico, aberto o ano inteiro, para que pessoas inseridas no rol de favorecidos pelo regime de cotas possam ser eventualmente aproveitadas pela iniciativa privada em regime de parceria contratual com o poder público.

§ 5º Os valores previstos no inciso XIV deste artigo poderão ser mitigados e os percentuais, nele referidos, majorados, bem como ampliado o rol de categorias de pessoas reconhecidas como discriminadas no mercado de trabalho, para fins de estipulação cogente de reserva de cotas, por meio de lei municipal ou estadual”.

Apenas em lembrança, **isso não é novidade no cenário brasileiro, haja vista que em obras do PAC já se estipulou – mesmo SEM LEI autorizativa** – a reserva de 5% das vagas para apenados e egressos do sistema prisional, no bojo do Projeto “COMEÇAR DE NOVO”, numa parceria entre o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e o Governo Federal.

Logo, a possibilidade de promover a inclusão social pela via do trabalho intermediada pelos parceiros contratuais da Administração há de ser aproveitada exatamente por isso, para conferir razão e utilidade mais amplas às licitações, que não apenas a de viabilizar a execução do objeto de contrato, sem onerar os cofres públicos. E, por medida de segurança (jurídica),¹ mostra-se oportuno e conveniente (se não mesmo obrigatório) fazer referida indicação no PL que institui (novas) normas gerais de licitação.

¹ Anote-se que o órgão especial do TJRJ declarou inconstitucional lei municipal do Rio de Janeiro que determinava a reserva de 5% das vagas para mulheres nas obras públicas, exatamente por entender que o Município não seria competente para legislar sobre a matéria e por constatar vício de iniciativa, já que a competência seria do Poder Executivo. (Processo 0034514-52.2015.8.19.0000)

(II) Outras Definições que precisam ser apresentadas

Um segundo problema que se vislumbrou com o PL refere-se à ausência de certas definições entendidas imprescindíveis. Por medida de comodidade, oferecem-se as seguintes, para inserção no rol dos incisos do Art. 5º:

“LV – sobrepreço: caracteriza-se o sobrepreço quando os preços orçados para a licitação ou os preços contratados são expressivamente superiores aos preços referenciais de mercado, podendo referir-se ao valor unitário de um item, se a licitação ou a contratação for por preços unitários de serviço, ou ao valor global do objeto, se a licitação ou a contratação for por preço global ou por empreitada;

LVI – superfaturamento: caracteriza-se o superfaturamento quando houver dano ao patrimônio da empresa pública ou da sociedade de economia mista caracterizado, por exemplo:

- a) pela medição de quantidades superiores às efetivamente executadas ou fornecidas;
- b) pela deficiência na execução de obras e serviços de engenharia que resulte em diminuição da qualidade, da vida útil ou da segurança;
- c) por alterações no orçamento de obras e de serviços de engenharia que causem o desequilíbrio econômico-financeiro do contrato em favor do contratado;
- d) por outras alterações de cláusulas financeiras que gerem recebimentos contratuais antecipados, distorção do cronograma físico-financeiro, prorrogação injustificada do prazo contratual com custos adicionais para a empresa pública ou a sociedade de economia mista ou reajuste irregular de preços”.

(Redação “tomada por empréstimo, do §1º do art. 31 da Lei nº 13.303/2016 – Lei “das Estatais”.)

(III) Modalidades de Licitação

A falta de indicação, precisa e objetiva, no PL, do rito procedimental (comum) – “**Art. 26.** A concorrência e o pregão seguem *rito comum* (?!), adotando-se o segundo sempre que o objeto possuir padrões de desempenho e qualidade que possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais de mercado” – a ser observado nas modalidades “pregão” e “concorrência” cria um vazio jurídico absolutamente insuportável, o qual não se conseguirá resolver pela via do regulamento (a ser expedido pelo Presidente da República).

De nada adianta, assim, estipular, no §4º do art.131, que “Os Estados, o Distrito Federal e os Municípios **poderão** (!) aplicar os regulamentos editados pela União para execução desta Lei até a edição de ato próprio”, quando bem se sabe que tais entes políticos não podem ser obrigados a seguir decreto federal e que, por força da própria dicção do parágrafo referido estão “desobrigados” de tanto, ficando autorizados a editar os seus. O problema maior, todavia, é que tanto a doutrina como a jurisprudência entendem que o rito constitui “norma geral” de licitações, de modo que compete à União legislar sobre a matéria, nos termos do inciso XXVII do art. 22 da CR.

Logo, a situação atual revela – em tese – uma *delegação inconstitucional*, mesmo que implícita, para os demais entes decidirem o rito procedimental de tais modalidades. E, pior, aparentemente por regulamento, se assim quiserem fazer. SOLUÇÃO proposta: criar uma nova seção (IV) – renumerando a atual para Seção V – e novas Subseções, nas quais se apresente o rito a ser observado em cada modalidade e como “norma geral” de licitações, portanto de observância compulsória por todos os órgãos e entidades federais, estaduais, distritais e municipais.

