



PROJETO DE LEI 1292/1995

A Câmara dos Deputados está prestes a aprovar uma nova Lei para Licitações e Contratos para o Brasil, por meio do PL 1292/95, que foi originado no Senado Federal e, ao longo de vários anos, sofreu incontáveis alterações e adequações que, inclusive, incorporam novos dispositivos tais como a Lei que instituiu o Pregão para aquisições, a nova Lei das Estatais e o Regime Diferenciado de Contratações.

A iniciativa é interessante, no entanto, em que pese o esforço do relator e dos deputados que se debruçaram sobre o estudo do PL 1292/1995, bem como terem sido ouvidos diversos setores em muitas audiências públicas, a consolidação do texto ainda não conseguiu transformá-lo em uma normativa adequada a todas as situações passíveis de ocorrer em certames licitatórios e nas execuções contratuais, de modo que possa garantir eficiência e eficácia aos processos, bem como proporcionar segurança jurídica ao cenário das licitações e contratos do Brasil, em especial no que concerne às obras públicas.

É visível que há diversas situações controvertidas no texto do PL 1292/1995, que podem proporcionar prejuízos à economia, eficiência e eficácia na realização de obras públicas, bem como instabilidade jurídica na interpretação das várias demandas que surgirão.

De maneira geral, nos artigos do referido projeto de lei, misturam-se compras simples, serviços comuns, serviços de engenharia e obras, fato que introduz confusão ou pouca clareza para situações específicas, tendo em vista a complexidade inerente às contratações de obras e de serviço de engenharia, que requerem procedimentos especiais e perfeitamente dispensáveis aos certames que visam às contratações elementares e de baixíssima complexidade.

Diante dos fatos, o Ibraop se posiciona contrário à aprovação do PL 1292/1995 nos termos atualmente apresentados pelo Substitutivo Adotado, e sugere que seja reestudado o texto, de modo a identificar e corrigir artigos com risco potencial de prejuízo ao interesse público e à estabilidade jurídica.

Não obstante a preocupação geral com os termos do projeto, e considerando a possibilidade de aprovação do atual Substitutivo que se encontra em pauta para votação na Câmara dos Deputados, registram-se a seguir os pontos constantes do referido projeto que causam maior preocupação:

Exclusão do § 3º do art. 18, conseqüentemente ajustar o texto do § 2º do art. 44

Art. 18:

§ 3º Em se tratando de estudo técnico preliminar para contratação de obras e serviços comuns de engenharia, se demonstrada a inexistência de prejuízos para aferição dos padrões de desempenho e qualidade almejados, poderá ser indicada a possibilidade de especificação do objeto apenas em termo de referência, dispensando-se a elaboração de projetos.



Art. 44:

§ 2º É vedada a realização de obras e serviços de engenharia sem projeto executivo, ressalvada a hipótese prevista no § 3º do art. 18.

Excluir do PL a possibilidade de realização de obras sem projetos de engenharia, isso porque uma das causas mais conhecidas para a existência de obras paralisadas ou defeituosas é justamente a falta ou a insuficiência de projetos. Então, a utilização de projetos para qualquer obra deve ser incentivada.

Supressão da modalidade Diálogo Competitivo (ou alterações)

Art. 6º Para os fins desta Lei consideram-se:

...

~~XLII — diálogo competitivo: modalidade de licitação para contratação de obras, serviços e compras de grande vulto em que a Administração Pública realiza diálogos com licitantes previamente selecionados mediante critérios objetivos 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;~~

Art. 27. São modalidades de licitação:

...

~~V — diálogo competitivo.~~

...

Art. 31. O modo de diálogo competitivo é restrito a contratações em que a Administração: etc...

Em que pese a tentativa de inovação, a definição da modalidade, abre mais possibilidades de desvirtuamento de contratações por meio de conluio, em face da possibilidade de conhecimento prévio dos potenciais licitantes. Tal fato é corroborado pela combinação das expressões “licitantes” indicadas nos incisos II e VIII do § 1º do artigo 31, que limitam a apresentação de propostas somente pelos participantes pré-selecionados para o diálogo.

