

BREVE PARECER SOBRE O PROJETO DE LEI 6.814/17

Incumbiu-me a Ordem dos Advogados do Brasil de prestar trabalho voluntário no sentido de participar dos debates que envolvem a elaboração do Projeto de Lei nº 6.818/17, de Autoria do Senador Lauro Campos e Relatoria do Deputado João Arruda.

Referido projeto objetiva modernizar a legislação sobre licitações e contratos da Administração Pública brasileira.

Ao longo de vários meses foram realizadas diversas audiências públicas; foram ouvidas mais de 61 autoridades no assunto; realizados seminários em todas as regiões do país para debater o assunto: o que resultou em um trabalho rico em informações prestadas pelo setor público, pelo setor privado, pela sociedade civil, pelas organizações de transparência nacional e internacional, e por grandes especialistas da matéria.

Paralelamente aos trabalhos de campo, foram analisados, no âmbito das Comissões competentes, inúmeros projetos de lei apensados e respectivas emendas, elaborados com o intuito de contribuir para o aperfeiçoamento do texto final de modo a entregar para o Brasil um regime de Licitações e de contratações públicas mais vantajoso, com vistas a incrementar a celeridade, eficiência; assegurar tratamento isonômico entre os licitantes e a justa competição; evitar sobrepreço nos preços orçados e contratados e evitar qualquer tipo de fraude, inclusive superfaturamento na execução dos contratos.

Reunidas as informações, coube à Comissão Especial da Câmara dos Deputados, proferir Parecer ao Projeto de Lei nº 1.292, de 1995, apensos e respectivas emendas, a qual analisou com bastante propriedade os elementos sob o aspecto da constitucionalidade, legalidade, juridicidade, regimentalidade e técnica legislativa.

Nesse ponto, opinou a referida Comissão que *“muitas proposições precisariam ser emendadas em atenção à Lei Complementar nº 95, de 28 de fevereiro de 1998, que dispõe ‘sobre a elaboração, a redação, a alteração e a consolidação das leis, conforme determina o parágrafo único do art. 59 da Constituição Federal’.* Deixamos, no entanto, de formular tais emendas, tendo em vista que os Projeto de Lei a serem aprovados quanto ao mérito já estarão adequados na forma do substitutivo apresentado, enquanto os demais serão rejeitados na conclusão deste Parecer. “

Entre as proposições apresentadas, o PL 6.814, de 2017, da Comissão Temporária de Modernização da Lei de Licitações do SENADO FEDERAL

destacou-se ao propor um novo marco legal para licitações e contratações do País, por ter sido considerado o Projeto de Lei mais completo, maduro e atualizado dentre todos analisados pela referida comissão.

Esse projeto, no entendimento da referida Comissão processante, incentiva *“ a alta administração dos órgãos e entidades a implementarem processos e estrutura para avaliar, direcionar e monitorar os processos licitatórios e os respectivos contratos, com o intuito de alcançar os objetivos estabelecidos na nova lei, promover um ambiente íntegro e confiável, assegurar o alinhamento das contratações ao planejamento estratégico e às leis orçamentárias e promover eficiência, efetividade e eficácia em suas contratações”*.

Diante deste quadro apresentado, e após incansáveis trabalhos desenvolvidos durante anos de pesquisa para nortear Tese Doutoral, a **parecerista que esta subscreve** foi convidada pela Ordem dos Advogados do Brasil – OAB/DF, para integrar mesa de debate sobre o PL 6.814/17, da qual participaram o Deputado Augusto Coutinho e o Auditor Federal do Tribunal de Contas da União, Senhor Luiz Felipe Simões, esse evento ocorreu no dia 02 de maio de 2.018, na Comissão de Assuntos Legislativos.

Na oportunidade dos debates, foram ofertadas contribuições para aprimoramento do texto, utilizando-se da metodologia de direito comparado, comparou-se o texto do novo projeto PL 8614/17 com a Lei 9/2017 de 8 de novembro de 2.017 espanhola, que trata do mesmo assunto.

