

Revista de Informação Legislativa

Brasília • ano 34 • nº 134
abril/junho – 1997

Subsecretaria de Edições Técnicas do Senado Federal

Propostas de alteração do Anteprojeto de nova Lei de Licitações

MARÇAL JUSTEN FILHO

A divulgação do Anteprojeto de Lei de Licitações foi acompanhada da abertura de prazo para sugestões dos interessados. Todos os que militam em atividades relacionadas com o tema têm propostas visando à melhoria do atual sistema. Mas aqueles que se dedicam ao estudo teórico da matéria têm o dever de colaborar com a iniciativa governamental. Esse o motivo da elaboração deste documento. As sugestões aqui apresentadas foram orientadas pela preocupação de eliminar os principais defeitos da Lei nº 8.666, mas sem adotar soluções já reprovadas pela experiência nacional.

A sugestão de maior impacto relaciona-se com o procedimento da licitação. Sugere-se a eliminação da dissociação entre as fases de habilitação e de julgamento das propostas. Documentos de habilitação e propostas seriam apresentados em um único invólucro. Haveria uma classificação provisória das propostas e somente se passaria à análise dos documentos de habilitação do licitante classificado em primeiro lugar. Afinal, dar-se-ia a classificação definitiva. Com isso, estariam reduzidas as delongas, inclusive no tocante a recursos e demandas judiciais.

Outra sugestão relaciona-se com a edição de regulamentos próprios das entidades da Administração indireta. Propõe-se um sistema que permita o controle acerca das regras que serão adotadas, inclusive com ampliação da publicidade acerca do regulamento. No tocante às hipóteses de dispensa de licitação, o sistema seria mais flexível do que o atual, mas não tão indeterminado como previsto no Anteprojeto.

O terceiro ponto sensível da presente proposta reside na determinação da correção

de defeitos secundários ou irrelevantes, inclusive com juntada de novos documentos.

Enfim, há inúmeras modificações de menor relevância. No entanto, é fundamental ter em vista que grande parte dos problemas das licitações deriva de equívocos na elaboração do Edital. Não terá qualquer utilidade a “flexibilização” da Lei se os editais continuarem prevendo que “qualquer defeito ou contrariedade acarretará a desclassificação da proposta, sem direito a qualquer protesto por parte do licitante”.

Em suma, é necessário mudar a mentalidade no nível legislativo, mas também a propósito da aplicação de seus dispositivos.

Propostas de alteração do Anteprojeto

Art. 5º, § 4º - nova redação

“Os valores fixados para a União constituem os limites para a dispensa de licitação, a coleta de preços e a concorrência no âmbito dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e das demais entidades controladas direta ou indiretamente pelo Poder Público.”

Justificativa:

De modo genérico, o Anteprojeto sempre utiliza a fórmula “demais entidades controladas direta ou indiretamente pelo Poder Público”, o que evita dúvida acerca de situações específicas (fundações etc.). No entanto, a redação do Anteprojeto, nesse § 4º do art. 5º, restringiu-se a aludir a “empresas públicas e sociedades de economia mista”. Isso poderia propiciar dúvida acerca da vontade legislativa.

Art. 6º - nova redação

“É inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição, admitindo-se a dispensa em situações excepcionais, desde que previstas em lei.

“§ 1º A lei poderá dispensar de licitação as contratações realizadas por empresas públicas, sociedades de economia mista e outras entidades controladas direta ou indiretamente pelo Poder Público, desde que observados cumulativamente os seguintes requisitos:

“I - tratar-se de contratação relacionada com atividades desenvolvidas sob o permissivo do art. 173 e seu § 1º da Constituição Federal;

“II - tratar-se de contratação não relacionada

com bens ou investimentos destinados a figurar no ativo permanente da entidade pública, segundo as regras da Lei nº 6.404/76;

“III - submeter-se a contratação a procedimento disciplinado em regulamento, que assegure a seleção da melhor proposta possível, segundo o princípio da isonomia.

§ 2º Para os fins do parágrafo anterior, as entidades ali referidas deverão editar regulamentos com regras precisas e definidas acerca das cautelas a serem adotadas em contratações diretas, segundo o disposto no art. 48 e seu parágrafo único.”

Justificativa:

Não é constitucional, em face da regra explícita do art. 37, inc. XXI, a previsão de dispensa de licitação sem lei específica. Nem haveria cabimento de admitir que regulamento disciplinasse amplamente as hipóteses de dispensa, sob pena de delegação de competência legislativa (o que não se admite em nosso sistema constitucional). Por outro lado, há enorme risco em remeter, pura e simplesmente, à escolha das entidades da Administração indireta a disciplina do tema. Então, é necessário estabelecer alguma disciplina que permita o controle de toda a sociedade sobre a solução que será adotada.

Estabelece-se, por isso, que somente será admissível a dispensa de licitação ampliada para as entidades governamentais que atuam no âmbito da atividade econômica em sentido estrito. Ademais, isso somente se aplicaria às atividades propriamente operacionais, que não envolvessem imobilização de bens etc. Impõe-se o dever de respeitar princípios constitucionais básicos e de estabelecer-se procedimento, mesmo informal, de verificação da regularidade da operação. Por fim, remete-se à disciplina mais rigorosa proposta para adoção de regulamentos.

Substituição dos §§ 1º a 3º do art. 8º por um parágrafo único

“A escolha do tipo de licitação deverá ser justificada em face das peculiaridades da contratação, de modo motivado, podendo qualquer cidadão impugnar a escolha adotada, nos termos do art. 17, § 1º.”

Justificativa:

A seleção do tipo de licitação somente pode

ocorrer em face da situação concreta. É impossível adotar solução padronizada e abrangente, de modo apriorístico. Por outro lado, é necessário que a escolha seja motivada e sujeita a fiscalização, para evitar desvios.