Existe conflito entre os valores estabelecidos para a contratação de obras nessa modalidade. No art. 6º, XLII e XXII, conclui-se pelo valor mínimo de R\$ 200.000.000,00, enquanto no art. 31, IV, está determinado o valor mínimo ser R\$ 100.000.000,00.

Não obstante a proposta de supressão da modalidade, no caso de sua manutenção no projeto de lei, recomenda-se os seguintes ajustes para minimizar riscos na sua utilização:

- considerando a premissa de que o objetivo da realização do diálogo seria, no caso de obras, a contratação do respectivo projeto de engenharia, a teor da expressão “... realização do projeto” disposta no inciso VIII do § 1º do art. 31, impõe-se a supressão da expressão “obras” do inciso XLII do art. 6º:



Art. 6º Para os fins desta Lei consideram-se:

...

XLII – diálogo competitivo: modalidade de licitação para contratação de obras, serviços e compras de grande vulto em que a Administração Pública realiza diálogos com licitantes previamente selecionados mediante critérios objetivos 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;

- substituição da expressão “licitante” por “interessados” no inciso VIII, § 1º do art. 31:

*VIII – ao declarar que o diálogo foi concluído, a Administração deverá juntar aos autos do processo licitatório os registros e as gravações da fase de diálogo e iniciará a fase competitiva com a divulgação de edital contendo a especificação da solução que atenda às suas necessidades e os critérios objetivos a serem utilizados para seleção da proposta mais vantajosa, abrindo prazo, não inferior a 60 (sessenta) dias úteis, para todos os licitantes **interessados** apresentarem suas propostas, que deverão conter todos os elementos necessários para a realização do projeto;*

- supressão do inciso IV do caput do artigo 31, permanecendo a utilização da modalidade somente para obras de grande vulto, conforme estabelecido no XLII do art. 6º:

~~IV – tenha estimado valor superior a R\$ 100.000.000,00 (cem milhões de reais).~~

- supressão do inciso XII, do § 1º do art. 31, tendo em vista a possibilidade de convalidação de irregularidades ocorridas no diálogo, após o decurso do prazo de 40 (quarenta) dias definido no dispositivo, sem manifestação dos órgãos de Controle Externo. A possibilidade de atuação desses órgãos já se encontra regulamentada em legislações próprias:

~~XII – órgão de controle externo poderá acompanhar e monitorar os diálogos competitivos, opinando, no prazo máximo de 40 (quarenta) dias úteis, sobre a legalidade, legitimidade e economicidade da licitação, antes da celebração do contrato respectivo.~~

Supressão dos art. 13, 18 e 23 que tratam da possibilidade de sigilo do orçamento e atos do procedimento licitatório

~~Art. 13. Os atos praticados no processo licitatório são públicos, ressalvadas as hipóteses de informações cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado, na forma da lei. Parágrafo único. A publicidade será diferida:~~

~~I – quanto ao conteúdo das propostas, até a respectiva abertura;~~

~~II – quanto ao orçamento da Administração, nos termos do art. 23.~~

Art. 18.



§ 1º

f) estimativa do valor da contratação, acompanhada dos preços unitários referenciais, das memórias de cálculo e dos documentos que lhe dão suporte, ~~que poderão estar em anexo classificado, se a Administração optar por preservar o seu sigilo até a conclusão da licitação;~~

Art. 23. ~~Havendo motivos relevantes devidamente justificados, o orçamento estimado da contratação poderá ter caráter sigiloso, hipótese em que:~~

~~I – o sigilo não prevalece para os órgãos de controle interno e externo;~~

~~II – o orçamento será tornado público apenas e imediatamente após a fase de julgamento de propostas, sem prejuízo da divulgação do detalhamento dos quantitativos e das demais informações necessárias para a elaboração das propostas.~~

~~Parágrafo único. Na hipótese de licitação em que for adotado o critério de julgamento por maior desconto, a informação quanto ao caráter sigiloso de que trata o caput constará necessariamente do edital da licitação.~~

O sigilo do orçamento desfavorece a transparência, o controle social, e, na prática é de difícil implantação com garantias de segurança, podendo favorecer os detentores de informações privilegiadas. Há comprovações técnicas de que o sigilo reduz a competitividade e aumenta o valor das contratações, conforme pode se ver em http://www.ibraop.org.br/media/sinaop/15_sinaop/artigos/p2/P2-3a.pdf, do qual trancrevem-se alguns trechos a seguir:

As concorrências apresentaram 10,88% de desconto médio, enquanto os RDC atingiram 4,84% de desconto. Verifica-se desse modo que os RDC, na categoria Obras, obtiveram desconto médio aproximadamente 55% menor que as concorrências.