Após as discussões no âmbito da OAB/DF, esta parecerista foi convidada pelo ilustre Deputado Doutor Vitor Lippi para novamente contribuir com o debate, desta vez foi proposta a análise das Emendas apresentadas pelo Dr. Vitor, oportunidade em foi convidada para participar da discussão do assunto no âmbito da Comissão presidida pelo ilustre Deputado João Arruda.

Aludidos estudos resultaram nas seguintes considerações e sugestões:

Continuarão existindo as severas sanções por inadimplência, no entanto está previsto o endurecimento das penas, sobretudo nos casos de fraude à licitação e fraude no contrato, para os casos de conluio e entrega de produto ou serviço de qualidade inferior, nos termos dos artigos 337-F e 337-L do Código Penal. Há também criação de crime de omissão, modificação ou entrega de informações relevantes, que conduzam à elaboração de projetos incorretos que frustrem o caráter competitivo ou prejudiquem a

obtenção da melhor vantagem à Administração (art. 337-O, CP). Atrelado às penas e sanções conta o novo dispositivo com nova regra que estabelece que a denúncia de má-fé ao Tribunal de Contas poderá ensejar multa de até 1% do orçamento da licitação (art. 118, § 2.).

Entretanto, continuará a dificuldade de recebimento do pagamento pelos serviços prestados pois permanece a previsão de que “poderá ser previsto o pagamento em conta vinculada (art. 107) e a estrita ordem cronológica de pagamento poderá ser alterada em caso de grave e urgente necessidade pública (art. 106). Novas regras para a antecipação de pagamento (art. 109).

Acredita-se que o texto poderia prever sanção para o gestor público que deixasse de comprovar a disponibilidade financeira ou mesmo utilizasse o recurso cuja disponibilidade financeira foi previamente comprovada como condição para contratação, para outro fim, de modo a comprovar a gestão pública responsável.

Haverá permissão para resolução de conflitos por meio de formas alternativas de resolução de conflitos tais como arbitragem (bem como mediação e conciliação) para solução de controvérsias, inclusive quanto ao equilíbrio econômico-financeiro (art. 86, § 3). No caso de reequilíbrio econômico-financeiro, será observada a repartição objetiva de risco estabelecida no contrato (art. 101, § 11). Previsão de que as alterações qualitativas não estarão limitadas aos percentuais de acréscimo de 25% (art. 101, § 13).

Um dos principais dilemas atuais da contratação foi contemplado, no que se refere a elaboração de projetos, nesse ponto a nova lei prevê a contratação integrada, em que o licitante contratado terá por obrigação não só a elaboração de projeto básico (que será chamado de Projeto Completo (art. 5, XXIII)), como também os projetos executivos e a própria execução da obra (art. 5, XXX), sendo vedada a execução de obra sem o projeto executivo.

Houve redução de exigências técnicas para a seleção da empresa que será contratada pelo governo e nas seções relativas aos agentes públicos, merecem comentários dois dispositivos. O primeiro diz respeito aos órgãos de controle, que agora deverão

buscar relacionamento mais cooperativo com os gestores e foco nos fins a que se destinam as licitações. Quanto aos licitantes, menção deve ser feita à proibição de participar de licitação a pessoa física ou jurídica suspensa para contratar com a Administração ou que esteja declarada inidônea.

Houve significativa alteração no que se refere às compras públicas, ao prever plano de compras anuais para racionalizar as compras públicas entre órgãos da administração (art. 10, VII). A sugestão é no sentido de se criar um Órgão Central Nacional que uniformize a interpretação da legislação sobre compras públicas e promova a centralização das compras, como ocorre nos países de primeiro mundo. Daí poder-se-ia permitir convênios entre a União, Estados e Municípios para otimizar preços e garantir eficiência da gestão.