Art. 10 - nova redação

“A alienação, cessão ou locação de bens da Administração Pública, bem como a concessão ou permissão de serviços públicos obedecerão a normas próprias estabelecidas em lei.

“Parágrafo único. Quando a alienação, cessão ou locação de bens for praticada por entidades controladas direta ou indiretamente pelo Poder Público, serão aplicáveis as previsões do art. 6º e seus parágrafos.”

Justificativa:

Surge, novamente, a questão do regulamento. Para evitar inconstitucionalidade, assim como suprimir o risco de liberação limitada, propõe-se aplicação da mesma solução geral já sugerida anteriormente.

Art. 17 - nova redação para o § 4º e introdução de um § 5º

“§ 4º As limitações previstas nos parágrafos 1º e 2º deste artigo não se aplicarão quando o vício configurar nulidade absoluta e insanável, a qual deverá ser pronunciada de ofício ou provocação de qualquer pessoa, a qualquer tempo.

“§ 5º A conduta, inclusive omissiva, eivada de má-fé, praticada no curso da licitação por qualquer cidadão ou licitante acarretará sua responsabilização por perdas e danos, inclusive na hipótese de ausência de impugnação na primeira oportunidade possível.”

Justificativa:

A Administração está obrigada a pronunciar o vício insanável dos próprios atos. Portanto, a ausência de impugnação do particular não transforma ato defeituoso em válido. O que é possível é responsabilizar o licitante que deixou de apontar o defeito, reservando-se para fazê-lo somente quando derrotado. A má-fé do licitante deve ser punida, mas nunca às custas da transformação de ato nulo em válido. Por outro lado, a representação ao Ministério Público sempre poderá (deverá) ocorrer, e a previsão do dispositivo desempenha mera função intimidativa, para atemorizar os licitantes.

Art. 19 - nova redação

“A autoridade competente para a aprovação do procedimento somente poderá revogar a licitação por razões de interesse público decorrente de fato superveniente devidamente comprovado, pertinente e suficiente para justificar tal conduta, devendo anulá-la por ilegalidade, de ofício ou por provocação de terceiros, mediante parecer escrito e devidamente fundamentado, exceto quando o vício puder ser sanado, o que deverá ser imediatamente realizado.”

Justificativa:

Uma das grandes inovações da Lei nº 8.666 foi restringir a faculdade de revogação de licitações e restringir, drasticamente, o que vulgarmente se denominava de “pedágio”. Tratava-se de prática altamente reprovável, consistente em subordinar a aprovação do procedimento a vantagens indevidas. Subordinando a revogação apenas à ocorrência de eventos posteriores ao início da licitação, ficava dificultada a realização desses desvios. O Anteprojeto propõe o retorno ao estado de coisas anterior, o que apenas pode trazer prejuízos ao interesse público. Daí a sugestão de manter-se o atual sistema.

Há outro acréscimo, consistente no dever de sanar vícios superáveis. Há casos em que o defeito não é suficiente para acarretar a nulidade da licitação. A solução, nessas hipóteses, é promover o saneamento dos defeitos.

Art. 26, inc. II - nova redação

“- serviço - atividade destinada a obter determinada utilidade de interesse para a Administração, que não se configure como obra e que se aperfeiçoe em obrigação de fazer, compreendendo:”

Justificativa:

A definição contida no Anteprojeto para serviço é totalmente precária. Não se identifica “serviço” como obtenção de “utilidade”. Afinal, a obra e a compra também se constituem vias para obtenção de utilidades de interesse para a Administração. Depois, a utilidade da definição reside em distinguir os casos de serviço em face dos de obra e de compra. Sugere-se que o conceito de serviço seja encontrado por exclusão em face do de obra: será serviço aquilo que não se configure como obra. A definição

do inc. I sobre obra é suficiente para tanto. Por outro lado, a referência à obrigação de fazer permite distinguir a compra, que é uma obrigação de dar.

Art. 26, inc. II, al.
"d" -suprimir o dispositivo

Justificativa:

O Anteprojeto incorre em três defeitos técnicos. O primeiro é supor que "intermediação" se refere apenas à prestação de serviços de terceiros ou "atividades". Ora, todo comerciante é um intermediário. Realiza intermediação aquele que compra um produto para revendê-lo. O segundo é reservar o "serviço de intermediação" para "empresa". Apesar de todas as disputas jurídicas acerca do que seja uma "empresa", é inquestionável que pessoas que não se constituem "empresa" podem, perfeitamente, realizar serviços de intermediação. Assim, um representante comercial (pessoa física), sem qualquer estrutura empresarial, pode prestar serviço de intermediação. Por fim, não há cabimento em restringir os serviços de intermediação apenas para atividades prestadas por "pessoa jurídica". Ora, inúmeras pessoas físicas podem ser representadas por meio de intermediários. Logo, a melhor solução é suprimir de uma vez o dispositivo.

Art. 26, inc. IV - nova redação

"- contrato - todo e qualquer ajuste entre entidades da Administração Pública e particulares em que haja acordo de vontades para formação do vínculo e estipulação de obrigações."

Justificativa:

O Anteprojeto reiterou equívoco tradicional na legislação pátria. Trata-se de supor que todo contrato produz obrigações "recíprocas". Isso não é verdade. Assim, se a Administração promover uma doação, haverá contrato, mas não existirão obrigações recíprocas. Daí a sugestão de supressão do vocábulo "recíprocas", que consta do final do dispositivo.

Art. 48 - supressão da expressão "públicas" utilizada a propósito de "fundações"

Justificativa:

A legislação e a doutrina conseguiram superar o problema das "fundações públicas", que foi objeto de longas discussões no passado. Chega-se a reconhecer a possibilidade de

fundações privadas, mantidas com recursos públicos. Até a Constituição Federal proscreveu a expressão "fundação pública". No corpo do Anteprojeto, não há outras alusões a isso. No entanto, o art. 48 adotou a fórmula – supõe-se que por descuido.

