



INSTITUTO DOS ADVOGADOS BRASILEIROS
COMISSÃO DE DIREITO ADMINISTRATIVO

PARECER

Indicação nº 006/2019, de autoria do Sérgio Luiz Pinheiro Sant'Anna, destinada à emissão de parecer sobre os Projetos de Lei nº 1.292/1995 e nº 6.184/2017, que alteram a Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, que regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências.

Ementa: Consulta acerca da existência de inconstitucionalidades nos dispositivos Projetos de Lei nº 1.292/1995 e nº 6.814/2017 (PL de licitações). Alteração da Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Da criação da modalidade licitatória "diálogo competitivo". Da inexigibilidade de licitação para contratação de serviços técnicos especializados, art. 67, III, do PL – **inconstitucionalidade por afronta direta aos princípios da administração pública**. Da conduta do superfaturamento em obras públicas: a necessidade de criação de tipo penal autônomo. Da obrigatoriedade de adoção de garantias nas contratações de obras, serviços e compras e exigência de *performance bond* para contratos que envolvam obras e serviços de engenharia de grande vulto. Da responsabilidade solidária dos fornecedores e prestadores de serviços pelos danos causados nas contratações diretas. Da extinção da figura do pregoeiro e sua substituição por agente de licitação. Da instituição do regime de execução



de contratação diferenciada. Da extinção da modalidade tomada de preços. Da possibilidade de os tribunais de contas determinarem a suspensão cautelar de processo licitatório uma vez e pelo prazo de trinta dias, sem prorrogação. Da inversão das fases de habilitação e julgamento nos procedimentos licitatórios.

PARECER

I – OS PROJETOS DE LEI Nº 1.292/1995 E Nº 6.814/2017

A lei federal nº. 8.666 de 1993, instituidora das normas para a promoção das licitações e dos contratos da Administração Pública, foi promulgada com o objetivo de nortear a atividade administrativa em consideração aos princípios constitucionais previstos pelo caput do artigo 37 da Constituição Federal de 1988, quais sejam legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. Estes princípios devem ser inafastáveis em qualquer conduta da Administração Pública, em especial àquelas que mobilizam o erário.

Concomitantemente, esta lei promoveu a regulamentação reportada na cominação dos incisos XXVII do art. 22 e XXI do art. 37 da Constituição Federal, *in verbis*:

Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:

XXVII – normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecido o disposto no art. 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, § 1º, III.



Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

Apesar das inovações apresentadas por esta legislação à época, revela-se cada vez mais patente a necessidade de uma readequação das regras de licitação à realidade do século XXI marcada pela celeridade de comunicação e novas tecnologias que, indubitavelmente, repercutem nas searas econômica e política. O regramento meticoloso da referida lei retarda a contratação pública e resulta na atração do preditivo burocrático. Neste diapasão, são inquestionáveis os sinais de obsolescência da lei nº. 8.666/1993, bem como da Lei de Pregão (lei nº. 10.520/2002) e dos dispositivos da lei nº 12.462/2011 relativa ao Regime Diferenciado de Contratações.

Diante do panorama retratado, encontra-se em fase de gestação o Projeto de Lei nº. 559/2013 oriundo do Senado Federal e de autoria da Comissão Temporária de Modernização da Lei de Licitações e Contratos que visa instituir normas para licitações e contratos da Administração Pública, bem como revogar as legislações supracitadas. Na Câmara dos Deputados este projeto passou a ser designado como PL nº. 6.814/2017 3, o qual foi apensado ao PL nº 1.292/1995 cujo objetivo é a alteração da lei nº. 8.666/1993. Desde 14 de maio de 2018 o PL nº. 6.814/2017 encontra-se na mesa diretora da Câmara dos Deputados.



Há pertinência jurídica na análise do tema pela Comissão de Direito Administrativo, ante os impactos da referida lei sobre o sistema de licitações públicas brasileiras.

Dessa forma, passamos a nos posicionar acerca do referido Projeto de Lei, o fazendo de forma fracionada – em itens – diante do extenso corpo de matérias em análise.

