

Observações sobre o Anteprojeto de Lei Geral de Contratações da Administração Pública

Antônio Carlos Cintra do Amaral

Trabalho apresentado em Seminário realizado pelo Centro de Estudos sobre Licitações e Contratos – CELC, em São Paulo, no dia 03 de maio de 2002 (encaminhado ao Ministério do Planejamento, a título de colaboração).

Introdução

O presente trabalho contém observações sobre o **Anteprojeto de Lei Geral de Contratações da Administração Pública**, submetido pelo Ministério do Planejamento a Consulta Pública, para sugestões até o dia 13/05/2002.

Procurei abordar alguns dos principais tópicos do Anteprojeto elaborado, sem preocupar-me em esgotar o assunto, o que seria evidentemente inatingível.

Ressalto que se trata de um Anteprojeto bem elaborado, coerente em suas linhas gerais, apresentado de forma didática e em linguagem simples e precisa. As eventuais críticas contidas neste documento têm por único objetivo contribuir, de alguma maneira, para seu aperfeiçoamento, atendendo, assim, à convocação do Ministério.

Anexo a este trabalho dois Comentários sobre o Anteprojeto, de minha autoria, divulgados no site www.celc.com.br no mês de abril (**Anexos I e II**), artigo sobre “Dispensa de Licitação por Emergência”, divulgado na Revista Diálogo Jurídico, no site www.direitopublico.com.br (**Anexo III**), o Anteprojeto publicado no D.O.U. de 18/03/2002 (**Anexo IV**) e cópia de documentos divulgados pelo Ministério do Planejamento (**Anexos V, VI e VII**).

I – LICITAÇÃO

1. A terminologia adotada

No art. 1º, o Anteprojeto diz que “*Esta Lei institui normas gerais sobre licitações e procedimentos de contratação*”. Quem começa a leitura pensa que o Anteprojeto refere-se a dois institutos distintos: “*licitações*” e “*procedimentos de contratação*”. Mas daí em diante não se utiliza mais a palavra “*licitações*”.

Sobre o assunto, escrevi Comentário divulgado no mês de abril no site www.celc.com.br, que vai transcrito em anexo a este trabalho (**Anexo I**). Nele, sugiro a adoção da terminologia convencional: “*licitação*”, “*modalidades de licitação*” e “*dispensa ou inexigibilidade de licitação*”.

Note-se que em um dos documentos que apresentam o Anteprojeto consta a observação de que são dois os procedimentos **não licitatórios**: a **Consulta** e a **Justificação**. Mas na **Consulta** há competição. Logo, é um procedimento **licitatório**, restando como **não licitatório** apenas a **Justificação**.

2. Espécies de procedimento de contratação

- 2.1. A abolição do critério de valor para escolha da “*espécie de procedimento de contratação*” parece-me discutível. A Administração está trabalhando com esse critério há décadas. Admito que ele perde muito de sua importância no novo esquema que se pretende implantar. Mas entendo que ele deveria ser mantido pelo menos para a **Convocação Geral** e, especialmente, para a dispensa de licitação (**Justificação**).

A abolição da atual dispensa de licitação para contratações de pequeno valor vai contra a tendência desburocratizante do Anteprojeto.

- 2.2. O Anteprojeto distingue “*situação de emergência*” e “*situação especial de emergência*”. No primeiro caso, determina a realização de um procedimento licitatório, qual seja, a **Seleção Emergencial** (art. 15 e seguintes). No segundo, um procedimento não licitatório, a **Justificação** (art. 27, inciso II).

Quando a Administração abre um procedimento licitatório, ela sabe quando começa, mas não sabe quando termina. Esta é a realidade. A adoção da **Seleção Emergencial** é extremamente perigosa. Qualquer impugnação, por via administrativa ou judicial, ou mesmo através da mídia, pode paralisar o

procedimento e deixar a Administração em um dilema: ou contrata mediante **Justificação**, para atender à situação emergencial **que passa a ser especial**, sujeitando-se com essa decisão a críticas e novas impugnações, ou contraria o interesse público adotando o **Pregão** (se for o caso) ou a **Convocação Geral** (em qualquer caso).