Art. 48 - nova redação
para o parágrafo único

"Parágrafo único. A lei poderá autorizar as empresas públicas, sociedades de economia mista e demais entidades controladas direta ou indiretamente pelo Poder Público a adotar normas próprias acerca de licitação e contratação, mediante regulamento, observadas obrigatoriamente as seguintes cautelas:

"I - o projeto de regulamento deverá ser objeto de publicação na imprensa comum, para conhecimento e sugestões de qualquer pessoa;

"II - após a publicação e a análise das sugestões, deverá ser promovida audiência pública para debates e informações, da qual poderá participar qualquer pessoa;

"III - o regulamento, após aprovado, deverá ser publicado na imprensa oficial e encontrar-se à disposição de qualquer pessoa;

"IV - qualquer pessoa poderá requerer à entidade que editou o regulamento, à autoridade superior da Administração direta ou ao Tribunal de Contas a revisão das regras nele contidas, apontando defeitos ou inconveniências."

Art. 53 - nova redação - corrigir
a referência ao art. 64

Justificativa:

Na redação do Anteprojeto, há referência ao art. 63, o que não apresenta maior sentido. Supõe-se que a intenção era aludir ao art. 64, que trata de parcelamento do objeto licitado.

Art. 57, § 1º - nova redação

"O sistema de registro de preços será regulamentado por decreto, no prazo de noventa dias, atendidas as peculiaridades locais, observadas as seguintes condições:"

Justificativa:

Sugere-se a fixação de prazo para edição do regulamento para o sistema de registro de preços. É que esse instrumento é extremamente útil e chega a ser indispensável para alguns setores da Administração Pública. No entanto,

a União nunca o regulamentou, nem mesmo à época do Decreto-Lei nº 2.300. Isso conduziu o TCU ao entendimento da não auto-aplicabilidade do dispositivo. O estabelecimento do prazo destina-se a evitar que essa situação permaneça com idêntico perfil.

Art. 64, parágrafo único - nova redação como § 1º e acréscimo de § 2º

“§ 1º O parcelamento de que trata este artigo ensejará a dispensa de licitação por valor apenas quando o somatório das parcelas não ultrapassar o limite estabelecido no inciso I do art. 68.

“§ 2º Não se caracterizará como parcelamento a pluralidade de contratações de objeto similar, desde que não previsível de antemão e derivada de circunstâncias ocorridas sucessivamente no tempo.”

Justificativa:

Em primeiro lugar, a redação contida no Anteprojeto é obscura e dificulta o entendimento, em virtude de adotar negações cumulativas. Como existem três negações, é possível eliminar duas e manter uma só. Sugere-se a introdução de um parágrafo segundo para solucionar problemas práticos muito relevantes da atividade administrativa, relacionados com a necessidade superveniente de realizar contratação similar a outra.

Art. 67 - nova redação

“O prazo mínimo, contado da data da primeira publicação até a do recebimento das propostas, será fixado pela Administração em função das peculiaridades do contrato, mediante decisão motivada e sob as penas da lei, após consulta a órgão de classe.

“Parágrafo único. Nos casos de contratações mais simples, o prazo não será inferior a cinco dias e, no de contratações mais complexas, não será menor do que trinta dias.”

Justificativa:

A tentativa de estabelecer o tabelamento dos prazos será sempre destinada ao insucesso. Essa solução é sempre formalista e destituída de razoabilidade. É muito melhor que a Administração estabeleça o prazo, de acordo com as circunstâncias. Sugere-se, também, a prévia consulta a órgão de classe, acerca da conveniência do prazo mínimo. Por fim, estabelece-se regra geral acerca de prazos mínimos, para evitar despropósitos.

Art. 68, inc. III - nova redação

“- nos casos de emergência ou calamidade pública, quando caracterizada urgência de atendimento de situação que possa ocasionar prejuízo ou comprometer a segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou particulares, e somente para os bens e serviços necessários ao atendimento da situação emergencial ou calamitosa;”

Justificativa:

O Anteprojeto adotou redação menos clara e precisa, acerca do conteúdo das situações que autorizariam a contratação direta, em situações emergenciais. Daí o interesse de estabelecer, na esteira da atual legislação, disciplina mais minuciosa.

Art. 68, inc. IV - suprimir sua existência

Justificativa:

A previsão do inc. IV é bastante problemática. Em princípio, a situação já estaria contida no inc. III. É que a doutrina costuma identificar os conceitos de caso fortuito e de força maior. É quase impossível estabelecer distinções. No entanto, o caso fortuito poderia produzir a contratação direta quando se configurasse uma situação *emergencial*. Logo, não há necessidade alguma da regra do inc. IV, cuja existência produzirá, tão-somente, dúvidas e discussões.

Art. 68, inc. V - nova redação

“- quando houver possibilidade de comprometimento da segurança nacional, a juízo do Presidente da República, após ouvido o Conselho de Defesa Nacional;”

Justificativa:

Uma das conquistas do processo de redemocratização nacional foi a redução da discricionariedade atribuída ao Executivo sob fundamento de “interesse da segurança nacional”. Até é possível que tenha havido algum exagero na antipatia despertada pela expressão “segurança nacional”. Isso tudo não justifica, porém, o renascimento de poderes autoritários, exercitados unilateralmente pelo Presidente da República. A segurança nacional tem de ser tutelada, mas dentro de um sistema democrático. Daí a sugestão de que as contratações que ponham em risco essa segurança nacional sejam decididas pelo Presidente, mas após ouvido o órgão previsto constitucionalmente para funcionar como garantia de preservação das instituições democráticas.

Art. 68, inc. IX - nova redação

“IX - para aquisição de bens produzidos ou serviços prestados pela Administração, desde que o preço contratado seja o menor do mercado, assegurada a licitação em caso de empate;”

Justificativa:

A indisponibilidade do interesse público impede que a Administração realize contratos que não sejam os mais vantajosos. Não há fundamento constitucional para desembolso superior ao necessário para uma certa contratação. Nem mesmo seria possível justificar essa decisão por conta de o desembolso ser realizado em benefício de outra entidade administrativa. Por outro lado, o art. 173 da CF/88 *obriga* o Estado a competir em absoluta igualdade de condições com os particulares, quando intervir no domínio econômico na modalidade de exercício direto de atividade econômica em sentido estrito.