II – DA CRIAÇÃO DA MODALIDADE LICITATÓRIA “DIÁLOGO COMPETITIVO”

Recentemente foi oferecido substitutivo ao PL 1292 de 1995 cujo art. 6º, em seu inciso XLII prevê o diálogo competitivo como modalidade licitatória.

O PL 6814 de 2017 em seu art. 5º estatui: para os fins desta Lei, consideram-se:

XLI – diálogo competitivo: modalidade de licitação em que a Administração Pública realiza diálogos com licitantes previamente selecionados com o intuito de desenvolver uma ou mais alternativas capazes de atender às suas necessidades, devendo os licitantes apresentar proposta final após o encerramento do diálogo;

Não há maiores dissensões entre as versões. No que respeita as suas determinações, não vemos qualquer inconstitucionalidade ou inconveniência legislativa de monta, visto que a consensualidade na Administração Pública tem se mostrado a melhor saída não somente para eficiência como também para o combate a práticas lesivas.

Diante de tudo o quanto restou acima exposto, entendemos, SMJ, que todo o projeto é constitucional e, não só plausível como também recomendável, por estar de acordo com os preceitos constitucionais.



III –DA INEXIBILIDADE DE LICITAÇÃO PARA CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS TÉCNICOS ESPECIALIZADOS

Atualmente a inexigibilidade de licitação, em especial aquela referente à contratação de serviços técnicos, encontra-se regulada pelos artigos 13 e 25 da Lei nº. 8.666/1993. A nova formatação deste dispositivo no projeto de lei, por sua vez, situa-se no artigo 67.

Percebe-se que o projeto de lei em seu artigo 67, III, pretende a supressão do termo “de natureza singular” apresentado pelo art. 25, II, lei nº. 8.666/1993. Sobre o tema já se manifestaram o Superior Tribunal de Justiça, o Ministério Público Federal, como se verá adiante.

Com os entendimentos do Ministério Público Federal, do Superior Tribunal de Justiça e da melhor doutrina, conclui-se que, em que pese a necessidade de uma nova legislação que trate das contratações públicas e as notáveis mudanças propostas pelo Projeto de Lei nº. 6.814/2017, a alteração apresentada pelo art. 67, III, do referido projeto de lei não merece prosperar.

A supressão do requisito da singularidade do serviço para que haja a contratação direta por inexigibilidade de licitação configura afronta direta aos princípios da Administração Pública, em especial à igualdade, à isonomia e à competitividade. Como consequência última do excesso de discricionariedade concedida ao administrador, caso a referida alteração se concretize, o interesse público, fim último de toda e qualquer atividade estatal, não estará sendo observado.

Neste diapasão, opinamos pela manutenção do requisito “natureza singular” para a contratação de serviços técnicos especializados por dispensa de licitação, e propomos a

seguinte redação final para o artigo 67, III, PL nº 6.814/2017:



Art. 67. É inexigível a licitação quando for inviável a competição, em especial nos casos de:

III – contratação dos seguintes serviços técnicos de natureza singular, com profissionais ou empresas de notória especialização, vedada a inexigibilidade para serviços de publicidade e divulgação:

- a) estudos técnicos, planejamentos e projetos básicos ou executivos;
- b) pareceres, perícias e avaliações em geral;
- c) assessorias ou consultorias técnicas e auditorias financeiras ou tributárias;
- d) fiscalização, supervisão ou gerenciamento de obras ou serviços;
- e) patrocínio ou defesa de causas judiciais ou administrativas;
- f) treinamento e aperfeiçoamento de pessoal.

IV – DA CONDUTA DO SUPERFATURAMENTO EM OBRAS PÚBLICAS: A NECESSIDADE DE CRIAÇÃO DE TIPO PENAL AUTÔNOMO

A seguir, parte-se para breve análise do art. 129 do PL 6814/13, trazendo uma abordagem comparativa com os arts. 89 a 98 da atual Lei de Licitações (Lei 8666/93). Em observação do contexto social e político vivido pelo Brasil, enxerga-se que a conduta do superfaturamento de obras públicas revela-se como um dos principais mecanismos de corrupção. Tal conduta, muitas vezes, resta impune, sobretudo, diante da ausência de tipo penal específico para a mesma.

