

A Revisão da Lei 8.666/1993 - PL 559/2013:

O que pode mudar?

Palestrantes:

André Pachioni Baeta

Frederico Júlio Goepfert Júnior

HISTÓRICO

- Em dezembro de 2013, a Comissão Especial Temporária de Modernização da Lei de Licitações e Contratos (CTLICON), instalada pelo Senado Federal, apresentou relatório final do projeto de lei que revogará expressamente não apenas a Lei 8.666/93, mas também a Lei 10.520/2002, que criou o pregão, e a Lei 12.462/2011, que instituiu o Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC).
- O projeto tramita simultaneamente nas Comissões de Constituição, Justiça e Cidadania; de Serviços de Infraestrutura; e de Assuntos Econômicos.
- Até o momento foram apresentadas 64 emendas ao PLS-559/2013, algumas com grande impacto na atuação do TCU.

GENERALIDADES DO PLS 559/2013

- Afasta-se a aplicação da lei a empresas públicas e sociedades de economia mista que explorem atividade econômica ou serviço público em regime de competição.
- Prevê o PLS que, enquanto não for aprovado o estatuto jurídico a que se refere o art. 173, § 1º, da Constituição Federal, tais entidades podem editar regulamento próprio, o qual deve observar:
 - I - adoção integral dos princípios da licitação definidos no PLS 559
 - II - sua aprovação pela autoridade máxima; e
 - III - sua publicação em meio de divulgação oficial.
- Há incorporação dos mecanismos do RDC, tais como a contratação integrada, o catálogo eletrônico de padronização e a contratação simultânea do mesmo objeto.

GENERALIDADES DO PLS 559/2013

- O projeto de lei deixa a definição do sigilo do orçamento-base da licitação como uma opção do gestor público.
- Permite-se o uso do Sistema de Registro de Preços para contratação de “obras comuns”.
- Cria um novo instituto, o “Sistema de Registro de Preços Permanente” – SRPP, com atualização anual de preços, inclusão de novos licitantes e modificações de quantidades e condições do objeto.
- Instituiu-se a conta vinculada, para provisões realizadas pela Administração contratante em instituição bancária oficial para o pagamento de seus encargos contratuais. Seu uso será obrigatório para compras “por encomenda” ou obra de grande vulto.

PROJETOS NO PLS 559/2013

- O termo "projeto básico" é substituído por "projeto completo", sendo obrigatório na licitação, com exceção de quando a contratação integrada for utilizada.
- Nas contratações integradas, a administração pode licitar a obra a partir de anteprojeto de engenharia.
- O projeto executivo continua obrigatório na realização de obras, qualquer que seja o regime de execução adotado.
- Há previsão para os Procedimentos de Manifestação de Interesse (PMI), instituto bastante utilizado no âmbito das concessões públicas para o recebimento de propostas ou projetos de empreendimentos com vistas a atender necessidades previamente identificadas.

PROJETOS NO PLS 559/2013

- Quando utilizado o PMI, o autor ou financiador do projeto poderá participar da licitação para execução do empreendimento, podendo ser ressarcido pelos custos aprovados pela Administração, caso não vença o certame.
- Com relação aos licenciamentos ambientais o projeto estatui que será concedido exclusivamente pelo órgão ambiental competente, vedada a interferência de qualquer outro órgão ou entidade para sua concessão ou renovação. A licença ambiental deverá se limitar aos aspectos relacionados aos recursos ambientais.
- As condicionantes ambientais e o impacto negativo no patrimônio cultural, histórico, arqueológico e imaterial poderão ser incluídos no objeto da licitação do empreendimento.