O Anteprojeto pretende não apenas manter regra da Lei nº 8.666 que já era inconstitucional. Quer ampliar ilimitadamente a permissão de contratação direta. Vai-se além, inclusive, da previsão do Decreto-Lei nº 2.300. Isso é inconstitucional, ofende o interesse público e retrata, exclusivamente, o interesse corporativo de evitar competição com agentes econômicos mais eficientes.

Daí a solução proposta, em que a possibilidade de contratação direta com outro ente integrante da Administração seja admitida, mas observado o princípio do menor preço. Frise-se, porém, que o ideal seria a supressão de regra dessa ordem. Quando muito, seria o caso de manter a regra constante do inc. XVI do art. 25 da atual Lei nº 8.666.

Art. 68, inc. XV - modificar redação

“- quando, observado o parágrafo único do art. 94, persistir a situação de as propostas apresentadas consignarem preços manifestamente inexequíveis ou superiores ao limite fixado no edital ou praticado no mercado, desde que a contratação se faça nas condições originais previstas no edital e pelo menor preço de mercado.”

Justificativa:

A Administração deverá desclassificar todas as propostas quando o preço for superior ao de mercado (respeitada a previsão do art. 94, parágrafo único), haja ou não previsão de limite

máximo no edital. Segundo o Anteprojeto, porém, a contratação direta apenas poderia ocorrer se o edital contivesse regra acerca de limite máximo de propostas. Ou seja, no silêncio do edital, a Administração teria de promover nova licitação. Sugere-se redação que permita à Administração, constatando preços mais vantajosos no mercado, promover não apenas a desclassificação, mas a contratação efetiva com dispensa de licitação.

Art. 68, inc. XVI - modificar redação

“- na contratação de remanescente de obra, serviço ou fornecimento, em consequência de rescisão contratual, desde que atendida a ordem de classificação na licitação que originou o contrato e mantidas as condições ofertadas pelo adjudicatário original;”

Justificativa:

O Anteprojeto enfoca questão extremamente relevante, atinente às consequências do inadimplemento do licitante selecionado como vencedor. Porém, estabelece solução indefensável. Trata-se de assegurar a contratação de outro licitante, segundo a ordem de classificação, mas em condições totalmente indefinidas. Tal como está redigido o Anteprojeto, supõe-se que seria possível contratar o segundo classificado em condições distintas da proposta que apresentou, desde que os preços fossem de mercado. Produz-se, inclusive, uma contradição com a regra do art. 109, § 2º, que determina que a recusa do adjudicatário em assinar o contrato autoriza contratação do segundo classificado, mas para executar a proposta vencedora. Ora, se a recusa do adjudicatário em assinar o contrato caracteriza inadimplemento, qual regra deveria ser aplicada: a do art. 109, § 2º, ou a do art. 68, inc. XVI? Depois, a solução proposta no inc. XVI, com a redação do Anteprojeto, é extremamente perigosa. Pode dar margem a inúmeras manobras, destinadas a manter a aparência de moralidade, mas realmente visando a objetivos muito distintos. Portanto, a única alternativa adequada é remeter o segundo classificado a executar a proposta selecionada como vencedora.

Art. 68, inc. XIX - suprimir sua existência

Justificativa:

A hipótese do inc. XIX já está prevista no inc. V. Não se pode estabelecer distinção entre

segurança nacional e segurança patrimonial. Aliás, isso demonstra tendência à ampliação de conceitos relacionados com a “segurança” do Estado, sempre acarretando a redução da qualidade democrática do exercício do poder.

Art. 70, inc. II - nova redação

“- ato constitutivo, estatuto ou contrato social em vigor, devidamente registrado, e, quando for o caso, documento probatório da eleição de seus administradores;”

Justificativa:

A redação do Anteprojeto é, em termos técnicos, muito inferior à atual. Apenas para evidenciar, utiliza o vocábulo “alterações” relativamente aos “atos constitutivos”. Mas não há referência a alterações relativamente a estatuto ou contrato social. Ora, tecnicamente, poderia interpretar-se que “ato constitutivo” relaciona-se a sociedades civis; estatuto tem pertinência com sociedade anônima; contrato social é o documento apropriado para outras sociedades comerciais (e civis com forma comercial). Mas, é óbvio que as alterações do estatuto ou contrato social deverão ser apresentadas também.

Por outro lado, o Anteprojeto introduz exigência incompatível com a estrutura do direito societário brasileiro. Trata-se da previsão de que o objeto social seja compatível com o objeto da licitação. Essa regra demonstra desconhecimento das teorias adotadas pelo Direito Civil e Comercial acerca de objeto social e de personalidade jurídica. Em termos simples, deve-se esclarecer que não se adota entre nós nem a teoria do *ultra vires* nem a da especialidade. Essas duas teorias pretendem limitar a atuação válida das pessoas jurídicas aos limites de seu objeto social. No Brasil, a personalidade jurídica atribuída às pessoas jurídicas é ilimitada, o que significa que elas podem atuar mesmo fora ou além de seu objeto social, sem qualquer vício. A definição do objeto social tem uma única e específica importância: determinar a responsabilidade pessoal dos administradores, em face dos sócios, por atos que extravasem os limites dos poderes recebidos.

Poderia contrapor-se que, atuando fora de seu objeto social, a pessoa jurídica não teria qualificação ou experiência suficiente. Mas essa é outra questão, a ser apurada no item atinente à qualificação técnica. Se uma empresa atua há muito tempo fora de seu objeto, possuindo

grande experiência e atestados suficientes para participar da licitação, seria um contra-senso impedir seu acesso sob o simples e *formalista* argumento de que o objeto social não é compatível com o objeto licitado.