A realidade é esta: se a situação é emergencial deve ser enfrentada pela Administração, responsabilizando-se o agente público que tiver atuado com desídia ou omissão, **se for o caso**.

Sobre a contratação por emergência escrevi trabalho publicado na Revista Trimestral de Direito Público nº 1, trabalho esse que, revisto e atualizado, foi divulgado recentemente na Revista Diálogo Jurídico, no site www.direitopublico.com.br (**Anexo III**). Noto que o Anteprojeto adota, no art. 17, solução racional, que defendi nesse trabalho, que é a de determinar a punição do responsável pela chamada “*emergência provocada*”, ao invés de proibir, como querem atualmente alguns órgãos de controle, a contratação por emergência nos casos em que essa emergência podia ter sido evitada.

- 2.3. Sou claramente contra a **Consulta** para contratação de “*serviços singulares*”.

Vejam os casos de um serviço técnico especializado. Por exemplo: uma consultoria. Suponhamos que ela seja “*singular*”, tal como definido no art. 20. Para participarem do procedimento, que – repito – é **licitatório**, os interessados têm que ser “*peças de notória capacidade no campo de sua especialidade*” (uma maneira nova de dizer que devem ser de “*notória especialização*”). Essas pessoas devem apresentar propostas, a serem submetidas a um “*Júri*”. Indago: qual será o conteúdo dessas propostas?

Se os interessados forem pessoas físicas, o Júri deverá ser integrado por técnicos de qualificação superior à deles. Se não, como o Júri poderá julgá-los? Assim, o interessado, ao comparecer ao certame, reconhecerá implicitamente a superioridade técnica dos integrantes do Júri, o que certamente afastará os mais capacitados. Por outro lado, ninguém poderá ser, ao mesmo tempo, proponente e membro do Júri (é lógico). Como este será integrado por técnicos altamente qualificados, a Administração estará afastando técnicos cujos serviços seriam de grande valia, quer porque não se interessariam em participar da **Consulta**, quer porque estariam integrando o Júri.

Mais ainda: os integrantes do Júri deverão ser remunerados. Para isso, deverão ser contratados. Como inequivocamente o serviço por eles prestado é “*singular*”, deverão ser selecionados mediante **Consulta**. Essa **Consulta** pressupõe a existência de um outro Júri, formado por profissionais mais qualificados do que eles, profissionais esses que deverão habilitar-se, por sua

vez, a uma outra **Consulta**, devendo ser julgados por um outro Júri. E assim por diante ...

Acredito que um grande desafio é o de resolver, em certos casos, a questão da contratação por notória especialização. Sinceramente, não sei qual é a solução. Mas certamente não é a **Consulta**, pelo menos tal como consta do Anteprojeto.

- 2.4. O art. 27, inciso VII, diz que a **Justificação** pode ser adotada para contratar, para palestras, pessoa que desfrute de notoriedade, “*perante opinião pública ou a crítica especializada*”. Presumo que a notoriedade perante a crítica especializada refira-se a “*espetáculos artísticos*”, e não a “*palestras*”. E sinceramente ainda estou para descobrir o que seja “*opinião pública*”. Talvez seja o caso de explicar melhor.

3. Fases do Procedimento

- 3.1. O art. 48 determina que o instrumento convocatório deverá conter minuta do instrumento da contratação. Essa exigência cabe também na **Seleção Emergencial**, quando provavelmente não haverá tempo para sua elaboração?
- 3.2. A inversão das fases de Habilitação e Classificação é vantajosa. Mas apresenta desvantagens, na hipótese de o melhor classificado terminar não demonstrando que preenche os requisitos de habilitação exigidos.

Poder-se-á argumentar que nessa hipótese ele será severamente punido. Mas é claro que ele não poderá ser punido se a questão for de interpretação e não houver, portanto, dolo de sua parte.

Em todo caso, parece-me razoável fazer a inversão. Talvez com uma certa cautela, adotando-se uma posição intermediária, tal como defendi em meu Comentário citado (Anexo I).

- 3.3. Que os participantes possam apresentar novas e sucessivas propostas de preço no Pregão, tudo bem. Mas também em Convocação Geral (art. 51, § 1º)? Será que isso não terminará por desvirtuar a licitação?
- 3.4. Em face da lerdeza com que a Administração decide normalmente, aliada ao fato de que o procedimento pode sofrer impugnações, quer junto ao Judiciário,

quer junto aos órgãos de controle, o prazo de 60 dias para validade de propostas, estabelecido no art. 51, § 3º, é demasiadamente curto.