Há destaque também para a modificação que houve no projeto com relação às modalidades de licitação em que desaparece a tomada de preços e carta convite; incluiu-se o Diálogo Competitivo semelhante ao direito espanhol, em que a administração pública realiza diálogos com os licitantes previamente selecionados com o intuito de desenvolver uma ou mais alternativas capazes de atender às suas necessidades, e principalmente almejar soluções, devendo os licitantes apresentar proposta final após o encerramento do diálogo (art. 5, XLI), mas para situações restritas previstas no art. 29.

Há críticas, no entanto, ao utilizar o pregão apenas para aquisição de bens e para obras comuns (art. 5, XL), ainda que se possa antever que alguns procedimentos para contratações antes previstos no pregão foram transferidos para a contratação na modalidade de concorrência.

Há novidade de procedimento que cria a inversão das fases (proposta e habilitação): com isso o julgamento das propostas é anterior à habilitação, que só será feita com relação ao vencedor do processo, excepcionalmente, a habilitação poderá anteceder a fase de julgamento de propostas (art. 15, § 1).

Significativo avanço ocorreu com a criação da figura dos agentes públicos, o que dá maior proteção jurídica aos servidores públicos responsáveis pelas compras governamentais, art. 126; atribuindo responsabilidade à equipe de apoio quando esta

induzir ou cometer erro no julgamento (art. 7, § 1). Neste aspecto, a Administração poderá contratar, por prazo determinado, serviço de empresa ou profissional especializado para assessorar os responsáveis pela condução da licitação (art. 7, § 5).

Nesse passo cabe a seguinte sugestão de modo a oferecer acréscimos ao texto:

Sugere-se a seguinte redação para o artigo 10, inspirada na Lei 13.665/2.018:

Art. 10. O agente público que atuou decisivamente nos atos dos procedimentos licitatórios e dos contratos administrativos responderá pessoalmente por suas decisões ou opiniões técnicas em caso de dolo ou erro grosseiro.

§1. não se considera erro grosseiro a decisão ou opinião baseada em jurisprudência ou doutrina controvertida, em orientação geral ou, ainda, em interpretação razoável, mesmo que não venha a ser posteriormente aceita por órgãos de controle ou judiciais;

§2. O agente público que tiver que se defender, em qualquer esfera, por ato ou conduta praticada no exercício regular de suas competências e em observância ao interesse geral terá direito ao apoio da entidade de classe a que estiver filiado, inclusive nas despesas com a defesa.

§3. Transitada em julgado decisão que reconheça a ocorrência de dolo ou erro grosseiro, o agente público ressarcirá ao erário as despesas assumidas pela entidade em razão do apoio de que trata o & 2. deste artigo.

§4. O agente público será segregado de suas funções e responderá enquanto responder até o resultado do processo administrativo disciplinar.

§5. A conduta do agente público será individualizada e será observado o contraditório e a ampla defesa em todas as fases da sindicância e do processo administrativo disciplinar.

Sugiro acréscimos de parágrafos ao artigo 51, para que conste regime jurídico protetivo para o parecerista também, que pode não ser agente público.

Então, sugere-se EMENDA, para acrescentar os seguintes

parágrafos ao artigo 51, o qual prevê a responsabilidade do PARECERISTA:

§ 6. O parecerista que emitiu opinião sobre execução de atos durante os procedimentos licitatórios e contratos administrativos responderá pessoalmente por suas decisões ou opiniões técnicas em caso de dolo ou erro grosseiro.

§7. não se considera erro grosseiro a decisão ou opinião baseada em jurisprudência ou doutrina controvertida, em orientação geral ou, ainda, em interpretação razoável, mesmo que não venha a ser posteriormente aceita por órgãos de controle ou judiciais;

§7. A conduta do agente público será individualizada e será observado o contraditório e a ampla defesa em todas as fases da sindicância e do processo administrativo disciplinar.