Art. 70 - introdução de parágrafo único

“As licitantes estrangeiras que não funcionem no País deverão indicar representante legal no Brasil, com poderes expressos para receber citação e responder administrativa e judicialmente.”

Justificativa:

Trata-se apenas de reposicionamento de dispositivo. A regra é perfeitamente pertinente, mas constou, no Anteprojeto, como parágrafo 5º do art. 73, que dispõe sobre qualificação econômico-financeira. Mas sua natureza se relaciona com a capacitação jurídica.

Art. 71, inc. II - suprimir, renumerando os incisos subsequentes

Justificativa:

A licitação passou a ser uma espécie de instrumento indireto de cobrança de tributos. Até se pode imaginar que, dentro de determinada órbita federativa, haja algum sentido em verificar a regularidade fiscal. Mas não há sentido em a União subordinar a participação em licitação a que o sujeito esteja cadastrado frente a Estados, Distrito Federal ou Municípios. Não se vislumbra qual a necessidade ou benefício que seria extraível dessa exigência.

Art. 71, inc. III - nova redação

“- prova da regularidade de recolhimento dos tributos federais;”

Justificativa:

Trata-se da mesma questão apontada relativamente ao inc. II, até porque produz-se uma situação sem qualquer lógica ou possibilidade de solução. O Anteprojeto pretende a certidão da regularidade fiscal relativamente ao ente federativo frente ao qual o licitante mantém sua sede. Suponha-se, porém, que o licitante se encontre em situação de irregularidade em face de outro ente federativo. Isso é extremamente provável, em licitações de maior porte. Resta saber qual a solução a adotar. Se a regularidade fiscal frente a outros entes federativos é indis-

pensável, então qualquer dívida deverá acarretar a inabilitação. Se, porém, é possível contratar alguém que tenha dívidas frente a outros entes federativos, então não há qualquer razoabilidade em manter a exigência nos termos previstos no Anteprojeto.

Art. 72, inc. II - nova redação

“ - indicação das instalações, do aparelhamento, do pessoal técnico e da titularidade de tecnologia ou de autorização adequados para o cumprimento do contrato, tendo em vista as exigências mínimas e indispensáveis, previstas no edital;”

Justificativa:

A sugestão destina-se a esclarecer que a indicação deverá atender à previsão do edital, que estará autorizado a introduzir exigências mínimas acerca das condições subjetivas para execução do contrato.

Art. 72, § 1º, al. “b” - nova redação

“capacitação técnico-operacional da empresa: por meio de certidões ou atestados de obras ou serviços, que demonstrem compatibilidade com a especificação do objeto da licitação e com a complexidade tecnológica e operacional equivalente ou superior, sendo admitido o somatório de até cinco certidões ou atestados e vedada a limitação de tempo ou de época ou, ainda, quanto a locais específicos, ou quaisquer outras exigências não previstas nesta Lei, que inibam a participação na licitação.”

Justificativa:

Trata-se apenas de tornar mais clara a redação e evitar interpretações esdrúxulas, que têm ocorrido com grande frequência na atividade prática. O problema fundamental da redação do Anteprojeto é a expressão “limitadas essas a cinco”, a propósito de certidões e atestados. Tal como redigido o Anteprojeto, seria possível a Administração afirmar que estaria autorizada a exigência de experiência *cinco vezes* superior à complexidade do objeto licitado. Ou seja, seriam exigidas cinco certidões de obras ou serviços equivalentes ao licitado. Isso infringe claramente o espírito do dispositivo, que pretende autorizar o somatório de até cinco certidões que, no conjunto, sejam equivalentes ao objeto licitado. Daí a sugestão de nova redação, visando a tornar menos problemática a interpretação do dispositivo.

Art. 72 - introduzir um § 6º

“No caso de obras, serviços e compras de grande vulto, de alta complexidade técnica, poderá a Administração exigir dos licitantes a metodologia de execução, cuja avaliação, para efeito de sua aceitação ou não, antecederá sempre a análise dos preços e será efetuada exclusivamente por critérios objetivos.”

Justificativa:

O Anteprojeto eliminou a autorização para exigência de metodologia de execução. Essa omissão é até surpreendente, eis que a regra era já tradicional no direito positivo, sendo largamente utilizada pela Administração, com resultados muito positivos. Se a motivação da supressão foi a ampliação da utilização de licitação de melhor técnica e de técnica e preço, isso demonstra o profundo equívoco na redação da Lei. A metodologia de execução não tem qualquer relação com licitação de tipo de técnica. Trata-se, exclusivamente, de verificar se a proposta corresponde à necessidade da Administração, sem que se atribua uma maior valoração em face da questão técnica. Por isso, sugere-se a manutenção da atual sistemática, ainda que o dispositivo possa reputar-se mal colocado.

Art. 74 - nova redação

“Os documentos necessários à habilitação poderão ser apresentados em original ou em publicação na imprensa oficial, por qualquer processo de cópia autenticada em cartório competente ou por servidor da Administração, e, quando se tratar de licitante estrangeira, deverá ser autenticada em seus respectivos consulados e, se for o caso, traduzida por tradutor juramentado.”

Justificativa:

O Anteprojeto pretende dispensar a possibilidade de tradução de documentos estrangeiros, o que é totalmente incompatível com a sistemática jurídica secular do Brasil. Observe-se que a ausência de tradução produziria efeitos extremamente maléficos, inclusive para fins de controle. A única exceção seria licitante oriundo de país onde a língua oficial seja o português.

Art. 74 - introduzir um § 3º

“As licitantes estrangeiras deverão com-

provar, tanto quanto possível e na medida das regras jurídicas a que se subordinam, o atendimento às exigências de habilitação, mediante a apresentação de documentos equivalentes, os quais deverão comprovar inclusive o preenchimento dos requisitos de qualificação técnica e econômico-financeira.”