Quanto ao intervalo de variação, para as licitações baseadas no RDC o menor desconto ofertado foi de 0,02%, enquanto o maior atingiu o valor de 22,60%. Já para as concorrências, a amplitude foi de 0,00% a 26,70%.

Supressão da expressão "obras e" da alínea "a" e incluir na alínea "b" para "... e de obras comuns e especiais e serviços especiais de engenharia", ambos do inciso II do art. 53

Art. 53. Os prazos mínimos para apresentação de propostas e lances, contados a partir da data de divulgação do edital de licitação, são os seguintes:

I – para aquisição de bens:



a) 8 (oito) dias úteis, quando adotados os critérios de julgamento de menor preço ou de maior desconto;

b) 15 (quinze) dias úteis, nas hipóteses não abrangidas pela alínea “a” deste inciso;

II – no caso de serviços e obras:

a) 15 (quinze) dias úteis, quando adotados os critérios de julgamento de menor preço ou de maior desconto no caso de serviços comuns e de ~~obras e~~ serviços comuns de engenharia;

*b) 25 (vinte e cinco) dias úteis, quando adotados os critérios de julgamento de menor preço ou de maior desconto no caso de serviços especiais e de obras **comuns e especiais** e serviços especiais de engenharia;*

Necessidade de estender prazo para elaboração de propostas, haja vista que, apesar da expressão “comum”, esse tipo de obra, por conta da definição de “obras e serviços comuns de engenharia”, também poderá representar empreendimentos de grande valor, com elevado número de itens e quantitativos, que demandam análise de projetos e avaliações de custos e, por consequência, mais tempo para análise.

Alteração para critério de grande vulto para contratação integrada e semi-integrada, no § 8º do art. 44

§ 8º Os regimes de contratação integrada e semi-integrada somente poderão ser aplicados nas licitações para a contratação de obras **especiais**, serviços e fornecimentos **de grande vulto**, ~~cujos valores superem aquele previsto para os contratos de que trata a Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004.~~

A contratação integrada foi inserida no ordenamento jurídico pela Lei do RDC (Regime Diferenciado de Contratações) em 2011 e passou a ser largamente utilizada por alguns órgãos federais, notadamente o Dnit.

No início de 2017, o Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria-Geral da União (CGU) publicou relatório de avaliação do RDC (<https://www.cgu.gov.br/noticias/2017/02/ministerio-da-transparencia-avalia-adocao-do-regime-diferenciado-de-contratacao-no-dnit>), cujo objetivo era “verificar a aderência entre os objetivos definidos na Lei nº 12.462/2011, que são: reduzir prazos e número de aditivos; proporcionar economia financeira; assegurar a conclusão das obras a bom termo; e incentivar a utilização de novas tecnologias”.

O aludido relatório concluiu, ao comparar a adoção da contratação integrada em relação aos demais regimes do próprio RDC (preço unitário e empreitada global), não haver vantagem em relação a prazos (“...observou a alta taxa de insucesso nas licitações, com muitos editais sendo repetidos, especialmente na contratação integrada – nesta, inclusive,



é frequente o descumprimento do prazo previsto nos editais para apresentação e aprovação do projeto”), nem a preços das obras (“os dados evidenciam um menor número de participantes e a redução dos descontos obtidos nas obras no regime de contratação integrada”) e nem à supressão de aditivos (“...esse regime não elimina os aditamentos, tendo-se observado a ocorrência de aditivos em 40% das obras já concluídas e em 31% daquelas em andamento. O número de aditivos tende a aumentar, pois as obras maiores e mais complexas ainda estão em execução, como também pelos recentes contingenciamentos de recursos”).