LICITAÇÕES NO PLS 559/2013

- São previstas quatro modalidades de licitação: o pregão; a concorrência; o curso e o leilão. Portanto, são extintas as modalidades da carta-convite e tomada de preços.
- São estabelecidos novos critérios de exequibilidade (80% do menor dos seguintes valores: média das propostas superiores a 70% do valor do orçamento-base; ou o valor orçado pela Administração).
- Estabelece, como regra, a inversão de fases, passando o julgamento das propostas a ser realizado antes da habilitação dos proponentes.
- Há previsão de que o custo das obras e serviços de engenharia serem obtidos a partir de custos unitários menores ou iguais aos correspondentes no Sinapi e, no caso de obras rodoviárias, ao seus correspondentes no Sicro.

LICITAÇÕES NO PLS 559/2013

- O uso de pregão é permitido para contratação de obras e serviços de engenharia comuns.
- Amplia-se o uso da pré-qualificação, instituto que tem demonstrado ser problemático, haja vista que possibilita o conhecimento prévio do universo de licitantes, favorecendo a colusão.
- Consórcios de licitantes: o instrumento convocatório poderá estabelecer o limite máximo ao número de empresas consorciadas.
- O PLS 559/2013 estabelece que as licitações deverão ser realizadas preferencialmente sob a forma eletrônica, admitida a presencial particularmente nos casos de obras e serviços de engenharia cujo valor estimado seja de até R\$ 1,5 milhões e de compras e outros serviços cujo valor estimado seja de até R\$ 150 mil.

LICITAÇÕES NO PLS 559/2013

- São previstos seis tipos de licitação (ou critérios de julgamento): menor preço; maior desconto; técnica e preço; maior lance; maior retorno econômico; e melhor técnica.
- Os regimes de execução contratual previstos são: empreitada por preço unitário; empreitada por preço global, contratação por tarefa; empreitada integral e contratação integrada.
- Na licitação de obras, serão adotados preferencialmente a empreitada por preço global, a empreitada integral e a contratação integrada.
- Na empreitada integral, o preço licitado pelo total, terá pagamento parcelado associado a etapas, somente sendo exigido o detalhamento em planilhas pelo contratante se houver rescisão do contrato.

LICITAÇÕES NO PLS 559/2013

- Para habilitação técnica operacional dos licitantes, o PLS 559/2013 exige, além da apresentação de atestados técnicos, os seguintes documentos:
 - Declaração de disponibilidade de equipamentos, materiais e instalações que deverão estar disponíveis durante a execução contratual;
 - Contrato ou certificado que comprove que o licitante está apto a fornecer bens ou serviços próprios de terceiros quando os mesmos representarem parcela relevante do objeto;
 - Atendimento de requisitos de sustentabilidade ambiental.
- A exigência de atestados deverá demonstrar que o licitante realizou, em um único contrato, objeto com características equivalentes ao que se pretende contratar.
- A exigência de atestado de realização anterior será limitada, no máximo, ao equivalente a 50% do quantitativo licitado, salvo mediante justificativa devidamente fundamentada.

LICITAÇÕES NO PLS 559/2013

- Ficam vedadas as exigências de comprovação de itens de obras ou serviços com especificidade irrelevante ou cujos valores previstos no objeto da licitação não ultrapassem 4% do valor estimado do contrato.
- Na habilitação econômico-financeira, o PLS 559/2013 inova ao admitir a possibilidade de a Administração exigir a relação dos compromissos assumidos pelo licitante que importem em diminuição de sua capacidade econômico-financeira.
- São previstos novos prazos para a apresentação de propostas, contados a partir da data de publicação do edital.

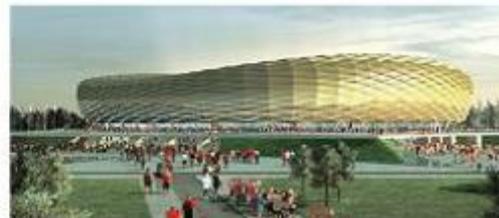
LICITAÇÕES NO PLS 559/2013

- Maior ponte oceânica do mundo (35 Km), construída em 4 anos, ao custo de 1,5 bilhões de Euros.



LICITAÇÕES NO PLS 559/2013

- Rússia já tem dois estádios prontos para a Copa de 2018.