Contudo, ainda há outro problema a sanar, em relação ao convite, que se constata a partir da atenta leitura do art. 27 (com destaques nossos):

“Art. 27. O convite observará as seguintes regras e condições:

I – poderá ser utilizado para contratações de valores inferiores a R\$150.000,00 (cento e cinquenta mil reais);

II – a Administração obterá 3 (três) ou mais cotações antes da abertura da fase de apresentação de propostas adicionais;

III – a Administração divulgará, em sítio eletrônico oficial ou em outro meio apto a dar conhecimento ao público acerca da licitação, o interesse em obter *propostas adicionais* com a completa identificação do objeto pretendido, dispensando-se a publicação de edital;

IV – a adjudicação da melhor proposta somente ocorrerá após o prazo mínimo de 3 (três) dias, contado da divulgação a que se refere o inciso III.

Com o rito proposto, os três primeiros proponentes a atenderem o chamado da Administração serão prejudicados, pois os seus preços serão conhecidos do mercado e, aparentemente, não lhes será facultado apresentar novas propostas. Isso precisa ser resolvido. Proposta de DESENLACE: alterar a redação do inciso III do art. 27, mediante inserção do seguinte trecho (em itálico):

“III – a Administração divulgará, em sítio eletrônico oficial ou em outro meio apto a dar conhecimento ao público acerca da licitação, o interesse em obter propostas adicionais, *inclusive dos primeiros três proponentes, se assim o desejarem*, com a completa identificação do objeto pretendido, dispensando-se a publicação de edital”.

(IV) Do Julgamento

Embora seja elogiável a intenção de aproveitar atos viciados em licitação, quando sanáveis, É PRECISO INFORMAR, CATEGÓRICA E EXPRESSAMENTE, QUAIS VÍCIOS SERÃO ASSUMIDOS COMO INSANÁVEIS (e, pois, imporão a desclassificação da proposta, nos termos do inciso I do art. 53 do PL). Na falta, abre-se largo espaço para confusão e, infelizmente, para corrupção – seja aquela que busca suporte-amparo no atuar dos agentes públicos, seja aquela que envolve apenas agentes econômicos.

Imagine-se, no contexto, uma proposta sem assinatura. Considerar isso um vício sanável equivale a afirmar que, desejando, o proponente ***poderá convalidar*** a falha, apondo a sua assinatura ainda que tardiamente. Ao mesmo tempo, isso sugere que, em não querendo, estará desobrigado de tanto. E nesse espaço o segundo proponente a apresentar a proposta mais vantajosa poderá “convencer” o primeiro a desistir, mediante “recompensa”.

(V) Da Habilitação

O inciso V do art. 61, que exprime “a inexistência de débitos inadimplidos perante a Justiça do Trabalho” como condição de habilitação, induz a uma conclusão inidônea. Se em matéria tributária admite-se a regularidade (e não se exige a quitação) para participação em processos licitatórios, e se o próprio PL refere à observância da legislação específica (§2º do art. 61), então SUGERE-SE, COMO MEDIDA SANEADORA, a alteração da redação do inciso V para a seguinte versão “simplificada”: “comprovação de regularidade perante a Justiça do Trabalho”.

(VI) Infrações e Sanções Administrativas

O §2º do art. 112 precisa ter sua redação alterada, para deixar claro que a base de cálculo para aplicação da multa será “A PARCELA INADIMPLIDA” do contrato e não o valor global do ajuste em si. Isso é pacífico na doutrina e na jurisprudência. Eis a REDAÇÃO SUGERIDA, com acréscimo em itálico:

“§ 2º A sanção prevista no inciso I do **caput**, calculada na forma do instrumento convocatório ou do contrato, não poderá ser inferior a 0,5% (cinco décimos por cento) nem superior a 30% (trinta por cento) do valor *da parcela inadimplida* do contrato licitado ou celebrado com contratação direta e será aplicada ao responsável por qualquer das infrações administrativas previstas no art. 111.”

Por sua vez, a redação do §7º do art. 112 exige similar revisão, pois faz supor que no caso de aplicação da sanção de impedimento (do direito) de licitar e contratar a penalidade poderá ser extinta antes de cumprido o prazo de afastamento. A NOVEL REDAÇÃO PROPOSTA, e com o acréscimo em itálico, é a que segue:

“§ 7º As sanções previstas nos incisos II e III do **caput** poderão ser extintas pela própria autoridade que aplicou a penalidade, exigindo-se a reparação integral do dano causado à administração pública e, *no caso de impedimento de licitar e contratar, cumulativamente, o cumprimento integral do prazo, e, ainda, no caso da declaração de inidoneidade, também em cumulação, o transcurso do prazo mínimo de 3 (três) anos da aplicação da penalidade*”.

É preciso inserir, de outra banda, e no § 10, do mesmo dispositivo do PL, menção explícita – *mediante inserção do termo* – de que se trata de defesa **PRÉVIA** (o que não afasta e nem substitui o direito à futura interposição de recurso, por conta da eventual aplicação de penalidade, com lastro no devido processo legal garantido constitucionalmente).