O art. 129 traz uma tentativa de enquadramento da conduta no tipo penal de Fraude à Licitação. Analisa-se, então, a constitucionalidade de tal artigo e apresenta-se críticas e sugestões para o mesmo.

O espírito do art. 129 do projeto em análise é de avanço: observa-se um novo passo na direção da tipificação do crime de superfaturamento de obras públicas. Fala-se, aqui, em apenas “um passo” porque, ainda que haja quase que uma descrição da conduta do superfaturamento e do sobrepreço no art. em questão, não chegou-se ao ideal



de criação de tipo autônomo para a referida da conduta – ela ainda aparece vinculada ao crime de Fraude à Licitação.

A despeito de, com tal proposta do PL supracitado, tornar-se ao menos mais fácil o enquadramento da conduta fática em questão em um tipo penal – o de Fraude à Licitação -, necessário é destacar a importância da criação do tipo penal específico para a mesma.

Assim, por mais que mais um passo esteja sendo dado no sentido do combate à corrupção, o que se propõe é a criação do referido tipo autônomo para se chegar mais perto do destino.

No que tange ao artigo em questão, a sua constitucionalidade revela-se clara, tanto em aspectos dos princípios constitucionais administrativos, quanto penais, bem como, nenhum indício de inconstitucionalidade se faz presente.

No que se refere aos princípios constitucionais administrativos, é evidente que a proposta de inclusão no Código Penal dos crimes hoje previstos na Lei 8666/93, com respectivos acréscimos de nomenclatura aos tipos penais, aumento da pena prevista em alguns deles, criação do crime de Omissão Grave de Dado ou de Informação por Projetista e as mencionadas alterações nos incisos I e V do crime de Fraude à Licitação, atende aos princípios do art. 37, CF/88, quais sejam: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

Quanto ao aspecto penal, as alterações propostas no PL, além de atenderem aos princípios constitucionais da taxatividade e da legalidade (art. 5º, XXXIX, CF/88), são, quiçá, necessárias à busca do objetivo de extinção da prática nociva da corrupção, muitas vezes revelada no superfaturamento de obras públicas.

Sabe-se que a dificuldade encontrada no atual cenário brasileiro para a responsabilização penal da conduta supracitada, deve-se, principalmente, à inexistência de tipo penal específico.



O PL, no que se refere ao art. 129, ainda não atende totalmente às demandas do atual contexto crítico político e social vivido no Brasil, pois não traz tipo penal autônomo para o superfaturamento em obras públicas e respectiva sanção proporcional à gravidade dessa conduta.

Conclui-se que, apesar de a proposta do PL em análise ser louvável e constitucional, ainda se tem longo caminho para se ter maior eficiência no combate à corrupção. Tal combate revela-se como demanda que as ordens política e social impõe à jurídica e pode ser melhor alcançada com a criação do tipo autônomo do superfaturamento em obras públicas.

V – DA OBRIGATORIEDADE DE ADOÇÃO DE GARANTIAS NAS CONTRATAÇÕES DE OBRAS, SERVIÇOS E COMPRAS E EXIGÊNCIA DE PERFORMANCE BOND PARA CONTRATOS QUE ENVOLVAM OBRAS E SERVIÇOS DE ENGENHARIA DE GRANDE VULTO

A ampliação da participação de seguradoras nos contratos envolvendo obras e serviços de engenharia de grande vulto, por meio da exigência de apresentação de performance bond pelas empreiteiras licitantes é uma medida complexa, que produz efeitos significativos para todo o setor das contratações públicas.

Se, de um lado, tal arranjo proporciona um potencial ganho tanto na fiscalização quanto na eficácia da execução dos contratos, ele também representa um aumento geral dos custos das propostas e a possibilidade de redução de participantes (com formação de oligopólios).

É inegável, de qualquer modo, a constitucionalidade da medida, que se adequa ao ideal da Carta de 88 de buscar, por meio da ordem jurídica que institui, uma Administração Pública capaz de ter suas relações com os particulares regidas pelos deveres de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.