LICITAÇÕES NO PLS 559/2013

- Na contratação de serviços técnico especializados, a contratação deverá ocorrer mediante concurso ou licitado pelo critério de “técnica e preço”.
- Nos recursos é prevista regra semelhante à do RDC, estabelecendo que a intenção de recorrer deverá ser manifestada de forma imediata, sob pena de preclusão.

CONTRATOS NO PLS 559/2013

- Nos casos em que parte da execução do objeto esteja sendo questionada, quanto a dimensão, qualidade e quantidade, a parcela incontroversa deve ser liberada no prazo previsto para pagamento, e a parcela controvertida depositada em conta vinculada.
- A retenção abusiva de pagamento implica ato de improbidade administrativa do agente público.
- Nos casos de rescisão sem culpa do contratado, fica vedado à Administração contrair nova obrigação contratual com o mesmo objeto até que o contratado seja ressarcido dos prejuízos regularmente comprovados que houver sofrido.
- Há novas regras para o recebimento do objeto, prevendo o recebimento de “etapas” do objeto e prazo de recebimento definitivo inferior a 30 dias, salvo casos excepcionais.

CONTRATOS NO PLS 559/2013

- O PLS inova ao estabelecer que os contratos para execução de obras ou serviços de engenharia, bem como aqueles que envolvam fornecimentos complexos ou serviços de longa duração, contenham cláusula estipulando a divisão de riscos entre as partes (matriz de riscos).
- A garantia contratual poderá variar de 10% a 30% do valor da contratação.
- Há previsão legal de multa contratual contra a Administração por mora nos pagamentos, no mesmo percentual imposto ao contratado no caso de atraso na execução do contrato.
- Há relevantes alterações na fiscalização contratual, criando a figura do “gestor de contrato”, que poderá ser auxiliado pelo “fiscal de contrato da área requisitante”, “fiscal de contrato administrativo” e “fiscal de contrato técnico”, sendo permitida a contratação de terceiros.

ADITIVOS NO PLS 559/2013

- Os limites de aditamento contratual (25% ou 50%, no caso de reformas) são mantidos. Porém, a lei admite expressamente a compensação entre acréscimos e supressões de serviços para fins de observância aos referidos limites.
- É expressamente prevista a recomposição do equilíbrio contratual em função de acréscimos relacionados com a remuneração da mão de obra decorrentes de normas legais ou infralegais, bem como convenções coletivas de trabalho ou termos de ajuste de conduta vigentes após a apresentação das propostas.

IMPACTOS NO CONTROLE

- Art. 11. Os órgãos de controle levarão em consideração, na fiscalização dos atos previstos nesta Lei, as razões apresentadas pelos órgãos e entidades responsáveis pela execução.
- §1º As razões de que trata este artigo poderão ser encaminhadas aos órgãos de controle antes de concluída a etapa de instrução do processo, sem prejuízo de juntadas posteriores de documentos, e deverão acompanhar os autos até seu trânsito em julgado.
- § 2º A omissão na prestação das informações não impedirá as deliberações dos órgãos de controle, nem retardará a aplicação de qualquer de seus prazos de tramitação e deliberação.

IMPACTOS NO CONTROLE

- Art. 12. Na fiscalização de controle serão observados o seguinte:
- I - oportunidade de manifestação aos gestores sobre possíveis propostas de encaminhamento que terão impacto significativo nas rotinas de trabalho dos órgãos e entidades fiscalizados, a fim de que se possa avaliar previamente a relação entre custo e benefício dessas proposições;
- II - adoção de procedimentos objetivos e imparciais e elaboração de relatórios tecnicamente fundamentados, baseados exclusivamente nas evidências obtidas e organizados de acordo com as normas de auditoria do respectivo órgão de controle, evitando que interesses pessoais e interpretações tendenciosas interfiram na apresentação e tratamento dos fatos levantados;
- (...)