Da mesma forma, os possíveis ganhos decorrentes das otimizações de engenharia não trouxeram nenhum benefício para a Administração Pública, mas apenas para as contratadas (“...possibilitou a utilização de novas tecnologias e metodologias pelos contratados, porém permitiu que fragilidades no anteprojeto implicassem ganhos, por vezes desproporcionais, integralmente absorvidos pelos parceiros privados”).

No que concerne aos prazos das contratações, o relatório da CGU registra vantagem do RDC em relação à Lei 8.666/1993, mas apenas quando utilizado o RDC nos regimes de preço unitário ou preço global. A contratação integrada demanda prazo entre a publicação do edital e a realização da primeira medição da obra significativamente superior aos demais regimes (item 64 do relatório).

Ante o exposto, considerando não terem sido observadas vantagens na adoção da contratação integrada, sua aplicação não deve ser ampliada como prevê o Substitutivo, e sim restrita a obras especiais, quando soluções metodológicas inovadoras ou de domínio restrito possam efetivamente implicar algum ganho para a Administração Pública.

Exclusão do § 5º do art. 44 (gestão das desapropriações pelo contratado)

~~§ 5º Nos regimes de contratação integrada e semi-integrada, o edital e o contrato deverão prever as providências necessárias para a efetivação de desapropriação autorizada pelo poder público, bem como:~~

~~I — o responsável por cada fase do procedimento expropriatório;~~

~~II — a responsabilidade pelo pagamento das indenizações devidas;~~

~~III — a estimativa do valor a ser pago a título de indenização pelos bens expropriados, inclusive de custos correlatos;~~

~~IV — a distribuição objetiva de riscos entre as partes, incluído o risco pela variação do custo da desapropriação em relação à estimativa de valor e aos eventuais danos e prejuízos ocasionados por atraso na disponibilização dos bens expropriados;~~

~~V — em nome de quem deverá ser promovido o registro de imissão provisória na posse e o registro de propriedade dos bens a serem desapropriados.~~

Uma das grandes mazelas sofridas pelo Brasil tem sua origem na gestão de obras públicas. Levantamento promovido por iniciativa do presidente do STF sinalizou, preliminarmente, a



existência de milhares de obras inacabadas espalhadas pelo país, especialmente nas áreas de educação e saúde (conforme notícia publicada no sítio eletrônico do STF: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=393795>). São bilhões e bilhões de reais investidos sem que haja qualquer retorno social.

O disposto no parágrafo em questão agrava esse cenário, pois prevê a contratação de obras sem que esteja superada a fase de desapropriação de bens imóveis. Pior ainda, prevê que toda a gestão expropriatória pode ficar a cargo da construtora contratada.

A persistir o dispositivo, obras serão iniciadas e paralisadas (é sabido que processos de desapropriação muitas vezes se arrastam na Justiça) e terão elevado nível de incerteza quanto aos seus preços (projetos não raramente são profundamente alterados em razão de obstáculos relacionados à desapropriação), o que contribuirá fortemente para o agravamento do quadro atual de obras inacabadas no Brasil.

Nesse sentido alerta o Tribunal de Contas da União:

31. Qualquer procedimento de desapropriação, ainda que devidamente encaminhado na esfera administrativa, pode ser levado à apreciação do Poder Judiciário. Portanto, a ausência de posse legítima, pelo ente público, da área de implantação das obras inegavelmente introduz um parâmetro de incerteza nos contratos celebrados junto às construtoras, gerando o risco de imposição de penalidades à Administração por conta de eventual rescisão dos contratos em andamento, ou de necessidade de assunção de ônus adicionais a título de restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro da avença em face de possíveis alterações das condições comerciais que embasaram a proposta. (Acórdão 918/2019 TCU-Plenário - obra BR-280/SC)

Diante do exposto, e a despeito do dispositivo atacado, propõe-se a inclusão de dispositivo que impeça a divulgação de edital para contratação de obras, antes de obtidas todas as garantias sobre a posse do imóvel, quando necessária desapropriação prévia.