Com efeito, há vantagens relevantes que podem ser obtidas com a aprovação da dinâmica própria do seguro-garantia, principalmente se comprovada a sua aptidão para o combate à corrupção e ao patrimonialismo.

Entretanto, é necessário avaliar, constantemente, os prós e contras de tal mecanismo, sobretudo em seu impacto na quantidade de participantes em licitações e na supressão da concorrência. A título de exemplo, foi realizado um estudo técnico de custo-benefício acerca de diversos estados americanos que adotam a performance bond, com uma diversidade de resultados.

Em geral, denotou-se uma tendência negativa em relação à prática, que se mostrou custo-ineficiente na maioria dos estados (mesmo entre aqueles onde houve maiores taxas de descumprimento dos contratos e notificação de seguradoras).

Tal resultado não deve ser importado acriticamente ao Brasil, dadas às diferenças existentes entre as realidades e a desconsideração das externalidades, positivas e negativas, inerentes a tal modalidade de seguro. Todavia, a conclusão dos autores é de suma relevância: “a decisão de usar a performance bond envolve a avaliação de riscos. Os Estados, portanto, devem sempre avaliar os riscos envolvidos nos projetos e usar tais avaliações para decidir sobre a necessidade em se adotar tais garantias.

Logo, considerando a própria auditoria do Tribunal de Contas da União, na qual já há uma indicação preliminar de que o aumento dos custos com a norma dos seguros-garantia pode não compensar a sua contrapartida, é possível que a medida, na prática, produza saldo negativo. Por esse motivo, recomenda-se que seja aprofundado o estudo técnico acerca de seus impactos econômicos sobre o setor da contratação pública, para que seja possível avaliar, enfim, a sua conveniência para a Administração.

VI – DA RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS FORNECEDORES E PRESTADORES DE SERVIÇOS PELOS DANOS CAUSADOS NAS CONTRATAÇÕES DIRETAS



No presente item, o parecer foca em uma análise crítica da proposta de imputação de responsabilidade solidária aos fornecedores e prestadores de serviços contratados irregularmente, de forma direta, sem o devido processo de licitação.

O eixo central da análise foi verificar a constitucionalidade da proposta. No desenvolvimento dessa pesquisa, baseando-se no contexto atual de combate à corrupção e a integralidade ética nas contratações governamentais se compreendeu que o intuito da proposta se coaduna com os anseios da sociedade contidos na Carta Magna.

Destacamos, as principais conclusões extraídas do presente estudo:

a) O fornecedor e prestador de serviços que aceita ou, ativamente, age de forma dolosa para aperfeiçoar uma contratação direta irregular deverá ser responsabilizado solidariamente para ressarcir o dano causado. Embora sua conduta – execução do objeto – seja, em regra, lícita, a origem da avença é ilícita, comparando-se ao crime de receptação;

b) O dispositivo proposto é constitucional, no âmbito formal e material, ante todo o sistema legislativo vigente;

c) Só se imputará a responsabilidade solidária se o contratado agir com dolo, fraude ou se aproveitar de erro grosseiro. Os elementos subjetivos deverão estar presentes, sob pena de não ser crível a imputação da citada responsabilidade.

d) A contratação direta irregular gera prejuízos ao erário, tendo em vista a ausência da ampla competitividade, reduzindo a possibilidade de obtenção de uma melhor proposta para Administração Pública.

e) Nas hipóteses das dispensas de licitação por emergenciais provocadas pelo administrador público, o contratado não será responsabilizado se no momento e nas circunstâncias da convocação a situação emergencial for existente.

Encerrando, aguarda-se que, com o advento da proposição, os fornecedores e prestadores de serviços tenham ciência que seus atos ilícitos nas contratações diretas



acarretarão responsabilidades, ainda que tenha executado com retidão o objeto contratado. O particular ao ser convidado para ser contratado de forma direta deverá – antes de tudo – analisar se sua conduta fere sua consciência moral.