Justificativa:

O Anteprojeto deixou de prever regra acerca da situação dos licitantes estrangeiros em face dos requisitos de habilitação. Isso poderia criar impasses, especialmente diante de questões técnicas e econômico-financeiras. Daí a necessidade de introduzir disciplina específica, seguindo a orientação prevalente frente ao Direito atual.

Art. 78 - corrigir defeito de remissão

“Ao requerer inscrição no cadastro, ou atualização deste, o interessado fornecerá a documentação necessária à satisfação das exigências dos arts. 70 a 73, cujas cópias farão parte de processo administrativo próprio.”

Justificativa:

No Anteprojeto, consta referência aos arts. 73 e 76, o que parece ser óbvio equívoco.

Art. 80 - introduzir um § 1º

“O registro cadastral deverá estar permanentemente aberto aos interessados.”

Justificativa:

O Anteprojeto não previu essa regra, o que dá oportunidade a desvios conhecidos no passado. Era conhecida a prática de estabelecer períodos, mais ou menos exíguos, para o cadastramento. Aqueles que não fizessem o cadastro naquela oportunidade teriam de aguardar o ano seguinte. Desse modo, os cadastrados produziam uma espécie de cartel disfarçado. Essa questão é extremamente grave, pois o Anteprojeto suprimiu a possibilidade de não-cadastrados participarem de licitações na modalidade da coleta de preços.

Art. 80 - introduzir um § 2º

“Deverá ser regulamentado o procedimento para cadastramento, inclusive com previsão de prazos máximos para decisão da autoridade competente acerca dos pedidos dos interessados.”

Justificativa:

Em face da sistemática de coleta de preços adotada pelo Anteprojeto, é imprescindível determinar regras acerca do procedimento para o cadastramento. Se não houver prazos-limite, surgirá o risco de a Administração permanecer inerte durante longo tempo, impedindo o particular de participar de coletas de preço. Isso o obrigaria a recorrer ao Poder Judiciário, com todas as derivações daí decorrentes.

Art. 80 - introduzir um § 3º

“O prazo de validade do certificado de registro cadastral será de, no máximo, um ano, o que não dispensa o inscrito no cadastro de promover todas as atualizações pertinentes e necessárias em função de exigências legais.”

Justificativa:

Em princípio, até se poderá imaginar que o registro cadastral deverá estar permanentemente atualizado. Porém, o próprio Anteprojeto alude a prazo de validade do registro cadastral.

Art. 82, inc. XI, al. “d” - nova redação

“exigência de seguros, nos casos de antecipação parcial de pagamento em favor do contratado, a qual poderá ocorrer nas hipóteses de contratações de grande vulto, desde que o custo do seguro não seja repassado para a Administração.”

Justificativa:

O Anteprojeto repetiu dispositivo da Lei nº 8.666, cuja interpretação tem sido objeto de grande controvérsia. Deve-se lembrar que, na redação aprovada pelo Congresso Nacional, o projeto que originou a Lei nº 8.666 previa a possibilidade de pagamentos antecipados ao contratado – tal como se passa em todos os países do mundo, em contratos de grande valor. Houve, porém, veto presidencial a esses dispositivos e remanesceu a previsão em um inciso acerca de “seguros”, que não tinha muito sentido. Daí a sugestão para autorizar-se previsão do edital acerca de pagamento antecipado. Explica-se o motivo: é que os contratos de grande vulto exigem inversões muito elevadas. Se não houver antecipação de pagamento por parte do Poder Público, o particular terá de recorrer ao sistema financeiro, encarecendo o custo de sua proposta. Logo, acabará vencedor o licitante titular de grande poder

econômico. O Estado arcará com o custo, como sempre, dessas circunstâncias. Por isso, é usual, no direito comparado, a previsão de antecipação de pagamento ao contratado, para ampliar o universo de licitantes e reduzir os custos do Estado.

Art. 82, inc. XIV - nova redação

“ - as condições, prazos e limites para suprimento de defeitos nos documentos e propostas apresentados pelos licitantes, assim como outras indicações específicas ou peculiares à licitação.”

Justificativa:

A sugestão se orienta a permitir o suprimento de defeitos meramente formais ou de dimensão secundária. Aliás, essa prática já se vem difundindo na atividade administrativa. Inúmeros editais contêm critérios de correção de propostas, inclusive em questões muito relevantes. Com a adoção de regra explícita acerca da matéria, seria possível a generalização da solução.

Art. 83 e seus parágrafos - suprimir

Justificativa:

O art. 83 e seus parágrafos são uma mera repetição literal do art. 17. Assim, e considerando o disposto nesse como norma geral, não há necessidade de sua reiteração.

Art. 85, incisos - nova redação:

“I - abertura dos envelopes contendo a documentação relativa à habilitação e as propostas;

“II - verificação da conformidade e compatibilidade de cada proposta com os requisitos do edital e, conforme o caso, com os preços correntes no mercado ou fixados pela Administração ou por órgão oficial competente ou ainda com os constantes de registro de preços, quando houver, promovendo-se a correção dos defeitos supríveis e a desclassificação das propostas insanáveis ou incompatíveis;

“III - julgamento e classificação provisória das propostas;

“IV - verificação da conformidade e compatibilidade da documentação relativa à habilitação apresentada pelo licitante classificado provisoriamente como vencedor, promovendo-se a correção dos defeitos supríveis, com

a eliminação do licitante que tenha incorrido em vício insanável ou não seja titular dos requisitos exigidos, hipótese em que se passará à verificação da documentação do licitante classificado provisoriamente em segundo lugar e assim, sucessivamente, até a apuração de licitante que preencha os requisitos necessários à habilitação;

“V - julgamento e classificação definitiva das propostas;

“VI - deliberação da autoridade competente quanto à homologação e adjudicação do objeto da licitação.”