IMPACTOS NO CONTROLE

- Os artigos 11 e 12 contêm algumas disposições que já estão contempladas nas Normas de Auditoria do TCU (NAT).
- Contudo, tratam de matéria atinente à organização dos tribunais de contas e, por isso, podem ser arguidos pela inconstitucionalidade por vício de iniciativa, motivo pelo qual entende-se que devem ser suprimidos.
- Proposta de lei que aborde essa matéria é de iniciativa dos tribunais de contas, em conformidade com o art. 73 c/c 96 e art. 75 da Constituição Federal de 1988.

IMPACTOS NO CONTROLE

- Art. 55.
- (...)
- Parágrafo único. A autoridade máxima da Administração contratante e os Tribunais de Contas devem avaliar, periodicamente, o desempenho dos agentes que, por ação ou omissão, motivem ou autorizem a contratação direta indevida, promovendo a responsabilização, quando verificada irregularidade.

IMPACTOS NO CONTROLE

- Art. 56
- (...)
- § 5º É vedado promover a contratação direta, no caso do inciso IV, para a execução de serviços técnicos profissionais especializados relacionados, direta ou indiretamente, a obras e serviços de engenharia ou arquitetura, ressalvados os casos singulares devidamente motivados e aprovados por consulta prévia ao Tribunal de Contas competente.

IMPACTOS NO CONTROLE

- A consulta prévia prevista no §5º do art. 56 se configura, na verdade, em uma proposta de controle prévio a ser exercido pelos tribunais de contas competentes que, de acordo com o STF, é inconstitucional.
- Além disso, a instituição do controle prévio inviabiliza a atuação dos tribunais de contas e da Administração Pública, que diante da incapacidade prática de realizar o exame prévio de todos os atos administrativos pode produzir uma análise superficial.
- Por outro lado, optando-se por realizar um exame mais detido de cada ato, corre-se elevado risco de que as contratações atrasem em demasia em decorrência inviabilidade operacional dos tribunais de contas de efetuarem o controle prévio.

IMPACTOS NO CONTROLE

- Art. 93. A ordem de suspensão cautelar da licitação ou da execução do contrato é privativa da própria Administração, dos Tribunais de Contas e do Poder Judiciário, e sempre que for expedida deverá ser acompanhada de análise de impacto em que tenham sido ponderadas alternativas consideradas viáveis, com a avaliação de custo benefício de cada uma, de modo a indicar que a paralisação é a que melhor atende ao interesse público.
- §1º A ordem de suspensão cautelar expedida pelo Tribunal de Contas, pela autoridade administrativa ou por órgão do Ministério Público que a requerer em juízo definirá objetivamente:
 - I – as causas da ordem de suspensão;
 - II – as condições para o prosseguimento da licitação, ou alternativamente, a ordem para anulação da licitação, por vício de legalidade.

IMPACTOS NO CONTROLE

- Art. 93 (....)
- (...)
- §2º O órgão que receber a ordem de suspensão terá o prazo de trinta dias para:
- I –informar o acatamento da determinação, as providências que forem adotadas, inclusive quanto à eventual desmobilização, e, se for o caso, como procederá a apuração da responsabilidade;
- II – apresentar recurso à decisão;
- § 3º Os editais que forem disponibilizados, previamente à abertura da sessão, por período superior a noventa dias, após notificação expressa ao órgão de controle, não poderão ter as respectivas licitações suspensas por inconformidades do edital.
- §4º Não atendido o prazo assinado com a determinação para a suspensão do contrato, deverá ser o fato noticiado ao respectivo Poder Legislativo para deliberação em caráter de urgência.