VII – DA EXTINÇÃO DA FIGURA DO PREGOEIRO E SUA SUBSTITUIÇÃO POR AGENTE DE LICITAÇÃO

A análise da PL em conjunto com os discursos políticos e legislativos concluem de fato para alterações significativas com a nova modernização da Lei de Licitações e Contratos. Certamente, haverá impactos na seara econômica do país e, principalmente, nos recursos públicos.

Essas perspectivas não deixam também de referendar um Estado Democrático de Direito, onde preza-se pelo aperfeiçoamento de um processo administrativo cada vez mais transparente, público, democrático e menos burocrático.

A extinção da figura do pregoeiro e sua substituição pelo Agente de Licitação também faz parte dessa modernização. Não pode este assunto ser encarado como irrelevante diante das conquistas e das reais transformações que sofreram as licitações, nos quesitos celeridade e eficiência, com a adoção da modalidade pregão. Da mesma forma, não desconsideramos a sua expertise nem tampouco que havia uma perspectiva de ascender para uma oportunidade de carreira pública.

A figura do Agente de Licitação foi criada com essa visão de capacitação plena para saber lidar com toda e qualquer questão do procedimento licitatório. Acreditamos que, de fato, os pregoeiros contribuirão na concretização do Agente de Licitação. Temos uma visão de que a alteração trará não tão somente uma adequação da nomenclatura, mas procura o reconhecimento do princípio da supremacia da constituição federal e da defesa dos princípios e garantias fundamentais.

Da mesma forma não há dúvidas quanto a sua constitucionalidade, não havendo para tanto qualquer incompatibilidade formal ou material, pois não há



qualquer tipo de vinculação obrigatória do legislador com as nomeações anteriores.

A inovação cria uma “super” função, com grandes responsabilidades e sem qualquer previsão de remuneração adicional para o seu exercício. Isso não afasta a possibilidade de cada autoridade não possa remunerar de forma adicional seu agente de licitação, mas diante do quadro exposto o nosso legislador perdeu essa oportunidade de dar maior prestígio a uma função com magnitude reconhecida, como já vem da figura do pregoeiro.

Enfrentou-se também uma certa discrepância no sentido de que a atual legislação não previa a obrigatoriedade do pregoeiro pertencer ao quadro de permanentes enquanto que a equipe deveria ser composta pela maioria de agentes permanentes.

A partir da agora o agente de licitação deve obrigatoriamente compor o quadro permanente, afinal, a responsabilidade é maior e assim deve ser também o respaldo legal para garantir a segurança jurídica até mesmo aquele servidor designado.

O PL de fato traz grandes impactos para a economia do país assim como para o orçamento público. Se será positivo ou negativo, resta-nos prezar pelo comprometimento dos gestores, dos agentes de licitação e das equipes de apoio para agirem nos moldes conformados pelo art. 37 da Constituição Federal.

VIII – DA INSTITUIÇÃO DO REGIME DE EXECUÇÃO DE CONTRATAÇÃO DIFERENCIADA

A contratação integrada, enquanto regime de execução indireta, se distingue dos demais previstos na Lei nº 8.666/1993 por transferir ao setor privado a responsabilidade pela elaboração tanto do projeto básico como do projeto executivo, bem como a realização de todas as fases da execução do objeto licitado. À Administração Pública compete, então, somente a elaboração do anteprojeto, do qual constará estimativas de quantitativos e valores e o conteúdo técnico mínimo a subsidiar o futuro contratado no desenvolvimento de seus projetos.



Atualmente, prevista somente na Lei de RDC e na Nova Lei das Estatais, a contratação integrada deve possuir justificativa expressa das vantagens técnicas e econômicas da sua escolha, bem como preencher os pressupostos de inovação tecnológica ou técnica, possibilidade de execução com diferentes metodologias ou possibilidade de execução com tecnologias de domínio restrito no mercado.

O objetivo do legislador ao incluir no texto do PL nº 1.292/1995 é tentar proporcionar mais efetividade, eficiência e economicidade nas contratações públicas, fazendo imperar cada vez mais os princípios constitucionais aplicados à Administração Pública, facilitando o diálogo com a iniciativa privada ao transferir para a mesma a responsabilidade também de elaboração dos projetos básico e executivo.

