

Biblioteca Digital da Câmara dos Deputados
Centro de Documentação e Informação
Coordenação de Biblioteca
<http://bd.camara.gov.br>

"Dissemina os documentos digitais de interesse da atividade legislativa e da sociedade."



APERFEIÇOAMENTO DA LEI DAS LICITAÇÕES

Leonardo Costa Schuler
Consultor Legislativo da Área VIII
Administração Pública

ESTUDO

ABRIL / 2012



Câmara dos Deputados
Praça dos Três Poderes
Consultoria Legislativa
Anexo III - Térreo
Brasília - DF



SUMÁRIO

O presente estudo se ocupa da legislação que estabelece, em âmbito nacional, normas gerais sobre licitações, com o propósito de identificar pontos que demandam aperfeiçoamento para tornar mais efetivos o controle e o combate à corrupção.

Indica, como principais medidas a serem adotadas, a ampliação da utilização da modalidade denominada pregão; a eliminação da modalidade denominada convite; a criação de um cadastro nacional de pessoas impedidas de licitar e contratar com a administração pública; e a ampliação do alcance da declaração de inidoneidade aos proprietários e gestores da empresa, bem como a outras empresas de que esses participem.

© 2012 Câmara dos Deputados.

Todos os direitos reservados. Este trabalho poderá ser reproduzido ou transmitido na íntegra, desde que citados o autor e a Consultoria Legislativa da Câmara dos Deputados. São vedadas a venda, a reprodução parcial e a tradução, sem autorização prévia por escrito da Câmara dos Deputados.

Este trabalho é de inteira responsabilidade de seu autor, não representando necessariamente a opinião da Câmara dos Deputados.

APERFEIÇOAMENTO DA LEI DAS LICITAÇÕES

Leonardo Costa Schuler

A despeito da existência de aspectos passíveis de aperfeiçoamento, cabe ressaltar, preliminarmente, a excelente qualidade da legislação nacional sobre licitações públicas. Abramo e Capobianco¹ sugerem que as licitações obedçam ao seguinte conjunto de diretrizes gerais:

- 1) O processo de definição de prioridades governamentais deve ser aberto e sujeito a discussão pública;
- 2) Uniformidade das regras para todo o mercado;
- 3) O arbítrio do administrador deve ser reduzido ao mínimo;
- 4) O administrador deve ser responsável pela definição do objeto da licitação;
- 5) Critérios de qualificação de empresas devem restringir-se a condições capitalistas;
- 6) Menor preço oferecido como único critério de decisão quanto ao vencedor de uma licitação;
- 7) Montagem de sistemas de acompanhamento de preços;
- 8) Punição enérgica a empresas que descumprem contratos;
- 9) Acesso irrestrito a informações e garantia de intervenção por parte do cidadão;
- 10) Definição precisa dos ritos e prazos de processamento em licitações;
- 11) Submissão de atos administrativos a auditorias;
- 12) Punibilidade criminal tanto a administradores públicos como a empresários envolvidos em fraudes.

¹ ABRAMO, C. W.; CAPOBIANCO, E. *Licitações e contratos: os negócios entre o Setor Público e o Privado*. 2001. Disponível em: <https://bvc.cgu.gov.br/handle/123456789/2887>, págs. 4 a 6. Acesso em: 25/04/2012.

A Constituição Federal já assegura o atendimento da segunda e da quinta diretrizes, respectivamente no art. 22, XXVII, que confere à União competência privativa para legislar sobre “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”, e no art. 37, XXI, que preceitua que o processo de licitação pública “somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações”.

Os autores reconhecem a eficácia da Lei nº 8.666, de 1993, a qual atribuem aos seguintes aspectos²:

- 1) Todo o processo de licitação e de execução de contratos é público. Seus principais atos (convocação da licitação, anúncio de vencedor, assinatura de contrato) são obrigatoriamente publicados. Qualquer cidadão pode solicitar acesso a informações sobre licitações e contratos. Qualquer interessado pode interpor contestações administrativas e judiciais contra atos da administração.
- 2) O objeto da licitação deve ser suficientemente descrito pelo administrador, para pré-definir a qualidade do objeto pretendido. Com isso, a especificação do objeto (e assim sua qualidade) não é de responsabilidade dos concorrentes e deixa de ser tema de julgamento de propostas.
- 3) As únicas exigências que se podem fazer para a participação de empresas em licitações dizem respeito às suas condições empresariais: prestação de garantias financeiras, capital (até 10% do valor do contrato), acesso a recursos financeiros de mercado, acesso a equipamento e pessoal técnico. Em particular, a lei brasileira não admite que se exijam demonstrações de experiência prévia na execução do objeto da licitação. Tal experiência só é exigível dos profissionais que a empresa contratar, mas não dela como empresa. Dessa forma, em princípio qualquer empresário pode participar de uma licitação, não importa qual seja seu ramo de atividade original. As exigências de capital e o oferecimento de garantias financeiras (no máximo 10%) são altos o suficiente para assegurar uma boa