IMPACTOS NO CONTROLE

- O art. 93 objetiva limitar o poder cautelar dos Tribunais de Contas e do Poder Judiciário, que lhes é conferido pela Constituição.
- As medidas cautelares, a exemplo da suspensão de contratos e de editais eivados de vícios, são essenciais para resguardar o interesse público e evitar que prejuízos ao erário sejam consumados.
- Os diversos condicionantes impostos pelo artigo podem ter sua constitucionalidade questionada, pois criam embaraços diversos para impedir a atuação dos órgãos de controle no exercício das competências atribuídas pelo Poder Constituinte.
- O §3º, em particular, trata do registro prévio de editais e contratos da Administração junto ao TCU, dispositivo que foi excluído do ordenamento jurídico com o advento da Constituição de 1967.
- A CF/88 não atribuiu ao Tribunal competência para exercer controle prévio sobre editais e contratos administrativos, nem poder para substituir a Administração na atividade de promover a gestão pública, de modo a dizer previamente qual é a melhor alternativa que o gestor público deve adotar.

IMPACTOS NO CONTROLE

- Art. 121. A fiscalização da execução dos contratos administrativos caberá ao Tribunal de Contas da respectiva esfera federativa do órgão ou entidade pública contratante, sendo vedada a ingerência de órgão de controle de outra esfera da federação, salvo quando o contrato envolver recursos objeto de transferências orçamentárias voluntárias.

IMPACTOS NO CONTROLE

- O art. 121 pode ter a constitucionalidade questionada por afastar a competência do controle interno e de outros órgãos de controle.
- Ademais, a matéria é melhor abordada no art. 150 do PLS 559/2013:
- “Art. 150. O controle das despesas decorrentes dos contratos e demais instrumentos regidos por esta Lei será feito pelo Tribunal de Contas competente, na forma da legislação pertinente, ficando os órgãos interessados da Administração responsáveis pela demonstração da legalidade e regularidade da despesa e execução, nos termos da Constituição e sem prejuízo do sistema de controle interno nela previsto.”
- O PAC é considerado, por força de lei, como transferência obrigatória. Assim persistindo a redação confusa do art. 121, a competência do TCU para fiscalizar obras do PAC realizadas por descentralização de recursos pode ser questionada.

IMPACTOS NO CONTROLE

- Art. 130
- (...)
- § 3º Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública não fazer acompanhar o relatório de auditoria ou inspeção a versão do acusado ou por qualquer modo impedir ou dificultar os meios de defesa ou recurso.

IMPACTOS NO CONTROLE

- Os relatórios de auditoria dos agentes públicos ou órgãos responsáveis por emitilos contêm análises e propostas que são apenas indicativas das unidades técnicas responsáveis por produzi-los às autoridades responsáveis por decidir, que se baseiam nos dados relatados para tomarem suas decisões administrativas, cujas competências e limites de atuação são atribuídos pela Constituição.
- Os princípios da ampla defesa e do contraditório dos gestores e responsáveis se dá pelas regras legais e regimentais estabelecidas por cada órgão responsável pelas auditorias e inspeções, como ocorre com as audiências, citações e oitivas promovidas pelo Tribunal de Contas da União.
- No entanto, a forma e o momento em que a manifestação dos responsáveis se dará nos processos de auditoria e inspeção são matérias afeitas às leis, regimentos e normativos próprios de cada órgão fiscalizador ou que tenha a incumbência de produzir tais documentos técnicos.
- Dessa forma, entende-se que a matéria tratada no artigo diz respeito às leis de organização dos Tribunais de Contas, órgãos de controle interno ou outros órgãos e entidades que realizam auditorias.

IMPACTOS NO CONTROLE

- Art. 139. Sem prejuízo de outras disposições legais, poderá também o Tribunal de Contas competente proceder à aplicação das sanções de suspensão para contratar com a Administração e da declaração de inidoneidade para licitar e contratar com a Administração Pública, observado o seguinte
- I - a decisão pela aplicação da sanção deve ser adotada por dois terços do pleno do Tribunal de Contas, em processo no qual tenham sido garantidos o exercício do contraditório e da ampla defesa;
- (...)