- 3.5. No § 2º do art. 54, há uma impropriedade que certamente escapou aos elaboradores do Anteprojeto. Uma participante nunca pode ser “desclassificada”. Ela pode ser “inabilitada” ou “desqualificada”. “Desclassificada” pode ser sua proposta.

4. Critérios de julgamento

- 4.1. Atualmente, o critério de técnica e preço é adotado, excepcionalmente, para *“fornecimento de bens e execução de obras ou prestação de serviços de grande vulto majoritariamente dependentes de tecnologia nitidamente sofisticada e de domínio restrito, atestado por autoridades técnicas de reconhecida qualificação ...”* (§ 3º do art. 46 da Lei 8.666). O Anteprojeto admite que ele seja adotado *“quando não for viável implementar o interesse público com julgamento pelo critério exclusivamente no preço”* (§ 1º do art. 82).

O Anteprojeto consegue, pelo menos a meu ver, ser mais indeterminado que a Lei 8.666. O critério de técnica e preço é útil, mas perigoso. Admite um elevado grau de manipulação. Por outro lado, ele é mais defensável na contratação de obras e serviços de engenharia do que na dos demais serviços. Assim, se é exceção na Lei 8.666 deveria ser abolido ou pelo menos restringido a casos excepcionalíssimos na nova lei, mediante adoção de fórmula legal mais precisa do que a desse § 1º do art. 82.

- 4.2. A licitação para concessão e permissão de serviços públicos deveria ser objeto de uma lei específica, ou pelo menos de um capítulo destacado na nova lei. Concessão e permissão de serviço público nada têm a ver com compras de bens ou prestação de serviços.
- 4.3. O critério de julgamento na **Consulta** é extremamente vago. A fórmula *“escolha da melhor proposta com ponderação entre custo e benefício de cada uma delas, podendo considerar a qualificação do proponente”* (art. 91) não poderia ser mais fluida. Melhor seria manter o **Concurso** para projetos de arquitetura e a inexigibilidade de licitação para outros casos.

5. Habilitação

- 5.1. Defendo a tese de que a licitação não deve ser instrumento para combate à sonegação fiscal. (Ver Comentário que divulguei em 15/04 – **Anexo II**). Assim, dever-se-ia aproveitar a oportunidade para abolir a exigência das certidões negativas de tributos, mantendo-se apenas, por força de dispositivo constitucional, as certidões negativas referentes ao INSS e ao FGTS.

II – CONTRATO

6. Os arts. 155 e 159 mencionam alteração do “*modo de execução*”. O correto seria “*regime de execução*”, tal como amplamente adotado na doutrina e prática contratual, abrangendo os regimes de **preço global, preços unitários e administração contratada**. Curioso é que no art. 168, inciso I, fala-se não em “*modo*”, mas em “*forma de execução*”, expressão também inadequada.
7. No art. 156, inciso IV, diz-se que o fato da Administração ensejador do reequilíbrio econômico-financeiro do contrato é aquele que **retarda** ou **impede** sua execução. Há duas impropriedades nesse dispositivo. Primeira: se **impede** a execução do contrato, o caso é de **rescisão** e não de **revisão**. Segunda: o fato da Administração pode também **onerar** a execução do contrato, ensejando o dever de restabelecer o equilíbrio inicial, que, aliás, é o que ocorre mais freqüentemente.
8. Pelo que entendi, de acordo com o parágrafo único do art. 164 a Administração não pode invalidar o contrato, dependendo a invalidação de decisão judicial. Isso conflita com a Súmula 473 do STF e contraria entendimento, pacífico na doutrina, de que ela **deve** anular seus atos ilegalmente praticados. É verdade que o art. 167 admite a invalidação de ofício desde que esteja previsto expressamente no contrato. Mas o dever de anular atos ilegais decorre do exercício da função administrativa, que deve respeitar o **princípio da legalidade**. Assim, decorre da Constituição. Não da lei, e **muito menos do contrato**.