² ABRAMO, C. W.; CAPOBIANCO, E. *Licitações e contratos: os negócios entre o Setor Público e o Privado*. 2001. Disponível em: <https://bvc.cgu.gov.br/handle/123456789/2887>, págs. 7 e 8. Acesso em: 25/04/2012.

probabilidade de execução do contrato e baixos o bastante para evitar que sejam usados como elemento de cerceamento de participação de interessados.

- 4) A determinação da empresa vencedora se faz exclusivamente pelo menor preço oferecido. Assim, não há um "julgamento" por parte do administrador público, mas uma simples comparação de preços. Se houver suspeita de que a empresa vencedora não conseguirá cumprir o contrato por aquele preço, o contratante tem o direito de exigir uma demonstração de exequibilidade. O contrato é automaticamente adjudicado à vencedora, não cabendo qualquer tipo de procedimento intermediário.
- 5) O não-cumprimento do contrato, em parte ou no todo, é fortemente penalizável. Além de penalidades financeiras, a empresa pode ser proibida de participar de licitações ulteriores.
- 6) Contratos só podem sofrer aditamentos (extensões de seu objeto) até limites estreitos. Isso evita a ocorrência de extensões que no passado permitiram, por exemplo, que uma das maiores usinas hidrelétricas brasileiras tivesse sido construída como extensão do contrato para a construção de uma das menores usinas do país.
- 7) Situações em que contratos são adjudicados sem licitação (como por exemplo em emergências derivadas de catástrofes) são delimitadas e sujeitas a justificativas detalhadas. Decisões desse tipo são contestáveis administrativa e judicialmente.
- 8) O pagamento dos fornecimentos e serviços executados é feito em ordem cronológica de sua exigibilidade. Isso eliminou o poder de o administrador "vender" a empresas o recebimento do que lhes é devido.
- 9) O administrador público que descumprir qualquer obrigação que a lei lhe impõe (como fiscalizar corretamente a execução dos contratos) é punível criminalmente
- 10) Todos os procedimentos da licitação, bem como aqueles que envolvem a execução do contrato resultante, precisam ser registrados e submetidos a auditorias interna e externa ao organismo responsável.

Faz-se oportuno comentar alguns dos pontos acima.

Embora o julgamento das propostas seja sempre objetivo, calcado em critérios previamente estabelecidos no ato convocatório, a legislação também admite, em determinadas circunstâncias, contratações mediante licitação de melhor técnica ou de técnica e preço.

Dentre as sanções cominadas pela Lei das Licitações, existe a suspensão temporária dos direitos de licitar e de contratar com a Administração, bem como a declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública. A primeira tem efeito por prazo determinado e restrito a um órgão, entidade ou unidade administrativa, enquanto a segunda produz efeito por prazo indeterminado e alcança todos os entes da federação. Essa amplitude de alcance, contudo, é limitada pela inexistência de um sistema de compartilhamento de informações entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, e suas respectivas entidades da administração indireta. Trata-se, portanto, de um aspecto que reclama aperfeiçoamento de natureza operacional.

Ainda a propósito da declaração de inidoneidade, a restrição à contratação de determinada empresa pode ser contornada mediante constituição de outra nova pessoa jurídica, ainda que com os mesmos proprietários e dirigentes. Além disso, enquanto o Tribunal de Contas da União entende que essa sanção justifica a rescisão dos contratos vigentes, o Superior Tribunal de Justiça entende que esses devem ser mantidos.

Embora a Lei das Licitações, em seu art. 65, imponha limites aos acréscimos e supressões contratuais, o art. 15 faculta a realização de novas contratações com base em sistema de registro de preço. Esse mecanismo, regulamentado, no âmbito federal, pelo Decreto nº 3.931, de 19 de setembro de 2011, tem sido utilizado para burlar o processo licitatório, por meio da adjudicação do objeto ao licitante que apresentou a menor cotação global, para um conjunto de itens, e posteriores contratações de itens isolados, superfaturados.

Salvo melhor juízo, portanto, os benefícios que Abramo e Capobianco esperam de um “um ágil sistema de acompanhamento de preços de mercado dos produtos e serviços adquiridos pelo poder público” não são proporcionados pelo atual sistema de registro de preços, que deveria ser aperfeiçoado.