IMPACTOS NO CONTROLE

- O artigo 139 trata de matéria atinente à organização dos tribunais de contas e, por isso, pode ser considerado inconstitucional por vício de iniciativa, motivo pelo qual entende-se que deve ser suprimido.
- Proposta de lei que aborde essa matéria é de iniciativa dos tribunais de contas, em conformidade com o art. 73 c/c 96 e art. 75 da Constituição Federal de 1988.
- O referido dispositivo cria um quórum privilegiado para a aplicação da pena de inidoneidade que não existe atualmente no art. 46 da LOTCU.

IMPACTOS NO CONTROLE

- Art. 148. Caluniar, difamar ou injuriar agentes de licitação, contratação ou controle, ou dar causa a investigação administrativa ou judicial quando sabe improcedente.
- Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa.
- § 1º A pena é agravada em dois terços se em razão de denúncia a licitação ou pré-qualificação for suspensa ou o agente público afastado das funções.
- § 2º Reconhecida a improcedência da denúncia pelo juiz, este ordenará sessão pública de desagravo, correndo à conta do denunciante o custo da correspondente publicidade na imprensa oficial e em outro meio de divulgação determinado pelo juiz.

IMPACTOS NO CONTROLE

- O art. 148 do projeto de lei desestimula a participação popular no controle social dos gastos públicos.
- A Constituição Federal estabelece, em seu art. 74, § 2º, que qualquer cidadão, partido político, associação ou sindicato é parte legítima para, na forma da lei, denunciar irregularidades ou ilegalidades perante o Tribunal de Contas da União.
- As denúncias ou representações de cidadãos ou entidades legalmente legitimadas para fazê-las perante os órgãos competentes são normalmente baseadas em indícios de irregularidades, os quais só se confirmam com o desenvolvimento regular dos processos apuratórios, em que são assegurados aos denunciados o contraditório e a ampla defesa.
- Criminalizar certas condutas que são democraticamente asseguradas aos cidadãos, baseando-se numa possível improcedência posteriormente constatada dos fatos denunciados, retira dos cidadãos um importante estímulo de defesa da moralidade e do erário públicos, enfraquecendo um dos pilares de sustentação da democracia, que é controle social. Sendo assim, considera-se inadequada a previsão do art. 148.

IMPACTOS NO CONTROLE

- Art. 150
- (...)
- § 2º Ressalvado o disposto no § 3º, art. 93 desta Lei, os Tribunais de Contas e os órgãos integrantes do sistema de controle interno poderão solicitar para exame, até o dia útil imediatamente anterior à data de recebimento das propostas, cópia de edital de licitação já publicado, obrigando-se os órgãos ou entidades da Administração interessada à adoção de medidas corretivas pertinentes que, em função desse exame, lhes forem determinadas.

CONCLUSÃO

- Lei 8666/93:
 - “Plexo indefinido de normas gerais, acompanhadas de regras procedimentais com predomínio meramente burocratizante”.
 - Sofreu diversas alterações legislativas durante sua vigência, e tem convivido com outras legislações tratando do mesmo tema (Pregão, RDC, PPPs, Concessões etc.)
 - Dentro da máxima de que “lei boa é lei velha”, tornou-se uma legislação tolerável, mediante intenso esforço de integração e interpretação jurídica realizada pela jurisprudência do TCU ao longo dos seus 21 anos de vigência.
- RDC:
 - Apresenta avanços, mesclando institutos do Pregão com os da Lei 8.666/93, além de institutos próprios, objetivando agilizar e reduzir os custos do procedimento licitatório, bem como estimular a competitividade dos certames.

CONCLUSÃO

- RDC:
 - Trouxe novos institutos para as licitações, tais como remuneração variável vinculada ao desempenho do contratado, contratação integrada, novos critérios de julgamento etc., prometendo revolucionar as contratações públicas.
 - Possui diversos mecanismos que conferem celeridade e economicidade às licitações, tais como realização da fase de habilitação posteriormente à fase de lances, licitações eletrônicas, fase recursal única, disputa por lances, combinações dos modos de disputa, uso do Sinapi.
 - Proporciona o aumento da discricionariedade dos gestores permitindo várias abordagens para a contratação de um determinado objeto.
 - As críticas ao novo Regime são decorrentes principalmente da forma com a matéria tramitou no Congresso.
 - Trata-se de uma lei que foi escrita por gestores públicos e por técnicos do TCU.
 - Apesar das críticas que sofre do setor produtivo, o RDC tem produzido resultados muito promissores nos órgãos que utilizam o novo Regime.