Exclusão do trecho após a vírgula no § 1º e criação de outro parágrafo com o texto "os limites previstos no caput poderão ser alterados nos casos de supressões resultantes de acordo celebrado entre as partes" no art. 123; e

Exclusão, também, do § 3º do mesmo art. 123 (extrapolação dos limites por erro grosseiro)

Art. 123. Nas alterações unilaterais a que se refere o inciso I do art. 122, o contratado é obrigado a aceitar, nas mesmas condições contratuais, acréscimos ou supressões, que se fizerem nas obras, nos serviços ou nas compras, de até 25% (vinte e cinco por cento) do valor inicial atualizado do contrato, sendo que, no caso de reforma de edifício ou de equipamento, o limite para os acréscimos é de 50% (cinquenta por cento).

§ 1º A aplicação dos limites previstos no caput deverá ser realizada separadamente para os acréscimos e para as supressões, ~~salvo nos casos de supressões resultantes de acordo celebrado entre os contratantes.~~



§ 2º Os limites previstos no caput poderão ser alterados nos casos de supressões resultantes de acordo celebrado entre as partes.

§ 2º § 3º Os limites previstos no caput poderão ser reduzidos no edital de licitação quando a Administração entender que a redução resultará em melhor oferta pelos licitantes.

~~§ 3º A extrapolação dos limites estabelecidos no caput quando decorrente de erro grosseiro no orçamento ou no projeto ensejará apuração de responsabilidade de responsável técnico.~~

Percebe-se ter havido nesse dispositivo a intenção não de mudar, mas de aprimorar a redação da Lei 8.666/1993 quanto a limites para aditivos contratuais. Com muita propriedade, o §1º impede que haja compensação entre acréscimos e supressões para o cálculo dos limites, em consonância com a pacífica jurisprudência atinente. Observa-se, porém, que ao inserir tal comando juntamente com outro já previsto na Lei 8.666/1993 (a liberdade de extrapolar os limites no caso de supressões resultantes de acordo entre as partes), o texto final do aludido parágrafo provocou interpretação certamente indesejável. Como está, a leitura do dispositivo leva à conclusão de que no caso de supressões resultantes de acordo celebrado entre os contratantes, poderia haver compensação entre acréscimos e supressões (ou seja, eles não precisariam ser feitos separadamente). Em havendo acordo para supressões, não haveria, portanto, limite algum para acréscimos. Isso permitiria drásticas alterações no objeto, a ponto de torná-lo essencialmente distinto daquele que foi licitado. Parece óbvio não ter sido essa a intenção do autor.

Faz-se necessário separar os comandos, para propiciar a clareza desejada.

Quanto ao §3º, há incoerência com o caput, pois sugere que pode haver extrapolação dos limites quando houver erro grosseiro de orçamento ou projeto. Ademais, supõe-se que erros grosseiros sejam perceptíveis pelos proponentes – e, portanto, passíveis de impugnação, quando da participação nas licitações.

Exclusão do parágrafo único do art. 131 (erro de anteprojeto em contratação integrada possibilitando aditivo)

Art. 131. Nas hipóteses em que for adotada a contratação integrada ou semi-integrada, é vedada a alteração dos valores contratuais, exceto nos seguintes casos:

~~*Parágrafo único. Na contratação integrada, as alterações significativas de projeto decorrentes de erros do anteprojeto ensejam ajustes na planilha contratual e responsabilização dos agentes que lhe deram causa e não serão consideradas ganhos de eficiência da contratada.*~~

O referido dispositivo afronta a própria natureza das contratações integradas e semi-integradas, que visam impedir ou minimizar a formalização de termos aditivos contratuais.



Além disso, não é razoável esperar que um anteprojeto não carregue alguma margem de imprecisão, o que possibilita interpretações flexíveis à expressão “alterações significativas decorrentes de erros de anteprojeto” (haja vista a sua subjetividade), podendo ocasionar uma indesejável banalização dos aditivos para esses regimes de contratações.

Por fim, o projeto não contempla em seu texto qualquer definição relacionada aos “ganhos de eficiência da contratada” constante no referido dispositivo, ainda que conste no inciso LIII do art. 6º a definição de “contrato de eficiência”.