O pregão foi introduzido pela Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002, e revelou-se extremamente vantajoso para a administração. Todavia, talvez por resistência à mudança, as administrações estaduais e municipais – especialmente dos municípios menores – não têm utilizado essa modalidade com a frequência esperada. Parece, portanto, ser oportuno alterar a legislação para tornar obrigatória a realização de pregão, inclusive

quando os padrões de desempenho e qualidade dos bens e serviços a serem adquiridos ou contratados não possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais no mercado, condição atualmente imposta à utilização dessa modalidade.

Ao se cogitar do aperfeiçoamento da legislação, não se pode desconsiderar a ampla discussão da matéria durante o trâmite legislativo do Projeto de Lei nº 32, de 2007, na Câmara dos Deputados, atualmente pendente de deliberação do Senado Federal. Nesse contexto, merecem destaque as considerações formuladas pelo Presidente do Tribunal de Contas da União, Ministro Benjamim Zymler, na audiência pública realizada pela Comissão de Meio Ambiente, Defesa do Consumidor e Fiscalização e Controle do Senado Federal, no dia 3 de maio de 2011³.

Na referida ocasião as principais providências indicadas pelo Presidente do TCU, foram:

- 1) Ampliar a utilização do pregão, tornando-a obrigatória, quando o tipo da licitação for de menor preço, para aquisição de bens ou contratação de serviços e obras até determinado valor, e preferencial nos demais casos;
- 2) Tornar efetiva a exigência, para a realização de licitações para contratação de obras ou serviços, de um anteprojeto “que permita orçar adequadamente as obras”;
- 3) Criar um cadastro nacional de registro de preços;
- 4) Suprimir a dispensa de licitação para contratação de serviços de “desenvolvimento institucional”;
- 5) Ampliar a faixa de aplicação da tomada de preços e, conseqüentemente, reduzir a realização de concorrências;
- 6) Extinguir a modalidade de licitação denominada convite;
- 7) Estabelecer, como regra, a execução da fase de julgamento antes da fase de habilitação;
- 8) Possibilitar o processamento de todas as modalidades de licitação por meio eletrônico;

³ Transcrição disponível em http://portal2.tcu.gov.br/portal/page/portal/TCU/imprensa/noticias/noticias_arquivos/CMA_3_5_11.pdf. Acesso em 24 de abril de 2012.

- 9) Tornar perenes as normas legais, atualmente insculpidas nas leis de diretrizes orçamentárias, que regulam o funcionamento do sistema de fiscalização de obras públicas;
- 10) Estender o critério de presunção relativa de inexequibilidade, atualmente restrito a obras de serviço de engenharia, para todos os tipos de contratação;
- 11) Possibilitar o saneamento de falhas meramente formais do processo licitatório;
- 12) Determinar que os recursos relativos à fase de habilitação fiquem retidos no processo e somente sejam analisados após o julgamento das propostas;
- 13) Estabelecer, como regra, a rescisão dos contratos com empresa posteriormente declarada inidônea, admitindo a continuidade deles apenas excepcionalmente;
- 14) Estender os efeitos da declaração de inidoneidade de determinada empresa a seus proprietários e gestores, bem como às demais empresas em que esses atuem; e
- 15) Conferir ao TCU competência para aplicar as sanções previstas na Lei de Licitações.

A maioria dos pontos apontados visa, principalmente, tornar o processo de licitação mais eficiente. Todavia, vários deles tendem a dificultar as fraudes, aprimorar o controle ou tornar mais rigorosas as sanções aplicadas. Destacam-se, nesse sentido, os itens, recém enumerados, 1, 2, 4, 6, 9, 13, 14 e 15.

Por outro lado, na mesma oportunidade o Ministro Benjamin Zymler expressou as preocupações no sentido de que a eventual redução dos limites vigentes de supressão ou acréscimos dos contratos poderia se revelar contraproducente. Declarou, ainda, que a adoção da empreitada global, como modelo preferencial de contratação das obras da Olimpíada e da Copa do Mundo, poderia inviabilizar a correta estimativa de custos e posterior ajuste dos mesmos durante a execução da obra.

Pelo exposto, dentre as principais medidas demandadas pelo aperfeiçoamento da legislação que estabelece, em âmbito nacional, normas gerais sobre licitações (Lei nº 8.666, de 1993, e Lei nº 10.520, de 2002), destacam-se:

- 1) a ampliação da utilização da modalidade denominada pregão;
- 2) a extinção da modalidade denominada convite;



- 3) a criação de um cadastro nacional de pessoas impedidas de licitar e contratar com a administração pública; e
- 4) a ampliação do alcance da declaração de inidoneidade aos proprietários e gestores da empresa, bem como a outras empresas de que esses participem.