Por conta disso, ainda, é imprescindível que o PL estipule, dentre as possibilidades de recurso (em senso estrito), aquele que se volte a desconstituir eventual aplicação de penalidade. A proposta de AMPLIAÇÃO DAS HIPÓTESES segue em itálico:

Art. 116. Dos atos da Administração decorrentes da aplicação desta Lei cabe:
I – recurso, no prazo de 8 (oito) dias contado da data de intimação ou de lavratura da ata, em face:
a) do ato que defira ou indefira pedido de pré-qualificação de interessado ou de inscrição em registro cadastral, sua alteração ou cancelamento;
b) do julgamento das propostas;
c) do ato de habilitação ou inabilitação de licitante;
d) da anulação ou revogação da licitação;
e) da rescisão do contrato, quando determinada por ato unilateral e escrito da Administração;

f) da aplicação de sanção administrativa a qualquer título.

Ainda mais, a despeito da previsão contida no §3º do art. 113, urge que o PL estipule, objetiva e precisamente, um prazo-limite para atraso no cumprimento da obrigação, depois do qual será assumida a obrigação como inadimplida. A falta dessa previsão, combinada com o que consta do §7º do art. 92 [Art. 92. A duração dos contratos regidos por esta Lei será a prevista em edital, devendo ser observada, no momento da contratação e a cada exercício financeiro, a disponibilidade de créditos orçamentários. (...) § 7º No contrato que prever a conclusão de um escopo predefinido, o prazo de vigência será automaticamente prorrogado quando seu objeto não for concluído no período firmado no contrato] permite antever situações problemáticas: por um lado a Administração querendo rescindir o contrato, por outro o contratado arguindo, na Justiça, que tem direito de entrega tardia, a despeito de eventual multa, por conta da prorrogação automática do prazo.

Ou seja, é preciso estipular, em caráter geral, um percentual-limite de acréscimo ao prazo de cumprimento da obrigação... A SUGESTÃO é a seguinte:

Art. 92. A duração (...)

§ 7º No contrato que prever a conclusão de um escopo predefinido, o prazo de vigência será automaticamente prorrogado quando seu objeto não for concluído no período firmado no contrato, *ficando a prorrogação limitada a, no máximo, 100% do prazo originalmente contratado, depois do qual se operará a rescisão “de ofício”.*

(VII) Ausência de Prazo de Resposta ao Pedido de Esclarecimento e à Impugnação

O art. 115, do PL, prevê, no seu parágrafo único, que “A resposta à impugnação ou ao pedido de esclarecimento será publicada em sítio eletrônico oficial indicado no edital”. Entretanto, não se fixa prazo para que isso aconteça, o que pode comprometer a regularidade da execução do contrato.

PROPOSTA DE SOLUÇÃO: criar dois novos parágrafos e assim consolidar o dispositivo:

“§1º A resposta à impugnação ou ao pedido de esclarecimento será publicada em sítio eletrônico oficial indicado no edital;

§2º A resposta motivada ao pedido de esclarecimento deverá ocorrer em até 1 (um) dia, contado da sua apresentação, no caso de aquisição ou alienação de bens, e de 3 (três) dias, no caso de obras ou serviços;
§3º A resposta motivada ao pedido de impugnação deverá ser dada a publicamente conhecer antes da homologação da licitação”.

(VIII) A Adoção do Pregão em Obras e Serviços de Engenharia como Questão Prejudicada c/c a Exigência de Manifestação Imediata de Intenção de Recorrer

Por fim, e pela circunstância de ser de todos conhecida a discussão existente acerca dessa temática, a possibilidade, ou não, de adoção da modalidade “pregão” para obras e serviços de engenharia perde sentido quando examinado o PL na sua redação atual.

Explica-se. As grandes vantagens s antevistas no pregão sempre foram (i) a inversão de etapas (da fase externa - julgamento de propostas e habitação de proponentes), (ii) a celeridade processual, (iii) a possibilidade de oferecimento de lances (aspecto dinâmico da competitividade) e (iv) a oralidade (expressada, por exemplo, na manifestação verbal do interesse de recorrer ou no oferecimento de lances, em sessão presencial).

Ocorre que tudo isso pode se dar, similarmente, com a adoção da modalidade “concorrência pública”, bastando regulamento (!) assim prever. Logo, a celeuma parece perder objeto e foco, haja vista que o mote residual, se persistir, assim se manifestará apenas em relação ao tempo (a prazos maiores ou menores), deixando a discussão de fundo de lado (se existem, ou não existem, obras e serviços “comuns” de engenharia).

Enfim, agradecendo a oportunidade, era o que cabia expor, justificar e sugerir – neste tão exíguo espaço de tempo.

De Curitiba para Brasília, aos 17 de abril de 2018.

Prof. Dr. Daniel Ferreira
OAB/PR 22.980 – CREA/PR 21.253