Sugere-se, também, acréscimo ao art. 73 do atual PL de modo a contemplar hipótese de cobertura contratual para prestação de serviços, a exemplo de manutenção de frota de veículos automotores públicos, com a seguinte redação:

III- para contratação que envolva valores inferiores a R\$ 100.000,00 (cem mil reais) MENSAIS, no caso de prestação de serviços imprescindíveis à Administração Pública.

No que se refere aos princípios gerais – a proposta acrescenta novos princípios aos previstos hoje na Lei de Licitações, mas deixou de contemplar princípios importantes. A sugestão é que se acrescente o princípio da INTEGRIDADE (o qual compreende inclusive a exigência de ficha limpa do contratado), da TRANSPARÊNCIA, e da SUFICIENTE PUBLICIDADE para que se consiga uma melhor relação qualidade-preço, excluindo do texto a regra que “ *exige a publicidade apenas em sítio eletrônico oficial e nos diários oficiais, seja da União, dos Estados, Municípios e do DF, a depender da localidade da aliciação, embora represente economia não confere ampla e suficiente publicidade*”. Por ser esta publicidade insuficiente.

Pode-se concluir que o PL analisado estabelece maior flexibilidade, menos burocracia vez que os atos administrativos com algum erro menor podem ser resolvidos no final do processo, ao tempo em que exigências

meramente formais, que não comprometam a qualificação do licitante ou a compreensão da proposta, não invalidarão a licitação, permitindo-se à comissão de licitação sanar esses erros. O Texto também dispensa o reconhecimento de firma, exceto em dúvida de autenticidade; prioriza os atos eletrônicos; e permite que o agente da licitação comprove autenticidade de cópias de documentos.

O texto também prevê agilidade quanto aos pedidos de esclarecimento, impugnações e recursos, a principal proposta é a de apreciação em fase única dos recursos impetrados em face do julgamento e de habilitação das licitações, grande foco de manobras protelatórias por parte dos licitantes.

Por outro lado, inovou o PL ao prever de maneira inédita a forma eletrônica para celebração de contratos (art. 85, §3). No momento da liquidação de despesa, os serviços de contabilidade comunicarão aos órgãos da administração tributária, a identificar os valores e beneficiários dos pagamentos (art. 86, § 2), e incrementou-se regras de duração de contratos no art. 92. Também houve modificação quanto à execução prevendo no art. 93 que a insuficiência financeira será motivo para o retardamento da execução da obra ou serviço (art. 93, §1), dentre outras e quanto à alteração dos contratos observou-se que a extrapolação do acréscimo de 25% do objeto contratado, quando decorrente de erro grosseiro, implicará apuração de responsabilidade (art. 101).

No que se refere ao pagamento pelo serviço prestado, grande entrave para as contratadas que esbarram no pagamento mediante ordem cronológica de apresentação de precatório após judicializadas as demandas, inovou o texto ao prever hipótese de rescisão do contrato pelo contratado nos casos de atraso de pagamento superior a 45 dias (art. 102, §2, IV), mas permanece a falta de norma prevendo a obrigatoriedade do pagamento na esfera administrativa pelo efetivo serviço prestado, devido à barreira constitucional que exige o precatório para formalizar o pagamento.

Por último, merece ser comentada a modificação do texto ao prever a sustentabilidade ambiental ao criar a ideia de que o poder de compra do Estado deve ser articulado de forma estratégica para promover o desenvolvimento nacional sustentável e não apenas o desenvolvimento socioeconômico. A sugestão é no sentido de que em grandes contratações o projeto poderia exigir certificados de boa gestão ambiental como condição de solvência técnica e também que os concorrentes sejam obrigados a adotar políticas de *compliance* (cumprimento de regras) para prevenir a corrupção.

São essas, pois, as observações e sugestões preliminares com o intuito de contribuir para o aperfeiçoamento do texto do Projeto de Lei 6814/2017, que pretende trazer luz às contratações públicas brasileiras.

Brasília, 05 de junho de 2018.

Valéria Ilda Duarte Pessoa

Doutora em Direito Administrativo

OAB/DF 9.706