OBSERVAÇÕES FINAIS

- O parágrafo único do art. 187 contém, pelo menos a meu ver, duas impropriedades. Primeira: admite regulamentação de uma lei **nacional** pelos Chefes do Poder Executivo. Segunda: admite que **decreto** se aplique a sociedades de economia mista.

O Presidente da República tem o poder de baixar decreto regulamentando leis **federais**. Os Governadores de Estado podem regulamentar leis **estaduais**, o Governador do Distrito Federal pode regulamentar leis **distritais** e os Prefeitos, leis **municipais**. Não pode, nenhum deles, baixar decretos regulamentando leis **nacionais**. E a nova lei será uma lei **nacional**, como **nacional** é a Lei 8.666.

Quanto às sociedades de economia mista elas são sociedades por ações, dotadas de personalidade própria, de direito privado. Se o Chefe do Poder Executivo (Presidente, Governador ou Prefeito) quiser que elas adotem regulamentos, sobre qualquer assunto, deverá fazê-lo mediante os órgãos societários próprios, agindo na qualidade de representante do acionista controlador.

- A maior utilização da **Internet** para comunicação entre Governo e cidadãos é inevitável. Deverá, porém, ser adotada com cautela. O Brasil não se resume aos grandes centros urbanos. Na maior parte do País, a **Internet** ainda é desconhecida, ou muito pouco utilizada. Não me parece razoável criar obstáculos à utilização dos meios eletrônicos de divulgação, publicidade e contratação. Mas um entusiasmo exagerado pode conduzir, pelo menos em um primeiro momento, a resultados inconvenientes, já que se trata de Anteprojeto de lei **nacional**.
- Essa observação me leva a outra. A Administração Pública passará a aplicar duas leis de licitações: a 8.666 e a nova. Quanto mais elas se distanciarem em estrutura e terminologia, maior será a dificuldade na sua aplicação. Essa dificuldade se acentuará nos milhares de Municípios espalhados pelo Brasil, cujos Prefeitos e funcionários sequer sabem, com precisão, o que é licitação. Imaginemo-nos nesses Municípios explicando a esses agentes públicos que **Convocação Geral, Cotação Permanente, Seleção Emergencial, Pregão, Leilão de Bens e Consulta** não são modalidades de licitação como o são a **Concorrência**, a **Tomada de Preços** e o **Convite**, previstas na Lei 8.666, mas são procedimentos de contratação **licitatórios**, e que a **Justificação** não equivale a **Dispensa ou Inexigibilidade de Licitação**, mas é procedimento de contratação **não licitatório**. Aliás, essa dificuldade iremos encontrar mesmo nos mais adiantados centros urbanos.
- Mais ainda: o Anteprojeto não enfrenta a questão do conceito de “*serviços de engenharia*”, o que a Lei 8.666 também não faz. Só que atualmente o problema se põe, em certos casos, para definição da modalidade de licitação e para dispensa de licitação. A partir da nova lei, o problema será o de definir qual será a lei aplicável.
- Aliás, o Anteprojeto não revoga o art. 13 da Lei 8.666. Nem poderia fazê-lo em sua totalidade. Mas deveria revogar seus incisos V, VI e VII, que se referem a

serviços que não são de engenharia. Restaria pendente a parte final do inciso III (“auditorias financeiras ou tributárias”).

- Por último, por melhor que seja a nova lei – e por pior que seja a Lei 8.666 – teremos no futuro uma situação bastante confusa. Teremos: **(a)** uma lei geral que disciplinará as licitações (ou procedimentos de contratação) e os contratos administrativos da Administração Pública, inclusive licitações referentes a concessões e permissões de serviço público (a nova lei); **(b)** uma lei que disciplinará as licitações e contratos referentes a obras e serviços de engenharia (a Lei 8.666); e **(c)** uma lei que disciplinará os contratos de concessão e permissão de serviço público, mas não as licitações para essas contratações (a Lei 8.987 e alguns poucos dispositivos da Lei 9.074).

(Comentário CELC nº 60, de 15/05/2002, divulgado no site www.celc.com.br)

Esta página é renovada quinzenalmente, nos dias 1 e 15 de cada mês.

☞ *É permitida a transcrição de trechos deste Comentário, desde que indicada a fonte.*