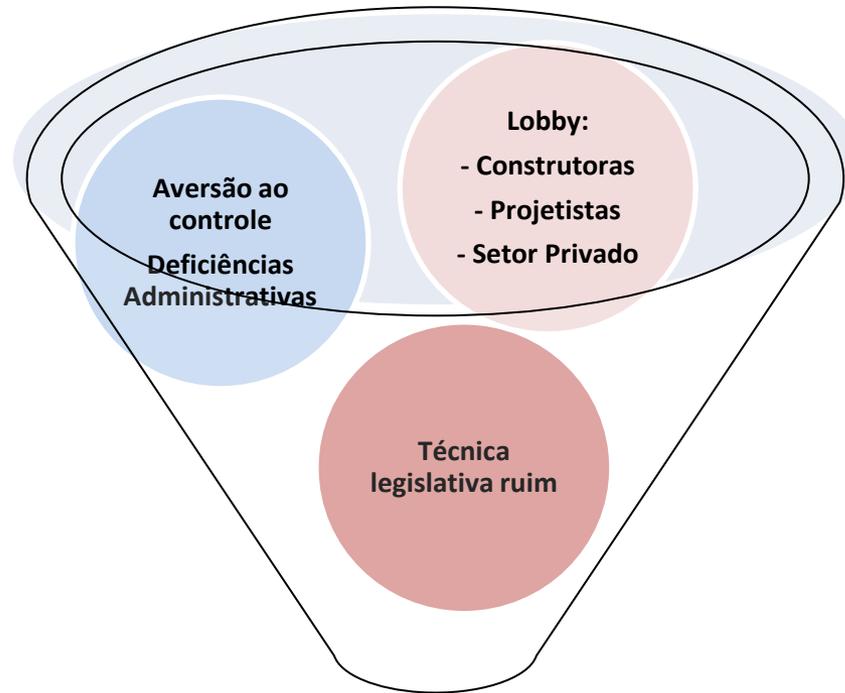
CONCLUSÃO

- PLS 559/2013:
 - Perpetua os equívocos da Lei 8.666/93, tentando resolver todos os problemas nacionais com uma mera lei de licitações e contratos (trabalho infantil, evasão tributária, meio ambiente, relações do trabalho, proteção ao patrimônio histórico, ordenamento territorial urbano, protecionismo comercial, desindustrialização, falta de planejamento estatal etc.)
 - Por isso, dentro outros motivos, consegue ser ainda mais burocratizante do que a Lei 8.666/93.
 - Percebe-se nitidamente a influência de entidades de classe, representativas de diversos segmentos econômicos na formulação da Lei, que deixaram a Administração Pública fragilizada no contrato administrativo.
 - Diversos pontos do PLS foram escritos em claro confronto com a jurisprudência do TCU.

CONCLUSÃO

- PLS 559/2013:
 - Tendência de tornar as licitações mais restritivas, direcionadas e de favorecer o conluio e outros tipos de fraude.
 - Tem diversos dispositivos tentando fragilizar o controle exercido pelos Tribunais de Contas nas licitações e contratos.
 - Por fim, é digno de nota que a Lei 8.666/93 tem 126 artigos, enquanto o PLS 559/2013 tem 176 artigos, 50 a mais do que a lei em vigor, o que poderá burocratizar ainda mais as licitações, pois certamente dificultará a interpretação e aplicação da norma pelos gestores públicos e licitantes em geral.

CONCLUSÃO



PLS 559/2013

OBRIGADO!!!