Todavia, o Ministério da Transparência realizou auditoria nos contratos provenientes da contratação integrada no DNIT/Sede, órgão federal que mais fez uso do regime de execução em comento, concluindo que tal modalidade não vem cumprindo com o seu objetivo primordial: a eficiência.

Ademais, vale ressaltar que vem ocorrendo grande quantidade de falhas na elaboração de anteprojetos por parte da Administração Pública, o que indica que as especificações contidas nesses documentos técnicos não parecem estar atendendo à satisfação do interesse público.

Por fim, pode-se concluir que a contratação integrada poderá acabar sendo utilizada em processos em que não seja justificável o seu uso, o que facilitará o aumento de fraudes nas licitações e de corrupção, principalmente por meio de alterações no objeto da obra, conduzindo a qualidades inferiores às desejáveis, e superfaturamento dos preços, vez que as bases iniciais são meramente estimativas.

Pelo exposto, enquanto não houver uma efetiva mudança de postura tanto da Administração Pública como do particular contratado, principalmente no que tange à certeza de impunidade, não será possível a implantação de avanços nos procedimentos



licitatórios, como é o caso da proposta da contratação integrada, que visem buscar uma maior eficiência das contratações públicas a fim de atender o interesse público.

Dessa forma, entende-se que a inclusão, hoje, do regime de execução de contratação integrada na Nova Lei de Licitações proporcionará a priori um crescimento do cenário de fraude e corrupção, que vem sendo amplamente combatido pela Lava- Jato, bem como não atingirá seu objetivo primordial, transformando o índice de processos licitatórios fracassados para um número ainda maior.

Assim, resta evidente apenas a ponta do iceberg e, infelizmente, caso seja aprovado o PL nº 1.292/1995 e seus anexos com o atual texto consolidado, poder-se-á, futuramente, descobrir da pior maneira possível o erro cometido, quando houver o crescimento considerável do número de empreendimentos fracassados ou quando for verificada a ocorrência da redução da qualidade e da eficiência de bens produzidos e, conseqüentemente, constatar-se o aumento dos custos de operação e manutenção, bem como a redução da vida útil dos empreendimentos em questão.

IX – DA EXTINÇÃO DA MODALIDADE TOMADA DE PREÇOS

O PL em análise, no que toca a modalidade de licitação tomada de preços, acerta em extinguir sua previsão legal.

E isto porque, não há mais justificativa para a manutenção desta modalidade, haja visto a celeridade da troca de informações por meio eletrônico, previsto no PL que seguiu para votação na Câmara dos Deputados, o que possibilita o uso de modalidades mais formais, e por conseguinte, mais seguras e isonômicas.

Ao mesmo tempo, a extinção da Tomada de Preços melhora a percepção internacional quanto ao efetivo combate a corrupção, tão propugnados em documentos



internacionais, como a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, ou ainda internamente, com a edição da Lei da Defesa da Concorrência (Lei 12.519/11) e Lei Anticorrupção (Lei 12.846/2013).

Diante das questões e fatos suscitados, compreendemos constitucional e adequada a extinção da modalidade de licitação Tomada de Preços do ordenamento jurídico Pátrio.

X – DA POSSIBILIDADE DE OS TRIBUNAIS DE CONTAS DETERMINAREM A SUSPENSÃO CAUTELAR DE PROCESSO LICITATÓRIO UMA VEZ E PELO PRAZO DE TRINTA DIAS, SEM PRORROGAÇÃO

O PL 6814, ao disciplinar a possibilidade de suspensão cautelar de procedimentos licitatórios por tribunais de contas, não difere daquilo que já existe na prática e que é corroborado pela jurisprudência do STF. Seu caráter inovador consiste no estabelecimento de parâmetros mais seguros para que esse controle seja realizado.

Para evitar que procedimentos licitatórios permaneçam indefinidamente suspensos por ordem de tribunais de contas – o que ocorre por vezes – o PL 6814 estabelece um prazo máximo de 30 dias para tal suspensão, sem possibilidade de prorrogação. Tal medida me parece salutar, pois compatibiliza o poder fiscalizatório dos tribunais de contas com a necessidade de agilidade da Administração Pública, que muitas vezes não pode retardar a conclusão do certame sem prejudicar a continuidade de suas atividades.