Justificativa:

Sugere-se a eliminação da distinção entre as fases de habilitação e de julgamento das propostas, unificando-se a análise em uma única oportunidade, ainda que com etapas logicamente distintas. Isso evitará a necessidade de grandes delongas com exame de documentos de licitantes cuja proposta não será aceita. Serão examinados os documentos apenas do licitante cuja proposta se exterioriza como vantajosa e conforme com o interesse público. Haverá enorme redução dos trabalhos da Comissão e evitar-se-ão as delongas com os recursos cabíveis contra o julgamento da fase de habilitação. Observe-se que essa sistemática é adotada por inúmeros organismos internacionais e já vem sendo praticada, em algumas oportunidades, entre nós.

Art. 85, § 3º - nova redação

“Incumbe à comissão ou à autoridade superior, de ofício ou mediante requerimento dos interessados, promover as diligências necessárias a esclarecer ou complementar a instrução do processo, nos termos previstos no edital, admitindo-se a inclusão posterior de documentos ou informações, desde que comprovada sua existência à época da apresentação da proposta, e possibilitando-se a correção de erros ou defeitos irrelevantes, que não afetem a essência da competição.”

Justificativa:

A sugestão se relaciona com a intenção de reduzir o formalismo do procedimento licitatório. Destina-se a evitar que defeitos irrelevantes ou esquecimento quanto ao cumprimento de certas exigências secundárias acarrete a desclassificação de propostas muito vantajosas. Também é oportuno insistir que, nas licitações de grande complexidade, é inevitável a previsão

de regras dessa ordem, o que vem ocorrendo na vida prática. O primeiro grande obstáculo para aplicação dessa regra é o princípio da moralidade. Por isso, a sugestão é tornar obrigatória a correção dos defeitos, evitando remeter à discricionariedade da Comissão a escolha acerca dessa solução. Outra questão se relaciona com a vedação a modificações substanciais nas propostas, para evitar ofensa ao princípio da competitividade.

Art. 85, § 4º - suprimir

Justificativa:

O dispositivo apenas faz sentido em vista da distinção entre fase de habilitação e de julgamento de propostas.

Art. 85, § 6º - nova redação

“A desclassificação das propostas ou inabilitação do licitante poderá ocorrer a qualquer tempo, desde que fundada em fatos supervenientes ou só conhecidos após o julgamento.”

Justificativa:

A sugestão destina-se a adequar a questão à estrutura proposta para o procedimento de licitação.

Art. 86, *caput*, e §§ 1º e 2º - suprimir, com reclassificação dos demais parágrafos

Justificativa:

Os dispositivos apontados são mera repetição do art. 18.

Art. 86, § 5º - suprimir

Justificativa:

A sugestão destina-se a adequar a questão à estrutura proposta para o procedimento de licitação.

Art. 87, §§ 1º a 4º - suprimir

Justificativa:

Os dispositivos apontados são mera repetição do art. 8º.

Art. 87, § 5º - nova redação

“É vedada a utilização de outros tipos de licitação que não os previstos nesta Lei e não se admitirá, sequer, a combinação de critérios

de julgamento em desacordo com as regras legais.”

Justificativa:

Trata-se de adequar a redação do parágrafo, em caso de supressão dos que o antecediam.

Art. 88, nova redação para os incs. I e II e acréscimo de um inc. III

“I - serão avaliadas e classificadas as propostas técnicas de acordo com os critérios pertinentes e adequados ao objeto lícito, definidos no edital, sendo desclassificadas aquelas que não atingirem a pontuação técnica mínima, ressalvados os defeitos supríveis;

“II - em seguida, proceder-se-á ao exame das propostas de preço, sendo desclassificadas as inexequíveis ou desconformes com o edital, ressalvados os defeitos supríveis, considerando-se vencedora, provisoriamente, a proposta de melhor técnica;

“III - após, passar-se-á ao exame dos documentos de habilitação do licitante cuja proposta foi classificada provisoriamente como vencedora, aplicando-se, no que couber, a disciplina contida nos incs. IV e V do art. 85.”

Justificativa:

Adequa-se o procedimento previsto no Anteprojeto à supressão das fases autônomas de habilitação e julgamento.

Art. 88, parágrafo único, nova redação para as als. “a” e “b” e introdução de uma al. “c”

“a) uma vez classificadas provisoriamente as propostas técnicas, proceder-se-á à análise das propostas de preço e à sua classificação provisória, passando-se à negociação do valor com a proponente tecnicamente melhor classificada, tendo como limite de aceitação a proposta de menor preço;

“b) no caso de impasse na negociação de que trata a alínea anterior, procedimento idêntico será adotado, sucessivamente, com as demais proponentes, pela ordem de classificação, até a consecução de acordo;

“c) após, passar-se-á ao exame dos documentos de habilitação do licitante cuja proposta foi classificada provisoriamente como vencedora, aplicando-se, no que couber, a disciplina contida nos incs. IV e V do art. 85.”

Justificativa:

Aplica-se a justificativa exposta a propósito da alteração dos incs. do mesmo art. 88. Observe-se que a complexidade do procedimento poderá inviabilizar sua utilização. Aliás, destaque-se que a Administração nunca utilizou a licitação de “melhor técnica”, prevista na Lei nº 8.666 com procedimento similar ao constante desse Anteprojeto para a licitação de “técnica e preço”. O motivo residuiu na dificuldade de autorizar essa “negociação”, que parece incompatível com o princípio da objetividade.

Art. 89 - nova redação e supressão do parágrafo único

“A autoridade administrativa deverá justificar, nas etapas anteriores à elaboração do edital, o tipo de licitação escolhido, devendo promover a correção de sua escolha, quando evidenciado o equívoco.”