Exclusão do capítulo XII, art. 149 a 152 (meios alternativos de resolução de controvérsias)

CAPÍTULO XII

DOS MEIOS ALTERNATIVOS DE RESOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS

Art. 149. Nas contratações regidas por esta Lei, poderão ser utilizados meios alternativos de prevenção e resolução de controvérsias, notadamente, a conciliação, a mediação, o comitê de resolução de disputas e a arbitragem.

Parágrafo único. Aplica-se o disposto no caput às controvérsias relacionadas a direitos patrimoniais disponíveis, tais como, as questões relacionadas ao restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, ao inadimplemento de obrigações contratuais por quaisquer das partes e ao cálculo de indenizações.

Art. 150. A arbitragem será sempre de direito e observará o princípio da publicidade.

Art. 151. Os contratos poderão ser aditados para permitirem a adoção dos meios alternativos de resolução de controvérsia.

Art. 152. O processo de escolha dos árbitros, colegiados arbitrais e comitês de resolução de disputas observará critérios isonômicos, técnicos e transparentes.

A princípio, a consideração do juízo arbitral nas contratações públicas pode parecer uma inovação que traria melhorias na gestão administrativa, tendo em vista uma possível celeridade no tratamento de conflitos.

No entanto, há que se ressaltar que o efeito real pode ser contrário a esse. A arbitragem, restrita a alguns aspectos apenas, se caracterizará como uma outra instância de discussão sobre os conflitos entre a Administração e o terceiro contratado apenas no horizonte do seu alcance. Assim, além de não abordar todas as possibilidades de polêmicas entre os agentes, há uma enorme possibilidade de a decisão ser reanalisada pelos Tribunais de Contas, pois a competência constitucional destes Tribunais não se submete a um juízo arbitral previsto contratualmente. Ao final, a medida tem um grande potencial de trazer mais ineficiência à administração pública, trazendo um aumento na insegurança jurídica.



Inclusão do parágrafo 8º no art. 88 (disponibilização de documentos ao contratante e aos órgãos de controle externo)

Art. 88. A Administração convocará regularmente o licitante vencedor para assinar o termo de contrato ou aceitar ou retirar o instrumento equivalente, dentro do prazo e nas condições estabelecidos no edital de licitação, sob pena de decair o direito à contratação, sem prejuízo das sanções previstas nesta Lei.

...

§ 8º A assinatura do contrato pelo licitante vencedor expressa sua anuência tácita a obrigação de disponibilizar ao contratante e aos órgãos de controle, sempre que solicitado, toda a documentação técnica, fiscal e trabalhista atinente à obra, inclusive orçamentos detalhados, instrumentos de subcontratação firmados e documentos contábeis

Vislumbra-se a oportunidade de superar uma lacuna legal quanto a previsão (expressa) de obrigatoriedade de disponibilização de documentos relacionados ao objeto da contratação pelo contratado para a Administração Pública e órgãos de controle, em consonância aos princípios da transparência e controle social.

Exclusão do art. 168 (TC's transformados em órgãos de consultoria)

~~*Art. 168. Para fins de controle preventivo, os órgãos e entidades poderão, na forma de regulamento, formular consulta ao respectivo tribunal de contas, com solicitação de posicionamento sobre a aplicação desta Lei em processo de licitação ou contrato específico.*~~

~~*Parágrafo único. A consulta a que se refere o caput deste artigo será respondida em até 1 (um) mês, admitida a prorrogação justificada por igual período, estará circunscrita ao objeto submetido a exame, não constituirá prejulgamento de caso concreto e não vinculará a decisão a ser adotada pelo consulente.*~~

Esse último, assim como outros dispositivos relacionados a atuação dos TC's possibilitam a impossibilidade de cumprimento sua missão constitucional.

Nesse sentido, ressalva-se que tais questões, pela potencial negativo que carregam, deverão ser discutidas de forma conjunta pelo Ibraop, ANTC e Atricon junto ao Congresso Nacional.

Brasília, 29 de abril de 2019.

Anderson Uliana Rolim
Presidente