Naturalmente, caso a Administração decida ir adiante mesmo sem a conclusão do exame pelos tribunais de contas, eventuais ilegalidades poderão e deverão ser objeto de controle a posteriori. O que não se pode, muitas vezes, é aguardar pela conclusão de



um exame prévio de legalidade que, embora ofereça maior segurança jurídica, possui um custo de tempo que pode se revelar insuportável.

O PL 6814, inclusive, trata especificamente dos casos de urgência, impondo aos tribunais de contas o ônus de assegurar o atendimento ao interesse público afetado no caso. Vê-se, portanto, que o projeto de lei foi detalhista na redação proposta, que concilia os princípios envolvidos na questão de forma adequada.

Em razão do exposto, opinamos pela aprovação do PL 6814, especificamente no ponto que trata da possibilidade de suspensão cautelar de editais licitatórios por tribunais de contas, tal como previsto nos §§ 1º a 4º do seu artigo 121.

XI – DA INVERSÃO DAS FASES DE HABILITAÇÃO E JULGAMENTO NOS PROCEDIMENTOS LICITATÓRIOS

O início do art. 15 do PL nº 6.814/2017 traz disposição idêntica ao previsto no art. 12 da Lei nº 12.462/11 (RDC), em que se lê:

Art. 15. O processo de licitação observará as seguintes fases, em sequência:

I – preparatória;

II – publicação do edital de licitação;

III – apresentação de propostas e lances, quando for o caso;

IV – julgamento;

V – habilitação;

VI – recursal;

VII – homologação.



Fundamentalmente, essa previsão já deixa claro que a habilitação só deve ocorrer após o julgamento.

Ainda que a inversão de fases (habilitação – julgamento) não seja a única inovação que fundamente o êxito dessa experiência institucional, ela possui um papel relevante. Afinal, cada uma dessas fases está sujeita a recurso com efeito suspensivo.

Sob a metodologia da lei nº 8.666/93 se discute a habilitação de todos os participantes antes de se iniciar a fase de julgamento. Isto dá azo para questionamento da habilitação/inabilitação de todos envolvidos no procedimento licitatório. Nesses casos há dispêndio de uma quantidade enorme de tempo por parte da Administração para que se supere as questões envolvendo a qualificação (jurídica, técnica, econômica, fiscal e trabalhista) de cada licitante. Somente depois de ultrapassado esse ponto que se avaliam as propostas, dando margem a mais uma rodada de recursos e discussões.

As diretrizes apontadas pela lei nº 8.666/93 foram um bom primeiro passo, mas já é tempo de aprimorá-las. A ordem das fases licitatórias parece ter sofrido substancial melhoria a partir do experimentalismo institucional proporcionado pela lei nº 10.520/02 (Lei do Pregão). A simples inversão de uma fase para outra pode gerar economia financeira e temporal sem qualquer perda efetiva de diálogo democrático.

Essa simples mudança permite otimizar esforços resguardando um contraditório mais racional e eficiente para a contratação estatal. Isso permite uma contratação mais rápida, democrática (no sentido de garantir o contraditório) e, conseqüentemente, mais barata. Tendo em mente as economias de tempo e dinheiro obtidas por essa adaptação, é possível afirmar que ela concretiza a eficiência administrativa consagrada no caput do art. 37 da Constituição.

Mais que conveniente, a inversão das fases de habilitação e julgamento das licitações concretiza um Estado preocupado com o bom uso dos seus recursos, sem perder o viés democrático e imparcial da escolha pública.



Sendo assim, urge apontar pela constitucionalidade do projeto de lei nº 6.814/17 no que tange a inversão das etapas de habilitação e julgamento para o regime geral de contratação pública. Essa mudança pode gerar ganhos substanciais já comprovados pela sistemática do pregão, ajudando a estimular uma Administração Pública mais eficiente.

É o parecer.

Rio de Janeiro, 17 de dezembro de 2019.

PARECER CONJUNTO DA COMISSÃO DE DIREITO ADMINISTRATIVO