Justificativa:

O Anteprojeto adotou solução extremamente formalista, pretendendo impor à Administração a escolha de um tipo determinado de licitação para determinadas hipóteses. É impossível estabelecer escolha antecipada do tipo de licitação mais adequado. Somente em face das circunstâncias concretas é que a Administração Pública poderá escolher a solução mais conveniente. Tal como redigido o dispositivo, haveria inúmeros problemas para a Administração, similarmente ao que se passa em face da Lei nº 8.666. É que o atual diploma adotou solução equivalente, estabelecendo a regra da adoção obrigatória da licitação de menor preço. A inconveniência é a mesma, ainda que a solução seja diversa.

Art. 92 e seus §§ - suprimir

Justificativa:

A redação é idêntica à do art. 19. A previsão do § 3º do art. 92 pode ser inferida por interpretação sistemática.

Art. 94 - introdução de um § 2º, transformando-se o único em § 1º:

“Defeitos irrelevantes, que não se relacionem com a essência do objeto licitado, ou contidos dentro de percentuais delimitados no edital poderão ser corrigidos, de ofício ou a requerimento das partes, desde que não sejam

tão grosseiros que evidenciem ausência de conhecimento necessário à execução do futuro contrato.”

Justificativa:

A regra sugerida se relaciona com o objetivo de reduzir o formalismo na disciplina da licitação. Aplica-se, inclusive, o princípio do repúdio ao erro grosseiro, muito utilizado no direito processual nas hipóteses de correção de defeitos formais.

Art. 98 e seu parágrafo único - suprimir

Justificativa:

Trata-se de reiteração do disposto no art. 21.

Art. 99, *caput*, incisos e parágrafo único - suprimir

Justificativa:

Trata-se de reiteração do disposto no art. 22.

Art. 100, nova redação para o § 2º e supressão do § 3º

“A garantia a que se refere o parágrafo anterior será de até quinze por cento do valor do contrato, exceto no caso do § 2º do art. 74, que será integral, sujeita sempre à atualização do valor.”

Justificativa:

O § 3º prevê duas regras, em que se amplia o valor da garantia. A ampliação é negativa, em face da redução da competitividade. Em contratos de grande vulto, a dimensão da garantia a ser prestada pode inviabilizar a participação. Observe-se, ademais, que o custo da garantia será sempre incorporado à proposta do licitante. Vale dizer, quem arcará com o custo dessa garantia será sempre o Poder Público. Portanto, muito mais razoável seria o Estado promover, diretamente, o seguro correspondente aos riscos assumidos. Qualquer outra alternativa resultará em que somente participarão licitantes de maior poder econômico, que repassarão o custo da garantia para o Estado. Daí a sugestão de que se mantenham apenas os limites previstos no § 2º do Anteprojeto, o que já representa elevação bastante sensível em relação à disciplina atual.

Por outro lado, parece ter ocorrido equívoco na remissão contida no Anteprojeto. A indicação deve ser ao § 2º do art. 74.

Art. 109, § 3º - nova redação

“Decorrido o prazo previsto no edital para validade das propostas, sem convocação para a contratação, ficam as licitantes liberadas dos compromissos assumidos.”

Justificativa:

O Anteprojeto ampliou o prazo de validade das propostas, fixando-o em 90 dias. Ainda assim, a solução é problemática, pois há hipóteses onde esse prazo é insuficiente para conclusão do procedimento licitatório. Aliás, já na vigência da Lei nº 8.666, a maioria da doutrina entendeu que essa regra era supletiva, sendo inviável estabelecer um prazo padronizado, aplicável a todas as hipóteses.

Art. 110, inc. II, al. “d” - corrigir o vocábulo “álea”, indevidamente grafado como “área”

Art. 110, § 3º - nova redação

“No caso de supressão de obras, bens ou serviços, a Administração deverá arcar com os prejuízos sofridos pelo contratado, desde que regularmente comprovados.”

Justificativa:

O Anteprojeto pretendeu reduzir ainda mais os deveres da Administração em face de redução do objeto contratado. Segundo a regra literal prevista no Anteprojeto, os custos de transporte de materiais, por exemplo, não seriam indenizáveis, o que é absurdo. Enfim, tratava-se de regra incompatível com o sistema constitucional, que redundaria em demanda judicial, em que o Estado acabaria fatalmente derrotado. Logo e considerando que a Lei não é feita para beneficiar a Administração Pública, mas para distribuir justiça, não é admissível adotar regra tal como consta do Anteprojeto.

Art. 130, inc. II, nova redação para a al. “a”, supressão da al. “b” e renumeração das subsequentes

“julgamento definitivo das propostas, inclusive no tocante a habilitação ou inabilitação de licitante;”

Justificativa:

Visa-se adequar a sistemática de recursos à

proposta de nova estrutura procedimental para licitação.

Art. 130, §§ 1º e 2º - suprimir

Justificativa:

Trata-se de mera reiteração do que já constou nos arts. 17, § 2º, e 83.

Art. 130, § 4º - nova redação

“O recurso previsto na alínea “a” do inciso II deste artigo terá efeito suspensivo, podendo a autoridade competente, motivadamente e presentes razões de interesse público, atribuir eficácia suspensiva ao recurso em outras hipóteses.”

Justificativa:

A sugestão decorre da alteração da estrutura procedimental da licitação e aproveita para melhorar a redação do dispositivo.

Art. 130, § 9º - suprimir

Justificativa:

Trata-se de mera reiteração do disposto nos arts. 17, § 4º, e 83, § 4º.

Art. 130, § 2º - nova redação

“Na pré-qualificação, serão observadas as exigências previstas para concorrência, relativamente à convocação dos interessados e à análise da documentação, tendo o procedimento por objeto avaliar especificamente a idoneidade do licitante e, se for o caso e em momento posterior, a metodologia de execução proposta.”

Justificativa:

Uma vez mais, busca-se compatibilizar a sistemática do Anteprojeto à proposta de alteração do procedimento.

Art. 138, parágrafo único - suprimir

Justificativa:

Considerando a proposta de nova redação para o art. 48, bastaria a remissão contida no *caput* do art. 138 para impor a observância de procedimentos de publicidade.